

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

John Rawls'ın Ardından
Gülriz Uygur

John Rawls'ın "Bölüşürücü Adalet"ine Takdim
Vural Fual Savaş

Bölüşürücü Adalet
John Rawls

Evrenselcilik, İnsan Hakları ve Liberalizm Üstüne
Doğan Özlem

Liberalizmin Meşruiyet Zemini
Neşet Toka

Feminist Perspektiften İnsan Hakları
Fatma İrem Çağlar

Özel - Toplumsal - Kamusal Alan
Betül Çotuksöken

Hukuk ve Siyaset Geriliminde
Hukuk Kültürünün
Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü
Bir Açıklama Seması
Hayrettin Ökçesiz

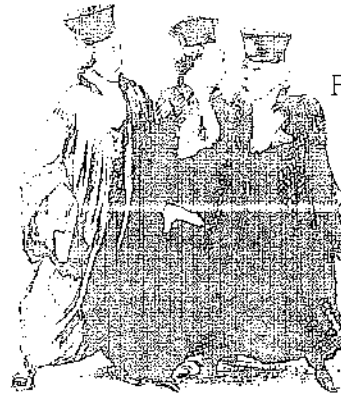
Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin
Görünüm Biçimleri
Mustafa Kutlu

Hukuk Devleti Hukukçularını Yetiştiriyor
Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Hukuk Bilimi,
Öğretimi ve Hukukçu Eğitimi Sorunları
ve Çözüm Önerileri
Harun Çetintemel

Yolsuzlukla Mücadelenin Yasal ve Hukuksal Çerçevesi
İlhan Özay

Yolsuzluklar
Sami Selçuk

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz



7



İSTANBUL
BAROSU



H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

7. KİTAP

Hazırlayan
Hayrettin Ökçesiz



340.1 HFS 2003

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
123337 340.1



İstanbul Barosu Yayını

İstanbul - 2003

a-
ni
ık
e-
yı
r-
la
ş-
e-
r-
J-
z-
r-
r-
i-
l-
r-
r-
el
n
la
a,
<

SUNUŞ

“Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi” bu kez üç kitabını birden çıkarak sekizincisine ulaşmış bulunuyor. İstanbul Barosu’nun yeni yönetimi önceki yönetim döneminde başlanmış olan bu işbirliğini anlamlı bularak HFSA’nın yayımını sürdürmeyi yerinde görmüştür. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu ve Yayın Kurulu Başkan ve Üyelerine bu iradelerinden dolayı minnet ve şükranlarımızı burada ifade etmek isterim. Bu süreklilik başlangıcından, yönetimden yönetime değişmeyen özerk kurumlar oluşturma ümidine kapılmanın belki erken olmadığını düşünüyorum. Bu kurumlaşmayı en çok hak edenlerin dergilerin ve yayın dizilerinin olduğunu söylemeliyim: Herşeye rağmen çıkan dergiler, kitaplar...

Bu üç kitapta İstanbul Barosu ile birlikte 6-7 Eylül 2002 tarihlerinde gerçekleştirdiğimiz “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar” adlı sempozyumun bildirileri ile “Yolsuzlukla Savaşım Stratejileri / Uluslararası Sempozyum” başlığını taşıyan ve Amerikan, İngiliz, İtalyan ve Alman Kültür Merkezleri ile birlikte 29. 9. -3.10. 1997 tarihlerinde İstanbul’da gerçekleştirdiğimiz etkinliğin beşinci kitapta yayımlamaya başladığımız Türkçe bildirilerinin devamını sunuyoruz. Bunların yanında başka yazılar da yer almaktadır. HFSA elbette arşiv görevi de görmekte ve daha önce yayımlanmış yazıları sayfalarında saklamak istemektedir. Bu nedenle HFSA’nın anlam alanı içerisinde kalan bu yazılarınıza talibiz.

2003’ü bu kitaplar ile kapatmış olalım.

Umarım, 2004 HFSA’ya yalnızca yeni kitaplar değil, başkaca bilimsel etkinlikler de getirir. Bu bakımdan HFSA Çevre’sinin katkıları bu dileğin gerçekleşmesine yardımcı olacaktır.

Bu üç kitabın düzeltme çalışmalarında bana yardımcı olan araştırma görevlisi arkadaşlarım Sayın Fulya Tatbul’a ve Sayın Çağlayan Kara’ya, İstanbul Barosu çalışanı Sayın Sadık Albayrak’a, dizgi ve tasarımı gerçekleştiren Sayın Tuğba Altınır’e teşekkür ederim.

Yeni kitaplarda ve etkinliklerde buluşmak ümidiyle...

