0.1 HFS 2002

FSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Doğal Hukuk Sorunu
Vehbi Hacıkadiroğlu

Ahlâk Hukuku Önceler
Doğan Özlem

İnsan Haklarının Korunmasının Felsefi Temeli
Betül Çotuksöken

İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls
Gülriz Özkök

İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında
Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler
Mustafa Kutlu

Feminist Hukuk Teorisine Kısa Bir Giriş
Fatma İrem Çağlar

Amerikan Hukuki Realizm Akımı
Ahmet Ulvi Türkbağ

Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi
Junichi Aomi

"Nedensellik Analizi" ve Yasal Süreç
Stuart Nagel - Marian Neef

Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında
Bazı Önemli Nirengi Noktaları
Hayrettin Ökçesiz

4

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz

İSTANBUL BARO

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

340.1
HFS
2002
c.4

6548

BİLGİSAYAR

ANKARA Ü. HUKUK FAKÜLTESİ
KÜTÜPHANESİ

İÇİNDEKİLER

- Doğal Hukuk Sorunu *Vehbi Hacıkadiroğlu* 5
- Ahlâk Hukuku Önceler *Doğan Özlem* 15
- İnsan Haklarının Korunmasının Felsefi Temeli *Betül Çotuksöken* 28
- İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls *Gülriz Özkök* 33
- İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler *Mustafa Kutlu* 51
- Feminist Hukuk Teorisine Kısa Bir Giriş *Fatma İrem Çağlar* 82
- Amerikan Hukuki Realizm Akımı *Ahmet Ulvi Türkbağ* 105
- Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi *Junichi Aomi* 115
- "Nedensellik Analizi" ve Yasal Süreç *Stuart Nagel/Marian Neef* 118
- Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları *Hayrettin Ökçesiz* 140
- Yazarlar ve Çevirmenler 156

LAW116548 1

340.1 HFS 2002

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
No : 116548

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Hayrettin Ökçesiz
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kampus, Antalya
Telefon: 0242/227 69 75/76 Faks: 0242/227 69 77
e-posta: hayret@lab.akdeniz.edu.tr
Kapak karikatürü: Honoré Daumier
Kapak ve iç tasarım: Doğa Basım Yayın (0212.361 09 07) Baskı: Ayhan Matbaası
İstanbul, Şubat 2002 ISBN 975-6689-11-0

Bu kitap-dergi İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 7.6.2001 tarih ve 22/172 sayılı kararı gereğince Başkan Yardımcısı Av. Osman Ergin'in işbirliğinde İstanbul Barosu'nca yayımlanmaktadır.

SUNUŞ

Uzunca bir aradan sonra HFSA dördüncü kitabıyla yeniden okurlarının ilgisine sunulmaktadır. Bu çalışmanın düzensiz ve geniş zaman aralıkları ile gerçekleşmekte olmasının öznel olmaktan daha çok, nesnel nedenlerinin bulunduğunu üzülerek belirtmek isterim. Hukuk felsefesi ve sosyolojisi bilgi alanında çalışanların sayısal azlığı, çalışma koşullarının elverişsizliği ve kurumsallaşmanın başarılamamış olması bir yandan, bu tür yayınlar için yayımcı bulmanın zorluğu diğer yandan, hukuka böylesine bir bakışın ürünlerini sağlamayı ve kamuoyuna bu tür araçlarla ulaştırmayı ciddi biçimde güçleştirmektedir. Bu bakımdan İstanbul Barosu'nun Yönetim Kurulu 7 Haziran 2001 tarih ve 22/172 sayılı kararında "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yönetmeni Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz ile birlikte hukuk felsefesi ve sosyolojisi konulu kitap-dergi çıkarılmasına, bu konuda Başkan Yardımcısı Avukat Osman Ergin'e yetki verilmesine oy birliği ile karar verildiğini" belirterek, yukarıda sözü geçen olumsuz nesnel koşullardan önemli bir tanesini bu bilgi topluluğu için bertaraf etmiş olmaktadır. Bu başlangıcın her iki taraf için uzun bir ortak geleceğin ilk adımı olduğuna inanıyorum. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve bunların çevre alanlarında çalışan herkese bu kitap-dergide buluşmak çağrısını yapıyorum. Burada, İstanbul Barosu yönetimine, yazıları ve çevirileriyle katılan meslektaşlarıma, HFSA yayım sorumlusu meslektaşım Av. Osman Ergin'e, kitabın dizgisini ve kapak tasarımını üstlenen Şendoğan Yazıcı'ya, düzeltme çalışmalarını yapan öğrencilerim İlker Tepe'ye ve Ahmet Can Özalp'e, tüm emeği geçenlere karşı şükran ve minnet duygularımı bir kez daha ifade etmek istiyorum.

Hayrettin Ökçesiz

Doğal Hukuk Sorunu

Vehbi Hacıkadiroğlu

I

Bir toplumun insanlarının belli durumlarda nasıl davranmaları ya da davranmamaları gerektiğini belirleyen hukuk kuralları tarih boyunca değişik toplumlarda öylesine değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır ki bir çok düşünürler hukukun her toplumda kural koymaya yetkili kimselerce konmuş olan (pozitif) kurallardan oluştuğunu öne sürmüşlerdir. Ancak bu kuralların uyması gereken daha üstün, daha genel ve değişmez kuralların bulunması gerektiğini savunan filozoflar da her zaman bulunmuştur. Bu filozofların pozitif hukuklara öncülük edecek ideal bir hukukun ya da Doğal Hukukun bulunduğunu ileri sürdükleri kabul edilir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken bir nokta var. Doğal Hukuk öğretisi, doğada, günlük yaşamdan tanıdığımız ve kendimizin de onlardan biri olduğumuzu kabul ettiğimiz gerçek insanların oluşturduğu toplumlardışında ideal insanlardan oluşan ideal- bir toplum bulunduğunu ve doğal hukukun da o ideal toplumda yürürlükte bulunan hukuk anlamına geldiğini ileri sürmek de değildir. Burada söz konusu olan, doğruca, pozitif hukuk yasalarının uyması gereken bir takım genel kuralların bulunup bulunmadığıdır.

Burada bir noktayı daha belirtmek gerekiyor. Doğal Hukuk ilkelerine göre düzenlenmiş bir hukuk sistemine 'olması gereken hukuk' adını verirsek, bu, olması gereken hukuka uymayan bir hukukun hukuk sayılmaması gerektiği anlamına gelmez. Öyle bir hukuk yine hukuktur. Ancak onun, kötü, amacına uygun düşmeyen bir hukuk olduğu söylenebilir.

Bu durumda J .S. Mill, A. Huxley, V. Pareto gibi kimi düşünürlerin doğal hukukun anlamsızlığını belirtmek üzere ortaya attıkları gerekçeler geçerli olamaz. Bu düşünürler, doğal hukukçuların, bir durumun saptanmasından başka bir şey içermeyen doğa yasalarıyla insanların nasıl davranmaları gerektiğini belirleyen hukuk yasalarını birbirine karıştırdıklarını ileri sürmüşlerdir. Doğal Hukukçular arasında belki de böyle bir yanlışlığa düşen vardır. Ancak bu, pozitif hukuk yasalarının, amaçlarına ulaşabilmeleri için bir takım genel kurallara uygun olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği sorusunu ortadan kaldılmaz.

Böyle olunca da hukuk yasalarının (bunlara kısaca 'yasalar' diyoruz) uyması gereken genel kuralların neye göre saptanacağı sorusu ortaya çıkıyor. Yasalar bir toplum içindeki insanların belli durumlarda nasıl davranmaları ya da davranmamaları gerektiğini belirleyen buyruklar olduğuna göre bu buyrukları düzenleyenlerin bununla elde etmek istedikleri bir amacın bulunması gerekir. Demek ki yasalar en azından bu amacın gerçekleşmesine uygun olmalıdır. Fakat her şeyden önce, bir toplumu oluşturan insanların, bir ya da bir çok egemenin buyruklarıyla yönetilen bir toplum oluşturmayı niçin kabul ettikleri sorusu yanıtlanmalıdır. Bunun için de, insanın ne olduğunun belirlenmesi ve insan türünün, böyle bir

toplumsal yaşama girmeyen öteki hayvan türlerinden hangi özelliğiyle ayrıldığının bilinmesi gerekir. Buna kısaca "insan doğasının bilinmesi" diyebiliriz.

Nitekim çağdaş bir hukuk kuramı ortaya atmak isteyen bir çok gerçekçi düşünürler bu işe önce insan doğasını inceleyerek başlamışlardır. Bunların en ünlüleri olan Hobbes ve Bentham'ın kabul edilebilir sonuçlara varamayışları, genellikle gerçekçi düşünürlerin, insan doğasının incelenmesinden türetilen bir takım ilkelerin olabilirliği konusunda kuşkuya düşmelerine neden olduğu için, böyle düşünürlerde hukuku pozitif hukukla sınırlama eğilimi ağır bastı. Bu yolda en ileri giden Kelsen'in geliştirdiği kuram genellikle bir hukuk kuramından bekleneni vermekten öylesine uzak kalmıştır ki, bu durum, Doğal Hukuk konusunun tümüyle idealist filozofların tekeline bırakılmasına neden olmuştur.

Burada Hobbes ve Bentham'ın kuramlarını ayrıntılarıyla incelemeye gerek görmüyoruz. Fakat bunların, hukuk kurallarıyla yönetilen bir toplumu oluşturan insanların doğasıyla ilgili olarak söyledikleri, yaşamlarını bu türden bir toplum oluşturmadan sürdüren hayvanların doğalarıyla ilgili olarak söylenebilecek şeylerden pek farklı değildir. Hobbes'un söyledikleri "İnsan insanın kurdudur" biçiminde özetlenebilir. Bentham da kuramına "Doğa insanları iki egemenin, haz ve acının, buyruğu altına koymuştur" diye başlıyordu. Hemen her türden hayvan için geçerli olabilecek böyle ilkelerden yola çıkan bir Doğal Hukuk kuralı geliştirmenin olanaksızlığı açıktır. İşte bu yüzden iyi bir hukuk sisteminin uyması gereken ilkeleri belirleme görevi idealist filozoflara bırakılmış oluyordu.

Gerçekte Hıristiyan din adamları bir tür Doğal Hukukun temelini oluşturabilecek bir Adalet ilkesini savunmaktan geri kalmamışlardır. Daha dördüncü yüzyılda Augustinus "Adaletsiz devlet bir hırsız çetesinden başka bir şey olamaz" diyor, on ikinci yüzyılda Aquino'lu Thomas da adaletsiz yasanın yasa sayılamayacağını öne sürüyordu. Fakat bu din adamları adaleti, olsa olsa, yasa koymaya yetkili olan egemenlerin Tanrıya karşı ödevlerinin bir parçası olarak görebilirlerdi. Ben burada Doğal Hukukun temelini oluşturan Etik kuramını doğruca insan doğasının gereklerine bağlı olarak açıkladığını öne süren filozoflardan en ünlüsü olan Kant'ın kuramını inceleyerek bu konuyu aydınlatmaya çalışacağım.

II

Kant "Ahlak Metafiziğini Temellendirme"sinin önsözünde, belli nesneler ve bunların bağlı olduğu yasalarla uğraşan felsefenin yasalarının, biri doğanın ve öteki de özgürlüğün yasaları olmak üzere ikiye ayrıldığını öne sürer ve bu yasalarla uğraşan bilimlere sırasıyla Fizik ve Etik adlarını verir.

Kant'a göre insanın biri Fiziğin öteki de Etiğin konusuna giren iki yönü vardır ve insan fiziksel yönüyle nedensellik yasalarına bağlıdır, etik ya da düşünsel (intelligible) yönüyle ise bu yasalardan bağımsız yani özgürdür. Ancak bu özgürlük kavramı üzerinde biraz durmak gerekiyor.

Bir eylemi gerçekleştirecek olan insan önce düşünsel alanda bir karar verir, ardından da fiziksel alanda eyleme geçer. Böylece insanın düşünsel yanının nedensellik yasalarına bağlı olmadığını öne sürenler, nedensellik yasalarından bağımsız olarak alınmış olan bir kararın nedensellik alanında uygulanabileceğini öne sürmüş olurlar. Oysa böyle bir olabilirliği

kabul etmek, bir ucu bir masaya bağlı ve öteki ucu boşta olan bir ipin masayı kendiliğinden çekebileceğini kabul etmeye benzer. Buna karşın, böyle bir tutarsızlığın kabulü anlamına gelen istenç özgürlüğü kavramı Kant'ın Etik kuramının temelini oluşturmaktadır. Oysa Kant'tan çok önce Locke "bir kimsenin istencinin özgür olup olmadığını sormak, onun uykusunun çevik ya da erdeminin kare olup olmadığını sormak kadar anlamsızdır"[2] diyordu.

İnsan davranışlarında 'özgürlük' adı verilebilecek bir takım özellikler bulunduğu açıktır. Bunun nasıl bir özgürlük olduğu konusunu biraz sonra ele almak üzere, Kant'ın öne sürdüğü ve bir çok düşünürlerin de apaçık bir gerçeklikmiş gibi kabul ettiği bu özgürlük anlayışının dinsel inançlarla sıkı bağlantısını belirtmek gerekiyor. Böylece, Kant'ın öne sürdüğü türden, hiç bir yönüyle kabul edilemez 'olan' bir özgürlük kavramının, en azından bir kısım düşünürler üzerinde inandırıcı bir etki yapabilip bu etkisini günümüze dek koruyabilmesinin nedenleri ortaya çıkacaktır.

Gerçekten, dinlerin tümgüçlü (omnipotent) ve tümbilgili (omniscient) Tanrı kavramıyla, o Tanrının yarattığı ve bütün davranışlarını onun bilgi ve yönetimi altında gerçekleştiren insanın özgürlüğü düşüncesinin birbiriyle çeliştiği açıktır. Ancak dinler bu çelişkiyi aşmak zorundadır. Çünkü özgür olmayan bir insanın davranışlarından sorumlu olmaması, bu yüzden de onun cezalandırılamaması gerekir. Doğal olarak böyle bir insanın ödüllendirilmesine de gerek yoktur. Oysa cennet ve cehennemin, yani ödül ve cezanın, bulunmadığı bir dine bağlı görünen insanların sadakatinin sağlanması da kolay değildir. Bu yüzden dinlerde Tanrının insanlara bir tür tikel istenç (cüzi irade) verdiği kabul edilir.

Kant'ın öne sürdüğü ve bir Tanrı vergisi olma dışında tanımlanması olanaksız olan özgürlük de tıpkı dinlerin tikel istenci gibi saltık bir özgürlüktür. Öyle ki, Kant, insan istencinin, yine bir takım nedenlerle fakat doğadaki gibi dıştan etkilerle değil de insanın özüne bağlı nedenlerle yönetildiğini öne süren ve bu yoldan istenç özgürlüğünü doğanın belirlenimliliği (determinizm) ile bağdaştırmak isteyenlerin bu özgürlük anlayışını pek zavallı bulur. O zaman istenç kararlarımızın hesabını nasıl verirdik, ahlak ve hukuk bakımından bu kararlarımız için nasıl sorumlu tutulabilirdik?"[3] diyerek, kendi özgürlük kavramının da, tıpkı dinlerde olduğu gibi, salt sorumluluk yaratmaya yönelik bir özgürlük olduğunu kabul etmiş olur.

Böylece, Kant'ın Etiğinin temelini oluşturan değişik türden a priori kavramların dinsel inançlardan türetilmediğine inanmak hiç de kolay değildir. Gerçekten onun, özgürlüğün yarattığı sorumluluk ya da ödev konusunda yaptığı çözümlemeler ne denli incelikli olursa olsun, onun etiğinden sorumluluğun neye ya da kime karşı olduğu ve ödevin neye ya da kime olan borçtan doğduğu soruları yanıtsız kalmaktadır. Çünkü dinlerde sorumluluk Tanrıya karşıdır ve ödev de insanın kendisini insan olarak yaratan Tanrıya olan borcundan doğmaktadır. Burada Kant'ın verebileceği "İnsanın sorumluluğu ve borcu kendi insanlığına karşıdır" biçimindeki bir yanıt ancak "İnsan kendisini insan olarak yaratan Tanrıya borçludur" biçiminde yorumlanabilir ve bu da kuşkusuz bir dinsel inancın anlatımıdır.

Böyle bir ödev ve sorumluluk anlayışına dayanan suç ve ceza kavramlarının dinlerdeki günah ve kefaret kavramlarıy-

la tam bir benzerlik içinde olması kaçınılmazdır. Gerçekten Kant'a göre cezanın caydırıcı niteliği söz konusu değildir. Ceza, suçunun karşılığı olarak, suçlunun hakkıdır. Öyle ki, toplum yarın dağılacak bile olsa suçlunun bu gün cezalandırılması gerekir. Kant'ın etkisi altında kalan bir çok düşünürlerin bu konudaki görüşleri de çok belirgindir. Bradley cezanın, hayvan ve çocuklara uygulanan türden, ıslah amaçlı eylemlerle karıştırılmaması gerektiğini öne sürer. Bosanquet'ye göre de ceza insan için bir haktır, ona bu hakkı vermemek onu çocuk ya da hayvan yerine koymaktır.

Öte yandan Kant'ın, bütün etik eylemlerin temelinde bulunmasını zorunlu gördüğü iyi-istenç de çağdaş Etik anlayışı bakımından son derece yıkıcı bir kavram olarak ortaya çıkıyor. Tevrattaki On Emir arasında bulunan "Kendini kötü isteklere kaptırmayacaksın" buyruğundan esinlenmişe benzeyen iyi-istencin, aklın yönetimi altında bulunduğu kabul edilse bile, aklın insanı hangi amaca göre yönettiği bilinmediğine göre (Kant'a göre akıl mutluluk için değil, varoluşun belki de gizli ve çok değerli olan bir amacı için belirlenmiştir)[2] iyi-istence göre yapılan eylemlerin tek belirleyicisi hiç bir çıkar duygusu altında bulunmamaktır.

Böyle bir iyi-istenç belki bir takım iyiliklerin de nedeni olabilir. Fakat onun yapabileceği kötülüklerin sonu yoktur. Tarih boyunca yapılan dinsel kıyımları, engizisyon işkencelerini, insanları diri diri yakma eylemlerini gerçekleştirenler hiç bir çıkar duygusu altında davranmadıklarını kolayca, hatta belki de haklı olarak, öne sürebileceklerine göre bir bakıma insanlığın yüz karası olan bu eylemler Kant'ın Etiğine göre üstün ahlak edimleri olarak nitelenebilir.

Burada, yine Kant'a göre, insanın bir araç değil kendi başına bir amaç olduğu belirtilerek onun Etiğinin insana işkence ve zulüm yapılmasına elverişli olmadığı öne sürülebilir. Ancak bu doğru değildir. Çünkü suç işleyen insan için işkence ya da zulme uğramanın bir hak olduğunu, onu bu haktan yoksun bırakmamak gerektiğini öne süren de yine bu Etiktir.

Kant'ın günümüz Etikçi ya da Doğal-Hukukçuları üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etkisini sürdürmekte olan Etik kuramının dinsel inançlarla yakınlığını göstermek için harcadığımız çabaların çok görülmemesi gerekir. Tarih boyunca insanlar için en acılı dönemlerin dinsel inançların en çok ağır bastığı dönemler olduğu göz önünde tutulduğunda bir Etik kuramının insanlığın yolunu aydınlatmakta başarılı olabilmesinin onun, dinsel inançların, yani bir bakıma Kant'ın Etiğinin, etkilerinden olanak oranında kurtulmasına bağlı olduğunu görmek çok kolaylaşacaktır.

Böylece, Kant'ın Etiğinin günümüzde bile etkisini sürdürebilecek kadar güçlü görünmesinin iki nedeni olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, gücünü uzun bir geçmişin başlarından alan dinsel inançların o Etiği çok güçlü biçimde desteklemekte; ikincisi de gerek kendi içimizde gerekse başkalarının davranışlarında, çok zaman varlıklarından kuşku duyulacak biçimde belirsiz de olsa, yine de gözlemlemekten geri kalmadığımız özgürlük, ödev, adalet türünden duyguların kaynaklarını açıklayabilen gerçekçi bir Etik ve Doğal Hukuk kuramıyla karşılaşmamış olmamızdır.

Buradaki amacımız, doğal olarak, öyle bir kuram ortaya koymak değil, fakat öyle bir kuramın ortaya konulabileceğini göstermeye çalışmaktır.

III

Meyveleri bir çok türden hayvanlar için değerli olan yüksekçe bir ağaç düşünelim.

Bu ağacın meyvelerini elde etmek isteyen hayvanlar, bu işi doğanın kendileri için uygun gördüğü yoldan başaracaklardır. Kuşlar uçarak, ağaca tırmanabilen hayvanlar da tırmanarak meyveye ulaşacaklar, uçmayı da tırmanmayı da başaramayan hayvan türleriyse ya meyvenin çürüyüp yere düşmesini bekleyecek ya da o meyveyle ilgilenmeyecektir. Yani hayvanlar için, meyvenin elde edilmesiyle ilgili olarak tek yol vardır, başka seçenek yoktur. İnsan da tırmanabilen bir hayvan olarak, meyveyi elde etmek için tırmanmanın dışında bir seçenek bulamıyorsa o da henüz hayvanlar arasında herhangi bir hayvan olmaktan öteye gidememiş, bizdeki insan kavramının bir örneğini oluşturmak aşamasına gelememiş demektir .

Ancak insan, tırmanmanın dışında, ucu çengelli bir sopayla meyveli dalı kendine çekmek ya da taşınabilir bir merdiven üzerinde yükselerek meyveye ulaşmak gibi başka seçenekler de bulabilmiş ve yeri geldiğinde, bu seçeneklerden hangisini kendisi için en uygun görüyorsa onu seçebilecek duruma gelmişse o zaman artık o, hayvanlıktan çıkmış ve insanlık düzeyine erişebilmiş demektir. İşte insanın özgürlüğü de, belli bir amaca ulaşabilmek için birden çok yol düşünebilip yeri geldiğinde o yollar arasından kendisi için en uygun olanı seçebilme özgürlüğüdür. Böylece insan, amacına ulaşma yolunda bulabildiği seçeneklerin sayısı arttıkça özgürleşecek, özgürleştikçe de daha yetkin bir insan olacak demektir.

Buna göre insan, belli bir durumda yararlanabileceği bir çok seçenekler bulunduğunu görebilmek için de, seçeneklerden hangisinin o anda ona en uygun olduğunu anlayabilmek için de bilgili olmak zorundadır. Öte yandan, değişik seçenekler değişik türden araçların kullanılmasını gerektirir. Çok zaman bu araçlardan en basitini yapabilmek için bile bir çok insanlar arasında bir işbirliğinin kurulması yani toplumsal yaşama girilmiş olması gerekir. Gerçekte tek başına yaşayan insanların bilgili olmaları da olanaksızdır.

Tek yaşayan bir insan, zihinsel gücü ne denli yüksek olursa olsun, yaşadığı 60 yıllık süre içinde bir bilgi kırıntısı elde edebilse bile bu bilgiyi çocuklarına öğretip onun kuşaktan kuşağa birikip artmasını sağlayamayacağı için o tek insandan türeyecek ve hepsi de tek başına yaşayacak olan öteki kuşakların da bilgili olması olanaksızdır.

Bu durumda insanın özgürlüğü de insanlığı da toplumsal yaşamla birlikte başlamaktadır. Ancak buradaki özgürlüğün, akıl gibi, amacının ne olduğu bilinmeyen ve insanın mutluluğuna önem vermeyen bir yönetici özgürlüğüyle bir ilgisi yoktur. Amaca götüren yolların seçiminde de, özgür istenç gibi, nedensellik yasalarına bağlı olmayan ve nasıl işlediği anlaşılmayan bir güdücü söz konusu değildir. Her davranış bilginin, bilgi de ödünsüz bir nedensellik yasasının yönetimi altındadır. Doğal olarak çok zaman bilginin yerini yanlış bilgilerin ya da inançların almakta olduğunun unutulmaması gerekir.

İnsanın politik bir varlık olduğunu söyleyen Aristoteles eğer bunu insanın toplumsal yaşama eğilimli olduğu anlamında değil de, doğduğu zamandan başlayarak başka insanlardan uzak yaşamış ve toplum içinde yoğrulmamış bir yaratığa 'insan' denemeyeceği anlamında söylemişse, çağdaş düşünürlerden büyük bö-

lümünün onu doğru anlamadığını belirtmek gerekiyor. Gerçekten, idealist filozoflar bir yana, Locke'un da içlerinde bulunduğu bir çok filozof, insanların toplumsal yaşama geçmeden önce tam bir özgürlük (doğal olarak bu, başka insanları öldürme özgürlüğünü de içeren son derece yabanıl bir özgürlüktür) içinde bulunduğunu ve toplumsallaşmanın da can güvenliğini sağlama gereksiniminin ürünü olduğunu öne sürmüşlerdir.

Bu türden bir özgürlük anlayışı en ünlü anlatımını J. J. Rousseau'nun "İnsan özgür doğar, fakat her yerde zincirlerle bağlanmıştır" biçimindeki, gerçekte pek de bir anlamı bulunmayan tümcesinde bulur. Öte yandan, özellikle Fransız Devriminden beri insanın özgür doğduğunu söylemek gelenek olmuştur. (Ancak burada sözü edilen özgürlüğün "köle olarak doğmamak" anlamında başka türden bir özgürlük olduğu da düşünülebilir). Oysa özgürlüğü toplumsal ilişkiler içindeki gerçek yerine oturtabilmek için ilk yapılması gereken şey böyle bir özgürlük kavramından kendimizi kurtarmaktır. Çünkü bu türden özgürlüklerden Etik ve Hukuk bakımından özgürlük kadar önemli olan ödev ve sorumluluk kavramlarını türetmek olanaksızdır.

Oysa bir kez özgürlüğü işbirliğinin, yani toplumsal yaşamın, sağladığı kabul edildiğinde, insanda kendisine bu özgürlüğü, dolayısıyla kendi insanlığını, sağlayan topluma karşı bir ödev bilincinin ortaya çıktığını kabul etmek de çok kolaylaşır. Çünkü buradaki ödev artık, insanın Tanrıya borçlu oluşu gibi, metafizik bir zorunluluk duygusundan değil, insanın elindeki bir değerin yalnızca bir bölümünün o değeri kendisine kazandırmış olan topluma geri verme gereği gibi somut bir borçluluk duygusundan kaynaklanmaktadır. Üstelik ödenen borç toplumsal işbirliğinin iyi işlemesini ve bu yoldan yeni özgürlüklerin kazanılmasını sağlayacağından, bunların bilinci insanın kendi çıkarlarını bilmesinin doğal bir sonucudur.

Demek ki insanlığın başlangıç dönemlerini düşündüğümüzde, Etik ya da Hukuk açısından, özgürleşmenin ve insanlaşmanın yolunun ancak başka insanlarla işbirliği yapmaktan geçtiğinin bilinci içinde birlikte yaşayan ve dilleri işbirliğinin gerektirdiği anlaşmayı sağlayabilecek kadar gelişmiş olan insanlardan oluşan bir toplumla karşılaşırız. Böyle bir topluma 'doğal toplum' adını verirsek, bir doğal toplumda işbirliğinin düzenli bir gelişme göstermesinin bireylerin özgürlüğünü artırmasının yanında işbirliği düzeninin bireylerde uyandıracağı ödev bilincinin bireyle toplum arasındaki ilişkilerin sağlıklı yürümesi için yeterli olacağı düşünülebilir. Bireyle toplum arasındaki ilişkiler, bir yönüyle de, bireyle öteki bireyler arasındaki ilişkiler demektir. Böylece, gerek bireylerle toplum gerekse bireylerle öteki bireyler arasındaki ilişkiler özel bir düzenlemeye gerek kalmadan yürürlüğünü sündürebilirdi. Ancak tarih bu Doğal Toplum düzeninin, kısa sürede, yaptırımlı buyruklara dayanan bir hukuk düzenine dönüşmek zorunda kaldığını gösteriyor. Öte yandan, işbirliğiyle elde edilen özgürlük bir uygulama alanı bulmadıkça boşa dönen bir çarktan farksız olur. Bu özgürlükten toplumun bütün üyelerinin pay aldığı bir ortak mutluluk ortamı yaratacak olan düzen de etik düzen olacaktır. Hukuksal düzende, özgürlüğünü borçlu olduğu başka insanlara sorumluluk duygusuyla bağlı olan birey, etik düzende, mutluluğunu borçlu olduğu insanlara ödev bilinciyle bağlı olacaktır. Artık buradan sonra Etiği bir yana bırakıp Hukuku ele alabiliriz.

Amacımız iyi bir hukuk düzeninin

hangi temel kurallar üzerine kurulması gerektiğini saptamaktır. Bir toplumun insanları özgürlük kazanmak üzere bir araya gelmiş olduklarına göre bireylerin özgürlüğünden, işbirliğinin zorunlu kıldığının dışında herhangi bir kısıntı yapılmaması ilkesi hukukun temelini oluşturacaktır. Her bireyin işbirliği yoluyla kazanılan özgürlüklerden ya da yaşam olanaklarından bu işbirliğine katılımı ölçüsünde pay alması gerekir. Bu, bireylerin işbirliği için yükümlülükleriyle birlikte haklarının da bulunduğu anlamına gelir. Hukuk düzeninin iyi işlemesi için de hak ve yükümlülükler, uygulamada, yasalarla yani yaptırımlı buyruklarla belirlenmektedir.

Yine hukuk düzeninin iyi işlemesi için yasalarla belirlenen hak ve yükümlülükler arasında uygun bir oranın bulunması gerekir ki, bu, yasaların adaletli olması gerektiği anlamına gelir. İnsanların haklarıyla yükümlülüklerinin matematiksel kesinlikteki ölçülerle belirlenmesi olanaksız olduğuna göre adaletin bir takım ölçü formülleriyle belirlenemeyeceği açıktır. Böylece, kişilerle kişiler ya da kişilerle toplum arasındaki belli bir ilişki durumunda adalet, ilgili kişilerin hak ve yükümlülük bilinçlerinden doğan beklentilerin karşılanmasıyla sağlanabilir.

Doğal olarak bu beklentileri sözü geçen ilişki durumunun içinde bulunmakta olan kişilerin edimsel olarak duydukları beklentilerle karıştırmamak gerekir. Öyle bir durumda kişilerin beklentileri, içinde bulundukları ilişki durumunun etkisi altında, büyük ölçüde çarpıtılmış olabilir. Böylece kişinin gözünde, hakları büyüyüp yükümlülükleri küçüleceğinden, o kimse adaletli bir yasayı, az ya da çok, adaletsiz bulacak demektir.

Böylece, yasaları belirleyecek olan beklentilerin, gerçekte o ilişki içinde bulunmayan fakat yaşamın akışı içinde ve koşulların zorlamasıyla öyle bir ilişkinin taraflarından her birinin yerinde olma olasılığı bulunan bir kişinin beklentilerine göre belirlenmesi gerekir. Bu kez de böyle kişilerin nasıl seçileceği sorusu ortaya çıkar.

Gerçekte iyi bir yasa koyucuda bulunması gereken nitelikleri saptamak ilk bakışta sanıldığı kadar zor değildir. Böyle bir kimsenin bireylerle toplum ve bireylerle başka bireyler arasındaki ilişkilerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin nereden kaynaklandığı konusunda yeterince bilgili olması çok önemlidir.Ayrıca böyle bir kimsenin, yaşam koşullarının gerektirdiği durumlarda, yasaların konusunu oluşturan ilişki türleri içinde bulunmasını önleyecek türden ayrıcalıklarının da bulunmaması gerekir. Biraz çelişkili görünse de, yine aynı kimsenin, yasaların suçlu olarak gördüğü durumlara olanak oranında az düşecek bir etik saygınlık taşıması da gerekir.

Bu nitelikleri taşıyan bir yasa koyucu ne gibi eylemlerin suç sayılıp bu suçların niçin ve ne ölçüde cezalandırılması gerektiğini yani adaletli bir yasanın taşıması gereken özellikleri, bilebilecek durumdadır. Suçlar toplumun bireyleri arasındaki işbirliği düzeninin iyi işlemesini zorlaştıracak türden davranışlardır. Suçları önlemenin yolu da suç olacak türden davranışları tanımlayıp böyle davranışlarda bulunan kimselerin cezalandırılacağını ve cezaların ne olacağını önceden belirtmektir. Bu önceden belirtme konusu öylesine önemlidir ki "Yasasız ceza olmaz" kuralı iyi bir hukuk düzeninin temel kurallarından biri sayılır.

Yasasız ceza olamayacağı ilkesi, Kant'ın ve onu izleyenlerin öne sürdüğü gibi, dinlerdeki günahın karşılığındaki kefarete benzeyen türden bir ceza anlayışını kesinlikle dışlamaktadır. Adil bir hu-

kuk düzeni insanları caydırıcılık dışında bir amaçla cezalandırmaya gerek görmez. Ancak burada, cezaların caydırıcılık dışında bir öç alma aracı olmak gibi ikinci bir işlevinin de bulunup bulunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Çünkü yasalarda bulunmayan bir suçun işlenmesi durumunda suçlunun cezalandırılmamasının o suçtan zarar görenlerde bir haksızlığa uğramışlık duygusu uyandırması kaçınılmaz gibi görünür. Böyle bir duygu suçtan zarar görenlerde kendi haklarını kendileri elde etme isteği doğurarak toplumsal düzende büyük aksamalara neden olamaz mı? Bu düşüncede bir gerçek payı bulunduğu söylenebilirse de bu konuyu, biraz sonra, yaptırımlı buyrukların niçin gerekli olduğu sorusuyla birlikte ele almak uygun olacaktır.

IV

Böylece klasik Doğal Hukuk yanlısı olan düşünürlerin baş vurmak zorunda kaldıkları a priori kavramlardan herhangi birini kullanmak şöyle dursun, 'akıl' adı verilen ve hiç bir düşünürün anlaşılır bir açıklamasını yapamadığı sanal yetiye de hiç bir işlev vermeden, başta adalet kavramı olmak üzere, bir hukuk kuramının onlarsız edemediği bütün kavramların, gözlemlerimize dayanarak elde edilebileceğini göstermiş oluyoruz. Bütün kavramlar, insanın özgürlüğünü sağlayan bilgi ve araçların başka insanlarla işbirliği yapılmadan elde edilmesinin olanaksız oluşundan yola çıkan mantıksal işlemlerle elde edilmiştir.

Ancak burada, toplumsal yaşamın düzenlenmesinin doğal belirleyicisi olan Etik düzenin yanında yaptırımlı buyruklara dayanan bir Hukuk düzeninin de niçin gerekli olduğu sorusuna açık bir yanıt verildiği söylenemez. Gerçi gerek tarih içinde gerekse günümüzde, bilinebilen hemen bütün toplumlar üzerinde yapılan gözlemler, toplumsal düzenin sağlanmasında yaptırımlı buyrukların kaçınılmaz olduğunu göstermiştir. Ancak yine de bu durumun, insanın toplumsal yaşama girişinin zorunlu bir sonucu olduğu mantıksal olarak kanıtlanabilmiş değildir. Yani gözlemlenen olguların, bütün zorunlu görünüşlerine karşın, yine de bir takım özel koşulların ürünü olarak ortaya çıkmış olmaları olasılığı vardır.

Gerçekten, bir toplumu oluşturan ve özgürlüklerini de insanlıklarını da toplumsal işbirliğinin düzenli işlemesine borçlu olan bireylerin bu düzeni bozacak türden eylemlerde bulunmalarının, yani suç işlemelerinin, bu düzenin onlarda yaratması kaçınılmaz olan sorumluluk ve ödev duygusuyla ters düştüğü söylenebilir. Bu durumda gözlemlerin her toplumda bulunduğunu gösterdiği suçlar konusu üzerinde biraz daha durmak gerekiyor.

Böylece, bireydeki sorumluluk ya da ödev bilincinin de, kendisiyle başka bireyler ya da kendisiyle toplum arasındaki ilişkilerin kaynaklarıyla ilgili bilgisiyle orantılı olması gerekir. Bilgi zaman içinde deneyler yoluyla artarsa da bu artışların, her zaman, toplumsal ilişkilerin gittikçe artan karmaşıklığının kavranılmasını sağlamaya yeterli olacağı düşünülemez. O zaman bilgi eksikliğinden doğan boşluğu yanlış bilgiler ya da inançlar dolduracaktır. Günümüze dek toplumsal ilişkilerin karmaşıklığı öylesine artmış, toplumsal ilişkilerle ilgili bilgilerin artışı öylesine yavaş olmuştur ki, insanlardaki sorumluluk ve ödev bilincinin, hemen tümüyle yanlış bilgilerin ve inançların etkisi altında, çarpık biçimde geliştiği söylenebilir. Yani toplumsal ilişkilerin doğallığını yitirmesi, büyük ölçüde, bilgisizlik yüzünden bireylerdeki sorumluluk ya da ödev bilgisinin zayıflamasından kaynaklanmaktadır.

Sorumluluk bilincinin zayıflamasının bilgisizlikten kaynaklandığı kabul edilince, burada hemen "Kimin bilgisizliği" sorusu ortaya çıkar. İlk bakışta bunun yanıtının "sorumluluk bilincini taşıması gereken bireylerin bilgisizliği" olduğu düşünülebilir. Oysa bu doğru olamaz. Çünkü her bireyin toplumsal ilişkiler konusundaki bilgisinin kendi sorumluluk duygusunu canlı tutmaya yeterli olabileceği düşünülemez. Gerçekte bu ölçüde bilgi birey için gerekli de değildir. Bilgili olması gerekenler yöneticilerle yasa koyucular-dır. Onlar yeterince bilgili olup adaletli yasalar yapamazlarsa, bireyler bilgili de bilgisiz de olsalar onların yasalara karşı güvenleri sarsılır ve bununla birlikte sorumluluk bilinçleri de zayıflar.

Adaletsiz yasalar suçları artırıp, suçların artması karşısında bilgisiz yönetici ve yasa koyucuların tepkisi yasaları daha da adaletsiz biçime sokmak olacağından adaletsizlikle suçların artışı birbirini besleyerek büyüyecektir. Öyle ki, belli karmaşıklık düzeyini aşmış olup yöneticilerinin bilgi düzeyi bu karmaşıklığın çok gerisinde kalmış olan toplumlarda, yöneticiler bütün güçlerini sözde toplumu dış düşmanlardan koruma yolunda harcarken, toplum içindeki hukuksal ilişkilerin büyük bölümü sınıf, zümre ya da aileler arasında kurulmuş olan dayanışmalarla belirlenme durumuna düşer.

Ancak, toplumsal ilişkilerin kaynaklarıyla ilgili olarak insanlığın bilgi düzeyinin her zaman bu ilişkilerin karmaşıklık düzeyinin gerisinde kalacağını düşünmek de doğru değildir. İnsanlığın zamanla artan bilgisinin, çok yavaş da olsa, toplumsal ilişkiler konusundaki bir takım inançların yerini almakta olduğu da bir gerçektir. Günümüzde, insanların bir bölümünün efendi, bir bölümünün de köle olarak yaratıldığını öne süren Aristoteles'in bu düşüncesinin büyük ölçüde aşıldığı açıktır. Bunun gibi, ırk, renk, din, sınıf, hatta aile, ayrılıklarıyla ilgili inançlarda da büyük değişmeler olmuştur. Bu durumda, insanlığın bilgisi arttıkça pozitif hukukların doğal hukuktan aldığı payın da gittikçe artması beklenebilir.

Öte yandan, 17. yüzyıl başlarından beri doğa bilimleri alanında gözlemlenen hızlı gelişmenin toplumsal bilimlerdeki gelişme hızını da artırdığı görülüyor. Nitekim yukarda saydığımız ayrılık ve ayrıcalıklarla ilgili inançlardaki değişmelerin hemen hepsi, insanlık tarihi bakımından hiç de uzun sayılamayacak olan bu süre içinde gerçekleşmiştir. Doğa bilimlerindeki gelişmenin son zamanlarda kazandığı baş döndürücü hız toplum bilimleri için de umutlar vermekten geri kalmıyor. Böylece, yine insanlık tarihi bakımından pek kısa sayılabilecek bir süre içinde, insanlığın bilgisinin, bütün yanlış inançlardan kurtulunmasını sağlayacağını kabul etmemek için de bir neden yoktur.

İnsanlığın bilgisi arttıkça toplumların yöneticilerinin ve yasa koyucularının da bu bilgiden pay alacağını ve böylece yasalarda sürekli bir gelişmenin gerçekleşeceğini de düşünebiliriz. Böylece hukuk alanında çok eski zamanlardan beri yürürlükte olan gelişme süreci tersine dönebilir. Yani düzelen yasalar bireylerdeki sorumluluk bilincini canlandırabilir ve bu canlanmanın gözlemlenmesi de yasalarda yeni düzeltmelerin yapılmasına neden olur.

Böyle bir gelişmenin sonu, ancak, bireyler için suç işlemenin gereksiz hatta bir bakıma olanaksız, olduğu toplumların ortaya çıkması olabilir. Bireylerin arasındaki ayrılıkların kalkmasına benzeyen bir

süreç toplumlar arasındaki ayrılıkların da sonunu getireceğinden, son aşamada artık, toplumlar değil de tek bir dünya toplumunun söz konusu olması gerekir. Böyle bir toplumun, içinde suç ve ceza kavramlarının da işlevini yitirdiği yepyeni bir toplum olacağı düşünülebilir.

Burada hastalıklı bireyler konusunu hiç göz önüne almadık. Oysa insanlığın bütün ilerlemelerine karşın bir toplumu oluşturan bireylerin hepsinin sağlıklı olması belki de hiç sağlanamayacaktır. Ancak, genel olarak sağlıklı bireylerden oluşan bir toplum az ya da çok sayıdaki hasta bireyleri dışarı atamayacağı gibi bunları cezalandırma yoluyla sağlığa kavuşturmayı da düşünemez. Hastaların yalnızca tedavi edilmeleri söz konusu olabilir. Hastaların tedavisi için de yasalara değil bilimsel önlem ve uygulamalara gerek vardır.

Kısaca, dünyanın değişik toplumlarında yürürlükte bulunan ve inançların yerini bilginin almasıyla Doğal Hukuktan gittikçe daha çok pay alan pozitif hukuk sistemlerinin az ya da çok yakın bir gelecekte yerlerini tek bir dünya toplumunda geçerli olacak Doğal Hukuk kurallarına bırakarak yokluğa karışmalarının hiç de ulaşılmaz bir sonuç olarak görülmemesi gerekir. Böyle bir sonuç, insanların davranışlarını Etik kurallarının belirlemesi ve Hukuk kavramının yalnızca tarihsel gelişmenin incelenmesinde kullanılmak üzere günlük yaşamdan çekilmesi anlamına gelir. Bu süreç içinde yasa koyucuların bir noktayı gözden kaçırmamaları gerekir. Suçların ve cezaların tümüyle ortadan kalkması aşamasına önce cezaların sonradan suçların ortadan kalkmasıyla ulaşılabilir.

NOTLAR

(1) I. Kant, Seçilmiş Yazılar, Çev. Nejat Bozkurt, 1984, s.139
(2) J.Locke, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, II, xxi, 14
(3) Bedia Akarsu, Ahlak Öğretileri, 1982, s. 243
(4) I. Kant, Seçilmiş Yazılar, s.147
(5) J.J. Rousseau,The Social Contract and Discourses, Tr. G.D.H.Cole, s. 3

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 irdeleme zemininde kurulmasını amaçlıyor. Dolayısıyla burada iki felsefe alanının temel kavramlarının tanımlarına ağırlık veren bir seminer çalışmasının gerçekleşeceği, 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 örneklere başvurarak, ahlâkın hukuku önceledigine ilişkin tezim doğrultusunda kurmaya ayırdım. Öyle ki, bildirimin önemli bölümünü tanımlar ve kavramsal bağıntılar oluşturdu.

Seminerin amacına uygun olacağı inancıyla, bildirimi üç bölüm halinde planlıyorum: A-İlk bölümde, "ahlâk" ile "hukuk" ve "ahlâk felsefesi" ile "hukuk felsefesi" terimlerinin anlamlarını, ahlâkın hukuku önceledigine ilişkin tezimi pekiştirmek amacıyla irdelemeye ve buna bağlı olarak ahlâk ilkelerinin hukuk ilkelerine göre teorik önceliğe sahip bulunduklarını 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 önceledigine 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 yaşama 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 "kötü"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 düşünülüp 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 anlaşılsın; ahlâksal eylemi ahlâksal olmayan eylemden ayıran bazı ölçütler de tabiî ki vardır: Bunların başlıcaları; (I) bizzat benimsenen veya töre, alışkanlık, dinsel görenek, vd. yollarla benimsetilmiş bir kurala dayanarak eylemek ("gereklilik", "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 karşılıklı ilişkilerinde kaynağını bulur. Ahlâksal varoluş olarak insan, öncelikle toplumsal grup oluşturmasıyla 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 bulunmakta ve aynı zamanda bu çevrenin oluşumunda önemli bir etken olmakta bulur.

1.2. *Hukuk:* Hukuku. (i) amaçsal/normatif, (ii) işlevsel, olmak üzere iki yönden 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 itibariyle 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, kamusallık 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 yaptırımcı 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 postülalara 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 içerişinde karşımıza hep çıkan bu temel kavramlar, üzerine bir yeniden irdeleme, çözümleme, eleştirme ve bu kavramların anlamlarını yeniden belirleme, çeşitli ahlâkları, ahlâk tiplerini gösterme, bunların özelliklerini, benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyma girişimidir. Bu yönüyle ahlâk felsefesine 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 sayıltısına itibar edenlerin kullandıkları bir terimdir. Oysa böyle bir "meta-etik"in imkânsızlığını savunanlar, ahlâklar çokluğunun farkında olunsun veya olunmasın, yine ancak herhangi bir ahlâk içerisinden 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 disiplinidir. "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 elverirler. 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 değerlendirmesini 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 öğretilerinin alanı olarak da karşımıza çıkar.

Bu betimlemeler, normatif yönüyle, hukuk felsefesini herhangi bir hukuktan ayırma güçlüğünü 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 içerisinden 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 içerisinden 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 herhangibir "ahlâk" (liberal ahlâk) açısının ve ahlâklar çokluğu içerisindeki hemen her tekil ahlâkta karşılaştığımız "dürüstlük" "içtenlik" gibi ahlâksal değerler ışığında değerlendirilmesi gereken bir konu olarak karşımızı çıkıyor. Meta-etikçilerin bize şunu söyleme yükümlülükleri vardır: Her meta-etik, örtük olarak, yaşayan veya yeni olarak önerilen herhangi bir ahlâkın içerisinden konuşabilir; başka türlüsünü 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 olmuşlardı. Buna karşılık devlet ve hukuk, ahlâka göre geç ortaya çıkmış fenomenlerdir. Devletsiz ve hukuksuz toplumlar olmuştur; fakat ahlâksız (bir ahlâka sahip olmayan) toplum olmamıştır. Tarihsel 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 taşır. 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; gemişleri binyılları bulan fesefe 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 alınmışlardı; fakat buradan hareketle "hukuk felsefesi" adıyla bir felsefe disiplininin oluşumuna ancak Yeni Çağ felsefesinde ve özellikte 19. yüzyılda tanık oluyoruz. Ve bu genç disiplin içerisinde zaman zaman gençliğe özgü bir ataklığın belirtisi olarak, hukuku etiğin 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 olamayacağı 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 sistematiğinde, 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 hususdur.

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 değilizdir. Fakat Tanrı, insanları tinsel yönden eşit görür. İnsanlar dünyevi yönden değil, fakat 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: (ı) 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; (ıı) siyasal anlam: insanlar yöneticilerini eşit oy ilkesine göre seçerler; (ıı) hukuksal anlam: insanlar yasalar önünde eşittirler yani aynı değerdedirler; (ıv) 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. (ı) 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, ilkelerin, ideallerin, erdemlerin cisimleşmiş, somutlaşmış, hayata geçirilmiş olması halidir. Adalet, herkesin, hak ettiği ödül veya cezayla karşılanması gerekliliğidir. Adalet, en yüce, nesnel ve mutlak olduğuna inanılan bir değerin 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 ahlâksal ideal olan eşitliğin toplumsal yaşama geçirilmesinde dayanılması gereken normlar bütünüdür. Adaletin de dört anlamı vardır: (i) ahlâksal anlam: adalet, ahlâksal 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) ahlâksal 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 kovuşturmaya 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 kovuşturmaya 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, zenaatkarlık, tüccarlık, yöneticilik vd. meslekler in ortaya çıkmasını ve böylece yönetenyönetilen ayrımını yaratmıştır. Bu süreç aynı zamanda ahlâkın, örf ve adetlerin de ortaya çıkış ve yayılış sürecidir. Fakat bunlar, birlikte yaşamanın gereklerini sağlama ve güvenceye alma konularında yeterli değillerdir. 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 imparatorluk olsun, kendi varoluşunu, büyük ölçüde, hukuk üreten ve ürettiği hukuku uygulamaya sokan kurum olmasında bulmuştur. Hukuk üretilirken ahlâk (özellikle dinsel ahlâk), örf ve adetler, yarıında 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 değinmeler 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 görünmektedir. 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 Patriçiler pek de dindar kimseler değillerdi. Fakat yoksul Pleplerin dindar olmaları ve dindar kalmalarını sağlamak için sürekli gayret sarfetmişlerdir. Ayrıca aynı Patriçiler Milattan sonraki ilk yüzyıllarda, kendi çıkarlarına dokunmayan her dine hoşgörülü davranmışlar, Hristiyanlığı da din olduğu için ihtilalci bir halk hareketine dönüşme potansiyeli taşıdığı için ezmeye çalışmışlardır. Fakat, Patriçi-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 Patriçi 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 girişmeşi sonucu, hukuk üretme bir süre devletlerden Kilise'ye geçmiş oldu. Doğu Roma'da, Bizans'ta ise, Justinianus, Hıristiyan 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 pazarlar 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 kurallarını bütün dünyaya kabul ettirmesi ihtiyacını da bu arada doğuruyor. Bu da artık dinsel kaynaklı olamayacak ve her türlü tekil hukuk düzenleri için bir üstbelirleyici 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 sınırlandıracağım, 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 ihtilâlleri 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. Yoksulluk 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 tavırlı 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) vahşileştiğini öğretiyor. Zaten tarihsel olarak bakıldığında, liberal demokratik hukuk devleti, üstüne ne kadar "evrensel insan hakları" türünden cilâlar 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 ürünü olan eşitsizlikçi kapitalist sosyo-ekonomik düzenin bir örtüsü, bir cilâsı 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 edinilmediği sürece, liberal hukuk devleti, kurulu kapitalist düzene hizmet etmeye devam eder. 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 önemlisi, ekonomik anlamda dünyaya tek seçenek olarak kabul ettirme girişimine tanık oluyoruz. Bu nedenle nötralite ve olgusallık izlenimi bırakan "globalleşme" terimini, onun bir öznesinin bulunduğunu, bu öznenin Batı kapitalizmi olduğunu hatırlayarak, "globalleştirme" olarak anlamak ve kullanmak gerekir. Ben liberal demokratik hukuk devleti konseptinin böyle bir yayılmacılık için araçlaştırıldığını, onun, Batı kapitalizminin kendi varlığını idame ve dünyaya hükmetmek amacına hizmet eden bir işlev yüklendiğini 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 tekilliğe yazgılıdırlar. 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 önceleyiğini, "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 insanlarının bu tuzaktan sakınmak zorunda olduklarını vurgulamak istiyorum.

İnsan Haklarının Korunmasının Felsefi Temeli*

Betül Çotuksöken

Her türlü yapı, her türlü oluşum, her türlü bütünlük kendi tekilliği içinde var olur; fakat kendisi olmayanla ilişkisi içinde bilinir. Bilme sürecinin işleyişinde düşünme ve dil, sonsuz çeşitlilik içinde var olan tekil yapıların ilişkiler çerçevesinde bilinmesini ve dile getirilmesini sağlar. Varolanın düşünülmesinin, dile getirilmesinin olanaklarını, koşullarını saptayan felsefede "sorun, hep var olanın çoklukta birliğini, ayrışmaların nesnel kaynağını açıklamaktı(r)." [1] Felsefi bilmede, herhangi bir varolanın, kendisi olmayanla ilişkisi içinde, benzerlik ve farklılık bağlantılarında belirlenmesinin, bilinmesinin koşulları ortaya konulur. Öte yandan özgül ayrımı büyük ölçüde, bilmenin bilgisi olarak belirlenebilecek olan felsefi bilmede, her bir varolanın çoğul ilişkiler ortamında, bir başka varolanla paylaştığı ortak taban yakalanmaya çalışılır. İşte bu da çokluktaki birliği yakalamaktan başka bir şey değildir. Bu temel belirleme burada iki açıdan ele alınacaktır: ilkin insanın ortak paydalarına dikkati çekmek bakımından , ikinci olarak da ortak insan kimliğine ulaşmanın, birtakım bireysellikleri aşmanın ne denli önemli olduğunu gösterebilmek bakımından. Böyle bir saptama, varolma düzlemindeki çeşitliliğin, ayrıntının bilme ve iletme düzlemine geçişte, ortak yönleri, hesaba katmanın ne denli önemli olduğuna işaret etmektedir. İnsan dünyası söz konusu olduğunda bu, daha da önem kazanmaktadır. Böyle bir belirleme, aynı zamanda, insan da içinde olmak üzere hiçbir varlığın sabit, değişmez bir özü olmadığı düşüncesini de içermektedir.

Tekil olarak var olan, ancak tekilliğini yaşaması sırasında benzerini, bir bakıma kendisi gibi olanı gereksinen insanların oluşturduğu dünyanın da birtakım ortak paydaları vardır. Bu ortak paydalar, her bir insanda, birey olarak insanda şu ya da bu biçimde vardır. Ama var olan bu tekil durumlar, belli bir kavramla/terimle düşünülür ve dile getirilirler. Var olan kimi nitelikler gerçekten de sadece insan dünyasına özgü niteliklerdir. Nelerdir bunlar? "Moral ve Tarih Arasında İnsan Hakları" başlıklı yazısında Jeanne Hersch, insanı diğer varlıklardan ayırmada, dil, çalışma, tarih, hukuk olmak üzere dört temel nitelik belirler. Ona göre: "Başka hiçbir türde bulunmayan, özgül bir biçimde insana ait olan gerçeklikler, kendilerine özgü anlam ve amaçlar yoluyla, insanların yaşamının başkalaşımına dayalı olarak mümkün olurlar: insanın anlam vermesiyle bir gürültü olmaktan çıkan dil; doğal olana yeni eserler katan çalışma; "şimdi"lerin art arda gelmesiyle yaşanan zamanın, içinde bir anlam aranabilecek varlıksal boyutu elde etmesini sağlayan tarih; insanların toplumlarına ve bizzat kendilerine özgürce kabul ettirdikleri zorlamaların bütünü olarak

(1) Uluğ Nutku, *İnsan Felsefesi Çalışmaları*, Bulut Yayınları, İstanbul, 1998, s. 15.

(*) 18 Mart 1999 günü İstanbul Üniversitesinde, "Felsefi Temelleriyle İnsan Hakları" Toplantısında yapılan konuşma.

hukuk.[2] Gerçekten de insan kendine özgü dünyasını bu temel niteliklerle ve bunların çeşitli biçimlerde ortaya çıkan yansımalarıyla oluşturmaktadır.

Yukarıda belirlenen gerçeklikler ya da insan gerçeğini dile getirme sürecinde saptanan bu nitelikler, yine insan dünyasına özgü daha temel yapıdaki bir özniteliği varsaymaktadır. Bu da bir arada yaşamadır. Her bir insan, başka bir insanı gereksinmektedir.

Birbirinden çok farklı yönelimlerle kendini gerçekleştiren insanın en temel yönelimlerinin "bilmek" ve "eylemek" olduğu ileri sürülebilir. İnsan birey olarak, tek olarak olanın dünyasında yaşar ve bu dünyayı, olup biteni saptar. Bu bağlamda insan, bilen varlıktır. İnsanın sadece yaşamakla yetinmemesi, yaşamanın her yönüne eğilmesi ve aynı zamanda empirik olarak yaşamanın bir tür dışavurumu olan salt saptayıcı olmayı aşması, saptayışlarının ötesine geçip, olması gerekenin dünyasına da adım atması son derece önemlidir ve işte sadece bu nokta insana özgü olandır; insanın özgül ayrımıdır.

İnsanın ikinci temel yönelimi -eylemde bulunma biçiminde ortaya çıkan yönelimi- özellikle kendi türünden olanlarla ilişkisinde belirmektedir. İnsan bu bağlamda, toplum halinde yaşayan bir canlı varlık olmakla yetinemez. Birey oluşun, bilen özne oluşun ötesine geçer, eyleyen özne, başka deyişle kişi olur. Yalın bir bakışla, birey insanın her türlü eylemi gerçekleştirdiği ileri sürülebilir; ama daha derinlikli bir bakış, konuşan, çalışan, tarihi yapan, hukuk düzeni içinde yaşayan insanın bütün bu eylemlerini, kişi olarak, etik bir varlık olarak gerçekleştirdiğini fark eder.

Bilinçli olarak eyleyen, eylemleri üzerinde düşünen insan bir "kişi" haline gelmiş demektir. Kişi, eylemlerinin hesabını verebilen, sorumluluğu olan insandır; etik ilişkiyi yaşayan bireydir. "Etik ilişki (ise), belirli bir bütünlüğü olan bir kişinin başka insanlara yönelen eylemleriyle yaşıyarak var kıldığı ilişkiler türüdür. B u n u n dışında, diğer bütün insanlararası ilişkiler, bir grup üyesi olarak kişinin içinde bulunduğu veya kurduğu ilişkilerdir. Ne var ki, yaşamda, kişinin bir grup üyesi olarak kurduğu bütün ilişkilerin temelinde, etik bir ilişki söz konusudur"[3] Etik ilişkiler aynı zamanda tarihseldir de[4]; çünkü bütün bu ilişkiler tarihsel öznenin ürünüdür.

Etik ilişkinin taşıyıcısı olan, sürekli olarak kendisi gibi olana, bir diğer kişiye yönelen tarihsel özneler, kimi klasik kaynaklara, örneğin Cicero'ya göre[5], ölçülülük erdeminin bir tür dışavurumu olan saygıyı hayata geçirirler. Erdemler büyük ölçüde insanın insanla ve şeylerle olan ilişkilerinde gerçekleşir; ama bunların içinde sadece saygı, insan-insan, daha doğrusu kişi-kişi ilişkisinde ortaya çıkar/çıkabilir. Saygıyı bir duygu olarak değerlendiren Kant, onu edilginlik ya da etkilenim ola-

(2) Jeanne Hersch, *The Idea and Documents of Human Rights*, Ideas Underlying World Problems. Series published under the auspices of the International Federation of Philosophical Societies, Volume 3, Edited by Ioanna Kuçuradi, Ankara, 1995, p. 16.

(3) Ioanna Kuçuradi, *Etik*, Ankara, 1988, s. 5.

(4) Karş. Ioanna Kuçuradi, *Etik*, Ankara, 1998, s. 9.

(5) Cicero, *Partitiones Oratoriae, Topica (Divisions de l'art oratoire, topiques)* Texte établi et traduit par Henri Borencque, Société d'Edition "Les Belles Lettres", Paris, 1924, XXII-78.

(6) "Bana, s a y g ı sözcüğünü kullanmakla, aklın bir kavramıyla soruya açıklık getirecek yerde, karanlık bir duygu arkasına sığındığım söylenerek, karşı çıkılabilir. Ne var ki, saygı bir duygu olsa bile, etkilenmekle [edilgin olarak] d u y u l a n bir duygu değil, aklın bir kavramı aracılığıyla k e n d i k e n d i n e y a ş a n a n , bundan dolayı da eğilimin ya da korkunun yarattığı ilk türden bütün duygulardan türce ayrılan bir duygudur." Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Çeviren: Ioanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 16. Bu noktada Cicero ile Kant'ın düşünceleri arasında bağlantı kurulabilir.

rak değil, tam tersine bir tür bilinçlilik durumu olarak değerlendirir.[6] Kant'a göre "S a y g ı her zaman yalnızca kişilere yönelir, hiçbir zaman şeylere yönelmez. Şeyler bizde e ğ i l i m uyandırabilirler, hayvanlar (örn. atlar, köpekler v.b.) sevgi bile uyandırabilir, ya da söz gelişi deniz, bir yanardağ, yırtıcı bir hayvan k o r k u da uyandırabilir, ama hiçbir zaman s a y g ı uyandırmazlar."[7] Saygı duyma ile kişi arasında bağıntı kurmanın temelinde insanın değerine ilişkin bir kavrayışın bulunması bir gereklilik gibi görünmektedir. İnsanın değerine ilişkin böyle bir kavrayışın ne denli önemli olduğunu özellikle Kant'tan beri çok daha iyi bir biçimde biliyoruz. "İnsan varlığının değeri açıkça ve tam anlamıyla ancak Kant'ın keşfinden sonra görüldü. Onun terimlerinin çoğu bugün kullanılmayabilir, ama katkısı küçültülemez."[8]

Özellikle Kant'ın, insanı eyleyen bir varlık olarak tasarımlamasında ortaya koyduğu görüşler, dikkatin doğrudan insan dünyasına çekilmesi bağlamında son derece önemlidir. "Olması gerek"in önemini açıkça ortaya koyan da Kant olmuştur.[9] "Olması gerek" Kant'ta koşulsuz buyrukta somutlaşır. Ancak kişinin değerinin anlaşılması düşüncesine ve "olması gerek"in salt insana özgü bir hareket alanı olarak saptanışına, Renaissance düşünürlerinde rastlıyoruz. Bu çerçevede Giovanni Pico della Mirandola'ya biraz sonra yer vermek üzere şimdilik sadece Decameron'un yazarı Boccaccio'nun bu açıdan nasıl bir uyarıda bulunduğuna değinebiliriz. "Decameron'da doğanın içgüdüleri ile erdem arasında yeni bir uyum kurulur. İçgüdünün ezilmesi, bastırılması artık erdem değildir. Erdem doğal dürtüleri öyle kabul etmek, doyum yolunu aramak ve gerekirse onlara hükmetmek yetisidir."[10] Burada özellikle dikkati çeken nokta, hükmetme, egemen olma yetisinin insan dünyasına özgülenmiş olmasıdır. Kendisi için karar verecek olanın yine insanın kendisi olmasıdır. İnsan, seçen, karar veren kendisi üzerinde egemenlik kurabilme gücünü yine kendinden alan insandır. Yapılması gerekene insan, yine kendi başına karar verecektir. İnsan böylece yargılama yetisine sahip olan, kendine ödev yükleyen, amaç, erek koyan bir varlık olarak yavaş yavaş belirmektedir. İnsanın değerliliği giderek bu özniteliğe bağlanacaktır ya da bağlanması gerekecektir.

Ancak Kant bu belirlemeyi çok daha belirgin bir biçimde dile getirmiştir. Tüm insani ilişkileri temelde kişi ile kişi arasındaki ilişkiye dayandıran Kant, kişiye amaç olarak yönelimi, her türlü yönelimin en yalın biçimi, temeli olarak düşünür. "Şimdi diyorum ki: insan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir. (...) Öyleyse pratik buyruk şu olacak: her defasında insanlığa, kendi kişisinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de, sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun."[11]

(7) Immanuel Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi*, Çeviren: Ioanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1994 (2. bs.), ss. 84-85.
(8) Uluğ Nutku, a.g.y., s. 87.
(9) Uluğ Nutku, a.g.y., s. 74.
(10) Süheyla Öncel, *Decameron Öykülerinde İnsan Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 76.
(11) Immanuel Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, ss. 45-46.

Biraz önce de dile getirildiği gibi, Kant'ın insan dünyası konusunda ortaya koydukları büyük ölçüde, Renaissance'tan beri üzerinde durulan görüşlerin çok daha üst düzeyde gelişmiş, incelmiş, ussal olarak temellendirilmiş bir sonucudur. Bu bağlamda, Pico della Mirandola'nın düşüncelerinin bir bakıma daha sonraki görüşlerin habercisi olduğu ileri sürülebilir. İnsanın doğasını her yönden ve tüm yönelimleri içinde anlama çabaları kuşkusuz Renaissance'la birlikte öne çıkmıştır. Bir keşif çağı olarak beliren bu dönemde, dışdünyanın keşfi kadar, zihinsel ve bedensel açıdan insan dünyasının keşfi de önplandadır. "İnsanın değeri" kavramı, dönemin üzerinde durduğu en önemli kavramlardan biridir. Pico della Mirandola da bu dönemin en önemli düşünürlerinden biridir. "Pico'ya göre insanın dünyada belli bir duruşu ve yeri vardır. (...) Yaratılmış evrenin belli başlı bölgeleri, cisimsel olmayan melekler, cisimsel olmakla birlikte bozulmayan göksel bedenler ve bozulabilir nitelikte dünyevi bedenler. İnsan bu dünyaların hepsini kendi yapısında bir araya getirmektedir."[12] İnsan yaratılış bakımından Pico'ya göre orta noktada bir yere sahiptir; insan aşırılıkların bir araya gelmesinden oluştuğu gibi, zihinsel bakımdan da tinsel ve maddesel olanı bir araya getirir, birleştirir. "İnsanın yaratılmış olan dünyada belli bir yerinin olmasına karşın, insan yine de belli sınırlar içinde de kalmamaktadır. İnsan kendi yapısını bizzat kendisi oluşturmaktadır, tıpkı bir heykeltraşın bir heykeli biçimlendirmesi gibi."[13] Pico della Mirandola salt insana özgü olan bu durumu, Tanrı'nın Adem'e seslenişi olarak şöyle dile getirmektedir: "Seni dünyanın ortasına koydum ki oradaki her şeyi daha kolay anlayasın ve göresin. Seni ne yalnız göğe ne de yalnız yere ait, ne yalnız ölümlü ne de yalnız ölümsüz bir varlık olarak yarattım ki kendine biçim vermede ve kendini aşmada özgür olasın. Bir canavar düzeyine düşebilirsin ve tanrısallığa benzer olarak yeniden doğabilirsin...Kendi özgür istemene bağlı bir büyüme bir gelişme yalnız sana verilmiştir. Evrensel bir hayatın tohumları sendedir."[14] Bu türden bir kavrayış özellikle yüzyılımızda giderek ağırlık kazanan, insanın bir olanaklar varlığı olarak aynı zamanda açık varlık olarak görülmesiyle bağlantılı kılınabilir. Renaissance'la birlikte insana ilişkin yerel ve dinsel nitelikli belirlemelerden vazgeçilmiş; bunun yerini, insanın onuru, değeri kavramıyla da pekiştirilen "uomo universale" anlayışı almaya başlamıştır.

İnsanı salt kendine özgü nitelikleriyle diğer canlılardan ayırma istemleri özellikle Aydınlanmayla birlikte ivme kazanmıştır.[15] Daha sonraları ise insanın değeri kavramı, onun özel bir konumu olduğuna ilişkin kavrayışla ilişkilendirilmiştir. "İnsanın değeri" dendiğinde günümüzde ne anlaşılmaktadır? "İnsanın değeri' derken bundan, insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yerini sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bunların somut görünümü, insana özgü etkinlikler ve bu etkinliklerin ürünü olan her şeydir. Bunlar, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İnsan bilen, düşünen, karar veren, eylemde bulunan (: amaçlı

(12) Pico della Mirandola, *On Dignity of Man*, Translated by Charles Glenn Wallis, with an Introduction by Paul J. W. Miller, Hackett Publishing Comany, Inc. Indianapolis/Cambridge, 1965, p. XV.
(13) Pico della Mirandola, a.g.y., p. XV.
(14) Uluğ Nutku, a.g.y., s. 64.
(15) Bkz. İlhan Tekeli, *Sempozyum Bildirileri. Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek. Yeni Bir Kavrayışa Doğru*, Defter ve Toplum ve Bilim Ortak Çalışma Grubu, Metis Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 13-33.

hareket eden), zaman bilinci olan, çalışan ve bu gibi, sırf ona özgü özellikleri olan bir varlıktır. Bu olanaklarıyla insan, doğadan çok farklı bir varlık alanı olan tarihi oluşturmuş ve oluşturmaktadır."[16] İnsanın değerinin, özel yerinin, konumunun saptanması, onun salt insan olmakla sahip olduğu haklarının korunmasında, olsa olsa gerekli koşulu oluşturur; yeterli koşulu oluşturan ise insana araç değil, amaç olarak yönelmedir. Burada "olması gerek", insanın kendini ve karşısındakini kişi olarak algılamasıyla somutlaşır.

Ortak insan kimliğini, insanların biçimsel olarak paylaştıkları ögeler oluşturur; fakat bu ögelerin her biri için insanların zaman zaman araç kılındığı da bilinen bir gerçektir. Hatta bazan öyle bir noktaya gelinir ki, insan, insana yabancı ya da uzak olanın, insandan yapıca ayrı, belki de üstün olduğu sanılanın dışında yine salt kendine, kendi dünyasına özgü olan yapıların, örneğin kültür dünyasının herhangi bir ögesinin aracı olarak algılanabilir; sabitleştirilen kavramların tutsağı haline getirilebilir. Örneğin insan; çalışmanın, maddesel anlamda değer elde etmenin ya da törelerin, içi tümüyle yerellikle dokunmuş kavram örgülerinin, alışkanlıkların aracı kılınabilir; hatta bir "nesne" gibi görülebilir. Böyle bir ortamda insan haklarının korunmasından söz edilemez. Öyleyse hakların korunmasında insanın özel durumunun, konumunun, değerinin saptanması gerekli bir koşuldur, fakat bu saptama yeterli koşulu içermez. Yeterli koşul, insanın ne kendini aşan varlık/varlıklar adına ne de kendi dünyasının herhangi bir ögesi adına araç kılınmamasında gerçekleşir/somutlaşır. İnsan haklarının korunmasında felsefenin açtığı yol -ya da felsefi temel- hukuksal ve siyasal olandan çok, etik olanla ya da temeli etik olanla döşenmiş olmak koşuluyla, hukuksal ve siyasal olanla bağlantılıdır; ancak felsefe bu konuda bizi uyarabilir; ancak bu yolla insan haklarına ilişkin söylem sıradan, hatta aldatıcı bir "retorik" olmaktan çıkabilir. O halde, böyle bir saptayışın hayata geçirilebilmesinin onsuz olunmaz koşulu, etiğin siyasallaşmaması, tersine siyasal olan ve hukuksal olanın etik olana dayalı olmasıdır.

(16) İoanna Kuçuradi, *Çağın Olayları Arasında*, Ayraç Yayınevi, Ankara, 1997 (2. bs.), s. 55.

İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls

Gülriz Özkök

Günümüzde insan hakları, toplumsal-siyasi kurumları belirlemesi gereken üst ilkeler olarak düşünülmekte, bu düşüncenin sonucu olarak da birçok ülke anayasasında insan haklarına yer vermektedir. Öte yandan yine günümüzde adalet teorileri ortaya konmakta ve bu teoriler de toplumsal-siyasi kurumların düzenleyici ilkesi olarak adaleti egemen kılmaya çalışmaktadırlar.

Adalet ve insan hakları arasındaki ilişki haklarla ilgili adaletsizlik olgusundan hareket edilerek kurulabilir. Genel olarak kabul edilen adaletsizlik olgusu, hakların ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır (Campbell 1988: 36). İnsan hakları da hakların bir bölümünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının ihlal edilmesi bir adaletsizlik durumudur. Bu bağlamda adaletin, en başta insan haklarının ihlal edilmemesini talep ettiği belirtilebilir. Adalet ve insan hakları arasında kurulabilecek bu tür bir ilişkinin örneğini İoanna Kuçuradi'nin görüşleri çerçevesinde serimlemek mümkündür.