Hayrettin Ökçesiz

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Hayrettin Ökçesiz

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kampus, Antalya

Telefon: 0242.227 69 75 - 76 Faks: 0242.227 69 77

e-posta: hayret@akdeniz.edu.tr

Kapak karikatürü: Honoré Daumier

Kapak, iç tasarım ve baskı: Ufuk Matbaası (0212) 544 92 30 - 31

İstanbul, Ağustos 2003 ISBN 975-6689-26-9

24 Kasım 2002 tarihinde ve 81 yaşında ölen John Rawls, Thomas Nagel'in de belirttiği gibi, hiç kuşkusuz, 20. yüzyılın en önemli siyaset felsefecisidir (Bkz.Nagel 2000). Rawls'un öneminin 21. yüzyılda da etkinliğini sürdüreceği, özellikle günümüzde yaşanan problemler açısından, açık bir şekilde görülmektedir. Zira adil bir toplum, adil bir dünya özlemi, özellikle adalet duygumuzun topluca yok edilmeye çalışıldığı ve edildiği bu günlerde, çok daha fazla kendini hissettirmektedir. Rawls, II.Dünya Savaşı boyunca ve bu savaşın ardından, adil bir toplumun gerçekten olanaklı olup olmadığını incelemekle ilgilenmiştir. Rawls'un çalışmasının başlıca amacı, adaletin bize gerektirdiği şeyi bulmak ve insan kapasitesinin bu şeyi gerçekleştirebileceğini göstermektir (Freeman, 2002).

Rawls, adalet, diğer normatif kavramlara nazaran öncelikli bir yer vererek, Platon ve Aristoteles ile başlayan ve Kant'la devam eden felsefi geleneği sürdürmektedir. Rawls'un adalet anlayışının önemini birkaç şekilde belirtmek mümkündür:

İlk olarak Rawls'un adalet anlayışı, adalet düşüncesinin yeniden değeri-

dirilmesine yol açmıştır. Nitekim, Rawls'tan sonra yapılan, gerek Rawls'un görüşleriyle ilgili gerekse doğrudan adalet düşüncesiyle ilgili çalışmalar, adalet konusunun yeniden gündemi oluşturduğunu göstermektedir. Gerçi Rawls'tan önce de, faydacı görüşün adalet üzerinde durduğu görülmektedir. Ancak faydacılık, adalet, klasik felsefe geleneğinde olduğu gibi öncelikli yer vermemekte ve kolektif refahın bir sonucu olarak adaleti değerlendirmektedir. İkinci olarak adalet konusunun yeniden güncelleşmesi, etik hakkındaki tartışmalarda da etkili olmuştur. Böylece, felsefi etiğin, hukuk ve devletten ayrılması yönündeki eğilimin üstesinden gelinmeye çalışılmaktadır (Özkök: 12). Üçüncü olarak Rawls'un adalet anlayışı, adalet düşüncesine yeniden dönmeyi sağlaması yanında, sosyal sözleşme geleneğine de yeniden dönmeyi sağlamaktadır. Gerçekte sosyal sözleşme teorisi, Kant'tan sonra bitmiş bir teori olarak değerlendirilmektedir. Rawls adalet anlayışını bu geleneğe dayandırarak, sosyal sözleşmeciliğin yeniden canlanmasına yol açmıştır. Rawls'u sosyal sözleşmecici kılan başlıca özellik ise, varsayımsal bir orijinal durum dü-

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

şüncesinden hareket etmesi ve bu durum sonucunda adalet ilkelerinin kabul edileceğini belirtmesidir. Son olarak Rawls'un adalet anlayışı, ahlak felsefesinin alanının da değişmeye başlamasının bir örneğini oluşturmaktadır. Rawls'la birlikte, 1970'lerden itibaren, ahlak felsefesinde, erdem teorisinin yer almaya başladığı görülmektedir.

Esasen Rawls'un akademik kariyerine başladığı 1950'li ve 1960'lı yıllarda, Anglo-Amerikan felsefecilerinin, çoğunlukla mantıki pozitivizmin etkisinde kaldıkları ve Aristoteles'le başlayıp Kant ve Hegel ile devam eden etik ve siyasal düşünme geleneğini bir yana bıraktıkları görülmektedir. Oysa, Martha Nussbaum'a göre; insanlar, kişisel ve siyasal yaşamda onları yönlendiren normlara ihtiyaç duymaktadırlar. Bu anlamda, özellikle demokratik siyasal yaşamla ilgili kamusal müzakerede yer alacak ilkelerle ilgili, felsefecilerin ortaya koyduğu düşünceler önem taşımaktadır. Felsefecilerin kamusal davranış ve müzakereye ilişkin önemleri üzerinde duran Kant da, uluslar arasındaki sürekli barışa ilişkin, felsefecilere tam bir konuşma özgürlüğü verilmesini savunmaktadır (Bkz. Nussbaum 2001). Öte yandan Rawls da, tarihsel olaylar üzerinde çok az durmasına rağmen, Political Liberalism'in 1996 tarihinde çıkarılan genişletilmiş basımında, Weimar Cumhuriyeti'ndeki entellektüellerin sessizliği ve sinizminin faşizmin

yükselmesine neden olduğunu belirtmektedir'. Benzeri şey, Vietnam Savaşı'nda da söz konusudur. Bu dönemde de kamusal kültürde yer alan ilkelerin faydacılıkla ilgili olduğu görülmektedir (Nussbaum 2001). Rawls'un 1971'de yayınladığı A Theory of Justice başlıklı eseri, faydacılığa karşı bir alternatif oluşturmaktadır.