Kuçuradi, adaleti bilgisel bir temele dayanarak kavramsallaştırmayı amaçlamakta ve bunun için de adalet fikrinin objesinin belirlenmesi gerektiğinden hareket etmektedir. Kuçuradi, adalet fikrinin objesini belirlemek için insanların belirli bir durumda adalet istediklerinde neyi talep ettiklerine bakmaktadır. Kuçuradi'ye göre insanlar, adaletle ilgili olarak, kendilerine ait olan, borçlu olunan bir şeyin verilmesini talep etmektedirler (Kuçuradi 1994: 28). Bu durumda adalet, belirli bir talebin dile getirilişiyle ilişkilidir. Bu talebi belirginleştirmek için de, insanların insanlara borçlu oldukları şeyin ortaya konması gerekmektedir.

Kuçuradi, insanların insanlara borçlu oldukları şeyi belirlemek için adaletsizlik olgusuna bakmaktadır. Adaletsizlik durumları, borçlu olunanları bulunulan yer, yani temel insan hakları ilkelerinin türetildiği yerdir (Kuçuradi 1994: 29). Temel insan haklarından, belirli bazı insansal olanaklarının korunabilirliğinin koşullarıyla ilgili talepleri anlayan Kuçuradi, genel olarak adaletsizliğin, bu koşulların yerine getirilmediği zaman ortaya çıktığını belirtmektedir; yani, insanın olanakları ve bu olanakların değerinin bilgisinden hareket ederek, adaletsiz olarak nitelendirilebilecek olan koşulların belirleneceğini savunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuçuradi 1994: 30). Kuçuradi'ye göre adaletsizlik durumundan hareket edilerek, adalet fikri şöyle dile getirilebilir: "adalet, kişilerin temel haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin, sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebidir" (Kuçuradi 1994: 31).

Kuçuradi adalet kavramını içeriksiz bir istem ilkesi olarak anlamakta ve adaletin, toplumsal-siyasi ilişkilerin insan haklarına uygun olarak düzenlenmesi ve bu hakların gerçekleştirilmesi talebini dile getirdiğini belirtmektedir (Kuçuradi 1994: 32). Böylece Kuçuradi'nin adalet kavramından anladığı şey paralelinde, adalet ve insan hakları arasında doğrudan doğruya bir

ilişki bulunduğundan söz edilebilir.

Adalet teorileri ise adalet fikrini kavramlaştırmakla ilgilenmemekte ve çoğu kez kabul ettikleri bir adalet tanımından hareket ederek bir adalet anlayışı oluşturmaya çalışmaktadırlar. Bu nedenle de adalet teorileri bağlamında insan hakları-adalet ilişkisi farklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçi insan haklarıyla ilgili adalet teorileri çerçevesinde de adaletin insan haklarını ihlal edilmemesi talebini dile getirdiği söylenebilir. Ancak bu talebin dile getirilişi, adalet kavramından anlaşılan şeye göre farklı şekillerde ortaya çıktığından, insan haklarıyla ilgili çeşitli adalet teorilerinden de söz etmek mümkündür.

Öte yandan mevcut adalet teorileri genellikle doğrudan doğruya insan hakları düşüncesine yer vermemektedir. İnsan haklarıyla ilişkilendirilebilecek teoriler, genellikle, haklara yer veren teorilerdir. Bu tür adalet teorilerine ise daha çok liberal düşünürlerde rastlanmaktadır. Liberal gelenek, bazı temel hak ve özgürlüklere ve bunların önceliğine yer vermektedir. Bu nedenle, liberal gelenek içinde yer alan düşünürlerin adalet teorilerinde de temel hak ve özgürlüklerin ayrıcalıklı bir role sahip olduğu belirtilebilir. Bu düşünürlerden biri de John Rawls'tur. Rawls görüşlerinde sadece haklara değil, doğrudan doğruya insan haklarına da yer vermektedir. Öte yandan Rawls'un adalet anlayışı siyasi bir adalet anlayışı olması itibarıyla, toplumsal-siyasi kurumlar düzeyinde adalet-insan hakları ilişkisinin nasıl kurulabileceğini göstermek bakımından oldukça elverişli görünmektedir.

I. JOHN RAWLS'UN ADALET ANLAYIŞINDA İNSAN HAKLARI

A. Rawls'ta Adalet, Hakkaniyet Olarak Adalet ve Adalet Anlayışının Özellikleri

Rawls adalet kavramını, toplumsal ve siyasi kurumlarla ilişkili olarak ele almaktadır. Rawls'a göre kurumlarla ilgili olarak adalet, keyfi ayrımların ortadan kaldırılmasını ve çatışan talepler arasında uygun dengenin kurulmasını gerektirmektedir (Rawls 1999a: 73). Bu tür bir adalet kavramından hareket eden Rawls, adalet anlayışında keyfi ayrımların nasıl önleneceğine ve çatışan taleplerle ilgili dengenin nasıl belirleneceğine yer vermekte ve buna göre de adalet ilkelerini düzenlemektedir.

Rawls'ta adaletin birinci konusu, liberal-demokratik bir toplumun temel yapısıdır. Temel yapının iki işlevi bulunmaktadır. Bunlar, temel hak ve özgürlükleri düzenlemek ve toplumdaki sosyal işbirliği aracılığıyla doğan avantajların dağıtılmasını belirlemektir. Dolayısıyla Rawls'ta adalet ilkeleri, temel yapının bu iki işlevini karşılayan ilkelerdir; yani adalet ilkeleri, temel hak ve özgürlükleri düzenlemekte ve sosyal işbirliği aracılığıyla ortaya çıkan nimetler ve külfetlere ilişkin çatışan talepler arasında uygun dengenin kurulmasını sağlamaktadırlar. Rawls'ta "hakkaniyet olarak adalet"in (justice as fairness), yani kendi adalet anlayışının ilk konusunu da, adalet ilkelerinin seçimi ve düzenlenmesi oluşturmaktadır (Rawls 1994: 15).

Rawls'un kendi adalet anlayışını "hakkaniyet olarak adalet" diye adlandırması, adalet ilkelerini değerlendirme şekliyle ilgilidir. Rawls'a göre demokratik bir toplumun temel yapısını düzenleyen adalet ilkeleri, bu toplumlardaki vatandaşların perspektifleri tarafından belirlenmeli ve onlar tarafından karşılıklı olarak kabul edilebilecek nitelikte olmalıdır. "Hakkaniyet olarak adalet" düşüncesi de, adalet ilkelerinin vatandaşlar tarafından ve hakkaniyete uygun bir durumda kabul edilmeleriyle ilgilidir. Rawls'un adalet ilkelerinin bu şekilde kabul edilmelerini savunmasının temel nedeni ise, onun vatandaş

ve toplum ideleriyle açıklanabilir.

Rawls'un vatandaş ve toplum ideleri, adalet anlayışını oluştururken hareket ettiği temel idelerdir; yani adalet anlayışını bu idelere uygun olarak düzenlemektedir. Rawls bu ideleri, demokratik toplumların kamusal kültüründe görülen sezgici düşüncelerden yola çıkarak oluşturmaktadır. Rawls'a göre bu kültürlerde vatandaşlar eşit ve özgür varlıklar olarak düşünülmektedir. Rawls, eşit ve özgür olan vatandaşların, aynı zamanda özerk olduklarını da belirtmektedir. Vatandaşların özerkliği düşüncesi de, Rawls'un eşit ve özgür vatandaşlar arasında karşılıklı sosyal yarara yönelik işbirliği sistemi olarak gördüğü toplumun koşullarının, onlar tarafından belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Ancak Rawls'ta toplum, sırf bir işbirliği sistemi olmayıp, hakça bir işbirliği sistemidir. Bu sistemin hakça olmasını da onu düzenleyen koşullar sağlamaktadır. İşbirliğinin hakça olabilmesi için, bu koşulların hakkaniyete uygun bir durumda kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü Rawls'a göre, hakça anlaşmalara ancak hakkaniyete uygun (fairly) bir durumda ulaşılabilir (Rawls 1999a: 310); yani bu koşulların, diğer bir ifadeyle adalet ilkelerinin hakkaniyete uygun bir durumda kabul edilmeleri, onların hakça olmalarını sağlamaktadır.

Rawls, özgür ve eşit vatandaşlar tarafından adalet ilkelerinin hakkaniyete uygun bir durumda nasıl seçildiğini tasarlamak için, 17. ve 18. yüzyıllarda egemen olan sosyal sözleşme doktrinine başvurmaktadır. Sosyal sözleşme doktrini ile Rawls arasındaki ilişki, bu doktrinde yer alan doğa durumu ve kollektif anlaşma düşünceleri bakımından kurulabilir. Ancak Rawls'un "orijinal durum"u (original position), sosyal sözleşme doktrinindeki doğa durumundan oldukça farklıdır. İlk olarak Rawls, açıkca "orijinal durum"un varsayımsal ve tarih dışı bir durum olduğunu belirtmektedir. Rawls'ta "orijinal durum", hakça işbirliğinin koşullarının, yani adalet ilkelerinin, özgür ve eşit vatandaşların perspektifi tarafından nasıl düzenlendiğini ve bu vatandaşlar tarafından karşılıklı olarak kabul edilebilecek nitelikte olduğunu göstermeyi amaçlayan bir tasarım vasıtasıdır. Ayrıca Rawls, "orijinal durum"da vatandaşların kendilerine değil, onların temsilcileri olan yapay gruplara yer vermektedir. Bunun bir nedeni, "orijinal durum"un varsayımsal bir durum olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçi bu durumdaki gruplar da vatandaşlar gibi, eşit ve özgürdürler. Ancak grupların özgür ve eşit olması, "orijinal durum"dan değil, Rawls'un kendi kişi idesine uygun olarak bu durumu düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

Rawls "orijinal durum"u, "... kendi içinde ulaşılan temel anlaşmaların hakça olmasını sağlayan ilk status quo" olarak tanımlamaktadır (Rawls 1994: 17). "Orijinal durum"un hakça anlaşmalara yol açabilmesi için de bu durumun kendisinin hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle Rawls, "orijinal durum"daki eşit ve özgür vatandaşların temsilcilerini birbirleri bakımından hakkaniyete uygun (fairly) olarak yerleştirmektedir. Böylece hakkaniyete uygun olarak yerleştirilen grupların kabul edecekleri adalet anlayışı da hakça olacaktır. Bu nedenle de Rawls kendi adalet anlayışının "hakkaniyet olarak adalet" adını taşıdığını belirtmektedir (Rawls 1999a: 310; 236).

Rawls'un "orijinal durum"unu, özgür ve eşit vatandaşların temsilcileri olan gruplar bakımından hakça (fair) kılan şey ise "bilmezlik perdesi"dir (veil of ignorance). "Bilmezlik perdesi", "orijinal durum"daki grupları belirli tür bir bilgiden yoksun bırakmaktadır. Grupların yoksun

oldukları bilgi, daha çok temsil ettikleri vatandaşların durumlarıyla ilişkilidir. Şöyle ki gruplar, temsil ettikleri kişilerin toplumdaki yerlerini, sosyal statülerini, doğal yeteneklerini, zekalarını, güçlerini, iyi anlayışlarını, "kapsayıcı (comprehensive) doktrin"lerinin içeriğini, rasyonel yaşam planlarının özelliklerini, psikolojilerini, ırklarını, dinlerini, kültürlerini, cinsiyetlerini bilmemektedirler. Rawls'un grupları bu tür bilgiden yoksun bırakmasının, her biri kendi adalet anlayışıyla ilgili çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Hakkaniyet bakımından ise bu tür sınırlamalar, özgür ve eşit vatandaşların temsilcileri olarak gruplar arasındaki hakkaniyeti sağlamakla ilgilidir. Bu şekilde hiçbir grup diğerine göre avantajlı olmayıp, "orijinal durum"a benzer olarak yerleştirilmektedirler (Rawls 1999a: 310). Böylece Rawls'un hakkaniyeti, tarihsel şartlar ve doğal rastlantıların etkisinin bertaraf edilmesi şeklinde düşündüğü ileri sürülebilir.

Rawls hakkaniyeti, saf prosedür olarak da anlamaktadır (Alejendro 1998: 21). Saf prosedürü, Rawls'un prosedürel adaletle ilgili görüşleri çerçevesinde açıklamak mümkündür. Prosedürel adalette, prosedür sonucu ortaya çıkacak sonucun adil olacağı şekilde sosyal sistemlerin düzenlenmesi söz konusudur. Rawls prosedürel adaleti, mükemmel, mükemmel olmayan ve saf prosedürel adalet olmak üzere üçe ayırmaktadır. Mükemmel prosedürel adalette, sonucun adil olmasını sağlayacak bağımsız bir standart söz konusu olup, prosedür de bu sonucu sağlamayı garanti etmektedir (Rawls 1994: 85). Mükemmel olmayan prosedürel adalette, doğru sonuç için bağımsız kriter olmasına karşılık, bu sonuca ulaşılacağından emin olunmasını sağlayan ulaşılabilir hiçbir prosedür bulunmamaktadır. Saf prosedürel adalette ise, sonucun adil olmasına götüren bağımsız bir kriter yoktur. Bunun yerine hakça veya doğru bir prosedür vardır. Bu prosedür de, sonucun doğru veya hakça olmasını sağlamaktadır; yani burada sonucun hakça olması, prosedürün gereğinin yapılmasına bağlıdır (Rawls 1994: 86).

Rawls'a göre "orijinal durum"da saf prosedürel adalet söz konusudur. Çünkü "orijinal durum"daki grupların adalet ilkelerini seçerken dayanacakları önceden verilmiş ve bağımsız adalet ilkeleri yoktur. "Orijinal durum"daki sonucun adil olmasını, prosedürün kendisi sağlamaktadır (Rawls 1999a: 310-311). Rawls'un "orijinal durum"un saf prosedürel adalet olarak tanınması gerektiğini belirtmesi, bu durumda yer verdiği müzakere (deliberation) süreciyle ilgilidir. Rawls bu süreçte yer alan grupları, rasyonel bakımdan özerk olarak tanımlamaktadır (Rawls 1996: 73). Burada Rawls'un temel düşüncesi, sosyal işbirliğinin hakça koşulları, hakkaniyete uygun şartlarda bulunduklarında, vatandaşların kendi avantajlarına göre belirleyecekleri, yani bu koşulları dışarıdan değil, kendi bakış açılarıyla belirleyecekleri düşüncesidir. "Orijinal durum"daki gruplar da, vatandaşların temsilcileri olarak, sosyal işbirliğinin hakça koşullarını kendileri belirleyeceklerdir. Burada, saf prosedürel adalet gereğince, gruplara dışarıdan verilmiş bulunan, yani Tanrının yasası olan veya rasyonel sezgi yoluyla bilinen bir bağımsız değerler düzeni bulunmamaktadır. Gruplar, temsil ettikleri kişilerin en fazla avantajına olan adalet ilkelerini, kendilerine verilen adalet anlayışları listesinden ve hiçbir adalet kriterine bağlı olmadan seçeceklerdir (Rawls 1996: 73). Böylece adalet ilkelerinin seçiminde gruplara yol gösteren şey, temsil ettikleri kişilerin avantajıdır.

Rawls, orijinal durumu saf prosedürel adalete göre tanımlamakla birlikte, bu durumda içerikli (substantive) bir adalet anlayışına ait olabilecek unsurlara da yer vermektedir. Çünkü Rawls'un adalet anlayışı prosedürel olması yanında, içerikli (substantive) bir adalet anlayışıdır. Rawls'ta bir adalet anlayışının içerikli olmasının birkaç anlamı bulunmaktadır. İlk olarak Rawls, içerikli adalet anlayışını prosedürel adalet anlayışıyla beraber düşünmektedir. Prosedürel adalet bir prosedürün adaletiyle (hakkaniyetiyle) ilgiliyken, içerikli adalet bu prosedürün sonucunun adaletiyle (hakkaniyetiyle) ilgilidir. Her iki adalet, prosedüre ve sonuca ilişkin belirli değerlerin örneği durumundadırlar. Rawls'a göre, bir prosedürün adaleti, sonucunun adaletine bağlıdır. Bu nedenle de prosedürel ve içerikli adalet birbirinden ayrı değildir (Rawls 1996: 421); yani prosedürün adil olup olmadığı, sonucun adil olup olmadığından ayrı olarak ele alınamaz.

Rawls'ta içerikli adalet anlayışının ikinci bir anlamı, şekli (formel) adaletten ayrılması bakımından düşünülebilir. Rawls'a göre şekli adalet, kuralların içeriğiyle ilgili olmayıp, kurallar ve kurumların tarafsız ve tutarlı bir şekilde yönetimiyle ilgilidir. Adaletin belirli bir tür eşitliği içerdiği kabul edilirse, şekli adalet, kuralların ve kurumların yönetiminin, bu kuralların tanımladığı sınıflara eşit olarak uygulanmasını gerektirir (Rawls 1994: 58). Rawls'a göre şekli adalet, önemli adaletsizlikleri tek başına açıklayamaması ve kurumların veya kuralların kendilerinin adil olup olmadıklarını içermemesi nedeniyle kabul edilemez (Rawls 1994: 59). Bu bağlamda Rawls'ta içerikli bir adalet anlayışının, kuralların içeriğinin ele alındığı ve kuralların ve kurumların kendilerinin adil olup olmadıklarının değerlendirildiği bir anlayış olduğu belirtilebilir.

Rawls'ta içerikli adalet anlayışının son anlamı, bir adalet anlayışının dayandığı temel düşüncelerle ilgilidir. Rawls'a göre "hakkaniyet olarak adalet", bu anlamda da içeriklidir: Çünkü liberal düşünce geleneğine ait olup, demokratik toplumların siyasi kültüründen hareket edilerek oluşturulmaktadır (Rawls 1996: 432).

Son olarak Rawls'un siyasi adalet anlayışının, yukarıda da yeri geldikçe ele alınan, belirli özellikleri bulunmakta ve o, daha çok, adalet anlayışını bu özelliklerine göre tanımlamaktadır. Bu özelliklerden ilki, siyasi adalet anlayışının birinci konusunun anayasal bir demokratik rejimin temel yapısı olmasıdır. İkincisi, siyasi adalet anlayışının sadece kendi kendine dayanan bir anlayış olması, yani kapsayıcı doktrinlerden bağımsız olarak hazırlanmasıdır. Böylece siyasi adalet anlayışını kabul etmek, belirli bir kapsayıcı doktrini kabul etmeyi gerektirmemektedir. Rawls'un siyasi adalet anlayışının son özelliği ise demokratik bir toplumun kamusal siyasi kültüründe açık olarak görülen sezgici düşüncelerden yola çıkılarak oluşturulmasıdır (Rawls 1999a: 480).

B. Rawls'ta İnsan Hakları

1. *Adalet İlkeleri Bakımından İnsan Hakları*

Rawls'un adalet anlayışında, "orijinal durum"da yer alan gruplar, toplumun temel yapısını düzenleyen adalet ilkeleri konusunda anlaşmaya varmaktadırlar. Burada adaletin iki ilkesi söz konusudur. Bu ilkelerden birincisi temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesiyle ilgilidir. Rawls'a göre adaletin birinci ilkesi, temel hak ve özgürlükleri şu şekilde düzenlemektedir:

"Her bir kişi, herkesin benzer özgürlükler şemasıyla bağdaşan, eşit temel özgürlüklerin tam olarak uygun şemasına sahip olmak konusunda eşit bir hakka sahiptir; ve bu şemadaki eşit siyasi özgür-

lüklerin ve sadece bu özgürlüklerin hakça değeri güvence altına alınacaktır" (Rawls 1996: 5; 291).

Adaletin birinci ilkesi, ifade ediliş tarzından da anlaşılacağı gibi, iki kısımdan oluşmaktadır. Bu ilkenin birinci kısmı temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir. İkinci kısmı ise bu özgürlükler arasında yer alan siyasi özgürlüklerin hakça değerini sağlamaya yönelik bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Esasen adaletin birinci ilkesinde yer alan hak ve özgürlükler siyasi ve sivil hak ve özgürlüklerdir. Bu noktayı açıklamak için Rawls'un adaletin birinci ilkesinde yer verdiği "temel özgürlük" teriminden anladığı şeye bakmak gerekmektedir. Rawls, temel özgürlüklerden, demokratik düşünce geleneğinde yer alan özgürlükleri anlamaktadır. Bunlar, çeşitli hak bildirgelerinde ve insan hakları beyannamelerinde yer alan özgürlüklerdir (Rawls 1996: 292). Rawls'un belirttiği temel özgürlükler şunlardır: Düşünce ve vicdan özgürlüğü, siyasi özgürlükler, birlik kurma özgürlüğü, kişinin bütünlüğü ve özgürlüğüyle ilgili serbestlikler ve hukuk devletinin içerdiği hak ve özgürlükler (Rawls 1996: 291). Belirtilen bu özgürlük kategorilerinden her biri, bir özgürlükler ve haklar sınıfını içermektedir. Örneğin vicdan ve düşünce özgürlüğü, düşünsel (intellectual) özgürlükle ilişkilidir; düşünce, inanç, araştırma ve ifade etmeyle ilgili hakları içermektedir (Nickel 1994: 767). Ayrıca Rawls, kişisel mülkiyet hakkının kişinin bütünlüğü ve özgürlüğü içinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Rawls'un belirttiği hakların her birinin bir hak grubu oluşturduğunu ileri sürmek, aynı zamanda onun haklar listesini genişletmeyi de mümkün kılmaktadır.

İnsan hakları bakımından adaletin birinci ilkesine bakıldığında, adaletin bu hakların ihlal edilmemesini talep ettiği söylenebilir. Ancak Rawls, adaletin birinci ilkesiyle ilgili olarak, insan haklarından değil, temel hak ve özgürlüklerden söz etmektedir. Rawls'un sözünü ettiği bu özgürlükler ise anayasal özgürlüklerle ilgilidir. Çünkü Rawls'ta adaletin birinci ilkesi, "orijinal durum"dan sonra ortaya çıkan anayasal aşamaya rehberlik etmekte ve adil bir demokratik devlet anayasasını bu ilkeye göre düzenlemektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlükler insan haklarıyla ilgilidir. Bununla ilgili olarak en başta temel hak ve özgürlüklerin arka planında insan hakları düşüncesinin bulunduğu ileri sürülebilir. Ayrıca, Rawls'ta da görüldüğü gibi, temel hak ve özgürlükler insan haklarının bir bölümünü oluşturmaktadır. Öte yandan temel hak ve özgürlükler, insan haklarından farklılıklar da göstermektedirler. Rawls'ta bu farklılıklar, temel hak ve özgürlüklerin eşit ve özgür vatandaşların özgürlükleri olmaları ve sadece liberal-demokratik toplumlarda uygulanmaları bakımından ortaya çıkmaktadırlar. Çünkü Rawls siyasi adalet anlayışını, liberal-demokratik toplumlara uygulanmak üzere getirmektedir. Bunun dışında Rawls'un kendisinin de liberal-demokratik toplumlardaki temel hak ve özgürlükler ile insan haklarını ayırdığı görülmektedir. Rawls bu ayrımında anayasal haklar veya demokratik vatandaşlık haklarından insan haklarının farklılığına işaret etmektedir. Rawlsa göre bu farklılık, insan haklarının evrensel uygulanabilirlik özelliğine sahipken, diğer hakların böyle bir özelliğe sahip olmamalarından kaynaklanmaktadır (Rawls 1999aa: 554). Örneğin liberal-demokratik toplumlara özgü olan anayasal veya liberal demokratik vatandaşlık hakları, bu toplumlardaki adalet anlayışına ve yine bu toplumlardaki bireyci siyasal kurumlara dayanılarak belirlendiği için evrensellik özelliğine sahip değillerdir (Rawls 1999ab: 79). Bunun dışında Rawls'ta insan haklarıyla anayasal haklar arındaki diğer bir farklılık insan haklarının bu haklara nazaran sınırlı sayıda olması bakımından ortaya çıkmaktadır (Rawls 1999b: 78-79).

Rawls, "orijinal durum"daki grupların adaletin birinci ilkesiyle beraber özgürlüğün önceliği ilkesini de kabul edeceklerini belirtmektedir. Özgürlüğün önceliği ilkesi, adaletin birinci ilkesinin ikinci ilkesinden önce geldiği anlamındadır. Başka bir ifadeyle bu ilke, adaletin birinci ilkesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerden, adaletin ikinci ilkesi uğruna hiçbir şekilde fedakarlık edilmeyeceği anlamındadır. Bundan da, özgürlüğün sınırlanması söz konusu olduğunda, özgürlüğün sadece kendi uğruna sınırlandırılabileceği ortaya çıkmaktadır (Rawls 1994: 244). Özgürlüğün önceliği sağlanmadıkça, Rawls'un belirttiği diğer öncelik kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Diğer öncelik kuralları, hakkın iyiden ve hakça fırsat eşitliğinin farklılık (difference) ilkesinden önce gelmesiyle ilgili kurallardır (Rawls 1994: 244).

Özgürlüğün önceliği ilkesinden hareket edildiğinde Rawls'un temel hak ve özgürlüklere ayrıcalıklı yer verdiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Rawls'u özgürlüğün önceliği ilkesini kabul etmeye götüren başlıca neden ise temel hak ve özgürlüklerin rolüyle ilişkilidir. Aşağıda da belirtileceği üzere, temel özgürlükler iki ahlaki yetinin kullanılması ve geliştirilmesi için gercken özgürlüklerdir. Bu nedenle temel özgürlükler herkes için son derece önemlidir (Rawls 1996:309). Öte yandan Rawls'un özgürlüğün önceliği ilkesinden hareket edilerek, burada bir özgürlük ilkesinin bulunduğundan söz etmek uygun görünmemektedir. Çünkü Rawls, özgürlüğün önceliğinden söz ederken, temel hak ve özgürlüklerin önceliğinden söz etmektedir.

Rawls'ta adaletin ikinci ilkesi, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle ilgili olup, şu şekilde ifade edilebilir:

"Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler iki şartı yerine getireceklerdir. Birinci olarak bu eşitsizlikler, hakça fırsat eşitliği şartları altında, görev ve mevkileri herkese açık olacak şekilde düzenlemelidir. İkinci olarak bu eşitsizlikler, toplumun en az avantajlı üyelerinin en fazla yararına olmalıdır" (Rawls 1996: 291).

Adaletin ikinci ilkesi kendi içinde iki ilkeye yer vermektedir. Bunlar hakça fırsat eşitliği ve farklılık ilkeleri olup, sosyal ve ekonomik eşitsizliklere bu ilkelere uygun oldukları sürece izin verilecektir.

İnsan hakları bakımından adaletin ikinci ilkesine bakıldığında, bu ilkenin sosyal ve ekonomik haklara yol açtığı ileri sürülebilir. Bu hakların hangi hakları içerdiğini Rawls'tan hareket ederek belirlemek oldukça güç görünmektedir. Çünkü Rawls sosyal ve ekonomik haklar listesi diye bir şeyden söz etmemektedir. Öte yandan Rawls'un hakça fırsat eşitliği ilkesini haklarla ilişkili olarak ifade etmek mümkündür. Örneğin bu ilkenin eğitim hakkıyla ilgili olarak düşünülebileceği belirtilebilir. Ancak Rawls'un farklılık ilkesini haklar bağlamında ifade etmek zordur. Bu ilke, ekonomik haklarla ilgili gibi görünmesine karşılık, bu hakların nasıl belirleneceği belirsizdir. Çünkü farklılık ilkesi, bu ilkenin uygulanacağı ülkelerin şartlarına bağlıdır.

Rawls'ta adaletin iki ilkesi ilk başta birbiriyle ilişkisiz gibi görünebilirken, gerçekte bu iki ilke arasındaki ilişki, onun özgürlük ile özgürlüğün değeri arasında yaptığı ayrım ve eşitlik ile özgürlüğü birbiriyle bağdaştırma çabaları çerçevesinde açıklanabilir. Rawls, adaletin birinci ilkesinde yer alan temel hak ve özgürlükleri eşit vatandaşlık statüsünü sağlamak üzere getirmektedir. Bu statü ise, her vatanda-

şın temel özgürlüklere eşit bir şekilde sahip olduğunu vurgulamaktadır; yani vatandaşların, farklı görüşleri, etnik grubu, ırkı, sosyal ve ekonomik durumu gibi şeyler bu özgürlüklere sahip olmalarında etkili değildir. Bu anlamda sırf vatandaş olmak, temel özgürlüklere eşit bir şekilde sahip olmak için yeterlidir. Bu anlamdaki eşitliği yeterli görmeyenler, vatandaşların özgürlüğün değeri, yani temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanılması bağlamında da eşit kılınmaları gerektiğini savunmaktadırlar. Özgürlüğün değerinin sağlanması, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin belirli bir ölçüde giderilmesini talep etmektedir. Bu tür bir talebin temelinde de, daha fazla gelir ve refaha sahip olanların, amaçlarını gerçekleştirmek için daha elverişli bir konumda bulundukları düşüncesi yatmaktadır. Adaletin ikinci ilkesinde yer alan farklılık ilkesi, daha az gelir ve refaha sahip olanlar bakımından özgürlüğün değerini sağlamaya yöneliktir (Rawls 1996: 328).

Öte yandan Rawls'ta farklılık ilkesi bütün temel hak ve özgürlükler için özgürlüğün değerini sağlamaya yönelik iken, adaletin birinci ilkesi sadece siyasi özgürlüklerin hakça değerini sağlamaya yöneliktir. Rawls'un siyasi özgürlüklere ayrıcalıklı bir yer verdiği izlenimini uyandıran bu ilke, gerçekte, siyasi ve kişisel özgürlükler arasındaki etkili kullanım bağlamında varolan eşitsizliği gidermektedir. Ayrıca Rawls'ta siyasi özgürlükler, adil bir prosedürü sağlamaktadırlar. Bu nedenle de Rawls'un siyasi özgürlüklerin hakça değerinin sağlanmasını adaletin birinci ilkesine bıraktığı belirtilebilir. Çünkü adaletin birinci ilkesi, ikinci ilkeye nazaran daha güvenceli ve öncelikli bir ilkedir.

2. *Rawls'ta İnsan Haklarının Temellendirilmesi Problemi*

Rawls'un adalet anlayışı çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri temellendirmek mümkündür. Çünkü Rawls, adalet anlayışını belirli temel idelere, yani kişi ve toplum idelerinden hareket ederek ve bu idelere uygun olarak oluşturmaktadır. Örneğin Rawls, "orijinal durum"u özellikle kişi idesine uygun olarak düzenlemekte ve böylece de adalet ilkeleri ve kişi idesi arasındaki bağlantıyı kurmaktadır. Bu durumda Rawls'un adaletin birinci ilkesinde yer verdiği temel hak ve özgürlükler ile kişi idesi arasında ilişki kurmanın mümkün olduğu da iddia edilebilir. Bu iddiayı temellendirebilmek için Rawls'un temel özgürlüklerden anladığı şeyin ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Rawls, yukarıda da belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlüklerden, demokratik düşünce geleneğinde yer alan hak ve özgürlükleri anlamaktadır. Ancak Rawls'un belirttiği temel hak ve özgürlükler listesi, haklar bildirgelerinde yer alan bütün temel hak ve özgürlükleri kapsamamaktadır. Bu durumda Rawls'un temel haklar ve özgürlükler listesini nasıl veya neye dayanarak hazırladığı sorusu sorulabilir. Rawls bu listenin iki şekilde oluşturulabileceğini belirtmektedir. Birinci şekilde liste tarihsel olarak hazırlanır. Bunun için demokratik devletlerin anayasalarına bakılır. Bu anayasalarda güvenceye alınmış özgürlüklerin bir listesi oluşturulup, "orijinal durum"daki gruplara sunulur. "Orijinal durum"daki grupların "bilmezlik perdesi"nden ötürü bu tür bilgiye ulaşması mümkün değildir (Rawls 1996: 292-293). Temel hak ve özgürlükler listesi, ikinci olarak, "hakkaniyet olarak adalet"te yer alan kişi düşüncesine dayanarak hazırlanır (Rawls 1996: 293). Bu noktayı açıklayabilmek için temel hak ve özgürlüklerin "orijinal durum"daki yerini belirlemek ve Rawls'un kişi idesi üzerinde durmak gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Rawls'un "orijinal durum"unun en önemli özelliğini "bilmezlik perdesi" oluşturmaktadır. Öte yandan "orijinal durum"daki grupların amacı, temsil ettikleri vatandaşların yüksek çıkarlarını korumaktır. Bu çıkarların anlamlarını belirlemek için Rawls'un kişi idesini incelemek gerekmektedir.

Rawls'un kişi idesi, adalet anlayışının siyasi olmasına paralel olarak siyasidir. Siyasal kişi, toplumun işbirliği üyesi olan ahlaki kişi, yani vatandaş anlamına gelmektedir. Rawls, demokratik toplumun kamusal kültüründen hareket ederek bu kültürde toplum üyesi olmanın, eşit ve özgür vatandaş olma anlamına geldiğini savunmaktadır. Öte yandan Rawls'un kişi idesinin ahlaki unsurları bulunmaktadır. Rawlsun kişi idesinin, yani vatandaşlığın temel unsurları, iki ahlaki yetidir. Bu yetiler, adalet duygusuna ilişkin kapasite ve iyi anlayışına ilişkin kapasitedir. Adalet duygusuna ilişkin kapasite, sosyal işbirliğinin hakça koşullarını belirleyen kamusal adalet anlayışını anlamak, uygulamak ve sadece bu anlayışa uygun olarak değil, aynı zamanda bu anlayışa dayanarak hareket etmek kapasitesidir. İyi anlayışına ilişkin kapasite ise, rasyonel avantajı veya bir iyi anlayışını oluşturma, gözden geçirme ve rasyonel olarak sürdürme kapasitesidir (Rawls 1996: 19). Vatandaşların sahip oldukları yetiler bu iki ahlaki yetiden ibaret değildir. Ayrıca vatandaşlar bu yetileri kullanabilmeleri için gerekli olan akıl yetilerine de sahiptirler. Bunlar yargı, düşünme ve çıkarım yetileridir (Rawls 1996: 81). Vatandaşlar işbirliği yapabilmeleri için sahip olmaları gereken bu yetiler yanında, hakkaniyete uygun işbirliğini sürdürmeye de yeterlidirler. Bunun dışında, adalet anlayışına göre düzenlenmiş bir toplumun işbirliği yapan üyeleri olmaları için, vatandaşların bu yetilere asgari düzeyde sahip olmaları zorunludur (Rawls 1996: 81).

Son olarak Rawls, vatandaşların, bir "kapsayıcı doktrin"e göre yorumladıkları belirli bir iyi anlayışına sahip olduklarını varsaymaktadır. Buradaki iyi anlayışı oldukça geniş olarak ele alınmalıdır (Rawls 1996: 81). İyi anlayışı, bir yandan "kapsayıcı doktrin"lerle, diğer yandan kişilerin kendileri ve çevrelerindekilerle ile ilgili korudukları yararlarla ilişkilidir. Rawls'un vatandaşların kapsayıcı bir iyi anlayışına sahip olduklarını varsaymasının nedeni, demokratik toplumların kamusal kültürüne bakarak siyasi kişi idesini oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bu toplumların belirgin özelliği olarak çoğulculuk belirtilince, vatandaşların bir "kapsayıcı doktrine" sahip olduklarını varsaymak gerekmektedir.

Orijinal durumdaki grupların koruyacakları yüksek çıkarlar, vatandaşların sahip oldukları yetiler ve bir iyi anlayışıyla ilgili çıkarlardır. Gruplar, iki ahlaki yetinin ve belirli bir iyi anlayışının geliştirilmesini sağlayan ve koruyan adalet ilkelerini seçeceklerdir. Ancak "bilmezlik perdesi"nden ötürü, grupların bu çıkarları neye dayanarak veya nasıl koruyacakları problemi ortaya çıkmaktadır. Rawls, "bilmezlik perdesi"nin bu sakıncasını gidermek için "birincil iyiler" listesini getirmektedir.

Rawls, ahlaki kişiliğin unsurlarını "birincil iyiler"in türetilme kaynakları olarak kabul ederek, kendi kişi düşüncesiyle bu iyiler arasında bağlantı kurmaktadır. Bir başka ifadeyle Rawls birincil iyiler listesini hazırlarken, kendi kişi düşüncesini temel almaktadır. Bu anlamda "birincil iyiler"i belirlerken Rawls, ahlaki kişiliğin yetilerini gerçekleştirmek ve geliştirmek ve belirli bir iyi anlayışını etkili olarak sürdürmek için normal olarak ihtiyaç duyulan sosyal temel şartları ve tüm amaç vasıtalarını araştırmaktadır (Rawls 1996:

75-76). Rawls kendi kişi düşüncesinden hareket ederek "birincil iyiler"i belirlerken, sosyal yaşamın genel şartları ve gerektirdikleri hakkındaki bilgiye dayanmaktadır. Fakat bunu yaparken nihai amaçların elde edilmesi için gereken genel vasıtaların neler olduğunu belirleyen tarihi veya empirik araştırma yapmamaktadır (Rawls 1988: 166-167). "Birincil iyiler"e ilişkin yaptığı araştırma, sadece, "iyi düzenlenmiş toplum"daki kendi kişi düşüncesine uygun kişiler olarak vatandaşların nelere ihtiyaç duyacakları sorusuyla sınırlıdır. Ancak Rawls'un burada yer verdiği ihtiyaç kavramı, nesnellik özelliği göstermektedir; yani Rawls, vatandaşların ihtiyaçlarından söz ederken, onların mevcut istek ve özlemlerine göre değişen ihtiyaçları kastetmemektedir. Rawls'ta vatandaşların ihtiyaçları, özgür ve eşit bir vatandaş olmakla ilgili bütün kişilerin ihtiyaç duydukları şeylerle sınırlıdır. Bu ihtiyaçlara göre hazırlanan "birincil iyiler" listesi ana başlıklar halinde şunları içermektedir:

a) Temel özgürlükler listesi
b) Farklı fırsatlar temelinde iş seçimi ve hareket özgürlüğü
c) Özellikle temel siyasi ve ekonomik kurumlardaki sorumlulukla ilgili görev ve mevkilerin yetkileri ve ayrıcalıkları
d) Gelir ve refah
e) Kendine saygının sosyal temelleri (Rawls 1988: 162).

"Orijinal durum"daki gruplar bu listeye dayanarak, temsil ettikleri vatandaşların çıkarlarını en iyi koruyacak adalet ilkelerini seçeceklerdir. Birincil iyiler listesinde yer alan temel özgürlükler listesi gruplara verilmektedir; yani gruplar, tabi tutuldukları bilgi sınırlaması yüzünden bu listenin hazırlanmasına katılmamaktadırlar. Ancak gruplar, temel hak ve özgürlükler listesini belirleyememelerine rağmen, bu listede yer alan her bir özgürlüğü neden temel olarak kabul edeceklerini değerlendirebileceklerdir. Bu değerlendirmeyi yaparken gruplara yol gösteren şey ise temsil ettikleri kişilerin yüksek çıkarlarıdır (Rawls 1999a: 310).

Rawls'ta temel hak ve özgürlüklerin kişi idesine bağlanması, bu özgürlüklerin içerikli olduğunu iddia etmeyi mümkün kılmaktadır. Ancak Rawls'ta temel hak ve özgürlükler listesinin sadece, hak bildirgelerine veya demokratik devletlerin anayasalarına bakılarak hazırlanması durumunda, bu özgürlüklerin içeriksiz olduğu belirtilebilir. Rawls'ta temel hak ve özgürlükler listesi iki şekilde değerlendirilebilirken, insan hakları söz konusu olduğunda tek bir değerlendirme şekli bulunmaktadır.

Rawls'a göre insan haklarının birkaç özelliği bulunmaktadır. İlk olarak bu haklar, insan doğasına ilişkin hiçbir kapsayıcı ahlaki doktrine veya felsefi bir anlayışa dayanmamaktadırlar; yani, insanların ahlaki kişiler olup eşit değere sahip olduklarını veya belirli ahlaki ve zihni yetilere sahip olmalarından dolayı bu haklara sahip olduklarını ileri süren herhangi bir anlayışa dayanmamaktadırlar (Rawls 1999a: 551). Bu anlamda Rawls'ta insan haklarının içeriksiz olduğu belirtilebilir. Ayrıca bu noktada Rawlsun adalet anlayışının en önemli özelliklerinden birini, sırf kendi kendine dayanan, yani başka bir doktrinle temellendirilmeyen bir anlayış olması özelliğini insan haklarına yansıttığı görülmektedir.

İkinci olarak Rawls'a göre insan hakları, siyasi bakımdan nötrdür. Bu nötrlüğün anlamı ise, insan haklarının liberal düşünceye veya Batı geleneğine özgü olmamasıyla ilgilidir (Rawls 1999a: 552). Bu noktada Rawls'un kendi adalet anlayışı dışına çıkarak insan haklarını değerlendirdiği ileri sürülebilir. Çünkü Rawls'un adalet anlayışında temel hak ve özgürlükler, liberal düşünceye özgü olan eşit ve özgür vatandaş idesinden yola çıkılarak vatandaşların hakları anlamına gelmektedir. Bu bakımdan temel hak ve özgürlükler siyasi olarak nötr değildir. Ayrıca Rawls, adalet anlayışını liberal-demokratik toplumlara uygulanmak üzere getirmektedir. Bu tür bir düşünceden hareket edilince de Rawls'ta insan hakları-adalet ilişkisinin sırf batı geleneğini kabul etmiş bulunan toplumlar çerçevesinde değerlendirilebileceği ileri sürülebilir.

Oysa Rawls'un insan haklarını siyasi bakımdan nötr olarak düşünmesi, liberal olsun olmasın bütün toplumlarla ilgilidir. Çünkü Rawls'a göre insan hakları, bütün insanlar için iyi düzenlenmiş (well-ordered) toplumların asgari bir standardını açıklamaktadırlar (Rawls 1999a: 552); yani insan hakları, bir toplumda özgür ve eşit vatandaş düşüncesi yer alsın veya yer almasın, bir toplumun iyi düzenlenmiş (well-ordered) olmasının temel şartıdır. Bu bağlamda da insan hakları, belirli bir haklar grubundan ibaret olup bir toplumdaki varolan düşüncelerden bağımsızdır; yani nötrdür. Rawls'un insan hakları olarak adlandırdığı haklar Ona göre çok önemli ve ihlal edilemeyecek nitelikteki şu haklardan oluşmaktadır; yaşama hakkı, özgürlük hakkı, kişisel mülkiyet hakkı, doğal adalet kurallarınca belirtilen şekli eşitlik hakkı (Rawls 1999b: 65).

Buraya kadar belirtilenlerden hareketle Rawls'ta siyasi bakımdan nötr insan haklarından, herhangi bir "kapsayıcı doktrin"e veya felsefi düşünceye dayanmayan ve belirli bir haklar grubundan ibaret olan hakları anlamak gerekmektedir. Bu haklar, Rawls'un adalet anlayışında yer alan temel haklardan farklı olarak, eşit ve özgür vatandaşların hakları olmayıp, evrenseldirler. Rawls'un siyasi olarak nötr insan hakları düşüncesine başvurmasının nedeninin ise bu hakları ele aldığı bağlamda araştırmanın uygun olacağı belirtilebilir.

Rawls siyasi olarak nötr insan haklarını "The Law of Peoples" başlıklı makalesinde ele almaktadır. Bu makalesinde Rawls, halkların hukuku (the law of peoples) üzerinde durmaktadır. Rawls, halkların hukukundan siyasi bir hak ve adalet anlayışını anlamaktadır. Bu anlayışın ilkeleri ve normları uluslararası (international) hukuk ve pratiğine uygulanmaktadır (Rawls 1999a: 529).Rawls halkların hukuku düşüncesini kendi liberal siyasi adalet anlayışını geliştirerek oluşturmaktadır. Bu bağlamda halkların hukuku liberal adaletle ilişkili unsurları, yani temel hak ve özgürlükleri, bunların önceliğini ve bütün vatandaşların bu özgürlükleri kullanabilmelerini sağlayan vasıtaların teminini içermektedir (Rawls 1999a: 536-537). Rawls'ta insan haklarının halkların hukuku bakımından ayırt edici özellikleri bulunmaktadır. İlk olarak insan hakları, halkların hukukunu düzenleyen adalet anlayışında yer almakta ve bütün halkların bu haklara saygı göstereceğini içermektedir (Rawls 1999a: 540). İkinci olarak insan hakları, bir toplumun iyi düzenlenmiş olmasının asgari standardını içermekte ve bununla bağlantılı olarak bir rejimin ve hukuk düzeninin meşruluğunu sağlamaktadır. Rawls'ta halkların hukuku, adil bir siyasi toplumlar toplumuna uygulanacaktır. Bu topluma liberal olsun veya olmasın bütün toplumlar iyi düzenlenmiş olmaları şartıyla üye olabileceklerdir. Rawls'a göre bir toplumun iyi düzenlenmiş olabilmesi için uygun şartların yanında barışçıl bir rejiminin olması ve yayılmacı bir politika gütmemesi gerekmektedir. Ayrıca o toplum, kendi halkının gözünde meşru olmalı ve bunun bir sonucu olarak da insan haklarına saygı göstermelidir (Rawls 1999a: 530). Rawls'ta, iyi dü-

zenlenmiş bir toplumun insan haklarına saygı göstermesinin başlıca nedeni, bu toplumun ortak iyiye dayalı bir adalet anlayışı tarafından düzenlenmesidir. Bu iyinin içeriği sırf ahlaki yükümlülüklerden ibaret olsa bile, Rawls'a göre, görevini iyi niyetle yapan yargıçlar ve diğer görevliler sayesinde insan hakları ihlal edilmeyecektir (Rawls 1999a: 545; 552). Dolayısıyla toplumlar birbirinden farklı adalet anlayışları tarafından düzenlenmiş olabilirler. Ancak bu adalet anlayışlarında yer verilen ortak iyi gereğince, insan haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir.

Rawls'ta insan hakları üçüncü olarak sınırlandırıcı bir işlev göstermektedir. Bu işlev aynı zamanda Rawls'ta insan haklarının evrensellik özelliğine işaret eden diğer bir husustur. İnsan haklarının sınırlandırıcı işlevi, ilk olarak, savaşa ilişkin nedenlerin ve savaş durumunda yapılan davranışların haklı gösterilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin Rawls'a göre insan haklarının ağır ihlalleri savaşa ilişkin haklı gösterilebilecek nedenlerden biri olma özelliğini taşımaktadır. İnsan haklarının sınırlandırıcı işlevi, ikinci olarak, rejimlerin iç özerkliğini sınırlandırmak bakımından söz konusudur (Rawls 1999b: 79). Öte yandan Rawls'çu düşüncede insan haklarının sınırlandırıcı işlevi, devletlerin dış ve iç egemenlikleriyle ilgili olduğu kadar, halklar arasındaki çoğulculukla da ilgilidir; yani insan hakları çoğulculuğu sınırlandırmaktadır (Rawls 1999a: 555). Bu bağlamda, farklı "kapsayıcı doktrin"lere sahip olan toplumlar, bu doktrinleri insan haklarına uygun olarak sürdürmek zorundadırlar.

Rawls'un siyasi bakımdan nötr insan haklarının adaletle ilgisi, ortak iyiyi içeren bir adalet anlayışı çerçevesinde kurulabilir. Rawls, gerek uluslar arası düzeyde, gerekse ulusal düzeyde ortak iyiyi içeren bir adalet anlayışı şartı getirdiğinden, insan haklarına saygı gösterilmesi de bu iyiyle ilişkili olarak anlaşılabilir. Öte yandan Rawls'un liberal-demokratik toplumlara uygulanmak üzere getirdiği kendi adalet anlayışı da ortak iyiyi içermektedir. Rawls ortak iyiden, her bir vatandaşın iyisi, her bir vatandaş için ortak olan iyiyi anlamaktadır (Rawls 1999a: 622). Bu iyi de insan haklarına saygı göstermeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla Rawls'un temel hak ve özgürlüklere adalet anlayışı çerçevesinde yer vermesi, ortak iyinin bu hakların ihlal edilmemesini gerektirdiği düşüncesiyle de açıklanabilir.

I- RAWLS'UN ADALET ANLAYIŞINDAKİ İNSAN HAKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Rawls'un düşünceleri çerçevesinde insan hakları ve adalet ilişkisi, temel hak ve özgürlükler ile insan hakları bakımından olmak üzere iki şekilde kurulabilir. Burada ilk olarak, Rawls'un liberal-demokratik toplumlara uygulanmak üzere getirdiği kendi adalet anlayışı çerçevesinde temel hak ve özgürlükler açıklaması değerlendirilecek, ardından da siyasi bakımdan nötr insan hakları düşüncesi üzerinde durulacaktır.

Rawls'un adalet anlayışı çerçevesinde yer verdiği temel hak ve özgürlükleri belirli bir hak kavramına dayandırmak mümkün değildir. Rawls'un adalet anlayışında "orijinal durum"a yer vermesinden hareket edilerek, onun düşüncesi çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin doğal haklarla ilişkili olup olmadığı sorulabilir. Gerçekte Rawls'un "orijinal durum"unda bireylerin sahip oldukları haklar söz konusu değildir. "Orijinal durum"da grupların eşit ve özgür olmalarının nedeni de, Rawls'un bu durumu kendi kişi idesine uygun olarak düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca Rawls, insan haklarını özellikle bir felsefi temele dayandırarak açıklamaktan kaçınmaktadır (Bkz. Rawls 1999a: 550). Bunun dışında Rawls, kendi adalet anlayışının doğal haklarla ilişkilendirilmesine de karşıdır. Örneğin Rawls, Ronald Dworkin'in bireylerin kendilerini yöneten siyasi kurumlara karşı eşit muamele ve saygı doğal hakkına sahip olmalarının modeli olarak "orijinal durum"u ve "bilmezlik perdesi"ni yorumlamasına katılmamaktadır (Rawls 1999a: 400). Böylece Rawls'ta temel hak ve özgürlükleri doğal haklarla ilişkilendirmek pek uygun görünmemektedir.

Gerçi Rawls'un kendi adalet anlayışı çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri, klasik doğal hukukçulara benzer şekilde değerlendirdiği iddiasında bulunabilir. Bu iddiada belirli ölçüde haklılık payı bulunmaktadır. Şöyle ki Rawls'un "birincil iyiler listesi", yukarıda da belirtildiği gibi, insan aktivitesinin iki alanında, yani bir adalet duygusunu geliştirme ve kullanma, ve bir iyi anlayışını oluşturma, gözden geçirme ve sürdürmede temel öneme sahiptirler. Klasik doğal hukukçular da, insan doğasından hareket ederek belirli insan fonksiyonlarını veya rollerini ortaya koymakla aynı işi yapmaktadırlar. Ancak Rawls, bu tür bir yaklaşımı kabul etmediği için kendi kişi idesinin temelini, eşit ve özgür vatandaşlar arasındaki karşılıklı yarara yönelik sosyal işbirliği düşüncesine dayandırmaktadır (Nickel 1994: 773).

Rawls'ta temel hak ve özgürlükleri belirli bir hak kavramına dayandırmak mümkün olmadığı gibi, soyut bir özgürlük kavramına dayandırmak da mümkün değildir. Çünkü Rawls temel hak ve özgürlükleri bir özgürlük ilkesini azamileştirmek için getirmemektedir. Öte yandan Rawls'ta temel hak ve özgürlüklerin özerklikle ilişkilendirilebileceği ileri sürülebilir.

Rawls, adalet anlayışının siyasi olmasına paralel olarak vatandaşların siyasi bakımdan özerkliği üzerinde durmaktadır. Vatandaşların siyasi özerkliği ise, bir yandan adil kurumları kendilerinin belirlemeleriyle, diğer yandan ise adalet ilkelerini serbestçe kabul etmeleri ve bu ilkelere uygun davranmalarıyla ilgilidir. Rawls'ta vatandaşların özerkliği ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili adalet ilkesini serbestçe kabul etmeleri birbiriyle ilişkilendirilebilir. Ancak Rawls'ta asıl önemli olan, temel haklar ile özgürlükler ve bunların güvenceye alınmasının vatandaşların siyasi bakımdan özerk olmasına yol açmasıdır. Öte yandan siyasi özerklik genellikle halkın egemenliği doktrini bağlamında düşünülmektedir. Rawls da siyasi gücün bütün vatandaşlar tarafından paylaşılacağını belirtmekle, bu doktrine bağlılığını göstermektedir. Halkın egemenliği doktrini ise insan haklarını ihlal eden yasaların çıkarılmasını mümkün kılmaktadır. Bu doktrin çerçevesinde ahlaki bir ilke olarak insan haklarının bağlayıcılığı yeterli değildir. Rawls da buna katılmaktadır. Ancak bu tür yasaların meşru olmayacağı inancındadır (Rawls 1996: 411). Çünkü insan hakları, halkın egemenliğinin olanaklı olmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla insan hakları belki dışarıdan bir ilke olarak halkın egemenliğini sınırlayamaz (Rawls 1996: 411). Ancak Rawls'un düşüncesi çerçevesinde, bu egemenliği ortaya çıkaran da insan haklarıdır.

Rawls'un adalet anlayışında temel hak ve özgürlükler bu şekilde, yani kişi idesi temelinde tutarlı olarak açıklanabilir. Ancak Rawls'un temel hak ve özgürlükleri ortaya koyuş şekli ve getirdiği adalet tanımının bu özgürlüklerle bağdaşması oldukça problemlidir.

İlk olarak Rawls'un "orijinal durum"da yer verdiği "birincil iyiler" listesi problemli görünmektedir. Çünkü bu listede farklı nitelikteki şeylerin biraradalığı söz

konusudur; yani bir yandan temel hak ve özgürlükler gibi maddi nitelikte olmayan şeyler, bir yandan da gelir ve refah gibi maddi nitelikteki şeylere bir arada yer verilmektedir (Bu konuda bkz.: Young 1990:24-25). Her şeyden önce insan hakları şeylerle ilgili değil, bir başkasıyla ilişkide ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda nitelikleri farklı şeylerin aynı listede yer almalarının, aralarındaki fark gözetilmeksizin, aynı şekilde değerlendirilmelerine yol açacağı belirtilebilir. Gerçi Rawls, özgürlüğün önceliği ilkesinden yola çıkarak bunların arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmaktadır. Örneğin Rawls, vicdan özgürlüğüyle ilgili olarak özgürlüğün önceliğinin tanınması nedeni olarak, kişilerin dini, felsefi veya ahlaki görüşlerine değiştirmelerine yol açan şeyin adaletin ikinci ilkesinin düzenlediği güç, refah veya statünün sonucu olmadığını belirtmektedir. Rawls'a göre kişilerin görüşlerindeki değişiklikler, yargı, akıl ve refleksiyonun sonucu olarak meydana gelmektedirler (Rawls 1996: 312). Böylece Rawls'un iki farklı değerlendirmeyi birbirinden ayırt ettiği ileri sürülebilir. Ancak Rawls'un yaptığı bu ayrımın "birincil iyiler" listesiyle ilgili problemi giderdiği söylenemez.

Esasen Rawls'ta problem, dağıtıcı adalet anlayışıyla ilgili ortaya çıkıyor görünmektedir. Bu noktada dağıtıcı adalet anlayışına karşı çıkanların görüşlerinin, haklarla ilgili olarak geçerlilik payı taşıdığı belirtilebilir. Rawls'un dağıtıcı adalet anlayışıyla ilgili görüşlerine ilk dönemlerdeki makalelerinde ve özellikle de A Theory of Justice başlıklı eserinde rastlamak mümkündür. Dağıtıcı adalet anlayışı, işbirliğinden doğan nimetler ve külfetlerin paylaştırılması anlamındadır. Bu adalet anlayışı sosyal kurumların bütününe uygulanmak istendiğinde oldukça problemlidir. Çünkü bu durumda, maddi nitelikte olan ve olmayan şeylerin dağıtılması söz konusudur. Örneğin Rawls, A Theory of Justice başlıklı kitabında temel haklar ve ödevlerin dağıtılmasından da söz etmektedir (Rawls 1994: 7). Bu noktada, Iris M. Young'un da haklı olarak belirttiği gibi, bir hakkın dağıtılmasının anlamının ne olduğunu sorgulamak gerekmektedir (Young 1990: 25). Maddi nitelikteki şeyler dağıtıcı adalet anlayışıyla tutarlı bir şekilde açıklanabilir. Ancak haklar söz konusu olduğunda, yapılacak değerlendirme, bu hakları maddi nitelikteki şeylerden ayırt etmeye yeterli değildir. Öte yandan dağıtıcı adaletin işbirliğinden doğan nimetler ve külfetler tanımından hareket edildiğinde de haklar açısından başka bir problem doğmaktadır. Bu durumda da hakların işbirliğinden doğduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir. Oysa haklar, Höffe'nin de belirttiği gibi, işbirliğinden doğmamaktadırlar. İşbirliği, daha çok, hakların korunması veya reddedilmesi bağlamında düşünülebilir (Höffe 1995: 209).

Bunun dışında Rawls, iyi düzenlenmiş bir toplumun adaletin şartları altında varolacağını varsaymakta ve bu şartların da bir adalet anlayışının özel rolünü belirleyeceğini ileri sürmektedir. Rawls adaletin şartlarını, objektif ve sübjektif şartlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır (Rawls 1999a: 323). Objektif şart, ılımlı kıtlık şartıdır; yani sosyal işbirliği, üretici ve karşılıklı avantajlı olmasına rağmen, doğal kaynaklar ve devletin teknolojisi insanların ortak üretilen şeye ilişkin taleplerini karşılamakta yetersizdir. Sübjektif şart ise kişilerin ve birliklerin birbirine zıt iyi anlayışlarına sahip olmalarıdır. Bu da kişiler arasında taleplerin çatışmasına yol açmaktadır. Sübjektif şart ayrıca, kişilerin ve birliklerin birbirine zıt dini, felsefi ve ahlaki anlayışa sahip olmalarını da içermektedir (Rawls 1999a: 256). Rawls'ta

taleplerin çatışması, sübjektif ve objektif şartlarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Adalet de, bu çatışan talepler arasında uygun dengenin bulunmasını gerektirdiğinden, adalet ilkeleri hangi sosyal düzenlemenin uygun olduğunu belirlemektedirler.

Rawls'ta temel hak ve özgürlükleri sübjektif şart bağlamında düşünmenin uygun olacağı ileri sürülebilir. Çünkü temel hak ve özgürlükleri objektif şartla ilişkilendirmek mümkün görünmemektedir. Bunun tek istisnası, özgürlüğün değeri bakımından temel hak ve özgürlükleri değerlendirmekle ilgili olabilir. Rawls'un kendi adalet anlayışının uygulanacağı liberal-demokratik toplumlarda makul bir ekonomik gelişme düzeyi (çok yüksek olmasa da) araması da bunun bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Ancak Rawls'un özgürlüğün değeri üzerinde durmasının, temel hak ve özgürlüklerin tanınmasını ve sınırlandırılmasını da etkilediği belirtilebilir.

Örneğin Rawls, temel özgürlüklerin önceliği ilkesinin uygulanmasını, makul şartların bulunmasına bağlı tutmaktadır. Bu şartlar, bir siyasi iradenin varlığını sağlayan ve temel özgürlüklerin tam olarak kullanılmasına izin veren sosyal şartlardır. Sosyal şartları belirleyen ise bir toplumun kültürü, gelenekleri, ekonomik gelişme düzeyi gibi etkenlerdir (Rawls 1996: 297). Rawls'un belirttiklerinden makul şartların bulunmadığı liberal-demokratik toplumlarda temel özgürlüklerin önceliği ilkesinin uygulanmayacağı sonucu çıkmaktadır; yani örneğin ekonomik gelişme düzeyi alt seviyede bulunan toplumlarda, temel özgürlükler ekonomik refah uğruna sınırlandırılabileceklerdir. Oysa Rawls'un temel özgürlüklerin önceliğiyle ilgili argümanı, "orijinal durum"daki grupların adaletin birinci ilkesinin ikinci ilkesinden önce gelmesini kabul ederlerken, maddi refah uğruna özgürlüklerinden taviz vermeyeceklerine dayanmaktadır. Bu durumda Rawls'un belirttiklerini yorumlama güçlüğü doğmaktadır. Gerçi temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanılmasında bir toplumun ekonomik gelişme düzeyinin rolü gözardı edilemez. Ancak ekonomik gelişme düzeyinin, temel özgürlüklerin önceliği ilkesinin uygulanma koşulu olarak belirtilmesinin uygun olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü bu düzey, temel özgürlüklerin bir sınırlandırma nedeni olmasıyla değil, onların tam olarak etkili kullanılmasıyla ilgilidir.

Buraya kadar belirtilenlerden hareketle, Rawls'un temel haklar ve özgürlükler ile özgürlüğün değerine birlikte yer vermesinin oldukça problemli olduğu belirtilebilir. Problem, temel haklar ve özgürlüklerin özgürlüğün değeriyle birlikte olamayacaklarıyla ilgili olmayıp, Rawls'un bunları ortaya koyuş şekliyle ilgilidir.

Rawls'un siyasi bakımdan nötr insan hakları düşüncesine bakıldığında ise temel hak ve özgürlükler gibi, bu hakları da herhangi bir felsefi düşünceye dayandırmadığı görülmektedir. Rawls'un insan haklarını herhangi bir felsefi temele dayandırmamasının başlıca nedeni, bu hakları, özellikle halkların hukuku bağlamında, işlevleriyle ilgili olarak ele almasıdır. Esasen bu hukuk bağlamında, liberal bir makul anlayış söz konusudur (Rawls 1999a: 560); çünkü Rawls kendi adalet anlayışından hareket ederek bu hukuku düzenlemektedir. Bu durumda insan haklarının ayırt edici rollerinin liberal bir anlayışa özgü olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir. Ancak Rawls'un düşüncesi çerçevesinde bu tür bir sonuca ulaşmak pek uygun görünmemektedir. Çünkü Rawls, liberal olsun olmasın bütün toplumların asgari iyi düzenlenmiş olmalarının şartla-

rından biri olarak insan haklarını görmektedir. Bu nedenle de Rawls'un siyasî bakımdan nötr insan haklarından söz ettiği belirtilebilir. Öte yandan bu durumda da nötr insan hakları düşüncesi tartışılabilir. Gerçi Rawls'un bu tür bir düşünceyi getirmesindeki amacı, adil bir siyasi toplumlar toplumuna üye olacak toplumlar bakımından karşılıklı olarak kabul edilebilir nitelikteki ilkeleri getirmektir. Bu bağlamda Rawls'un insan haklarını konsensus konusu olabilecek nitelikte bir ilke olarak gördüğü belirtilebilir. Ancak Rawls'ta insan haklarının konsensus konusu olması bu hakları meşrulaştırmanın bir ifadesi olmayıp, Bielefeldt'in de belirttiği gibi eşit özgürlük ve katılmaya dayanan siyasal ve hukuki bir düzenin ancak insan haklarına göre düzenlendiği zaman mümkün olabileceğinin bir ifadesidir (Bielefeldt 2000: 115). Böylece insan hakları, Rawls'un siyasal adalet anlayışı gibi, kendi desteğini kendisi yaratacak normatif bir güce sahiptir. Öte yandan sırf insan hakları listesinden hareket etmenin, insan haklarının her durumda talep ettiği şeyi belirlemek bakımından ne kadar elverişli olduğu da sorulabilir. Bunun dışında, anayasal demokratik rejimlerle ilgili olarak sadece temel hak ve özgürlükler listesinden hareket etmek, belirli ölçüde uygun görünebilir. Oysa insan hakları söz konusu olduğunda, yukarıda da belirtildiği gibi, sırf haklar listesinden hareket etmek yeterli değildir. Ayrıca Rawls'un getirdiği insan hakları listesinde yer alan haklar da tartışılabilir; yani bir insan hakları listesinden hareket etmenin konsensusu sağlayacak bir çözüm yolu olarak görülmesi düşüncesi de tartışılabilir. Çünkü günümüzde sırf insan haklarının felsefi temelleri konusunda değil, ayrıca insan haklarına hangi hakların dahil olduğu konusunda da kesin bir uzlaşma mevcut değildir.

Esasen Rawls bir insan hakları teorisyeni değildir. Rawls'un insan hakları listesinden söz etmesi de, insan hakları teorisyeni olmadığını göstermektedir. Ayrıca Rawls'un kendisinin de insan hakları teorisyeni olma gibi bir amacı bulunmamaktadır. Ancak Rawls adalet anlayışında, insan haklarına yer vermektedir; yani insan hakları adalet anlayışının temel bir unsurudur. Örneğin liberal toplumlara uygulanmak üzere getirdiği siyasi adalet anlayışının bir kısmını temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Ayrıca bu özgürlüklerin, özgürlüğün değeriyle birlikte düşünüldüklerinde, Rawls'un adalet anlayışının temel unsuru olduğu da iddia edilebilir.

Bununla bağlantılı olarak, yani kendi adalet anlayışının bir unsuru olarak, Rawls'ta adaletin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi gerektirdiğini de ileri sürmek mümkündür. Ayrıca Rawls'un insan hakları düşüncesinden hareket ederek, adaletin bu hakların ihlal edilmemesini gerektirdiğini ortaya koyan ve ulusal ve uluslararası düzeyi kapsayan başlıca iki nedene ulaşmak mümkündür. Birinci neden insan haklarından kaynaklanmaktadır; yani insan hakları düşüncesi adaletin belirleyicisi durumundadır. Çünkü insan haklarının işlevleri bir adalet anlayışının bu haklara uygun olması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Adaletin insan haklarını ihlal edilmemesini talep etmesinin ikinci nedeni ise adalet anlayışından kaynaklanmaktadır. Rawls'un göz önünde bulundurduğu adalet anlayışları ortak iyiye yer veren adalet anlayışlarıdır. Bu tür adalet anlayışları, insan haklarının ihlal edilmemesini talep etmektedirler. Ayrıca şayet Rawls'unki gibi bir liberal adalet anlayışı söz konusuysa, bu anlayışın liberal vasfı da insan haklarının ihlal edilmemesini gerektirmektedir.

Rawls'un düşüncesi çerçevesinde adalet ve insan hakları arasındaki kurulabilecek bu tür ilişki, ilk başta görüşlerine yer verilen Kuçuradi'den oldukça farklıdır. Herşeyden önce Rawls adalet kavramından değil, daha çok, belirli özellikleri bulunan adalet anlayışından hareket etmektedir. Gerçi Rawls'un kabul ettiği belirli bir adalet tanımı bulunmaktadır. Ancak bu tür adalet tanımı, yukarıda belirtilen sakıncaları içerdiğinden, yeterli değildir. Dolayısıyla Rawls'ta adalet kavramından hareket edilerek insan hakları-adalet ilişkisi kurulması pek elverişli görünmemektedir. İkinci olarak Rawls'un adalet anlayışı, içerikli bir adalet anlayışıdır. Belirli düşüncelere dayanan anlamındaki içeriklilik, adalet fikrinin göreliliğine işaret etmektedir; çünkü içerikli bir adalet anlayışının dayandığı temel düşünceler toplumlara göre değişmektedir. Dolayısıyla farklı adalet anlayışlarına sahip toplumlarda, insan hakları ve adalet ilişkisinin nasıl kurulabileceği oldukça problemlidir. Bu bağlamda, Kuçuradi'nin ilk başta belirtilen görüşlerine dönmenin uygun olacağı belirtilebilir. Yani insan hakları bağlamında adalet, içeriksiz bir isteme ilkesi olarak anlaşılmalı ve talep ettiği şey de bu haklara uygun olarak belirlenmelidir. Böylece hem adalet fikrinin göreliliği düşüncesi önlenebilecek, hem de insan hakları-adalet arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurulmuş olabilecektir.

Sonuç olarak Rawls'un düşünceleri günümüzde insan haklarının işlevlerine dikkati çekmek bakımından oldukça önemlidir. Bu işlevler ise insan haklarının, bir yandan sırf batı geleneğine özgü olmadığını, bir yandan da modernitenin bir özelliği olan çoğulculuğu sınırlandırdığını göstermekte ve ulusal ve uluslararası düzeyde sınırlandırıcı ilkeler olduklarını vurgulamaktadır.

KAYNAKÇA

ALEJENDRO, Roberto
1998 *The limits of Rawlsian Justice.*
Baltimore: The John Hopkins University Press.
BARYY, Norman P.
1995 *An Introduction to Modern Political Theory.*
Houndmills: The Macmillan Press.
BEAUCHAMP, Tom L.
1980 "Distributive Justice and the Difference Principle."
H. G. BLOCKER ve E.H. SMITH (Ed.),
John Rawls' Theory of Social Justice.
Athens: Ohio University Press, 132-184.
BIELEFELDT, Heiner.
2000 "Western Versus Islamic Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights"
Political Theory, Vol.28, No.1, February 90-121.
CAMPBELL, Tom
1988 *Justice.*
Atlantic Highlands: Humanities Press.
HART, H.L.A.
1975 "Rawls on Liberty and Its Priority."
N. DANIELS (Ed.), *Reading Rawls.*
New York: Basic Books, 230-252.
HÖFFE, Otfried
1995 *Political Justice.*
(Çev. Jeffrey C. Cohen),
Cambridge: Polity Press.
KUÇURADİ, Ioanna
1994 "Adalet Kavramı."
A.GÜRİZ (Ed.), *Adalet Kavramı.*
Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 27-33.
MULHALL, S. ve A. SWIFT
1996 *Liberals and Communitarians.*
Oxford: Blackwell Publishers Ltd.
NICKEL, James W.
1994 "Rethinking Rawls's Theory of Liberty and Rights."
Chicago-Kent Law Review, 69,3: 763-785.
POGGE, Thomas W.
1989 *Realizing Rawls.*
Ithaca: Cornell University Press.
RAWLS, John
1982 "Social Unity and Primary Goods."
A. SEN ve B. WILLIAMS (Ed.), *Utilitarianism and Beyond.*
Cambridge: Cambridge University Press, 159-185.
1994 *A Theory of Justice.*
Cambridge: The Belknap Press of Harvard University.
1996 *Political Liberalism.*
New York: Columbia University Press.
1999a "Justice as Fairness."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 47-72.
1999a "Constitutional Liberty and the Concept of Justice."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 73-95.
1999a "Justice as Reciprocity."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 190-224.
1999a "Reply to Alexander and Musgrave."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 232-253.
1999a "A Kantian Conception of Equality."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 254-266.
1999a "Kantian Constructivism in Moral Theory."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 303-358.
1999a "Justice as Fairness: Political not Metaphysical."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 388-414.
1999a "The Domain of the Political and Overlapping Consensus."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 473-496.
1999a "The Law of Peoples."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 529-564.
1999a "Commonweal Interview with John Rawls."
SAMUEL FREEMAN (Ed.), *John Rawls Collected Papers.*
Cambridge: Harvard University Press, 616-622.
1999b *The Law of Peoples*
Cambridge: Harvard University Press.
YOUNG, I.M.
1990 *Justice and the Politics of Difference.*
Princeton: Princeton University Press.

İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler

Mustafa Kutlu

Dünyamızı sorularımızın cesareti ve yanıtlarımızın derinliğiyle önemli kılarız[1].

A - GİRİŞ : KUTSAL EMİR

Kutsal emirlerin en önemlisi, öldürme yasağı üzerinedir. Yaşama hakkının oluşması ve bu hakkın saygınlığa kavuşması insan varlığının en önemli aşamalarından biridir. Ancak günümüzde uygarlaşmanın zirvelendiğinin söylendiği yüzyılımızda bile yaşama hakkının güvenceye kavuşturulduğunu söylemek fazla iyimserlik olur. Bireysel ilişkilerin doğurduğu şiddeti, bütünüyle ortadan kaldırmak olanaksız olsa da, yaşama hakkının karşılaştığı gerçek tehlikenin, toplumsal ve siyasal şiddetten kaynaklandığı açıkça ortadadır.