Rawls, A Theory of Justice başlıklı eseri üzerinde yirmi yıldan fazla bir süre çalışmış ve bu eserden önce de, 1951 yılından itibaren adalet anlayışıyla ilgili ana düşüncelerinin yer aldığı, bir dizi makale yayınlamıştır. Rawls'un en fazla bilinen ve üzerinde tartışılan bu eseri, yani, A Theory of Justice, yayımlandığı günden itibaren ikiyüzbinden fazla satmış, yirmisekiz baskı yapmış ve birçok dile çevrilmiştir. Nussbaum, Rawls'un topluluk önünde konuşma yapmaktan rahatsız olduğunu, hatta görüşme yapmaktan bile kaçındığını, ve eserinin popülerliğini arttırmak adına da, herhangi bir çaba da bulunmadığını belirtmektedir (Bkz. Nussbaum 2001).

Rawls'un A Theory of Justice yanında diğer önemli eseri, 1993 yılında yayınlanan Political Liberalism'dir. Bunun dışında Rawls'un makaleleri, 1999 yılında, Samuel Freeman'in derlediği Collected Papers başlıklı eserde yayınlanmıştır. Rawls'un 1999 yılında yayınlanan Law of Peoples eseri ise, ilk hallerini makale olarak yayınlamış olduğu "Law of Peoples" ve "Public Reason Revisited" başlıklı iki bölüm-

den oluşmaktadır. Rawls, günümüzün en önemli düşünürü olması yanında, üzerinde en fazla tartışılan düşünürü olma özelliğini taşımaktadır. Belki bunun bir sonucu olarak, Rawls'un düşünceleri çoğu zaman yanlış anlaşıl-maktadır. Rawls, yanlış anlamaları önlemek amacıyla, daha önce yazdıklarını açıklığa kavuşturmak için kimi eser ve makalelerine yeni eklemelerde bulunmuş ve son olarak da hakkaniyet olarak adalet anlayışını daha açık bir şekilde ortaya koyduğu Erin Kelly'nin derlediği ve Justice as Fairness: A Restatement başlıklı eseri 2001 yılında yayınlanmıştır. Buraya kadar belirtilen eserlerin yanında, Rawls'un Harvard üniversitesinde verdiği derslerin bir derlemesi de bulunmaktadır. 2000 tarihinde yayınlanan ve Barbara Herman tarafından derlenen, Lectures on the History of Moral Philosophy başlıklı eserde Rawls, modern felsefenin önemli düşünürleri olan, Leibniz, Hume, Kant ve Hegel'in düşünceleri üzerinde durmakta ve bunun yanında Rawls'un kendi görüşleri de bu eserde göze çarpmaktadır. Diğer yandan bu eserde, Rawls'un en fazla üzerinde durduğu düşünür Kant'tır.

Kant'ın Rawls için ayrıcalıklı yeri bulunmaktadır. Esasen Rawls'un başlıca kahramanları, Kant ve Abraham Lincoln'dur. Kant'ın Rawls'un üzerindeki etkisi, adalet anlayışını oluşturmaması bakımından söz konusudur. Lincoln'un, Rawls üzerinde, bu şekilde etkili olmasının beklenemeyeceği açıktır. Ancak Rawls, adalet duygusu üzerinde dururken ve köleliğin adalete aykırı olduğunun belirlenmiş ahlaki

inanç olduğunu savunurken, Lincoln'un "kölelik yanlış değilse, başka hiçbir şey yanlış değildir" şeklindeki ünlü sözünden hareket etmiştir (Freeman 2002). Kölelik, Rawls'un adaletsizlik paradigmasını oluşturmakta ve köleliğin adaletsizliğini doğru şekilde açıklamalarının, ahlak teorileri için bir test olduğunu düşünmektedir (Nagel 2000). Bunun dışında Rawls, Lincoln'u, insanların ahlaki eşitliğini en fazla tanıyan başkan olarak görmekte ve ideal devlet adamının bir örneği olduğunu düşünmektedir. Rawls, günümüzde de en fazla ihtiyacını hissettiğimiz, devlet adamlığının, özellikle savaş ve kriz dönemlerinde önemli olduğunu belirtmektedir. Rawls'a göre devlet adamı ideali şöyledir: Politikacılar gelecek seçimi, devlet adamı ise gelecek nesilleri göz önünde tutar (Rawls FY: 567).