Kitle hareketlerinin yarattığı şiddetin önüne, şu ana kadar herhangi bir engel konulamamıştır. Bu yüzden çağımızın imha etkinliği geçmişin imha etkinliğinden hem sayısal hem de nitelik bakımından daha büyüktür. Bireysel ya da toplumsal olarak şiddet alanları yaratılarak yaşama hakkı birçok gerekçeyle yok edilmektedir. Savaş halen politikanın emrindedir. Devletler, askeri güçlerini, gerek çıkarları için gerekse barışı korumanın caydırıcı unsuru olarak kullanma eğilimiyle, savunma harcamaları adı altında, yurttaşları için kullanabilecekleri kaynakları tüketmektedirler. Meşrulaştırılmış ölüm alanları Dünya'nın her yerinde işlerliğini sürdürmektedir. Bireylerin ortadan kaldırıldığı, araç haline getirildiği, çıkarlar arenasında hayatların yok edildiği, kamusal alanlar yaratılmıştır.

Yirminci yüzyıl, yaşama hakkının ne denli önemli olduğunu ortaya koyarken, aynı zamanda ideolojik şiddetin araç ve uygulamalarını tüm ayrıntılarıyla gözler önüne sermiştir. Vahşetin en ilkel uygulamaları, ölümün kol gezdiği toplama kampları oluşturulurken büyük bir riya perdesi dünyanın üzerini kaplamıştır.

Öldürmeyeceksin: Ölüm, hayatın parçası, yaşamın sonu ve olağan bir doğa olayı olmasına karşın, ürkütücü gerçekliğiyle, bazen ilahi söylemlerle evcilleştirilmiş olsa da aslında insanlar tarafından lanetlenmiş bir sondur. İnsan duyumsamasında ölümün korkunçluğu, kaçınılmaz bir tecelliye boyun eğmekle daha da ağırlaşmıştır. Ölüm, istenmeyen, ancak lanet edilenler için olağanlaştırılan, yaşamdan uzak tutulan, fakat sürekli bir arada olduğumuz bir olgudur. Bu nedenle bir kimseyi ölüme layık görmek ya da öldürmek isteğinin ahlaki bir tarafı yok-

1 Carl Sagan, *Karanlık Bir Dünyada Bilimin Mum Işığı*, (Çev.: Miyase Göktepeli), 5. Baskı, TÜBİTAK, Ankara 1999, Sh.: 2.

tur. Bir kimseyi suçlu olduğu için öldürenin, bunu ahlakı yücelsin diye yapma olasılığından çok, nefretini şiddet uygulamak yoluyla gidermesi söz konusudur. Korkunç ve lanet edilen bir olguyu bir kişiye bilinçli biçimde uygulamanın ancak ona duyulan yoğun nefretle ilgisi vardır. Bu nedenle yazılı kutsal emirler (kural olarak) öldürmeyeceksin derken, yaşama hakkını kutsallaştırarak, yaşama hakkının yok edilmesine yönelen iradeleri önlemeyi amaçlamaktadır.

Kutsal kitaplara göre; ilk insan olan Adem'in oğlu Kabil, kardeşi Habil 'i öldürerek dünyanın ilk katili olmuştu. Kabil kardeş katili olarak Tanrı'nın huzuruna çıktığında, Tanrı onu cezalandırmak için alnına bir damga vurdu ve Kabil'i topraklarından sürdü *"...ve Rab ona dedi: Bunun için Kaini her kim öldürürse, ondan yedi kere öç alınacaktır. Ve Rab, her kim onu bulursa kendisini vurmasın diye, Kain üzerine bir nişane koydu"*[2]. Ezekiyel'in kitabında Tanrı: *"Ben yaşadıkça, diye buyurdu yüce Tanrı, kötülerin ölümü beni mutlu kılmaz, kötülerin bu yoldan dönmesini ve yaşamasını isterim."* der[3]. Kabil kardeş katili olarak Tanrı tarafından ölümle cezalandırılmadı. Tanrı'nın *'öldürmeyeceksin'* dediği yerde dinsel anlamda ölüm cezasını meşrulaştırmanın ya da ayrık durumlar meydana getirmenin kutsallıkla açıklanacak yanı yoktur.

Günümüzde, yaygın olarak kullanılan politik araçların ve toplumsal savunma mekanizmalarının temel amacı, kamusal şiddeti meşrulaştırarak, şiddet tekelini devletin elinde toplamak, böylece meşru şiddet yaratmaktır. Meşru şiddet tekeli, kaçınılmaz olarak karşımıza çıkan bir unsurdur. Toplum katmanlarının çelişen çıkarları ile çatışan bireysel çıkarlar arasındaki eylemsel karışıklıklar bazen şiddet kullanmak yoluyla giderilmektedir. Meşru şiddetin sınırının belirlenmesinde daha çok ölçü-norm kurallarının yanında, adalete uygunluk, adaletin kurucu öğesi olarak da, hukuka uygunluk kriteri aranmaktadır.

Meşru şiddetin sınırlarının belirlenmesinde hukuk kurallarının öngördüğü alan nereye kadar genişleyebilir ya da genişlemelidir ? Kısacası güvenlik gereksinimlerinin giderilmesinin sınırları nedir ? Hukuk kuralları ölümü norm haline getirebilir mi ? Bu soruların yanıtı, meşru şiddetin, dolayısıyla yaşama hakkının alanını ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda; ölüm cezası, meşru şiddetin en yoğun biçimde yaşandığı fenomen olarak ortaya çıkmaktadır; adaletin, dolayısıyla hukukun, ölümü kural haline getirerek, cezanın niteliğini bedensel sonla belirlemesinin ne kadar hukuksal olduğu ve adalete uygunluğu tartışma konusu olmaktadır.

B – HINCIN HUKUKSALLAŞTIRILMASI

Toplum halinin yarattığı en önemli sonuçlardan biri, kamusal alanın ortaya çıkması ve devletin kurumsal bir düzenlenme olarak temsili ilişkilerle varlık kazanmasıdır. Ulusal devlet, demokratik cumhuriyet tasarımında, toplumla birleşmiş durumdadır. Bu nedenle demokratik bir cumhuriyette, her bireyin yurttaşlığı, –aslında– birer ortaklık ilişkisinin ifadesinden başka bir şey değildir. Modern anlamda eşit ve özgür yurttaşların kurduğu toplum, sonunda siyasal olarak devlete gereksinim duymaktadır. Bunun bir diğer anlamı Hobbes'un Leviathan'ı biçiminde tek vücut olmuş bir bütünlükle devletin organizmaya dönüşmesidir.

2 *Eski Ahid Kitabı*, Tekvin, Musanın Birinci Kitabı, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1997, Bab 4, Sh.:8.
3 Tibamanya Mwene Mushanga, *Ölüm Cezası ve Yerine Geçebilecek Seçenekler*, Birleşmiş Milletler Ve Uluslararası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası, Derleyen: Osman Balcıgil, Birikim, İstanbul 1982, Sh.:53.

Devlet, kurallarla düzenlenen bir siyasal yapı olduğuna göre, gerek kuruluşu, gerekse girdiği ilişkilerin tümü hukuktur. Burada ele alınan hukuk, adalete yönelmiş olan, adalet ilkeleriyle biçimlenen, evrensel ilkelere göre şekillenen hukuktur. Aksine, içi boşaltılmış, sadece kural haline getirilmiş, temel haklar ve özgürlüklerin olmadığı, adalet yoksunu norma hukuk demek olası değildir. Varmak istediğimiz hukuk tasarımı, normun esasını oluşturan, evrensel, adil, ölçülü ve tutarlı bir kurala ulaşmaktır. Bu nedenle hukuk sürekli aranması gereken adaletin en önemli aracı olmaktadır.

Bu anlamıyla norm koymanın sınırları vardır. Siyasal toplumda norm koyma ve bu normun sonuçlarını yaptırıma dönüştürme yetkisi toplum ve bireyler adına devlete verilmiştir. Toplumsal ve bireysel çatışmaların giderilmesinde, barışın hukuk yoluyla sürekli kılınmasında, devletin yaptırım yetkisinin sınırları vardır. Devletin suçluları kovuşturma, yargılama yetkilerinin kullanımında nasıl 'usul' sınırları varsa, cezalandırma yetkisinin de sınırları vardır.

Cezalandırma yetkisinin en uç sınırı, mahkumun, insanlık dışı uygulamalardan uzak tutulması, beden bütünlüğünün ve yaşama hakkının elinden alınmamasıdır. Bunun anlamı mahkumun haklarının olmasıdır. Bu uç sınırları aşan yasal düzenlemeler, işlenen suça, suçu işleyen mahkuma karşı duyulan hıncı kural haline getirmiş demektir. Bir suçluyu ölüm cezasına mahkum etmek, o suçluya, işlediği suçtan dolayı duyulan, yoğun bir nefreti gerektirir. Suçlu bir insanın yaşama hakkının elinden alınmasının asıl gerekçesi, cezanın caydırıcılığından çok, onun öldürülmesiyle elde edilecek içsel rahatlamaya yöneliktir. Çünkü, ölüm cezası, ceza hukukunda yıllardır uygulanan yaptırım biçimi olduğuna göre, bu ağır cezaya karşın, halen, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanan suçlar işlenmeye devam etmektedir. Bu noktada ölüm cezasının caydırıcılığından çok, mahkuma duyulan hıncın hukuksallaştırıldığı anlaşılmaktadır[4].

1 – Taraf Olmak

Yargılama tekniğinde en önemli kurallardan biri, tarafsızlık ilkesidir. Adalet, ancak tarafsız yargılama ve karar süreçlerinden geçerek ortaya çıkarılabilir. Yasa, belirli bir taraftan iradesini belirtiyorsa, hınca yönelik olan ölüm cezası, ilişkin olduğu yasanın içeriğinde varsa, artık bu yasanın adalete uygunluğundan söz etmek olası değildir.

Yasayı uygulayan yargıç için ise, yasanın özündeki hıncın onun iradesi açısından bir önemi yoktur. Yargıcın işi olması nedeniyle, sürekli yaptığı yargılama etkinliği, zamanla yargıçta olağan mesleki tavırlara yol açmaktadır. Yargıç yargıladığı ve mahkum ettiği her suçluya karşı genel ya da özel hınç duyamaz. Bunun tersi adalet ilkeleriyle ve yargılama etkinliğiyle bağdaşmaz. Bu durumda yasa koyucunun iradesiyle yargıcın iradesi arasında bir çelişki meydana gelmektedir. Yargıcın iradesi adaletin oluşumunun mantığına uygundur; ancak, yasanın içinde bulunan hınca yönelik ölüm cezası iradesi, yargılama etkinliği sırasında yargıç tarafından uyulması gereken bir norm

4) *"Görülüyor ki, ölüm cezası hiçbir hukuksal esastan neş'et* etmiş *değildir. Bu müessese olsa olsa, ferdin ifnası, cemiyetin muhafazası için faydalı ve zaruri görülmesi bakımından, bir milletin topyekün o ferde açtığı savaştan ibarettir."* Cesare Bacceria, *Suçlar ve Cezalar Yabut Beşeriyetin Mecellesi*, (Çev.: Muhittin Göklü), 3. Baskı, Güven, İstanbul 1964, Sh.:186; *" Bir suçlu, ya da bir suçlular gurubu, kamu vicdanını çok sarsan, çok ağır bir eylemde, ya da eylemler zincirinde bulunmuştur. Şimdi bu sarsılmış bulunan kamu vicdanını, kendi doğal yerine oturtmak için, ona bir yakıştırım, bir doyurum getirmek gerekir. Bu da, o şiddetli eylemi, cezaların en şiddetlisi ile karşılamadadır."* Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1980, Sh.:70.

olarak ele alınacağından, yargıç verdiği ölüm cezası kararıyla yasanın içinde ve yasamanın iradesinde bulunan hınca ortak olmuş olur.

Yargılama tekniğinde, adil yargılama yapmak için yargıcın uyduğu normun, yani yasanın, adalete, dolayısıyla hukuka uygun olması gerekir. Yasa, özünde, ilke edindiği yüksek değere göre biçimlenir. Her ne kadar, yasa, genel bir irade belirtse de, bu genel iradenin hukukun üstün değerlerine uygun olması gerekir. Adalet, ancak hukukun üstün değerlerinin yasal anlamda bedenlenmesi ve hayata geçirilmesiyle bulunabilecek bir değerdir. Hukuk, adalete yönelirken haklar düzeni yaratarak, aslında bir tür barışlandırma etkinliğinde bulunmaktadır.

Yargılama yapmanın önemli kriterlerinden biri, yargıcın, hiçbir biçimde, kendisini, yargılanan tarafların yerine koymamasıdır. Yargıç, yargılama ve karar süreçlerinde, tarafların genel durumlarıyla özel durumlarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu durum, yargılananlar açısından, yargılama konusu olan olgunun nedenselliğini ve niteliklerini belirleyen unsurlara yöneliktir. Yargıç, suçu oluşturan eylemlerin biçimini, sonuçlarını, sanığın iradesini, meydana gelen tehlikeyi ve zararı, suça ve suçluya ilişkin unsurları değerlendirirken suçu ve cezayı kişiselleştirmektedir (T.C.Y. 29. md.). Adalet, kendisine konu olan ayrılıkları hukuken farklılaştırıp, her olguyu kendi biçimiyle ele aldığı ölçüde adil sonuçlara yol açmaktadır.

Sosyal barışın sürekliliği için insanın, doğal, bireysel, toplumsal ve kamusal haklarının karşılanması gerekir. Bu hakların en önemlilerinden biri ise yaşama hakkıdır. Yaşama hakkının varlığı toplum halinin kurucu öğesidir. Yaşama hakkı güvenceye kavuşturulmadan toplumsal esenliğin kurulması olası değildir. Toplum, yapısal olarak farklılıkların bir arada olmasını sağlayan çoğul bir hal olduğuna göre kamusal yaşama ve devlete egemen olan irade, belirlenmiş çoğunluk iradesinin yasamaya etkin olması sonucunu doğurmaktadır. Azınlıkta kalan biçimlerin ve grupların bir şekilde korunma ve özgürce yaşama hakları vardır. Aksini düşünmek yurttaş olmanın verdiği hakları yok saymak ve bu biçimiyle toplumsal esenliğin sürekli tehlike altında olmasına yol açmaktır. Bu durumda hukuk, her yurttaşın özgürlük, eşitlik ve güvenlik haklarını güvence altına almasıyla adalete uygun hale gelmektedir[5]. Toplumun üyeleri bu hakları tüm yurttaşlar için önemseyip koruduğu ölçüde toplumsal dayanışma içindedir. Yaşama hakkı bu evrede herkes için uygulanması ve korunması gereken bir hakka dönüşmektedir.

Yaşama hakkının kurulmasında ve korunmasında devletin seçici davranmasına olanak yoktur. Devletin cezalandırma işlevinin ölüm cezasına ulaşacak biçimde düzenlenmesi, açıkça, devletin, adil olmayan bir biçimde, aslında karşı olduğu, yargıladığı, suç niteliğindeki, insan eliyle gerçekleştirilen ölümü, ortadan kaldırmaya çalışırken, verdiği ölüm cezası kararıyla yeni ölümler yaratıp bir diğer ölümü kurallaştırması ve bu yolla yeni mağdurlar ve meşru can alıcılar yaratmasıdır. Devlet, ölüm cezasını toplumun esenliği için yerine getirmektedir, ancak ölümün toplum üzerinde sadece ürpertici bir etkisi vardır.

Suç, toplumsal bir olgudur, kişinin suça yönelik iradesiyle suça konu eyleminin birleşmesi, yasal uygunluk ve hukuka aykırılık unsurlarının birleştirilmesi suçluyu yaratmaktadır. Toplum ve sosyal yaşam sürekli suç üretmektedir; suçlar da

5) Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, Afa, İstanbul 1994, Sh.: 99 ; Mustafa Kutlu, *Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı*, Adalet Dergisi, Ekim 1999, Sayı: 1, Sh.: 131.

durmaksızın insanlar tarafından işlenmektedir; ölüm cezası yaptırımlı suçlar da işlenmeye devam etmektedir[6]. Dolayısıyla suçu işleyen kişi kadar, suçun oluşumunu sağlayan toplumsal değişkenlerin de suçun oluşumunda ortaklaşa payları vardır.

Hukuk özü itibarıyla ölüm üretmez, hukuk ölüm üretiyorsa, ortada bir çelişki vardır, bu durumda hukuk, önlemeyi amaçladığı olguyu gerçekleştirip hedeflediği sosyal barışa aykırı davranarak, açıkça taraf olmaktadır.

2 – Toplum İçin Şiddet

Devletin cezalandırma etkinliği, sosyal barışın sürekliliği içindir. Meşru şiddet tekelinin devletin elinde toplanmasının amacı, sosyal barışın kurulmasına yöneliktir. Suçların tanımlanması, ortaya çıkması ve kapsamlarının belirlenmesi; toplumun yaşam biçiminin ve ülkü edindiği değerlerin gerçekleştirilmesi, toplumsal esenliğin sağlanması amacını güder.

Sosyal barışın içinde, genel olarak her birey tarafından paylaşılan, sosyal huzur beklentisi vardır. Suçun, toplumsal bir olgu olarak, her zaman kişiler tarafından gerçekleştirilecek olması nedeniyle, bozulan sosyal barışın sürekli olarak yeniden kurulması gerekir. Yurttaşların kendilerini güvenlik içinde hissetmeleri için toplum zihninde sosyal huzura yönelik olumlu bir beklentinin ve güven duygusunun olması gerekir. Toplumsal esenliğin sürekliliği, sosyal huzura yönelik olumlu beklenti ve güven duygusu, hukuk güvenliği ve yargısal adaletle devamlı desteklenmesi gereken bir unsurdur.

Toplumsal savunma mekanizması olarak cezalandırma yetkisi, devlete, zorunlu olarak şiddet kullanma tekelini verirken; devlet örgütünün hukuksallığı içinde, sınırlı ve ölçülü şiddet uygulayıcı birimlerin oluşumunu gerekli kılmaktadır. Devlet, meşru şiddetinin sınırlarının belirlenmesinde; insan hakları, demokratik toplum düzeninin gerekleri, hukukun üstün değerleri, hukuk güvenliği araçları, amaca uygunluk, ölçülülük gibi birçok belirleyici unsurdan yararlanmaktadır. Bilindiği gibi asıl olan barıştır, şiddet ayrık bir durumdur; şiddet ancak zorunlu durumlarda başvurulan, genellikle kaçınılmaz bir uygulamayı gerekli kılmaktadır; dolayısıyla önlenmesi gereken eylemsel bir yüz yüze kalmayı gerektirmektedir.

Bir suçluyu ölümle cezalandırmanın ve suçlunun cezasını yerine getirmenin en yoğun şiddet içerdiğini bilmekle birlikte, bu şiddetin zihni olarak olağanlaştırılması söz konusudur. Ölümün yüzü, nereden ve nasıl gelirse gelsin, soğuktur. Suçlunun ölümü hak ettiği üzerine kurulan normalleştirme çabaları, celladın yüzünü maskeleyip gizlenmesi ile ters dönmektedir. Cellat, can alıcı olarak her zaman lanetlenen, toplumca benimsenmeyen, aslında sadece yaşam ile ölüm arasında aracılık eden, sürecin en değersiz elemanıdır. Cellat, görevini geçinmek için yaptığı kadar asıl olarak toplum için yapar, ölüm cezasını yerine getirerek kurulu toplumsal düzeni korur. Ancak celladın itilmişliğiyle toplum için yaptığı iş arasında çelişki vardır. Cellat geçimi için kendini kurban etmekte, toplum katında herhangi bir itibar görmemekte, toplum dışına itilmektedir. Hiçbir yurttaş cellat

6 Bu konuda Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmış kapsamlı araştırma sonucunda ölüm cezasını kaldırmış devletlerle kaldırmamış devletler arasında ölüm cezası gerektiren suçluluk konusunda yıllara göre fazlaca farkın olmadığı görülmüştür. Öztekin Tosun, *Ölüm Cezası Sorunu*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt :52, 1978 / 4, 5, 6, Sh.: 204 ; Ağır yaptırımlı cezaların, özellikle, 'ölüm cezası' nın, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmış suçların işlenmesini engellemediğine ilişkin A. B. Devletleri'nin Florida eyaletindeki duruma yönelik olarak : " *Ölüm hücrelerindeki 404 kişiye rağmen ölüm cezalık suçlar sık sık işleniyordu.*" Bkz. Haluk Şahin, *Orada ve Burada*, Radikal, 14/01/2000, Sh.:6. ; Savcı, a.g.e., Sh.:74.; Jean Imbert, *Ölüm Cezası*, (Çev.: Beyhan Kayıhan), İletişim, İstanbul 1992, Sh.: 121.

olmak için çaba göstermemektedir. Haklılığı birçok gerekçeyle desteklense bile kimse meşru ölüm dağıtıcılığı istememektedir. Öyle anlaşılıyor ki, ölüm nereden gelirse gelsin onu uygulayanlara içsel bir nefreti beraberinde getirmektedir[7].

Ağır yaptırımlı cezaların, suçların işlenmesini engellediği savının doğruluğu her zaman tartışmalı sonuç olarak kalmıştır. Suçların engellenmesinde cezai yaptırımlardan çok suçların işlenmesini sağlayan sosyal nedenlerin ortadan kaldırılmasının daha önemli unsur olduğu daha anlaşılabilir bir sonuçtur. Ayrıca suçun kovuşturulmasının ciddiyetle yapılması, her suç işleyenin sonuçta yakalanıp cezalandırılacağına olan inanç, suçların işlenmesinin engellenmesinde önemli bir unsur olarak değerlendirilebilir[8].

Suçun sosyalliği ve bireyselliği bir arada bulunmaktadır; bu nedenle, sadece suçlunun kusurlu olduğunun yargı kararıyla ilan edilmesi, işlenen suçtaki toplumsal payı inkar etmek anlamına gelmektedir. Suç; toplumsal dayanışma yetersizliğinin, yaşam biçiminin, ekonomik yapının, sosyal anlayışların, sosyal çevrenin ve burada adı konmamış birçok etkenin bir araya gelmesiyle oluşan karmaşık bir sonuçtur. Dünyaya gelen her insan bu karmaşanın içine doğmaktadır. Dolayısıyla, suçun; sunulu bir veri olduğu, bireyin algılamasını ve koşullanmasını belirleyen, nedenler ve sonuçlar arasındaki toplumca yanlışlanan bireysel tercihlerden oluştuğu anlaşılmaktadır. Suçlunun meydana gelmesinde, aile içi olumsuzluklar, sosyal dayanışmanın yetersizliği, gelir dağılımının adaletsizliği, kültürel ve bireysel olgunluğun eksikliği gibi ekonomik, sosyal ve siyasal alana ait çarpık, dengesiz oluşumların etkisinin olduğu açıkça görülmektedir[9].

Toplum için ölüm cezası uygulamanın toplum üzerinde herhangi bir olumlu etkisi yoktur. Aksine, toplumu ve bireyleri meşru olmayan şiddetten korumaya çalışırken ve yargılanıp hapsedilen birisi için meşru şiddet uygulama zorunluluğu yokken, mahkumun yaşama hakkının ortadan kaldırılması çelişkili bir durumdur. Oysa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında; güvenlik güçlerinin yasadışı eylemi dağıtmak ya da engellemek için, gerekirse, amaca uygun, ölçülü bir şekilde, şiddet uygulayabileceği, bu şiddetin meşru şiddet olacağı; bunun yanında, yasadışı eylemden güvenlik güçlerinin çabasıyla koparılan eylemcilerin, kamu gücünün eline geçtikten sonra, şiddet görmesi ya da baskı oluşturacak nitelikte uygulamalara çarptırılması 'işkence' anlamına gelmektedir. Toplumun ceza adaletinden beklediği; suçluların hukuka uygun bir biçimde belirlenmeleri, adil olarak yargılanmaları ve onların ölçülü bir biçimde cezalandırılmalarıdır. Bu ilkenin amacı; temel haklar ve özgürlüklerin güvence altına alınması, sosyal düzenin korunması ve toplumsal savunmanın sağlanabilmesi-

7 *"...Aklın bütün muhakeme kabiliyetine ve mevcut bu kadar esbabı mucibeye rağmen cellatlara karşı duyulan bu silinmez kin ve hakaretin sebebi nedir ?"* Bacceria, a.g.e., Sh.:193 ; *"Bugün bir çok ülkede bu işi affedilmiş bir mahkumun yaptığı açıklanmaktadır...Bizde ise, bu iş o kadar kötü görülmüştür ki, alelade vatandaşlar böyle bir mesleği kabul etmemişlerdir. Çoğunlukla çingeneler cellatlık yapmaktadırlar".* Tosun, a.g.m., Sh.: 190, 191; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Cilt : 2, 12. Baskı, Ankara 1985, Sh.:192.

8 Hakkı Demirel, *Ölüm Cezası*, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt:XII, 1955, Sayı:1-2, Sh.:170 ; Mustafa T. Yücel, *Şüphecilik, Ahlaki Mesuliyet ve Ölüm Cezası*, Adalet Dergisi, Eylül-Aralık 1964, Sayı: 9-12, Sh.: 1016; Erem, a.g.e., Sh.: 186.

9 Köksal Bayraktar, *Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Cezası*, İ. Ü. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, İstanbul 1968, Sh.: 74 ; Savcı, a.g.e., Sh.:71; Georges Picca, *Kriminoloji*, (Çev.: Ebru Erbaş), 2. Baskı, İletişim, İstanbul 1995, Sh.: 96, 97.

10 Bacceria, a.g.e., Sh.: 189.

dir; bunun için suçluların adil bir biçimde yargılanmaları, suçlu görülenlerin adil, düzenli, ciddi, ölçülü olarak cezalandırılmaları gerekir.

İnsan eliyle gerçekleştirilen ölümün meşrulaştırılması mümkün değildir. Her türlü insan öldürülmesinin mutlaka sosyal yaşantıdan uzaklaştırılması gerekir. Sosyal yaşantıda nasıl insanların öldürülmelerine karşı duruyorsak, hukuk düzeninde de ölüm cezasına karşı durmak gerekir; Çünkü, *"adalet, onu bozanın öldürülmesiyle elde edilebilecek bir erdem değildir".*

3 – Hukukun İkilemleri

Hukuk, özellikle ceza hukuku, sistematik olarak suç tipleri, kovuşturma, yargılama, yaptırım ve infaz biçimleri oluşturmuştur. Çağımızın ceza hukuku, insan hakları anlayışıyla birlikte gelişen, haklar ve özgürlükler tasarımıyla, insan onurunun korunup yaşatılmasına yönelik önemli evrensel değerler yaratmıştır. Tarihin insana öğrettiklerinden doğan ve insana yüklenen ödevlerle, insanın varlığının ve yaşamının değer kazanması hukukun oluşumunu doğrudan etkilemiştir. Ancak ceza hukukunun adalet arayışı sona ermemiştir ve sona ereceği hakkında herhangi bir kanıt yoktur. Hukukun adalet arayışının sürekli olduğu gerçeği karşısında, 'hukukun ikilemleri' nin sorgulanmasına devam edileceği kuşkusuzdur.

Bir cezanın adil olması için, suç işlemeyi engelleyecek dereceden daha şiddetli olmaması gerekir[10]. Hukuk makul olanı yani ölçülülüğü kurallaştırırken, suçların belirlenmesinde, cezaların saptanmasında, yargılama ve kovuşturma normlarında ölçülü bir yol izler. Yaptırımın adilliği, yaptırıma yol açan nedenlerin ve yaptırımın sonuçlarının sağladığı amaca uygunlukla birlikte ele alınır. Burada aranması gereken, 'adaletin', 'kamu yararı' nın ve 'hukuk güvenliği' nin uyumlu olarak bir araya getirilmesidir[11] .

Hukukun üstünlüğü, hukukun her zaman halka ya da sosyal düzene yararlı olması anlamına gelmemektedir. Yasaya ve geçerliliğine ilişkin görüşler sonunda, hukuk ile gücü eşit tutmaktadır; güç nerede ise hukuk da oradadır. Bir başka değerlendirmeye göre ise, 'hukuk halka yararlı olan şeydir'. Bu tanımlamaların geçerli olduğu durumlarda; egemenlerin kendi çıkarları kamusal çıkar olarak görülecektir. Böylece hukukun, halk yararına olduğu söylenen veya öyle sanılan normlarla birleştirilmesi, bir hukuk devletini bir haksızlık devletine dönüştürebilir. O halde yalnızca 'hukuk' olan şey halka yararlıdır. Çünkü, *hukuk adaleti istemektir*[12].

Cezalandırma yetkisinin kullanılmasında 'mağdur' un bireysel ve sosyal acısının ya da bozulan çıkarlarının yaptırım normunun esasını oluşturması, yaptırımın oransız şiddette olmasına yol açar. Hukuk, mağdurun adalet isteğine yanıt vermek zorundadır; fakat hukuk kurallarının oluşturulmasında kural koyucuların ya da yargılayanların kendilerini mağdurun yerine koyarak, mağdurun felsefesine bürünerek, yaptırım kuralı oluşturması ya da yargılama yapması bir başka adaletsizliğin uygulanması anlamına gelmektedir. Çünkü mağdurun genel felsefesi hınç üzerine kurulmuştur; suçtan zarar gören kişi, duyduğu acının veya uğradığı zararın somut ve duygusal giderimini arzular; bu nedenle acıya ya da zarara yol açan suçlu kişiye karşı (fail) yoğun bir nefret ve hınç hisseder. Mağdur veya mağdurlar, 'fail'in suça konu eylemi nedeniyle duydukları acının veya uğradıkları zararın tepkisiyle, eylemi gerçekleştiren faile yönelerek, yoğun nefret ve hınçlarını,

11 Gustav Radbruch, *Beş Dakika Hukuk Felsefesi*, (Çev.: Hayrettin Ökçesiz), Çağdaş *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, HFSA, İstanbul 1997, Sh.:67.

12 Radbruch, a.g.m., Sh.:66.

suçlu gördükleri, tüm nedenleri ve sonuçları üzerinde barındırdığına inanılan failden çıkarmaya çalışırlar. Bu durumda fail mahvedilmesi ve yaptığının daha şiddetlisiyle cezalandırılması gereken objeye dönüşür. Fail ölümle sonuçlanan bir suç işlediği zaman failin cezası da 'ölüm'dür. Bunun anlamı 'linç' arzusundan başka bir şey değildir[13].

Fail ya da suçlunun, dileği ise artık can güvenliğidir. Her suçlu, suç işlerken yakalanmayacağı, cezalandırılmayacağı inancı taşır; fakat cezalandırılabileceğini öngörür. Suçların bir yaptırıma bağlanacağı kural olsa da; bu halin yargılama tekniğinden doğan ayrık durumları vardır[14]; asıl olan suç oluşturan her eylemin bir ceza yaptırımına bağlanmasıdır. Yaptırımın niteliği ve biçiminin belirlenmesinde ise, ceza hukuku normları, insan hakları kuralları, bedensel gereksinimler ve zorunlu yaşam koşulları vb. unsurlardan yararlanılmaktadır. Mahkumun cezalandırılmasında hükümlülük koşullarının insani olması gerekir. Mahkum kamusal anlamda bir yurttaştır; toplumun bir üyesi olma niteliğini yaşamı boyunca yitirmesi söz konusu değildir. O sadece yaşamsal hakları kısıtlanmış, toplumun esenliği ve bireysel yanlışı nedeniyle toplum dışına itilmiş kişidir. Bu durum mahkumun bedensel ve ruhsal yok edilmesini kapsadığı oranda insanlık dışı hal almaktadır. O halde 'mahkumun da hakları' vardır; mahkumun, hükümlülüğü süresince insani yaşam koşulları isteme, özellikle de idam tehdidine karşı 'yaşamımı elimden alamazsınız' diyebilme hakkı vardır.

Ceza normu oluşturulurken mağdur felsefesine ya da suçlu beklentisine göre hareket etmenin taraf olmak anlamına geldiği; bu nedenle normun adalete uygun olması için her iki tarafı düşünerek, ancak taraf olmayarak *'herkes için adalet'* in kurulması gerekir.

Adalet suçlunun öldürülmesini istemekle ne derece bağdaşabilir ya da hukuk ölüm üretebilir mi? *Hukuk en önemli barışlandırma aracıdır.* Bu nedenle hukukun yeni bir ölüm yaratarak barışı kurması olanaksızdır. Ölüm cezasının, ağır suçların, özellikle insan öldürme ve devlete karşı işlenen suçların yaptırımı olduğu düşünülecek olursa, failin işlediği suçun eylemsel bir edimden meydana geldiği, herhangi bir hakka dayanmadığı görülür. Devletin norm koyma işlevi ise, egemenlikten dolayısıyla hukuktan kaynaklanır ve bir haktan doğar. Devletin eylemsel edim sınırlarının hukuksal olarak belirlendiği göz önünde bulundurularak; ölümün hukuk haline gelmesi ve ölüm cezasının hakka dönüşmesi adaletin özüne aykırıdır. Adalet ölüm üretmez, hukuk can almayı meşrulaştıramaz. Bu kuralın tersi, bireyin hiçleştirildiği, araç haline getirildiği, hukukun birey üstü anlayıştan kaynaklandığı ve devletin ölüm ve yaşam üzerinde hakkı bulunduğu durumlarda geçerlilik kazanabilir[15]. Adaletin özü, bireyi yadsıyan tehlikeli hukuk kurgularına indirgenemez.

İnsan vicdanında, meşru ya da meşruluk dışı, her türlü insan öldürülmelerine karşı tepki vardır. Bu nedenle bazı hukuk kurallarının zorunluluktan doğan sınırları vardır. Meşru savunma sırasında; saldırganın ölümü gerçekleştiğinde, saldırıya uğrayanın şiddet içeren eylemin içinde olması ve şiddetin nitelik ve niceliğinin yaşamsal tehlikeye yol açması gerekir. Burada saldırıya uğrayanın canına yönelik yakın tehlikeden söz edilebilir. Kısacası her şeyi 'an' belirlemektedir. Ölüm gerçekleşmeyip şiddet ve tehlike ortadan kalkıp sakinlik başladıktan sonra, saldırganın işlediği suç ne olursa olsun, mağdurun saldırgana karşı, daha önceki suçtan dolayı, gerçekleştireceği suç niteliğindeki eylemi, mağduru suçlu durumuna getirmektir. Artık şiddet 'an'ı ortadan kalkmıştır. Meşru savunma halinde bulunan mağdurun, saldırgana karşı eylemi, sadece şiddet anıyla sınırlı kalmaktadır. Meşru savunmanın niteliği, savunma sırasındaki yaşamsal tehlikeye karşı koyma refleksi ve saldırıya uğrayanla saldıranın yaşamlarının önceliği sorunu haline gelmektedir. Mağdurun saldırıyı ve tehlikeyi geçiştirebilme yeteneğinin varlığı meşru savunma halini tartışmalı kılar. Burada meşru savunma halinde bırakılanın yaşam hakkı, yaşamsal tehlikeye yol açan saldırganın yaşam hakkından zorunlu olarak daha öncelikli olmaktadır. Meşru savunma özünde, saldırının geri çevrilerek, tehlikenin ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu durumda saldırganın ölümü gerçekleşse bile, karşı saldırı öldürmeyi hedefleyen nitelik taşımaz, yalnızca yaşamın tehlikeye sokulması söz konusu olmaktadır[16]. Vicdanın kabul edebileceği ve hukukun kaçınamayacağı meşru öldürme ancak meşru savunma halinde var olabilir. Aksine, devletin, suçluya karşı meşru savunma hakkı olduğunu söylemek, amacından saptırılmış bir olguyu hukuksallaştırmaya çalışmak anlamına gelmektedir. Devlet, ölüm cezasına çarptırılmış bir mahkumu, zararsız hale getirdikten sonra idam ederek, meşru savunmanın tüm unsurlarını ortadan kaldırmaktadır.

Konumuz açısından hukukun ikilemi, yaşam hakkının dokunulmazlığıyla, toplumsal savunma arasında geçerli ve sosyal barışın sürekliliğini sağlayacak kuralların oluşturulmasıyla giderilebilir. Toplumun sürekliliği somut anlamda adaletin gerçekleştirilmesiyle sağlanabilir. Sadece 'güç' ün dayattığı yasal düzenin sonuçta esenlik getirmediği, kendiliğinden karışıklıklara yol açma olasılığının bulunduğu, artık bilinen bir olgudur.

C – ÖLÜM CEZASININ ÇELİŞKİSİ

Ölümün yüzü soğuktur. Kural olarak insan güdülenmesi bedensel bütünlüğün korunması ve yaşamın sürdürülmesine yöneliktir. İnsanın tüm edimi bir hayat tasarımının oluşturulmasından başka bir şey değildir. Dolayısıyla yaşamak insan için en önemli eylemdir. İnsanın yaşamını sürdürürken meydana getirdiği olgular, hayatın anlamlandırılması; aslında varolma, hayata tutunma araçları olmaktadır. Çünkü yaşamın tek anlamı vardır; o da yaşama eyleminin kendisidir[17].

Burada yaşamın kutsanmasından çok, yaşamın değerlenmesi, insan hayatının, kişi güvenliğinin ve insan onurunun öneminin ortaya koyulması söz konusudur. Yaşadığımız yıllar insan hayatının ne denli önemli olduğunu her gün gözümüzün önüne sermektedir. İnsan onurunun korunması, evrensel bir olgu olarak, suçlu ya da suçsuz, ırkı, cinsi ne olursa olsun tüm insanların ortak değeridir. İnsan onuru, kendimiz için olumlu anlamda istediğimizi başkaları için de en az kendimiz için istediğimiz kadar istediğimizde ulaşabileceğimiz bir erdemdir. Onurlu olmak, kendimiz için istediklerimizi başkaları adına da istemek ve eylemlerimizde bu yolu izleme yüceliği göstermek demektir.

Toplumsal yaşamın esenliği, aslında insan onurunun o toplumda ne derece geçerli ve uygulanabilir olduğuyla ilgilidir. İnsanın vicdanı merhamet duygusu üreterek, insanı duygusal ve sosyal bakımdan

13 *"Hepimizin içinde; linç edilenlerin yaptığı davranışı yapacak bir potansiyel vardır."* Tahir M. Ceylan, *Linç*, Aylak Bilgi, Cumhuriyet Bilim Teknik, 17/03/2001, Sayı:730, Sh.:8.

14 Şüpheden sanık yararlanır; Suçluluğu kanıtlanana kadar herkes masumdur; vb.

15 Gustav Radbruch, *Ölüm Cezası*, (Çev.: Hayrettin Ökçesiz), Argumentum, Ağustos 1991, Cilt:2, Sayı:13, Sh.:193.

16 Radbruch, Ölüm Cezası, Sh.:194.

17 Erich From, *Özgürlük Korkusu*, (Çev.: Roza Hakmen), 3. Baskı, Yaprak, İstanbul 1991, Sh.:10.

dengede tutmaktadır. Bu duygunun yokluğu herkesi her türlü çıkarının peşinde kaygısızca koşan katillere dönüştürebilir.

İnsan onurunun gerçekleştirilmesinde seçici davranmak, kişiye göre tutum ve değer takınmak, insan onuruyla bağdaşmaz, kendi onurumuzu gerçekleştirmek için, ulaşabilir olduğumuz her konu ve edimde duyarlı olmamız gerekir. İnsan onurunun hukuksal anlamda korunmasını gerçekleştiren araç değerlerin kullanılmasıyla amaç değerlere varılabilir. Yaşama hakkı, kişi güvenliği, insanların aşağılayıcı ve insanlık dışı cezalardan korunması, insan onurunun korunmasını sağlayan önemli hukuksal değerlerdir. Bir devlet bu değerleri önemsediği ve gerçekleştirdiği oranda görevini yerine getirmiş sayılabilir. Devlet, ortakları, yani yurttaşları için, suçlu suçsuz ayırımı yapmaksızın, insan onuruna uygun davrandığı ölçüde insani değerleri toplumsallaştırabilir.

Ölüm cezasının çelişkisi; insani değerlerin toplumsallaşmasıyla hukukun ölüm üretmesinin sürekli bir çatışma halinde olmasıdır. Bir taraftan yüceltilen insani uygarlık, diğer taraftan ölüm dağıtıcılığı; bu durum bir arada olamayacak iki olgunun yan yana getirilmesinden başka bir şey değildir. İnsan onurunun geçerli kılınmasına çalışan bir toplumda tüm onursuz yaptırımlar hukukun konusu olamaz. Öldüreni öldürerek, şiddete karşı şiddet uygulayarak ancak yeni suçlular yaratılabilir.

1 – Öldüreni Öldür

Öldüreni öldürmek bir tür misilleme anlayışının dile getirilmesidir. Misilleme, yapılan önceki eyleme aynı oranda ya da daha fazlasıyla karşılık vermek anlamına gelmektedir. Hukuk tarihinde 'göze göz' anlayışının, misilleme ya da kefaret amacıyla uygulandığı bilinmektedir. Günümüzde ise, bir caninin eyleminin aynı oranda kendisine uygulanması, hiçbir zaman düşünülmez. Caninin vahşeti, olağanüstü kişisel karamsarlıktan hareket eden, akıl bozulmasından meydana gelmektedir. Misillemede bulunmak, önceki eylemin aynısına yönelik olması nedeniyle, çoğu zaman yeni bir vahşet uygulamayı gerektirdiği için, caninin daha uygulanabilir yoldan, 'idam' edilerek yaşamının elinden alınması ve böylece misillemenin tamamlanması söz konusudur.

Bir caniye karşı çoğunca nefret duyarız, onun vahşeti bize iğrenç ve dehşet verici gelir. Sıradan insan öldürülmelerinin meydana geldiği cinayetlerdeki katilin vahşetiyle, caniyane duygularla işlenen cinayetler arasındaki vahşetin ayırıcı özelliği, ikinci durumda caninin eylemini sapkın duygularla işlemesidir. Sadece, vahşetin duygusal tatminiyle cinayet işleyen caninin akli bir takım sorunları olduğu kuşkusuzdur. Akıl hastalarının ceza sorumlulukları çeşitli akıl hastalığı farklarına göre belirlenmiştir (T.C.Y. 46, 47, 48. md.). Bazı durumlarda akıl hastalarının ceza sorumlulukları tamamen ortadan kalkmaktadır; ancak her hukuk sistemi, ceza sorumluluğu olmayacak derecede akıl hastası bir caniyi yargılarken onu ölüm cezasına çarptırmak konusunda kararsızlık gösterecektir[18]. Burada üzerinde durulması gereken konu öldürenin öldürülmesinin olası olup olmadığıdır.

Öldürenin öldürülmesi anlayışı, en ilkel anlamda, haksız öldürme eylemleri karşısında insanda oluşan ilk kanıdır. Hayatın, insanın bedeninin, kişiliğinin ve yaşamının değersizleştiği bir toplumsal ortamda ölüm cezasının uygulanma biçiminin ne haller aldığı hukuk tarihinin konusunu oluşturmaktadır. Ölüm cezasının uygulanma nedeni ve biçimi bir yönüyle 'ibret' amacı taşımaktadır. İbretlik uygulamalarla korku vermek ve bu yolla yeni suçların işlenmesini engelleyerek, toplumsal ve siyasal düzenin korunması sağlanmaktadır. Hukuk tarihinin gösterdiği ölüm cezasının infaz biçimleri, günümüzde, bize çok vahşice ve aşağılayıcı gelmektedir. Buna rağmen, vahşice uygulamaların ibret verici ve caydırıcı olduğu hakkında elimizde kanıt yoktur. Ölüm cezalarının halkın huzurunda yapıldığı tarihlerde, infazların vahşice yerine getirilmesine rağmen, ölüm cezasına konu olan suçların işlenmeye devam edildiği, bu suçları işleyen mahkumların büyük bir kısmının halkın huzurundaki ölüm cezası uygulamalarını izledikleri belirlenmiştir[19]. Hatta *"Afrika'nın bazı bölgelerinde hırsızlık yapanlar bir yandan ağaçlara bağlanıp halkın gözü önünde kurşuna dizilirken, öte yandan başka hırsızlar arabaların farlarını ve lastiklerini çalmakla meşguldüler"*[20]; görüleceği gibi ölüm cezalarının kesin nitelikte caydırıcılığının olduğunu ileri sürmek olası değildir.

Öldürenin öldürülmesiyle suçların engellenmediğinin belki de en önemli kanıtı, ölüm cezasını uzun yıllardır uygulamayan ülkelerdeki suç oranlarının ve ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmış suçların işlenmesinin azalmış olmasıdır[21]. Bu durum çeşitli sosyal ve siyasal nedenlere özellikle refahın artmasına bağlanıyorsa da[22] Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında durumun her zaman böyle olmadığı anlaşılmaktadır[23]. Yine de, insanların sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel düzeylerinin yükselmesiyle suçların işlenmesinin azaldığı görülmektedir[24]. Ölüm cezası gerektirdiği düşünülen suçların, azalsa da, işlendiği; fakat yaptırımların artık ölüm cezası olmaktan çıkarıldığı görülmektedir.

Ölüm cezasının caydırıcılığı, cezanın korkutucu olmasıyla açıklanmakla birlikte, öç alma isteğini gidermesi de önemli bir unsur olmaktadır[25]. Tarihte uygulanan, 'kısas' ve 'diyet' in özünde bireysel adalet arayışı isteğinin bulunduğu, bunun da bir şekilde hıncın uygulanarak yatıştırılmasını sağladığı, mağdurun hıncının yatıştırılmasının yeni hınçlara yol açtığı, kan davası denen olgunun ortaya çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Diyet uygulamasının ise, suçların cezasız kalması sonucunu

18 *ABD Yargısı 'Amerika'yı Keşfediyor*, Radikal, 28/03/2001, Sh.:9 ; *İdamı Vacip midir Acep?*, Radikal, 28/05/2001, Sh.:9.

19 *Uluslararası Af Örgütü ve Ölüm Cezası*, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası, Derleyen: Osman Balcıgil, Birikim, İstanbul 1982, Sh.: 107 ; Emin Artuk, *Ölüm Cezası*, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, Selçuk Ü. H. F.Y., Sh.: 171, 12 nolu dipnot ; Ümit Hassan, *Ölüm Cezası Sorunu : Kritik Bir Yaklaşım*, A.Ü.S.B.F.Dergisi, Mart 1972, Cilt : XXVII, No : 1, Sh.: 97 ; Erem, a.g.e., Sh.: 186 ; *" İngiltere'nin 1868'de aleni infazları ortadan kaldırmasının asıl nedeni, 1866 yılında Kraliyet Komisyonuna sunulan kanıtlarda, bir kasabada birkaç yıl içersinde ölüm cezasına çarptırılan 167 kişiden 164'ünün bizzat aleni infaza tanık olmasının ortaya çıkarılması idi." (Türkiye'de bu tarih 5 Ocak 1961'dir.* (Çevirenin notu)), Mushanga, a.g.m., Sh.: 42, 43.

20 Mushanga, a.g.m., Sh.: 43.

21 Bayraktar, a.g.m., Sh.: 69, 70.; Imbert, a.g.e., Sh.: 121 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 171 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 97.

22 Adolf Süsterhenn, *Ölüm Cezası Lehinde Rasyonel Sebepler*, (Çev.: Turhan Tufan Yüce), Erzurum 1968, Atatürk Ü.Y., Sh.: 9 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 101.

3 Bkz. Şahin, a.g.m., Sh.: 6 ; Imbert, a.g.e., Sh.: 121.

24 *"1972'de Makerere'de bir grup yüksek okul öğrencisinin, katillere ve silahlı soyguncular nasıl davranılması gerektiği hakkında ne düşündüklerini bir kağıda yazmaları istendi. Cevapların hemen hemen yüzde 90'ı, bu suçlar için ölüm cezası lehineydi. Bir öğrenim yılı, suç bilimi, kötü yola düşme ve suç işleme sosyolojisi okuduktan sonra, aynı öğrencilerden, bu gibi suçlular hakkında ne yapılması gerektiğini yazmaları istendi. Hemen hemen yüzde 90'ı ölüm cezasını şiddetle reddettiler."* Mushanga, a.g.m., Sh.: 47, 48; Karşı görüş olarak, *"...Yine öğrendik ki hayat şartlarının iyileşmesi, suçluluğun azalmasını değil çoğalmasını sağlar. Modern toplumda bir kısım değerlerin düşüşü ve diğerlerinin çıkışının, suçun önlenmesi ve bastırılmasını geçmişe göre daha zorlaştırdığını da göz önünde bulundurmalıyız."* Picca, a.g.e., Sh.:88; Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 9.

25) Mushanga, a.g.m., Sh.: 41; Artuk, a.g.m., Sh.: 174.

doğurduğu, benzer eylemlerden bir çok farklı yaptırımın meydana gelmesine neden olduğu bilinen bir sonuçtur.

Her benzer eylemin, benzer derecede yaptırımlara bağlanması adalet ilkelerine uygundur, suç işleyenlerin diyet ödemek yoluyla, diğer benzer suç işleyenlere göre farklı yaptırıma bağlı tutulmaları, adalet ilkelerinden özellikle eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durum 'toplum' halinin siyasal ve sosyal olarak ortaya çıkmasının ardından değişime uğramıştır. Merkezi otoritenin güçlenmesi, cumhuriyet anlayışı, demokrasi felsefesi ve ulus egemenliği, sosyal ve siyasal yapıyı, sonucunda da hukuku yeniden inşa etmiştir. Yurttaşların eşitliği ve hukuk güvenliğinin, sivil toplumla özellikle ulus devletle yeniden tanımlanması sonucunda, kısas ve diyet gibi çağdışı cezalar ortadan kaldırılmıştır. Suç artık sadece mağdura ya da yakınlarına karşı işlenmiş bir haksız eylem değildir. Suç artık toplumsal düzeni ve barışı bozan bir eyleme dönüşmüş durumdadır. Bu nedenle, suç konusu eylemin en önemli unsuru, devletin iktidarını ve onunla birleşmiş kamu gücünün amaç edindiği sosyal barışı hiçe saymasıdır. Asıl dikkat çeken olgu, modern devlette insan onuru ve yaşamının kendi başına bir değer olarak ortaya çıkmasıdır. Modern devletin işlevi, sosyal esenlik için hukuku oluşturup, adaleti yaygınlaştırarak toplumsal huzurun sürekliliğini sağlamasıdır. Bu nedenle devlet, cezalandırma ve şiddet uygulama tekelini tüm yurttaşları adına sosyal barışın sürekliliği için kullanma yeteneğiyle donatılmıştır.

Hukuk tarihinde görülen hayvanların ölüm cezasına çarptırılmasında öç alma isteği daha açıkça görülmektedir[26]. Hayvanların suç işlemesi; onlarda suça yönelik herhangi bir içsel irade olmadığı için; olası değildir. Buna rağmen hayvanlar da eylemleriyle bir insanın ölmesine ya da zarara uğramasına yol açabilir. Özellikle evcil hayvanların kullanımı sırasında meydana gelen durumlarda, evcil hayvanların neden olduğu zararın ya da ölümün sorumlusu olarak hayvanın kendisi cezalandırılan mahkuma dönüşmektedir. Burada hayvanın olmasına neden olduğu eylem ve sonucunda meydana gelen ölümün doğurduğu hınçla hareket edildiği görülmektedir. Bir şekilde öç alma isteği duyulmaktadır.

Öldüreni öldür tarzı bir yaklaşımın halen inanılan görüş olduğu, ölüm cezasının varlığından anlaşılmaktadır. Toplumdaki görüşler; değişmekle birlikte, ölüm cezasının ilk verileriyle ele alındığında korkutucu, dolayısıyla caydırıcı olduğu biçiminde yaygın bir kanı vardır. Fakat ulusal düzeylerde ölüm cezasını kaldırmış bulunan ülkelerde suçların azalması yönünde gelişmeler vardır[27]. Buna rağmen, genel olarak ölüm cezasının uygulanması konusunda toplumsal istemin olduğu anlaşılmaktadır[28]. Ülkemizde

26 Albert Camus, Arthur Koestler, *Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler*, (Çev.: Ali Sirmen), Alan, İstanbul 1986, Sh.: 145 vd..

27 Imbert, a.g.e., Sh.: 121 ; Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 9.

28 " *A.B.D.'de 'Gallup' enstitüsünün yaptığı araştırmalara göre ülkedeki yetişkin nüfusun % 25'i 1953'te ölüm cezasına karşı iken, bu oran 1960'da % 36'ya, 1965'te % 43'e çıkmıştır. Almanya'da halkın ölüm cezasına taraftar olduğu görülmektedir. 1963'te aydınlar arasında yapılan araştırmada ölüm cezasına karşı olan 1554 kişiye karşılık 2059 taraftara rastlanmıştır.*" Bayraktar, a.g.m., Sh.: 68.; " *Halk arasında yapılan tüm sondajların ölüm cezasının alıkonulması lehinde çoğunluk oylarını elde ettiğini ve bu aynı sonuca ulaşacak olmasından ötürü, hemen her yerde bir halk oylamasına başvurmaktan kaçınıldığını gerçekten herkes bilmektedir... Azımsanmayacak sayıda vatandaşın nezdinde gerçekten, Antik dönemlerin kısasa kısas düşüncesine çok yakın olan derin bir kaçınılmaz denkleştirme duygusu yatmaktadır: öldüren ölmelidir.*" Imbert, a.g.e. Sh.: 121, 122 ; Tosun, a.g.m., Sh.: 199, 200 ; Bazı ülkelerde halkın çoğunluğu ölüm cezalarına karşıdır : 'İtalya, Belçika, Danimarka, Norveç, İsveç'de artık ölüm cezasını kaldırma yönündeki eğilim kesinleşmiştir. Tosun, a.g.m., Sh.: 202 ; *ABD'de İdama Destek Azalıyor*, Radikal, 04/05/2001, Sh.:9.

ölüm cezası olmasına rağmen uzun yıllardır ölüm cezasına mahkum olan hükümlülerin infazının yerine getirilmediği, infazlar için gerekli olan Parlamento onayının eksik kaldığı görülmektedir[29].

Öldürenin öldürülmesi amaç edindiği hiçbir olguyu olumlu kılmamaktadır. Öldüreni öldürüp, aslında, bireysel hıncımızı gidererek, sosyal düzeni barışçıl kılacağımızı düşünüyoruz. "*Oysa ki bin yıllıktan fazla tarih şunu kanıtlıyor: suçluları ortadan kaldırarak hiçbir zaman suçlar ortadan kaldırılamamıştır*"[30]. Sonuçta, ölümden gelecek yararın arkasına sığınmak, kendi varlığımızı ve onurumuzu inkar etmek anlamına gelmektedir.

2 – Şiddete Karşı Şiddet

Bir katilin ya da caninin yaşam hakkının korunmasının asıl nedeni ne olabilir ? Suçlunun haklarının gözetilmesinde ne gibi toplumsal ve hukuksal yararlar olabilir ? Kamu güvenliği sadece polisiye ve askeri güvenlik araçlarıyla sağlanamaz. Toplumsal esenliğin ve barışın sürekliliği için kamu vicdanını oluşturan bireysel vicdanlarda her türlü şiddete karşı içsel bir tepki olmalıdır. Her türlü şiddetin toplumsal yaşantıda en aza indirilmesi için 'şiddete karşı şiddet' tarzı anlayıştan uzaklaşmak gerekmektedir.

Devletin önemli işlevlerinden biri şiddetin sınırlandırılmasıdır. Bireysel ya da topluluk gücünün, güce sahip olanların haksız çıkarına olarak baskı aracı biçiminde kullanılması olasılığının devlet eliyle giderilip, özünde 'adalet' olan kamusal gücün kurulması gerekmektedir. Siyasal açıklamalar ve gündelik yaşam devletin en büyük düzenleme aracı olduğunu gösterirken, devletin özü itibarıyla hukuktan oluştuğunu ve adalete uygunluğun devletin varlık nedenlerinden biri olduğunu göstermektedir. Devlet bireylerin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür ve şiddet kullanımını yasal olarak kendi tekeline almıştır. Devlet şiddeti yasalar çerçevesinde uygulayarak keyfilik yerine kurallılığı öngörür[31].

Şiddet uygulamanın zorunluluğunun ne anlama geldiği tartışılabilir bir sonuçtur. Şiddete yol açan nedenlerin insan edimlerinden kaynaklandığı, daha da ileriye gidecek olursak şiddet isteğinin insan doğasıyla yakından ilgili olduğu sonucuna varabiliriz. Aslında sorun, şiddet eğiliminin varlığından çok, insanda varolan şiddet güdüsünün yıkıcılığa varmasının engellenmesidir. Örneklemek gerekirse spor etkinlikleri, eğlendirici niteliğinden çok, gücün ve insan egosunun yarıştırıldığı psikoloji alanları olmaktadır. Bir biçimde spor en ilkelinden en karmaşığına kadar, toplumsal ruh ile bireysel ruhun tatminini sağlayan, biraz da savaş alanları olmaktadır. Sporun kuralları, içindeki şiddeti sınırlandırma araçlarıyla donatılmıştır; kısacası şiddetin yol açabileceği yıkıcılığın engellenerek sınırlı bir oyun alanı tasarlanmıştır. Modern toplumlarda çeşitli biçimlerdeki arenalarda, gladyatörlerin yerini sporcular almıştır. İspanya'da boğa güreşlerinin halen yaygın şekilde sürmesinin nedeni sadece seyir eğlencesi masa gerektir.[32]

Toplumsal değerlere göre hukuk ku-

29 M. Semih Gemalmaz, *Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ve Türkiye'de Ölüm Cezası Sorunu*, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE Yayınları, Cilt : 12, Ankara 1990, Sh.: 77 ; Füsun Sokullu – Akıncı, *Cezalandırmada Amaç ve Ölüm Cezası*, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Sayı : 10, Sh.: 678 ; İstatistikler için bakınız, Artuk, a.g.m., Sh.: 164, 165, 166; İstatistikler için bakınız, Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS, Sh.: 21, 22, 23, 24.

30 Imbert, a.g.e., Sh.:121.

31 Yves Michaud, *Şiddet*, (Çev.: Cem Muhtaroğlu), İletişim, İstanbul 1991, Sh.: 62.

32 Michaud, a.g.e., Sh.: 9, 43, 84, 89 ; Erem, a.g.e., Sh.: 188 ; Onur Belge, *Futbol Maço İşidir*, Radikal, 15/12/2000, Sh.: 21 ; *"Goebbels bir keresinde şöyle yazdı: "bir maçı kazanmak insanlar için bir şehri fethetmekten daha önemli"." Futbolun Nazi Geçmişi*, Radikal İki, 25/02/2001, Sayı.229, Sh.:17.

rallarının belirlenmesinde, ceza normunun içeriğindeki şiddetin hukuk yoluyla kurumsallaşması söz konusudur; toplumsal önemlerin ortaya konan normu doğrudan etkilediği görülmektedir. Hukukun üstün değerlerine aykırı davranışların yaptırımının ceza normuyla karşılandığı durumlarda bile belirli bir şiddet anlayışından hareketle norm oluşturulmaktadır. İster istemez cezanın özündeki şiddet yaptırım olarak mahkumu etkilemektedir. Burada söz konusu edilen şiddet işkence, insanlık dışı uygulamalar değildir; hapsetmenin zorlayıcılığında ya da mahkumiyetin insani koşullarda gerçekleşmesi halinde bile kaçınılmaz, zorunlu bir şiddet öğesi bulunmaktadır. Mahkumun bedensel ya da ruhsal yapısı doğal olmayan birçok yoksunlukla kuşatılmış durumdadır. Cezanın niteliği birçok biçimde yoksunluklar yaratmaktadır. Bu durum hukukun yol açtığı yaptırımın kaçınılmaz sonucudur, hukuk toplumsal ilişkileri barışçı temellere oturtmak amacıyla şiddet kullanarak zorlayıcılık özelliği gösterir. İnsanlık dışı cezaların uygulanmasında ise, özellikle ölüm cezasının varlığında bulunan şiddetin hukuk yoluyla kurumsal hale gelmesinin başka nedenleri vardır. *"...İdamın iğrençlik ve korkunçluğunun temelinde bu cezanın adaleti koruyucu ve baskının hizmetinde oluşu ve hukukun kurumsallaşmasını sağlayan şiddetin kanlı bir belirtisi olması yatmaktadır"*[33].

Bireysel ve toplumsal şiddetin varlığını anlamak, şiddetimizi yok saymaktan çok, onun yıkıcı özelliklerinden korunma düzeneklerini önemli kılmaktadır[34]. Şiddet öğesini, sürekli, bir tür baskı aracı olarak, bireysel ve toplumsal yapı üzerinde denetleyici ve engelleyici unsur olarak düşünüp uygulamak, sonuçta baskıcı ve totaliter yapıyı sürekli kılmak anlamına gelmektedir. İnsan haklarının, hukuk devletinin, sosyal refahın ve bireysel özgürlüğün geçerli olduğu sosyal düzende demokratik kuralların uygulanabilmesi için kamu düzeninin gerekli ve zorunlu kılmadığı şiddet uygulamalarından vazgeçilmesi gerekir. Özellikle hukukun adalet arayışının çağdaş ölçülere ulaşması için, aranan uygar toplum normlarının insanın vahşi beklentilerinden, daha da önemlisi, hukuk aracılığıyla vahşiliğin kurumsallaşmasından uzaklaşması gerekmektedir.

Ölüm cezasıyla hukukun şiddeti aslında yıkıcı bir etkinliğe dönüşmektedir. Ölüm cezasıyla ölüm tehdidi sadece canilere ya da katillere yönelik bir tehdit içermez, ölüm cezası öldürenin zaten göze aldığı bir etmendir. Asıl sorun toplumun geri kalan kısmı içindir. Toplumun üyeleri masumluklarını korusalar bile hukuk düzeninin ölüm tehdidi hepsini kuşatmıştır. Bu durum dolaylı da olsa, sürekli bir ölüm infazı deneyimi demektir. Yaşamın karşısına küçük bir suçlu grubu için çıkarılan ölüm deneyimi, ölüm cezasının niteliğinde varolan bir yaşam çelişkisi doğurmaktadır. Ölümün ceza olarak herhangi bir insana yakıştırılması ve geçerli bir yaptırım olarak toplumun üyelerinin zihninde yer etmesi, yaşamın gerekliliği, insan bedeninin dokunulmazlığı, insan onurunun korunması gibi birçok insani değeri ayaklar altına almaktadır. Hiçbir kamu düzeni bu değerleri yüceltip yaygınlaştırmaya çalışırken arka bahçesinde suçlu da olsa insan asamaz. Her iki çelişik durumu bünyesinde barındıran bir kamu düzeni kendisine büyük bir yalan söylemektedir. Çünkü birinin olduğu yerde diğerinin yeri yoktur.

33 *"Hiçbir gerekçe, ölüm cezasının iğrençliğini örtecek kadar büyük değildir."* Sami Selçuk, *Yargıtay Birinci Başkanı Sami Selçuk'un 2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması (6.9.2000)*, Yargıtay Dergisi, Ekim 2000, Cilt:26, Sayı:4, Sh.:607 ; Walter Benjamin'den aktaran, Michaud, a.g.e., Sh.: 117.

34 Michaud, a.g.e., Sh.: 127.

Bir katilin ya da caninin, kısacası suçlunun haklarının olması, en azından yaşam hakkının koşulsuz olarak hukuk düzeni tarafından korunması, asıl masum çoğunluk için gereklidir. İnsan vicdanının her suç konusu eyleme verdiği derecelendirmeler vardır. Yasa genel iradeye uygun yargılayıp ceza verse de, yasanın aynı normundan yargılama konusu olan ve ölüm cezası gerektiren çok farklı suç konusu eylemler vardır. Bu suç konusu eylemlerin bizde oluşturduğu adalet algılamaları değişik olmaktadır. Suçluların karakter özellikleri, işlenen suçtaki öldürerek cezalandırma eğiliminden çok mahkumun yaşaması yönünde yeni değerlendirmelere yol açabilir. Çoğu kere katil aslında bir kurbandır[35]. Adaletin soğukkanlı yüzü her benzer eylemden yargılanan suçluları benzer derecede mahkumiyetlere çarptırsa da, suçlular arasında birebir benzerlik yoktur. Bu günün suç olarak ölümle nitelendirilen eylemleri gerek yaptırım olarak gerekse suç olma bakımından gelecekte aynı değerlendirmeye bağlı olmayabilir. Dolayısıyla suçun ve şiddetin ölçüsüzlüğüyle insan yaşamı üzerinde tehlikeli yaptırım düzenekleri kurulmuş olmaktadır. Yaşam hakkı üzerinde bu denli ölçüsüz belirlemeler yapmanın toplumsal ifadesi, verilecek kurbanlara karşı toplumsal olarak kayıtsız kalma anlamına gelmektedir. Hukuksal şiddete bu denli gözü kapalı bir toplum için bu şiddet 'bumerang etkisi'[36] meydana getirir. Hukuksal şiddetin yoğunluğundaki artış, zamanla, yönetimi daha katı kurallara ve uygulamalara götürür. Bu durumda suçla mücadele salt suçlulara karşı uygulanmaktan çıkıp daha geniş kapsamıyla toplumun tümünü etkisi altına alır. Suçla mücadele yasaları, genel iradenin elinden çıkıp onu uygulayanların eline geçince herkesi şüpheli konumuna sokar, suçla mücadele kapsamdaki bir genel arama ya da dinleme bunu sağlamak için yeterlidir. Bu konulardaki her yasanın uygulamaya koyulduktan sonra genellikle büyük tartışmalara yol açması bu yüzdendir[37]. Hukuksal şiddetin toplumsal şiddetle ilişkilendirilmesi olası olmakla birlikte, suçlu azınlığa karşı alınan tedbirlerin masum çoğunluğu kapsar bir biçimde uygulaması ya da böyle bir tehlikenin varlığı kabul edilecek bir sonuç değildir.

Şiddetin toplumdan arındırılması tümden olası olmamakla birlikte, saldırgan şiddetin toplumsal etkisini yitirmesi bireyler için daha kolay ve kabul edilebilir bir seçenektir. *"Şiddet gerekçelerini göstererek haklılaştırılabilir, ama hiçbir zaman meşru olmayacaktır. Şiddetin gerekçeleri, niyetlenilen amaç geleceğe kaydırıldıkça inandırıcılığını yitirir. Kimse meşru müdafaa amacıyla gerçekleştirildiğinde şiddeti sorgulamaz. Çünkü şiddet yalnızca açık değil, aynı zamanda mevcuttur ve aracı haklı kılan amaç hemen orada durmaktadır"*[38].

Bir suçlunun ya da caninin yaşama hakkının korunması sonuçta kendi yaşamımızın korunmasına dönüşmektedir. İnsanlık dışı ceza ve uygulamaların hiç kimse için geçerli olmamasını istemek kendimizi onurlu kılmak anlamına gelmekte-

35 Bu konunun değerlendirilmesine ışık tutacak olay incelemeleri hakkında bakınız; Derleyen: Michel Foucault , *Annemi, Kız kardeşimi ve Erkek Kardeşimi Katleden Ben, Pierre Rivière, 19. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti*, (Çev.: Erdoğan Yıldırım), Ara, İstanbul 1991.

36 *"...Emperyalist dönemde 'tahakküm altındaki ırklara hükümet etmenin' (Lord Cromer) ülke hükümeti üzerindeki o çok korkulan bumerang etkisi; uzak ülkelerde şiddete dayalı hükümetin bizatihi İngiltere hükümetini de etkisi; altına alacağı, yani son 'tahakküm altındaki ırkın' bizatihi İngilizler olacağı endişesi anlamına geliyordu."* Hannah Arendt, *Şiddet Üzerine*, (Çev.: Bülent Peker), İletişim, İstanbul 1997, Sh.: 60.

37 Picca, a.g.e., Sh.: 90.

38 Arendt, a.g.e., Sh.: 58.

dir. Toplumun ya da devletin uyguladığı şiddet herkes için tehlikeli olabilecek içeriğe sahiptir, siyasal tarih bunun örnekleriyle doludur. Toplumun meşru savunma hakkının söz konusu edilmesi halinde ise, ölüm cezasının niteliklerinin meşru savunmanın koşullarını kapsamadığı anlaşılacaktır[39]. Toplumsal savunmanın gerekliliğinin yaptırımı, suçluyu toplum dışına çıkarmak olabilir; hapsetmenin anlamı budur; ömür boyu toplumdan uzak tutmak; işte bu cezalandırmadır.

3 – Toplumun Yeni Suçlu Yaratması

Bir hukuk sistemi yasal süreçlerinde, hukukun oluşturulmasında, şiddetin önceliğini göz önünde tutarak kural oluşturuyorsa kendi şiddetini kurallaştırıyor demektir. Toplumda ve kamu gücünde varolan öğelerin etkisiyle hareket eden yasa koyucu, insanlık dışı cezalar koyduğunda ya da aşırı şiddet uygulamalarını içeren yasalar yaptığında ve bu yasaların yargıçlarca olanca katılığıyla uygulandığı durumlarda, tüm olan bitenin toplumda kabullenilmesi halinde, farkına varılmayan, ancak varlığı her uygulamayla ortaya koyulan yasal şiddete göz yumma olgusu söz konusu olmaktadır. Bu nedenle yasanın ortaya koyduğu; "*...İdam düpedüz ölüm değildir. Toplama kampı nasıl salt hapishane değilse, idam da yalnızca kişinin canından olması değildir. Önceden en inceden inceye düşünülüp tasarlanan cinayet idamdır. Hiç bir caninin eylemi, ne kadar ince hesapla hazırlanmış olursa olsun, bununla kıyaslanamaz. Çünkü, kıyaslanabilmesi için, kurbanına kendisini öldüreceği günü önceden haber vermiş ve o andan itibaren kurbanını aylarca kendi merhametine terketmiş bir caniye ölüm cezasının uygulanması gerekirdi. Böylesi bir canavara özel yaşamda rastlanmaz*"[40]. Dile getirilen sözlerin biraz olsun farkında olmak, ölüm cezası sonucunda uygulanan idamın olağanüstülüğünü, toplumsal savunma adına meşruluk savında bulunan yeni bir suçu ortaya koymaktadır.

Katilin kötülüğü bireysel tercihinin vahşiliğinden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda katilin, vahşetinin nedenleri olabilir, işlediği cinayet vicdanımızda çok fazla nefret uyandırmayabilir, hatta katledilenin bunu hak ettiği bile düşünülebilir. Bu bulguların birleştiği ortak nokta, olağan üstü bir nefretin ya da olumsuz iradenin cinayete yönelik işlemesidir. Bunların dışında, çıkarları nedeniyle cinayet işleyenlerin, kiralık katillerin, suç örgütlerinde öldürme eylemlerini yerine getirenlerin, suç işleme iradeleri, elde edecekleri bir miktar paraya ya da siyasal cinayetlerde görüldüğü gibi siyasal eyleme yöneliktir. Dile getirilen olguların olumsuzluğu öldürmenin halen toplumsal geçerliliğinin olduğu toplumlarda daha yaygındır. Bir biçimde bireysel, siyasal ya da sosyal mücadelenin geçerli yöntemi, 'ölüm yaymak' haline gelmektedir. Suç toplumu, yöntemin sadece şiddet olduğu, gerek eylemin gerekse karşılığının şiddet içerdiği bir toplumsal yaşam sunmaktadır. Suçun bulaşıcılığı, kargaşanın engellenemez yükselişinde geri dönülemez evreleri beraberinde getirmektedir. Bu evrede artık kanın temizleyiciliğine başvurmaktan başka bir yöntem kalmamaktadır. Artık herkes herkesle bir biçimde ölümüne savaş halinde olmakta, sonunda güçlünün şiddeti herkesi silip süpürmektedir. Böylece kaçınılmaz biçimde suçlunun toplumun kendisi olduğu evreye gelinmiş olmaktadır[41].

İnsancıl yaşamanın koşullarının neler-

39 Faruk Erem, *İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması*, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 56, Ocak 1991, Sh.: 25.
40 Albert Camus, aktaran, Osman Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, Onur, İstanbul 1986, Sh.: 53.
41) Picca, a.g.e., Sh.: 89.

den oluştuğu hakkında bilgi sahibi olmakla birlikte, bunu gerçekleştirmenin sağlam bir insan onuru anlayışından geçtiğini söyleyebiliriz. Toplumsal düzenlenmenin barışçıl zeminde oluşabilmesi için, sadece kişilerin ya da grupların şiddet yöneliminden uzaklaşmasından çok, kurumsallaşmış siyasal iktidarın sosyal ortamı şiddetten arındıracak yöntemler geliştirmesi gerekir. Bunu amaç edinen siyasal yapı hukukun oluşturulmasında barışçı kurallar koyarak kendi eliyle yeni uygulamalar yaratıp hukuksal düzeneklerinde şiddetin belirleyiciliğini engellemesi gerekir. Şiddetin gerekçelendirilmesi onun sınırlarının belirlenmesi anlamına gelmektedir. Şiddetin sınırlandırılmasının önemi, kamu düzenini oluşturan gücün; meşru şiddetin caydırıcılığından çok, yurttaşların genel anlamda fikir ve yaşam birliğinden kaynaklanması, devletin barışçı bir hukuk düzenini benimseyip yerleştirmesi ile kurulacağı daha tutarlı görünmektedir.

Toplumsal barışın kurulması, öldürenin öldürülmesi, şiddete karşı şiddet kullanılmasıyla sağlanamaz. Öç ya da misilleme arzusunu yaptırım olarak yasanın içine gizlemek yasayı yapanları, uygulayanları ve yasaya bağlı olan toplumu, suçlunun anlayışına yasa yoluyla yeniden sokmak anlamına gelmektedir. İlk anda fark edilmeyen, fakat çağımızın gelişen insan hakları anlayışına sığmayan tutumun somutlaştırılmış halinde görülen olgu, darağacının tehdidi, onun ilmeğinde can veren ve infazı izleyenler için ise derin bir ruh sıkıntısından başka bir şey değildir[42]. Çünkü bu durum cezalandırma değildir, suçluya, kendimize ve yurttaşlarımıza karşı yapılan bir gösteridir. Darağacının tehdidi herkes içindir, suçlu ya da suçsuz bizi bekleyen bir tehdidin somut verisidir. Her biçimde öldürmekteyiz, birey ya da toplum; can almanın herkes için bu denli kolaylaşması yaşamımız üzerinde en önemli sakıncayı oluşturmaktadır, yaşamımızın değeri azaldıkça darağaçları her yerde en olmadık biçimlerde karşımıza çıkmaktadır.

D – KATLANILMAZ OLANI YAŞAM KILMAK

Yaşarken katlanamadığımız olgularla sürekli karşı karşıya geliriz. Bu karşılaşmaların bir kısmını engelleyebilmemiz olası değildir. Ancak bir kısım edimler vardır ki bunları engellemek elimizdedir. Her olgunun neden sonuç ilişkilerinden oluştuğu düşünülürse, bazı nedenlerin ortadan kaldırılması sonuçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Ancak hayatın verilerini tümüyle denetlemek olanaksızdır. İnsan deneyimleri, akılcı bazı önerileri ortaya çıkararak bunları sürekli olarak kendine tekrarlama ve yeni yöntemler geliştirebilme olanakları sunmaktadır. Bununla birlikte insanların tercihleri; geçmişin anısında canlanan, bugün bizleri hayrete düşüren insan edimleri vardır. Sınır tanımayan acı verme alanları yaratılmıştır ve halen varlığını sürdürmektedir. İnsan saldırganlığının ölçüsüzlüğü üzerine söylenebilecek olan şudur; "*...İşkence, eziyet, ceza ve cinayet alanlarında insan yaratıcılığı sınır tanımaz. İşkence müzeleri acı, korku ve ölüm üretim hizmetlerine sunulan yaratıcılığın cinnete dönüşünü sergilemektedirler*"[43]. Kendiniz için katlanılmaz olanı başkaları için uygun görmek ve bunu yaşamın bir parçasına dönüştürmek, çelişkili, katlanılmaz bir uğraş sahibi olmak demektir.

İnsan hayatını ve bedenini umursamaksızın yapılan insanlık dışı davranışların arkasındaki etmenler nelerdir ? Birinin bir diğerine her ne gerekçeyle olursa ol-

42 Erem, a.g.k., Sh.: 27 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 173, 20 nolu dipnot.
43 Michaud, a.g.e., Sh.: 87.

sun işkence yapması, onun celladı olması, bunu yapanın nasıl bir içsellik taşıdığını düşünmemize yol açmaktadır. Bu süreçlerin oluşumuna katılan kamu görevlilerinin kendi dışlarında gerçekleşen suç konusu eylemlerin yaptırımını belirlerken, özellikle kural koyarken, öngördükleri şiddetin farkına vardıklarını düşünsek de, ölüm cezasının T.B.M. Meclisi onaylamasında geçirdiği kararsızlığın bir anlamı var mıdır? Yargıca yargılama ve karar verme yetkisi verilirken, yargılama sonucunda verilen mahkumiyetin ölüm cezasıyla sonuçlandırılması halinde, yargıcın tavrı, sadece yasaya uymakla bitmekte midir; onun vicdanında ve masumiyetinde verdiği karardan dolayı bir kargaşanın olmaması olası mıdır?

Hangi nedenle olursa olsun insan hayatı üzerinde söz sahibi olmak, ölüm ve kalım hakkını yasanın içinde belirleyip uygulamak, bunu bir insana ya da bir kurula yüklemek ne derece doğruluk taşımaktadır ? Ölüm cezası süreçlerine katılan herkes, hukuk düzeninin sürekli uygulanmasından doğan olağanlıkla, alışılmış yargılama ve infaz evrelerinde görevlerini yapmaktadırlar. Alışılmış bir cezanın toplumca kabulünün arkasında olgu belirsizleşmektedir, aslında meydana gelen, katlanılmaz olanı yaşam kılmaktır; katilin kendi vahşetine katlanamazlığı yanında, toplum için yargılayarak, cellatlık yaparak, kısacası bir şekilde kurban olarak, ölüm dağıtıcılığı yapıp yarattığımız ölümün diğer ölümü temizlemesini bekliyoruz. Katilin katlanılmazıyla kamu görevlisi kılınanın katlanılmazı bir noktada birleşmektedir; ölüm dağıtıcılığı ya da yardımcılığı; ancak kimse sürekli öldüremez, zorunlu kalmadıkça öldürmek de istemez, buna rağmen eğer öldürüyorsa sapkın bir içgüdüye alet olmuş demektir. Doğada kendi cinsini bu biçimde öldüren canlıya rastlamak güçtür.

1 – Başkaları İçin Kurban Olmak

Toplumsal savunmanın zorunluluğu savunma araçlarının ortaya çıkmasına yol açtığı kadar, bu araçların zamanla gelişerek karmaşıklaşmasını da beraberinde getirmiştir. Bu karmaşıklaşma yeni görevler ve görevlilerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kamu görevlerinin çeşitliliği, mesleki işbölümü, uzmanlaşma, yaşamın her alanında kendini göstermiştir. Aynı biçimde yargılama süreci sadece yargıcın etkinliğiyle yerine getirilen bir iş değildir. Yargılama ilk anda ifade ettiği tekil anlamın dışında, birçok tarafın ve farklı eylemlerin bir düzen içinde belirli bir amaca yönelmesini ifade etmektedir. Ceza yargılamasının amacı, suç olarak nitelenen olgusal gerçeği hukuk düzenekleri ve ilkeleri içinde belirleyerek karar biçimine gelen adil bir sonucu yaptırıma dönüştürmektir. Burada bizi ilgilendiren daha çok yaptırımın nitelikleridir.

Ceza hukukunda yaptırımlar işlenen suçun çeşitleri ve niteliklerine göre değişiklikler göstermektedir. Ölüm cezası en ağır suçların yaptırımı olarak ceza yasalarında düzenlenmiştir. Ölüm cezalarının yaptırım haline dönüşmesinden infazına kadar birçok evre ve bu evreleri yerine getiren görevliler vardır. Başından başlayacak olursak; suç toplumsal etkinliğin ürünüdür, suç konusu eylemi seçen bir suçlunun varlığı bozulan sosyal barış nedeniyle kamunun tepkisini çekmektedir, kamunun tepkisi sosyal barışın sürekliliğini sağlamaya yöneliktir, kovuşturma araçları suçluya karşı eyleme geçerek devletin yargılamaya dönük süreci başlamış olmaktadır; kanıtların toplanması ve kamu davasının açılmasıyla yargılama süreci başlamaktadır. Yargılama çok yönlü bir etkinliktir; suç konusu olgusal gerçeğin aranması, belirsizin belirlenmesi; usul kuralları içinde,

hukuksal norma uygun olarak yapılan bir süreci gerekli kılmaktadır. Mahkumiyete ilişkin mahkeme kararı suçu ve suçluluğu belirledikten sonra yargılama sona ermektedir. Daha sonra yasal sürelerden ve evrelerden geçen mahkeme kararı kesinleşip infaz evresine gelinmiş olmaktadır. İnfaz evresi başlı başına farklı bir uygulamayı gerekli kılmaktadır. Mahkeme kararının, özellikle ölüm cezası kararının uygulanması için 'idam' işlemlerinin yerine getirilmesiyle süreç tamamlanmış olmaktadır. Kısaca ele alınmış olan evrelerin ve bu evrelere katılan kamu görevlisi sayısı ile suçu işleyen kişi, suçtan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen ve suçun aydınlatılmasında kendilerine baş vurulan kişiler göz önünde bulundurulduğunda sözkonusu edilen sürecin kalabalık, karmaşık ve zorlu olduğu anlaşılacaktır. Ele alınan sürecin en belirgin özelliği farklı evrelerden oluşmasıyla birlikte bu evrelerin farklı kamu görevlileri ya da kişiler tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır44. Bu durum yaşamın zorunluluklarından doğduğu kadar çağdaş ceza hukukunun adaletin daha iyi gerçekleştirilmesi için yargılamaya verdiği biçimle ilgilidir.

Toplumsal savunmanın gerçekleştirilmesi, kamu düzeni dolayısıyla toplum için ne kadar gerekliyse, bunu yerine getiren hukuksal düzenlemelerin ve kamu görevlilerinin bulunması da o kadar kaçınılmaz bir sonuçtur. Adalet organlarının varlığı toplumsal düzen için vazgeçilmezdir. Çağdaş anlamda adalet arayışının mekanı olarak mahkemeler, hukuk devletini var ederek, insan haklarını siyasal sistemin esası haline getirmektedirler. Adalet organlarına yüklenen misyon, insan onurunun korunmasından başka bir şey değildir, hukukun adalete yönelmesinin anlamı insan onurunun korunmasıdır[45]. İnsan onuru her zaman hissettiğimiz, içimizde olan bir kavramdır; ölçüsüzce kullanıldığı zamanlarda genelde başkaları için istemediğimiz ve kullanmadığımız ancak kendimiz için her zaman istediğimiz bir değerdir. Ölçülü bir insan onuru anlayışının yerleşik olduğu bilinçlerde ölüm cezasını yasa yoluyla belirlemek kadar bu cezayı aşırı boyutlarıyla uygulamanın insan onuruyla açıklanacak tarafı yoktur[46].

Suçun yol açtığı sürece katılan herkesin, hukuk düzeninin içinde ya da dışında, belirli bir adalet anlayışı vardır. Yargılama ve kovuşturma evrelerine katılan kişilerin işlenen suç ve yaptırımı hakkında adaletin yeniden kurulmasına yönelik fikirleri vardır. Bu nedenle ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmış suçlara ilişkin farklı görüş ve tavırlar vardır. Mağdurun duyumsadıklarıyla adalet organlarının duyumsadıklarının şiddeti çoğu zaman aynı oranda olmamaktadır. Bir tarafta sakinlik diğer tarafta acının verdiği duygular egemendir. Bu anlayış farklılığı daha genel anlamda yasal oluşumların ifadelendirilmesinde kullanılır.

Bununla birlikte ulusal hukuk anlayışları kendi içlerinde farklı normatif görüşleri barındırmaktadır. Bazı kuralların genel geçerliği yanında, bazı konularda daha çok çoğunluk düşüncesinin üstünlüğü söz konusudur; aslında çoğu olgu ve çözüm önerileri tartışmalı bir içerik taşımaktadır. Ölüm cezasının normatif olarak düzenlenmesinde ve uygulanmasında yargıçların, savcıların, infaz evre-

44 Bu konuyu daha iyi anlamak için, Fransa'da bir yargılamayı neredeyse tüm yönleriyle ele alan inceleme için; Bkz.; Foucault, a.g. eserin tümü.

45 Kutlu, a.g.m., Sh.: 137, 138.

46 Nevzat Toroslu, *İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması*, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 56, Ocak 1991, Sh.: 29.

sine katılan doktorların ve bu konuda işbirliğinde bulunan herkesin aslında görevleri olmasaydı asla katlanamayacakları etkinlikte bulundukları, kısacası katlanılmaz olanı gerçekleştirmek için görevli kılındıkları anlaşılmaktadır. Bu konuda birçok itiraz ileri sürülmekte ve tartışılmaktadır. Ancak yüz yüze gelinen olgu varlığını, en azından yasal olarak, sürdürmektedir.

Geçmişte her ne kadar idam cezalarının infazı halkın huzurunda yapılıyorsa da günümüzde infazlar gizli şekilde yerine getirilmektedir. Bu durum karşısında olumlu insani eğilimlerin öne çıktığından söz edebilme olanağımız vardır. Dolayısıyla idamın infaz biçimi katlanılmaz bir hale gelmiş durumdadır. Katlanılmaz olanın belirlenmesinde elimizde fazlaca kanıt vardır. Ölümün yüzü herkes için soğuktur. Ölüm cezasının kötülüğü idamın uygulanması sırasında daha fazla hissedilmektedir.

Başkaları için kurban olmak, sadece kamu görevinin yerine getirilmesiyle oluşmaz. Ölüm cezası bir şekliyle tüm toplum üyelerine sunulan bir gösteridir. Caydırıcılık, ibret, önleme, ödetme, korunma, ıslah gibi unsurlar ölüm cezasının arka planında yer almaktadır. Bir biçimde toplumun suçlar ve suçlulara karşı korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle suçlulara uygulanan cezaların bir hedefi de, sosyal barışın uygulanan cezayla sağlandığının toplumun üyelerine anlatılmasıdır. Ancak, cezalandırma geçmişte işlenen bir suça yöneliktir ve işlenen suçun yol açtığı tehlike geçmişte kalmıştır. Ölüm cezasının özünde ise geleceğe taşan bir unsur vardır. Ölüm cezasıyla, tehlikeli görülen, gelecekte suç işleme olasılığı bulunan suçlu yok edilmektedir. Bu durum toplumun diğer üyelerine verilen bir gözdağı anlamına gelmektedir. Toplumun korunması adına kurban edilen suçlu, yol açacağı tehlikenin daha büyüğüyle toplumu karşı karşıya bırakmaktadır[47]. Böylece herkes, toplumun korunması aracına dönüşme olasılığıyla yüz yüze gelmiş olmaktadır.

Ölüm cezasının infazını yerine getiren cellatlar bile, yaptıkları işten dolayı suçluluk hissetmekte ve ölüm cezası konusunda olumsuz düşünmektedirler[48]. İdamın kötülüğü, infazın yerine getirilmesinde daha da ortaya çıkmaktadır. Ceza ve İnfaz yasalarında kural olmasına rağmen (T.C.Y. 12. md., C.İ.Y. 2. md. ve İnfaz Tüzüğü), ölüm cezası kararını veren mahkeme kurulundan hiçbir üyenin infaz sırasında hazır bulunmadığı görülmektedir; Avukatların isteğine bağlı olarak infazda bulunma hakları varsa da infaz sırasında hazır bulunmadıkları görülmektedir; bu olgular katlanılmaz olanın yaşam kılındığının açık kanıtlarıdır[49]. Sorun bununla bitmemektedir, yasal olarak infaz sırasında hazır bulunması gereken doktorlar, infaz sırasında ölümü tıbbi olarak belirleme görevlerini mesleki etik sorunu yapmaktadırlar. Doktorlar, ölüm cezalarının infazı sırasındaki yasal görevlerinin, meslek ilkelerine açıkça aykırı olduğunu ve ölüm cezalarının infazı sırasında doktor bulunmaması gerektiğini söylemektedirler[50]. Yasa koyucu olan T. B. M. Meclisi'nin, ölüm cezasının yasal olarak yürürlükte kalmasına ve halen uygulanmasına karşı herhangi bir etkinliği yoktur. Buna karşın, aynı yasaların öngördüğü ve mahkemelerce verilen ölüm cezası kararlarının yerine getirilmesinde, onay yeri olmasına rağmen, yetkisini kullanma konusunda, uzun yıllardır herhangi bir uygulaması yoktur. Yasa, ölüm cezasına karar verme yetkisini, mahkeme kurulunda bulunan az sayıda yargıca verirken, mahkemelerin hükmettikleri ölüm cezası kararlarının yerine getirilmesine, yüzlerce parlamento üyesi karar verememektedir. *"Kamu vicdanında ölüm cezası artık onaylanmamaktadır. Eskiden infazın aleni yapıldığını biliyoruz... Fransa'da Concorde Meydanında giyotin hazırlanır, halk da infaz seyretmeğe çağrılırdı... Aleni infazlara son verilmiş olması olumlu bir aşamadır..."*[51] Böylece katlanılmaz olanın ne olduğu ortaya çıkmaktadır; aslında kimse kurban olmak istememektedir.

Katlanılmaz olanı bir başkasından istemek, bir şekilde görevlendirilen kişi ya da kişileri kurban etmek anlamına gelmektedir. Bu konuda kimsenin söz konusu edilen görevleri -olağanüstü durumlar dışında- zorla yaptırması söz konusu olmamakla birlikte, böyle bir görev oluşturmanın nasıl bir olgu olduğu ve kamu görevi niteliğine bürünen halin kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi üzerinde düşünmek, daha ilginç sonuçlara varmamıza yol açacaktır. Özellikle insan hakları anlayışının yaygınlık kazandığı, hukukun artık insan haklarıyla açıklanmaya başladığı uygar dünyada, ölüm cezasının yaptırım olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. Bu değişimin nedenlerini düşünmek konunun algılanmasını daha da kolaylaştıracaktır.

2 – Yargıcın Kargaşası

Yargılama yapmak, ilk bakışta ürkütücü bir etkinliktir. Ölümle kalım arasında kalmak, her ne sebeple olursa olsun, kaygı verici bir durumdur. Hakkın dağıtımı ve cezalandırma yetkisinin kullanımı, olağanüstü entelektüel ve mesleki birikim, sağlam bir kişisel olgunluk gerektirmektedir. Yargılama ve sonucunda adaletin kurulması son derece önemli bir edimin, sosyal barışın kurulması anlamına gelmektedir. Bu nedenle hukuku oluşturmak kadar, onun uygulanmasının önemli olduğu göz önünde bulundurularak,'yargıç' etkinliğinin sosyal düzen için oldukça değerli olduğu sonucuna varabiliriz. Yargıç, çoğu insanın normal koşullarda kaçınacağı bir etkinlikte bulunmaktadır. Mahkeme salonları bireysel ve toplumsal çekişmelerin sahnelendiği en yalın sosyal alanlardır. Gerçeğin arandığı, mülkiyetin ya da özgürlüğün sürekli tartışıldığı, başka bir kamu alanı yoktur. Bu nedenle adliyeler sürekli kargaşanın hakim olduğu mekanlar olmaktadır.

Yargılama etkinliğinin sürekliliği, yargıçta olağan tavırlara yol açmaktadır. Yargı gücünün kullanılması, anlaşmazlıkların çözülmesi, sosyal barışın kurulması, yargıçla yargılananlar arasında birebir ilişkiyi gerektirir. Yargıcın gözünde herhangi bir suçlunun ya da tarafın özel bir yeri yoktur. Yargıç kişisel ön anlayışından hareketle adaletin oluşumunu haksız biçimde etkileyecek tutum ya da davranışlarda bulunamaz. Yargılama mekanlarının özellikleri yargıcın etkinliğinin niteliklerine uygundur. Yargılama alanı olarak mahkeme salonunun doğası, yargıç için sadece mesleki mekan imgesidir, orada ve o kargaşada gerçeğin sürekli olarak aydınlatılması gerekir. Çatışma, tartışma ve kargaşa yargılamanın özüdür, yargıç, kaosun içinden

47 Bayraktar, a.g.m., Sh.: 72.

48 Beccaria, e.g.e., dipnot : 1, Sh.: 200 ; İngiltere'de resmi cellat olarak çalışmış olan Albert Pierrepoint'e göre, "*...ülkemde artık kimsenin bir daha idam infazı ile görevlendirilmemesini içtenlikle umut ediyorum. Yönettiğim yüzlerce infazdan bir tekinin bile, gelecekteki bir cinayeti önlemiş olabileceğine asla inanmıyorum. Ölüm cezası, kanımca, intikam duygusundan başka hiç bir şey yaratamamıştır,*" Uluslararası Af Örgütü Ve Ölüm Cezası, a.g.m.,Sh.: 108; Kamil Ateşoğulları, *İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması*, İzmir Barosu Dergisi, Yıl : 56, Ocak 1991, Sh.: 38.

49 Erem, a.g.k., Sh.: 27.

50 Ölüm cezası konusunda doktorların görüşleri ve mesleki itirazları ile Tokyo'da yapılan 29. Tıp Kurultayında alınan kararlar hakkında; Bkz.; Erol Mavi, *İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması*, İzmir Barosu Dergisi, Yıl : 56, Ocak 1991, Sh.: 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37.

51 Sokullu – Akıncı, a.g.m., Sh.: 677, 678.

olgusal gerçeği sukünetle bulmak, onu hukuk kalıbında yoğurup karar haline getirmek zorundadır. Burada yargıcın olağan kargaşasıyla karşı karşıya kalmış durumdayız. Ancak yargıç için asıl kargaşa, olağan mesleki etkinliğin dışında ölümle kalım arasında bırakılmışlığında bulunmaktadır. Ölüm cezası kararıyla yargıç, ölümle kalım arasında kalarak mesleki yapısına aykırı davranmaktadır. Ölüm cezasının uygulanmasındaki etkenler, ceza adaletinden beklenen yarardan daha farklı bir yarara yönelmektedir. Burada yargıcın yasa yoluyla taraf olmasına, hıncın ceza olarak ortaya koyulmasıyla da yargıcın bu hınca ortak olmasına yol açılmaktadır. Yargıç, farkına varılmaksızın, yasa metninin sukünetinde, öldüreni ölüme mahkum etmekle şiddete karşı şiddet uygulanmasına karar vermektedir ve bunu devlet ya da toplum adına yapmaktadır. Yargıç, bu yolla kurban edilmektedir. Oysa açıkça bilindiği gibi yasal öldürme haksız öldürmeyi ortadan kaldırmaz. Böylece ölüm cezası, adalet arayışından çok bir düşmanlığın ifadesi halini almaktadır[52]. Yargıç, ölüm cezasının bulunduğu yasanın özündeki düşmanlığı yargılama konusu yaptığı ve ölüm cezası kararı verdiği anda, meslek ilkelerine aykırı davranmış olmaktadır.

Oysa yargılama, ölçülü bir mahkeme kararının sosyal barışı yeniden kurması anlamına gelmektedir. *"Makul bir kararın ilk koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılardan kurtulmuş olması gerektiğidir"*[53]. Bu nedenle yargıcın tarafsız, olgusal gerçekliğe uygun ve çok yönlü bir etkinlikte bulunması, gerekir. Ceza ve insan hakları hukukunda ölüm cezasının yaptırım olarak ciddi biçimde tartışılır olması, bu cezanın ölçülü (makul) ceza olup olmadığını kuşkulu hale getirmektedir. Şu ana kadar yapılan değerlendirmelerin ışığında ölüm cezasının bir önyargıdan ibaret olduğu sonucuna varabiliriz[54]. Ceza yargılamasında yargıç, yargı iktidarını kullanıp ölüm cezası kararı verirken, vicdani kanısını yargılamanın esasında bulmaya çalışırken, tarafsız kalmayı nasıl sağlayacaktır. Daha doğrusu ölümle kalım arasında sıkıştırılan yargıcın tarafsızlığı ölümü tercih etmekle mi sağlanacaktır? Yargıcın kargaşası bu noktada başlamaktadır. Yargıcın kargaşasının boyutları artık siyasal sistemin ve hukuk düzeninin kendini sınırlaması olgusuna dönüşmektedir.

Buna rağmen yargıcın korunma yolları yok değildir. Yargıç, kendisine açılmış bir davada uygulayacağı yasayı, Anayasaya aykırı gördüğü taktirde Anayasa Mahkemesi önünde tartışmaya açma yetkisi vardır (1982 Anayasası 152. md.). Ancak ölüm cezasının Anayasaya aykırılığı konusunda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru söz konusu cezanın Anayasaya uygun olduğu nedeniyle reddedilmiştir[55]. Yargıç için 1982 Anayasası kapsamında ölüm cezasının anayasal olarak ortadan kaldırılması olası değildir. Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi, mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesini, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı-

52 *"Ve ben 38 yıllık meslek yaşamımda, ölüm cezasının haklılığını sığdırabilmek için vicdanımda bir yer bulamadım."* Selçuk, a.g.k., Sh.: 607 ; Sokullu – Akıncı, a.g.m., Sh.: 677.

53 Abdullah Dinçkol, *Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler*, HFSA, Sayı : 2, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, Afa, İstanbul 1995, Sh.: 175.

54 Erem, ölüm cezasını, cinayetlere karşı cemiyeti ancak ölüm cezasının koruyabileceği yolunda bir batıl itikat olarak görür. Erem, a.g.e., Sh.: 192 ; Konunun insanlık sorunu ve çağdışı olduğu hakkındaki görüşleri için bakınız, Hassan, a.g.m., Sh.: 85, 86, 92 ; Ölüm cezasının barbarlık ve insanlık dışı olduğu, toplumsal açıdan hiçbir işlevi olmadığı hakkında bakınız, Mushanga, a.g.m., Sh.: 67.

55) Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.1963 tarihli, 207 / 171, (Resmi Gazete: 01.10.1963) sayılı kararı.

nın, istisnası olarak düzenlemiştir. Ancak Anayasanın 14. maddesinin son fıkrasında yer alan, " *Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz,"* hükmü anayasa koyucuyu çelişki içinde bırakmaktadır. Anayasal hak ve özgürlüklerden yararlananlar için sınırlayıcı olan bu hüküm, bir şekilde anayasal düzenin kendini koruma aracına dönüşmektedir. Oysa anayasa koyucu anayasal norm haline getirdiği ölüm cezası ve infazıyla yaşama hakkını ortadan kaldırarak, koruduğu en temel hakkı yok etmektedir[56]. Anayasanın lafzından anlaşıldığı üzere ölüm cezası kararıyla birincil görev mahkemelere verilmiş durumdadır. Yargıcın ölüm cezası konusunda korunma yollarından bir diğeri, Türk Ceza Yasasının 59. maddesidir; 59. maddenin uygulanmasıyla ölüm cezası kararı, yargıcın takdiriyle müebbet hapis cezasına çevrilebilmektedir. Yasal olarak, ölüm cezasına karar vermenin yargıç takdiriyle engellenebileceği, bu konuda bir zorunluluğun olmadığı görülmektedir. Buna rağmen, ölüm cezası konusunda, özellikle olağanüstü dönemlerde, çoğu zaman yasaların sınırları zorlanarak ölüm cezalarına hükmedilmiştir[57]. Korunma yollarından biri de, yargıcın yorum usullerini nesnel gerçekliğe uygun olarak kullanması, her hukuksal sorunda suç konusu eylemin niteliklerini iyi belirlemesidir. Sadece suçlunun amacının suçun ağırlatıcı unsuru olarak düşünülmemesi, işlenen suçun, amacı elverişli kılıp kılmadığının aranması ve yorumun katılıktan uzaklaşarak yumuşatılması, temel hak ve özgürlüklerin daha öne çıkarılması, gerekir. Yargıcın yorum yeteneği, hukukun sınırlarını belirlemede önemli bir unsur haline gelmektedir[58].

Görüldüğü gibi yargıç açısından da ölüm cezası konusunda sorunlar vardır. Türkiye yargısında yargıcın hukuk yapıcılığından çok, yasaya uygun davranması daha ön plandadır[59]. Yargıca ölüm cezasına karar verme yetkisi yasal olarak verilince en soğukkanlı yargıç bile, bir gün bir katili ölümle cezalandırabilir. Yüce ilkeler insanın etkilenebilirliğinde ya da konformitesinde göz ardı edilebilmektedir. Çünkü insanın yapısı, tüm davranışlarında olumlu tutarlılıkla hareket etmeye yatkın değildir. Ayrıca her yargıcın, yargılama konusu olan olgular hakkında çağlar boyu değişen ön anlayışı vardır. Tüm etkenler göz önünde bulundurularak, yargıcın sosyal barışı kurmada derin bir kargaşa içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu kargaşa yargıcı bekleyen önemli bir sorundur, yargıç tavrı, söz konusu edilen kargaşanın içinden hukuksal olanı

56 Tanör, a.g.e., Sh.: 19 ; *"...bir hak ve hürriyeti, artık bir daha hiç kullanılmaz hale getiren, yani yok eden bir sınırlama bu hak ve hürriyetin özüne dokunmuştur ve Anayasayı bozmuştur...Ölüm cezasının infazı ile bir temel hak, yaşama hakkı yok edilmektedir..."* ; Tufan Yüce'den aktaran, Erem, a.g.e., 98 nolu dipnot, Sh.: 201.

57 Toroslu, a.g.k., Sh.: 29 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 166, 167 ; Tanör, a.g.e., Sh.:23, 250 ; Olağanüstü dönemlerdeki uygulamalar için bakınız, Halit Çelenk, *Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası*, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Haziran 1987, Cilt : XI, Sayı : 87, Sh.: 6 vd. ; Ağır Ceza Mahkemelerinin ölüm cezalarına karar vermemek için zorlama yorumlarla suçluların hak ettikleri ölüm cezalarının ömür boyu hapse çevrildiği, bu yolla ceza verme hakkına, ülkenin özelliklerine ve toplumun menfaatlerine aykırı düşüldüğü, bu gibi duygusal davranışlardan yargıçların kaçınması gerektiği hakkında, karşılaştırmak için bakınız, Necdet Yalkut, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Ölüm Cezası*, Adalet Dergisi, Eylül Aralık 1964, Sayı : 9 – 12, Sh.: 1013.

58 Bu konuda daha geniş ve özel açıklamalar için bakınız; Toroslu, a.g.k., Sh.: 29, 30, 31 ; Muhittin Mihçak, *Türk Ceza Kanunu – Madde 312*, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2001, Cilt:27, Sayı:1-2, Sh.:102, 103 vd. ; Yargıcın yorum yeteneğinin kapsamı hakkında bakınız, Mithat Sancar, *"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim, İstanbul 2000, Sh.: 193.

59 Tanör, a.g.e., Sh.: 253, 254 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 181.

bulmak üzere şekillenmek zorundadır. Hukukun ahenginde, yargıç, hukuku vicdanının sesini dinleyerek uygulamak durumundadır. Onun önünü aydınlatacak bilgi yargıcın donanımı olmak zorundadır. Yasanın lafzına uymanın kolaycılığından sıyrılan yargıcın arayışı, her dava için hukuku belirlemek ve bu hukuku adaletle sürekli sınamaktır. Çünkü yargıç önüne gelen davaları, hukuka uygun bir biçimde çözüme kavuşturmak, adil bir karar vermek zorundadır.

Ölüm cezasının tarihi incelendiğinde, 18. yüzyıla kadar ülkelerin çoğunda uygulanan ölüm cezalarının, ağır işkenceler yapılarak yerine getirildiği, bu cezaya çarptırılan kişilerin oldukça fazla olduğu görülmektedir[60]. 19. yüzyıla değin ölüm cezalarının yargıçlarca kolayca verildiği, şu anda basit adi suçlardan sayılan bir çok suç konusu eylemin, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlandığı bilinmektedir[61]. Tarih sayfalarında devletin ve yargının vahşetiyle yargıcın vahşeti birleşmiş durumdadır[62]. Ancak görüldüğü kadarıyla ölüm cezasına karar veren yargıç, cezanın infazını yerine getirmemektedir. İnfazın kolaylaştırılması idamın cellada verilmesiyle sağlanmaktadır. Ölüm cezasına karar vermekle bu kararı yerine getirmek arasında oldukça farklı etkenlerin olduğu görülmektedir. Günümüzde, insanın içini ürperten tarihteki uygulamalara vahşilik derken, gelecekte bugünün yargısı ve yargıcı nasıl tanımlanacaktır, o günün koşullarında haklı mı görecek, yoksa vahşilikle ya da insancıllıkla mı sorgulanacaktır. Bu noktada yargıç hiçbir biçimde ölümle kalım arasında bırakılmaması gereken amaca dönüşmektedir. Aksi taktirde insancıllıktan uzaklaşan yargıç, çok ağır bedelle karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Bu bedeli bir insanın ödemesi olanaksızdır.

Yargı iktidarını salt yasaya ya da yürütmeye bağlamanın hukukun üstünlüğüne yol açmadığını tarihsel verileriyle ortaya koymak mümkündür[63]. Yargı etkinliğinin biçimini değiştiren önemli olgulardan biri, siyasal iktidarın yargıçları rejimin beklentilerine uygun davranmaya zorlamasıdır. Yargıcın yasaya bağlılığı ilkesinin uygulanmasından çok, yasanın, yasa koyucunun iradesi doğrultusunda yorumlanması istenmektedir. Görüldüğü kadarıyla *"...yargı ileri gelenlerinin konformitesi, iktidar sahiplerini hoşnut edecek şekilde, genel olarak sağlama alınmış görünüyor"*[64]. Bu durumda yasallık, bir hukuk devletinde, temel haklar ve özgürlükleri güvenceye kavuşturmadığı kadar, tek başına, yargıcın işlevselliğini de sağlayamamaktadır. Özellikle devlete karşı işlenen suçların yargılamasında, sorun daha kapsamlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüm cezasının devlete karşı işlenen suçlarda yaygın olarak yaptırıma bağlanması 'siyasal yargı' tehlikesini beraberinde getirmektedir[65]. Yargıcın siyaset gibi kaygan bir zeminde suçun ilişkin olduğu yasaya uyması beklenmektedir. Oysa siyasetin ve adaletin işlevleri birbirinden farklıdır, birbirlerini tamamlamaları olası değildir. Bu durumda yargıç, artık rejim sorunundan daha çok, adalete uygunluk ve insan hakları sorunuyla yüz yüze kalmaktadır. Çünkü bir hukuk devletinde yargıç meşruluğunu, sadece yasaya uymakla değil, daha çok adaleti gözetmekle sağlamaktadır. *"Yargıç siyasal yargıyı insancıllaştırırken, hukuk devletinin temelindeki insan onuru kavramını güncelleştirmektedir"*[66]. Tüm etkilere rağmen yargıcın etkinliği, yasallık ilkesi ve yasa koyucunun iradesinin sıkı dayatması altında değildir, Çünkü; *"Hukuk sistemi yargıcı ne kadar bağlarsa bağlasın, hukukun uygulanışı saf bir mantık uygulamasına indirgenemez. Burada, olgular kanıtlanmalı, nitelenmeli ve bunlara uygun olan norm seçilmeli, hatta örneklerin çoğunda hakkaniyete uyulmalıdır. Bu faaliyetin bütünü amaç değerlerin açık veya örtülü tartışılmasını gerektirir"*[67]. Bu durumda hukuk devletinde yargıcın hukuk yaratma zorunluluğu ve özgürlüğü yadsınamaz bir gerçeklik olarak belirmektedir. Hukuk devleti yargıcını, hukuk yaratma etkinliği için araç değerlerle donatmıştır. Yargıç, sosyal barışın sürekliliği için yansız olmak yükümlülüğündedir, onun tek amacı adaleti aramak ve bulmaktır; bu etkinlik onun görevi olduğu kadar ödevidir de; yargıcın kargaşasının sona erdiği yer burasıdır.

Burada hukuk devletinin tasarladığı devlet yapısının içeriğinden hareketle bir karşıtlık ilişkisi kurarak, hukuka yüklenen anlamın yargıcın işlevselliğini en az yasama ve yürütmenin etkinliği kadar vurgulamanın gerekli olduğu gerekçesiyle yargının iktidarlaşmasını kurumsal altyapı olarak düşünmek gerekir[68]. Hukuk devletinde *"yargıç, toplumun önemli bir manivelasıdır. Yargıç imgelemesi insan düşüncesinde ve duygusunda öylesine kök salmıştır ki, onun tüm ve her tarz kutsalında yer alır: Tanrı da "yargıç"tır"*[69]. Yargıcın hukuk devletindeki işlevi, *"adaleti toplumsal bir konum durumuna dönüştürecek olan bir postüla..."*[70] olmaktır. Bu nedenle *" bugün yargıç da özgürlüğe mahkum edilmiştir. Bu özgürlük onu bir karar otomatı olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü bir sorumluluk düzeyine yerleştirmektedir"*[71]. Yargıcın özgürlüğü, hukuk yaratma etkinliğinin dışavurumu olarak belirirken, temel haklar ve özgürlüklerin toplumsal ve kamusal koşullarının inşası ve korunması sağlanmaktadır.

60 Ağır işkenceli cezalara örnek olarak, halkın huzurunda şehir meydanlarında yapılan yakma, kılıçla kafa kesme, bedenin parça parça edilmesi, kalbin canlı canlı çıkarılması, tekerlek cezası, kızgın kerpetenle etlerin kopartılması, derinin yüzülmesi, derisi yüzülmüş şekilde sürükleme, vd. ; infaz biçimlerinde görülen en önemli özellik işkencelerin ayrıntılı ve tüyler ürpertici olmasıdır. Tosun, a.g.m., Sh.: 192, 193; Artuk, a.g.m., Sh.: 145 ; Farklı uygulamalar için bakınız, Demirel, a.g.m., Sh.: 161, 162.

61 Fransa'da eski krallığın son yıllarında 115 suç ölüm cezasına gerektiriyordu. 19. yüzyılda İngiltere'de suç sayılmış eylemlerden 200 den fazlası için ölüm cezası vardı. Ölüm cezası gerektiren suçlara örnek olarak, basit hırsızlıklar, kundakçılık, büyücülük, oğlancılık, katil, soygun, yaralama, iğfal, ırza geçme, çocuk düşürtme, keçi ve ceylanları kaçak olarak avlamak onlara eziyet etmek, tavşan veya balık çalmak, balık üretilen havuzlara zarar vermek, vd.. Tosun, a.g.m., Sh.: 191 ; 1-2 Mayıs 1886'da Chicago'da, günlük çalışma süresinin sekiz saate indirilmesi için yapılan yürüyüşü düzenleyen sendika yöneticilerinin, çıkarıldıkları mahkeme tarafından ölüm cezasına çarptırılmaları ve idam edilmeleri hakkında, bkz, Ahmet İnsel, *Küresel Karşı-İktidar Arayışı*, Radikal İki, 29/10/2000, Sh.:6.

62 Tarih içinde ölüm cezasına çarptırılan kişilerin sayıları hakkında örnek olarak; *"Almanyada ise, 17 inci asırda, tek bir ceza yargıcının ölüme mahkum ettiği kimselerin sayısı 20.000 i geçiyordu."* Başka örnekler için bakınız, Demirel, a.g.m., Sh.: 162 ; Erem, a.g.e., Sh.: 197.

63 Hubert Rottleutlıner, *Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti*, HFSA, Sayı : 3, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul 1996, Sh.: 59 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 88 vd..

64 Bu konudaki genel yöntemler ve zengin örnekler için bakınız; Rottleuthner, a.g.m., Sh.: 58, 59 ; Yargının ve yargıcın devlete yaklaşımı hakkında *"...devletin hizmetkarı zihniyetiyle hareket eden yargıç da, kendi meşruiyetini peşinen tartışmalı kılar"*; Sancar a.g.e., Sh.: 188 ; Türkiye yargısındaki tarihi ve sosyal nedenler hakkında bakınız; Tanör, a.g.e., Sh.: 253 ; Yargıcın kişisel eğilimlerinin yargıcın bağımsızlığını ve tarafsızlığını sınırlaması hakkında, bakınız, Metin Kıratlı, *Yargının Sorumluluğu*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Kasım 1995, cilt : III, sayı : 3, A. Ü. S. B. F., Sh.: 4.

65 Erem siyasal suç kavramını sosyal bir kan davası olarak nitelemektedir; Erem, a.g.e., Sh.: 204 ; Siyasal suçun değişkenliği konusunda bakınız; Hassan, a.g.m., Sh.:114 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 190 ; Olağanüstü dönemlerdeki uygulamalar için bakınız, Çelenk, a.g.m., Sh.: 6 vd..

66 Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargıcı*, Yeni Türkiye, Eylül–Ekim 1997, Sayı :17, Sh.: 362.

67 Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Ideolojisi : Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Adalet Kavramı, Editör: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, Sh.: 72, 73.

68 Konunun incelenmesi için; Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri – Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri*, Seçkin, Ankara 2001, Sh.:154 vd. ; Kutlu, a.g.m., Sh.:131 vd..

69 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 354.

70 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 354.

71 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 359.

Bu haliyle yargı iktidarı ve yargıç etkinliği karşı güce dönüşmüş olmaktadır. Hukuk devletinin anlamı, kısaca tanımlanan, insan onurunun gerçekleştirilmesi için iktidarlar dengesinin kurulmasıdır. Bu dengenin kurulması yargıca yüklenen hukuk yapma ödeviyle önemli ölçüde sağlanmaktadır. Dolayısıyla, "*yasayı körü körüne, onun kölesi imiş gibi uygulamaya çalışmak; "kanunun lafzı"," kazai ve ilmi içtihatlarda hakim görüş", konformitenin yazılı olmayan olgusal genel ölçütleri gibi modellere eleştirisiz ve edilgen bir tarzda katılım aslında bir anonimliğin ardına sığınarak sorumsuz kalmanın aldatıcı rahatlığına yönelmektir*"[72]. Hukuk devleti tasarımında yargıç hukuk yapmak zorundadır.

Ölüm cezasının uygulanmasında yargıcın kargaşası, yargılamanın içinde gizli bulunan adli hata olgusuyla daha da büyümektedir. Adli hata, yargılama ve karar evrelerinde genelde karşılaşılmayan bir durumdur. Yargılama, birçok ayağı olan, çoğul bir tartışmayı gerekli kılmaktadır. Mahkeme kararının oluşumu, hukuk teknikleri ve ilkeleriyle sürekli sınanıp tartışma halinde tutulabilmektedir. İtiraz ve yasa yolları gibi usuli hak ve tedbirlerle, mahkeme kararları başka merciler önünde yeniden tartışmaya açılabilmektedir. Mahkeme kararları, yargılamanın taraflarınca birden fazla hukuksal denetimden geçirilebilmektedir. Bu nedenle yargılamada ve mahkeme kararlarında adli hata olasılığı düşüktür. Ancak ceza yargılamalarında, suçun belirlenmesi her zaman kolaylıkla sağlanamamaktadır. Ceza mahkemesi, kendiliğinden, dava konusu suçu ve suçluyu araştırmak ve suçluluğu ispat etmek zorundadır. Böylece ceza yargılamasının özünü oluşturan, suçluluğa ilişkin vicdani kanının, kesin bir biçimde oluşturulması gerekir. Tüm hukuksal yollara ve olanaklara rağmen adli hata olasılığını tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir[73]. Adli hatalar sonucunda, ölüm cezasına çarptırılıp idam edilen ya da ölüm cezasına mahkum edilip suçsuzluğu anlaşılan kişiler hakkında birçok örnek olay vardır[74]. Oysa çok iyi bilmekteyiz ki, " *bir masum şahsın mahkumiyeti yüzlerce suçlunun beraatından daha fenadır*"[75]. Yargıcın adli hata olasılığına karşı hiçbir kesin önlemi yoktur. Adli hata olasılığı ve ölüm cezasının geri dönülemezliği karşısında yargıcın tek seçeneği vardır 'ölüm cezasını uygulamamak ya da karşı olmak'. Aksi takdirde yargıcın kargaşası ve sorumluluğu onun üstlenemeyeceği ölçülerde olacaktır. Yargılama etkinliğinin ve yargıcın adaletten sapması, kendi başına sosyal karışıklıklara yol açma tehlikesi taşımaktadır.

Yargılama etkinliğinde bulunan yargıç, hak ve nasafete uygun karar vermekle kamu yararına uygun hareket etmiş olmaktadır. Yargıç hukuku uygulayarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlarken, kamu yararını göz önünde bulundurur; kamu yararı anlayışıyla yargıç, " *yansız ve bütün insan bireylerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak iyiliği dile getirmelidir*"[76]. Ölüm cezasının içeriğinde, yansızlık çabasının ve insan bireylerine dağıtılabilen bir ortak iyiliğin bulunmadığı açıktır. Aksine, suçluya karşı, açık biçimde cephe almak, hınç duymak, toplum için şiddet uygulamak, öldürenin öldürülmesine yol açmak, şiddete karşı şiddet uygulamak gibi yöntemlerle ancak yeni suçlular yaratılabilir. Bu yolla katlanılmaz olanın yaşam kılındığı evreye gelinmektedir; ortaya çıkan ağır bedel, ölüm cezası kararını veren ve uygulayanları kurban konumuna sokmaktır; ölüm cezasıyla kamu görevlisinin kargaşası, sürekli bir kamu görevi anlayışıyla olağanüstü hal almaktadır. En çok da yargıç, ölümle kalım arasında, hukukun ikilemlerinde, yasal ölümün haksız ölümü temizlemediğini görerek, ağır bir bedelle kuşatılmış durumdadır. O vicdanın sesini dinlediğinde kargaşasına son verebilecek, kendini 'ölçü' bulmaya zorlayacaktır. Yargıcın ölçü bulma konusunda elinde yeterince dayanak vardır; çünkü hukuk uygulaması, özünde bir 'ölçü' arayışını yansıtır. Her hukuk kuralı yararlı bir ölçüyü ifade eder. Adalete uygun çözüm, yargıcın, kanun koyucunun öngördüğü veya kuralın savunduğu değerden bazen ayrılması ve somut gerçeğin gösterdiği doğrultuda çözüm aramasını gerekli kılar. Bu uğraşta, sosyal hayatın sürekli değişen yapısı ve ilişkilerinin yargıcı etkilediği şüphesizdir[77].

Yargıcın yargı iktidarını kullanırken, ölüm cezası kararıyla karşı karşıya kaldığı zaman yapması gereken, sadece insan onurunu düşünmesidir. Yargıç, kürsüsünün heybetinden kurtulup o kürsüye yüklenmiş erdemi düşünmek ve önemsemek zorundadır. Kamusal mekanlardan olan mahkeme salonları yaşamların yok edildiği, insanlığın ve insan onurunun her ne sebeple olursa olsun ayaklar altına alındığı yerler değildir. Çünkü, "*İnsana saygısızlık da adaletsizlik olarak değerlendirilmek gerekir... insan, insan olduğu için saygıya layıktır. Ona saygısızlık da bir adaletsizlik biçimidir*"[78]. Yargıcın kargaşasının sonu, onun ne kadar insan onuruna değer verdiğiyle ilgili olmaktadır. Sonuçta, herkesin onurlu bir yaşam sürme, bunu isteme, ifade etme ve ona uygun yaşama, kısacası onurlu bir toplumda var olma, hakkı vardır.

3 – Ölüm Ölümü Temizlemez

Tarihsel anlamıyla ölüm cezasının yaygınlığını, akıtılan kanın ancak yeniden kan akıtmak yoluyla temizleneceğine olan inançta aramak gerekir[79]. Suçlunun işlediği suçtan dolayı ödemesi gereken bir bedel vardır. Bu bedel çoğu zaman hapis, para cezası ya da çeşitli kısıtlılık halleridir. Ancak bazı suçların yaptırımı, suçlunun canının alınmasıdır. Suçlunun canı, onun aldığı canın bedelidir. Bu yolla sosyal barışın yeniden kurulması ve sürdürülmesi amaçlanmaktadır. Burada ölüm cezasından bir fayda beklenmektedir. Yasal ölümün, haksız ölümü, geçmiş ve gelecek için temizlemesi düşünülmektedir. Ölüm cezasıyla suçlunun geçmişte gerçekleştirdiği haksız ölüm kendisine ödettirilmektedir, bu şekilde bir denge yaratılarak sosyal barış yeniden kurulmaktadır. Sosyal barışın yeniden kurulmasında kullanılan ölüm cezası, gelecekte suç işleyeceklere, esasında toplumun tüm bireylerine 'ibret' anlamı taşımaktadır. İbretin en önemli sonucu, kişiler üzerinde yarattığı korkuyla caydırıcılık özelliği göstermesidir. Böylece suçların önleneceği, suça eğilimli kişilerin engellene-

72 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 360.

73 Adli hataların nedenleri ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bakınız, Yücel, a.g.m., Sh.: 1014, 1015 ; *İdam Cezası Fiyaskosu Yasa Hazırlattı*, Radikal, 13/02/2001, Sh.:10; *Verdiği İdama İtiraz Etti*, Milliyet, 18/05/2001, Sh.: 17.

74 Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 6 ; Erem, a.g.e., Sh.: 190 ; Bayraktar, a.g.m., Sh.: 70 ; Mushanga, a.g.m., Sh.: 57; Uluslararası Af Örgütü ve Ölüm Cezası, a.g.e., Sh.: 109, 110 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 168, 169, 4 nolu dipnot. ; *Geç Ama İnatçı Adalet !*, Radikal, 23/3/2001, Sh.: 24.

75 Yücel, a.g.m., Sh.: 1015.

76 Hayrettin Ökçesiz, *Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi*, Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, HFSA, Afa, İstanbul 1998, Sh.: 121.

77 Adnan Güriz, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, Adalet Kavramı, Editör : Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, Sh.: 18.

78 Güriz, a.g.m., Sh.: 20.

79 Artuk, a.g.m., Sh.:145 ; Demirel, a.g.m., Sh.: 162.

80 Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 7, 8 ; Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 vd..

ceği, sonuçta kişilerin ve toplumun korunacağı düşünülmektedir[80].

Ölüm cezasının ilk anda korkutucu etkisini yadsımak olanaksızdır[81].Topluma, ölüm cezasının caydırıcılığını, dolayısıyla yasal şiddeti bir tehdit unsuru olarak sunduğumuzda ve geleceğe yaydığımızda, kanıksanmayla birlikte etkisiz bir caydırıcılıkla karşılaşırız. Çünkü şiddetin amaçları geleceğe kaydırıldıkça nasıl inandırıcılığını yitiriyorsa, suç iradesi taşıyan kişilerin eylemi gelecekteki cezalandırmayı umursamaksızın gerçekleştirilen eylemlere dönüşmektedir. Ölüm cezasının ya da daha ağır işkencelerin varlığı bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira ceza tarihinin bu konuda oldukça zengin olduğunu biliyoruz. Suçların nedenlerini yok etmeksizin girişilen yaptırım teknikleri ceza ağırlaştırılsa da amacına ulaşmamaktadır. Ölüm cezasının varlığı suçlular için etkili tehdit unsuru olmamaktadır[82].

Suçlulukla mücadele veya suçluların cezalandırılmasında, ölüm cezasının yaptırım olarak kullanılmasını sağlamak için zorunluluk ve gereklilik kriterlerine başvurulmaktadır[83]. Ölüm cezasının zorunlu olduğu düşüncesi, fayda anlayışından hareketle suçların önlenmesine yönelmektedir. Ancak artık biliyoruz ki, ölüm cezasının varlığı tek başına ağır suçların işlenmesini önleyememektedir[84]. Bu nedenle ölüm cezasını zorunluluk kavramıyla yorumlamak, hukuksal kesinliği olmayan açıklamalara girmek anlamına gelmektedir[85]. Zaman içinde hayat şartlarının ve insanların değişimi, ölüm cezasının zorunluluğu ve uygulanışını anlam ve biçim bakımından değişime uğratmıştır. Ölüm cezasının yürürlülükte kalması ya da kaldırılması, sosyal barış için yararlı ya da uygulanabilir olması, zamanlama sorununa indirgenmiştir[86]. Ölüm cezasının zamanlılığı, cezanın zorunluluğunu göreceli hale getirmektedir. Bu durumda ölüm cezasından beklenen fayda, zamana göre değişen niteliğe bürünmektedir. Böylece zorunluluk unsurunun, ölüm cezasının belirleyici niteliği olmadığı sonucuna varabiliriz.

Yasal ölüm dağıtarak, ölümün dehşetiyle suçların işlenmesini önlemeye çalışmak kolaycı bir yaklaşımdır. Ölüm cezası mahkumunun gelecekte gerçekleşecek bir etki için öldürülmesi, öldürülen kişiyi 'araç' konumuna sokmaktır[87]. Hukuk tarihinin kanlı sayfaları arasında yer alan halka açık infazların, seyirlik eğlenceler haline gelmesi, terörün kent meydanlarına taşmasından başka bir işe yaramamıştır[88]. Ölüm cezasının suçları önleme yeteneği, insanın bireysel yapısıyla doğrudan bağlantılıdır. İnsan ruhunun heyecanları, ihtiras, intikam, kıskançlık, kin gibi duygulanımlar insan şiddetinin ölçüsüzce gerçekleşebileceğini göstermektedir. Örneğin kan davalarında geleneksel toplumsal yapıdan kaynaklanan kemikleşmiş kin anlayışı vardır. Bu durumda öldürenin ya da yakınlarından birisinin öldürülmesi, sadece hıncın giderilmesini sağlamakla kalmayıp sosyal saygınlığın aracı haline de gelmektedir. Türkiye'de görülen kan davası nedeniyle öldürmelerin, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmasına rağmen, sürdüğü bilinen bir gerçektir[89]. Kan davalarını, ölüm cezası uygulamak yoluyla ortadan kaldırmak mümkün olmamıştır. Kan davaları göz önünde bulundurularak oluşturulan ölüm cezası, devleti kan davasının karşı tarafı konumuna sokmaktadır. Kan davası nedeniyle toplumun töresel öldürmeden beklediği yararla devletin yasal öldürmeden beklediği yarar benzeşmektedir: Ölümün ölümü temizlemesi. Bu durumda kan davalarına karşı alınan ceza önlemlerinin adaletle açıklanacak tarafı kalmamaktadır. Kan davalarının çözümü, sadece ceza normlarıyla değil, sosyal ve ekonomik gelişmelerle, feodal zihniyetlerin kırılması sonucu elde edilecek yurttaşlık bilinciyle sağlanabilir. Aksine ölümün dayatmasıyla gelecekteki ölümleri önlemek mümkün değildir.

Ölüm cezasının uygulanması cezanın uygulandığı kişiyi mağdur durumuna sokmaktadır. Mahkumun mağduriyetinin duyumsanması cezanın verilmesiyle ya da yaptırımın ölüm cezası olması nedeniyle değildir. Asıl duyumsama mahkumun ölüm cezasının yerine getirilmesi sırasında, yani idamın infazı anında gerçekleşmektedir. İdamın etkileri kimi ülkelerde karşı eylemlere dönüşmektedir, mahkuma acıma ve onunla dayanışma duyguları oluşmaktadır. Özellikle ölüm cezasına mahkum olan kişilerin ailelerinin yaşadıkları, ölüm cezasının sadece mahkumu cezalandırmadığını düşünmemize yol açmaktadır[90]. Ölüm cezasıyla yargılananların veya ölüme mahkum edilmiş kişilerin aileleri, yargılamalar boyunca, idam sırasında ve idamdan sonra hayatları boyunca etkisinde kalacakları acılar çekmektedirler[91]. Bu acılar mahkum aileleri arasında dayanışmaya yol açmaktadır. Ölüm ölümü temizlemediği kadar, toplumun ve yaşayanların ruhunda derin yaralara yol açmaktadır.

Ölüm cezasının siyasetin aracı olarak kullanılmasının yol açtığı sorunlar vardır. İdam edilmeyip bugün yaşasalardı, cezalarını çekip aramızda olacak olan birçok kişi, siyasal nedenlerle ölümle cezalandırılmıştır[92]. Bazı dönemlerde siyasetin kargaşası ya da sosyal huzur beklentisi, siyasetin taraflarını, rakiplerini öldürerek sindirmek ya da etkisiz hale getirmek için ortadan kaldırmak amacına yönelmektedir. Siyasal ve sosyal huzursuzluğun çözümü, sukünetin olmadığı huzursuz yöntemlerle giderilmeye çalışılmıştır. Bu dö-

81 Süsterhenn, a.g.m, Sh.: 7 ; Erem, a.g.e., Sh.: 185.

82 Ölüm cezasının uzak tehdidi hakkında bakınız, Erem, a.g.e., Sh.: 187 ; Türkiye'de uyuşturucu kaçakçılığının nedenleri, gelişimi, yöntemleri ve olağanüstü boyutlarıyla ilgili olarak, Neşe Düzel, *Pazartesi Konuşmaları*, Doğu Ergil ile yapılan röportaj, Radikal, 19/6/2000, Sh.: 6 ; Uyuşturucu madde ticareti yapmak T.C.Yasasıyla ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Yasanın 403. Maddesi ve özellikle maddenin 6. Bendi nitelikli uyuşturucuların ticaretini aşırı ağır hapis cezasıyla ve ağır para cezasıyla cezalandırmaktadır; ayrıca bkz, Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Yasa, Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Yasa.

83 Erem, a.g.e., Sh.: 179 vd. ; Hassan, a.g.m., Sh.: 90 vd..

84 Hassan, a.g.m., Sh.: 90.

85 Erem, a.g.m., Sh.: 181 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 90.

86 *"Ölüm cezasının boyundaki seyri göstermektedir ki bu ceza günün birinde bütün dünyadan kalkacaktır. Bu bir tekamül meselesidir. Milletler bu safhaya tedrici olarak varacaklardır. Ölüm cezası kabul edilsin mi, edilmesin mi meselesi, bizce ölüm cezasının kalkması vakti geldi mi, gelmedi mi meselesidir."* Bakınız, Nurullah Kunter, *Ölüm Cezası İlga Edilmeli mi, edilmemeli mi ?*, Cumhuriyet, 22/02/1955, Sh.: 2 ; Ölüm cezasının yavaş yavaş ihtiyaç olmaktan çıktığı yolundaki görüş hakkında bakınız, Tosun, a.g.m., Sh.: 206; *"Türkiyemiz bu esaslar dairesinde ölüm cezasını devam ettirmekte fayda mülahaza eden bir memlekettir."* Bakınız, Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 175.

87 Hassan, a.g.m., Sh.: 97.

88 Erem, a.g.e., Sh.: 188, 189 ; Yücel, a.g.m., Sh.: 1016.

89 Kan davalarının ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmasının gerekliliği hakkında bakınız, Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 vd..

90 Balcıgil, İdamın günlüğü, Sh.: 55 vd..

91 *"Çocuklarının idamla yargılanıyor olması kimi insanlara intiharı düşündürdü. Kimileri intihar etti. Bazıları kendi iradeleri dışında, kalp yetmezliği gibi hastalıklardan öldü. Çıldırdıkları için akıl hastahanesine yatırılanlar oldu,"* bakınız, Balcıgil, İdamın Günlüğü, Sh.: 78 ; Yücel, a.g.m., Sh.: 1016.

92) Örnek olarak; Toktamış Ateş, *Deniz, Hüseyin ve Yusuf*, Arayış, Cumhuriyet, 05/05/2001, Sh.: 3; Çelenk, a.g.m., Sh.: 8 ; Mushanga, a.g.e., Sh.:68 ; Ayrıca; Demokrat Parti'nin üç politikacısının ölümle cezalandırılması; A. B. Devletlerinde Mc Carthy döneminde casusluk suçlamasıyla yargılanan ve 1953 yılında ölüm cezasıyla cezalandırılan Rosenbergler olayı.

nemlerde kurulan mahkemeler ve yapılan yargılamalar her zaman şüpheli kalmıştır. Yapılan yargılamalar ve verilen kararlarla adalet, siyasetin gölgesinde bırakılmıştır[93]. Oysa yaşamın kaçınılmaz değişimi geçmişin yaşamsal görülen önemlerini, bugün için basit birer gerçekliğe dönüştürmüştür. Siyasal nedenlerle idam edilen kişiler, kendi hallerinde yurttaşlar olacakken siyasal idoller haline getirilmişlerdir. Ölüm cezasının ve ölümün geri dönülemezliği, sosyal sorunları çözmek yerine yeni sorunlara yol açmıştır. Dolayısıyla ne geçmiş ne de gelecek ölüm cezasının ilgi alanı olmuştur.

E – SONUÇ

Yirminci yüzyıl şiddetin yoğun olarak yaşandığı yılları kapsamına alsa da, insanlık; düştüğü insanlık dışı etkenleri ortadan kaldırmak için yeni haklar, araçsal mekanizmalar, uluslararası kurumlar ve yaptırımlar oluşturarak yeni bir yaşama bilinci oluşturmaktadır. Bu yönelimin tüm insanlık kapsamında başarılı olduğundan söz etme olanağı yoksa da, kısmi bir başarıdan, dünyaya yayılan insan hakları bilincinden ve hukuk sistemlerinin bu bilinçten doğrudan etkilendiğinden söz edilebilir. Anlaşıldığı üzere evrensel ölçülere sahip hukuksal değerler sistemi dünya üzerinde yaygınlaşmaya başlamıştır. İletişim ve ulaşım teknikleriyle küçülen dünyada, evrensel değerlerin ve bu değerlerin gelişimiyle, tüm insanlar tarafından paylaşılan insan onuru bilincinden söz edebiliriz.

Bu aşamada gelişen bir hukuk bilincinden söz edilirken, halen ulusal hukukların içeriğinde varlıklarını sürdüren evrensel hukuk kurallarıyla bağdaşmayan kurallara rastlanmaktadır. Burada yasaların uygulanmasının yanında eylemsel bir kötülüğün varlığı daha kaygı verici olmaktadır. Hukukun, uluslara göre uygulamalarında, her bilinen kuralın her yerde aynı konuyu ifade etmediği, kuralın içini dolduran içeriğin ve zihniyetlerin farklı anlayış ve uygulamaları beraberinde getirdiği görülen bir sonuçtur[94]. Bu nedenle insan onurunun korunmasını sağlayacak, tüm insanların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak belirgin evrensel kabullerin bulunup geçerlilik lerinin sağlanması gerekir. Ölüm cezası da bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Kişisel hıncın dili keskindir. Bireysel çekişmelerin yarattığı şiddetin genelde alışıldık ölçüsü olmasına karşın, kişisel yapılara göre değişen oranlarda, şiddetin ayarını her zaman denetim altında tutmak mümkün değildir. Kendimize ya da yakınlarımıza, hatta vicdanen rahatsızlık duyduğumuz tüm saldırılara karşı koyma gereği duyarız. Beden bütünlüğümüzü, canımızı, malımızı, onurumuzu, haklarımızı, çevremizde önemli gördüğümüz her kişi ya da değeri, haksız saldırılara karşı, koruma ve savunma isteğimiz vardır. Ancak kimse yasal ölüm tehdidiyle bu amaçlara ulaşamaz. Ölüm tehdidi, şiddetin görünen yüzü olarak, başlı başına bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şiddetin aşırı boyutlarda uygulanmasıyla ılımlı bir sosyal ortam yaratılamaz. Çünkü bu iki olgu, birlikte, bir sosyal düzende var olamazlar.

Ölüm cezası bir hukuk sorunu olmaktan çok, bir insanlık sorunudur. İnsanoğlunun darağaçlarını tehdit unsuru olarak kullanması artık uygarlık sorunu haline gelmiştir. Ölüm cezasından beklenen

93 Çelenk, a.g.m., Sh.: 6 vd. ; Mushanga, a.g.e., Sh.: 69,70 ; geniş bilgi için, Osman Doğru, *27 Mayıs Rejimi (Bir Darbenin Hukuki Anatomisi)*, İmge, Ankara 1998, Sh.:132 vd..

94 Bkz. Kurt Scharf, *Toplumsal Bir Emniyet Supabı Olarak Düşünce Özgürlüğü – İran, Brezilya ve Berlin Deneyimlerim*, (Çev.: Nihat Ülner), Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan: Hayrettin Ölçesiz, HFSA, Afa, İstanbul 1998, Sh.: 156 vd..

sosyal barış, dehşet vermenin korkutacağı ve caydıracağı üzerinde şekillenmektedir. Devletin kendisi, meşru hukuk kanalları yaratarak, ölüm cezasını, suçların azaltılması ya da yok edilmesinin aracı haline getirmemelidir. Ölüm cezasından sosyal barışı kurmasını beklemek yararsız bir bekleyiştir. Ölüm cezasının bir önyargıdan ibaret olduğu, sosyal barışın sağlanması için zorunlu ve gerekli olmadığı, ölüm cezasının sonuçlarından anlaşılmaktadır. Devlet, korku yaymaktan çok, insancıl yöntemler bularak suçla ve suçlulukla mücadele tarzı geliştirmek zorundadır. Özellikle demokratik hukuk devletinin insan onurunu, tüm yurttaşları için ayrım yapmaksızın geçerli kılması gereklidir.

Suç ve ceza politikalarıyla, toplumsal süreçlerde ve ilişkilerdeki suça yönelik etkenleri belirleyip nedenlerinin üzerine kararlı ve yetkin biçimde gidildiği ölçüde, suçlarla mücadele edilebilir. Sadece cezaların biçiminde ve yaptırımlarında yapılan değişiklikler yalnızca suçların işlenme şekli üzerinde değişikliklere yol açmaktadır. Ölüm cezası koyarak topluma verilen gözdağı, gerçekleşeceği sanılan önlemenin kolaycılığına sapmaktan başka bir şey değildir. Suç biliminin verileri, ceza hukuku kaynakları, emniyet tedbirleri, eğitim, ekonomi ve siyasetin olumlu yapıcılığının bir araya getirilmesiyle ulaşılacak yöntemler, daha uygar bir toplumsal düzenin varlığının koşullarını sağlayabilir. Ölüm cezası düşüncesinin özünde bulunan bir çok önyargının, bize ilk anda dehşet hissi vermesine rağmen, bundan etkilenenlerin, başkalarına, kendi hayatına ve yaşamına değer veren namuslu kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Çıkarları ve ruhu suça yönelmiş bir insanı, suç işlemekten alıkoyacak olan, cezanın caydırıcılığından çok, vicdanının sesidir. Bu sese kulak vermeyen kişi, fırsatını bulduğu anda düşündüğü suç konusu eylemi gerçekleştirecektir.

Devlet, insanlık dışı ve aşağılayıcı uygulama ve eylemleri engellemekle görevlidir. Ölüm cezasının varlığı devleti kendi içinde çelişkiye düşürmektedir. Ölüm cezası mahkumu, infaz gerçekleşene kadar insanca uygulamalara bağlı tutulurken idamın gerçekleşmesiyle insanlık dışı bir cezaya çarptırılmış olmaktadır. Suçun toplumsallığı karşısında, suçluyu, canıyla ödeyeceği sona sürüklemek, suçun arka planında yer alan etkenleri yok saymak anlamına gelmektedir. Ölüm cezasıyla suçlu dışında her şey inkar edilmektedir. Oysa insanların ağır suç işleseler bile topluma yeniden kazandırılma olasılıkları vardır.

Ölüm cezasının yol açtığı sorunlar, onu uygulamak zorunda kalanları olumsuz etkilemektedir. Ceza hukukunda yaptırımın uç sınırı, ömür boyu hapis cezası olmak zorundadır. Bu yaptırım birçok olguyu olumlu hale getirmektedir. Her şeyden önce tüm toplum üyelerini, büyük bir sorumluluktan, 'can almanın' sorumluluğundan kurtarmaktadır. Düzenli ve yerinde uygulanacak infaz teknikleri ve uygulamalarıyla, herkesin cezasını çekeceği ölçülü hükümlülük süreçleri yaratılmalıdır. Ceza adaletinin gerçekleştirilmesinde ve yerleştirilmesinde kararlı tavır takınmak en önemli başlangıç olacaktır.

Feminist Hukuk Teorisine Kısa Bir Giriş

Fatma İrem Çağlar

Giriş:

Hukuki olaylar üzerinde çalışan insan zekası, kendi gelişme derecesine göre çeşitli zamanlarda, çeşitli açıklama biçimlerine ulaşmış ve bu nedenle çeşitli açıklama biçimleri arasında çok büyük farklar meydana gelmiştir. Bu farklar hukuk felsefesi okullarını meydana getirmiştir. Bu okullardan her biri, yaşadığı zaman ve toplum gelişim derecesiyle yakından ilgili olduğu için bunlardan herhangi birinin, diğerinden daha yanlış ya da doğru olduğunu söylemek yersiz olur. Sonuç olarak hepsi çok çetin, çok zor bir konunun ancak belirli bir yönünü aydınlatmak görevini üstlendiği için hukuki gerçeğin araştırılmasında hepsinin yararı olmuştur. Sonradan gelen okullar önceki okulların noksanlarını gidermeye çalışmışlardır, böylece her okul, hukuki düşünce alanında kendine düşen bir gerçek parçasını ileriye taşımış ve rolünü bitirmiştir. Son zamanlarda hukuk felsefesi alanında "Feminist Hukuk Teorisi" adlı yeni bir okul varlığını ortaya koymaktadır. Bu okul diğer hukuk felsefesi akımlarından farklı olarak -yaklaşık olarak yirmi yıldır- kadın sorununu merkeze alan bir teori geliştirmektedir. "Feminist Hukuk Teorisi" kavramı altında teorik çalışmalar belirgin olarak Kuzey Amerika, Avustralya ve İngiltere'de ortaya çıkmaktadır. Feminist hukuk teorisi ile ilgili yazın; kadınların hukuksal sorunları üzerine odaklı hukuk dergilerinden, feminist hukuk teorisi üzerine paneller ve konferanslardan oluşmaktadır. 1980'lerden itibaren feminist hukuk teorisi adı altında ortaya çıkan bu akademik hukuk yazıları kendi içerisinde içerikleri itibariyle çok çeşitlilik arz etmektedir. Feminist teori içinde tek bir feminizmden bahsetmek nasıl imkansız ise feminist hukuk teorisi içerisinde de tek bir feminist hukuk teorisinde bahsetmek o derece de zordur. Bu iddiaya karşılık olarak akla birtakım sorular gelmektedir. Feminist hukuk teorisi nedir? Söz konusu teoriyi dikkate değer kılan nedir? Feminist hukuk teorisi içerisindeki farklılıkları bir araya getiren ve bu bir araya gelen görüşleri diğer teorilerden ayıran nedir? (Bu görüşlerin tümünü feminist kılan nedir?) İkinci olarak, söz konusu yazılar hukuk hakkında neler söylemektedirler? (Bu yazıları hukuk teorisi kılan nedir?) Üçüncü bir soru, söz konusu hukuksal analiz şeklini önemli kılan nedir? Ayrı bir feminist hukuk teorisine hukuk neden ihtiyaç duymaktadır? Söz konusu sorular feminist hukuk teorisine karşı olan görüşlerden doğmuştur. Bu karşı görüşler; feminist hukuk teorisi 1) ayrı bir feminizm değildir, 2) hukuk teorisi değildir, 3)felsefi incelemeye değer değildir, şeklinde toparlanabilir. Yapılan bu belirlemeler feminist hukuk teorisini bir felsefi disiplin olarak varlığını ya da meşruluğunu zedelemektedir. Ben çalışmamda feminist hukuk teorisi gibi bir teorinin var olup olmadığını tartışmaktan ziyade böyle bir teorinin var olduğunu kabul ederek içerisinde yer alan farklılıkları kısaca incelemeyi amaçlamaktayım.