Rawls, Kant'tan sonra, en fazla adalet, eşitlik ve haklar üzerinde duran düşünür olarak değerlendirilmektedir (Alterman 2002). Rawls'un ünlü adalet ilkelerinden birincisi, eşit temel hak ve özgürlüklerle ilgiliyken, adaletin ikinci ilkesi ise, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle ilgilidir. Rawls, adaletin birinci ilkesinin ikinci ilke uğruna sınırlandırılmayacağını belirterek liberal bir yaklaşım sergilemekte, ancak sosyal adalet üzerinde durmasıyla da liberalizmin sosyal demokratik formunda yer almaktadır. Bu çerçevede Rawls'un sosyal adaletle ilgili düşünceleri de önem taşımaktadır. Rawls, insanların yaşamadaki fırsatları ve beklentilerini, içinde doğdukları durum ve yetenekleri yanında, yine in-

¹ Rawls'un üzerinde durduğu tarihsel olaylardan bir diğeri de, Hiroşima'ya atom bombası atılması ve diğer Japon şehirlerinin bombalanmasıyla ilgilidir. Bunun dışında Rawls, Vietnam Savaşı'na karşı yapılan protestolarda da yer almıştır.

sanlar tarafından yaratılan toplumun temel kurumlarının oluşturduğu sosyal, siyasal ve ekonomik yapının da belirlediğini savunmaktadır. Örneğin kölelik veya kapitalizm, insanlar tarafından yaratılan kurumlardır. Bu durumda, toplumun bir üyesi olarak kendimize, kurumlarımızın yarattığı yaşamımızı belirleyen şartların, ahlaki olarak kabul edilip edilemeyeceğini sormamız gerekmektedir. Nagel'in ifadesiyle, Rawls, herbirimizin, diğerinin yüzüne bakmamızı sağlayabilecek şekilde, derin yapısal eşitsizliklerin ahlaki olarak haklı gösterilebileceği bir topluma ulaşmak için mücadele etmemiz gerektiğini belirtmektedir (Nagel 2000).

Rawls'un A Theory of Justice'deki başlıca amacı, geleneksel sosyal sözleşme doktrinine dayanan ve faydacılıktan üstün olan bir adalet anlayışı oluşturmaktır. Rawls'un faydacılığa karşı çıkmasının nedenlerini birkaç noktada toplamak mümkündür. İlk olarak faydacılık, en büyük toplam fayda uğruna bireyler arasındaki farklılıkları ihmal etmektedir. İkinci olarak faydacılık, yine toplam faydayı gerçekleştirmek uğruna, kişilerin özgürlüklerinde sınırlandırmalar yapılmasına izin vermektedir. Oysa Rawlsçu özgürlüğün önceliği ilkesi, özgürlüklerin ancak bir başka özgürlük adına sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

Rawls A Theory of Justice'de, ahlak ve siyaset felsefesi arasında ayırım yapmazken, Political Liberalism'de bu ayrımı yapmakta ve görüşlerini de bu ikili ayrıma dayanarak oluşturmaktadır. Ancak Rawls'un yaptığı bu ikili

ayırım, kendi adalet anlayışının ahlaki bir anlayış olmadığı anlamına gelmemektedir. Rawls, daha çok alan bakımından, sadece siyasal olanla ilgilenmektedir. Siyasal alan içinde kalan kendi adalet anlayışını da, ahlaki bir anlayış olarak değerlendirmektedir (Öz-kök: 37). Political Liberalism'de A Theory of Justice başlıklı eserinden farklı görüşlere yer veren Rawls, bu değişikliklerin nedenini, hakkaniyet olarak adalet anlayışından kaynaklanan istikrar problemine dayandırmaktadır. Rawls bu problemi, A Theory of Justice'den farklı olarak çözmeye çalışmasından dolayı, kendi adalet anlayışında bazı değişikliklerin ortaya çıktığını belirtmektedir (Rawls PL: xv-xvi). Rawls'un Political Liberalism eserindeki siyasal adalet anlayışını oluşturmada başlıca amacı, birbirinden farklı ve hatta birbiriyle bağdaşmayan kapsayıcı doktrinlere sahip, özgür ve eşit vatandaşlar arasındaki, adil ve istikrarlı bir toplumun, nasıl olanaklı olduğunu göstermektir (Rawls PL: 133).