Kavram:

"Feminist Hukuk Teorisi'nin" kökenleri çok çeşitli şekillerde açıklanabilir. Bunlardan biri ve en çok taraftar bulanı; feminist hukuk teorisinin "Eleştirel Hukuk Çalışmaları"nın bir yan dalı olduğu noktasındadır. Birçok feminist hukuk teorisyeni eleştirel hukuk teorisi akımının 1970'lerdeki temel prensiplerini onaylamışlardır. Özellikle eleştirel hukuk teorisinin hukukun mantık kurallarına bağlılığına yönelik eleştirilerinin taraftarı olmuşlardır. Hukuk doktrininin belirsizliği ve istenildiği gibi yönlendirilebilme kabiliyeti hem eleştirel hukuk teorisinin hem de feminist hukuk teorisinin eleştirdiği konulardandır. Belirli sosyal ilişkilerin meşrulaştırılmasında hukukun rolü, hukuk ve yasal kurumlar tarafından yaratılmış gayri meşru hiyerarşiler eleştirel hukuk teorisinin başlıklarındandır. Aynı şekilde feminist hukuk teorisyenleri de bu konularda hukuka yönelik eleştiriler geliştirmişlerdir. Feminist hukuk teorisyenleri ve eleştirel hukuk çalışmaları yapan teorisyenlerin tüm bu ortaklıklarına rağmen kadınlar eleştirel hukuk çalışmaları konferanslarında da gettolaştırılmışlardır. Fakat 1983 yılında bir eleştirel hukuk çalışmaları konferansı spesifik olarak feminizme ayrılmıştır. Böylece bir "FemCrits" grubu ortaya çıkmıştır. Aile ve piyasa üzerinde Frances Olsen'in görüşleri, Catharine MacKinnon'un cinsellik, feminizm ve Marksizm yorumları, modern düşüncenin kamusal ve özel alanlar arasında yaptığı ayrımlara ilişkin eleştirel çalışmalar, özellikle ataerkil düzen ve kadınlar üzerindeki baskılarla ilgili olarak hukukun analiz edilmesi hukuksal alanda feminist eleştirilerin ortaya çıktığını göstermektedir.

Feminist hukuk teorisi ister istemez genel olarak kadın hareketinden doğan bir gelişmedir. Feminist hukuk teorisi tanımlanacaksa feminist teoriden başlanması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla feminist teori olmadan bir feminist hukuk teorisi inşa edilemez. Feminist teori bugün çeşitli anlayışlar daha doğrusu çeşitli feminizmler çerçevesinde açıklanmaktadır. Modern feminizmin kökleri Fransız ve Amerikan devrimleriyle birlikte ortaya çıkar. Mary Wollstonecraft devrimin getirdiği eşitlik, özgürlük ve kardeşliğin kadınları kapsamadığını fark edince 3 Ocak 1792 tarihinde feminist teorinin başat eseri olan "A Vindication of the Rights of Woman" (Kadın Haklarının Savunusu) ortaya çıkarmıştır. Daha sonra farklı çıkış noktaları ile kadınlar kadın olmakla ilgili sorunlarını kaleme almaya devam ettiler. 1960ların son dönemi ile 1970'lerin başında Simone de Beauvoir, Betty Friedan, Kate Millet, Shulamith Firestone ve diğer feministlerin ortaya koydukları eserlerle teori önemli bir boyuta ulaşmıştır. Kadınlarla ilişkili problemler tartışılırken sıra çözüm önerileri safhasına geldiğinde konu ister istemez hukuksal bir boyut kazanmaktadır. Dolayısıyla kavramsal olarak kullanılmasa da "Feminist Hukuk Teorisi"nin geçmişini feminist teori ile paralel kılmak mümkündür.

Feminist hukuk teorisi ile ilgili öncü çalışmalar yapan teorisyenlerin geçmişine baktığımızda çoğunun 1960'ların sonlarında hukuk fakültesinde okuyan ve feminist teoriden etkilenen kadınlar olduğunu görmekteyiz. Bu kadınlar kadınları merkez alan birçok konunun (tecavüz, aile içi şiddet, annelik, eşit olmayan ücretlendirme, cinsiyet ayrımcılığı, cinsel taciz vb.) hukuk eğitiminde müfredat dışında bırakılmasını sorgulamışlardır. Bunlardan bazıları avukatlık stajlarını yaparlarken kadınlarla ilgili hukuki ihtilafların sorumluluklarını üzerlerine almışlar ve bu konuda yapmış oldukları çalışmalar ken-

dilerinin ve diğerlerinin görüşlerinin gelişmesinde faydalı olmuştur.

Feminist hukuk teorisi ile ilgili çalışmalar yapan teorisyenlerin öncülerinin 1960'lı yıllarda ortaya çıkmasının önemli olduğunu düşünmekteyim. Zira 1960'lı yıllar, Batı dünyasında genel olarak radikal ve tepkisel hareketlerin ortaya çıktığı bir dönemdir. Bu yıllar, bir döneme damgasını vuran 68 öğrenci olaylarının, çevreci hareketlerin, savaş karşıtı hareketlerin yaşandığı yıllardır. Kadın konusunda da radikal çıkışların ortaya çıktığı bir dönemdir. 60'lı yıllar öğrenci hareketinde yer alan hukuk öğrencisi feminist kadınlar feminist hukuk teorisinin yapılanmasında etkili olmuşlardır.

Bugün dünyada bazı Hukuk Fakültelerinde "feminist hukuk teorisi" özel bir ders olarak verilmektedir. "Feminist hukuk teorisi" adlı ders daha önce "kadın ve hukuk" ya da "cinsiyet ayrımcılığı" başlıkları altında verilmekteydi. Bu ders başlıkları yok olmamıştır ama yenileri ortaya çıkmıştır. Benzer şekilde Türkiye'de de çeşitli üniversitelerin Kadın Çalışmaları Ana bilim Dallarında Yüksek Lisans programlarında "Feminist hukuk teorisi" konusu, "Kadın ve Hukuk" başlığı taşıyan derslerde tartışılmaktadır.

Feminist hukuk teorisi teriminin ilk defa ne zaman kullanıldığının belirlenmesi aslında önemli değildir. Ancak bazı ipuçlarına göre Ann Scales bu terimi 1978 yılında Harvard'da bir konferansta kullanmıştır. "Feminist Hukuk Teorisi'ne Doğru" adlı makalesi 1981 yılında basılmıştır. Catherine MacKinnon'un etkileyici makalesi "Feminizm, Marksizm, Methot ve Devlet: Feminist Hukuk Teorisine Doğru" 1983 yılında ortaya çıkmıştır. MacKinnon'a göre, feminist hukuk teorisi birçok odası olan bir evdir. Feminist düşünce içindeki farklı hareket noktalarını yansıtmaktadır. Diğer bir tanımında MacKinnon feminist hukuk teorisini kadın bakış açısıyla hukukun analiz edilmesidir diye belirtir. Bu tanım çeşitli karşı duruşları da beraberinde getirmiştir. Kadın bakış açısı var mıdır? Bu tür bir bakış açısı varsa tek bir kadın bakış açısından bahsedilebilir mi? Tüm bu karşı duruşlara rağmen C. MacKinnon'un yapmış olduğu bu tanım feminizmin temel perspektifini kapsadığı için bizlere iyi bir başlangıç sağlar. Feminist teori tarihte ve günümüzde her konuda kamusal söylemin erkeklerce belirlendiğini ortaya koyar. Kadının doğası, aynı zamanda ilgileri erkeklerce formüle edilmiştir. Tarihsel olarak kadınların kendilerini tanımlamalarına izin verilmemiştir. Kadınların hakkındaki tüm belirlemeler erkeklerce yapılmıştır ve belirlemeler adil olmaktan çok uzaktır. Kadınlar sessizleştirilmiş, avantajsız duruma sokulmuş, ikincil kılınmış, görmezden gelinmiştir. MacKinnon tanımında bu noktaların altını çizmektedir.

MacKinnon'un açıklamasını bir tanım olarak ele aldığımızda bu açıklamanın kadınların tek bir bakış açısı olduğunu ortaya koymaktadır ki bu yanlıştır. Tüm kadınlar arasında da feministler arasında da tek bir bakış açısı yoktur. Ancak tüm feministler tek bir ön kabulle hareketlerine başlarlar o da dünyanın ataerkil olduğu ve ataerkil dünyanın kadınlar için iyi olmadığı noktasıdır. Bu düşünce feministleri bir düşünce okulu olarak diğerlerinden ayırmaktadır. Zira hiç bir teori ataerkil kurumlara ve yaklaşımlara yönelik eleştirileri odak olarak belirlememiştir. Bundan dolayı feminist hukuk teorisine yönelik en uygun tanım, feminist hukuk teorisinin hukukun ataerkil bir kurum olarak eleştirilmesi ve analizidir denilebilir. Feminist hukuk teorisyenlerini birleştiren nokta toplumun ve bunun uzantısı olan hukuksal düzenin ataerkil olduğudur.

Feminist Hukuk Teorisi hukukun ataerkil düzenin kurulmasındaki sürdürülmesindeki ve kuvvetlendirilmesindeki katkılarının analizini araştırır. Feminist hukuk teorisi patriarkal düzenin zayıflatılması ve nihayet sona erdirilmesinin yollarını bulmaya çalışır. Her ne kadar büyük ve gelişen bir teori olmasına rağmen Carol Smart buna "bilimsel feminizm" der. Belki de bu durum feminist hukuk teorisini diğer geleneksel hukuk teorilerilerinden net bir şekilde ayırmaktadır.

Heather Wishik bir makalesinde genel olarak feminist hukuk teorisyenlerinin sorduğu yedi soruyu belirlemiştir. Bunlar:

1- Hukuksal alanda veya hukuk doktrininde kadın yaşam deneyimlerine ne kadar yer verildi ve veriliyor?

2- Kadın, erkek ya da görünüşte nötr olan toplumsal cinsiyetlerin tecrübeleri üzerine hukuksal alanda ne gibi tanımlamalar, açıklamalar, tahminler yapılmaktadır?

3- Hukukun farz ettiği ya da empoze ettiği yapılar ile kadınların yaşam deneyimleri arasındaki farkların yarattığı zıtlıklar, çarpıklıklar, uyumsuzluklar alanı nedir?

4- Uyumsuzluklar ile patriarka arasındaki ilişki nedir?

5- Kadınların yaşam deneyimleri ile ilişkili hukuk alanına ne gibi reformlar önerilmiştir? Eğer bu reformlar gerçekleştirilirse kadınlar pratik ve ideolojik olarak nasıl etkileneceklerdir?

6- İdeal bir dünyada kadınların hayatları nasıl olurdu? Bu ilişki içinde hukukun nasıl olması beklenir?

Şu anki durumumuzdan söz konusu ideal duruma nasıl geçebiliriz?

Feminist hukuk teorisyenleri eşitlik kavramı ile ilişkili hukuki düzenlemeler; eğitimde eşit haklara sahip olma, iş alımlarında, terfi ve ücret; yeniden üretim özgürlüğü ve diğer özgürlükler, ırza geçme suçlarından koruma, cinsel taciz, ve aile içi şiddet, üreme ve cinsel haklarla ile ilgili servislerin hukuksal düzenlemeleri, kiralık annelik sözleşmeleri, fuhuş, pornografi ve hukukta yer alan patriarkal eğilimler üzerinde yoğunlaşmışlardır. Ancak hukukun her türlü alanı feminist analize açıktır. Feminist hukuk teorisinin ürünleri olan yayınlar hukukun alanı kadar geniştir. Feminist teori içindeki farklılıklar göz önünde bulundurarak feminist hukuk teorisi içindeki farklılıklar değerlendirilebilir.

Feminist Teoriler

Modern dönemde kadın sorununun kaynakları ve çözümüne ilişkin ağırlıklı olarak Batı dünyasında birçok yaklaşım geliştirilmiştir. Bunlar arasında liberal feministler, kültürel feministler, radikal feministler, Marksist feministler, sosyalist feministler, psiko analitik feministler, yapısalcı feministler, bağımsız feministler, lezbiyen feministler, siyah feministler, üçüncü dünya feministleri gibi birçok değişik yaklaşım bulunmaktadır. Ben bu yazıda feminist düşünce içindeki liberal, radikal, kültürel ve postmodern feminist yaklaşımları ele alacağım. Kanımca bu dört farklı feminist düşünce feminist hukuk teorisini en çok etkileyen akımlardır. Zira her biri cinsiyetler arasındaki ilişkiyi irdelerken farklı açılardan eşitlik kavramını ele almışlardır.

Liberal Feminizm:

Feminist teori ile ilgili araştırmalara baktığımızda çoğunlukla söze liberal feminizmle başladıklarını görürüz. Hem tarihsel olarak diğer yaklaşımlardan önce gelmesi, hem de feminizmle ilgili tüm diğer yaklaşımların öncelikle liberal feminist tezlerle bir hesaplaşma ihtiyacı hissetmeleri, tüm tartışmalarda liberal feminizme öncelikli bir konum kazandırmaktadır. Bu yüzden liberal feminizm bazı yazarlar tarafından ana akım feminizm

(mainstream feminism) olarak isimlendirilmektedir.

Liberal feminizm, liberal felsefenin ideallerinin sadece erkekler için değil kadınlar için de geçerli olduğunu savunmaktadır. Liberal politik teorinin temel kavramları olan fırsatlarda ve haklarda eşitlik, rasyonellik liberal feminizmin ana konuları arasındadır. Eşit olanaklar tanındığında kadınların da erkekler kadar rasyonel olduğu ve bu yüzden erkeklerin sahip olduğu hakların aynılarına sahip olmaları gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşleri ilk dile getiren liberal feminist teorisyenler Mary Wollstonecraft, Elizabeth Cady Stanton ve Harriet Taylor'dır. Bugün liberal feminizm Betty Friedan ve NOW(National Organization of Women)un diğer temsilcileri ile bir arada anılır.

Mary Wollstonecraft feminist teorinin en önemli isimlerindendir. "A Vindication of the Rights of Woman" (Kadın Haklarının Savunusu) adlı eserini Wollstonecraft, dönemin Fransız bakanı Talleyranda ithaf ederek kadınları yeni Anayasanın dışında tutarsa, Fransa'nın tiranlık olarak kalacağını belirtmektedir. Fakat doğal haklar doktrinini geliştiren ve icra eden erkek teorisyenler, ne yazık ki feministlerin bu umudunu göz ardı etmişlerdir. Kitabın büyük bir bölümü Jean Jacques Rousseau-'nun "Emile ya da Eğitim" Üzerine adlı kitabının eleştirel incelemesine ayrılmıştır. Wollstonecraft, kitabında, Sophie'de somutlaşan kadınlık idealinin karşıtını savunur; her iki cins için de eşit eğitim şansı ister. Kadının sorunun çözümünde eğitimde fırsat eşitliğine vurgu yapan diğer önemli teorisyenler J. S. Mill ve Harriet Taylor-Mill'dir. 27 yıllık düşünsel ve kişisel ilişkileri (1851 yılında evlendiler) sırasında üç feminist eser üzerinde ortak çalışmalar yapmışlardır. Kimin hangi kitabı yazdığını ayırmak zordur. Ancak kimi görüşlere, 1832 yılındaki evlilik ve boşanma üzerine yazdığı ilk metni, 1851'deki "The Enfranchisement of Women" (Kadına Seçim Hakkının Verilmesi) adlı metni Harriet Taylor'ın, 1832'deki diğer metinleri ve "The Subjection of Women"ı (Kadınların Bağımlılığı, 1869) ise John Stuart Mill'in yazdığı doğrultusundadır. Harriet Taylor, 1832 yılında yazdığı eserde bugün için bile radikal sayılabilecek bir talepler öne sürmektedir. Ona göre evlilik ile ilgili tüm hukuksal düzenlemeler kaldırılmalıydı. 1851 yılında yazdığı metinde Taylor, hukuk ilkelerine göre herkes kendi kurallarına göre yargılanmalıydı. Ancak kadınlar her zaman erkek hakimler ve erkek adaleti tarafından yargılanıyordu. Yasa, yabancılara, jürinin yarısının yabancılardan seçilmesini isteme hakkı vermişti; ama kadınlara bu hakkı vermemişti. J. S. Mill de radikal feminist bir analizle kadınların bağımlılık konumlarını sürdürmelerinin nedenini geleneksel rolün devamından öte erkeklerin onları orada tutma isteği olduğunu belirtmektedir. Mill'e göre kadınları kamusalın dışında tutmanın temeli, "erkek cinsinin çoğunluğunun, henüz eşitleri olan bir kadın ile birlikte yaşama düşüncesine tahammül edememesinden dolayı, kadınların ev hayatındaki ikincil konumlarını sürdürmeleri" isteğidir. Mill'in kadının ve özel alanın aileyi devam ettirici rolünü ciddi biçimde sorgulamaması nedeniyle feministlerce eleştirilmiştir.

Çağdaş liberal feminist teoriyi incelediğimizde en önemli ismin Betty Friedan olduğunu görmekteyiz. Kısa adı "NOW" (National Organisation for Women) olarak bilinen Amerikan Ulusal Kadın Örgütü'nün kurucularından olan yazar, o dönemde önemli kadın hareketlerinde lider olmuştur. 1976 yılında yazdığı "It changed my life: Writings on the Womens Movement with a New...." adlı kitabında yazarın bir otobiyografisi bulunmaktadır. Bu otobiyografide Friedan "Kadınlığın Gizemi" adlı kitabından bahsederken: "Kitabı ilk yazmaya başladığımda hayatımın tüm parçaları bir araya geldi" diye belirtmektedir. Bu sebeple yazarı ve feminizmini tanımak açısından eser büyük önem taşımaktadır. Friedan "Kadınlığın Gizemi" adlı kitabında birçok yerleşmiş Amerikan anlayışına karşı çıkmıştır. Özellikle kadınların sadece annelik ve evli kadın görevleri ile tanımlanmalarına karşı durmaktadır. Friedanın "kadınlığın gizemi" deyimi ile evli ve anne olarak kadınların idealize edilmiş toplumsal rollerine göndermede bulunmaktadır. Friedan "Kadınlığın Gizemi"nde ayrıcalıklı kadınları ele almıştır. Bu tarz kadınların hayatında kariyer ile evlilik ve anneliği bir araya getirmenin zorluğunu yazar göz önünde bulundurmamıştır. Söz konusu birlikteliğin yani kariyer ve ev kadınlığı birlikteliğinin gerçekleşebilmesi için aile içinde ve dışında temel yapısal değişikliklerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Friedan daha önce Wollstonecraft, Mill ve Taylor da olduğu gibi erkekleri özel alana davet etmeden kadınları kamusal alana göndermiştir.

Kısaca özetlemeye çalıştığım liberal feminist teorisyenlerin görüşleri doğrultusunda, kadınlar eşit eğitim imkanını elde edip kamusal alana çıktıkları takdirde özgürleşebileceklerdir. Bunun için erkeklerin sahip oldukları hakların aynısına sahip olmayı amaçlarlar. Onlar eşitliğin asimilasyon teorisini benimsemişlerdir. Eşitliğin asimilasyon modeli simetrik eşitlik yaklaşımının bir türüdür. Asimilasyon teorisine göre kadınlar erkekler gibi davrandıkları takdirde eşit uygulamadan faydalanabileceklerdir. Başka bir değişle, bu eşitlik anlayışına göre temel olan farklılık değil kadın ve erkek arasındaki benzerliklerdir. Aynılığı içeren bir eşitlik anlayışını savunurlar. Hukuksal alanda söz konusu eşitlik anlayışının getirilmesi için feminist hukukçular yoğun çalışmalar yapmışlardır. Var olan hukuksal sistem içinde kadınların hukuksal olarak erkeklerle aynı konuma getirmeyi amaçlayan feminist hukuk teorisyenleri, akımın liberal kanadını oluşturur. Bu akım içinde önemli olan isimler ise Ruth Bander Ginsburg, Herma Hill Kay, Wendy Williams ve Nadine Taub'dur. Akademik hukuk hayatında yer alan bu teorisyenler radikal feministler tarafından sadece kamusal alanda eşit ücret alma konusuna yoğunlaşmaları nedeniyle eleştirilmişler ve geniş görüşlü olmamakla suçlanmışlardır.

"Wendy Williams'ın bilinen makalesi The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism" kadınları korumak amaçlı kanunların ve kuralların içinde gömülü olan erillik ve dişilliği ortaya koymuştur. Erkekler tarafından yazılan tecavüz ve hamilelik ile ilgili hukuksal düzenlemelerin örneklerine odaklanmıştır. Ona göre feministlerin iki seçeneği vardır. İlki cinsiyetler arasındaki benzerlikleri temel alan eşitlik ikincisi cinsiyetler arasındaki faklılıklara göre özel muameleyi içeren bir eşitlik anlayışıdır. Williams ilkini seçer. Zira farklılık her zaman kadınların farklılığı olarak ele alınmaktadır. Bu da kadınlara erkeklerden daha iyi gibi ancak daha kötü uygulamalar konusunda temel sağlamaktadır. Aynı zamanda Williams biyolojik farklılıkların sınırlanmamasının ayrı alanlar ideolojisine yeniden dönülmesine neden olacağını belirtmektedir.

Ruth Bander Ginsburg Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970 yılında Rutgers Hukuk Fakültesinde "cinsiyet ayrımcılığı" başlığı altında feminist hukuk teorisi anlatan ilk kişidir. Feminist hukuk teorisyenleri genellikle pratik hukuk hayatın-

dan akademik hayata geçen kişilerdir. Ancak Bunun tam tersi durumlarda söz konusu olmuştur. Ruth Bander Ginsburg bunun bir örneğidir. Ginsburg akademik hukuk çalışmalarında kadınlara ve onların sorunlarına yer veren bir teorisyenken daha sonra hakimlik mesleğine başlamıştır. 10 Ağustos 1993 tarihinde dönemin A.B.D. Başkanı B. Clinton tarafından Yüksek Mahkeme yardımcı hakimliğine getirilmiştir. Ruth Bander Ginsburg'un A.B.D. de yürürlükte olan hamilelik ile ilgili hukuksal düzenlemelerin kadınları erkeklere göre daha sınırlı bir pozisyona sokması nedeniyle eleştirmektedir.

Herma Hill Kay "Equality and Difference: The Case of Pregnancy" adlı makalesinde hamilelik konumundaki kadınların eşitlik kavramı içinde nasıl değerlendirildiklerini ortaya koyduktan sonra kendi eşitlik modelini tanımlamıştır. Kay'in sunduğu bu alternatif eşitlik anlayışına episodik analiz adı verilmektedir. Kay'a göre kadın ve erkek arasında var olan üreme kaynaklı biyolojik cinsiyet farklılıkları hukuken sadece üreme fonksiyonu gerçekleştiği zaman dikkate alınmalıdır. Bir kadın hamile kalma, çocuk doğurma ya da emzirme kapasitesi nedeniyle bir erkekten ayrılabilir. Aynı zamanda bir kadın bu belirli üreme fonksiyonlarını gerçekleştirmeyebilir. O zaman daha az mı kadın olacaktır? Erkekler için de aynı durum söz konusudur. Bir kadın hamile kalmadığı sürece bir erkekle, üreme kaynaklı biyolojik farklılığı yoktur. Ancak bir kadın üreme fonksiyonunu gerçekleştirdiği zaman üreme fonksiyonunu gerçekleştirmiş olan bir erkekten farklı bir konuma girmektedir. Kay bu konuya açıklık getirmek için makalesinde bir kadın ve bir erkek işçiyi örnek verir. Bir erkek işçinin üreme fonksiyonunu gerçekleştirmesinin iş hayatında herhangi bir değişikliğe neden olmayacağını fakat bir kadın işçinin hamile kalmasının iş hayatında gerek fiziksel gerekse duygusal önemli farklılıklar doğurduğunu belirler. Dolayısıyla hukukun üreme kaynaklı biyolojik cinsiyet farklılıklarını sadece hamilelik döneminde göz önünde bulundurması gerektiğini ortaya koyar. Sonuç olarak episodik analiz kadınları hamilelik dönemlerinde hukuken özel muameleye tabii tutulmalarını sağlayarak hamile kadınların, kadın olmaya devam etmelerini sağlayacaktır.

Toplumsal cinsiyete yaklaşımı konusunda eşitlik teorisini hatırlamak gerekirse, bu teorinin kavramsal olarak benzerlikle sınırlandığını görmekteyiz. Eğer baskın cinsiyetin bireyleri(erkekler) baskın olmayan cinsiyet bireylerinin(kadınlar) istediği haklardan yararlanıyorsa, kadınların eşit koruma doktrini altında bu hakları kazanmalarının tek yolu erkeklerle benzer şekilde düzenlemelere yerleştirilmeleridir. Örneğin, kamusal alanda erkeklere belirli bir iş karşılığında X ücret ödeniyorsa, kadınlar da aynı iş karşılığında X ücrete hak kazanmaları gerekmektedir. Liberal feministlerin eşitlik anlayışına göre kadınlar erkek işçiler gibidirler. Bu tür eşitlik görüşleri benzerlik görüşlerinden yola çıkarak kadınların haklarının genişletilmesini mümkün kılar. Radikal feministler bu görüşlerden şikayetçi olmuşlardır. Kadınların erkeklere yönelik olarak benzerliklerinin baz alınmasının sonucunda kadınların eril alan içinde asimile olacaklarını savunurlar. Sonuç olarak kadınlar erkekler arasına zorla yerleştirileceklerdir.

Liberal feministlerin bu erken dönem feminist harekete cevabı, erkekler tarafından yaratılmış kategorileri yıkmakla ilişkilidir. Gelinen nokta kadınları erkeklerin içine yerleştirmemekti. Fakat kadınların hayat tecrübeleri imkanları genişletmeyi amaçladılar. Bunu erkekler tarafından yapılandırılmış kadın kategorisinin etrafındaki sınırları yıkmakla başarabileceklerini savundular. Kadınlar eğer seçerlerse özel aile içi alandan kurtarılmalıydılar.

Radikal feministlerin bu cevaba cevabı ise: Evet fakat kimin terimleriyle? Bu iş alanları erkek bakış açısı ile yapılanmıştır. "İşçi" eril bakış açısı ile yapılanmıştır. Kadınları bir eril yapılanmadan diğer bir eril yapılanmaya gitmeye zorlamak gerçek bir zafer değildir. Özellikle yeni yapılanmış kadın işçinin varolan patriarkal dünya görünümüne adapte olması gerçek bir başarı değildir.

Liberal ve radikal feministler arasındaki belirli görüşler ortaya ne zaman çıksa her iki tarafı da anlamak önemli olmuştur. Her iki taraf da kabul etmektedir ki kadınlar eril yapılanmış kategoriler tarafından sınırlanmamalıdırlar. Onların anlaşmazlıkları hangi kategorilerin, karşı durmak konusunda daha değerli olduğu noktasını üzerindedir.

Kültürel Feminizm:

Aydınlanmacı liberal teorinin akılcı ve yasal hamlesinin ötesine giden düşünceler "kültürel feminizm" adı altında gruplaşabilir. Bu görüşlere sahip olan feministler, siyasal değişime odaklanmaktansa daha geniş bir kültürel dönüşüm aramaktadırlar. Eleştirel düşünme ve kendini geliştirmenin önemini kabul etmeye devam ederken, hayatın akıldışı, sezgisel ve genellikle kolektif yönü üzerinde durmaktadırlar. Kadınlar ve erkekler arasındaki benzerlikleri vurgulamak yerine, genellikle kadınlık niteliklerinin kişisel kuvvet, gurur ve kamusal yenilenme kaynağı olarak kabul edilen farklılıklar üzerinde durmaktadırlar. Bu feministler liberal kuramcılardan kalan zarar görmemiş kurumlara(din, evlilik, yuva) alternatifler düşünmektedirler. Kültürel feminist teorinin altında anaerkil bakış yatmaktadır: temelde dişil etki ve değerler aracılığıyla yönlendirilen kadın toplumu görüşü. Barışseverlik, işbirliği, farklılıkların şiddetsiz biraradalığı ve kamusal alanın uyumlu bir şekilde düzenlenmesi bunlara dahil edilmektedir.

Feminist hukuk teorisi açısından kültürel feminist çalışmalar önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü kültürel feminist çalışmaların çoğu ilhamını ya da desteğini Nancy Chodorow'un psikanalistik nesne-ilişki teorisinden ve Carol Gilligan'ın ahlak geliştirme teorisinden almaktadır. Bu bilimsel araştırmacılar kadınla erkek arasında çarpıcı zıtlıklar olduğunu ve bunların gelişmelerinin ilk aşamalarındaki deneyim farklılıkları bağlamında anlaşılabileceğini savunmaktadırlar. Chodorow ve Gilligan'ın bulgularının dönüm noktasında kadının ahlaki doğruluğu erkeğinkinden daha olgun ve insani ahlaki değerlere bağlılığının iması görülmektedir. Gilligan erkeklerin "adalete dayalı ahlak"ından ayrı olan kadınların "ihtimama dayalı ahlak"ını tanımlamaktadır. İhtimama dayalı ahlak sistemi, haklardan çok sorumluluk ve ilişkiler çevresinde ve genel davranış kurallarının uygulamasından daha çok belirli durumlardaki ihtiyaçlar etrafında dönmektedir.

Carol Gilligan'ın görüşleri feminist hukuk teorisini çok etkilemiştir. Hukukçu feministler farklılık vurgusunu çok geç ele almışlardır. Gilligan'ın çalışması "In a different voice: Psychological Theory and womens development" feminist hukuk teorisyenlerinin 1970'lerde toplumsal cinsiyetsiz (gender-neutral) hukuk teorisine alternatif ararlarken yayımlanmıştır. Bu eser hukuk fakültelerinde ve hukuk pratiğinde yer alan kadınlara kurtulma konusunda bir açıklama getirmiştir. Bakım, sorumluluk, ilişkisellik konuları etrafında alternatif bir hukuk te-

orisi oluşturulabileceği ileri sürülmüştür. Gilligan'ın "bakım etiği" konusundaki görüşleri hukuk teorisi ve uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere henüz ispatlanmamıştır.

Carol Gilligan'ın görüşlerinden en çok etkilenen feminist hukukçulardan biri Robin West olmuştur. "Jurisprudence and Gender" adlı makalesinde West sözlerine "insan" nedir? sorusu ile başlamaktadır. Birer modern hukuk teorisi olan liberal hukuk teorisi ve eleştirel hukuk teorisinin "insan" kavramına yaklaşımını tartışmıştır. Ona göre her iki teori de maskulin yapıdadır.

İnsan doğasının hukuk teorisyenleri tarafından açıklanışı ile feminist teorisyenler tarafından açıklanışı arasındaki ayrım "feminist hukuk teorisinin" gelişimi önünde gerçek bir politik engeli yansıtmaktadır. Feministler kadın konusunu ciddi bir şekilde ele almışlardır. Ancak hukuk teorisi bu kadar ciddi ele almamıştır bu konuyu zira hukuk bu konuyu ciddiye almamıştır. Feminist hukuk teorisinin politik bir imkansızlık olduğu durumu değişene dek bu durum böyle kalacaktır. Gerçek (toplumsal) cinsiyetleştirilmemiş bir hukuk teorisinin var olabilmesi patriarkal düzenin ortadan kalkması gibi politik bir şarta bağlıdır. İnsan doğasının hukuk teorisyenleri tarafından tanımlanması ile kadınların gerçek doğası arasındaki ayrım feminist hukuk teorisinin gelişimi önünde *kavramsal* bir engeldir. Hukuk teorisi insan ile hukuk arasındaki ilişki ile ilgilidir. Feminist hukuk teorisi ise kadınlar ile ilgilidir. Bu doğrultuda kadınlar insan değildir. Bu felsefi durum değişene kadar "feminist hukuk teorisi" kavramı kavramsal bir anormallik olarak var olacaktır. Bununla beraber feminist hukuk teorisi diye bir şey yoktur diyemeyiz. İnsan oğlunun baskın tanımına rağmen kadın kavramının var olması gibi.

West'e göre kadınlar fiziksel olarak diğerlerinden ayrılmıştır. Kadınlar erkeklere benzemezler, "hayata ve diğerlerine bağlı kritik maddesel ve tekrar tekrar vuku bulan en az dört tane tecrübeleri vardır: hamilelik, heteroseksüel birleşme, menstrüasyon, emzirme." Ona göre, her ne kadar her kadın bütün bu tecrübeleri yaşamasa da birçok kadın biyolojik emirlerle gizlenmiş eril güç tarafından bu hayatın içine zorlanmaktadırlar. Bu kabulle West düşüncelerini MacKinnon üzerine geliştirmiş denilebilir. Belki de Onu geçmiştir bile denilebilir. West'e göre bu tür tecrübeler sınıf, ırk, cinsel tercih dışında kadınlarda ortaktır. West'in MacKinnon'dan farklılaşan yönü cinsellik hakkında negatif düşünceleri kadar pozitif düşüncelerinin de olmasıdır. West'in yaklaşımı cinselliğin kaçınılmaz surette şiddet içerdiği yolundaki MacKinnon'un vurgusundan rahatsızlık duyanlara güven vermektedir. West, Carol Gilligan gibi kültürel feministler ile MacKinnon gibi radikal feministlerin arasını bulmaya çalışır. Bu çabaları "The Difference in Womens Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory" adlı makalesinde yer almaktadır.

Bu makale iki bölüme ayrılmaktadır. İlk bölümde West kendi hayat tecrübelerinden yola çıkmıştır. Kadınların sıkıntılarının erkeklere görünmez geldiğini çünkü erkeklerin kadınlarla benzer deneyimleri yaşamadıklarını ortaya koymaktadır. Ona göre, kadınlar da sorunlarını inkar etmektedirler. Kaçınılmaz ya da zevkliymiş gibi bu durumları savunmaktadırlar. West bu düşünceleri cinsel taciz, rast gele ilişki, fiziksel şiddet içeren ilişki örneklerini kullanarak açıklamaktadır. Bu makalenin büyük bir kısmı MacKinnon'un taraftarı olarak cinselliğin sosyal olarak nasıl yapılandırıldığını ve kadınlar için nasıl yıkıcı olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak ikinci kısımda West MacKinnon'u itham ederek cinsel olarak teslim olmuş zevk alan tecrübeleri olmuş sessiz kadınları ortaya koymaktadır. West'e göre MacKinnon'un yaklaşımı feminizmi acıdan zevk alan kadınlar gibi "deneysel gerçekliklerden" uzaklaştırmaktadır. Böylece kadınların hayatındaki hedonist duyguları azaltmaktadır. West'in makalesi sürekli bir ilginçlik içermektedir. Hukuk yazınında kolaylıkla boş bırakılan ve nadiren tartışılan bir takım durumları doğrudan ve dürüstçe açıkça ortaya koyma girişimidir. Bütünsel bir şekil içermemektedir.

Radikal Feminizm:

Radikal feminist kuram, 1960'ların sonlarında ve 1970'lerin başlarında, bir grup eski "eylemci kadın" tarafından esas olarak ABD'de New York ve Boston'da geliştirildi. Eylemci kadınlar, 1960'larda medeni haklar ve savaş karşıtı kampanyalar için politik etkinliklere katılan kadınlardı. Yirminci yüzyılın radikal feministleri kendi feminist bilinçlerine "Yeni Sol"da ki erkek radikallerin kendilerini ikincil kılıcı davranışlarına gösterdikleri tepkiyle eriştiler.

Radikal feminist kuramın büyük bölümü, erkek "Yeni Sol"un kuramlarına, örgütlenme yapılarına ve kişisel üsluplarına karşı direniş içinde şekillendi. Kendileri erkek radikal örgütler sürekli olarak "ikinci sınıf" muamelesine maruz kalmış olmaları nedeniyle kadınlar kendi örgütlerinin içsel demokrasiyi ifade etmesiyle ve özgün bir kadın üslubuna izin vermesiyle ilgilendiler.

Radikal feminizm bu tür bir tepkiyle ortaya çıktıktan sonra kadınların kurtuluşuna yönelik çözüm önerilerinde liberal ve Marksist teorilerin tatmin edici bir çözüm bulamamalarına tepki göstermişlerdir. Kadınların kurtuluşu için ne liberal feministlerin iddia ettikleri gibi kanunları düzeltmek, ne de Marksist feministlerin iddia ettikleri gibi kanunları toptan kaldırmak yeterlidir. Radikal feministlere göre kadının kurtuluşu için hem kapitalizm hem de patriarkinin tamamen ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Patriarki kavramını feministler kullanmadan önce toplumsal teoride geliştirilip antropologlarca kullanılmıştır. Fakat 1970'li yılların başlarında radikal feministlerle birlikte kavramın kullanımı değişmiştir. Patriarki kavramı, erkeklerin kadınlar üzerindeki iktidarını tanımlamak ve sorgulamak amacıyla geliştirmiş olduğu için, patriarki teorileri de özellikle erkeklerin toplumsal, ideolojik, cinsel, politik ve ekonomik egemenliğinin ortay çıkışını ve sürdürülüşünü açık ya da örtük olarak açıklamaya yönelen teorilerdir. Mevcut toplumsal teorilerde erkek-egemenliğini anlatmak için genel kavramlar olmadığı için radikal feministler patriarka kavramını benimsediler. Patriarkal sistem güç, iktidar, baskınlık, hiyerarşi ve rekabet ile özdeştir ve radikal feministlere göre bu sistem reformla düzeltilemeyecek kadar köklü ve uzun bir geçmişe sahiptir. Kadınlar ancak onu tamamen kaldırarak ondan kurtulabilirler. Çünkü, o sadece hukuksal ve siyasal yapılara değil; aile, bilim, sanat ve akademi camiası gibi toplumsal ve kültürel yapıların içinde de gömülü vaziyettedir.

Feminist hukuk teorisi alanında yer alan teorisyenlerin özellikle eşitlik kavramına yaklaşımları konusunda önemli farklılıkları olduğunu ancak bu teorisyenleri bir araya getiren en önemli savın toplumun ve bunun uzantısı olan hukukun patriarkal olması olduğunu belirtmiştik. Ancak hukuk sisteminin ataerkil olduğunu ve bununla mücadele konusunda en yoğun tartışmalar yapan feminist hukuk teorisyenleri radikallerdir. Akademik hu-

kuk hayatında radikal feminizm Catharine MacKinnon ve Christine Littleton tarafından tartışılmaktadır.

Catharine MacKinnon mevcut hukuksal anlayışların dışında bağımsız birleştirici bir teori inşa eden tek feminist teorisyendir. Aynı zaman da çok geniş bir okuyucu kitlesi vardır. Ancak Türkçede herhangi bir çeviri metni bulunmamaktadır. Uluslararası arenada en çok sesini duyuran feminist teorisyenler arasındadır. "Feminism Unmodified" MacKinnon'un en temel eserlerinden birisidir. Kitap üç bölümden oluşmaktadır. Her üç bölümde de Catharine MacKinnon'un çeşitli yerlerde yapmış olduğu söyleşiler yer almaktadır. Bu söyleşilerde ana tema cinsellik ve bunun hukuka yansıyan yönleridir. Üçüncü bölümün başlığı "Pornografi"dir. Catharine MacKinnon pornografi karşıtı yasal düzenlemeler konusunda A.B.D.de kadın hareketinde yer alan en aktif teorisyendir.

Radikal feminist Andrea Dworkin ile birlikte anti-pornografi yasa taslağını hazırlamışlardır. Hazırlanan yasa taslağına göre pornografi kadının grafik yöntemlerle resim ya da sözle cinsel bakımdan açıkça ezilmesi olarak tanımlanmaktadır. Tasarıya göre pornografik materyaller şunları da içerir:

1- Kadınların insan değil de, cinsel nesne, herhangi bir şey ya da mal gibi gösterilir; ya da

2- Kadınlar acıdan ya da aşağılanmaktan zevk alan cinsel nesneler olarak gösterilir; ya da

3- Kadınlar tecavüzden cinsel haz duyan cinsel nesneler olarak gösterilir; ya da

4- Kadınlar bağlanmış, parça parça doğranmış, tahrip edilmiş, yaralanmış olarak ya da fiziksel acı çekerken gösterilir; ya da

5- Kadınlar cinsel teslimiyet, kölece boyun eğiş ya da teşhir pozisyonlarında gösterilir; ya da

6- Kadınların bedenlerinin kimi bölümleri sadece vajina ile sınırlı kalmayarak göğüs ve kalçalar da- öyle sergilenir ki, kadınlar bu beden parçalarına indirgenmiş gibi görünür; ya da

7- Kadınlar doğuştan fahişe olarak gösterilir; ya da

8- Kadının cinsel organlarına nesnelerin ya da hayvanların girişi gösterilir; ya da

9- Kadınların kir pas içinde, kanarken, horlanmış, örselenmiş ya da incitilmiş durumda gösterildiği, işkenceye ve şiddete yer verilen aşağılayıcı senaryolarda bu koşullar cinsel ortamı sağlar.

(Yukarıdaki maddeler 7 bölümden oluşan pornografi karşıtı yasa taslağının 2.bölümüdür.Bu bölüm kavramların tanımlanmasına ayrılmıştır.)

Anti-pornografi yasa tasarısının yürürlüğe girmesi için radikal feministler ile sağcılar kerhen işbirliği yapmışlardır. Türkiye Cumhuriyeti'nde de benzer bir şekilde, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu çıkarılırken mecliste sağ görüşlü partilerin kanunu desteklediğini görmekteyiz. Ancak MacKinnon sağcılar ile feministlerin pornografi karşıtı tutumlarındaki farklılığa dikkat çeker; Ona göre sağcılar müstehcenlikle ilgili yasaların çıkarılmasını isterken, feministler soruna siyasal açıdan yaklaşmaktadır.

Müstehcenlik yasaları "ahlaka" ilişkindir; ağırlık noktası erkek egemenliğidir; erkek bakış açısına uygun bir ahlak anlayışıdır bu. Pornografinin feminist eleştirisinin "kadın perspektifinden" ağırlık noktası ise, kadınların erkeklere göre ikincil konumudur. Ahlakın ilgi alanı iyi ile kötüdür. Politikanın ki ise güç ve güçsüzlük: Müstehcenlik ahlaki bir kavramken, pornografi politik bir uygulamadır. Müstehcenlik soyut, pornografi son derece somuttur. Sonuç olarak bu iki kavram tamamı ile farklı şeyleri ifade ederler.

MacKinnon'un teorisinde pornografi tartışmaları önemli bir yer tutar. Bu tartışmalardan Onun farklı cinsellik anlayışı da ortaya çıkmaktadır. MacKinnon'a göre kadınların aleyhine olan ayrımcılık farklılıktan ziyade baskı temellidir. Eril baskınlığının anlaşılabilmesinin anahtarı erkek bakış açısından cinselliğin sosyal yapısında yatmaktadır. Seksin sosyal anlamı erkek baskın kadın hiyerarşiyi kabul ettiği zaman her iki cins için de zevklidir. Kadınlar bu temel biyolojik aktivitede doğal olarak ikincil kabul edilir. Ancak hukuk cinselliği özgür bireysel seçim olarak kabul eder. MacKinnon'a göre kadın ve erkek arasındaki cinsellik sosyal olarak akdedilmiş bir zorlamayı içerir.

MacKinnon'un bu bakış açısı birçok hukuk çalışmalarını etkilemiştir. Örneğin Susan Estrich'in reformcu hukuk çalışmalarında, Frances Olsenin yapı bozumcu çalışmalarında, Robin West'in daha çok kararsız fakat kişisel olarak açıklayıcı çalışmalarında bu etkilerin izine rastlanabilir. Estrich 1970'lerdeki gelenekten gelir. Hukuk düzenlemelerdeki spesifik değişiklikleri tartışmıştır. Fakat ne zaman ki tecavüz hakkında yazmıştır cinsel zorlamayı rıza kabul eden ceza hukuku sistemi doğrultusunda konuyu ele almıştır. Estrich aynı zamanda soyutlama ve objektiflik itirazları ile de hukuk reformunda erken dönem stratejilerinden ayrılmıştır. Tartışmasına kendi uğradığı tecavüzü anlatmak ile başlamış devamında geniş doktrinsel hukuksal analizlere girmiştir. Tecavüz davalarında yapılmış araştırmalar, soruşturmalar çalışmasında yer almaktadır. MacKinnon'dan farklı olarak Estrich rıza dilini hukuka adapte etmeye çalışır. Bir kadın birleşmeyi reddetmesi ya da rızası yalanla zorlanması durumlarını (Hayır hayır demektir) mevcut hukuksal düzenlemeler açısından tartışmıştır. Ona göre sessizlik ya da rıza hileli davranışlarla zorlanmışsa tecavüz cezalandırılmamaktadır. Aynı zamanda yabancı olmayanlar tarafından tecavüz gerçekleşmişse yine cezasız kalmaktadır. Estrich temel olarak hukuksal değişimlerle ilgilenmiştir. Temel argümanını iki şekilde iki farklı kitleye seslenerek yazmıştır. Bunlarda hiç birisi feminist topluluk değildir. Tecavüz konusundaki çalışması hukuk fakültesi dergisinde yayınlanmış ve hukukçuları adres almıştır. Sonradan kitap haline getirilmiştir. "Real Rape", hukukçu olmayanları hedeflemiştir. Her ne kadar bu makalesi de akademik hukuk formatında yazılmışsa da kadın mağdurların bakış açısını güçlü bir anlatımla yansıtmıştır. Bu yazılarında temel olarak rızanın ve zorlamanın erkek bakış açısıyla belirlendiğini ortaya koymaktadır. Ceza hukukuna göre şiddete karşılık vermek erkeklerin erkeklere karşı şiddete cevap verdiği şekilde algılanır. Arkadaş tecavüzü sorununa odaklanan daha sık yazılan tartışmalardan Estrich kaçınmıştır. "Real Rape" arkadaş tecavüzü davasını kolaylaştırmak için kanun koyucuyu ikna etmek için hazırlanmıştır.

Son olarak radikal feminist hukuk teorisyenlerinden Christine Littleton'dan bahsetmenin yerinde olacağını düşünüyorum. Littleton kadınları erkeklerden farklı kabul eden yeniden yapılandırılmış cinsel eşitlik kavramını tartışmıştır. O kendi eşitlik anlayışını "kabul" modeli olarak adlandırmaktadır. "Reconstructing Sexual Equality" adlı makalesinde eşitlik kavramına yönelik farklı yaklaşımları ele almış ve kendi asimetik eşitlik anlayışını ortaya koymuştur. Ona göre, "kabul" modeli (equality as accceptance) kadınların farklılıklarını kabul etmeyi gerektirmektedir. Toplum farklılıkları uzlaştırmaktan daha ötesini yapmalıdır. Cainin ortaya koyduğu gibi Littleton'un "kabul" modeli dünyanın nasıl yapılanması gerektiği ha-

kındaki normatif gürüşlerde "kadın"ın (kadının kimliği, özgüllüğü, erkekten farklılığı) merkeze alınmasını talep etmektedir. "Kabul" modeli farklılığın kökenlerinden ziyade farklılığı farklılık yapan sonuçları ile ilgilenmektedir. Littleton kendi modelinin nasıl işlediği göstermek için "toplumsal cinsiyet tamamlayıcılar"ı geliştirmiştir. Buna göre; ücret almada, statü sahibi olmada ve karar alma mekanizmalarına yükselme fırsatlarında kadın ve erkeğe eşit uygulama sağlamak için dişil toplumsal cinsiyet farklılığı ile onun eril tamamlayıcısını birleştirmiştir. Okuyucular geliştirilen model etrafındaki sonuçları ilginç bulabilmektedirler. Örneğin Littleton göre askerlere nasıl belirli bir miktar ücret veriliyorsa benzer şekilde annelere de düzenli olarak ücret verilmesini savunmaktadır.

Radikal feminist hareketin önemli bir sloganı "kişisel olan siyasaldır" iddiasıdır. Bununla feministler görünürdeki doğal özel mahremiyet alanının (aile ile cinsellik) yasal olarak kurulduğunu, kültürel olarak tanımlandığını ve iktidar ilişkilerinin alanı olduğunu belirtmek istemişlerdir. Bu slogan bir yandan kadınların tek tek yaşadıkları ve kişisel seçimler, aşk ya da bireysel uyuşmazlıklarla açıklamaya çalıştıkları ezilmenin, politik bir anlamının varolduğunu ifade ediyordu, öte yandan da iktidarın farklı odakları ve türlerine işaret ediyordu. Ev içi emeğin görünür hale getirilmesi, cinsel şiddetin açığa çıkartılması, ailenin kadınlar açısından anlamının deşifre edilmesi hep böyle bir hareket noktasından kalkılarak gerçekleştirilmiştir. Kadınların özel alandaki emeğinin yeniden değerlendirilmesinin bir sonucu olarak, radikal feministler, ev işi için ücret talep eden kampanyalar başlattılar. Bu kampanyalarla kadınların özel yaşamda sarf ettikleri emeğe değer kazandırmayı ve onları bağımsız kılmayı amaçlamışlardır. Feminist Hukuk teorisyenleri "özel olan politiktir" feminist sloganını ciddi bir şekilde ele almışlardır. Kadınların aleyhine olan kamusal ve özel alan arasındaki ayrımın hukuk sistemi ile nasıl yapılandırıldığını ve korunduğunu ortaya koymuşlardır. Hukukun özel alana müdahale etmemesi aile içi şiddet konusunda kadınları korunmasız bırakmaktadır. Aile içi şiddet hanenin karanlıkta kalan bir bölümü olarak kalmaktadır. Kadın hareketi bu noktada çok önemli olmaktadır. Iris Young'ın belirttiği gibi:

"Kadın hareketi kamusal tartışma için çok önemsiz ya da özel olduğu iddia edilen birçok pratiği kamusal mesele haline getirmiştir: Zamirlerin anlamı, ev içinde kadınlara karşı şiddet, erkeklerin kadınlara kapı açmaları, kadınlara ve çocuklara yönelik cinsel saldırılar, ev işinde cinsel işbölümü ve benzeri."

Bu anlayışın Türkiye kadın hareketinde de önemli bir sonucu gerçekleşmiştir. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 17 ocak 1988 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasa, şiddete maruz kalan aile bireylerini korumak için bazı önlemler öngörmektedir. Önlemler, aile bireylerinin başvurusu veya Cumhuriyet Savcılıklarının isteği ile Sulh Hukuk Mahkemelerince alınmaktadır. Düzenlemede, şiddete son verme, ortak evden uzaklaştırma, şiddete uğrayan aile bireylerine yaklaştırmama, diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemenin sağlanması, iletişim araçları ile aile bireylerini rahatsız etmemesinin sağlanması, silah vb. araçların zabıtaya teslimi, alkol ve uyuşturucu kullanmasının engellenmesi gibi önlemler sıralanmaktadır. Bu önlemlerin uygulanması için öngörülen en fazla altı aylık bir süre öngörülmektedir. Önlemlere aykırı davranan kişi tutuklanabilmekte ve özgürlüğünü bağlayan cezaya hükmedilebilmektedir. Bu durumun, önceden kendisine ihbar edilmesi gerekmektedir. 4320 sayılı birçok eksiğine rağmen "aile içi şiddet"i kamusal bir sorun haline getirmesi bakımından önemli bir hukuksal gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Feminist hukuk teorisi açısında "kürtaj" konusu büyük bir önem taşımaktadır. "Özel olan politiktir" sloganı A. Phillips'e göre kürtaj konusuna gelindiğinde biraz sorunlu olmaktadır. Ona göre, feministler ters yönde gider gibidir. Ancak Iris Young bu konuda bir terslik olduğunu düşünmemektedir. Young'a göre "özel olan politiktir" sloganı kamusal ve özel arasındaki ayrımı reddetmez. Ancak farklı türdeki kurumlarıyla, eylemleriyle ve insan görünümleriyle kamusal ve özel alanlar arasındaki sosyal bölünmeyi reddeder. Bu sloganın iki kuralı vardır: a)hiç bir sosyal kurum ya da pratik uygun kamusal tartışma ve ifadenin konusu olarak önsel olarak dışlanmamalıdır. b) Mahrem alan(Kişisel alan) içinde bir bireyin hayatındaki hiç bir kişi, eylem ya da görünüş zorlanmamalıdır. Ancak Young'ın belirttiği ikinci ilke genellikle kürtaj tartışmalarında görmezden gelinmektedir. Cinsellik, yeniden üretim "mahrem alana" ilişkindir. Özel alana ilişkin konular kamusal meseleler haline gelirken mahrem alana ilişkin eylemlerde bireyin hür iradesi korunmalıdır.

Neslin yeniden üretimindeki tercih meselesine ilişkin oldukça ciddi bir literatür gelişmiştir. Bu literatür büyük ölçüde kamusal ve özel arasındaki ilişki ve herhangi bir kararın ne ölçüde tek başına bir bireyi ilgilendireceği çerçevesinde dönmektedir. Üreme teknolojisindeki yeni gelişmelerle birlikte, yeni ikilemler ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir kadının istenmeyen cinsiyette olduğu anlaşılan bir cenini aldırma hakkı olmalı mı? Bir kadın rahmini "vekil bir anne olarak kiralama" hakkına sahip olmalı mıdır? Bunlar da bir "kadının tercih hakkı"nın boyutları arasında sayılabilir mi? Bu sorular üzerinde hiç bir mutabakat yok ve feminizm içinde bazı türden tercihlere karşı çıkan güçlü bir liberal karşıtı eğilim var.

Pateman'a göre, rahim ev gibi kiralanabilecek ya da ceninin yaşaması gerektiğine karar veren bir hakim tarafından yasal denetim altında tutulacak bir şey değildir. Beden benliğin bir parçasıdır ve ancak bireye ilişkin olağanüstü eril tasarımlar, bedeni ve benliği bu kadar ayrı ve farklı olarak düşünebilir. Iris Young bu konuda şöyle düşünür:

"Hayatlarımızın, başkalarını dışlama hakkına sahip olduğumuz, kimseyi ilgilendirmeyen, kendi meselemiz olduğunu söyleyebileceğimiz bazı yönleri olmalıdır. (Bu kategoriye nelerin girdiğini sonsuza kadar tartışacağız, ama bu, kategorinin kendisinin anlamsız olduğu anlamına gelmez). Ancak aynı derecede önemli olan nokta, hayatımızda gizli tutmaya zorlandığımız hiç bir yön olmaması gerektiğidir. Örneğin, cinselliğimizin bize ait özel bir mesele olması gerektiğini söylemekle, homofobinin kamuoyunun gündemine gelmesi gerektiğini söylemek arasında hiç bir tutarsızlık yoktur. Aynı şekilde, kürtajın kendi kararımız olması gerektiğini söylemekle, çocukların bakımının kamusal bir mesele olması gerektiğini söylemek arasında da hiç bir tutarsızlık yoktur."

Ancak feministlerin bu tarz görüşleri toplulukçu düşünürlerden tepki almıştır. Onlara göre bu gelişmeler dölüt yaşamının değeri sorunu karşısında ikna edici olmayan bir yansızlık iddiasına dayanmakta ve bireyselci değerleri topluluk değerlerinin önüne geçirmektedir.

Konunun dünyadaki tartışmaları çok kapsamlıdır. Ancak birçok teorisyenin gözden kaçırdığı ve feministlerin vurgu-

lamak istedikleri nokta "yeniden üretim" faaliyetlerinin tümünün kadın bedeni üzerinde gerçekleştiğidir. Bu konuda bir politika üretilecekse bunun kadınların yaşam deneyimlerinden üretilmesi gerektiğidir.

Postmodern Feminizm:

Feminizm ve postmodernizm son on yılın en önemli siyasal-kültürel akımı olarak ortaya çıktılar. Ancak şu ana kadar birbirlerinden huzursuz bir şekilde uzak durmaktadırlar. İkisi de felsefe kurumuna derin ve geniş kapsamlı eleştirdikleri için aralarındaki ilişkiyi araştırmak için çok fazla sebep sayılabilmektedir. Her ikisi de felsefe ve daha geniş kültür arasındaki ilişki üzerine eleştirel perspektifler geliştirmektedirler. Öte yandan postmodernistler temelciliğin (foundationalism), özcülüğün ince ve ikna edici bir eleştirisini yaparlarken toplumsal eleştiri anlayışları zayıf kalmıştır. Feministler ise sağlam bir toplumsal eleştiri anlayışı vardır ama onlar da zaman zaman temelciliğe ve özcülüğe kayma eğilimi göstermektedirler.

Ancak bazı feministler son zamanlarda postmodern düşünürlerin etkisi altında kalmışlardır ve farklılık kavramına yeni içerikler kazandırmışlardır. Bilindiği gibi postmodernizm genel ve evrensel iddialara kuşku ile yaklaşmaktadır. Feministler de aydınlanma düşüncesiyle beraber gelişen tüm aşkın(transcendental) iddiaların beyaz batılı heteroseksüel erkeğin değer yargılarını yansıttığını ileri sürmektedirler. Postmodern feministler bunun için kişilik, bilgi, gerçeklik gibi kavramları yeniden tanımlama gereğini gündeme getirmişlerdir. Feminist harekete postmodern bir versiyon kazandıran bu gruptaki kadınlar da radikal feministlerle birçok konuda birleşmektedirler. Ancak radikal feministlerden farklılıkları analizlerini Batı siyasal düşüncesinin dominant söylemleri üzerinde yoğunlaştırmalarında yatmaktadır. Postmodern feministlere göre Batı dünyasının modern kurumları ve siyasal söylemlerinin temelinde bir dışlama mekanizması yatmaktadır. Aydınlanma düşünce geleneğindeki evrensel ve objektif temalar aslında belli bir grubun değerlerine metafiziksel boyutlar katarak bu değerlerin üstünlüğüne dayalı bir iktidar mekanizması geliştirmektedir.

Postmodern feministlere göre Batı kültürü içinde yetişen bir insan kendini kaçınılmaz olarak dominant ve ikincil kurumsal yapılar içinde bulur. Bu kurumsal yapılar Batı kültürünün hiyerarşik dualite biçiminde kurgulanmasında yatıyor. Zıt kutuplar haline sokulan erkek\kadın ikilemi de kadının ikincilliği ile sonuçlanmaktadır. Onun için postmodern feministler ikincilliğe yol açmayan, farklı bir kültür ve söylem geliştirmeye çalışıyorlar. Postmodern feminist gruplar kadın-erkek arasındaki siyasal ilişki ve bu çerçevede ortaya çıkan söylemleri eleştirmekle kalmıyor, aynı zamanda Batıda gelişen "bilim"e de büyük bir ağırlık veriyor. Bilimsel etkinliklerin de aslında Batılı beyaz heteroseksüel erkeğin değer yargılarını yücelttiğini ve kadını bu değerler karşısında ikincil duruma düşürdüğünü düşünen bu feministler, "kadın merkezli" ya da "kadın bakış açılı" bir bilimsel yaklaşım geliştirmekle ilgili çok sayıda deneme çalışmaları yapmaktadırlar.

Hukuk çevresinde hiç bir feministin saf postmodern olduğu belirtilemez. Ancak bazı feminist akademisyenler yazılarında postmodern temalara değinmişlerdir. Örneğin, Frances Olsen'in ve Deborah Rhodeu'n eleştirel feminist hukuk çalışmalarında postmodern düşüncelere rastlanır. Hem Martha Minow hem de Kartharine Bartlett gerçekliğin yapılanmasında çoğulcu yaklaşımların önemini vurgulamışlardır. Margaret Jane Radin feminizm ve pragmatizm hakkında yazarken postmodern feminist söylemlerden etkilendiği görülmektedir. Hukuk akademisi içinde Drucilla Cornell "kadın"ın yeniden yapılanması konusunu ele alırken Derrida, Lacan ve Kristeva'nın yapıtlarından yararlanmıştır. O kendi feminizmini liberal ve radikal feminizmlerle karşıtlıklarını ortaya koyarak "etik feminizm" olarak adlandırır. Cornell'in etik feminizmi hiç bir zaman sınırlamayan bireyselliğin ötesinde ortak bir "kadın" kavramı oluşturma imkanını sağlamaktadır. Hukuk akademisi içinden diğer bir feminist teorisyen Mary Joe Frug da postmodern teorileri feminist hukuk teorisi ilişkisi içinde tartışmıştır. Mary Joe bu konu hakkında yazdığı makaleleri "Postmodern legal feminism" adlı kitabında toplamak istemiştir ki 1991 yılında evinin önünde öldürülmüştür. Bunun üzerine kocası Gerald Frug karısının yarım kalmış işini tamamlamış ve kitap basılmıştır. Eserin önsözünü yazan iş arkadaşı Judith Greenberg sözlerine şöyle başlar: Frug bütün hayatını ve işini kadınlara yönelik şiddetin son bulması için harcamıştır. Alay eder gibi, belki de kadın olduğu için öldürülmüştür. Diğer bir bakış açısıyla belki de sadece yanlış yerde yanlış zamanda bulunduğu için....

Frances Elizabeth Olsen eleştirel hukuk teorisi geleneğinde yazmaktadır. Feminist hukuk teorisinin eleştirel hukuk akımının bir yan dalı olduğunu iddiasını en iyi ortayan koyan teorisyenlerden birisidir. "Some Jurisprudential Foundations of Critical Legal Studies and Feminist Legal Theory" başlıklı makalesinde bu iki akıma özgü yaklaşımları görülmektedir. Olsen'in en etkili makalesi *Micheal M. v. Superior Court of Sonoma Country* davasını analiz eden "Statuary Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis" adlı çalışmasıdır. Bu uyuşmazlıkta A.B.D. yüksek mahkemesi eşit koruma kanununa karşı cinsellik temelli reşit olmayan bir kızla cinsel ilişki kurma kanununu onaylamıştır. Olsen kadınlara bu davada kadınlara nasıl bir bakış açısıyla yaklaşıldığını ortaya koymuştur. Bu kanun birtakım kadınlar için güvenlik sağlayabilir ancak bir kısım kadın için de cinsel özgürlüğünün baskılanması anlamına gelebilir diye belirtmiştir.

Olsen'in çalışması feministlerin içyüzünü gösterme ve kadın bakış açısına bir giriş yapma niteliğindedir. Bu girişin analitik hukuk mantığı içinde yapılabileceğini ortaya koymuştur. Olsen'in feminist hukuk teorisine ilişkin çalışmalarında MacKinnon'un etkisi görülmektedir.

Diğer bir makalesinde Olsen klasik liberal düşüncenin düalistik yapısına dikkat çekmiştir. Ona göre Plato'dan itibaren çoğumuzun düşünce yapısı ikili düşünme serileri ile yapılandırılmıştır. Düalistik sistemin üç özelliğinin önemli olduğu belirtir. Bunlardan ilki bu ikilemelerin cinselleştirilmiş olmalarıdır. İkilemenin bir tarafı eril diğer tarafı dişildir. İkincisi ikili yapının parçaları eşit değildir. Hiyerarşik bir yapılanma vardır. Eril tanımlanan tarafa üstünlük ve ayrıcalık verilir. Dişil taraf ikincil ve negatiftir. Olsen'e göre düalizmin üçüncü özelliği hukukun ikili yapının eril tanımlanan tarafında yer aldığıdır. Feminist hukuk teorisyenleri hukukun bu özelliğine eleştiri getirirler.

Diğer bir postmodern feminist hukukçu da Deborah L. Rhode'dur. Ona göre feminizmin "Teorisiz teoriye ihtiyacı vardır." En son kitabı olan "Adalet ve Toplumsal Cinsiyet" de Minow gibi hukuk kurallarınca yaratılan sınırlara vurgu yapmıştır. Fakat Minow'dan farklı olarak toplumsal cinsiyet sorunlarına işaret etmiştir. Rhode yaptığı analizden bir metoda ulaşamamıştır. Yerine Rhode, kadınları be-

lirli hukuki problemlerini içeren tartışmalar yapar. Her bir hukuki problemi öncelikle tarihsel, ekonomik ve sosyal yönden ele alır. Daha sonra hukuksal görüşlere ve mevcut hukuki tartışmalara girer. Rhode hukuksal değişiklikler konusunda çok az öneride bulunur. Rhode tüm hukuksal tartışmaları yorumlarken aşırı derecede dikkatlidir. Bu sebeple son derece dengeli gözükmektedir. Rhode toplumsal cinsiyet konusunda ilk gerçek hukuksal yorumu yaratmıştır. Diğer hukuksal analizlerden farklı olarak onun yorumu doktrinsel olarak sınırlı değildir.

Mary Joe Frug'un postmodern feminizm hakkındaki görüşlerini en kapsamlı şekilde yansıtan görüşlerini *"A Postmodern Feminist Legal Manifesto"* adlı makalesinde görmek mümkündür. "Postmodern" kelimesi sorunludur ve bu sorun Frug'un görüşlerini karmaşıklaştırmaktadır. Söz konusu makalesinde "Post-modern" kelimesinin temsil eden PM harfleri ile "premestrual" ve "postmenapoz" kelimelerini birleştirmektedir. Bununla makalesinin devamında yer alan kadın bedeni ile ilgili görüşleri arasında da paralellik kurmaktadır. Ona göre, menstrual dönemlerin öncesi ve menapoz sonrası süreç kadınlar için son derece sıkıntılıdır ve bu sıkıntı devam etmektedir.

Frug'a göre postmodernizm ne anlama gelmektedir? Frug postmodern anlayışın üç değişik şeklini tartışmıştır. İlki kelime oyunu ile karakterize edilmiş bir stil olduğudur. İkincisi dili sosyal yapıların bir aracısı olarak görme anlayışı olduğu, üçüncü olarak da postmodernizmin insanı değişik şekillerde olabilen, merkezi olmayan, bilinmeyen bir şey olarak görme anlayışıdır.

Dil/söylem çözümlemesinin postmodern feminizmde kullanılması konusunda Mary Joe Frug'un görüşleri önemlidir. Frug'a göre postmodern feministler dilin, iktidarın yayılma ve yeniden üretilme mekanizmalarında yardımcı ama önemli bir işlev gördüğünü savunmaktadırlar. Feminist yaklaşım dil çözümlemesini üç biçimde kullanmaktadır. 1)Kadın ve erkeğin nitelik ve özelliklerinin metinlerde nasıl dile getirildiğinin çözümlenmesi üzerine odaklaşmak. 2) Kadın ve erkeklere ilişkin kültürel tipleme ve söylemlerin nasıl ikilemler biçiminde ele alındığını incelemek. 3) Bilinçli ya da bilinçsiz bir biçimde yerleşmiş bulunan toplumsal cinsiyet ilişkilerinin retorik yoluyla nasıl kullanıldığını ortaya koymak.

Hukuki metinlere ilişkin dil çözümlemesi çalışmalarında Frug şu sonuca varmıştır: Hukuk kuralları, hukuk söylemi ve kadın bedeninin anlamı arasındaki ilişki üç düzeyde ele alınabilir. İlk olarak, hukuk söylemi kadın bedeninin kötüye kullanımına karşı korunmasını mümkün kılacak düzenlemeleri destekler niteliktedir. İkinci olarak kadın bedeni hukuki metin ve söylemlerde annelik ile ilişkilendirilmektedir. Üçüncü olarak hukuk metinlerinde kadın bedeni cinsellik çerçevesinde kısıtlar bağlamında ele alınmaktadır.

Hukuk dili konusunda yazan diğer bir feminist hukuk teorisyeni Lucinda M. Finley'dir. "Breaking Womens Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning" adlı makalesinde hukuk dilinin neden eril bir yapıda olduğunu açıklar. Ona göre:

Hukuku erkekler şekillendirmiştir. Erkekler tanımlamıştır. Hukuku onlar yorumlamıştır. Dünyayı ve kendileri dışındaki "öteki" insanları anladıkları anlamda hukuka anlamlar yüklemişlerdir. Hukukçu erkekler hukuku kendi düşünceleri doğrultusunda tanımlamışlardır. Bunun sonucunda hukuk "öteki"lerin seslerini ve anlayışlarını dışlamış ve kenarda bırakmıştır. Hukuk diğer kabul edilmiş akademik disiplinler gibi sadece tek bir akıl yürütmeyi yüceltmiş ve sadece buna akıl yürütme demiştir. Çünkü hukukçu erkeklerin sosyal bir güçleri vardır ve ötekilerin anlayışları konusunda endişelenmelerine gerek yoktur. Kendi yarattıkları bu hukuk diline karşı duruşlardan kendilerini izole etmişlerdir. Böylece bu dilin doğal, kaçınılmaz, eksiksiz, objektif ve tarafsız olduğu noktasına gelirler. Bundan dolayıdır ki hukuk dili ve akıl yürütmesi cinsiyetleştirilmiştir. Söz konusu bu toplumsal cinsiyet erkek dil bilimci mimarları nedeniyle erildir. Hukuk akıl yürütmenin patriarkal bir şeklidir. Hukukun da bir parçası olduğu gibi liberal felsefenin de olduğu gibi. Hukuk dilinin ve mantığının eril cinsiyetlendirilmiş yapısının olduğu iddiası deneysel ve tarihseldir. Hukuk sistemi ve onun mantıksal yapısı ve dili beyaz erkekleri yetkilendirmek doğrultusunda tipik olarak onların hayat tecrübeleri temeliyle yapılandırılmıştır. Hukukun mantıksal yapısı erkekler tarafından şekillendirilmiş olan liberal, entellektüel ve felsefi geleneğinin önemli sayıda kabullerini paylaşmıştır. Bundan dolayı hukukun mantıksal yapısı eğitimli, imtiyazlı erkekler grubunun değerlerine, deneyimlerine, sosyalleşme biçimlerine uygundur. Akılcılık, soyutlama, deneysel ya da öyküsel kanıtlar üzerindeki empirik ve istatiksel kanıtların tercihi, toplumsal hayat modelindeki uyuşmazlıklar, bu erkeklerin düşünmek, yaşamak ve çalışmak konusunda nasıl sosyalleştikleri ve eğitildikleri ile ilgilidir. Hukuki mantık ve dilin ataerkil olmasına ek olarak benim iddiama göre hukuk eril bazlı bakış açısına, düşünceye ve tecrübelere sahip normatif karakterdedir. Hukuksal eşitlik ilkesinde bireyden kastedilen imtiyazlı beyaz erkeklerdir. Ceza hukukunda makul birey ölçüsünde norm olarak yine beyaz imtiyazlı erkekler ölçü olarak ele alınmaktadır. İş hukukunda işçi prototipi erkek işçidir.

Hukuk eğitimi ile ilgili bir feminist makalede bir hukuk fakültesi öğrencisinin görüşlerine yer verilmiştir. Sheila McIntyre ... "hukuk fakültesine 'erkek dili'ni ikinci bir dil olarak öğrenmeğe gidiyorum..." diye belirtmiştir. Yazara göre hukuk eğitimi "kadın dili"nin ikincil kılındığı ve reddedildiği bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son zamanlarda dil konusu feminist teoride özellikle Fransız feminizmi denilen akım içinde yoğunlukla tartışılmaktadır. Fransız feministler -Julia Kristeva, Luce Irigaray, Helena Cixous- dilin metafor, dışlama, sessizlik, anlam sistemini ve aynı zamanda kadının ikincilliğinin kaynağını oluşturduğunu savunmuşlardır. Bu üç teorisyen de aslında Fransız asıllı değillerdir ve Lacan geleneğinden gelmektedirler. Kullandıkları dil çok farklı ve anlaşılması zordur. Bu sebeple çevirileri çok güçlükle yapılabilmektedir.