Rawls, Lectures on the History of Moral Philosophy başlıklı eserinde, 16. yüzyıldaki Reformasyon sonucunda ortaya çıkan temel problemlerden birinin, farklı dinde olan insanların birlikte yaşamasının nasıl mümkün olduğuyla ilgili olduğunu belirtmektedir (Rawls LH: 8). 18. yüzyılın sonlarından itibaren gelişen ve günümüzde de süren, özellikle Rawls'un özgür demokratik kurumların zorunlu bir sonucu olarak değerlendirdiği çoğulculukla birlikte, modern dünyada da aynı problemin söz konusu olduğu ve

Rawls'un Political Liberalism başlıklı eserinin de bu problemle ilgili olduğu belirtilebilir. Rawls, istikrarlı bir çoğulcu adil toplumun nasıl olanaklı olabileceğini göstermeye çalıştıktan sonra, bununla ilgili araştırmasının son adımına, yani Law of Peoples'a geçmektedir. Rawls bu eserindeki, "Law of Peoples" ve "The Idea of Public Reason Revisited" bölümleri birlikte alındığında, amacının, adil bir dünyada makul vatandaşlar ve halkların barış içinde birlikte nasıl yaşayabileceklerine ilişkin kendi düşüncelerini ortaya koymak olduğunu belirtmektedir (Rawls LP: vi). Rawls, toplumların birbiriyle ilişkilerinde özgürlük, eşitlik ve karşılıklı saygı üzerinde durmakta ve farklı adalet anlayışlarıyla ilgili olarak da hoşgörüyü getirmektedir. Ancak bu hoşgörü, sınırsız bir hoşgörü olmayıp, en önemli temel insan haklarının ihlal edilmemesini gerektirmekte ve kendi komşularına karşı saldırıyan toplumları içermemektedir. Bundan ayrı olarak hoşgörü, egemenliğe, geleneksel uluslararası hukukun standart gereklerine ve sivilin korunmasını içeren savaşa ilişkin kurallara saygıyı gerektirmektedir (Nagel 2000).

Sonuçta, Rawls'un adil bir toplum ve ardından da adil bir dünyanın nasıl olanaklı olabileceğine ilişkin ele aldığı evrensel problem, başta da belirtildiği gibi, günümüzde de ve, kahin olmamıza gerek kalmadan, gelecekte de varlığını sürdürecektir. Rawls'un görüşlerine bu güne kadar karşı çıkanlar olduğu gibi, destekleyenler de olmuştur. Özellikle komüniteryanların Rawls'a karşı çıktığı bilinmektedir. Bu eleştirilerin

haklı yanları olduğu gibi, haksız yanları da bulunmaktadır. Burada vurgulamak istediğim nokta, Rawls'un insan haklarına her yerde saygı gösterilmesiyle adil bir dünyanın sağlanabileceğine ilişkin düşüncesidir. Bunun nasıl sağlanabileceği konusunda, Rawls'un görüşlerine tümüyle katılmayabilir. Ancak Rawls'un görüşleri çerçevesinde, adil bir dünyanın olanaklılığını, kendi rasyonel çıkarlarını sürdürmek, ekonomik refah kazanmak veya doğal kaynakları elde etmek, ya da güç veya imparatorluk sağlamak adına hareket eden devletlerin politikalarının engelleyeceği savunulabilir (Rawls LP: 91). Bu nedenle de, adaletle ilişkin şartların, devletlerin bu tür politikalarını sınırlandırması gerekmektedir. 20. yüzyılda yaşanan savaşlar, Rawls açısından, siyasal ilişkileri güç ve şiddete dayandıran ve pratik araçlar-amaç nedenlerini de bu şekilde belirleyen devlet politikalarını ortaya koymaktadır. Günümüzde de aynı şey söz konusu olduğu için, adalet düşüncesine, belki çok daha fazla ihtiyacımız bulunmaktadır. Başka türlü, yani adil bir toplum ve adil bir dünya olanaklı değilse ve insanlar genelde ahlaki varlık değillerse, Kant ve Rawls'la birlikte kendimize sormamız gereken soru, yeryüzünde yaşamaya değip değmeyeceğidir (Bkz. Rawls PL: lxii).

KAYNAKÇA

ALTERMAN, Eric. "Rawls and Us"

+hd+o+hs+o+or+Date+ri+KA-A A C B W C O -
OO64411+sm+KS+so+b+ss+SO+C1
D&cf=1&fn=1&m=1 (31.1.2003)

FREEMAN, Samuel. "John Rawls, Friend and Teacher"

y%7D+hd+o+hs+O+or+Date+ri+KAAACBWC O - OO64411+sm+KS+so+b+ss+SO+CI D&fn=1&m=2 (31.1.2003)

NAGEL, Thomas. "Justice, Justice, Shalt Thou Pursue"

http://www.tnr.com/archive/1099/102599/nagel102599.html (30.1.2003)

NUSSBAUM, Martha. "The Enduring Significance of John Rawls"

+O+hs+O+or+Date+ri+KAAACB- V A - OO103902+sm+KS+so+b+ss+SO+4 C D 9 & c f = 1 & f n = 1 1 & r n = 2 0 (6.2.2003)

RAWLS, John Political Liberalism, Columbia University Press, New York, 1996.

"Fifty Years after Hiroshima", Collected Papers, (Ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, 1999, s.565-572.

Lectures on the History of Moral Philosophy, (Ed. Barbara Herman), Harvard University Press, Cambridge, 2000.

The Law of Peoples, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

ÖZKÖK, Gülriz John Rawls'un Adalet Anlayışı Bakımından Devlet Problemi, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara, 1999.

John Rawls'ın "Bölüşdürücü Adalet"ine Takdim

Vural Fuat Savaş^{1*}

İlişkide sunduğumuz çeviri, çağımızın ünlü filozoflarından biri sayılan John Rawls'un iki makalesinden oluşmaktadır.^(*) Rawls bu iki makalenin ne şekilde bir araya getirildiğini (1) no.lu dip notta açıklamaktadır. Rawls 1971 yılında yayınladığı *Bir Adalet Teorisi* (A Theory of Justice) adlı kitabıyla iktisatçıları, filozofları ve ciddi devlet adamlarını derinden etkilemiş ve literatürde hala canlılığını koruyan bir tartışma başlatmıştır. F. Hayek, J. M. Buchanan ve R. Nozick gibi çağımızın ünlü düşünürleri Rawls'un düşüncelerini çeşitli yönlerden incelemiş, eleştirmiş ve geliştirmiştir.

Biz bu takdim bölümünde, sunduğumuz çevirinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacağını umduğumuz bazı bilgileri aktaracağız. Önce iktisat teorisinde bölüşüm adaleti ile ilgili teorik yaklaşımları özetleyeceğiz. Daha sonra da Rawls'un Adalet Teorisi'nin kısa bir özetini sunacağız. Gelir dağılımı, veya daha tercihe değer bulduğumuz bir de-

yimle, gelir bölüşümü, iktisat teorisinin tarihsel gelişimi içinde önce önemle ele alınan bir konu iken sonradan bu önemini kaybetmiştir. Şaşırtıcı gelebilir ama bu gün iktisatın adeta unuttuğu konulardan biridir. Bölüşüm teorisinin yıldızının parladığı dönem Klasik İktisat Teorisi dönemidir. A. Smith'in konuyu sadece yüzeysel bir şekilde ele almış olmasına rağmen diğer klasik iktisatçılar daha analitik bir biçimde yaklaşmışlardır. Özellikle D. Ricardo ve J. S. MilFin bu konuda önemli katkıları olmuştur.

David Ricardo 1820 yılında R. T. Malthus'a yazdığı bir mektupta "siz politik ekonomiyi zenginliğin niteliği ve nedenleri ile ilgili bir inceleme olarak düşünüyorsunuz. Bence politik ekonomi, çalışmanın ürününün, onun oluşumuna katılan sınıflar arasında bölüşümünün incelenmesi olarak adlandırılmalıdır." diyerek iktisatın temel inceleme konusu olarak gelir bölüşümüne işaret etmişti.

(*) Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi İktisat Bölümü Öğretim Üyesi

(**) Takdim ettiğimiz çeviriyi oluşturan iki makalenin orijinal kaynakları şunlardır:

J. Rawls, 'Distributive Justice'in P. Laslett and W. G. Runciman (eds.)

Philosophy, Politics and Society, Blackwell, 1967, third series, pp.58-82; and J. Rawls, 'Distributive Justice: Some addenda.' In Natural Law Reform, vol. 13, 1968

Çeviride kullandığımız metin ise şu kaynaktır:

E. S. Phelps (Ed.), Economic Justice, Penguin Education, 1973, pp. 319-362

FREEMAN, Samuel. "John Rawls, Friend and Teacher"

y%7D+hd+o+hs+O+or+Date+ri+KAAACBWCOD&fn=1&rn=2 (31.1.2003)

NAGEL, Thomas. "Justice, Justice, Shall Thou Pursue"

http://www.tnr.com/archive/1099/102599/nagel102599.html (30.1.2003)

NUSSBAUM, Martha. "The Enduring Significance of John Rawls"

+O+hs+O+or+Date+ri+KAAACB-V A
OO103902+sm+KS+so+b+ss+SO+4
CD9&cf=1&fn=11&rn=20 (6.2.2003)

RAWLS, John Political Liberalism, Columbia University Press, New York, 1996.

"Fifty Years after Hiroshima", Collected Papers, (Ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, 1999, s.565-572.

Lectures on the History of Moral Philosophy, (Ed. Barbara Herman), Harvard University Press, Cambridge, 2000.

The Law of Peoples, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

ÖZKÖK, Gülriz John Rawls'un Adalet Anlayışı Bakımından Devlet Problemi, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara, 1999.