Fransız feminist düşünür Cixous dildeki yapıya dikkat çekerek kadının konumunu analiz etmiştir. Cixous'a göre kültür dediğimiz dilden başka bir şey değildir. Kültür, insan doğar doğmaz içinde bulunduğu dil aracılığıyla kendini empoze etmektedir. Batı düşünce geleneğinde dilin yapısı ikili karşıt terimler üzerinde gelişmiştir. Güneş/ay, doğa/tarih, pasif/aktif, yüksek/alçak vs. gibi ikilemler dil yapısının ana dizilişini oluşturmaktadır. Bu dizilişte karşıt kavramlar arasında keskin bir hiyerarşi bulunmaktadır. Kavramlardan biri diğerine mutlak biçimde üstünlük göstermektedir. Söylenen ne varsa, organize biçimde insan yaşamına giren sanatsal, dilsel, ailesel, siyasal, söylemlerin tümü bu hiyerarşik ikilemler üzerine kurulmaktadır. Cixous dildeki bu hiyerarşik yapılanmanın tümünün, insan yaşamında gelip kadın/erkek ikilemine dayandığını iddia etmektedir. Güneş erkek, ay kadın, aktif erkek, pasif kadın, gi-

bisinden belli bir ikileme dayalı tüm kavramlar kadın ve erkekle özdeş tutulan kavramlar pozitif olarak kurgulanmaktadır. Kadın böylece erkek dünyasında, onun terimleriyle bir anlam kazanıyor; ya görmezlikten geliniyor ya da "erkeğin diğeri" olarak kabul edilmektedir. Cixous bu tespitten hareketle kadınların yapmaları gerekenin, bu mevcut fallosentrizmi ortadan kaldırmak olduğunu ileri sürmektedir. Cixous'a göre fallosentrizme veya kültür üzerindeki eril baskıya karşı durmak doğrultusunda kadınların kendi dillerini yaratmaları gerekmektedir. Bundan dolayı babadan ziyade anneden çıkarılmış bir "ecriture feminine" veya dişil yazının varlığını önermektedir. Dişil yazını zengin ve çoksesli bir yazın olarak gören Cixous, dişil yazın ve dişil libido arasında paralellik kurmaktadır. Ataerkil düzenle ancak dişil yazınla mücadele edilebileceğini savunmaktadır. J.Winterson'ın "Vişnenin Cinsiyeti" adlı kitabındaki erkek karakter Jordan Cixous'un adını anmadan Onun ne demek istediği anlatıyor sanırım.

"Dikkat ettim, kadınların kendilerine özgü bir dili var. Erkeklerin yapılandırdığı dile bağımlı olmayan, birtakım işaretler ve yüz ifadeleri üstüne kurulu bir dil bu ve sıradan kelimeleri şifre gibi kullanıp onlara başka anlamlar yüklüyor.

Eteklik giydiğimde yabancı bir ülkede yolculuk yapar gibiydim. Dili bilmiyordum. Bana kuşkuyla bakıyorlardı.

Kadınları erkeklerle flört ederlerken, onları keyiflendirirken, onlarla alış veriş yaparken seyrettim, sonra da aynı kadınların kahkahadan kırıldıklarını, olayların komikliğini kendi aralarında yaşadıklarını gördüm. Oysa erkekler, her şeyden habersiz, kendilerini duruma hakim sanıyorlar, gidip barlarda böbürleniyor ya da kürsülerde zayıf cinsin sersemliğinden vaaz ediyorlar."

Diğer Fransız Feministlerden Irigaray ve Kristeva Batı kültüründeki egemen kadın imajına büyük eleştiriler getiriyorlar. Irigaraya göre Batı kültürünün bütün söylemleri falosentriktir(erkek organlarını merkez alan düşünce biçimi). Ona göre kadınların kurtuluşu partiarkal zihniyeti barındıran falosentrizmi ortadan kaldırmadan geçmektedir. Christine Littleton Fransız feministleri referans alarak hukuk sisteminin de falosentrik bir sosyal kurum olduğunu belirtmiştir.

Postmodern feminizmin üzerinde durduğu diğer bir konu feminizm içindeki çoğulculuğun vurgulanması gerektiği olgusudur. Postmodern feministler sınıf, ırk, kültür, yaş, siyasal eğilim ve cinsel uygulamalar açısından ele alındığında, tıpkı erkek ve kadın arasındaki "ötekilik" gibi modern feminist teorilerin tümünde, kadın hakkında bir açıklama yapılırken "Batılı, orta sınıf, heteroseksüel, beyaz kadın" ile bu özelliklere sahip olmayan "diğer kadınlar" arasında da bir "ötekilik" ilişkisinin olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadırlar. Postmodern feminizmin bu söylemi en çok üçüncü dünyalı feministlerce ve siyah feminist hareket tarafından desteklenmiştir. Onlara göre, Batı Avrupalı ve Amerikalı beyaz orta sınıf feminizminin "aileye hapsolmuş, üretimin dışında" kadını da kadınlığın çok küçük bir bölümünü temsil etmektedir. Rayna Rapp'ın 1979da Signs Dergisinde yayınlanan şu sözleri, bu eleştirilerin özeti niteliğindedir:

"Kendi deneyimlerimizin başkalarınkini de içerdiğini farz etmeye devam ettiğimiz sürece Batının Dünyanın kalanıyla ilişki içindeki gerçek tarihini yazamayız. Bizim kamusal/özel çatışmalarımız başka zaman ve yerlerde aynı biçimde olmayabilir. Eğer kategorilerimiz tanımını değiştirmek için mücadele ettiğimiz "kadınlık"ın ne olduğunu bağlam dışı bırakacak kadar genişse, kadınların özgül ezilmeleri belgelenemez. Tanzanya'lı bir kadın çiftçi, bir Mapuche kadın lider ya da Amerikalı içşi sınıfından bir ev kadını aynı ev içi alanda yaşamazlar ve toplumsal ayaklanmaların onlara hayatları üzerinde kazandırdığı iktidar aynı olmak zorunda değildir. Aynı anda hem farkları hem de benzerlikleri anlamak zorundayız ama bu benzerlikleri aynı basit kalıba indirmeden."

Siyah feministler, hukuk sistemine yönelik feminist eleştirilerin daha çok beyaz kadınların bakış açısını yansıttığını ileri sürmüşlerdir. Regina Austin'in "Sapphire Bound" adlı makalesi siyah feminist gruba aittir. Bu makalede Austin *Chambers v. Omaha Girls Clup* davasını ele almıştır. Bu davada beyaz kadınlar tarafından idare edilen bir klüpten evli olmayan hamile zenci kadının kovulması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık konu edilmektedir.

Siyah feminist düşünürler kibarlık ve tutarlılık gibi geleneksel hukuk standartlarını reddetmişlerdir. Patricia Williams'ı da bu gruba dahil etmek mümkündür. Yazıları Austin'in yazılarından daha otobiyografiktir. Williams'ın son yazıları postmodern tarzda ve parçalanmış bir şekilde yazılmıştır. Kendisini kölelerin torunu, Harvard Hukuk Fakültesi'nden mezun olanları ve şimdi ticaret hukuk derslerini anlatanları ise köle sahipleri olarak görmektedir. Yazıları bu kişilerin hayatları arasındaki karşıtlıkları ele almaktadır. "On being the object of property" adlı makalesinde Williams sözleşmeye dayalı hukuk söylemine karşı durmaktadır. Bunu yaparken hukuksal kavramları kati olarak ters anlamları ile kullanır. Böylece yazılarına mecazi ve uyandırıcı bir anlam kazandırmaktadır. Williams'ın yazıları rahatsız edici niteliktedir. Zira yavaş yavaş gelişmektedir ve sonuca bağlanmamaktadır. Bir çözümle sonuçlandırılmamaktadır. Bir mahkemenin cevap verebileceği nitelikte şekli bir formül oluşturmamaktadır. Belki de yazdıkları hukuksal değildir. Fakat kesinlikle hukukçulara seslenmektedir.

Sonuç:

Hukukun feminist hukuk teorisi gibi bu tür deneysel, geçici, belirsiz teorileri dışarıda bırakma ve marjinalize etme eğilimi vardır. Son zamanlarda ortaya çıkan heyecan verici ve aynı zamanda olağan feminist hukuk teorisi çalışmaları açıkça sonuca bağlanmamıştır. Şekli kurallar ve yapısal analizler hukukun kendini keyfiliğe ve kayırmaya karşı koruduğu yollardır. Feminist teorisyenler hukukun dayandığı bu kuralların tehlikelerini bulmuşlardır. Feminist hukuk teorisi belirli uyuşmazlıkların kritik sonuçlarında kullanılabilir ve hukukun retorik söylemlerine güçlü bir tepki oluşturabilen birçok teori geliştirmişlerdir. Her ne kadar teorinin küçük bir kısmı belki de sonuç olarak dikkat çekici bir biçimde orijinal olmakla beraber teorinin disiplinler arası yaklaşımı etkileyicidir.

Bugün feminist hukuk teorisine ilişkin yaklaşımlar onun bir doğrultusunun olmadığı yönündedir. Belki de diğer alanlardan farklı olarak özcülük üzerine görüşlerden feminist stratejiler hukukta yer almamasından kaynaklanmaktadır. Şekli eşitlik modeli hukuk davalarında 1970'lerde başarıyla gerçekleştirilmiştir. Ancak bunun toplumsal cinsiyet anlayışı ile bağdaşmayacağını feministler anlamışlardır. Ancak eşitlik dışında herhangi bir alternatif model önerilmemiştir.

Feministler arasında farklılıkların kabulü birtakım eleştirileri buna feministler de dahil, tek bir feminist bakış açısının olmadığı noktasındadır. Tüm kadınlara ait tek bir duruş noktası yoktur. Feminizm

içindeki her bir akım başka bir düşünce akımına indirgenebilir. Örneğin liberal feminizm liberalizme, postmodern feminizm postmodernizme indirgenebilir. Böylece kimi iddialara göre feminizm yeni bir fikir ortaya koymamaktadır. Her bir feminist akım kendi eski düşünce akımlarının kadınlar üzerindeki baskıların ortaya konulmasıdır. Bu belirleme hatalıdır. Öncelikle liberal ya da Marksist feminizm için doğru olsa bile radikal feminizm için hatalıdır. Çünkü radikal feminizmin merkezinde toplumsal cinsiyet ya da cinsel kimlik yapıları vardır. Radikal feminizm bir toplumsal cinsiyet olarak cinsellik fikri ile başlar. Radikal feminizme göre toplumsal cinsiyet ideolojisi sosyal olarak eril baskıyı ve dişil ikincil kılınmayı içeren hiyerarşilerle yapılanmıştır. Bütün diğer düşünceler buradan türemiştir. Başkaları kabul eder ya da etmez radikal feminizm hiç bir teoriye indirgenemez.

Tüm feminist teorileri diğerlerinden ayıran en temel düşünce patriarkayı reddetmedir. Bununla beraber kimileri şöyle bir iddia ileri sürebilir. Eğer ki feminist hukuk teorisi hukukun ataerkil olmasını ortaya koymaktan ibaretse bu pek de bilimsel bir çaba olmayacaktır. Sadece ataerkil düzeni reddeden bir hukuk teorisi nasıl taraftar bulabilir? Bu belirlemedeki problem ataerkil sistemin reddedilmesinin küçük bir nokta olduğu konusundadır. Ancak bu devrimsel nitelikte bir reddetmedir. Bundan dolayı feminizm ya da feminist hukuk teorisi hakkında yeni olan tek şey feminizmin kadınların bakış açısıyla patriarkal kurumların eleştirisinin yapılanmasıdır. Daha genel olarak ortaya koymak gerekirse feminizm; ataerkil yapılar, kurumlar, kabuller dışında kalan veya kalmaya çabalayan bir grup tarafından ataerkil kurumların, yapıların ve kabullerin eleştirisidir.

Hayatta en zor iş farklı düşünce kalıplarından gelen insanların tartışmalarının bir sonuca ulaşmasıdır. Tartışma için ortak bir zemine ihtiyaçları vardır. Bundan dolayı öncelikli sorun eleştiriyi anlamak ve onu ciddiye almaktır. Ataerkil düzenin ortadan kaldırılması en az Kopernik, Protestan, Endüstri devrimleri kadar kültürel bir devrimi yapılandırır. Bu devrimlerden önce yaşayan insanlar nasıl bir dünya ve insanlığın kendilerinden sonra geleceğini tahmin edebiliyorlar mıydı? İlk dönem feminizme yönelik tepkiler alaycıydı. "Feminizm" sözcüğünün ağza alınması bile, çeşitli kesimlerde öfke -alay- küçümseme karışımı bir tepki doğuruyordu. Kadınların statüsü ve rollerin daha öncekinden farklı olabileceğine kimse inanamıyordu.

İkinci olarak ataerkil sisteme yönelik eleştiriler ciddiye alındığı ve anlaşıldığı zaman insanları korkutmaktadır. Neden? Devrimci eleştiriler devrimci oldukları için korkutucudurlar. Eğer başarıya ulaşırsa hayat bir daha eskisi gibi olmayacaktır. Patriarkinin sonu aynı zamanda bizim bildiğimiz sosyal hayatın da sonu olacaktır.

Kaynakça:

Austin, R., *Sapphire Bound,* **Wisconsin Law Review**, Mayıs 1989.

Beauvoir, S., *İkinci Cins,* çev: Bertan Onaran, Payel yayınları, İstanbul, 1993.

Benhabib, Ş., *Modernizm, evrensellik ve birey,* Çev: Mehmet Küçük, Ayrıntı yayınları, İstanbul, 1999.

Bora, A., *Kamusal alan- Özel alan:. Mahrumiyet-Özgürleşme ikileminin ötesi,* der: Oya Çitçi, **20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı**, TODAİE yayın no:285,1998.

Butler, J., *Performans Olarak Cinsel Kimlik,* **Eleştirel Bakış** içinde, der: Peter Osborne, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.

Cain, P.A., *Feminism and the Limits of Equality(1990),* der: M. D. A. Freeman, **Lloyds Introduction to Jurisprudence(sixth edition)** içinde, Sweet&Maxwell Ltd., London.

Cohen, J.L., *Demokrasi, Farklılık ve özel yaşam hakkı,* yayına hazırlayan: Şeyla Benhabib, **Demokrasi ve Farklılık** içinde, Demokrasi kitaplığı, Açılımlar dizisi:1, İstanbul, 1999.

Çaha, Ö., *Sivil Kadın- Türkiyede Sivil Toplum ve Kadın,* çev: Ertan Özensel, Vadi Yayınları, Ankara, 1996.

Dalton, C., *Where we stand: Observations on the situation of feminist legal thought,* **Berkeley Womens Law Journal,** sayı 3, 1988.

Demir, Z., *Modern ve Postmodern feminizm,* İz yayınları, İstanbul, 1997.

Dietz, M., *Bağlam her şeydir: Feminizm ve yurttaşlık teorileri,* **Birikim dergisi,** Kasım 1993.

Donovan, J., *Feminist Teori,* çev: Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İletişim yayınları, İstanbul, 1997.

Finley, L.M., *Breaking Womens Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning,* der: M. D. A. Freeman, **Lloyds Introduction to Jurisprudence(sixth edition)** içinde, Sweet&Maxwell Ltd., London.

Firestone, S., *Cinselliğin Diyalektiği,* çev: Yurdanur Salman, Payel yayınları, İstanbul, 1979.

Fraser, N. ve Nicholson, L., *Felsefesiz toplumsal Eleştiri: Feminizm ve Postmodernizm Arasında Bir Karşılaşma,* çev: Mehmet Küçük, der: Mehmet Küçük, **Modernite versus Postmodernite** içinde, Vadi yayınları, Ankara, 1993.

Freeman, M.D.A., *Lloyds Introduction to Jurisprudence(sixth edition),* Sweet&Maxwell Ltd., London,1994.

Friedan, B., *Kadınlığın Gizemi,* çev: Tahire Mertoğlu, E yayınları, İstanbul, 1983.

Frug, M.J., *Postmodern legal feminism,* Routledge, New York &London, 1991.

Frug, M.J., *A Postmodern Legal Manifesto (An Unfinished Draft),* **Harvard Law Review,** cilt 105, 1992.

Güngör, A., *4320 sayılı yasanın değiştirilmesi çalışmaları hakkında,* **Uçan Haber,** sayı:10, Kasım 2000.

Hirş, E., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri,* güncel dile uyarlayan: Selçuk(Baran) Veziroğlu, İkinci baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları, Ankara, 1996.

Johnson, B., *Postmodern in Feminism,* **Harvard Law Review,** cilt 105, sayı: 5, Mart 1992.

Kalan, I., *Kadın ve Adalet,* Kaynak yayınları, İstanbul, 1998.

Kay, H. H., *Equality and Difference: The Case of Pregnancy,* der: D. Kelly Weisberg, **Feminist Legal Theory. Foundations,** Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Littleton, C.A., *Reconstructing Sexual Equality,* **California Law Review,** sayı: 75, 1987.

Littleton, C.A., *Reconstructing Sexual Equality,* **California Law Review,** sayı: 75, 1987.

MacKinnon, C., *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence,* **Signs: Journal of Women in Culture and Society,** sayı 8, 1983.

MacKinnon, C., *Feminism Unmodified,* Cambridge: Harvard University Press, A.B.D., 1994.

Millett, K., *Cinsel Politika,* çev: Seçkin Selvi, Payel Yayınları, İstanbul, 1973.

Newton, K.M., *Twentieth Century Literary Theory* , MacMillan Press, NewYork, 1997.

Olsen, F. E., *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis,* **Texas Law Review,** sayı 63, 1984.

Olsen, F. E., *Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective,* **International Journal of Sociology of Law,** sayı 18, 1990.

Olsen, F. E., *Some Jurisprudential Foundations of Critical Legal Studies and Feminist Legal Theory,* **Current Legal Problems- Legal Theory at the end of millennium** içinde, der: Micheal Freeman, 1998, cilt 51.

Radin, M.J., *The Pragmatist an Feminist,* **California Law Review,** cilt 63, 1990, s. 1699.

Ramazanoğlu, C., *Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri,* çev: Mefkure Bayatlı, yayına haz: Fatmagül Berktay, pencere yayınları, İstanbul, 1998.

Rhode, D.L. *Justice and Gender,* Harvard University Press, 1989.

Rullmann, M., *Kadın Filozoflar- Antikçağdan Aydınlanmaya Kadar,* çev: Tomris Mengüşoğlu, Kabalcı Yayınevi, 1996, İstanbul.

Sarup, M., *Post- yapısalcılık ve Postmodernizm,* çev: A. Baki Güçlü, Ark yayın, Ankara, 1997.

Savran, G., *Feminizmler,* **Yapıt,** sayı 9, 1985.

Smith, P., *Feminist Jurisprudence,* Oxford University Press, 1993.

Smith, P., *Feminist Jurisprudence,* der: Dennis Patterson, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory** içinde, Blackwell publishers Ltd, 1999, U.S.A&U.K

Taub, N.-Schneider, E. M., *Womens Subordination and the Role of Law,* der: D. Kelly Weisberg, **Feminist Legal Theory. Foundations,** Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Tong, R., *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction,* London, Westview Press, Inc, 1989.

Walker, S.M.&Wall, C. D., *Feminist Jurisprudence: Justice and Care,* **BYU Journal of Pubic Law,** cilt 11, 1997.

Weisberg, D. K.(der.), *Feminist Legal Theory. Foundations,* Temple University Press, Philadelphia, 1993.

West, R.,*The Difference in Womens Hedonic Lives: a Phenomenological Critique of feminist Legal Theory,* At The Boundaries of Law- Feminism and Legal Theory içinde, der: Martha Albertson Fineman, Nancy Sweet Thomadsen, Routledge, New-York, 1985.

West, R., *Jurisprudence and Gender,* **University of Chicago Law Review,** cilt 55, sayı: 1, 1988.

Whitman, C.B., *Feminist Jurisprudence,* der: Karen. J. Maschke, **Gender and American Law** içinde, Garland Publishing, Inc., New York&London, 1997.

Williams, P., *On Being Object of Property,* **Signs,** cilt 14, Ağustos 1988.

Williams, W.W., *The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism,* der: Kathrine T. Bartlett&Rosanne Kennedy, **Feminist Legal Theory-Readings in Law and Gender** içinde, Westview Press, 1991.

Wishik, H.R., *To Question Everything: The Inquiries of Femnist Jurisprudence,* der: D. Kelly Weisberg, **Feminist Legal Theory. Foundations,** Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Winterson, J., *Vişnenin cinsiyeti,* çev: Pınar Kür, İletişim yayınları, 2000. İstanbul.

Worden, K.C.,*Overshooting the Target: A feminist deconstruction of Legal Education,* **The American Univarsity Law Review,** cilt 34, 1985.

Young, I.M., *Impartiality and the Civic Public,* der: Şeyla Benhabib, Drucilla Cornell, **Feminism as Critique** içinde, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

Microsoft Encarta Encyclopedia 2000.

http://www.nostatuquo.com/ACLU/Porn/newday/AppA.htm

http:/muse.jhu.edu/demo/american_quarterly/48.1horowitz.html

Amerikan Hukuki Realizm Akımı

Ahmet Ulvi Türkbağ

"Sinik asitle yıkadığımız ve araştırmamızın amacından, hukukun işleyişlerinden başka her şeyi attığımız zaman, görev kavramının belirsiz çerçevesinin nasıl daraldığını ve aynı zamanda da daha kesinlikle büyüdüğünü görüsünüz."

O.W. Holmes[1]

Neden hukuki realizm? Hemen belirtilmesi gereken, *realist* düşüncenin günümüzde hem güncel hem de önemli olduğudur. Öncelikle, 1960'lı yılların ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlayan ve 80'lerin sonlarında belirginleşen postmodern yaklaşımların hukuktaki yansımaları, özellikle CLS: Critical Legal Studies-Eleştirel Hukuk Araştırmaları, adlı akım gerek onu kabul etmek gerekse eleştirip aşmak anlamında büyük ölçüde hukuki *realizm* kaynaklıdırlar. İkincisi ülkemiz açısından, özellikle ekonomik yapıdaki sağlıksızlığın dayanılmaz hale geldiği 90'ların ikinci yarısından itibaren, Avrupa Topluluğu'na tam üyelik arzusunun da etkisiyle kurum, kavram, yerleşik değer ve kabuller üzerine *realistlerin* öngördükleri biçimde '**sinik** asit'[2] dökülmesi oldukça yaygınlaşmıştır. Bu asidin her zaman **sinik** olduğunu söylemek zor olsa da, ülkemizde *realizmin* bu denli hakim olduğu başka bir dönem bulunmadığını söylemek doğrudur. Çünkü, sürekli bir şeylerin üzerinden örtüler kaldırılmakta, daha önce hiç yapılmadığı biçimde temel kurum ve kavramların 'nedeni', 'işlevi' sorgulanmakta; dahası eskiden fazlasıyla doyurucu bulunan yanıtlar artık tutucuları bile tatmin edememektedir. Değişimin baş döndürücü bir hıza ulaştığı, çeşitli kriz ve çöküntüler dolayısıyla düzenin en sadık taraftarlarının bile onun kurum ve kavramlarını sorgulamaya yöneldiği günümüz koşulları, hukuki realizmin Amerika'da doğup geliştiği dönemdeki (1895-1930) koşullarla 'garip' bir uyuşum içindedir. Hukuki realizm daima büyük değişme ve kırılma zamanlarında, çok yaygın deyimlerle kriz ve şok zamanlarında gündeme gelmektedir. Çünkü her şeyin yolunda gittiği dönemlerde, genel kabuller üzerine '**sinik** asit' dökmek de pek taraftar bulacak bir davranış biçimi değildir.

Böylesi vurgulanan ve *realizmin* özünü ifade eden bu asit dökme faaliyetini de tanımlamak gerekir: **Sinik** asit dökmek, her türlü kurum ve kavramı rasyonalize etmeden (makul bir kılıf bulmadan) olduğu gibi görmek, üzerindeki örtüyü kaldırmak ya da maskeyi çıkartmaktır. Bu ise belirtildiği gibi oldukça yüreklilik isteyen bir iştir ve belli koşullarda olmayı gerektirir. Yani kişinin bu denli

1 The Path of Law'dan alıntı metin, Howard Davies, David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995, s.446.

2 Sinizm ya da Kinizim (Köpeksiler): Doğal yaşamı ve mutluluğu her tür uygarlığa yeğ tutan eski Yunan'daki bir felsefe okulu. Halk bunlara sokaklarda yaşadıkları için bu adı vermişti.

güçlü ya da umutsuz olması gerekir. İşte tüm bunlar hukuki realizmi kısaca da olsa incelenmeğe ve üzerinde düşünülmeye değer kılıyor.

Hukuki realizmin genel çerçevesi nedir? Hukuki realizmin[3] temel tezlerini irdelemeden ve eleştirisini yapmadan önce temsilcilerine değinmek gerekir. En önde gelenleri Yargıç O.W. Holmes Jr., John Chipman Gray, Karl N. Llewellyn, Herman Oliphant ve Jerome Frank'tir. 'Karşı' bir akım olan *realizmin* niteliği gereği bu şahsiyetler bile her konunda aynı düşünceyi paylaşmazlar. *Realist* hareket, yandaşlarının da kabul ettikleri gibi aslından yeknesak ve tutarlı bir bütün değildir, bu nedenle de bir 'hareket' olmaktan çok 'hareketler' olarak adlandırılması daha doğrudur. Ama yine de onları aynı ad altında toplamayı haklı kılacak ortak noktaları vardır ve bu birlik akımın simgesi olan Yargıç Holmes'un kişiliğinde, taraftarlarının ona duyduğu saygıda somutlaşır.

Ayrıca *realizmin* dahil edilmesi gereken başlığın saptanması da zordur. Hukukun, toplum üzerinde olumlu etkiler yaratmak için var olduğunu kabul ettiğinden, bu sonuççu (consequentalist) yönüyle 'yararcı akımlar' içinde incelenebilir. Gerçekçi yönüyle yani hukuku, 'hukukçuların söyledikleri değil de yaptıkları' olarak değerlendirmesiyle 'sosyolojik pozitivizm' başlığında incelenebilir. Her iki durumda sosyal gerçekliğe verilen ağırlık ve önem ortadadır. İşte bu gerçekçi vurgu; *realist* akımı hukuk dışındaki birçok bilimle de ilgilenmeye yöneltmiş (ekonomi, kriminoloji, psikoloji istatistik ve genel sosyoloji) ve, hukukun saflığı, bağımsızlığı ve kesinliği uğruna gerçekliğe gözlerini kapatan, onun ihmalini hatta inkarını 'bilimsellik ve saflık' için gerekli gören analitik ve normativist pozitivimle yollarının ayrılmasına neden olmuştur. Zaten demokratik bir ülkede, hukuku 'egemenliğe sahip akıllı bir varlığın diğer akıllı varlıkları yönetmek için çıkardığı emirler' olarak kabul etmek de kolay değildir. Kuşkusuz olana, olguya gerçekliğe duyduğu bu ilgi hukuki realizmi 'olması gereken' hukuktan yani doğal hukuktan, ahlak kaynaklı ve hukuku ahlaka yaklaştıran akımlardan da uzaklaştırmıştır. Çünkü Realist anlayışta, yargıçların davranışlarını meşrulaştırmada kullanacakları hukuki-ahlaki gerekçelere değil, doğrudan onların ne yaptıklarına bakılacaktır.

Şimdi, *realizmi* tanımlamada yine onun doğum yerinde yetişmiş bir hukukçudan yardım almak herhalde doğru bir yoldur. R. Dworkin ünlü yapıtı Taking Right Seriously'de (-Hakları Ciddiye Almak) hukuki realizm akımını aşağıdaki biçimde özetliyor:

> "Bu yüzyılın başında...[Gray ve Holmes] yargıçların yalnızca var olan kuralları uyguladıkları [biçimindeki] genel geçer öğretiyi yıkan, yargı sürecinin kuşkucu açıklamalarını yayınladılar. Bu kuşkucu yaklaşım 1920 ve 1930'larda 'hukuki realizm' olarak adlandırılan güçlü entelektüel harekete doğru genişledi. Hareketin liderleri...yargıçların kararlarında vurguladıkları kurallar üzerinde yoğunlaşıp onların ne yaptığını tanımlamaya çalışarak hukuk bilimine öğretisel bir yaklaşım getirdiği için, genel geçer teorinin yanlış yola sapmış olduğunu ileri sürdüler. Realistler bunun bir hata olduğunu ileri sürerler, çünkü yargıçlar aslında davaları kendi siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlarlar ve ardından rasyonelleştirmek için uygun bir hukuk kuralı seçerler. Realistler yargıcın ne söylediğine değil daha çok ne yaptığına ve kararlarının geniş bir topluluk üzerindeki fiili etkilerine bağlanacak bilimsel bir açıklama talep ettiler. Amerikan içtihatlarının ana hatları bu realizmin çağrısını izlemiş ve İngiliz metinlerinin öğretisel açıklamalarından kaçınmıştır. O daha çok iki mesleki beceri üzerinde durmuştur: Hukukçuların olguları sıralama ve toplumsal değişme için taktikler tasarlama becerileri."[4]

3 Hukuki Realizm konusunda ayrıntılı ve tatminkar bir inceleme için bkz. Ülker Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, AÜHF Yayını Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Realizmin kaynakları nelerdir? Yukarıda, realizm gibi bir akım için gerekli olan koşullara genel olarak kısaca değinildi. Ancak özelde, Amerika'daki toplumsal ve düşünsel arka plana da kısaca değinmek gerekir. Amerika 20. yüzyılın başında tarihte daha önce görülmemiş bir hızla değişiyordu. Bu değişime 1914'teki 1. Dünya Savaşı'nın ardından, 1920'lerin sonlarındaki ekonomik bunalımla sonuçlanacak ciddi sosyal ve iktisadi dengesizlikler de eşlik ediyorlardı. Bunlara ek olarak İngiliz hukukunun egemen düşüncesi olan analitik pozitivizm de, erginlik çağına ulaşan Amerika'nın kendi tarzını oluşturmasını bir ölçüde engelledi.. Belirtildiği gibi çok hızlı değişen ve gelişen Amerikan toplumuna mantıksal tutarlılığı esas alan, hukuku normlar sistemi olarak kabul eden görüş, deyim yerindeyse 'dar' geliyordu. Ünlü Anayasa'nın doğal hukuk ilkelerinden oluşan temellerine gelince: Onlar da tüm bu haksızlıklar ve dengesizlikleri önleyemedikleri ve kağıt üstünde kaldıkları için, bir ölçüde gözden düşmüşler, prestij kaybına uğramışlardı. Amerikan düşüncesinin artık kendine has, özgün bir yapısı vardı: *Pragmatist, deneyci, gerçekçi* ve *demokrattı* ya da en azından kendini böyle niteliyordu. İşte bu özelliklerden ilk ikisi hemen aşağıda irdelenmeye çalışıldı, diğerleri ise metnin çeşitli kısımlarına dağıtıldı.

Hukuki realizmin kurucu özelliklerine yakından bakıldığında; W. James'in olgulara, aksiyonlara ve kuvvetlere dönme arzusu taşıyan pragmatizmi ile J. Dewey'nin ılımlı deneyciliğinin bu akımın kuramsal kısmının temelini oluşturduğu görülür. James Pragmatizm adlı yapıtına, tıpkı 'ben buraya Sezar'ı övmeye değil, gömmeye geldim!' diye konuşmasına başlayan ve ardından Sezar'ı öldürenlere karşı bir iç savaşın başlamasını sağlayacak ölçüde onu öven Marcus Antonius gibi, "...[B]ir insanı tanımak için bilinecek en pratik ve önemli şeyin onun evren hakkındaki görüşü [felsefesi] olduğuna.." inandığını belirten bir alıntıyla başlar; "...[İ]nanırız ki, evini kiraya veren bir ev sahibi için kiracısının gelirini bilmek önemlidir, ama onun felsefesini bilmek daha önemlidir..." diye de devam eder.[5] Ancak bunun ardından James yapıtının tümünde, aslında ev sahibi için önemli olanın kiracısının felsefesi, dünya görüşü hakkındaki spekülasyonlar olmadığını; kiracının geliri yani gerçekte, fiilen kirayı düzenli ödeyebilme gücü olduğu düşüncesini vurgular. Bu anlayış hukuka uygulandığında, hukuk da artık James'in istediği gibi, yöneldiği yüce amaçlarından [felsefesinden] değil sonuçlarından, meyvelerinden yani uygulanmasıyla ortaya çıkaracağı toplumsal değişimden tanınacak ve buna göre değerlendirilecektir.[6]

Dewey'in deneyciliğine gelince, öncelikle Pragmatizm ve Dewey çok yakından bağlantılıdır. James kitabında sıkça Dewey'den övgüyle söz eder.[7] Bunun dışında Dewey'nin asıl önemi bilimsel düşünme ve keşif mantığına yaptığı katkılardandır. Bu yeni mantık anlayışı ile o dönemdeki, hukukun yargı sürecinde izlediği mantık anlayışı oldukça farklıdır: Hukukta mantık yine de vazgeçilmezdir ama bu mantık tasımsal bir mantık değildir. Yani burada tasımda olduğu gibi, ku-

4 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Massachusetts 1997, s.3.
5 William James, Pragmacılık, Çev. M. Aşkın, MEB, İstanbul 1986, s.3.
6 W.Friedmann , Legal Theory, Stevensand sons Ltd., London 1953, s.199.
7 James s.49,60.

ramsal ilkelerden tümden gelimsel [dedüktif] kesin sonuçlara varılmaz. Dewey'nin mantığında ancak olasılıklar tahmin edilebilir. Karar verecek olan yargıç olguların bilgisine ne denli çok sahip olursa kararı da o denli farklı olacaktır. Davaya uygulayacağı kuralları, olgulara ilişkin bilgisine oranla seçecektir. Asıl önemlisi bu anlayışa göre hukuk, mantığın belirli bir sonuca götüren faktörlerden yalnızca biri olduğu deneysel bir süreçtir.[8] Yani eskiden düşünüldüğü gibi hukukta temel, asıl olanın mantık olduğu kabul edilemez. Mantıktan olgulara, gerçekliğe dönülür.[9] Tek bir tümce ile yargıç önünde yığılmış hukuk metinlerinden başını kaldırır ve olaya, onun çeşitliliğine yönelir.

Böylece hukuk hem araçsal bir karakter kazanır hem de deneysel bir süreç olur. Bundan dolayı da hukuk, ne pozitivizm ya da normativizmin düşündüğü gibi kendi içine kapalı ve kendine yeterli bir normlar sistemidir ne de doğal hukukun ileri sürdüğü gibi onu meşru kılacak üstün amaç ve değerlere sahiptir. İyi ama, önemli olan, ne olmadığı saptanan bu hukukun, asıl ne olduğunun saptanmasıdır. Ancak daha açık ve anlaşılır olması için bu iş hukuki realizmin temel ilkeleri belirlendikten sonra yapılmalıdır.

Hukuki realizmin ilkeleri ya da kalkış noktaları nelerdir? Bu soru, yukarıdan beri sorulanlar (ve aşıdakiler) içinde en açık ve net yanıta sahip olanıdır. Çünkü akımın en önemli temsilcilerinden biri tarafından açıkça yanıtlandırılmıştır. Dahası bu yanıt Hukuki Realizm'in temsilcileri arasında bulunduğu söylenen ayrılıklar dikkate alınarak 'asgari müşterekler' biçiminde, ortak bir taban olarak saptanmıştır. Karl Llewellyn, Jurisprudence-Hukuk Bilimi adlı yapıtında ortak kalkış noktalarını aşağıdaki biçimde sıralamıştır:[10]

1. Akış ya da hareket halindeki hukuk ve yargısal olarak yaratılan hukuk kavramı.
2. Kendinde bir erek olarak değil toplumsal ereklerin aracı olarak hukuk kavramı; böylece herhangi bir bölümün sürekli erekleriyle ve sonuçlarıyla denetlenmesi ve hem her ikisine hem de her ikisinin karşılıklı ilişkilerine göre yargılanması gerekir.
3. Akış halinde ve tipik olarak hukuktan daha hızlı akış halinde toplum kavramı; böylece, hukukun herhangi bir bölümünün hizmet ettiği topluma ne ölçüde uyduğunu saptamak için sürekli yeniden denetlenme gereksiniminin bulunduğu olasılığı tanınır.
4. Olan ve Olması Gerekenin araştırma amaçları için *geçici* olarak ayrılması. Bununla kastettiğim araştırmaya amaçlar kurmak için daima değer yargılarına başvurulmasının gerekli olmasına karşılık araştırma sırasında gözlemler, tanımlar ve tanımlanan şeyler arasında ilişkiler kurulurken, *olabildiğince* gözlemcinin arzuları, olmasını istedikleri ya da (ahlaken) olması gerektiğini düşündükleri işe karıştırılmaması gerektiğidir. Bu özellikle mahkemelerin ne yapıyor oldukları araştırılırken ne yapmaları gerektiği sorusunun hariç tutulması çabasını içerir. Olan ve Olması Gereken arasındaki bu ayrılık tabi ki, nihai değildir... Buradaki argüman basitçe, hukukun herhangi bir bölümüyle ilgili gelecekte ne yapılması gerektiğine ilişkin hiçbir hükmün, bu bölümünün şimdi ne yapıyor olduğunu olabildiğince nesnel olarak bilmeden verilemeyeceği, biçimindedir; ve realistler, Olması Gereken-gözlüklerinin *olguların araştırılması sırasında zorla taktırılmasının* ne yapılıyor olduğunun görülmesini çok zorlaştırdığını, deneyimin gösterdiğine inanırlar.

8 Friedmann, s.185.
9 Burada, realizmin fenomenolojiye yaklaştığını söylemek doğru olur. E. Husserl'in ünlü değişini anımsamamak mümkün değildir: "Araştırma hareket noktasını felsefelerden değil, şeylerden ve problemlerden almalıdır", E. Husserl, Kesin Bir Bilim Olarak Felsefe, Çev. Tomris Mengüşoğlu, YKY, İstanbul 1995, s.80.
10 Davies-Holdcroft, ss.451-452.

5. Mahkemeler ya da kişilerin gerçekte ne yapıyor olduklarını *tanımladıkları* iddiasında oldukları ölçüde geleneksel hukuk kural ve kavramlarına güvensizlik. Bu nedenle 'mahkemelerin ne yapacaklarının genelleştirilmiş tahminleri' olarak kuralları sürekli vurgulamak... uygulanmak *için* kurallarla (öncüller) uygulama*nın* kurallarını (pratikler) dikkatle ayırmak.
6. Geleneksel kurallara (tanım alanında-olgusal alanda) güvensizlikle el ele giden geleneksel emredici kural formüllerinin mahkeme kararı üretmede *ağırlıklı* işleyen faktör olduğuna güvensizlik...Ancak bu ve bir üstteki maddede bulunan 'güvensizlik' verilen tek bir örnekte 'inkar' ile tamamen eş anlamlı değildir.
7. Davaları ve yasal uygulamaları geçmişte yapılandan daha dar biçimde sınıflandırmanın değeceğine inanç. Bu sıklıkla farklı ve karmaşık olgu durumlarını kapsayan basit sözlü kurallarla bağlanır (farklılık kısmen vakaların ortaya çıkış biçimlerine kısmen de gözlemcinin nasıl ortaya çıkmaları gerektiğine ilişkin yargısına göre test edilir, oysa bir realist belli bir örnekte hangi ölçütü uyguladığını açıkça göstermeye çalışır.)
8. Hukukun herhangi bir bölümünü sonuçlarıyla değerlendirmede ısrar ve bu sonuçları bulmaya uğraşmanın değerli olduğunda ısrar.
9. Hukuk sorunlarına bu başlıklar yoluyla *sürekli ve programlı saldırıda* ısrar...

Hukuki realizmin hukuk tanımı nedir? Genel ilkeleri bu biçimde saptandıktan sonra, şimdi hukuk konusundaki en zor soruna tanım sorununa değinmek gerekir. Diğer sosyal bilim dallarında olduğu gibi, belki de onlardan daha fazla hukuk tanımı, çeşitli anlayışlara göre büyük farklar göstermektedir. Bu nedenle herhangi bir anlayışın düşüncelerini saptama ve değerlendirmenin en kısa yolunun, o anlayışın hukuk tanımına bakmak olduğu söylenebilir. *Realizm* kendi açısından hukuku Yargıç Holmes'un ağzından aşağıdaki biçimde tanımlamaktadır:

> "İnsanlar gelecekteki tehlikeye ne derece ve hangi şartlar altında maruz kalacaklarını... bilmek isterler ve bu yüzden de bu tehlikeden ne zaman korkulacağını anlamak bir meşgale haline gelir. Bu yüzden bu konudaki hedef tahmin yürütmedir. Bu mahkemelerin alet olduğu devlet gücünün tesadüfen vuku buluşu hakkında tahmin yürütmedir. Eğer sadece hukuku tanımak isterseniz ona kötü bir adam gözüyle bakmanız lazımdır...[D]ostumuz kötü adamın görüşünü alırsak, onun ne aksiyomlara ne de delillere baktığını görürüz. Aslında Massachusetts yahut İngiliz mahkemelerinin ne yapacağını bilmek istediğini anlarız. Benim hukuktan anladığımda, mahkemelerin hakikatte ne yapacakları hakkında bulunulacak tahminlerdir, bundan daha iddialı bir şey değil..."[11]

Hukuku, herhangi bir olay karşısında mahkemelerin alacağı tutuma indirgeyen bu tanım oldukça ilginçtir. *Realizme* göre kişilerin hukukla ilgilenmesinin ve hukukçuluğun (avukatlık, danışmanlık vb.) bir meslek olmasının gerçek nedeni, ancak hukuka 'kötü adamın' bakış açısıyla bakıldığında anlaşılabilir. Yani gerçek neden 'yapacağım davranış ya da olacak olay sonucu ne gibi zararlara, kötülüklere maruz kalacağım?' sorusunun yanıtlandırılmasıdır. Örneğin daha az vergi ödeyebilmek için ticari defterlerinde 'küçük(!)' değişiklikler yapan bir tacirin bilmek istediği, eğer bu değişiklikler fark edilirse ne gibi tatsızlıklarla karşılaşacağıdır. Onun hukuk kuralları, ilkeleri ya da vicdani değerlendirmelerle ilgisi yoktur. Tek ilgilendiği mahkemeden çıkacak ve onu etkileyecek sonuçtur. İşte hukukçuluk da bu sonucu tahminden ibarettir. Neden mi? Eğer hukuk söylendiği gibi var olan kurallardan mantık yoluyla kesin

11 The Path of Law'dan alıntı metin, Ömer Yörükoğlu, Yirminci Yüzyılın ilk Yarısında A. B. D. de Hakim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul 1982, İ.Ü.H.F. Yayını, s.106.

sonuçlara varmak olsaydı, kişiler kuralları uygulayıp uyuşmazlıkları çözerlerdi ve dava yoluna gerek kalmazdı, ya da dava yoluna gidildiğinde kurallar mekanik biçimde olaya uygulanıp sonuca varılacağından sonuç baştan belli olurdu.[12] Oysa davaların sonucu önceden tahmin edilememektedir.

Bu savı bir örnekle açıklamak daha uygundur. Diyelim hukuk Futbol gibi bir dizi kurallardan oluşsaydı, tıpkı futbolda olduğu gibi sorunları çözmek çok kolay olurdu. Çünkü futbolda (saatlerce tartışılıp konuşulmakla birlikte) asıl tartışılan bir olayın oluş biçimidir. Bir kez bu saptandıktan sonra kural ona mekanik biçimde uygulanır ve sorun çözülür. Yani topun yarısından fazlasının kale çizgisini geçip geçmediği tartışılabilir (maçtan sonra günler ve saatler bu konuya ayrılabilir(!)) ve hakemler de bu konuda kısa bir süre duraksayabilirler ancak, topun yarısından fazlasının kale çizgisini geçtiği saptandıktan sonra, verilecek karar da tartışılması ya da duraksanması gereken bir yön yoktur, gol kararı verilir. Ama hukukta futboldan farklı olarak[13] yalnızca olgular değil, kurallar ve bunların kapsamları, aralarındaki ilişkiler uygulama biçimleri de tartışılır.

Tüm bunların sonucu klasik anlamda hukuk kurallarının yasalar, tüzükler ve emsal kararlar, hukuk yaşamında zannedildiği öneme sahip olmadığıdır. Çünkü 'kağıt üstündeki kurallar' ile 'gerçek kurallar' birbirlerinden çok farklıdır. Klasik hukuk anlayışı, her kararın aslında biricik olduğu ve yaratıcılık gerektirdiği gerçeğini hem hukukçulardan hem de halktan gizlemektedir. Hukukçunun yapması gereken kağıt üstündekilerle oyalanmayıp, gerçek kurallara ulaşmaya çalışmaktır. Bunun içinde kuşkucu olmak gerekir. (Burada hukuki realizmin kullandığı kuşku, kartezyen bir kuşkudur: Amaç değil gerçeğe ulaşmanın aracıdır). Yargılama sürecinin aşamalarına göre kuşkucularda farklı bir kimlik kazanırlar. 'Olgu Kuşkucuları' *realizmin* çok büyük önem verdiği olguların toplanması aşamasında yani olayın ilk derece mahkemesine getirildiği aşamada yapılanlardan kuşkulanırlar. 'Kural kuşkucuları' ise olguların toplanma aşaması sona erdikten ve ilk derece mahkemesi karar verdikten sonra, temyiz sürecinde (eğer gidilirse) devreye girerler.[14] Hukuki realistler bu iki türü de kullanmışlardır. Ancak bazıları ilkine diğerleri ikincisine ağırlık vermiştir. Her iki tür kuşkuculuğun tanımı ve işlevi farklıdır. 'Olgu kuşkucuları', mahkemelerin olguları değerlendirmelerinin kesinlikten mahrum oluşuna ve bu nedenle de tahmini olanaksızlaştırmalarına odaklanmışlardır. Bu bağlamda, tanıkların güvenilirliği, mahkemelerin delil toplama, sunma ve değerlendirmedeki bilim dışı tutumları, hukuki sorunların aşırı düşmanlık yaratan dava yoluyla çözümü, sorunları üzerinde çalışmışlardır. 'Olgu kuşkucular'ının en ünlüsü olan J. Frank: "Var olan Amerikan mahkeme türleri içinde, ilk derece mahkemelerinde, tahmin edilebilirliğin muhtemelen olanaksız olduğunu ileri sürmüştür". [15] 'Kural kuşkucuları' ise: Yargıçların kararlarına nasıl vardıkları, kararların kurallar ve emsal kararlardan açık mantıksal değerlendirmeyle tahmin edilebilir olup olmadığı, kuralların yargıçların karar sürecini denetlemedeki rolleri ve ağırlıkları üzerinde durmuşlardır. 'Kural kuşkucular'ının öncüsü Llewellyn, kuralların en

12 G. Jeffrie Murphy, Jules L. Coleman, Philosophy of Law, Westview Press, San Francisco 1990, s.33.
13 Çok ender olmakla birlikte futbolda da kuralların tartışıldığı görülebiliyor.
14 Roger Cotterrell, The Sociology of Law, 2nd Edition, Butterworths, London 1992, s.217.
15 Cotterel, s.217.

ralların en iyi durumda yargıçlara rehberlik edebildiklerini onları denetleyemediklerini kabul etmiştir.[16]

İşte tüm bu değerlendirme ve güvensizliğin sonunda *realizm* yargı kararlarının, kurallar ya da örnek kararların mantıksal sonucu olmadığını, mantıksal çıkarım ve öğretisel analizlerin kararları belirlemekten çok rasyonalize ettiğini ileri sürmüştür. Kararların asıl belirleyicileri olarak da çevre koşulları, karakter, huy, çeşitli menfaatler, cinsel dürtüler, yaygın ideolojiler ve benzerlerini kabul etmiştir. Bu nedenle *realizm* açısından hukuk bilimi, yargıçların ve diğer resmi görevlilerin verdiği ve hukuk olarak görülen kararlara nasıl ulaşıldığının bilimsel araştırması anlamına gelmektedir.[17] Araştırma sırasında, Psikoloji, genel sosyoloji ve istatistik başta olmak üzere yukarıda sayılan bilimlerden yararlanılacaktır.

Bu tanımlama ne getirir? Hukuk anlayışındaki köklü değişiklik getirdiği kesindir. Kuralların mantıksal analizi ile kesin ve nesnel sonuçlara varılması biçiminde ifade edilen güvenilir sürecin yerine, mahkemelerin ve diğer resmi görevlilerin kişisel özellikler, önyargılar, ideolojiler vb. faktörlerle ulaşacakları kararların muhtemel bilimsel tahmini arasında büyük fark vardır. Realistler için kurallar, hukukçuların kararlarını vermelerinde belirleyici olmayacaklar, yalnızca bu kurallar dikkate alınmaksızın verilen kararların sonradan onanmasında kullanılacaklardır.[18] Ancak buradaki asıl önemli nokta, şu ana kadar bilinçli olarak anılmayan ikinci temel özelliğinden gelmektedir. Tüm bu gerçekçilik çabası hukuku 'belli toplumsal amaçların aracı olarak görme' anlayışının sonucudur. İşte bu yönüyle hukuki realizme, enstrümantalizm yani araççı okul denilmektedir. İşte tüm bu bilimsel süreçler sonucu yapılan tahminlerin kesinliği, hukuk kurallarının sosyal sorunları çözmedeki etkinliğinin ölçümüyle tamamlanacaktır. Yani istatistik, neredeyse yaşamsal bir rol oynamakta; hem kararların verilmesinde hem de verilen kararların amaçlanan sonuçlarına ulaşıp ulaşmadığının denetiminde çok önemli görevler üstlenmektedir. Realizmin bu uygulamasını görmenin en iyi yolu, uygulamadan bir örnek getirmektir.

Federal Yüksek Mahkeme'nin N.Y. vs. U.S.A. (1946)[19] kararındaki olayda New York Eyaleti, kendi topraklarından çıkan maden suyunu işletip sapmaktadır. Buradaki uyuşmazlık Eyalet'in satış dolayısıyla federal vergi ödeyip ödemeyeceğidir. Merkezi yönetimin tezi, eyaletlerin federal vergilerden muaf tutulmalarının federal işlevlere zarar vereceği biçimindeydi. Karşı tarafsa, eyalet girişimlerinin federal vergilendirilmesinin eyalet egemenliğine aykırı olduğunu ileri sürüyordu. Burada eğer karar önsezilere, siyasi ya da ahlaki değerlendirmelere göre verilmeyecekse gereken şey sağlam bir araştırma ile edinilmiş istatistik verilerdir. Mahkeme bu konuda bir araştırmanın, eyaletlerin ekonomik ve sosyal aktivitelerinin arttığı taktirde bunun genel refahı ve dolayısıyla federal vergileri de arttıracağını gösterdiğini söyleyerek, federal işlere zarar verme tezini reddetmiştir. Bu davada açıkça görülen karara yargısal önseziler ya da ideolojiler yerine somut araştırma verilerine dayanarak (tabi ki, yararcı anlayış doğrultusunda) ulaşıldığıdır.

Hukuki realizmin yapmaya çalıştığı da bundan ibarettir. Böylece herhangi bir

16 Cotterel, s.217-218.
17 Murphy-Coleman, s.33.
18 Frederick Schauer, Playing by The Rules , Clarendon Press, Oxford 1998, s.192.
19 Friedmann, s.205-206.

hukuki sorunla karşılaşıldığında soyut hukuksal kalıplarla düşünülmeyecek bunlardan beklenenlerle bunların uygulamadaki gerçek sonuçları sürekli dikkate alınacaktır.

Ayrıca hukuki realizm bu yaklaşımıyla tarihsel seyirde davranışçılıkla sıkı ilişki içine girmiştir. Hatta, yeni teori ve yöntemlerin araştırma biçimlerini değiştirmesine rağmen, günümüzde yapılan araştırmalar halen hukuki realizmin etkisindedir; bunlarda, örneğin yüksek mahkeme yargıçlarının verdikleri kararlarla kişilikleri ve bunu etkileyen faktörler arasında bilgisayarla bağlantı kurulmaya çalışılmaktadır.[20] Hukuku bir davranış hipotezi olarak gören davranışçı anlayış, hukuk normunun davranışsal içeriğini vurgulamakta ve özellikle genellemenin olabildiğince düşük düzeyde tutulmasını istemektedir.[21] Örneğin 'işçi ve işveren' yerine 'hastane yönetimi ve doktorlar' ya da 'seçimde aday olmak için başvuru şarttır' ifadesi yerine 'belirli sayıda imza içeren bir dilekçe ile şu mercie başvurmalıdır' gibi daha kesin ve somut olarak davranışı tanımlayan ifadeler kullanılmalıdır.

Hukuki realizmin tezlerinin değeri nedir? Öncelikle belirtilmesi gereken hukuki realizmin ilke ya da savlarının özgün olmadıklarıdır. Pek çoğu daha önce çeşitli görüşler tarafından dile getirilmişlerdir.[22] Ancak toplu olarak ve bir anlayış biçiminde sunulmaları, bu akıma ait bir özelliktir. İkincisi, her ülke ve her dönemde kağıt üzerindeki hukukla uygulanan hukuk arasında ayrılık bulunmuştur. Örneğin ülkemizde, BK'ya göre vekalet sözleşmesinin basit türü şekil şartına bağlı değildir (BK 388,389). Oysa uygulamada yazılı hatta noterce düzenlenmiş vekalet olmadan hiçbir iş yapmak mümkün değildir. Bu ayrılıkların olmaması sağlanabilir mi ya da böyle bir yaklaşım hukukta arzu edilir bir şey midir? Hukukumuzdaki teori ve uygulama arasındaki makasın aşırı açıklığı bir yana bırakılırsa, her hukuk sisteminde kuralla uygulama arasında belirli bir payın, bir aralığın bulunmasının olağan olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun önlenmeye çalışılması yani radikal davranışçı yaklaşımların kabulü, hukuku kazuistik bir yapılanmaya götürecek ve bu kağıt ve uygulama arasındaki ayrılığı arttıracaktır.

hukuki *realizmin* en çok eleştirildiği nokta, genelde ekstrem, uç örneklere bakarak bunları sıradan örneklermiş gibi değerlendirmesidir. Yani bazı kararlarda hakimler kişisel ya da ideolojik nedenlere dayanabilirler, cinsel dürtüleri, içinde doğup geliştikleri sosyal sınıflar, menfaatleri rol oynayabilir. Ancak bunlar kural değil istisnadır. Birçok hakim olabildiğince nesnel ve tarafsız olarak hukuku uygulamak için çaba göstermektedir ve asıl olan da budur. Ayrıca klasik hukuk kural ve kavramları yargıcı zannedildiği ölçüde başı boş bırakmazlar. *Realizmin* savları, hukuk lacunae'sı [boşluğu] bulunduğunda ya da var olan kuralların anlamı belirsiz, bulanık, çelişik ya da çok genel olduğu durumlarda doğru görünmektedir.[23] Böyle durumlarda karar verenlerin bunu kabul etmeyip kararlarına hukuk kaynaklarından kesin tümdengelimle ulaştıklarını söylemeleri, realistlerin kuşkularını tümüyle doğrular niteliktedir. Ancak bunun dışında hukuk uygulamasının mekanik denecek ölçüde açık olduğu ya da

20 Cotterel, s.218-220.
21 Alfred de Grazia, "Hukuk ve Davranış Araştırmalarına Birleşik Bir Yaklaşım Denemesi", Çev. Ahmet U. Türkbağ, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, S.1-4 1991-1994, ss.453-460, İstanbul 1994, s.459, 460.
22 Schauer, s.196.
23 Junichi Aomi, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions" ARSP vol. LIX 1973, ss.193-196.

mantık zincirinin çok açıkça gösterilebildiği örnekler vardır ve çoğunluktadır. Denetim kurumlarının varlığı da, denetimin bir kurgu olmadığını göstermektedir.

Dördüncüsü, hukuki *realizmin* hukuk tanımının aslında gerçek bir tanım olmadığı eleştirisidir. Çünkü hukuk 'mahkemelerin olası kararlarını tahmini' olarak tanımlandığında ilk soru mahkemenin ne olduğudur.[24] Mahkeme kavramının kendisi hukukidir. Oysa *realizmin* bu konuda söyleyecek fazla bir şeyi yoktur. Yine *realizm,* bir davada yasayı yorumlayan yargıcın ne yapıyor olduğunu ya da bir kararın hukuken doğru olup olmadığı sorularını yanıtlayamaz.[25] Aslında, hukuki realizmin belki de en zayıf yönü değer kavramına ilişkindir. Bu akıma göre hukukun hizmet ettiği değerler araçsaldır, açıkçası hukukun işlevi demokratik biçimde ifade edilen tüm gereksinim ve yararların tatminidir.[26] Bu anlayışın değere bakışını da Yargıç Holmes'un şöyle ifade etmiştir: "Ben yasaların iyilik ve kötülüklerine ilişkin bilgilerimizden o denli kuşkulanıyorum ki, çoğunluğun talep ettiğinden başka eylemsel bir eleştirim olmuyor."[27]

Son olarak, hukuki realizme ilginç bir eleştiri de Dworkin'den gelmiştir. Ona göre *realistlerin* bizzat kendileri: "...[H]ukukçuların bu karmaşık kurumları sınırlı ve iç gözlemsel bir yoldan başka bir yolla tanımlamaları için gerekli istatistiksel araçlara ve deneyime sahip olmadıklarını bulguladılar", böylece de bu anlayış hukuktan çok sosyolojinin alanına girmiştir.

Hukuki realizmin savlarında ne derece haklı olduğu ya da eleştirilerin geçerlilik oranı, hukukun kuramsal alanındaki pek çok konu gibi sert tartışmalara açıktır. Ancak her eleştirel kuram gibi, daha doğrusu tüm **sinik** kuramlar gibi hukuki realizm de günümüz insanının içinde yaşadığı kurum ve kavramları sağlıklı biçimde sorgulamasına yardımcı olmaktadır. Özellikle Cumhuriyet'in ilk yıllarından buyana en büyük değişimi yaşayan ülkemizin yapmaya giriştiği hukuk reformlarında, realist yaklaşımın uyarılarına özelikle dikkat etmesi gereklidir. Hukuk sistemimizin çeşitli nedenlerle yazılı kurallarda giderek uzaklaşması, çeşitli yolsuzluklar, kişilerin hukuka olan güvenini sarsmış, herhangi bir yönden güçlü olanın mahkemelerden istediği kararı alabileceği zihinlerde yer etmiştir.

Dahası hukuk ülkemizde sosyal mühendislik aracı olma rolünü yine Cumhuriyet'in kuruluşunda üstlenmiştir. Oysa belirtildiği gibi, eğer hukuk toplumsal yapılanma ve yeniden yapılanma aracı olarak kullanılacaksa, mutlaka amaçlarla sonuçların uygunluğunun sıkı bir denetime gereksinimi vardır. Ama geçmiş dönemde bunun yapıldığını söylemek olanaksızdır. İşte tüm bunlardan dolayı hukuki realizmin uyarıları özellikle ülkemiz açısından daha yaşamsal bir öneme sahiptir ve yargıç Holmes'un yaklaşık yüzyıl önce söyledikleri asla önemini yitirmemiştir:

"**Bizim fazla olmaktan ziyade, çok az teorimiz vardır**...Bunun tehlikesi yetenekli ve pratik

kafalıların kendi işlerine uzak bağlantılı fikirlere kayıtsız ve güvensiz bakabilmeleridir...**En uzak erimli güç para değil düşüncelerin yönetimidir**...okuyun... ve

24 Murphy-Coleman, s.34.
25 Murphy-Coleman, s.34-35.
26 Yörükoğlu, s.4.
27 Yörükoğlu, s.34.
28 The Path of Law'dan alıntı metin, Friedmann, s.198 dn.26, vurgu bana ait.

nasıl ölümünden 100 yıl sonra Descartes'ın soyut spekülasyonlarının kişilerin davranışlarını denetleyen pratik bir güce dönüştüğünü görün. **Büyük Alman hukukçularını okuyun ve dünyanın bugün Bonaparte'tan çok Kant tarafından yönetildiğini görün.**"[28]

Bibliyografya

Aomi, Junichi, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions" ARSP vol. LIX 1973, pp.193-196.

Cotterrell Roger, The Sociology of Law, 2nd Edition, Butterworths, London 1992.

Davies, Howard, David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Massachusetts 1997.

Friedmann, W., Legal Theory, Stevensand sons Ltd., Londan 1953.

Gürkan, Ülker: Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Grazia Alfred de., "Hukuk ve Davranış Araştırmalarına Birleşik Bir Yaklaşım Denemesi", Çev. Ahmet U. Türkbağ, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, S.1-4 1991-1994, ss.453-460, İstanbul 1994.

Husserl E., Kesin Bir Bilim Olarak Felsefe, Çev. Tomris Mengüşoğlu, YKY, İstanbul 1995.

James William, Pragmacılık, Çev. M. Aşkın, MEB, İstanbul 1986.

Murphy, G. Jeffrie, Jules L. Coleman, Philosophy of Law, Westview Press, San Francisco 1990.

Schauer, Frederick, Playing by The Rules , Clarendon Press, Oxford 1998.

Yörükoğlu, Ömer, Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD'de Hâkim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul 1982, İÜHF Yayını.

Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi*

Junichi Aomi

Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ

I- Sorunun Klasik ve Kuşkucu Görünümü

Hem Common Law hem de Medeni Hukukun geçerli olduğu ülkelerde "hukuk kaynaklarından" yola çıkan (hukuksal öncüllerden çıkarılan yasal şartlar ya da kurallar biçiminde) katı tümdengelimsel akıl yürütmenin, "yasal kesinliğin" ve "şahısların değil, hukukun üstünlüğünün [rule of law]" temel güvencesi olduğu uzun süre tartışılmadan kabul edildi. Hatta geçen yüzyılın son yarısından beri, bu klasik bakış açısını ağır eleştirilere maruz kalmış olması da [durumu değiştirmedi]. Eleştirel hareket, zaten 1840'ların sonlarında *Julius Kirschmann* tarafından önceden gösterilmişti, kusursuz savunmasını *Rudolf von Jhering*'in geç dönem yazılarında buldu, ve ardından, şimdi serbest-hukuk doktrini olarak yaygın biçimde anlaşıldığı gibi olgunlaştı. Diğer yandan Birleşik Devletler'de de benzer bir hareket, öncüleri O. W. Holmes, B. Cardozo ve Roscoe Pound'la yol çıkmıştı. Onların "sosyolojik hukuk bilimi" dedikleri [bu anlayış], bin dokuz yüz otuzların başlarında "Realist-Gerçekçi" okulun doğumuyla birlikte sola keskin bir dönüş yaptı.

Tüm bu hareketler mantığın yasal ve özellikle yargısal süreçteki düzenleyici gücüne yönelik ortak kuşkuyu paylaşmakla birlikte, Realist okulun daha militan üyelerinden bazılarının klasik bakış açısına karşı seferde diğerlerinden daha ileriye gittikleri açıktır. Onlara göre yasal kesinlikteki geleneksel inanç bir "mit'ten" başka bir şey değildir; bir yargısal kararda gerçekten belirleyici olan ne mantık ne de hukuk kaynaklarıdır, [yalnızca] birey olarak yargıçların kişiliğidir. Bu anlayışa göre tümdengelimsel akıl yürütme yargıçlar yönünden sıkça, sadece önseziyle" varılan sonuçların ex post-facto [sonradan]onanması ya da "aklileştirilmesidir." Bu biçimde, ideolojik ya da süsleme rolleri dışında hukukta mantığın çok az net-değer önemine sahip olduğu ileri sürüldü.

Bu makalenin ereği bu savın geçerliliğini gözden geçirmektir.

II- Mantığın Ex Post-Facto [Olay Sonrası] Karakteri ve Düzenleyici İşlevinin İlişkisi

Hukukta ve özellikle yargısal kararlarda mantığın rolünü tartışırken, biri özellikle iki ayrı sorun alanının ayrımını, Jerome Frank'ın Court on Trial'inde [Davada Mahkeme] görünür kıldığı bir ayrımı açıkça kavramalıdır. Güncel felsefi terminolojide bu iki sorun alanı sırasıyla"keşif bağlamı" ve "geçerlilik" bağlamı olarak karakterize edilebilir. Keşif bağlamı genelde bilimin ya da akli araştırma-

* B.y.: ARSP vol. LIX 1973, s. 193 - 196

nın psikolojik açısına karşılık gelirken, geçerlilik bağlamı onun mantıksal açısıyla ilgilenir. İlk bağlamda biri: *nasıl* ve ne gibi bir *süreçle* kesin doğrular bulgulanır ve yanlışlar atılır; ne gibi psikolojik ve sosyal etkenler insanları bu doğrulara ve yanlışlara götürür; özellikle psikanaliz ve bilgi sosyolojisi literatüründe tartışılan insan kavramasının derin yerleşimli bilinç altı sınırları nelerdir vb. gibi sorular sorar. Öte yandan, diğer bağlamda birinin öncelikle ilgilendiği doğruluk ya da daha genel olarak önermelerin geçerliliğidir. Burada biri, deneysel ifadelerin doğruluğunun denetlendiği ve biçimsel bir sistemde teoremin doğruluğunun (ya da geçerliliğinin) belirlendiği koşulları araştırır.

Bu bakış açısından mantığı ilgilendirdiği ölçüde, posterior tempore olanın [zamanda sonra gelenin] zorunlulukla debilior jure [hakça daha zayıf] olmadığı açıktır. Bu tip mantık doğru düşünme ya da keşfetmenin aracı değildir. Mantık, sonuçların kabul edilebilirliğini, onları doğru olduğu varsayılan öncüllerden çıkaran tümdengelimsel akıl yürütmenin geçerliliğini sınayarak belirleme aracıdır. Bunun kabulü sıkça daha önemsiz gerçeklerin "önsezi", sezgi, yukarıdan bir ses ya da, hatta rüyalar yoluyla bulgulandığı gerçeği ile bağdaşmaz değildir. Bu bağlantıda mantığın ex post-facto [olay sonrası] karakterinin kesinlikle hukuk alanıyla sınırlı olmadığını belirtmek önemlidir. O tüm rasyonel araştırma dallarında ortak bir fenomendir.

Aslında bilim tarihi süreçlerle [açıklanamamış] ancak "esrarlı" olarak tanımlanmış çağ açan keşiflerin ipuçları olan olaylarla doludur. Friedrich A. Kekule'un bir rüyada benzenin yapısını keşfi, belki de en takdire değer örnektir. (Yazar, "şans" gibi görünen veren bu tür olayların Jacques Hadarmard'ın uygun biçimde adlandırdığı gibi "kuluçka" dönemlerinin, yani soruna sürekli ve derin bir yoğunlaşmanın değişmezlikle ardından geldiğini gecikmeden eklemelidir. Isaac Newton'a fizikte devrim yaptıran da, bu kendi inatçı sorunları "üzerine daima düşünmek"tir.)

Bir ex post-facto [olay sonrası] denetim olarak mantığın düzenleyici işlevi; "önsezi", sezgi ve benzerleri ile elde edilen hipotezlerin tümünün değil, (olsa olsa) yalnızca pek azının mantıksal geçerli bir akıl yürütme serisi tarafından, doğru olduğu varsayılan bir önermeler dizisiyle bağlanabileceği gerçeğinden ibarettir. Deneysel bilimlerde bu önermeler genellikle nedensel yasalar ve gözlemsel ifadeler biçimindedir oysa, geometri gibi aksiyomatik sistemlerde onların yerlerini aksiyomlar alır. Yargısal akıl yürütmede öncüller (yani doğru olduğu varsayılan önermeler), bir yanda hukuk kaynaklarıyla ve [diğer yandan] yasal kategoriler altında verilen vakaları sınıflandıran ifadeler tarafından sağlanır. Tüm akli araştırma dallarında görüşler, mantıksal geçerli öncüllere bağlanıp onaylananlar ve diğerleri onanamayanlar olarak, böylece gösterilir.

III- Kuşkucu Bakış Açısının Temelde Doğru Olduğu Alanlar

Bununla birlikte yazarın, mantıksal akıl yürütmenin işlevi ve doğası anlayışına yönelik, Amerikan Realistleri ve diğerlerince yapılan önemli katkıları azımsamak arzusunda olmadığına açıklık getirilmelidir. Onların tümünün en önemlisi sezgidir ki, kesin mantıksal anlamda geçerli olmayan sav biçimlerinin sıklıkla kullanılmasından dolayı (yani, bilinen argumentum a contrario [aksi ile kanıt] yada kıyasla kanıtlama ve benzerleri) hukukçu çoğunlukla herhangi bir bakış açısını neredeyse bir hukuk kaynağıyla ya da diğeri ile bağlayabilir; bu koşullarda gerçek belirleyici olan, değerlendirici etkenlerdir; ve bu etkenler genelde yeterli olarak açıklığa kavuşturulmadığı ölçüde, mantığın düzenleyici işlevi uygulamada hiçe indirgenmektedir.

Yazar, hukuk lacunae'sı [boşluğu] bulunduğunda ya da var olan kuralların anlamı belirsiz, bulanık, çelişik ya da çok genel olduğu durumlarda eğer karar-verenler, bu eksiklerin varlığını kabule gönülsüz olarak, kararlara hukuk kaynaklarından kesin tümdengelimle ulaştıkları izlenimini verirlerse bu kuşkucu bakış açısının ikna ediciliğini kabule hazırdır. Tüm hukuk sistemlerinde bu, yüksek mahkemeye getirilmeden önce pek çok davaya ve bu nedenle de ders kitapları ve pratik kitaplarındaki bazı gözde davalara ilişkindir.

IV- Hukuksal Kararların Denetlenebilirliği

1. Hukuksal kararlar aşağıdaki koşullarda az çok akli olarak denetlenebilir: (1) Eğer söz konusu kararın çıkarıldığı öncüller açık kılınmışsa (bu öncüller kararların psikolojik kaynakları olmak zorunda değildir); (2) eğer kararlarla öncülleri bağlayan mantıksal akıl yürütme zincirleri de açık kılınırsa ya da en azından istek üzerine açık kılınabilecekse; (3) eğer (hukuk kaynaklarından doğrudan çıkarılabilir öncüllerin yokluğunda ya da buna ek olarak karar verenin kendi şahsi yargıları bu öncüller yerine kullanılabilir) yasada-bulunmayan bu öncüller yukarıda (1) ve (2)de önerildiği biçimde açıklıkla aklileştiriliyorlarsa.

2. Yargısal kararlar aşağıdaki araçlarla denetlenir ya da denetime tabi kılınabilir: (1) üst derece mahkemeleri (2) mesleki yayınlar; (3) kamuoyu organları [sivil toplum kuruluşları].

3. Yukarıda III'te değinilen kuşkucu görüşün benimsenen ikna ediciliğine rağmen, uyuşmazlıkların sonuçları şu ya da bu yolla oldukça tahmin edilebilir olduğundan mahkemenin dışında çözüldüğü çok sayıdan vakanın bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu vakalarda, hukuk kaynakları ve yasal akıl yürütmenin düzenleyici işlevi oldukça açık görünmektedir. Bu hukukun, toplumsal düzenin kararlılık ve gelişimini sağlamadaki rolünü değerlendirdiğimizde özen gösterilmesi gereken bir noktadır.

"Nedensellik Analizi" ve Yasal Süreç

Stuart Nagel/Marian Neef

Çeviren: Songül Atak

Bu makalenin amacı yasal süreçteki nedensel ilişkilerin varlığını saptamak için bazı temel kavram ve yöntemleri basit bir şekilde göstermektir. Yasal süreç derken, yasanın yasa yapıcıları, mahkemeler ve yönetici kurumlar tarafından yapılması ve uygulanmasını kast ediyoruz. Bu bağlamda nedensel analiz derken, yasal süreçteki çıktıların neden girdilerdeki değişikliklere bağlı olarak değiştiğini göstermeye çalışmayı kast ediyoruz. Nedensel bir analiz, (a) izah edilen çıktı değişikliği ile (b) nedensel açıklamanın temeli olarak kullanılan girdi değişiklikleri arasındaki ilişkilerin doğasını esas olarak değiştirecek başka hiçbir girdi maddesi olmadığı zaman tamamlanmış sayılabilir.

Ancak yukarıdaki nedensel analiz konsepti fazla anlamlı olamayacak kadar soyuttur. Ona daha açık anlam vermek için, bu makalede üç farklı nedensel analiz örneği sunulacaktır. İlk tür, bir girdi değişkeni ile bir çıktı değişkeni arasındaki ilişkinin, üçüncü bir değişkenin kontrol edilmesiyle, nedensel olmadığının gösterildiği durumları içerir. İkinci tür, bir girdi değişkeninin kendi başına çıktının değişmesine yol açamadığı, fakat ortak nedensellikte bulunacak belli bir ikinci girdi değişkeni gerektirdiği durumları içerir. Üçüncü bir tür, girdinin çıktıya neden olduğu, fakat çıktının girdiye neden olmak üzere geri iletildiği karşılıklı nedensellik durumudur. Nedensel analizin temel konsepti gibi, bu sınıflandırmalar da somut örnekler sunulduğu zaman daha açık anlam kazanırlar.

Farklı yolları tartışmaya geçmeden önce, bir girdi değişkenindeki değişiklik izah edilebilir, girdi türleri ile çıktı türleri arasındaki ilişkilerle ilgili genelleştirmeler aradığımızı belirtmemiz gerekir. Başka bir deyişle, cinayet kurbanı John Doe'nin ölümü, veya Peter Roe'nun arabasının belli bir günde belli bir kavşakta kayması gibi belli bir olayın nedenlerini tartışmıyoruz. O tür nedensellik, durumlar arasındaki ya da diğer yasal fenomenler arasındaki değişikliği izah etmek üzere tasarlanmış bir sosyal bilim analizinden çok, belirli durumlardaki yasal analizin bir parçasıdır. Belirli bir suç ya da kişisel incinme durumundaki en yakın sebebi aramak da nedensel genelleştirmelere ilgimizden farklı olabilir, onda en yakın neden saptaması sık sık sadece deneysel ilişkilerden çok, kuralsal kabahatlilik yargılarını içerir. Aynı şekilde, suç ve kişisel incinme durumlarındaki deneysel nedensellik, insanlar veya kişisel psikolojik özellikler arasındaki etkileşmenin üzerinde duran bir sosyal bilim konusundan farklı olarak, ölüm sebebinin tıbbi analizi ya da bir arabanın kaymaya karşı nitelik-

* Research in Law and Sociology, Vol.1, 1978, s. 201 vd

lerinin eksikliğiyle ilgili bir otomobil mühendisliği analizinin üzerinde durabilir.[1]

I. ORTAK ETKİLER VE ARA DEĞİŞKEN NEDENSELLİĞİ

Ortak etkiler ya da değişken nedenselliğini daha iyi anlayabilmek için, nedensel olmayan ilişki konseptinin açıklanması gerekir. Nedensel olmayan bir ilişki, bir girdi değişkeni ile çıktı değişkeni arasında olup da üçüncü veya bir ara değişken hesaba katıldığında ilişkinin yok olduğu veya önemli oranda değiştiği ilişkidir. Girdi değişkeni (ya da kendisinden yola çıkılarak öngörüde bulunulan değişken) X olarak sembolize edilebilir; çıktı değişkeni (ya da öngörülen değişken) Y olarak sembolize edilebilir; ve ara değişken de, kaç ara değişkenin olduğuna bağlı olarak Z, Z_1, veya Z_2 olarak sembolize edilebilir. Bir değişken, bir kişi, yer, veya şeyin içinde insanların yaşları, yerlerin sermaye gelirleri, veya savcı veya savunmanın çeşitli suç davalarını kazanıp kazanmadığı gibi özelliklerde farklılıklar olabilecek bir özelliğidir. Yaş gibi çok sayıda kategorileri olan ve suç davalarını kazananlar gibi başka bazı özellikler, sadece iki kategoriye girme eğilimindedirler; her ne kadar yaş genç ve yaşlı (ya da ortalamanın üstü ve altı) olarak ayrılabilirse ve suç davalarını kazanma derecelerinden bahsedilebilirse de. Bu makalede, ikiye bölmenin bazen yaralı bilgi kaybına yol açtığını kabul etmekle beraber, basit sunuş için ikiye bölünen değişkenler üzerinde durulacaktır.

İlişkiler çoğu zaman sembol ve oklu şemalarla daha açık anlaşılır. Böylelikle, Şekil 1'deki oklu şemalar bazı ortak etkiler ve ara değişken nedenselliği örnekleri vermektedir. Bir değişkenden başka birine yönelik bir ok, ilk değişken artınca ikinci değişkenin de artmasına neden olduğunun, ya da ilk değişken artınca ikinci değişkenin azalmasına neden olduğunun (eksi ilişki) varsayıldığını veya iddia edildiğini gösterir. Bir değişkenden diğerine giden kırık bir çizgi, birinci değişkenin ikinci değişkenle, üçüncü bir değişkenle ilişkilerinden dolayı, beraber artan ya da azalan (artı ilişki) veya ters yönlerde (eksi ilişki), en azından kısmen nedensel bir ilişkisinin olduğunun varsayıldığını gösterir. Z değişkeninin yokluğunda, X ve Y arasındaki kırık çizgi ilişkisi sıfır, artı veya eksi olabilir.

Bir ortak etkiler durumunda, X girdi değişkeni Y girdi değişkeniyle, ikisi de üçüncü bir Z değişkenini etkiledikleri, veya başka herhangi bir şekilde bir veya daha çok değişkenle ilişkili olduklarından dolayı nedensel olmayan bir ilişkiye sahiptirler. Bir ara değişken durumunda, X ile Y arasında daha doğrudan bir ilişki olmaktan çok, X girdi değişkeni ile Y çıktı değişkeni arasında, X'in Z'ye ve Z'nin de Y'ye nedensellik teşkil etmesinden dolayı nedensel olmayan bir ilişki vardır. Az sonra görüleceği gibi, birinin ya da diğerinin olup olmadığını analiz etmek için uygulanan metotlar hemen hemen aynıdır.

İlişkiler çoğu zaman, hem girdi değişkeninde hem de çıktı değişkeninde yüksek olan kişiler, yerler, veya şeylerin yüzdesini, ya da girdi değişkeninde düşük, fakat çıktı değişkeninde yüksek olan kişiler, yerler veya şeylerin yüzdesini gösteren dört hücreli tablolarla daha açık anlaşılır. Tablo 1 1995'te hizmet veren yük-

1 Nedensellik analizinin genel metodolojisi hakkında daha ayrıntılı bilgi için Zeisel (25)e ve Blalock (1)e bakınız. Daha yoğun ve ileri işlemler bu bölümün başka yerindedir. Sosyal nedensellikle ilgili daha köklü yönelme için Maciver (14)e bakınız. Yasal süreçteki açıklayıcı nedensellik genelleştirmelerinin kapsayıcı saptamasıyla, belirli davalardaki nedenselliği saptamaya karşıt olarak uğraşan hiçbir kitap veya makale yazılmamış gibi görünmektedir. İkinci türün bir klasiği Green (10)dur.

sek mahkeme (anayasa mahkemesi) hakimlerini örnek olarak kullanarak somut bir açıklama sunmaktadır. Girdi değişkeni iki partiyi de içeren bir yüksek mahkemede, bir Cumhuriyetçiden ziyade bir Demokrattır. Çıktı değişkeni çalışanların incindiği (iş kazası) davalarda, işverenden ziyade çalışanın lehine verilen kararların yüzdesine göre mahkemesinde ortalamanın üstünde olmaktır. Ara değişkenin, ya da diğer ikisinin ortak etkide bulunduğuna inanılan değişkenin, bir mektupla anket sonucuna göre liberal bir tutumu vardır[2].

Tablo 1'deki temel ilişki iki partiyi içeren bir yüksek mahkemede Demokrat bir hakim olmanın işçiden yana karar alma isteğine meyledildiğini göstermektedir. Daha spesifik olunursa, Demokrat hakimlerin yüzde 68'inin böyle bir isteği varken, Cumhuriyetçilerin sadece yüzde 35'inde böyleydi. Bu iki yüzde arasındaki fark, ilişkinin derecesinin ya da iki değişken arasındaki eğimin iyi bir ölçümüdür. Bu demektir ki, eğer Cumhuriyetçi (skor 0) olmaktan Demokrat (skor 1) olmaya gidildiğinde, verinin .35'ten +.33, .68'e, işveren yanlısı (skor 0) olmaktan işçi yanlısı (skor 1) olmaya gideceği öngörülür. Bu ilişki basit Y=.35 + .33(X) denklemidir, Y işveren veya işçi yanlısı olmayı ve X Cumhuriyetçi veya Demokrat olmayı gösterir[3].

İddia edilen Z değişkeninin X girdi değişkeni ile Y çıktı değişkeni arasındaki ilişkiden hiç değilse kısmen sorumlu olup olmadığını saptamak için nedensel analiz yaparken, mantıksal olan iki adımlı bir süreç izlemektir. Pozitif adım veya test şöyle demektedir: eğer X ve Y arasındaki ilişkinin nedeni Z ise, Z'nin X ve Y ile Şekil 1'de gösterilen oklu şemalardan 1A altındaki ilk şema türünden birine uygun olarak birer ilişkisi olmalıdır. Bu testin iki tarafı da Tablo 1B'de, Liberal olmak Demokrat olmaya göre +.42'lik bir eğime ve Liberal olmak işçi yanlısı olmaya göre +.45'lik bir eğime sahip olarak geçmektedir. Negatif adım veya test, X ve Y arasındaki ilişkinin nedeni Z ise, Z'de düşük olan mevcudiyetler ayrı ve Z'de yüksek olan mevcudiyetler ayrı olarak, dolayısıyla Z'yi eksilterek veya Z'yi sabit tutarak ele alındığında, ilişkinin sıfıra doğru gittiğini göstermektedir. Bu testin iki tarafı da, Tablo 1C'de, bütün hakimler muhafazakar olarak kabul edildiğinde, Demokrat olmak işçi yanlısı olmaya göre çok daha düşük bir ilişkiye sahip olarak (asıl +.33'ten), ve bütün hakimler Liberal olarak analiz edildiğinde, Demokrat olmak işçi yanlısı olmaya göre çok daha düşük bir ilişkiye sahip (+.33) olarak geçmektedir. Eğer pozitif testin herhangi bir tarafı veya negatif testin herhangi bir tarafı çıkmazsa, o zaman ya başka bir açıklayıcı Z değişkeni aranmalı ya da en azından denemek açısından X ile Y arasında nedensel bir ilişki olduğu sonucuna varılmalıdır[4].

Demokrat olmak ile işçi yanlısı olmak arasındaki ilişkinin Tablo 1C'nin iki tarafında da tam sıfıra gitmemesinin nedeni liberalizmin görüldüğü kadarıyla o ilişkinin tümünde, özellikle de değişkenler eksik ölçülmüş olduklarından dolayı, hesaplanmamasıdır[5]. O ilişkinin bir kısmı parti ile eğilim arasında daha direkt nedensellik türü içerebilir, o durumda Demokrat olmak işçi yanlısı insanlarla daha fazla temas kurma ve dolayısıyla işçi yanlısı eğilimleri güçlendirme meyli gösterir. Demokratlar işçi yanlısı olma değerini destekler şeklinde algılandığından dolayı, işçi yanlısı olmak ile Demokrat olmak arasında biraz direkt nedensellik olabilir. Bu ilişkinin bir kısmı da, çok sayıda insanın Demokrat olduğu bir şehir alanında yaşamanın Demokrat olmaya yol aşması, ve sendikaların güçlü olduğu bir şehir alanında yaşamanın işçi yanlısı olmaya yol açmasının daha olası olması anlamında, şehircilik gibi başka bir Z değişkenine de yüklenebilir. Tablo 1C'nin iki tarafındaki ilişki de sıfıra gitse bile, bu sadece Demokrat olmak ile işçi yanlısı olmak arasında nedensel olmayan bir ilişki tespit eder. İlle de liberalizmin nedensel olarak sorumlu olduğunu tespit etmez, zira Liberal olmak ile Demokrat olmak henüz tabloya geçirmediğimiz şehircilik gibi fazladan bir değişkene ortak etkide bulunabilirler. Ancak eğer bu rolde fazladan hiçbir değişken anlam taşımazsa, o zaman denemek açısından Liberal olmak ile Demokrat olmak arasında nedensel bir ilişki olduğu sonucuna varabiliriz.

Demokrat olmak ile işçi yanlısı olmak arasındaki ilişkinin, eğer araştırmacı bazı hakimleri Demokrat bazı hakimleri de Cumhuriyetçi olarak tesadüfi olarak saptamışsa, nedensel olmayan bir ortak etki ilişkisinden çok, nedensel bir ilişki olduğuna inanılabilir. Bu tür tesadüfi saptama Liberal olmak ile Demokrat olmak arasındaki ilişkiyi bertaraf eder. Başka bir deyişle, hakimleri siyasi partilere tesadüfi olarak atayarak, Demokrat olan liberallerin payı Demokrat olan muhafazakarların payı ile hemen hemen aynı olur. Başka

2 Tablo 1'de gösterilen temel veri Nagel (16)dan gelmektedir. Anket verisi Nagel (17)de tartışılmaktadır. Ancak 62 hakimin tümünü parti ilişkisi, kararda eğilim ve liberalizmdeki yerlerini saptayacak kadar anket katılımı yoktu. Bu yüzden tablo 1'in B ve C bölümlerindeki veriler, katılan hakimlerin bütün örnekleriyle tutarlı olduğu halde kısmen varsayıma dayalıdır.

3 İşçi yanlısı olan Demokrat hakimlerin yüzdesi işçi yanlısı olan Cumhuriyetçi hakimlerin yüzdesinden daha yüksek olabilir, çünkü Demokratlar geleneksel olarak işçi sınıfı ve etnik azınlık gruplarının üstünde daha fazla durmaktadırlar. Yine de işçi yanlısı olan Demokrat hakimlerin yüzdesi 100 değildir, ve işçi yanlısı olan Cumhuriyetçilerin yüzdesi de sıfır değildir, çünkü: (1) parti seçimi sık sık kendi değerleri ile seçtiği partinin değerlerinin benzerliği dışında, akrabalarının veya arkadaşlarının partisi gibi kararlar ile saptanır; (2) bir insanı Demokrat veya Cumhuriyetçi yapan çoğu konularda ortalama Demokrat veya Cumhuriyetçi değerleri olabilir, ancak ille de bütün işveren-işçi anlaşmazlıklarında ortalama bir Demokrat veya Cumhuriyetçi gibi davranmayabilir; ve (3) iki hakimin aynı değer sistemleri olabilir, bu yüzden aynı partiden olabilirler, fakat hakimlerden biri kendi değerlerini daha yoğun tutabilir ve sık sık aynı partiden daha az gayretli arkadaşlarından ayrılabilir.

4 Demokratlarla Cumhuriyetçileri işçi yanlısı olmak konusunda ilkin bütün muhafazakarlarla ve daha sonra bütün liberallerle karşılaştırmak yerine, Demokrat olmak ile işçi yanlısı olmak arasındaki ilişkiye bir liberalizm değişkeninin neden olup olmadığını test etmekte kullanılabilecek iki ilişkili yaklaşım vardır. Bir yaklaşım b6 (b1-b2.b2) / V(1-$b2^2$) (1-$b3^2$) olarak tanımlanırken ki (.33-.42..45) / (1-$.42^2$) (1-$.45^2$)e eşit olur ve o da .17'ye eşit olur, b6'nın sıfıra yaklaşıp yaklaşmadığını saptamayı içerir. O rakam sıfır değildir, fakat .33'ün ilk b1 b2'sinden çok azdır. Kısmi korelasyon olarak bilinen bu metot, Demokrat olmakla işçi yanlısı olmak ararsındaki liberalizme uyarlanan yaklaşık ilişkiyi söyler bize, fakat liberalizmin, Tablo 1C'de liberalizmi ikiye bölünen veya iki kısımlı anlamlı bir değişken olarak ele alırken yaptığımız şekilde, gerçekte sabit tutmama dezavantajı vardır. Formülün gösterdiği gibi, kısmi korelasyon katsayısı veya b6 ilk b1 ilişkisiyle pozitif olarak, fakat b2 ve b3 ilişkileriyle zıt olarak ilişkilidir.

İkinci alternatif yaklaşım, b7'nin b2 kere b3 olarak tanımlandığı, .42 kere .45 yani .19'a eşit olduğu zaman, b7'nin b1'e eşit olup olmadığını saptamayı içermektedir. O rakam .33 değildir, fakat .33 yönünde sıfırdan oldukça yüksektir. Yol analizi olarak bilinen bu metot, aslında b2 ve b3 1.00 olsaydı, oklu şemamız b1'in 1.00 olacağını öngörecekti, başka bir deyişle b1'in 1.00(.42)(.45) olduğu öngörülmektedir. Bu alternatif yaklaşımların ikisi de normalde eğimlerden çok korelasyon katsayıları kullanır, fakat dört hücreli bir tabloda çalışırken, özellikle de sıra toplamları arasındaki oran sütun toplamları arasındaki orana eşitse, korelasyon katsayılarına eğimlerle yaklaşılır. Teknik olarak söylenirse, bir korelasyon katsayısı Y'deki X için hesaplanan farklılaşmanın yüzdesini gösterir; bir eğim, X bir birim değiştiğinde Y'nin kaç birim değiştiğini gösterir.

5 Bu makale nedensellik analizine yoğunlaşmak için ölçümlemenin güvenirliği ve örneklemelerin genelleştirilmesi ile ilgili sorunları detaylı olarak tartışmamaktadır. Bu konularla ilgili daha fazla detay için, Guilford ve Frutcher (11); Blalock (1); ve Caulcott (6) a bakınız.

bir ifade ile, liberal olan Demokratların payı liberal olan Cumhuriyetçilerin payı ile hemen hemen aynı olur. Ancak bu tür tesadüfi saptamayı yapmak imkansızdır, zira araştırmacı değil de hakimlerin kendileri hangi hakimlerin Demokrat ve hangi hakimlerin Cumhuriyetçi olduklarını belirler. Tesadüfi saptamaktan ziyade kendi seçimi ile, liberal hakimlerin kendilerine Demokrat demeleri daha olasıdır, ve muhafazakar hakimlerin de kendilerine Cumhuriyetçi demeleri daha olasıdır.

Nedensel analizin bu temel türünün, Z değişkenini kontrol etmenin X ve Y arasındaki ilk ilişkiye neden olup, sıfıra doğru gidip yok olmaktan çok, başta pozitif ise negatif olmasına, veya negatif ise pozitif olmasına yol açacağı hipotezi gibi başka varyasyonları vardır. Örneğin, OEO yasal hizmetler acentaları, kaydettikleri skorlar (Y) ile yasal reform faaliyetlerinden çok rutin davalar için harcadıkları para miktarı (X) arasında negatif bir ilişkiye sahiptirler[6]. Davalarla uğraşmaya harcanan dolarlar ile yasal reformlar için harcanan dolarların beraber, artan bir bütçenin ortak etkileri olarak artma eğilimi gösterdikleri gerçeğine rağmen bu negatif ilişki vardır. Negatif ilişki belki de toplumun yoğun memnuniyetsizliğinin (Z1), davalarla rutin uğraşma (X) da dahil yasal hizmetler harcamalarının artmasına yol açması gerçeğinden dolayı olabilir, fakat toplumsal memnuniyetsizlik düşük değerlendirme skorları (Y) da doğurup X ve Y'nin başka türlü pozitif ilişkiye sahip olacakken, negatif bir ilişkiye sahip olmasına neden olabilir. Aynı şekilde, negatif ilişki davalarla rutin uğraşma (X) da dahil, artan yasal hizmetler masraflarının artan beklentiler ve yükselen hedeflerle (Z2) sonuçlanabilmesi gerçeğinden dolayı olabilir, fakat yükselmiş hedefler düşük değerlendirme veya memnuniyet skorları (Y) üretir, zira memnuniyet bir hedefler eksi başarı fonksiyonudur. Eğer X ve Y'den alındığı gibi, Z1 ve Z2'den de veri alınabilseydi, o zaman o nedensel modeller Tablo 1'dekine benzer bir şekilde test edilebilirdi.

Tablo 1'de gösterilen metodoloji ya ortak etkiler durumuna ya da Şekil 1'de gösterilen ara değişken durumuna uygulanır. Bu ilişki modellerinden hangisinin bir gerçek veri dizisine en iyi uyduğunu saptamak için, ya elde zaman boyunca alınan veriler ya da Z'nin zaman içinde X'i öncelediği (ortak etkiler durumunda olduğu gibi) veya X'in zaman içinde Z'yi öncelediği (ara değişken durumunda olduğu gibi) bilgisine sahip olmak gerekir. Zaman boyunca alınan veriler çoğu zaman nedensel analizde yararlı olur, çünkü bozucu Z değişkenlerinin bir yerde X'teki bir değişiklikten önce ve sonra Y'de karşılaştırmalar yaparken sabit tutulması, iki yerin, biri X'te yüksek ve biri de düşük, bir noktada zaman içinde karşılaştırılması durumundan daha olasıdır. Zaman boyunca alınan verileri içeren oklu şemalar ve tablolar, sadece X ile Y arasındaki ilişkiden ziyade, X'teki bir değişiklik ve Y'deki bir değişiklik arasındaki ilişki şeklinde konuşacak şekilde değiştirilebilir. Zaman unsuru aynı zamanda (1) X zaman açısından Y'den önce geldiğinde, (2) X ve Y beraber veya farklı yönlerde değişmeye eğilimli olduklarında, ve (3) sabit tutulan hiçbir Z değişkeninin X ve Y arasındaki ilişkiyi yok etmediği veya kökten değiştirmediği zaman, X ve Y arasında bir nedensel ilişkinin olduğunun tanımlanabildiği temel nedensellik tanımlamasının parçasıdır[7].

6 OEO Yasal Hizmetler acentalarının skorlarının değerlendirilmesi ile fonlarını rutin davalarla uğraşma ve yasal reform faaliyetleri arasında nasıl tahsis ettikleri arasındaki ilişkiyle uğraşan veriler Nagel (19) da analiz edilmektedir.

7 Katsayılar ve ara nedensellik için daha detaylı bilgi için Simon (23) ve Campbell ve Stanley (5) e bakınız.

II. BİRLEŞİK NEDENSELLİK VE ORTAK NEDENSELLİK

Yasal süreçteki bir diğer yaygın nedensellik, bir girdi değişkeninin tek başına çıktı değişkenini önemli ölçüde değiştirmesinin pek olası olmadığı, ancak onun yerine, onunla beraber hareket edecek ikinci bir girdi değişkenini gerektirdiği birleşik nedensellik durumlarını içerir. Şekil 2 birleşik nedenselliğinin iki yaygın türünü gösteren bazı oklu şemalar sunmaktadır. Bir durum çıktı değişkeninin önemli ölçüde artması için beraberce gerekli ve yeterli, fakat ayrı ayrı az etkili iki girdi değişkenini içermektedir. Onların birleşik nedensellik ilişkileri oklu şemada onları nedensellik okuna bağlayan bükük çizgiyle gösterilmektedir. Bu durum, her girdi değişkeninin tek başına çıktı değişkenini önemli ölçüde etkileyebildiği ve iki girdi değişkeninin bir aradayken, ayrı ayrı etkilerinin toplamından daha fazla etkiye sahip olmadıkları ortak nedensellik modeliyle tezat teşkil etmektedir.

İki girdi değişkenli birleşik nedensellik durumu Tablo 2'de verilerle gösterilmektedir. Veriler 1970'deki ulusal çapta bir örnekten kullanılabilen 61 avukatın anket cevaplarından oluşmaktadır. Çıktı değişkeni onlara "Hiç davanın kabulünün kariyerinize zarar verebileceği sevilmeyen bir müvekkili desteklediniz mi?" sorusuna yüzde 45 veya 27 avukatın "Evet" yanıtını vermesini içerdi. İlk girdi değişkeni onlara "Avukatların sevilmeyen müvekkili temsil etmeye teşvik edilmesi gerekir," görüşüne katılıp katılmadıkları sorusuna yüzde 82 veya 50 avukatın "Evet" yanıtını vermesini içerdi. İkinci girdi değişkeni onlara sorulan "Yasal uygulamanız temel olarak iş ve şirketler midir?" sorusuna yüzde 29 veya 18 avukatın "Evet" demesini içerdi.[8]

Tablo 2'de uygun bir tutuma sahip olmakla sevilmeyen müvekkilleri temsil etmek arasındaki ilişki hemen hemen sıfırdır. Aynı şekilde, göreli olarak yasal bir spesyaliteye (örneğin iş veya şirket spesiyalitesi dışında) sahip olmak ile uygun fırsatlara sahip olmak arasındaki ilişki de hemen hemen sıfırdır. Ancak, Tablo 2B'de hem uygun tutumları hem de uygun fırsatları olan avukatlar, ikisinden birinin olmadığı avukatlarla karşılaştırıldığında, sevilmeyen müvekkilleri temsil etmekle ilişki oldukça önemli olmaktadır. eğer Tablo 2B, +.10, +.08, veya Tablo 2'deki iki ilişkinin toplamından sadece çok az yüksek bir ilişki derecesi içermiş olsaydı, o zaman bir ortak nedensellik ilişkisi olabilir ya da en azından önceden haber verici bir ortak ilişki olabilir, ancak bir birleşik nedensellik ilişkisi değil. İki girdi değişkeniyle bir birleşik nedensellik ilişkisine sahip olmak için, birbirlerini etkileyen birleşik nedensel etkileri, parçaların toplamından daha fazla bir etkiye sahip olmak zorundadır.

Daha fazla detay için, Tablo 2B iki sütun yerine dört sütunla gösterilebilir. Dört sütunda, (a) uygun olmayan tutumlar ve uygun olmayan spesyalite, (b) uygun olan tutumlar ve uygun olmayan spesyalite, (c) uygun olmayan tutumlar ve uygun olan spesyalite, ve (d) uygun olan tutumlar ve uygun olan spesyalite olur. Eğer bir taraftan tutumlar ve fırsatlar ve diğer taraftan sevilmeyen müvek-

8 Bu veriler ile ilgili daha detaylı bilgi için Nagel et al (2)ye bakınız. Burada sunulan veriler birleşik nedensellik ilişkisini, birleşik nedenselliği ortak nedensellikten daha açıkça ayırmak için, o makalede sunulan verilerden öteye abartmaktadır. Ancak böyle yapmak Tablo 2'nin alttabloları boyunca bazı tutarsızlıklara yol açabilir.

killeri temsil etmek arasında mükemmel bir birleşik nedensellik ilişkisi olsaydı, o zaman kategori (a) avukatlarının yüzde 0'ı, kategori (b) avukatlarının yüzde 0'ı ve kategori (c) avukatlarının yüzde 0'ı, fakat kategori (d) avukatlarının yüzde 100'ü sevilmeyen müvekkilleri temsil etmiş olacaktı. Tablo 2B mükemmel bir birleşik nedensellik göstermemektedir, fakat değişkenlerin ölçümündeki eksiklikler, başka değişkenlerin ilgisi ve katılan avukatların bir ölçüde azlığı göz önüne alındığında, elde edilebileceği umulabilene en yakın olarak göstermektedir.

Aynı dört sütun yaklaşımı bir ortak nedensellik ilişkisinde de kullanılabilirdi. Eğer ortak nedensellik ilişkisi mükemmel olsaydı, o zaman Tablo 2B'deki b_1 artı veya eksi 1.00, ve b_2 de eksi veya artı 1.00 olabilirdi. Kategori (a) avukatlarının yüzde 0'ının o zaman sevilmeyenleri temsil etmesi olasıydı, kategori (d) avukatlarının yüzde 100'ünün de öyle olması olasıydı. Kategori (b) ve (c) avukatlarının yüzde 100'ü, eğer iki girdi değişkeni temsili doğurmaya yeten fakat yeterli koşullar olmasaydılar, sevilmeyenleri temsil edeceklerdi. Ancak kategori (b) ve kategori (c) avukatlarının yüzde 0'ı, eğer her iki girdi değişkeni gerekli koşullar olsalardı, fakat yeterli koşullar olmasalardı, sevilmeyenleri temsil edecekti. İki girdi değişkeninin de çıktı değişkeniyle mükemmel ortak-değişken ilişkileri olsa bile, hem gerekli hem de yeterli koşullar olması mümkün değil. Kategori (b) ve kategori (c) avukatlarının yüzde 50 kadarı, girdi değişkenleri çıktı değişkeniyle sadece iyi karşılıklı ilişkiye sahip olsalar, fakat hiçbiri ayrı olarak sevilmeyeni temsil etmek için gerekli veya yeterli bir koşul değilse, mükemmel veya mükemmele yakın birleşik nedensellik olsaydı, birleşik olarak bir gerekli veya yeterli koşul oluşturabildikleri halde, muhtemelen sevilmeyenleri temsil ederdi[9].

İkinci bir yaygın birleşik nedensellik durumu Şekil 2B ve Tablo 3'de gösterilen bir girdi değişkeni ile bir kontrol değişkenini içermektedir. Veriler 1962'de olan ve davalının hüküm giydiği bir ulusal çapta suç sayılan saldırı ve büyük hırsızlık davaları örneklemesinden oluşmaktadır. Verilen girdi değişkeni ırkı ve çıktı değişkeni hüküm giymiş davalının cezaevine mi konulduğu, nezaret altında tutulmasına mı karar verildiği ya da cezasının mı ertelendiğini göstermektedir. İlk tablo 3A hüküm giyenin bir beyaz değil de bir siyah olması ile nezaret altında tutulmak yerine cezaevine konulmak cezası alma arasındaki küçük bir pozitif ilişkiyi (+.16) göstermektedir. Ancak eğer ilk tablodan bir saldırı tablosu ayrı tutularak suç türünü kontrol edersek, o zaman siyah olmak ile cezaevine konulmak arasındaki ilişki neredeyse negatif olmaktadır (+.05). Aynı şekilde eğer ilk tablodan bir hırsızlık tablosunu ayrı tutarak suç türünü kontrol edersek, o zaman ilişki önemli bir ölçüde pozitif olmaktadır (+.25). başka bir deyişle, ırk veya siyah olmak (X) bir saldırı davalısı (-Z) ile birleşik olarak bir araya getirildiğinde veya birbirini etkilediğinde, ilk ilişki düşer, muhtemelen saldırı suçları hırsızlıktan

9 Yakalanma kesinliği ile cezanın şiddeti arasındaki muhtemel etkileşim, suç işlemenin determinantları olarak, bazı araştırmacıların birleşik nedenselliğin bir örneği olduğunu iddia ettikleri başka bir önemli yasal süreç durumunu temsil etmektedir. Örneğin Tittle (24) aslında değişik yerlerin suç oranlarının, kesinlik veya şiddet düşük olursa, yüksek olacağını, fakat ancak eğer hem kesinlik hem de şiddet yüksek olursa düşük olacağını söylemektedir. Ancak Kritzer (13) birleşik nedensellik ilişkisini çürütme eğiliminde olan ve onun yerine suç oranları, şiddet, ve kesinliğin; din, eğitim ve şehircilik gibi kültürel değişkenlerin ortak etkileri olduklarından, beraber farklılaşmaktadırlar.

daha fazla ırksal olduğundan dolayı. Ancak ırk veya siyah olmak (X) bir hırsızlık davalısı (+Z) olmakla birleşik olarak bir araya geldiğinde, ilk ilişki artar, muhtemelen hırsızlık suçları saldırıdan daha fazla ırksal olduğu için[10].

İki girdi değişkenli veya bir girdi değişkenli ve bir kontrol değişkenli birleşik nedensellik basit eşitliklerle gösterilebilir. İki girdi değişkeni ile, Tablo 2A1'deki veriler için Y=.36+.10(X1) denklemini ve Tablo 2A2'deki veriler için Y=.39 + .08 (X2) denklemini elde ederiz. Tablo 2B'deki ilişkiyi gösteren eşitlik X_3, X_1 kez X_2 iken, Y= .10 +.53 (X_3)'dir. Başka bir deyişle, ya X_1 ya da X_2 0 ise, o zaman bu üçüncü eşitlik Y'nin düşük bir .10 olacağını önceden belirtir. Ancak eğer hem X_1 hem X_2 bir ise, o zaman üçüncü ilişki Y'nin bir yüksek .63 olacağını önceden belirtecektir. Bir girdi değişkeni ve bir kontrol değişkeniyle, cezaevine konulmak ile siyah olmak arasındaki Tablo 3A'daki ilişki için, bütün durumlarda Z sıfırken Y=.62 + .05 (X) olmakta ve bütün durumlarda Y 1 iken Y=.49 (X) olmaktadır. O ilişkileri eşitlik olarak göstermek, daha detaylı tablo yaklaşımında, bu eşitliklerden her biri sadece tekabül eden dört hücreli tablodan iki anahtar sayıyı, yani ondalık sayı olarak ifade edilen ilk yüzde ve ilişkinin eğrisini, çıkarmayı içermektedir[11].

III. KARŞILIKLI NEDENSELLİK

Yasal süreçteki üçüncü bir yaygın nedensellik türü, bir değişkenin ikinci bir değişkene etkisinin olduğu ve o ikinci değişkenin birinci değişkene bir geri iletme etkisinin olduğu karşılıklı nedenselliktir. Bu, onun yasa ile toplum ilişkisini sembolize ettiği gerçeği nedeniyle, yasanın toplumun şekillenmesinde bir etkisinin olduğu ve toplumun da yasayı şekillendirmekte bir karşılıklı etkisinin olduğu, yaygın bir yasal süreçtir. Hukuk sosyolojisi alanındaki bilim adamları, sosyal davranışın sosyal normlar üzerindeki etkisinin sosyal normların sosyal davranış üzerindeki etkisinden fazla olduğunu sık sık tartışmaktadırlar.

Hukuk ile davranış arasındaki karşılıklı bir ilişki sık sık tartışılmakla beraber, o kadar sık ölçülmemektedir, kısmen etkiyi geri iletme etkisinden ayırma metodolojisinin iyi anlaşılmamasından dolayı. O metodoloji, siyaset bilgini Gillian Dean'in bu alandaki önderliği takip edilip, boşanma yasası ile boşanma oranları arasındaki ilişki üzerinde çalışılarak gösterilebilir[12]. Şekil 3 karşılıklı nedenselliği genel bir sembolik yolla ve boşanma konusunu ilüstratif bir örnek olarak kullanarak gösteren oklu şemalar vermektedir. Tablo 4 Şekil 3'te gösterilen eğimleri açıklayan dört hücreli tabloları vermektedir.

Tablo 4'teki bütün alt tablolar, Alaska ve Hawaii verileri bulunmadığı ve Nevada kısa süre oturanların boşanmasında yoğunlaşan tipik olmayan doğasından dolayı dışarıda tutulduğu için 50 eyalete değil de 47 eyalete dayandırılmıştır. Boşanma oranları ABD Kamu Sağlığı Hizmeti istatistiklerine göre 1960'tan itibaren evlenen 1000 kadını vermektedir. Yüksek bir boşanma oranı 47 eyaletin ortalamasının üstü, ve düşük bir boşanma oranı ulusal ortalamanın altı demektir. Boşanma yasası esnekliği Gillian Dean'in 47 eyaletin tümünde aile hukuku dersleri veren hukuk profesörleriyle yapılan, on-

11 Birleşik nedensellik ile ilgili daha fazla detay için, bakınız Blalock (1), sayfa 308-309 (bir girdi değişkeni ile bir kontrol değişkeni), sayfa 463-464 ve 483-489 (ilgili muhtelif konular).

12 Dean (7,8). Tablo 4'te sunulan veriler Dean'ın o iki sayfada sunulan genel bulgularıyla tutarlılık göstermekte, fakat onun verileri dört hücreli tablolarda sunulmadıkları için verilerini yansıtmamaktadır.

lara her eyaletin boşanma yasası esnekliği indeksindeki pozisyonunu soran bir anketin sonuçlarını vermektedir. Esnek eyaletler o indekste ulusal ortalamanın üzerinde olanlar ve sert eyaletler de altında olanlardır.

Tablo 4A1 bir eyalet sert bir eyalet olmaktan esnek bir eyalet olmaya geçerse, boşanma oranı ölçüsünün .35'lik bir skordan .67'lik bir skora yükselip bir eğim veya marjinal +.32'lik artış oluşturacağını göstermektedir. Tablo 4A2 bir eyalet düşük boşanma oranlı eyalet olmaktan yüksek oranlı birine geçerse, boşanma yasası esneklik ölçüsünün .41'lik bir skordan .72'lik bir skora +31'lik bir eğim oluşturarak yükseleceğini göstermektedir. Bu iki tablo insanın boşanma yasasının boşanma oranları üzerindeki etkisi ile boşanma oranlarının boşanma yasası üzerindeki etkisinin aynı olduğuna inanmasına yol açmaktadır. Ancak böyle bir çıkarsama boşanma oranlarının (Şekil 3'ün oklu şemasında gösterildiği gibi) boşanma yasası üzerinde boşanma yasasından boşanma oranlarına giden +.32'lik ilişkinin çoğunu izah edebilecek bir nedensel ilişkisinin olduğu muhtemel gerçeğine göre asılsız olabilir. Başka bir deyişle, eğer X'in Y'ye yol açtığına ve Y'nin X'E yol açtığına inanılırsa, Y'yi X'ten öngörmeye çalışmaktan elde edilen bir eğim Y'yi X'ten ön görmeye çalışmak gibi dairesel olabilir.

Bize lazım olan, X'in veya boşanma yasasının Y'ye veya boşanma oranlarına, herhangi bir şekilde Y'nin X'e geri iletme etkisini kontrol ederken ki etkisini saptamanın bir yoludur. Daha spesifik olursak, Y'deki farklılaşmanın ne kadarının X'teki saf farklılaşmadan ön görülebileceğini bize söyleyecek bir metoda ihtiyacımız vardır. Bu bağlamda, X'teki saf farklılaşma X'te Y'den kaynaklanmayan fakat onun yerine sadece Z olarak adlandırdığımız modeldeki üçüncü bir değişkene tekabül eden değişikliğe tekabül eder. Bu gerçek bağlamda, anlamlı bir üçüncü değişken Tablo 4'te kullanılan eyaletlerin her birindeki Katoliklerin yüzdesinin küçüklüğüdür. Küçük bir yüzde, 47 eyaletten oluşan ulusal ortalamanın altıdır, ve büyük bir yüzde de, 1960'tan itibaren ki ulusal ortalamanın üstünde olandır.

Her bir eyaletteki Katoliklerin yüzdesinin neden boşanma oranlarının boşanma yasası üzerindeki geri iletme etkisini, boşanma yasasını boşanma oranlarına ilişkilendirirken filtrelemek için iyi bir Z değişkeni olduğunun birçok nedeni vardır. İlkin, Tablo 4B1'de gösterildiği gibi, bir eyaletteki Katoliklerin yüzdesinin küçüklüğünün esnek boşanma yasası ile yüksek bir +52'lik ilişkisi vardır. Bu muhtemelen Katolik eyaletlerdeki yasa yapıcılarının, çok sayıda oy kaybetmekten korktukları için boşanma yasalarını yumuşatmakta isteksiz olduklarını gösterir. Bu Katoliklerin yüzdesinin boşanma oranlarının geri iletme etkisinden ayrı olarak, boşanma yasasının esnekliğinde önemli bir miktarda farklılaşmaya yol açabilecek kapasitede olduğu anlamına gelmektedir. İkincisi Tablo 4B2'de gösterildiği gibi, bir eyaletteki Katoliklerin yüzdesinin boşanma oranlarıyla hemen hemen sıfırlık bir ilişkisi vardır. Bu muhtemelen Katoliklerin ulusal ortalamaya yakın boşanma oranları olduğunu, veya ortalama boşanma oranlarına sahip diğer grupların yaşadıkları, düşük Katolik boşanma oranlarını dengeleyen, diğer grupların yaşadıkları eyaletlere yerleşme eğiliminde olduklarını gösterir. Aynı zamanda boşanma oranlarının ilişki, çok düşük olduğundan dolayı, Katoliklerin yüzdesiyle boşanma yasasının esnekliğini etkileyemeyeceği anlamına da gelir. Üçüncüsü, eğer bir eyalet esnek boşanma yasaları çıkarırsa, bu Katoliklerin oradan ayrılmalarına ya da sert boşanma yasası olan eyaletlere taşınmalarına yol açmaz. Böylelikle, X Y'ye neden olmadığına göre, Y'nin X üzerindeki geri iletme etkisi X vasıtasıyla Z'yi ve daha sonra dolaylı olarak tekrar X'i besleyemez. Başka bir deyişle, Katoliklerin yüzdesi kısmen bağımlı veya birbirini besleyen iki karşılıklı değişkenin nedensel etkisinden bağımsız veya dıştan etkilenen bir değişkendir.

Tablo 4C'de, boşanma oranlarını boşanma yasasından değil fakat daha çok öngörülen boşanma yasasından öngörürüz. Boşanma yasasını bu bağlamda öngörmekten kastımız, eyalet içinde bulunan Katoliklerin yüzdesini ve Tablo 4B1'in boşanma yasası ile Katoliklerin yüzdesinin X=.29 +.52(Z) eşitliği ile ifade edilebilen bir ilişkiyi gösterdiği gerçeğini göz önünde tutarak, bir eyaletten beklenebilecek skordur. Eğer eyalette yüksek bir Katolik yüzdesi varsa Z değişkeni 0 değerini, ve eğer eyalette düşük bir Katolik yüzdesi varsa 1 değerini alabilir. Böylece Z'de 0 kaydeden 21 eyalet vardır, ve onların öngörülen skoru .29 olacaktır ki bu, onların görece olarak sert boşanma yasalarına sahip olacakları bir öngörüye götürecektir. Aynı şekilde Z'de 1 kaydeden 26 eyalet vardır, ve onların öngörülen X skoru .81 olacaktır ki bu da onların görece esnek boşanma yasalarına sahip oldukları şeklinde bir öngörüye götürecektir. Böylece Tablo 4C 21 eyaleti, Katolik yüzdelerinden dolayı sert olacakları öngörülen boşanma yasaları olan eyaletler sütununda gösterecektir, ve esnek öngörü sütununda da 26 eyaleti. Sert olarak öngörülen 21 eyaletin yüzde 48'inde yüksek boşanma oranları vardır, oysa esnek öngörülen 26 eyaletin yüzde 58'inde +.10'luk bir eğim farkı gösteren yüksek boşanma oranları vardır. Katolik yüzdesinin skorundan her eyaletin boşanma yasası skorunu öngörmek, birinci aşama öngörüsü olarak değerlendirilebilir, ve daha sonra öngörülen boşanma yasası skorundan her eyaletin boşanma oranı skorunu öngörmek de bir ikinci aşama öngörüsü olarak değerlendirilebilir.

+.10 eğimi bize boşanma yasalarındaki farklılaşma ve boşanma oranlarındaki farklılaşma arasındaki ilişkide, boşanma yasalarındaki tek farklılaşmanın değişkenlerden veya boşanma oranları dışında bir değişkenden dolayı olduğunu söyler. Başka bir deyişle, eğer bir eyalet sert öngörülen bir eyaletten yumuşak öngörülen bir eyalete geçerse veya farklılaşırsa, o zaman boşanma oranları ölçüsünde .48'lik bir skordan .58'lik bir skora marjinal +.10 oranında bir eğimle yükselmesi muhtemeldir. O+.10, boşanma oranları değişikliklerinin boşanma yasası değişikliklerine geri iletme etkisini kontrol etmeden önceki +.32'den önemli oranda azdır. Ancak o+.10 yine de boşanma yasalarının boşanma oranları üzerinde, geri iletme etkisinden ayrı olarak, fazla bir nedensel etki olmamakla beraber, biraz nedensel etkisinin olabileceğini göstermektedir. Anlaşılan, eyaletten eyalete boşanma oranındaki farklılık, boşanma yasasından başka değişkenlerden çok daha fazla etkilenmektedir. Bu değişkenler özellikle gelir, tahsil, ve şehircilik seviyelerini içerebilir.

Yukarıdaki örnekte, boşanma yasalarındaki (X) nedensel esnekliğin boşanma oranlarının yüksekliği (Y) üzerindeki etkisini, boşanma oranlarının boşanma yasaları üzerindeki geri iletme etkisini süzüp ayırarak, analiz ettik. Y'nin X üzerindeki etkisini de aynı şekilde, X'in Y üzerindeki geri iletme etkisini süzüp ayırarak analiz edebilirdik. Böyle yapmak boşanma oranlarının öngörüsünde kullanmak üzere her eyalet için ortalama eğitim düzeyi gibi bir Z değişkenini bulmayı içerebilir. Daha sonra öngörülen boşanma oranlarını boşanma yasası skorlarının öngörüsünde

kullanırdık. O ilişkinin eğimi o zaman diğer tarafa giden +.10 eğimi ile karşılaştırılabilinirdi. Böyle yapmak boşanma oranlarının bu bağlamda boşanma yasası üzerinde, boşanma yasalarının boşanma oranları üzerinde olan etkisinden iki kat daha fazla olduğunu gösterir. Belki de genel olarak sosyal davranışın yasal kuralları şekillendirmek üzerindeki etkisi yasal kuralların sosyal davranışı şekillendirmek üzerindeki etkisinden daha fazladır[13].

Karşılıklı nedenselliği analiz etmenin alternatif bir yaklaşımı, Şekil 4'te gösterildiği gibi bir zaman noktasından ziyade, bir zaman dilimi boyuncaki verileri elde etmeyi içerir. Eğer verilen bir eyalet veya eyaletler dizisinde boşanma oranlarının azaldığını veya boşanma yasasının esnekleşmesinden öncesi ile aynı düzeyde olduğunu, fakat daha sonra yükseldiğini bulursak, o zaman bu yasasın oranlar üzerinde daha fazla nedensel zorunun olduğunu ve tersinin olmadığını gösterir (Şekil 4A1'de olduğu gibi). Eğer öte yandan, boşanma oranlarının boşanma yasasının esnekleşmesinden önce yükseldiğini ve hemen hemen aynı oranda yükselmeye devam ettiklerini bulursak, o zaman bu oranların muhtemelen yasa üzerinde daha fazla bir etkisinin olduğunu ve öbür türlü olmadığını gösterir (Şekil 4A2'de olduğu gibi). Ancak eğer yasal değişiklikten önce oranlar artıyorsa, bu oranların yasayı etkilediğini ve yasanın oranları geri etkilediğini gösterme eğiliminde olurdu (Şekil 4A3'te olduğu gibi). Ancak o zaman dizisi durumunda, ya bir zaman noktası skorları ile veya değişiklik skorları ile iki aşamalı öngörü metoduna göre göreli etki derecelerini saptamak daha zordur. Yine de iki yaklaşım genellikle birbirini tamamlar[14].

Eğer boşanma oranları verileri iki zaman noktasında (örneğin X_1 1950'de ve X_2 1970'de) ve boşanma yasaları verileri iki zaman noktasında elde edilebilirse (örneğin Y_1 1950'de ve Y_2 1970'de), o zaman cross-lagged panel analizi olarak

13 Karşılıklı nedensellik ve etkiyi geri iletme etkisinden ayırma metodoloji üzerinde daha fazla tartışma için Miller (15), ve Fowler ve Lineberry (9)'e bakınız.

Y'nin X'ten öngörülen eğimi büyüklük açısından X'in Y'den öngörülen eğiminden, Y değişkeni üzerindeki dağılım ve X üzerindeki dağılım arasındaki ilişkiye bağlı olarak, önemli oranda farklı olabilir. Ancak bu iki eğim hiçbir şekilde zıt işaretlerde olamazlar. Bu sadece regresyon analizinin yönünü tersine çevirmenin karşılıklı nedenselliğe varamadığını gösterir, çünkü karşılıklı nedensellik bazen zıt işaretlerde olan ilişkileri içerir. Örneğin ölüm cezasındaki bir artış bir yerler ve zaman noktaları dizisinde cinayet oranını düşürebilir. Ancak eğer cinayet oranında bir artış olursa, bu muhtemelen ölüm cezasının kullanımında bir artışla sonuçlanır. Böylece bir nedensellik yönünde bir eksi eğim varken, diğerinde artı bir eğim olur.

Karşılıklı nedenselliği analiz etmek sadece nedenselliğin hangi yönde daha güçlü ve ne kadar daha güçlü olduğunu göstermez, aynı zamanda iki yönde de nedensellik olup olmadığını gösterebilir. Başka bir deyişle analizinden Y'nin X'ten fazlaca öngörülmesine rağmen, öngörülebilirlik X'in Y'ye neden olmasından ve X ve Y'nin birbirine neden olmasından değil, Y'nin X'e neden olmasından dolayı olduğu bulunabilir. Bu tür analizin, ayrımcılığa karşı yasalar ayrımcılığı düşürür mü, ya da ayrımcılığın düşmesi ayrımcılığa karşı yasalara neden olur mu? gibi konularla ilgili önemli politika imalarına sahiptir. Aynı şekilde marihuana kullanmayı suç olmaktan çıkarmak marihuana kullanımının artmasına neden olur mu, ya da marihuana kullanımının artması marihuana kullanmanın suç olmaktan çıkarılmasına neden olur mu, veya ikisi de , ya da hiçbiri?

14 Yasal değişikliğin durdurulmasına uygulanan zaman dizisinin analizi ile ilgili daha fazla detay için, Campbell ve Ross (4), ve ross et al (22)ye bakınız.

Şekil 4A'da, ne yasadaki bir değişikliğin oranlarda bir değişikliğe neden olduğu, ne de oranlardaki bir değişikliğin yasada değişikliğe neden olduğu, dördüncü bir grafik gösterilebilirdi. Böyle bir grafik yasa değiştiği halde, oranların değişmediğini ve oranlarda bir değişiklik olmadığına göre, oranlardaki bir değişikliğin yasadaki bir değişikliğe yol açmış olamayacağını gösteren bir yatay hattı içerebilir. Böyle bir grafik aynı zamanda negatif eğimli bir hat da içerebilirdi. Eğer eğim sabit ise, o zaman yasadaki değişiklik oranları etkilememektedir. Boşanma oranlarındaki düşüş daha önceki sertlikten, etkiden sonraki esnekliğe doğru yasadaki değişikliğe neden olarak gösterilirse. Aynı şekilde, negatif eğimli bir hat yasadaki değişiklikten sorumlu olamazdı, zira boşanma oranlarındaki düşüşü yasadaki değişikliğe bir etki olarak (insanların boşanmaya daha az toleranslı oldukları anlamına gelen), önceki sertlikten sonraki esnekliğe, göstermek zor olurdu.

bilinen analiz kullanılarak karşılıklı nedenselliğin hangi yönde daha fazla olduğu saptanabilir. Bu yaklaşım temel olarak X_1 oranları ve onları izleyen Y_2 yasası arasındaki ilişkinin, Y_1 yasası ve onu izleyen X_2 oranları arasındaki ilişkiden, Şekil 4B'de gösterildiği gibi, daha fazlamı yoksa daha az mı olduğunu test etmeyi içermektedir[15].

IV. TAMAMLAYICI FARKLI NEDENSELLİK ŞEKİLLERİ

Yasal süreç olguları genellikle farklı nedensellik şekillerinin bir kombinasyonunu içerir. Örneğin, diyelim ki neden bazı suç davalarının kısa hapis cezalarını ve diğerlerinin de uzun hapis cezalarını içerdiğini izah etmeye çalışıyoruz. Bunu kısmen kısa hapis cezalı davaların daha muhtemel olarak Demokrat hakimlerle ve uzun hapis cezalarının da Cumhuriyetçi hakimlerle ilgili olduğu hipoteziyle yapabiliriz. Ancak parti bağının hapis cezası farklılığına muhtemelen neden olmayacağını, fakat ondansa liberalizm tutumun ceza farklılıklarıyla ortak bir etkisi olabileceğini kabul edebiliriz. Aynı zamanda kısa hapis cezalarının nispetsizce beyaz davalılara verildiğini ve uzun hapis cezalarının da nispetsizce siyah davalılara verildiğini, fakat özellikle saldırı suçlarından çok hırsızlık suçlarını kullandığımız zaman, çünkü hırsızlık suçları saldırı suçlarından daha fazla ırksal olma eğilimi taşımaktadır, hipotezini yapabiliriz. Daha sonra ağır bir suç değil de hafif bir suç işlemenin uzun bir hapis cezasından çok kısa bir hapis cezası almaya yol açmasının daha olası olduğunu, fakat kısa bir hapis cezası almanın, uzun bir hapis cezası verilirse olmayacak daha fazla hafif suçlar veya başka suçlar işlemeye yol açan bir geri iletme etkisinin olabileceğini de hipotezimize katabiliriz.

Yukarıdaki örnekte, bir çıktı değişkenimiz vardır, yani cezanın uzunluğu ki farklılaşmayı nedensel analiz ile izah etmeye çalışıyoruz. Analiz, yargı karakteristikleri bakımından bir ortak etkiyi, da-

15 Cross-lagged panel yaklaşımının sık sık aldığı iki şekil vardır. Bir şekil (1) iddia edilen X1 nedeni ile iddia edilen Y2 nedeni arasındaki, daha önce Y1 sabit tutulurken ki kısmi korelasyon ile, (2) iddia edilen Y1 nedeni ile iddia edilen X2 etkisi arasındaki, ilk X1 sabit tutulurken ki kısmi korelasyon karşılaştırılmasını içerir. Eğer 1 kısmi korelasyonu 2 kısmi korelasyonundan büyükse, o zaman oranların yasa üzerindeki etkisi tersinden daha büyüktür, fakat eğer 2 kısmi korelasyonu daha büyükse, o zaman yasanın oranlar üzerindeki etkisi tersi etkiden daha büyüktür. Kısmi korelasyon katsayıları yukarıda not 4'te tarif edildiği şekilde hesaplanır.

CLPA'nın diğer formu b1 kere b2'nin b5'e eşit olmaya, b3 kere b4'ten daha yaklaşıp yaklaşmadığını karşılaştırmayı içermektedir; bu durumda (1) b1 X1 ile X2 arasındaki eğim, (2) b2 X1 ile Y2 arasındaki eğim; (3) b3 X2 ile Y2 arasındaki eğim; (4) b4 Y1 ile Y2 arasındaki eğim; ve (5) b5 X2 ile Y2 arasındaki eğimdir. Aslında X2 ile Y2'nin ya X1'in (örneğin daha önceki bir zaman noktasında, oranlar) ya da Y1'in (örneğin daha önceki bir zaman noktasında, yasa) ortak etkileri olduğunu söylüyoruz. Eğer X1 oranları daha güçlü neden iseler , o zaman yukarıdaki not 4'te tartışılan yol analizi metodu b1 kere b2'nin b5'e, b3 kere b4'ten daha fazla yakın olacağını, fakat eğer yasa daha güçlü nedense olmayacağını söylemektedir. Cross-Lagged panel analizi ile ilgili daha detaylı bilgi için Heise (12) ve Pelz ve Andrews (21)'e bakınız.

valının karakteristikleri bakımından bir birleşik nedensellik ilişkisini, ve suçun doğası bakımından bir karşılıklı nedenselliği içermektedir. Şehirciliğin liberalizme yol açarak dolaylı olarak kısa hapis cezalarına yol açtığı hipotezinde bulunarak bir ara değişken ekleyebilirdik. Aynı zamanda, daha fazla kaynak ve tutulmuş avukata daha az birikmiş iş gibi bir ara değişken koyabilmemize rağmen, suçun şiddeti sabit tutulursa, avukat (counsel) tutmuş olmanın bir kamu avukatı (public defender) tutmaktan daha kısa hapis cezası almaya götüreceği hipotezinde bulunarak, başka herhangi bir nedensellik türünü içermeyen direkt bir ortak neden de ekleyebilirdik. Değişik yollardan birbiriyle ilişkili başka nedensel değişkenler için başka örnekler verilebilirdi. Ancak bir kompleks nedensel modelde o ilişkinin tümü, ortak etkiler, birleşik nedensellik, karşılıklı nedensellik, ara değişkenler veya direkt ortak nedensellikle uğraşan modelin altparçalarını düşürme eğilimindedirler.

Nedensel modeller, sadece farklı nedensellik türlerini bir modelde bir araya getirerek değil, fakat aynı zamanda her altmodeldeki değişkenlerin sayısını artırarak da daha kompleks hale getirilebilir. Örneğin bir ortak etkiler ilişkisi, tümü bir veya daha çok dış değişkenin ortak etkileri olduğundan dolayı birbirleriyle ilişkili ikiden fazla değişkeni içerebilir. Aynı şekilde, ikiden fazla değişken başka bir değişkenle birleşik bir nedensel ilişki veya birleşik olmayan bir ortak nedensel ilişkiye sahip olabilir. Karşılıklı veya dairesel bir ilişkide ikiden fazla değişkeni, örneğin X_1'in X_2'ye ve onun X_3'e ve onun da X_1'e neden olduğu yerde, içerebilir. Ancak ne nedenselliğin türü ne de temel nedensellik analizi metodolojisi, değişkenlerin sayısı artığında değişir.

Araştırmacılar nedenlere bakarken sık sık sadece mekanik olarak, her birinin izah edilen çıktı değişkenine giden tek yönlü bir okla direkt olarak ilişkilendiği bir ortak nedenler listesine dayanarak düşünme eğiliminde olurlar. Biraz daha fazla hayal gücüyle, nedenselliğinin diğer şekilleri hipotez edilebilip test edilebilirdi. Aynı zamanda çıktı değişkenindeki farklılaşmanın ne kadarının tek başına ele alınan veya modelin diğer parçalarına azar azar artırarak eklenen modelin her bir ayrı alt parçası ile izah edildiği de saptanabilirdi. Ancak asıl hedef farklı nedensel izahları karşılaştırmaktan ziyade, çıktı değişkenindeki toplam farklılaşmanın en yüksek yüzdesini veriler ve ilgili konular hakkında hali hazırda bilinen sağduyuya dayanarak anlamlı bir şekilde izah edecek nedensellik izahlarının kombinasyonunu bulmaktır. O tür açıklayıcı nedensellik analizi, davaların sonuçlarını, hakimlerin veya avukatların davranışlarını, davalıların gördükleri muameleleri, düzenleyici yasaların etkilerini veya başka yasal konuları izah etmeye çalışıp çalışmadığına bakmaksızın, uğraşmaya değecek kadar anlamlıdır. O tür açıklayıcı nedensellik analizi, yasal araştırmacılar ilgili nedensellik metotlarını anlamaya ve o metotları yasal süreci daha iyi anlamakta kullanmaya çalışsalar da başarılabilir.

REFERANSLAR

1. Blalock, Hubert; - Causal Inferences in Nonexperimental Research, University of North Carolina Press, Chapel Hill. N.C. (1964)
2. Causal Models in the Social Sciences, Aldine, Chicago (1971), pp.295-373
3. : Social Statistics, McGraw-Hill, New York (1972).
4. Campbell, Donald, and Laurence Ross: "The Connecticut Crackdown on Speeding: Time Series Data and Quasi_Experimental and Analysis," Law and Society Review 3. (1968), pp.33-53
5. Campbell, Donald, and Julian Stanley: "Experimental and Ouasi-Experimental Designs for Research on Teaching," in N.L.Gage (ed.), Handbook of Research on Teaching, Rand Mc.Nally, Chicago (1973), pp.171-246.
6. Caulcott, Evelyn : Significance Tests, Routledge &Kegan Paul, London (1973)
7. Dean, Gillian : "Divorce Policy and Divorce: An Empirical Study," unpublished paper, Vanderbilt University, 1973.
8. : "Impact and Feedback Effects: Divorce Policy and Divorce in the American States," unpublished papers, Vanderbilt University, 1975.
9. Fowler, Edmund, and Robert Lineberry: "Comparative Policy Analysis and the Problem of Reciprocal Causation," in Craig Liske et al., Comparative Public Policy: Issues, Theories, and Methods, Sage-Halsted-Wiley, New York (1975)
10. Green, Leon: The Theory of Proximate Cause, Vernon Law Book Co., Kansas City (1929)
11. Guiford, J. P., and Benjamin Fruchter: Fundamental Statistics in Psychology and Education, Mc.Graw-Hill, New York (1973), pp.120-171, 396-460.
12. Heise, David : Causal Inference From Panel Data, "In Edgar Borgatta and George Bornstedth (eds.), Sociological Methodology, Jossey-Bass, San Francisco (1970).
13. Kritzel, Michael : "Sanctions and Deviance," Justicia 3 (1975): 18-28.
14. Maclver, Robert : Social Causation, Harper and Row, New York (1964).
15. Miller, Alden,: "Logic of Causal Analysis: From Experimental to Non- Experimental Designs," in H. Blalock (ed.), Causal Models in the Social Sciences, Aldine, Chicago (1971), pp.273-294.
16. Nagel, Stuart: "Political Party Affiliation and Judges' Decisions," American Political Science Review 4 (1961): 843-850.
17. : "Off-the Bench Judicial Attitudes," in Glendon Schubert (ed.), Judicial Decision-Making, Free Press, New York (1963), pp.229-254.
18. : The Legal Process from a Behavioral Perspective, Dorsey, Homewood, Ill. (1969)
19. : Minimlizing Costs and Maximizing Benefits in Providing Legal Services to Poor, Sage, Beverly Hills, Calif. (1973).
20. : Anthony Champagne; and Marian Neef : "Attorney Attitudes Toward the Un-popular and the Poor.", in S. Nagel, Improving the Legal Process: Effects of Alternatives, Lexington_Health, Lexington, Mass, (1975), pp.81-115.
21. Pelz, Donald, and F. M. Andrews : "Detecting Causal Priorities in Panel Study Data," American Sociological Review 29 (1964), pp.836-848.
22. Ross, Lawrence; Donald Campbell, and Gene Glass : " Determining the Social Effects of a Legal Reform: The British Breathalyser Crackdown of 1967," in S. Nagel (ed.), Law and Social Change, Sage, Beverly Hills, Calif. (1970), pp. 15-32.
23. Simon, Herbert : "Spurious Correlations: A causal interpretation." Journal of the American Statistical Association 49 (1954): 457-479.
24. Tittle Charles, :"Crime Rates and Legal Sanctions," Social Problems 16 (1969): pp.409-423.
25. Zeisel, Hans: Say It with Figures, Harper and Row, New York (1968), pp.109-240.

EK: NEDENSELLİK ANALİZİNİN BAZI TEMEL PRENSİPLERİNİN ÖZETİ

Bu ek, mahkeme kararı verme, avukat-müvekkil ilişkileri, davacı karşılaştırmaları, ve yasa ve toplum arasındaki karşılıklı ilişkilerden yasa ve toplum örneklerinin olduğu bölümde gösterilen temel nedensellik analizi prensiplerini daha soyut bir düzeyde toplar. Prensipleri daha soyut bir düzeyde görerek, karşılıklı etkileşimleri ve genelleştirilebilirliklerine daha açıklık kazandırılır. Bu ek, aynı zamanda somut yasal süreçleri göstermeye yoğunlaştığından dolayı metinde tartışılması uygun görülmeyen bazı önemli genel konulara da kısaca değinmektedir.

I. TEMEL SEMBOLLER

1. Byx = bağımlı değişken Y ile bağımsız değişken X arasındaki ilişkinin eğimi.

a. Nedensellik analizinde, bu eğimler genel olarak değişkenlerin standardize edilmiş skorları üzerinde çalışmayı içerir, ancak standardize edilmemiş skorlar da özellikle değişkenlerin ikiye bölündüğü ve bu yüzden iki eğim türü arasında az farklılık olduğu durumda, anlamlı sonuçlar üretebilir.

b. Sadece iki değişken söz konusu ise, korelasyon katsayıları (r), iki değişken ilişkilerinde Byx = ryx olduğu için, bu

eğimlerin yerinde kullanılabilir.

2. Byx.z = üçüncü bir değişken veya Z değişkeni sabit tutulurken, XY ilişkisinin eğimi. Eğer Z bir – veya +'dan sonra geliyorsa, bu örneklemeyi Z'de negatif kategoride olanlar ve pozitif kategoride olanlara ayırmayı gösterir.

3. Yüksek = nedensellik analizinin parçası olan diğer eğimlere göre yüksek olan A eğimi.

4. Düşük = nedensellik analizinin parçası olan diğer eğimlere göre düşük olan A eğimi.

5. X'Y=X değişkeninin varlığı Y değişkeninin olup olmamasına neden olur, ya da X değişkenindeki değişiklik Y değişkeninde değişikliğe yol açar.

6. X---Y=X değişkeni Y değişkeni ile aynı yönde veya zıt yönlerde değişir, fakat aralarında bir nedensellik ilişkisi yoktur.

II. NEDENSELLİĞİN GENEL TANIMLANMASI

Aşağıdaki durumlarda X değişkeni ile Y değişkeni arasında bir nedensellik ilişkisi vardır:

1. X zaman içinde Y'den önce gelirse, ya da X'teki iddia edilen nedensel değişiklikler zaman içinde Y'de iddia edilen etki değişikliklerinden önce gelirse.

2. X, Y ile aynı yönde ya da zıt yönlerde önemli oranda beraber değişir. Ne kadar beraber değişildiği veya korelasyon derecesinin önemli oranda beraber değişikliği oluşturması, nedensellik ilişkisi yokken, var sonucuna varma hatasını yapmaya karşı nedensellik ilişkisi varken, yok sonucuna varma hatasını yapmanın göreli bedellerine bağlıdır.

3. Hiçbir Z değişkeni beraber değişmeyi önemli oranda değiştirecek kadar kontrol edilemez.

a. Ne kadar değişikliğin önemli oranda değişikliği oluşturduğu yukarıda bahsedilen kriterlerin aynısına bağlıdır.

b. Ek Z değişkenine bakmaya son vermek ek araştırmanın masrafına ve önerilen Z değişkenleri ile XY ilişkisi arasındaki ilişki hakkında zaten bilinenlerin ışığında olası yararlara bağlıdır.

III. ORTAK ETKİLER VE ARA DEĞİŞKEN NEDENSELLİĞİ

A. Tanımlamalar

1. Ortak etkiler modelleri: X---Y, Z'X, Z'Y.

2. Ara değişken modeli: X---Y, X'Z, Z'Y.

B. Yeterli olacak koşullar

1. İlk ilişkiler: B_{YX} = yüksek. B_{XZ} = yüksek. B_{YZ} = yüksek.

2. Örneklemeyi ayırmak: $B_{YX.-Z}$ = düşük. $B_{YX.+Z}$ = düşük.

3. Çok değişkenli ilişkiler: $B_{YX.Z}$ =düşük. $B_{YZ.X}$ = yüksek.

4. Yol analizi: B_{ZX} kere B_{ZY} eşittir. B_{YX}.

5. Ortak etkiler modelinin mi ara değişken modelinin mi uygulanacağı değişkenlerin bilinen zamansal düzenine bağlıdır.

IV. KARŞILIKLI NEDENSELLİK

A. Tanımlamalar

1. İki girdi değişkeni: (X_1 ve X_2)'Y, fakat X_1 'Y veya X_2 'Y değil.

2. Bir girdi değişkeni ve bir kontrol değişkeni: X'Y'nin ortası.

3. Ortak nedensellik: X_1 'Y. X_2'Y

B. Yeterli olacak koşullar

1. İki girdi değişkeni:

a. Ölçümlemeyi değiştirmek: B_{YX1} = düşük. B_{YX2} =düşük. $B_{YX'}$ = yüksek, X' öyle bir değişkendir ki, X' üzerinde artı olmak için hem X_1 hem de X_2 üzerinde de artı olmak gerekir.

b. Çok değişkenli ilişkiler: $B_{YX1.X2X3}$ = düşük. $B_{YX2.X1X3}$ = düşük. $B_{YX3.X1X2}$ = yüksek, X_3 X_1 ve X_2 nin ürünüyken.

2. Bir girdi değişkeni ve bir kontrol değişkeni:

a. Örneklemeyi bölmek: B_{YX} = orta. $B_{YX.-Z}$ = düşük. $B_{YX.+Z}$ = yüksek.

b. Çok değişkenli ilişkiler: $B_{YX.Z}$ ve $B_{YZ.X}$ bize bu modelle ilgili bir şey söylememektedir.

3. Ortak nedensellik: B_{YX1} = yüksek. B_{YX2} = yüksek. B_{YX3} = düşük.

V. KARŞILIKLI NEDENSELLİK

A. Tanımlama: X 'Y. Y'X.

B. Nedenselliğin hangi yönde büyük olduğunu saptamanın koşulları:

1. İlk ilişkiler: B_{YX} = yüksek. B_{XY} =yüksek.

2. Zaman içinde bir nokta verisi: B_{XZ1} = yüksek. B_{YZ1} = düşük. B_{YZ2} = yüksek.

B_{XZ2} = düşük. X 'Y, Y 'X'den daha fazladır, X_P , X'in Z_1'den öngörülen değeri ve Y_P, Y'nin Z_2'den öngörülen değeri olduğunda, B_{YXP} B_{XYP}'den daha büyükse.

3. Zaman içinde iki nokta verisi:

a.Çok değişken ilişkileri : eğer $B_{Y2X1.Y1}$ $B_{X2Y1.X1}$'den daha büyükse, X, Y'nin X'e neden olmasından daha fazla, Y'ye neden olur.

b. Yol analizi: eğer B_{X2X1} kere B_{Y2X1}, B_{X2Y1} kere B_{Y2Y2}'in B_{Y2X2}'ye eşit olmasından daha fazla B_{Y2X2}'ye eşitse, Y'nin X'e neden olmasından daha fazla, X, Y'ye neden olur.

4. Ara zaman dizili çok zaman noktaları (Y'nin sürekli bir değişken ve X'in zaman içinde bir kez değişen ikiye bölünen bir değişken olması durumunda)

a. Eğer B_{YX} , X eksiden artıya değişirken, diğer nedensellik esasları varken, önemli oranda yön veya derece değiştirirse, X, Y'ye neden olur.

b. Eğer B_{YX} , X eksiden artıya değişirken, yukarıdaki koşullarda, yön veya derece değiştirmezse, Y, X'e neden olur.

c. Eğer B_{YX} , X değişmeden önce artarsa ve X değiştikten sonra daha fazla artarsa, ya da eğer B_{YX} , X değişmeden önce azalırsa ve X değiştikten sonra daha fazla azalırsa, yukarıdaki durumlarda, Y, X'e neden olur ve o da daha sonra Y'ye neden olur.

5. Karşılıklı nedenselliği, nedenselliğin hangi yönde daha büyük olduğunun dışında kurmak için, hem X 'Y hem de Y 'X'in, II'deki genel nedensellik tanımlamasını doyurması gerekir.

NEDENSELLİK ANALİZİ VE YASAL SÜREÇ

Tablo 1: Ortak etkiler ve ara değişken nedenselliğini gösteren dört hücreli tablolar

A. X ve Y arasındaki temel ilişki

	Cumhuriyetçi	Demokrat		
İşçi yanlısı	12 (%35)	19 (%68)	31	
İşveren yanlısı	22 (%68)	9 (%32)	31	$b_1=+.33$
	34	28	62 hakim	

B. Z ve X arasındaki ve Z ve Y arasındaki ilişkinin kontrolü (pozitif test)

	Muhafazakar	Liberal		
Demokrat	8 (%25)	20 (%67)	28	
Cumhuriyetçi	24 (%75)	10 (%33)	34	$b_2=+.42$
	32	30	62 hakim	

	Muhafazakar	Liberal		
İşçi yanlısı	9 (%28)	22 (%73	31	
İşveren yanlısı	23 (%72)	8 (%27)	31	$b_3=+.45$
	32	30	62 hakim	

C. Z'yi sabit tutarak, X ve Y arasındaki ilişkinin kontrolü (negatif test)

	Cumhuriyetçi	Demokrat		
İşçi yanlısı	6 (%25)	3 (%38)	9	
İşveren yanlısı	18 (%75)	5 (%62)	23	$b_4=+.13$
	24	8	32 hakim	

Hepsi Muhafazakar

	Cumhuriyetçi	Demokrat		
İşçi yanlısı	6 (%60)	16 (%80)	22	
İşveren yanlısı	4 (%40)	4 (%20)	8	$b_5=+.20$
	10	20	30 hakim	

Hepsi Liberal

Not: Eğer mükemmel ortak etkiler varsa, o zaman $b_1 \sim \pm 1.000$, $b_2 \sim \pm 1.000$, $b_3 \sim \pm 1.000$, $b_4 \sim 0$ ve $b_5 \sim 0$

Tablo 2: İki değişkenli birleşik nedenselliği gösteren dört hücreli tablolar.