John Rawls'ın "Bölüşürücü Adalet"ine Takdim

Vural Fuat Savaş^(*)

İlişikte sunduğumuz çeviri, çağımızın ünlü filozoflarından biri sayılan John Rawls'un iki makalesinden oluşmaktadır.^(**) Rawls bu iki makalenin ne şekilde bir araya getirildiğini (1) no.lu dip notta açıklamaktadır. Rawls 1971 yılında yayınladığı *Bir Adalet Teorisi* (A Theory of Justice) adlı kitabıyla iktisatçıları, filozofları ve ciddi devlet adamlarını derinden etkilemiş ve literatürde hala canlılığını koruyan bir tartışma başlatmıştır. F. Hayek, J. M. Buchanan ve R. Nozick gibi çağımızın ünlü düşünürleri Rawls'un düşüncelerini çeşitli yönlerden incelemiş, eleştirmiş ve geliştirmiştir.

Biz bu takdim bölümünde, sunduğumuz çevirinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacağını umduğumuz bazı bilgileri aktaracağız. Önce iktisat teorisinde bölüşüm adaleti ile ilgili teorik yaklaşımları özetleyeceğiz. Daha sonra da Rawls'un Adalet Teorisi'nin kısa bir özetini sunacağız. Gelir dağılımı, veya daha tercihe değer bulduğumuz bir de-

yimle, gelir bölüşümü, iktisat teorisinin tarihsel gelişimi içinde önce önemle ele alınan bir konu iken sonradan bu önemini kaybetmiştir. Şaşırtıcı gelebilir ama bu gün iktisatın adeta unuttuğu konulardan biridir. Bölüşüm teorisinin yıldızının parladığı dönem Klasik İktisat Teorisi dönemidir. A. Smith'in konuyu sadece yüzeysel bir şekilde ele almış olmasına rağmen diğer klasik iktisatçılar daha analitik bir biçimde yaklaşmışlardır. Özellikle D. Ricardo ve J. S. MilFin bu konuda önemli katkıları olmuştur.

David Ricardo 1820 yılında R. T. Malthus'a yazdığı bir mektupta "siz politik ekonomiyi zenginliğin niteliği ve nedenleri ile ilgili bir inceleme olarak düşünüyorsunuz. Bence politik ekonomi, çalışmanın ürününün, onun oluşumuna katılan sınıflar arasında bölüşümünün incelenmesi olarak adlandırılmalıdır." diyerek iktisatın temel inceleme konusu olarak gelir bölüşümüne işaret etmiştir.

(*) Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi İktisat Bölümü Öğretim Üyesi

(**) Takdim ettiğimiz çeviriyi oluşturan iki makalenin orijinal kaynakları şunlardır:

J. Rawls, 'Distributive Justice'in P. Laslett and W. G. Runciman (eds.)

Philosophy, Politics and Society, Blackwell, 1967, third series, pp.58-82; and J. Rawls, 'Distributive Justice: Some addenda.' in Natural Law Reform, vol. 13, 1968

Çeviride kullandığımız metin ise şu kaynaktır:

E. S. Phelps (Ed.), Economic Justice, Penguin Education, 1973, pp. 319-362

Ricardo da, Smith gibi gelir bölüşümünü, toprak sahipleri, topraksız çiftçiler ve küçük esnaftan (zanaatkarlar) oluşan sosyal sınıflararası bir bölüşüm olarak ele almıştır. Vardığı sonuç kötümserdir. Nüfus artışı, daha az verimli toprakların üretime alınması ve ücret haddinin, en az geçim ücretiyle sınırlı kalacağı varsayımı nedeniyle, uzun dönemde kar geliri ortadan kalkacak ve toprak sahiplerine giden rant geliri artacaktır. Tasarruf oranı, nüfus artış oranının altında kalacağı için de, kapital birikimi olmayacak ve ekonomi "durgunluk süreci" içine girecektir.

Ricardo'nun gelir bölüşümünü, tarihsel bir süreç içinde toprak sahipleri ile emekçi köylü ve zanaatkar arasında nasıl şekillendiğini gösteren teorisine, önemli bir alternatif Jeremy Bentham'dan geldi. Daha sonra Faydacılık (Utilitarianism) diye adlandırılacak olan bu teoriye göre her mal ve hizmetin bir faydası olup, bu faydanın derecesi veya önemi subjektif olup bireyden bireye değişecektir. İnsan yaşamının amacı zevkleri tatmin etmek, acı ve sıkıntılardan kaçınmaktır. "Zevk Matematiği" (Felicif Calculus) diye adlandırılan bu yaklaşıma göre eğer bütün insanlar zevklerini maksimize etmekte ve sıkıntılardan kaçınmakta özgür olurlarsa "en çok sayıda kişi en büyük mutluluğa" erişecektir (the greatest happiness for the greatest number). Faydacı yaklaşım bu içeriği ile belli bir gelir bölüşümü öngörmemekte, mevcut gelir bölüşümünün ne ölçüde adil olup olmadığının belirlenmesi-

ni subjektif fayda değerlendirmelerine bırakmaktadır.