A. Girdi değişkenlerinin ayrı ayrı etkisi azdır.

TUTUMLAR

	Uygun olmayan tutumlar	Uygun tutumlar		
Sevilmeyen müvekkilleri temsil etti	4 (%36)	23 (%46)	27	
Temsil etmedi	7 (%64)	27 (%54)	34	$b_1=+.10$
	11	50	61 avukat	

FIRSATLAR

	Uygun olmayan spesiality	Uygun spesiality		
Sevilmeyen müvekkilleri temsil etti	7 (%39)	20 (%47)	27	
Temsil etmedi	11 (%61)	23 (%53)	34	$b_2=+.08$
	18	43	61 avukat	

B. Girdi değişkenlerinin birlikte önemli oranda bir etkisi vardır.

TUTUMLAR VE FIRSATLAR

	İkisi de uygun değil	İkisi de uygun		
Sevilmeyen müvekkilleri temsil etti	2 (%10)	25 (%63)	27	
Temsil etmedi	19 (%90)	15 (%37)	34	$b_3=+.53$
	21	40	61 avukat	

Not: Eğer mükemmel birleşik nedensellik iki değişkenli ise o zaman $b_1 \sim 0$, $b_2 \sim 0$ ve $b_3 \sim \pm 1.000$.

Tablo 3: Bir girdi değişkenli ve bir kontrol değişkenli birleşik nedenselliği gösteren dört hücreli tablolar.

A. X ve Y arasındaki temel ilişki

	Beyazlar	Siyahlar	
Cezaevine kondu	336 (%54)	301 (%70)	637
Nezaret altında	288 (%46)	128 (%36)	416
	624	429	1053 hüküm giyen davalılar

b_1=+.16

B. Z'yi sabit tutarak X ve Z arasındaki ilişkiyi kontrol etmek

	Beyazlar	Siyahlar	
Cezaevine kondu	141 (%62)	155 (%67)	296
Nezaret altında	86 (%38)	77 (%33)	163
	227	232	459

Hepsi saldırı suçları

b_2=+.05

	Beyazlar	Siyahlar	
Cezaevine kondu	195 (%49)	146 (%74)	341
Nezaret altında	202 (%51)	51 (%26)	253
	397	197	594

Hepsi hırsızlık suçları

b_3=+.25

Not: Eğer bir girdi değişkenli ve bir kontrol değişkenli mükemmel bir birleşik nedensellik varsa, o zaman b_1~0, b2~ -1.000 ve b3~+1.000

Tablo 4. Karşılıklı nedenselliği gösteren dört hücreli tablolar

A. X ve Y, ve Y ve X arasındaki temel ilişki

BOŞANMA YASASI

	Sert	Esnek	
Yüksek boşanma Oranları	7 (%35)	18 (%67)	25
Düşük	13 (%65)	9 (%33)	22
	20	27	47 eyalet

b_1=+.32

BOŞANMA ORANI

	Düşük	Yüksek	
Esnek boşanma oranı	9 (%41)	18 (%72)	27
Sert	13 (%59)	7 (%28)	20
	22	25	47 eyalet

b_2=+.31

B. Z ve X, Z ve Y arasındaki ilişki

KATOLİKLERİN YÜZDESİ

	Büyük	Küçük	
Esnek boşanma yasası	6 (%29)	21 (%81)	27
Sert	15 (%71)	5 (%19)	20
	21	26	47 eyalet

b_3=+.52

KATOLİKLERİN YÜZDESİ

	Büyük	Küçük	
Yüksek boşanma oranlar	10 (%48)	15 (%58)	25
Düşük	11 (%52)	11(%42)	22
	21	26	47 eyalet

b_4=+.10

C. Öngörülen X ve gerçek Y arasındaki ilişki (X'in Z'den öngörülmesi durumu)

ÖNGÖRÜLEN BOŞANMA YASASI

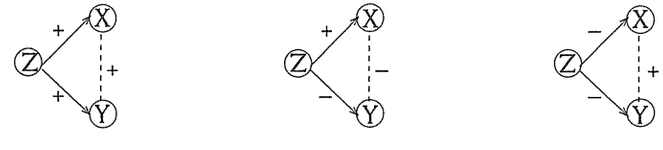
	Sert	Esnek	
Yüksek boşanma oranlar	10 (%48)	15 (%58)	25
Düşük	11 (%52)	11(%42)	22
	21	26	47 eyalet

b_5=+.10

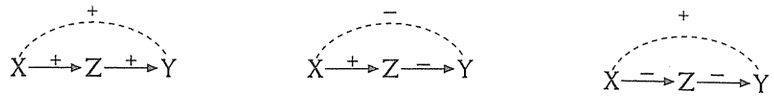
Not: Eğer mükemmel nedensellik varsa, o zaman b1=+1.000, b2=+1.00, b3=0, b4=0 ve b5=0.

Şekil 1 Ortak etkiler ve ara değişken nedenselliğini gösteren oklu şemalar.

A. Ortak etkiler nedenselliği



B. Ara değişken nedenselliği



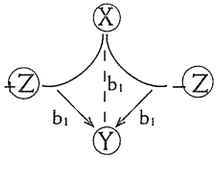
Sembolların anlamı
X- Girdi değişkeni veya kendisinden öngörüde bulunulan değişken.
Y- Çıktı değişkeni veya kendisinden öngörüde bulunulan değişken.
Z- X ve Y arasındaki izah ettiğine inanılan üçüncü değişken.

Şekil 2. Birleşik nedenselliği gösteren oklu şemalar

A. İki girdi değişkeni

Ortak Nedensellik — Birleşik Nedensellik

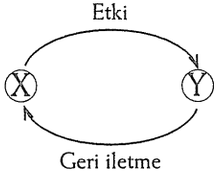
B. Bir girdi değişkeni ve bir kontrol değişkeni



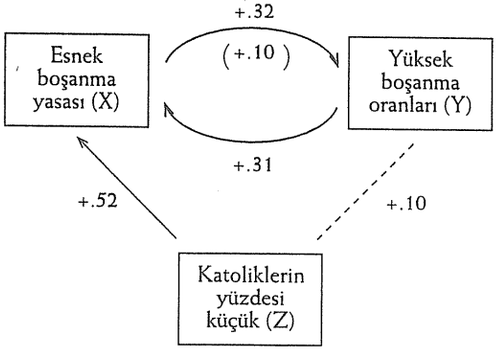
Yeni sembollerin anlamı
+Z = Bütün varlıkların Z üzerinde olumlu kategoride olduğu durumda X'i Y ile ilişkilendirir.
-Z = Bütün varlıkların Z üzerinde negatif kategorideyken X'i Y ile ilişkilendirir.
b = X ve Y arasındaki ilişkinin eğim veya derecesi

Şekil 3, Karşılıklı nedenselliği gösteren oklu şemalar

A. Sembolik olarak



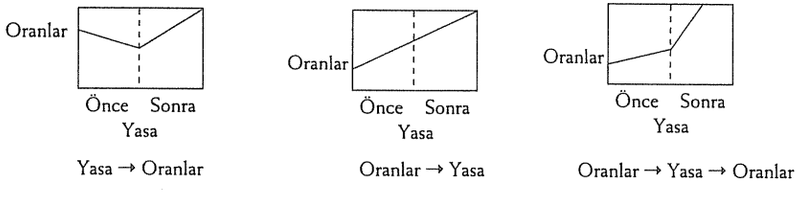
B. Boşanma oranları üzerinde boşanma yasalarının etkisini bir örnek olarak kullanarak (ayrıca bağlantılı değişkenler arasında temel eğimler göstererek)



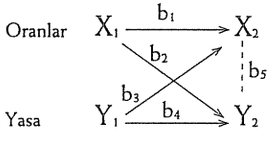
H. Gerçek X'ten Y'ye değil, öngörülen X'ten Y'ye eğim.

Şekil 4. Karşılıklı nedenselliği gösteren şemalar (zaman içinde birden fazla noktadaki verilerle)

A. Müdahale edilmiş zaman dizisi (bir çok zaman noktası)



B. Cross-lagged panel analizi (iki zaman noktası)



Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları[1]

Hayrettin Ökçesiz

En yüksek mahkeme, en yoksul kişinin girişimiyle harekete geçemiyorsa, adalet bir komediye dönüşür ancak...

B. Shaw[2]

I

Herkes birçok nedene dayanarak "yargıda reform" istemektedir. Bu konuda kamuoyunda bir görüş ayrılığına rastlamıyoruz. Nitekim Sayın Adalet Bakanı da bu yolda yürütme erkinin bir şeyler yapmaya başladığını gösteren demeçler vermektedir. En yeni bir haber olarak Sayın Bakanın "yargı alanında reformların yapılması için projelerin hazır olduğunu, (...) adaletin en kısa zamanda ve en az giderle yerine getirilmesinin gerekli bulunduğunu" belirterek, "Türkiye'de mahkemelerin adaleti sağlayacak derece süratli ve etkin çalışmasını sağlamak görevimizdir" dediğini iki gün önceki basından okuyoruz. Bakan UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) adını verdikleri bir çalışmanın, gerekli ödenek sağlandığı takdirde, 2004 yılında tamamlanacağını da sözlerine ekliyor. Bakanlığın bütçeden yaklaşık % 1 pay aldığı ve bunun tasarruf tedbirleri gereğinden kaynaklandığını vurgulayarak, konuşmasını güzel bir sözle, "adaletten tasarruf edilemeyeceğini" söyleyerek süslüyor[3].

Bu görüş birliğinden dolayı burada yalnızca, yargıda reform projesinin dayandığı değerler, ulaşmak istediği hedefler ile bunun yolları ve yöntemleri üzerine konuşmaya ağrılık vermemiz gerekecektir. Hedefler ve yöntemleri hakkında isabetli görüş ve bilgi sahibi olabilmek için ise elbette bu reformu gerektiren nedenlere zaman zaman başvurmamız zorunlu olacaktır.

Ben bu bilinen nedenleri önce "yargıda yozlaşma" diyebileceğimiz geniş bir kapta toplamak istiyorum. Bu deyimi kullanmayı haklı kılacak tüm gözlemleri gerektiğinde uzun uzun sayabileceğiz[4].

İlk savım, "yargıda reform"un ivediliğinin ve öneminin derecesinin "yargıda yozlaşma"nın vahamet derecesinden kaynaklanacağını içermektedir. Kongar'a göre, "Yirmibirinci Yüzyıla girerken Türkiye'nin önündeki en önemli sorunlardan biri yargı sisteminin yozlaşmış olmasıdır[5].

Şu halde ikinci savım, "yargıda yozlaşma"nın bu vahamet derecesinin tüm uzantılarında bilimsel yöntemlerle ortaya konmasının çok yüksek bir düzeyde kamu yararı sağlayacağıdır.

Üçüncü savım, tüm sivil toplum örgütlerinin ve yurttaşların bu bilimsel çalışmaların gerçekleştirilmesi amacıyla uzmanları ve kamu kaynaklarını seferber etmeyi başarmalarının zorunluluğudur.

Dördüncü savım ise, bu aşamalara ulaşabilmek için kamuoyunda bu etkinliklerin ivediliği ve önemi hakkında bir konsensüs yaratılmasının gerektiğidir. Bu çerçevenin stratejisini neredeyse, Mustafa Kemal Atatürk'ün "Kurtuluş Savaşı" stratejisine benzetmek hiç de yanlış olmayacaktır. Çünkü bu mücadele, aynı ruhu ve iradeyi gerektirmektedir.

Son savım ise, yargıda reformun teknik düzeyde yüzeysel, kısa erimli iyileştirmelerle değil, neredeyse devrimsel nitelikte bir zihniyet değişimi ile bir anlam kazanabileceğidir. Bu da hukukun bir kültür olarak algılanmasına; hukuk öğreniminin, hukukçu eğitiminin ve bilimsel araştırmaların en yüksek düzeyde ve uzun soluklu olarak, ısrarla teşvik edilmesi gereğinin kavranmış olmasına dayanır.

II

Bugünkü toplantımızın konusu olan "yargıda reform"un gerekliliğinin temel taşlarına değinmek amacıyla; sözlerime "Hukuk"un ve "Yargı"nın tanımlarına, hedeflerine, toplum ve insan için taşıdıkları anlama ilişkin açıklamalarımla devam etmek istiyorum.

Çağdaş hukuk devleti anlayışının kurucularından ünlü filozof Immanuel Kant'ın "hukuk" tanımıyla başlayıp, hukuku günümüzün anlayışına ulaştıran diğer iki ünlü hukuk filozofunun: Gustav Radbruch ve Ralf Dreier'in tanımlarını da ilgi alanımızın temeline yerleştirmek istiyorum: Kant'a göre hukuk, kişilerin keyfiliklerinin evrensel bir özgürlük yasasına göre bir uyum içerisine getirildiği koşulların bütünüdür. Radbruch, hukukun adalet değerine yönelik toplumsal bir düzen olduğunu vurguluyor. Ralf Dreier ise hukuku şöyle tanımlıyor: "Hukuk, devlet olarak örgütlenmiş ya da devletlerarası bir normlar sisteminin anayasasına ait normların tamamıdır. Ancak bu sistem genellikle sosyal etkili olmalı ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneği taşımalıdır. Hukuk ayrıca bu anayasaya göre konmuş normların da bütünüdür. Ancak bunların da asgari bir sosyal etkililiğinin ya da sosyal etkililik şansının bulunması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneğini taşıması gereklidir"[6]. Son bir tanım da Weber'ci çizgiden vererek hukukun toplumsal yapı içerisindeki işlevini somutlaştırabiliriz.

1 ANSİAD'ın 27.02.2001 tarihli toplantısında sunulmuş olan bu bildiri, "Hukuk Devleti" başlıklı derlememdeki "Sunuş", "Hukuk Devleti ve Yargıcı", "Toplum ve Bilim" dergisindeki (Kış 2000 - 2001), "İnformal Adalet" ve "Yeni Türkiye" dergisindeki (Cumhuriyet Özel Sayısı 23-24, 1998, s.3816 v.d.) "Türkiye Cumhuriyeti (...) bir Hukuk Devletidir. T.C. Anayasası Md.2" başlıklı yazılarımdan yararlanılarak hazırlanmıştır.

2) Şakir Eczacıbaşı, Bernard Shaw : Gülen Düşünceler, İstanbul 1996, s.109

3) Bkz.Cumhuriyet, 25.02.2001 s.5

4) Bu bağlamda özellikle bkz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması, İstanbul 1999 ve orada sunulan literatür. Aynı yazar, Bir Kassandra Çağrısı : Ülkemizdeki Hukuk Erozyonuna Dur Demeliyiz!, b.y.Cumhuriyet Bilim Teknik, 23 Eylül 2000, sayı 705, s.12vd.; Çetin Aşçıoğlu, Değeri Bilinmeyen Bir Kavram : Gerekçe, b.y.Cumhuriyet Bilim Teknik, 17 Şubat 2001, sayı 726, s.4.vd.; Emre Kongar, Adalet Reformu Şart, Cumhuriyet, 24.01.2000, s.3.Yazılı medyada ve bilimsel araştırmalar alanında ciddi bir çok yazıya ulaşmak mümkündür.

5) Emre Kongar, Beş Güzel Hukuk İnsanı ve Yargıda Yolsuzluk, b.y.Cumhuriyet, 20.12.1999,s.3

6) Ralf Dreier, Recht - Staat - Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/M 1991, s.116

Bu tanım Günter Dux'tan: "Hukuk, geçerliliklerinin güvenceye alınmasını toplumun, bunların ihlalinden zarar görenlere bırakmadığı, bu amacı gerçekleştirmek için daha çok bizzat örgütsel önlemler aldığı bir normlar grubu demektir. Siyasi sistemin usuli düzenlemeleri de hukuktur"[7].

Hukukun ve bu çerçevede elbette yargının da, toplumsal işlevlerini bu tanımlara göre şöyle sıralayabiliriz[8]:

1. Uzlaşmazlıkların giderilmesi (reaksiyon işlevi)
2. Davranışların yönlendirilmesi (düzen işlevi)
3. Toplumsal egemenliğin örgütlenmesi ve meşrulaştırılması (anayasal işlev)
4. Yaşam koşullarının biçimlendirilmesi (planlama işlevi)
5. Hukukun uygulamasında belirli tekniklerin ve becerilerin geliştirilmesi ve uygulanması - hukuksal içtihad alanı (denetim ve gözetim işlevi)

Bu açıklamalara göre reform istediğimiz bir alanın değer, norm ve olgu boyutlarını bu bakış açısıyla işaretlemiş bulunuyoruz. Değer boyutunda özgürlük ve adalete, olgu boyutunda bir alt sistem olarak hukukun toplumsal işlev ve yapı özelliklerine dikkatlerimizi yöneltiyoruz. Bütün bunların taşıyıcısı ise pozitif hukuk dediğimiz normatif düzendir.

Şu halde, reform demekle, toplumsal bir düzen olarak hukukun belirli değerler yönünde, bir "hukuk idesi" yönünde içerik bakımından olgunlaştırılması, yetenek bakımından ileri düzeyde bir yeterlilik ve verimlilik derecesine ulaştırılması düşünülmektedir.

Ülkemizin hukukunun ve yargı sisteminin gözden geçirilmesi, yeniden biçimlendirilmesi, onarılması ve geliştirilmesinin somut nirengi noktaları olarak son yüzyılın son aylarında, 6 - 8 Eylül 2000 tarihinde, devlet ve hükümet başkanlarınca ilan edilen "Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi"nin[9] içerdiği temel değerleri ve hedeflerini almakta ve başarılarımızı bunlara göre ölçmekte büyük yarar vardır. İlgili belgeye göre bu temel değerler şunlardır: Özgürlük, eşitlik, dayanışma, hoşgörü, doğaya saygı ve ortak sorumluluk. Bu global iradenin bu değerleri hayata geçirmek için özel önem verdiği "kilit hedefler" ise şunlardır:

1. Barış, güvenlik ve silahsızlanma,
2. Kalkınma ve yoksullukla mücadele,
3. Ortak çevrenin korunması,
4. İnsan hakları, demokrasi ve iyi yönetişim,
5. Güçsüz kesimlerin korunması,
6. Birleşmiş Milletlerin güçlendirilmesi.

III

Cumhuriyetimizin 80. kuruluş yıldönümüne yaklaştığımız bu yıllarda ülke yönetiminin ve toplumun hukuk yaşamının yoğun bir biçimde hukuk kültürü erozyonuna uğradığını gözlemliyoruz.

Devlet bir bakıma memurundan başka bir şey değildir. Devlet memurunun, meslek ahlakında, ideallerinde ve nihayet asgari yetenek düzeyinde ürkütücü düşüş, hukuk devleti toplumunun insan bireyini yurttaşlıktan kopararak, henüz yeterince uzaklaşamadığımız feodal toplum yapısının intisap-iltimas ilişkisine yeniden girmeye ve sonuçlarına katlanmaya zorluyor. Hukuk devletinin atomu "individuum" (özerk birey), sivil toplum örgütlerinin ilerici bir olgusu imiş gibi gösterilen cemaatlerde parçalanarak tüm özerkliğinde yok edilişin uçurumuna sürükleniyor.

Devlet hukuk devleti olacaksa, bu devletin, her türlü resmi hizmette yer alan her bir memurunun gündelik meslek yaşamına egemen görev ve yetki bilincinde hukuk devleti düşüncesinin temel ilkelerinin tüm açıklığıyla yansıması zorunludur.

Hukuk devletinin en başta gelen ilkesi "özgürlük"tür. In dubio pro libertate (kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olmak) onun denek taşıdır. Bu üstün değer, özgürlüğün gerçekleşebilmesi için devletin demokratik, laik ve sosyal bir kültür devleti olarak yapılandırılması ve bu niteliklerinde korunması ve geliştirilmesi zorunludur.

Devletin kaba güç tekeliyle birlikte doldurduğu "resmi alan" bir hukuk devleti toplumunda "kamusal alan"ın bir ürünü ve aracı olmak anlam ve değerini taşır. Temel hakların ve özgürlüklerin bilinciyle açılmış, billurlaşmış ve yerleşmiş olan bu kamusal alan, kendi içerisinde işlevine uygun biçimde örgütlenmiş bir resmi alana sürekli yönergeler yollayarak onun işlemesini, denetimini ve değişimini sağlar. Demokratik, çoğulcu ve sivil olarak nitelendirdiğimiz modern endüstri toplumu yapısı bu anlamdaki bir kamusal alanın algılanmasına temel oluşturur. Resmi alanın değişiminin kamusal alanın yönergeleri dışında gerçekleşmesi, kamusal alanın demokratik ve özgürlükçü yapısını engelleyici "bypass" yasalarının yürürlükte kalması ya da konması sonucu ortaya çıkar. Bu durumda resmi alan isabetsiz seçim ve siyasi partiler yasaları gibi yasaların kamusal alan içerisinde ortam hazırladığı, denetimsiz hiyerarşik ve disiplinli yığınsal insan örgütlenmesi ya da yine denetimsiz kapital ve yetki yoğunlaşması ile oluşan grupların doğrudan ve yoğun etkisine maruz kalır. Onların eline geçer. Bu gruplar kamusal alanı terörize etmeye, ele geçirdikleri ve kendi amaç ve ideolojilerine göre yeniden biçimlendirmeye giriştikleri resmi alan lehine daraltmaya başlarlar. Nihayet devlet otoriter ve totaliter bir yapıya bürünerek kamusal alanı boğar.

Bu yozlaşma tehlikesine karşı devlet ve toplum hukuk devleti kurgusunun bağımsız yargı ve devlet gücünün yargısal denetimi (idari yargı ve anayasa yargısı) ilkeleri ile korunur. Etkili ve bağımsız bir yargının getireceği güvenceden rahatsız olacak oluşumlar, gruplar ve kişiler bu yolla dizginlenir. Kamusal alanın zeminini oluşturan temel haklar ve özgürlüklerin korunması bağımsız yargıya bir ödev olarak yüklenmekle bu güvence içerik ve değer kazanır.

Görülüyor ki, kamusal ve resmi alanların varlık nedeni olan ve işlevlerini kazandıkları kaynak, "özel alan" olarak niteleyebileceğimiz özerk insan bireyidir. Kamusal alan buna göre resmi alanı tümüyle ve özel alanı kısmen kapsayan bir büyük daireye benzetilebilir. Kendi taleplerine uygun işlevsel bir resmi alanı üreten ve kullanan kamusal alanın: insan bireylerinin biyo-sosyal gerçekliğinde gözlemleyebileceğimiz üç bütünlüğünün ("dirimsel bütünlük", "tinsel bütünlük" ve "duyunçsal bütünlük") korunup geliştirilebilmesi için duyumsanan yine üç temel gereksinimin ("özgürlük" , "güvenlik" ve "eşitlik") tatminine yönelik normatif bir yapıya sahip olduğunu ve bundaki başarısı oranında süreklilik ve verimlilik gösterdiğini söyleyebiliriz. Meşrulukları bu başarılarına olan inanca dayalıdır. Çözülmeleri de ilk önce bu inancın çürümesi ile başlar. Şu halde hukuk devleti ilkeleri de, çağdaş toplumun üretim tarzı ve ilişkileri karşısında insan bireyini bu bütünlüklerinde koruyabilmek amacıyla geliştirilmiş

7) Günther Dux, Rechtssoziologie, Stuttgrat 1978, s.131
8) Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, Berlin, Newyork 1977, s.142 vd.
9) Bkz. BM Enformasyon Merkezi UNIC - Ankara, Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi, b.y. UNIC Turkey, Ankara 11.09.2000, s.1 vd.

ve bu amaca uygun olduklarına inanılan araç ve gereçlerdir. Bir canlı olarak insan bu gerçekliğinde sivil toplumun özerk bireyi, hukuk devletinde yurttaş ve çağdaş hukukun gerçek kişisi olurken ("bir kişi ol ve başkalarına da birer kişi olarak saygı duy" , Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, s.36); doğal güç, toplumsal iktidar ilişkilerine dönüşmekte ve sivil toplumda hukuk devleti olarak kamu yararına araçsallaşmakta; bunları kişi ve hukuk devleti olarak kapsayan çağdaş kamusal alan fiziksel anlamda bir evren ve toplum ile çevrili olarak, doğa ve kültür olguları ile temellenen bir çevre ve kültür etiğinde yeni bir "hak" kavramının oluşumuna ev sahipliği yapmaktadır. İnsan onurunun en üstün değeri olduğu hukuk devleti onu belki bir "canlılık onuru" ile temellendirip koruyabilecektir.

Özel alanın kaynaklık ettiği kamusal alan modern toplumda hem kendi yapısını kurup, koruyup, geliştirebilmek, hem de bu amacına ulaşmak için ürettiği resmi alanın yozlaşmasını ve yabancılaşmasını engelleyip, işlevselliğinde en iyi düzeye çıkarmak için; toplumsal denetim mekanizmaları içerisinde en dinamik ve kısa sürede etkili düzenleme yeteneğine sahip pozitif hukuk düzenine bir ülkü olarak yüklenen adaletin, başka bir deyişle "hukuk idesi"nin üç öğesi; "eşitlik" , "amaca uygunluk" ve "hukuk güvenliği"ni baskı, zulüm ve keyfiliği dışlayan bir "hukuk devleti toplumu"nun somut görüngülerini değerlendirici ve yönlendirici ölçütler olarak kullanacaktır.

IV

Pozitif hukuka ve onu uygulayan yargı sistemine eleştirel bakışın bir başka açısı da onun baş rolünü oynayan yargıcı kapsamaktadır.

Yukarıda sunduğum hukuk tanımlarından doğan bir yargıç profili etik ve sosyolojik yanlarıyla kendisini göstermektedir. Aslında normlara, sözü edilen sosyal etkililik olanağını da veren bir etik minimumun bilgisinde ve bilincinde, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi... Yargıcı belki böyle tanımlamak gerekir. Bu düşüncelerin uzantılarında görüleceği gibi tarafsız, bağımsız ve filozof bir üçüncü kişi olarak yargıç daha çok toplumsal bir postüladır. Bu yetenekleri ile çatışmayı, kavgayı, uzlaşmazlığı sona erdiren, bu amaçla tüm taraflardan eşit uzaklıkta ya da tüm taraflara eşit yakınlıkta olmakla, özünde eşitlik olan etik değer; adaleti toplumsal bir konum ve gerçeklik durumuna dönüştürecek olan bir postüla...

Bu postülanın bir ütopya olmaya başlaması ya da bir ütopya olduğunun anlaşılmaya başlaması ile toplum yeniden kıpırdanmaya, devinmeye, bu postülayı hayal olmaktan çıkaracak düşünceleri, ideolojileri üretmeye başlar. Önce hakemsiz bir çekişme gündeme gelir. Yeni bir hukuk, yeni bir asgari ahlak ile meşrulaşırken, bu üçüncü kişi de yeniden gerçeklik olmaya başlar. Yargıç, toplumun önemli bir manivelasıdır. Yargıç imgelemesi insan düşüncesinde ve duygusunda öylesine kök salmıştır ki, onun tüm ve her tarz kutsalında yer alır; Tanrı da "yargıç"tır. Emekli bir Yargıtay üyesi kitabında, elbette aynı deneyimlerden geçmiş bir Fransız meslektaşının sözlerini zikretmekten kendini alamıyor: "İnsan yargılamak tanrısal bir iştir"[10].

Hukuk düzeninin adaleti, yargıcın tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine kazanılmış bir meşruluk konsensüsü, nereden bakılırsa bakılsın, bir "Klassenjustiz" (sınıfsal yargı, sınıfsal adalet) gerçeğini bilimsel bir bakıştan kaçıramayacaktır. Bu

10) Çetin Aşçıoğlu, Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var! 2.baskı, Ankara 1995, s.133

çıplak kralı H. Rottleuthner (K. Liebknecht, E. Frankel, O. Kahn Freund gibi öncellerinden) farklı ve bir değer yargılaması yapmaksızın şöyle tanımlıyor. "Sınıfsal yargı, bir ya da daha fazla sınıfın nesnel çıkarları için çarpıtılmış bir ön anlayışla yönlendirilmiş bir hukuk uygulamasıdır"[11].

Bu kavramı Rottleuthner, hukuksal yorum olanaklarının sınıfsal nedenlerle nasıl yer değiştirdiğini, hukuk uygulaması ile siyasi sistemin kimi alanlardaki içiçeliğinin mekanizmasını açıklayabilmek için kullanıyor. Lautmann ise sınıfsal adaletin kendi adliye sistemlerinin ve sosyal kontrolün işleme tarzının yapısal bir sonucu olduğunu söylüyor[12]. Ay gibi geceyi aydınlatması arzulanan adliyenin karanlık yüzünde ayrıca bir de "Politische Justiz - siyasi adalet, siyasi yargı" lekesi vardır.

Yukarıdaki bu hukuk-sosyolojik açıklamaya etik bir rota çizebilir miyiz? Bir yargıcın ya da genel olarak bir hukukçunun edimlerinin temelinde yer alması gereken bir etik normlar bütününden, bir "siyasi ahlak - politische Ethik) gibi yine bir "adli ahlak"tan, "yargılama ahlakı"ndan (judizielle Ethik) söz edilebilir mi? Bu nasıl bir rota ve nasıl bir normlar grubudur?

Belirli düzlemlerde yargının sınıfsal ve siyasal olduğunu kanıtlayan sayısız gözlemler vardır. Bugün yargılananlar ve mahkum edilenler sıraları geldiğinde yargılayanlar ve mahkum edenler olarak "siyasal yargı"yı sürdürmektedir.

Şu halde, hangi yoğunlukta ve yapıda olursa olsun siyasal yargı, yargıç eliyle insancıllaştırılmak durumundadır. Toplumlarımızda bize aktarıla gelen adalet tasarımlarına baktığımızda, yargıç rolünün türlü kültürel yönergelerle belirlendiğini görürüz. İlk taşı atmanın zorluğunu, günahkardan değil, günahtan nefret etmek gerektiğini, kul hakkıyla tanrı karşısına çıkılamayacağını, hak deyince akan suların durduğunu, yargıcın peygamber postunda oturduğunu, insanın bir imago dei, tanrının sureti olduğunu ve bunlara benzer başkaca birçok ilkeyi saymak olanaklıdır.

Toplumsal yaşamın çatışmalarla değil uzlaşmalarla süreklilik kazandığını söyleyebilirsek, tarafsız ve bağımsız yargıç postülasının o zaman evrensel nitelikli içeriksel ve süreçsel hukuk ilkeleri ile doldurulması zorunluluğunu da kabul etmiş oluruz. Çağımızda hukuk devletinin hukuk düşüncesi, yargıca bu enginliği verebilecek bir billurlaşmaya ulaşmış bulunmaktadır. Şu halde güncel siyasal yargının yargıç eliyle insancıllaştırılabilmesi, hukuk etiğinin 2500 yıllık bilgi ve düşünce birikiminin yargıcın bireysel meslek ahlakına dönüşerek hukuksal muhakemede somutlaşmasıyla gerçekleşebilir.

Bu düşünceler ve sorular bizi hukuk devletinde yargıcın gerçekliğine bakışa yöneltmektedir. Bilindiği üzere hukuk devleti biçimsel ve içeriksel özelliklerinde tarihsel bir gelişimi gizlediği gibi bugün bu her iki yanıyla demokratik ve sosyal olabilmenin de zeminini oluşturmaktadır. Öte yandan ise demokratik ve sosyal olmayan bir devlet düzenine çağdaş anlamda hukuk devleti olmak özelliğini bir türlü kazandıramayız. Bir devlet yapısal olarak;

a) Güçler ayrılığı
b) Mahkemelerin bağımsızlığı
c) İdarenin yasayla bağlılığı
d) İdareye karşı bağımsız yargı yolu ile
e) Her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesi ilkesine sahip ise ilk önce bir "biçimsel hukuk devleti"dir. Buna "ya-

11) Rüdiger Lautmann, Klassenjustiz, b.y. Handlexikon zur Rechtswissenschaft, haz.Axel Görlitz, 1.cilt, Hamburg 1974, s.249
12) A.g.y. s.252

sa devleti" de denebilir. Anayasa yargısı bu tiplemenin en son aşamalarından biridir. Bu kurgu, burjuva toplumunun ya da sivil toplumun bireyinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet taleplerinden en yüksek doyumu verebilecek ve bütün gerekleriyle devinen bir yeni çağın sürekli yolunu açabilecek başarılı bir devlet tasarımıdır. "Hukuk devleti" kavramı yeni sınıfın ve toplumun devlete karşı savaşımının bir parolası olarak karşımıza çıkar. Devlet ve idaresi yasayla dizginlenir. Burada öncekilerden çok farklı bir yasa kavramı söz konusudur. Genel ve sürekli olmasının yanında devletinin hukuk devleti olmasını sağlayan önemli bir özelliği daha vardır. Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. İhtilalin nedeni ve meyveleri olan temel haklar ve özgürlükler asla yok edilemezler. Sınırlanmaları gerektiğinde buna ancak millet kendi temsilcileri aracılığıyla yetkilidir. Millet meclislerinin bu işlemine "yasa" denir. Yaşam, özgürlük ve mülkiyet talepleri şu halde ancak yasayla sınırlanabilir. Devlet ve toplum böyle bir yasanın üstünlüğüne tabidir. Böyle bir yasanın üstünlüğü ilkesi de öteki adıyla hukuk devleti olmaktadır. Bu konum hem başlangıcı, hem de önemli bir kesimiyle bugünü deyimlemektedir.

Yukarıda sunduğum bu hukuk devleti çerçevesi yargıcın işlevinin kendince ve toplumca nasıl anlaşılması gerektiğinin ip uçlarını vermektedir. Bu gereklilik hukuk-metodolojik, mesleki yorum yöntemleri ile ilişkili olarak teknik bir düzeyde anlaşılacağı gibi, doğrudan yargıcın kişiliğine ilişkin pür etik bir durum olarak da görülebilir.

Etik sorumluluğu yaratan tipik soru şudur: Yargıç doğru yani adil bulmadığı bir hukuk normunu, salt pozitif karakterinden dolayı uygulamalı mıdır?

"Yasa yasadır" ve "her türlü içerik bir yasa hükmü olabilir" tarzındaki ve formel hukuk devleti anlayışının ürünü katı pozitivist yaklaşımdan çıkarak, yöntembilimin gelişim sürecinde gittikçe yumuşayan, serbest hukuk ve değerler içtihadı gibi kuramların yardımıyla zenginleşmiş uygulama tarzlarına ulaşıyoruz[13].

Hukuk devletinin gelişim çizgisine koşut olduğunu gördüğümüz bu hukuk-metodolojik gelişim ilk etabını bir yandan, toplum gerçekliğinden soyutlanmış, büyük kodifikasyonların sarhoşluğunda kanunda boşluk olmaz inancıyla bir kavramlar piramidi kurarak hukuk anlaşmazlıklarını çözmeye çalışan "kavramlar içtihadı" okulunda, diğer yandan Montesquieu'nün yargıcın yalnızca yasasının ağzı, dili olduğu sözüyle formülleşen yorum yasağı akımında; ikinci dünya savaşı öncelerine kadar sübjektif teleolojik yani tarihi yasa koruyucunun iradesini arayarak ve yeniden kurgulayarak boşluk doldurmaya çalışan ve giderek yasada amaç unsurunun objektif teleolojik yani bugünkü soyut yasa koyucunun iradesinin tasarlanmasıyla belirlediği "menfaatler içtihadı" okulunda bulur. Çağdaş hukuk devleti felsefesinin hukuk metodolojisi bu noktadan sonra başlamaktadır.

Hukuk idesinin[14] üç temel değeri olan: "adalet", "amaca uygunluk" ve "hukuk güvenliği" arasında olası bir çekişme ya da yarışmada yargıç, bu yorum olanaklarından birini seçmek durumundadır. Yani ne zaman genişletici ne zaman daraltıcı bir yorumu hangi nedenlerle seçmesi gerektiğini kendisi bilecektir ve bu-

13) Örneğin ; " 'Nesnel değerler içtihadı' , 'yeni' - hukuk yaratan - kararlar için ölçüt arayışında hukukçuyu yalnızca yasaya yollamayıp daha çok bireysel yargısına bırakmakla önerilmeye değer olduğunu göstermektedir. 'Nesnel tin'e yollama yargılayanın kişiliğinden bağımsız bir dizi ölçütü dile getirmektedir." , Hans - Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg, Karlsruhe 1981, s.74

14) Hukuk İdesinin burada kastedilen Radbruch / Kaufmann şeması için bkz. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, 2. baskı, İstanbul 1996, s.102

nu temellendirecektir. Bugün yargıç da özgürlüğe mahkum edilmiştir. Bu özgürlük onu bir karar otomatı olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü derecede önem taşıyan bir sorumluluk düzeyine yerleştirmektedir.

Yargıcı gerektiğinde güncel yasa koyucunun iradesinin de ötesine götürecek olan yorum anlayışı nedir? Önceki ve mevcut yasakoyucunun yerine yeni bir yasakoyucu gibi hukuk yaratabilmesine çağdaş hukuk devleti anlayışı cevaz vermekte midir? Önceki sorumuzu değişik bir ilişkide yeniden ifade edersek; örneğin, hukuk devletinin önemli bir kazanımı olan kanunsuz suç ve ceza olmaz - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege - ilkesine uygun fakat adaletsiz bir ceza ya da suç ihdasını yargıç hukuk güvenliği düşüncesiyle geçerli sayacak mıdır?

Anayasamızın 138. maddesi, hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğunu, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini söylüyor. Bu maddenin, dikkatlice bakıldığında, sorumuzu yanıtlamakta pek yardımcı olamayacağı anlaşılıyor. Eğer buradaki "hukuk" kavramını evrensel hukuk düşüncesi ve kültürü olarak değil de, ülkenin hukuk düzeni olarak anlamamız gerekiyorsa, yargılamanın, yaratıcılığında epeyce kısıtlandığını söyleyebiliriz. Çünkü yargıçların vicdani kanaatlerinin de bu çerçeveye uygun düşmesi emredilmektedir[15]. Demek ki yargıç, Austinci bir anlayışla[16], hala egemenin memurudur.

Alman Yüksek Mahkemeleri yargıçlara, yukarıdaki ilk sorumuzun içerdiği bu haksızlık argümanı (das Unrechtsargument)[17] karşısında Radbruch'un ünlü formülünü benimseyerek önemli bir etik destek vermiştir[18]. Bu formül şöyledir. "Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasama ve iktidar ile güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca aykırı dahi olsa, öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, yasanın 'yanlış bir hukuk' olarak adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaşmış olsun"[19].

Tarafların bağımsız ve tarafsız yargıç postülasında olduğu gibi bu ölçüte göre de - Tevfik Fikret'in deyişiyle - "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür", filozof yargıçlar[20] gereklidir. "memur yargıç", "memur bilimci" gibi çok yanlış bir yerde durmaktadır. Hakikat ve adalet değerlerine yönelmek hikmet-i hükümete hizmet ile hiç bağdaşmaz. Adalet gerçekten mülkün temeli ise –iustitia est fundamentum regnorum– bu önermeyi tersyüz ederek yani adaletin temeline, temelini oluşturduğu değerleri koyduktan sonra aynı savı yeniden ileri sürmek tam bir çelişkidir. Adalet

15) 1961 Anayasası 132. maddesinde "Hakimler ... Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" demektedir. Bu hüküm yargıcın yaratıcılığına daha çok olanak veriyor görünmektedir.

16) Bkz. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.313 vd. John Austin, Lectures on Jurisprudence II. 4.Baskı (ed.Campbell, London) 1873

17) Haksızlık argümanı hakkında bkz. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg / Br.Münih 1992, s.52 vd. Dreier, a.g.y. s.99 vd. Türkçe çevirisi : Ralf Dreier, Hukuk Kavramı, çev. Altan Heper, HFSA/2 (Haz.H.Ökçesiz), İstanbul 1995, s.11 vd.

18) BverfGE 3, 58 (119) ; 3, 225 (233); 6, 132 (198) ; 6, 309 (332) ; 6, 389 (414 f.) ; 54, 53 (67 f.) ; BGHZ 3, 94 (107) ; 23, 175 (181) ; BGHSt 2, 173 (177) ; 2, 234 (238 f.) ; 3,357 (362 f.), Alexy, a.g.y. s.53, dn.32

19) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, b.y.Gustav Radbruch, Rechts philosophie, hazırlayanlar ; Erik Wolf, Hans - Peter Schneider, 8.baskı, Stuttgart 1973, s.343 vd. Ayrıca bkz. Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, s.131 vd.

20) Hayrettin Ökçesiz, Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi, b.y. Bilim ve Ütopya, Ocak 1996, s.41 ; Krş. Mecelle, md.1792, b.y.Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır 1986, s.764

mülkün temeli ise, mülk, (yani hikmet-i hükümet, kamu yararı, milli egemenlik, demokrasi vs.) adaletin temeli olamaz.

İnsanların canları ve malları üzerinde - herhangi bir geçerli ve yeterli hukuksal argümanla - tasarruf olanağına sahip bir başka insan olarak yargıcın yukarıdaki "hürriyet"i kişiler için bir tehlike kaynağı olmayıp, aksine bir korunma aracıdır. Hukuk toplumda, adalet değerine yönelmiş bir gerçeklik[21]; ve insan bireyinde, adaleti istemek ise[22]; adalet, neminem laedere[23] -Kimseye zarar vermemek; başkalarına zarar vermeyen şeyleri yapmak da "özgürlük"[24] ise, o zaman yargıç kendi yargılama etkinliğini bu çerçeveye yerleştirebilecek; Hukuk Devleti düşüncesini anlamlı kılan temel ilke; in dubio pro libertate'yi yani kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olmak ilkesini bütün ayrıntılarında yansıtabilecek bir bilme - yargılama yeterliliği taşımalıdır. Bu olanağın ilk koşulu yargıca, keyfiliğinden korkarak, bu özgürlük sorumluluğunu yüklemekten kaçınmamaktır. Yargıç da kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez (nemo dat, quod non habet). Ayrıca, keyfilik özgürlüğün değil, sorumsuzluğun, denetimsizliğin, bilgisizliğin, korkunun, baskı ve şiddetin sonucudur. Yasayı körü körüne, onun kölesi imiş gibi uygulamaya çalışmak; "kanunun lafzı", "Kazai ve ilmi içtihatlarda hakim görüş", konformitenin yazılı olmayan olgusal genel ölçütleri gibi modellere eleştirisiz ve edilgen bir tarzda katılım, aslında bir anonimliğin ardına sığınarak sorumsuz kalmanın aldatıcı rahatlığına yönelmektir.

Ancak hukuku bilmek sorumluluğundan ve bunun zorunlu kıldığı arama-bilme özgürlüğünden yargıç kaçınamaz. Hukukun yapılmasında, yaratılmasında, geliştirilmesinde -jus est ars boni et aeque (hukuk hakkaniyet ve adaletin sanatıdır. Digesta, 1,1, 2 pr.)- yargıç kendi başta gelen rolünü küçümseyemez. Yasayı Meclis ama hukuku yargıç yapar. Burada "yargıç" önce tekildir. Summum ius summa inuiria (yasaları uygulamakta ifrata kaçmak büyük bir haksızlık olabilir. Cicero, De Officiis 1 paragraf 33) kimi zaman konformiteden doğan bu keyfiliğe karşı uyarının başka bir ifadesidir.

"Yargıda ve hukukta reform" deyimini teknik bir takım değişiklikler düzeyinde kalmaktan kurtaracak yaklaşım tarzı, bu kurumların aktörlerinin kurumsal durum ve tutumlarını yukarıda vermeye çalıştığım felsefi ve sosyolojik çerçevede ciddi biçimde büyüteç altına almayı gerektirmektedir. Gerçek bir reforma bu tür gerçek ve ciddi kaygılarla ulaşılır.

Günümüzde hukuk devleti yargıcının üç somut sınavı vardır. Bunlar siyasal yargının alanında en doğrudan biçimde yer almaktadır. Yasakoyucu önlem almak ve belirli hedeflere ulaşmak için, belirli koşullarda düşüncelerin ifade edilmesini yasaklamakta, belirli suçlara ölüm cezasını uygun görmektedir. Toplumlarda terör ve anarşi eylemlerinden çok farklı bir özellikte ve amaçta sivil itaatsizlik eylemleri de gerçekleşmektedir. Doğası gereği yasaya aykırı olan bu sivil itaatsizlik edimlerinin etik meşruluk sorunu, düşünce suçlarının ve ölüm cezalarının tartışıldığı düzlemde; insan onuru düzleminde karşımızda bulunmaktadır.

"Düşünce suçları", "ölüm cezası" ve "sivil itaatsizlik" üzerine düşünmek ve işlevi gereği yargılama etkinliğinde, vardığı sonuçlara göre tutum takınmak, her insan bireyi gibi yargıcın da göstereceği bir davranış tarzıdır.

Ancak, düşünce suçunu ve ölüm cezasını insan onuru ve dolayısıyla hukuk devleti düşüncesine aykırı bulan ve yine aynı gerekçe ile sivil itaatsizliği diğer adi suçlardan ayırmak gerektiğine inanan bir yargıç bizim hukuk düzenimizde de zor durumdadır.

V

Pozitif hukukta ve yargıda reformlar tasarlarken dikkatimizden kaçmaması gereken ve "hukuk devletinin sınır alanları"ndan sayılan "informal hukuk devleti" olgusunun ve onun tekil görüngülerinin gösterdiği reform gereklerinin kesin, bilimsel bilgisine de ulaşmak zorundayız.

Bir "informal hukuk devleti" görüngüsünün bulunup bulunmadığını bilebilmek için, yasal uygulama aşamasında hukuksal biçimli bir devlet ediminin hukuken düzenlenmemiş alternatif edim tarzlarıyla ikame edilip edilmediğini, tamamlanıp tamamlanmadığını, ya da bunun ne ölçüde gerçekleştiğini ve bu alternatif edim tarzlarının demokratik sosyal hukuk devleti ilkeleri bakımından nasıl değerlendirildiğini sormamız gerekmektedir[25]. İnformal edim ilişkileri anayasa açısından - hukuken bir bağlayıcılığının bulunmaması, bir biçime bağlı olmaması, karşılıklılık (pazarlık) ilkesi ve karar alanının değiştirilmesi nedeniyle- demokratik sosyal hukuk devleti ilkeleriyle birçok alanda çatışacaktır. Buna göre anayasa ilkeleri, tüm yasa icra sistemlerinin biçimsel hedef yapılarının varlık unsuru olan bir dizi gereklilikler içermektedir. Bunlar 'özgürlüksellik' ve 'yasa karşısında eşitlik', 'yasaya uygunluk' ve 'hukuk güvenliği', 'idarenin ödevini yerine getirmekte birimsel sorumluluğu ve ödevin ifasının denetlenebilirliği' , 'tekil hukuksal korunma' ve 'ölçüyü aşma yasağı'dır. Demokrasi ilkesinden 'yurttaşların süreçlere katılım hedefi' ve sosyal devlet ilkesinden de 'toplumsal bakımından zayıf olan kişilere menfaatlerini korumak olanağını sağlamak hedefi' doğmaktadır. 'Etkililik' yasanın uygulanmasında bir anayasal hedef değildir. Bunun yerine anayasal ölçülülük ilkesi yasal hedeflerin uygun ve temsil edilebilir bir biçimde ulaşılmasını gerektirmektedir. Tüm bu anayasal çerçeve bakımından informal edim tarzları yasanın icrası sırasında: -karşılıklılık, değiş tokuş özelliği bakımından- yasadışılığa, temel hakların ihlaline, sosyal eşitsizliğe ve ölçülülük, gerekirlik ilkelerinin çiğnenmesine; -karar alanının kaydırılması bakımından- meşruluk özürlerine ve kişilerin dikkate alınmamasına, hor görülmesine; -hukuken bağlayıcı olmamasına ve herhangi bir biçime bağlı bulunmaması bakımından ise- hukuk güvensizliğine, denetim imkansızlığına ve hukuksal korunmanın kısılmasına yol açmaktadır.

Bohne, yukarıdaki açıklamaları karşısında yine de informal edim yapılarının kaçınılmazlığını ve böylece yasa uygulamasında informal yaklaşım tarzlarının tamamen bertaraf edilmesinin imkansız olduğunu belirtmektedir[26]. İnformal yaklaşım tarzları -sistem kuramı bakımından- yasa uygulama sisteminin hedef gerçekleştirme ve varlığını koruma sorunlarına

21) Radbruch, a.g.y. s.119
22) Radbruch, a.g.y. s.327
23) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - hukukun üç yönergesi vardır: şerefli yaşamak, başkalarını rencide etmemek (başkalarına zarar vermemek) ve herkese payına düşeni vermek, Digesta 1,1,2,10 S 1 (Pseude - Ulpian), b.y. Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, derleyen, çeviren ve açıklayan: Detlef Liebs, Darmstadt 1982, s.104
24) "Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir." 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, md.4)

25) Eberhard Bohne, Der Informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes, Berlin 1981, s.289
26) A.g.y. s.295

bir reaksiyon ve kısmen de bu sorunların çözümüne bir katkı getirmek çabası olarak yorumlanabilir[27].

Bohne informal edim tarzları için şu hipotezleri kurmaktadır.

1. Yasal hedef açıklamaları ne denli belirsiz ve çatışmaya müsait iseler ve enformasyon talepleri ne denli yüksek ise informal yaklaşım tarzları da o denli sık görülmektedir[28].
2. Hukuksal biçimselleştirmelere uyma maliyeti ne denli yüksek ise, informal edimler de o denli sık ortaya çıkmaktadır[29].
3. İçsel çatışmaların nedenleri ne denli çok ve sistem üyeleri için yenilginin "maliyeti" ne denli yüksek ise, informal davranış modelleri o denli erken ortaya çıkmaktadır[30].
4. Hızlı teknolojik, ekonomik, politik vs. değişimlere maruz kalan yasa alanlarında informal davranış tarzları daha sık görülmektedir[31].

Püttner informal hukuk devletinin pozitif ve negatif olmak üzere iki yüzünün bulunduğunu söylüyor: "iyi ama bu iki yüzü birbirinden nasıl ayıracağız? Biçimsel yasadan ve biçimsel edimden sapmak ne zaman hayırlı bir iş, ne zaman bir felakettir?"[32].

İnformal hukuk devleti uygulaması daha başlangıçta kendisini kötü zanlara sürüklemekte, nüfuzun, zenginliğin, ilişkilerin ve işgüzarlıkların haksız bir onurlandırılmasına kapı açabilmektir[33]. İnformal hukuk devletinin tüm iyi kullanım olanak ve olasılıklarına rağmen özünde "hukuk devleti"nin bir yadsınması olduğunu, "polis devleti"ne[34] doğru bir geriye gidiş tehlikesini içerdiğini görmeliyiz. Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Devleti son yirmi yılında son üç cumhurbaşkanının ağzından üç ürpertici kısa cümleyle bu tehlikenin sınırına getirilmiştir: İlki, "Anayasayı bir kez delmekle bir şey olmayacağını", ikincisi "Devletin rutinden çıkabileceğini", sonuncusu "Anayasaya aykırı olmasına rağmen ekonomik gereklerle kamu bankalarının özelleştirilmesine ilişkin yasayı onayladığını"[35] söyleyerek hukuk devleti felsefesinin dışında kalan hedeflere yönelik informal davranış modellerine ve yaklaşım tarzlarına geçit vermişlerdir.

"İnformal hukuk devleti"nin, ancak yanlış kavranan bir "hukuk devleti"nin "tashihi" olarak anlaşılması onu, hem içerdiği tehlikelerden korunmak, hem de

27) A.g.y. s.120
28) A.g.y. s.121
29) A.g.y. s.122
30) A.g.y. s.124
31) A.g.y. s.125
32) Günter Püttner, Der Informale Rechtsstaat, b.y. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 1991, Heft 1, s.70
33) A.g.y. s. 68
34) "Polizeistaat – polis devleti, 17. ve özellikle 18 yüzyılın "aydınlanmış" mutlakiyet rejimleri (mutlak monarşileri) için kullanılan küçümseyici niteleme. Bu devletler kentsoylu özgürlüklerini önemsemeyip, yalnızca toplumsal refaha, kamusal güvenliğe ve düzenin korunmasına öncelik vermişlerdi. Bugün de polis gücüyle, yurttaşların temel haklarını ve özgürlüklerini çiğneyerek, kendi hedeflerini gerçekleştirmeye çalışan devletlere bu ad verilmektedir. Diktatörlükler ve özellikle totaliter diktatörlükler "polis devleti"ne örnektir. Karşıt kavramı, "Rechtsstaat"-hukuk devleti'dir. Bkz.Reinhardt Beck, Sachwörterbuch der Politik, 2.baskı, Stuttgart 1986
35) İlgili yasanın Cumhurbaşkanınca bir yandan Anayasaya aykırılığının temellendirilmesi öte yandan hukuk dışı bir argümanla onaylanması bu anlamda ilginç bir gösterge olmak özelliği taşımaktadır. Bkz. Cumhuriyet, 25.11.2000 s.1 ve 17. Özellikle son yirmi yılda, siyasi liderler tarafından kullanılan informal hukuk devleti retoriği çok ilginçtir. Bunların basından taranarak yurttaşların zihninde yeniden tazelenmesinde yarar vardır.

meşru görebilmek bakımından anlamlı kılacaktır. Bu bilgi doğaldır ki, devlet organlarında ve toplumda yüksek bir hukuk devleti bilincinin varlığını ön koşmaktadır. Bunun dışında bu olguya hukuksal ve etik bakımlarından bir değer ve görev yüklemek gereksiz, hatta sakıncalıdır.

"Hukuk devletinin sınır alanları" dediğim aşırı hukuklaşma (Verrechtlichung), çok hukukluluk (Rechtspluralismus), sivil itaatsizlik (ziviler Ungehorsam) ve yolsuzluk (Korruption) olguları karşısında "yaşayan" hukuk devleti bir siyaset ve hukuk alt sistemi olarak buradaki sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla iç karmaşıklığını (interne Komplexitaet)[36] belki "informal" araçları da kullanarak geliştirmeye yönelebilir. Hukuk devletinin "informal" tezahürleri elbette yargı erkinde de gözlemlenebilecek ve bunların yukarıda sözünü ettiğim sınır alanların uzantıları olarak ortaya çıktığı saptanabilecektir. Bu bağlamda anlayacağımız bir "informal adalet"in ülkemizde doğrudan görgül sosyolojik araştırılması pek az yapılmış olup, problem tanımları bu bilinç üzerine kurulmamıştır. Bu tür çalışmalar yapılırken informal adaletin pozitif yüzü yanında negatif yüzünün de araştırılması gereği elbette bu bilincin bir ön şartı olarak görülecektir. Şu halde önce Bohne'nin yukarıda saydığım hipotezlerinde yer alan nedenlerin her birinin hukuk devletinin sınır alanlarında görülebilecek informal adalet ilişkilerinin nedenleri demek olduğunu düşünebileceğiz ve bunların hangi somut informal adalet ilişkisini ürettiğinin peşine düşebileceğiz.

Hukuk devletinin söz konusu sınır alanlarından sivil itaatsizlik ve yolsuzluk olgularının her biri "informal adalet" bakımından kendi oluşum koşullarında farklı özellikler ve etkiler göstermektedir. İlkinde bir beklenti (erdem) olarak "informal adalet", yargı erkinde bir "informal adalet" davranışına yol açabilmekte, bu davranış belki bir sivil itaatsiz yargıç davranışını doğurabilmekte, ya da bir sivil itaatsizlik eyleminin yargıç tarafından informal olarak tanınmasına götürebilmektedir. Sivil itaatsizlik kavramının tanımı anımsandığında[37] buradaki informal adalet, informal hukuk devletinin pozitif yüzü olarak değerlendirilebilir.

"Yolsuzluk" sınır alanı ise hukuk devletinin artık kendisi olabilme gücünü yitirdiği ve haksızlık devletine dönüşmeye başladığı sınır geçişini ifade etmektedir. Bir hukuk devleti bu değişimini toptan yapabileceği gibi, sınır geçişlerini bir mekik hareketine de dönüştürebilir. Bu bakımdan hiçbir ülkede mutlak bir hukuk

36) Bu kavram özellikle N.Luhmann'ın "fonksiyonal-yapısal" sistem kuramında, bizim için hukuk alt sisteminin sorunlarının anlaşılabilmesi bakımından merkezi bir rol oynamaktadır. Hatta O, adaleti "Hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı" olarak tanımlarken çok farklı bir bakış açısına yönlendirmektedir. Bkz. Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beitraege zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/M 1981, s. 374 vd., 388, 405 ve Hayrettin Ökçesiz, Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı, b.y.: Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (haz.: H.Ökçesiz), HFSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:1, İstanbul 1997, s. 420 vd.
37) "Sivil itaatsizlik hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto edimidir." Bkz. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, 2.baskı, İstanbul 1996, s.130. Sivil İtaatsizliğin hukuk devleti hukuku içerisinde anayasal düzlemde tanınabilecek bir hak olarak görülebilmesi, böyle bir edimi oluşturan yargıç davranışının informal hukuk devleti kavramı çerçevesinde anlaşılabilmesine götürebilir. Çünkü informallik doğrudan bir hukuka aykırılığı içermemektedir. Bu bağlamda bkz. H. Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik Hakkı, b.y.: Sivil İtaatsizlik (haz.:H.Ökçesiz), İstanbul 1999, s.58 vd.; H. Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğünün Sivil İtaatsizlik Alanları, b.y.: Yeni Türkiye, Liberalizm Özel Sayısı 25, 1999, s. 285 vd.; H. Ökçesiz, Hukuk Devleti ve Yargıcı, b.y.: Hukuk Devleti (haz.:H. Ökçesiz), İstanbul 1998, s. 242 vd.;

devleti gerçekliğinden söz edemeyiz. Daha gerçekçi bakışla, bir "yaşayan hukuk devleti" olgusundan hareketle, devletlerin yer, zaman ve konuya göre hukuk devleti kalitesini ölçen bir skalaya gereksinim duyabileceğimizi söyleyebiliriz[38]. Bunun için de uluslararası görgül–sosyolojik hukuk devleti araştırma projeleri tasarlamakta yarar vardır[39].

Hukuk devletinin bu olumsuz dönüşümünün ya da sınır geçişlerinin önemli araçları olarak devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken özel çıkar amacıyla kurdukları "informal" ilişki ve yöntemleri düşünebiliriz. Bu sakınca "informal hukuk devleti"nin negatif yüzünü oluşturmaktadır. "Yolsuzluk" "informal"liği sevmektedir. Bu yüzden "informal" devlet edimlerinin mümkün olduğunca hukuk içerisine alınarak, bu konumundan kısa sürede çıkarılmaları zorunludur. Kısa sürede formal edimlere dönüştürülecek düzenlemeleri doğurmaları onları bu yönleriyle de işlevsel kılabilecektir.

İnformalliğin yolsuzluğun kuluçka makinesi olabileceğini, Bohne'nin saydığı nedenlerin informalliğe yol açarken yolsuzluğa da zemin hazırlayabileceğini, yolsuzluk konusunda yapılan görgül-sosyolojik araştırmaların tarzından ve sonuçlarından çıkarsayabiliriz.

Hukuk devletinin diğer sınır alanları olan "aşırı hukuklaşma"[40] ve "çok hukukluluk"[41] da informal devlet edimlerine ve dolayısıyla "informal adalet" uygulamasına yol açabilecektir. Adliyelerde kimi işler usul hukuku normlarından sapan birçok rutin uygulama ile görülmektedir. Yargı içtihadında türlülük ve farklılık aşırı düzeye ulaşmaktadır. İslam hukukuna dayanabilen ilişkiler karşısında adliye laik normlarını görmezlikten gelmekte ya da modifiye edebilmektedir. Araştırıldığında devlet hukuku karşısında toplum içerisinde varolan başkaca hukukların adliyede dikkate alınma ve alınmama durumları ve koşulları ile adli çözümleri "informal adalet"in toplumsal gerçekliği hakkında önemli bilgi kaynağı olacaktır. Bu uygulamalar somut örneklerinde informal bir adalet buluşu, kamu yararına bir başarı olmak niteliğini taşıyabileceği gibi, siyasi hedefler bakımından bir maske olarak da kullanılabilecektir.

VI

Yukarıda tüm söylenenlerin ışığında hukukun gerçekliğine ilişkin görgül bilimsel bilgi üretiminin zorunluluğuna da değinmek yerinde olacaktır. Özellikle yargı reformunun yoğunlukla gündeme gelmekte olduğu bu zamanda bu tür çalışmalara zemin ve imkan sağlamanın, hedeflerin gerçekleşebilmesi bakımından önemi büyüktür. Aşağıda bu bağlamda "hukuksal olgular araştırması", "hukuksal etkililik araştırması" gibi yöntemlere ve araştırma çerçevelerine değinmek istiyorum.

Hukuksal Olgular Araştırması (Rechtstatsachenforschung), bu disiplinin kurucuları arasında yer alan Nussbaum'un tanımıyla, kendilerinden hukuk kurallarının kaynaklandığı sosyal, siyasi ve diğer toplumsal koşulların sistematik bir biçimde incelenmesi ve bu normların sosyal, siyasi ve başka diğer etkilerinin araştırılıp denetlenmesi olmaktadır. Llewllyn'e göre ise "legal research"; kuralların, hukuk normlarının gerçekten ne anlama geldiklerini, neyi ifade etmekte olduklarını ortaya çıkarmak, onlardan yararlanmak ve kullanımlarını planlamak, bu kuralları eleştirerek hukuk reformu için yol ve imkan hazırlamak amacıyla hukukun yaşamdaki etkilerini araştırmak ve denetlemek demektir.

Strempel ise Hukuksal Etkililik Araştırması (Rechtswirkungsforschung) olarak adlandırdığı empirik-sosyolojik çalışma alanını şu üç soruyla belirlemektedir:

1)Yasalar hangi sonuçları doğurmaktadır?

2)Yasalar niçin başarısız olmaktadır?

3)Hangi koşullarda yasalar amaçlarına ulaşabilmektedir?

Bu tür araştırmalar bizi hukuk devleti dogmatiğinden ve onun felsefi temellendirilmesinden başka, ayrıca "yaşayan hukuk devleti"nin gerçekliğini özellikle görgül olarak araştırmaya da yöneltmektedir. Böyle bir araştırma bir devletin hangi alanlarda, hangi zamanlarda ne kadar hukuk devleti olabildiğini gösterebileceği gibi, devletler arasında da böyle bir karşılaştırmaya imkan verecektir. Hukuk devleti gerçekliğinin ölçülmesinin kurumlaşması ve bu amaçla araştırmacılara kamu kaynaklarının kullandırılması "daha çok hukuk devleti" için zorunlu görünmektedir.

"Yaşayan hukuk devleti"nin görgül olarak araştırılması önemli oranda "Hukuksal Olgular Araştırması" (Rechtstatsachenforschung, legal research, experimental jurisprudence) denilen hukuk-sosyolojik disiplin çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu tür çalışmalara pozitif hukukumuzun kaynağı olan ülkeler bütçelerinden büyük miktarda mali kaynak ayırmaktadır. Örneğin, Almanya Federal Cumhuriyeti, Adalet Bakanlığının planladığı "yargının yapısal analizi" programı çerçevesinde, 1988-1994 yılları arasında 4.228.000 DM harcamıştır. Başkaca kapsamlı araştırma programları da buna koşut olarak yürütülmektedir[42]. Ülkemizde, münferit ve arızi çalışmalar yerine Adalet Bakanlığımız ve üniversitelerimiz nezdinde bu amaçla kurumlaşmış programların tasarlanması ve başarıya ulaştırılması yaşamsal değer taşımaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, "Hukuk Devleti" nitelemesi karşısında durduğu yerin zaman, konu ve yer bakımından sürekli saptanabilmesi için onun –bir örnekleme yapmak amacıyla- özellikle aşağıdaki açılardan görgül olarak incelenmesi gerekmektedir[43]:

Genel Olarak

1) İnsan hakları ihlalleri (düşünce özgürlüğü, işkence, iltica hakkı vb.)
2) Ceza infaz gerçekliği
3) Adliyenin yasayla bağlılığı, eşit muamele problemi (yargıçlar sosyolojisi)
4) Yargının bağımsızlığı anlamında erkler ayrılığı fenomeni,
5) Anayasa yargısı ve idari yargı
6) Hukuksal korunmanın etkililiği sorunları
7) Mahkemelere ve avukatlara başvuru engelleri

38) Bkz. Hubert Rottleuthner, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, b.y.: Hukuk Devleti (haz.: H.Ökçesiz), İstanbul 1998, s. 180 vd.; H. Ökçesiz, "Türkiye Cumhuriyeti (...) bir Hukuk Devletidir" T.C. Anayasası Md.2, b.y.: Yeni Türkiye Cumhuriyet Özel Sayısı 23-24, 1998, s. 3816 vd.

39) Bu çerçevede "İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması" (İstanbul 1999) adlı çalışmada ve orada değindiğim öteki araştırmalarda yolsuzluğun önce informal devlet edimleri geliştirdiği ve çoğunlukla bunları kullandığı savı destek bulabilir. Bu savın görgül olarak araştırılması elbette çok ilginç bir çalışma olur.

40) Bkz.Rüdiger Voigt (haz.), Verrechtlichung, Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialiserrung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, königstein/Ts 1980

41) Bkz.Ernst-Joachim Lampe (haz.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, Baden-Baden 1995

42) Dieter Strempel, Federal Almanya'da Yargının Analizi Çerçevesinde Yapılan Araştırmalar Örneğinde Görgül Hukuk Araştırmasının Hukuk Devletindeki Hukuk Politikası ve Hukuk Dogmatiği Açısından Önemi, b.y.:Hukuk Devleti, haz.:Hayrettin Ökçesiz, AFA yayınları, İstanbul 1998, s.199

43) Bu taslak Berlin Özgür Üniversite, Hukuksal Olgular Araştırması Enstitüsü Başkanı Sayın Prof.Dr.Hubert Rottleuthner ile birlikte, her iki ülkeyi kapsayan bir araştırmanın ön çalışması olarak oluşturulmuştu.

8) Adli organizasyon, çalışma araçları donanımı, yargısal işyükü, dava süreleri

Adliyenin Temel İlkeleri bakımından özellikle

1) Yargıçların bağımsızlığı

a) Adliyenin yönlendirilmesi ve özerkliği (hukuk fakültelerine giriş, hukuk öğretimi ve eğitimi; Özel ve resmi üniversiteler –hukuk fakülteleri-; sınavlara devlet etkisi; Hukuk öğretim üyelerinin atanmalarında devlet etkisi, hukuksal yayınlara devlet etkisi)

b) Personel politikası (adliye hukukçularının seçimi, seçim mekanizması; adaylık süresi, nihai atama ve koşulları; "üçüncü sınav"–yargıçların terfi notlaması, başkanlıklara atanma; avukatlığa başvuru koşulları; adliyede kadınlar)

c) Yargı mercileri arasında ilişki (üst yargı mercilerinin kararlarının bağlayıcılığı; yargıtay içtihadı birleştirme kararları dışında "yönlendirici materyal"ler; yargı mercileri arasında kişisel temaslar; terfi sistemi olarak yargı mercileri)

d) Disiplin hukuku ve uygulaması (disiplin cezaları, ihraç ve başka yere atama koşulları, karar organları)

e) Yargıçlar ile savcılar arasındaki ilişki (savcının iddianamesi ile mahkeme kararı arasındaki fiili uygunluk derecesi; yargıçlıktan ve savcılıktan karşılıklı geçiş durumları; savcının ceza hukuku dışında da muhakemeye katıldığı durumlar)

f) Savcının konumu (yürütmeye, siyasi zirveye bağımlılık derecesi, direktif yetkisinin sınırları)

g) Mahkeme başkanının yetkileri ve davaların dağıtımı

h) Yargıçların kamuya açık düşünce beyanları (medyada yargıçlar)

2) Doğal yargıç (dava dosyalarının yargıçlara dağıtımı, savcılığın yetkili mahkemeye dağıtımda etkisi, dava dosyası dağıtımında rastlantısallık mekanizması, manipülasyon olanakları, başkanın rolü)

3) Aleniliğin kaldırılması koşulları, medyanın duruşmayı izleme koşulları

4) Özellikle ceza hukukunda şifahilik ve doğrudanlık

5) Dava ve savunma hakkı, gıyabi yargılama

6) Habeas corpus ve uygulaması

7) Kanun yolları güvencesi (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonuna başvurular: hangi insan haklarından dolayı, kimler, sonuçları ve etkisi)

8) Hukuk devletini adli alanda tehlikeye sokan olgular (Devletin mali krizi, fundamentalistler, askeriyenin adliyedeki rolü)

Yasamanın hukuk anlayışı bakımından

1) Hukuk normu, siyasi iktidarın sınırı ve ölçütü olmaktan daha çok, belirli yasama hedeflerine ulaşılmasının bir aracı olarak mı anlaşılıyor?

2) Değiştirilebilirliğin anayasal sınırları: Hangi koşullarda yasa koyucu her türlü temel hakkı sınırlamaya hazır bulunmaktadır? Bu hangi argumentasyon örneği (topoi) ile gerçekleşmektedir? (Ceza usul hukuku alanında organize suçlar, terörle mücadele gibi nedenlerle yapılan değişiklikler, ya da mahkemelerin yoğun iş yükü nedeniyle zamanaşımı sürelerinin uzatılması gibi, yahut iltica hukukundaki değişikliklerde olduğu gibi görülen sınırlamalar. Türkiye açısından ise; temel hakları fiili olarak sınırlayabilen kanun kuvvetinde kararnamelerin en çok hangi temel haklar alanına, hangi nedenlerle müdahale ettiği...)

3) "Üzerinde tasarruf edilemez olan"ın alanı ve "normatif olanın özerkliği".

Tüm bu yukarıdaki konularda ve alanlarda yalnızca normların çözümlenmesi değil; aksine normlar ile, gerçekte olan bitenin karşılaştırılması, informal yanların bulunarak vurgulanması amaçlanmalıdır. Öteki ülkelerin de katılmasıyla yapılabilecek böyle bir araştırma tarihsel ve uluslararası bir "hukuk devleti skalası" geliştirilmesine yardımcı olacaktır. Bu deneme tekil normları ve onların etkilerini araştırmak yanında, genel ve temel prensiplerden hareket eden yeni bir hukuk-sosyolojik araştırma yöntemi ve alanı da kurmaktadır.

Ülkemizde hukukun üstünlüğünü sağlamak ve demokratik hukuk devleti toplumu olmak yolunda, görgül-sosyolojik bilgi birikimine duyulan acil gereksinimi karşılamak amacıyla bir "hukuksal Olgular Araştırma Merkezi"nin kurulmasını desteklemeli, bu kurumların üreteceği bilimsel bilgileri ülkemizin her alandaki hukuk yaratma ve uygulama etkinliğinde kullanabilmeliyiz.

Sonuç olarak, "Yargıda Reform" konusuna engin ve derin bir bilinçle yaklaşmak zorunda olduğumuzu görüyoruz. Bu bilinci kazanmak ve geliştirmek yolunda, hukuka ilişkin gerçeklik bilimlerinin tüm bilgi ve yöntem birikiminden en yüksek verimle yararlanmayı bu bakışın önemli bir açısı olduğunu kabul etmeliyiz. Maddi kaynaklarımızı gerçek bir yurtseverlikle bu çalışmalara ve onların gösterdiği reform projelerine özgülemeyi isteyebilmeliyiz.

Yazarlar ve Çevirmenler

Vehbi Hacıkadiroğlu
Felsefe Tartışmaları adlı derginin editörüdür ve felsefecidir.

Doğan Özlem
Muğla Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü profesörüdür.

Betül Çotuksöken
Maltepe Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü profesörüdür.

Gülriz Özkök
Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı yardımcı doçentidir.

Mustafa Kutlu
Kamu hukuku uzmanıdır ve Erzincan-Kemaliye'de yargıçtır.

Fatma İrem Çağlar
Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı araştırma görevlisidir.

Ahmet Ulvi Türkbağ
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı yardımcı doçentidir.

Junichi Aomi
IVR (Internationale Vereinigung für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie) onursal başkanıdır (Japonya).

Stuart Nagel
Illinois Üniversitesi profesörüdür.

Marian Neef
Illinois Üniversitesi profesörüdür.

Songül Atak
Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı yardımcı doçentidir.

Hayrettin Ökçesiz
Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı profesörüdür.