Klasik Teoriyi A. Smith'in bıraktığı yerden daha ilerilere götüren ve teorik bir bütünlüğe kavuşturan John S. Mill de gelir bölüşümü üzerinde önemle durmuştur. Mill'e göre "üretim yasaları" ile "bölüşüm yasaları" birbirinden ayırmak gerekirdi. Üretimi yönlendiren yasalar fiziksel gerçeklerdi. Buna karşın, "Bölüşüm Yasaları" kısmen insanlar tarafından kurulmuş kurumlardır. Fakat ulusların hükümetleri, her ne kadar hangi kurumların kurulacağına karar verme gücüne sahip iseler de, bu kurumların nasıl işleyeceklerine keyfi olarak karar veremezler. Gelir dağılımı üzerinde sahip oldukları gücün dayandığı şartlar... doğanın fiziksel kanunlarından herhangi biri gibi bilimsel incelemeye tabidir."

Bölüşüm yasalarının değişebilir olduğunu söylemek liberal "bırakınız yapınlar" sisteminde ortaya çıkan gelir bölüşümünün, düşünülebilecek tek bölüşüm olmadığını, başka bölüşümlere imkan verecek çeşitli ekonomik organizasyonların bulunduğunu söylemek anlamına gelir. Mill'e göre belli bir tarihsel dönemde mevcut bölüşüm düzeni o döneme ait mülkiyet ilişkilerinin sonucu olarak ortaya çıkar. Mill bu yaklaşımı ile hangi ekonomik kategorilerin evrensel olduğu ve hangilerinin belli tarihsel bir yapıyı yansıttığı konusunda uzun yıllar sürecek bir tartışmayı başlatmıştır.

Mill'in üretim yasaları ile bölüşüm yasalarını birbirinden ayırması, marjinal prodüktivite teorisine dayanan ne-

oklasik iktisatçılara kabul edilemez görünecektir. Çünkü böyle bir ayrım, üretim faktörleri gelir paylarının, üretim sürecinden ve mübadele kıymetlerinden ayrı olarak belirlenebileceği anlamına gelir. Öncülüğünü John Bates Clark'ın yaptığı ve bu günkü iktisat ilminin temel ilkelerinden birini oluşturan marjinal prodüktivite teorisi gelir bölüşümü konusuna Smith ve Ricardo gibi toplumsal sınıflar (Toprak sahibi, köylü vb. gibi) açısından değil üretim faktörleri açısından yaklaşır. Fonksiyonel gelir dağılımı adı verilen bu yaklaşıma göre, her üretim faktörünün üretimden alacağı pay, üretime yaptığı katkıya eşit olacaktır. Teknik deyişle her üretim faktörünün geliri marjinal prodüktivitesine eşit olacaktır.

Böyle bir yaklaşım çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Her şeyden önce, üretim, bütün üretim faktörlerinin ortak çabasının sonucudur. Dolayısıyla emeğin, kapitalin, müteşebbisin ve diğer kaynakların ortaklaşa yarattıkları ürüne olan katkıları nasıl ölçülecektir? İkincisi, böyle bir ölçümün yapılabileceği var sayılsa, acaba toplam üretim, faktör paylarının toplamına eşit olacak mıdır? Bir başka deyişle, toplam üretim, faktör paylarını ödemeye yetecek midir? Az gelirse ne olur? Geriye bir fazlalık kalırsa ne olur? Üçüncüsü, üretim sürecinde bir faktörün nitelik ve niceliğinin artması, üretim artışına yol açtığı zaman bu üretim artışı hangi faktöre ait sayılacaktır? Örneğin üretimde bilgisayar destekli tam otomatik makineler kullanıldığında meydana

gelen üretim artışı, emek verimliliğinin meydana gelen bir artış mı sayılacaktır, yoksa kapitalin verimliliği olarak mı kabul edilecektir?

Bu ve benzeri sorular yanında marjinal prodüktivite teorisinin güvenilirliğini yok eden en önemli sorun bu teorisinin yanlış bir teorik temele oturtulmuş olmasıdır. Bu yanlış temel "azalan verimler ilkesi" diye bilinen teoridir. Konunun ayrıntılı biçimde incelenmesi, bu takdim yazısının boyutlarını çok aşacağı için kısaca şunu söylemekle yetineceğiz: Azalan verimler ilkesi devamlı artan nüfus ile miktarı sınırlı toprak arasındaki tarihsel ilişkiyi, üretim teknolojisinin sabit olduğu varsayımı altında inceler. Nüfus baskısı nedeniyle daha az verimli toprakların üretime alınması gerekeceğini, bu nedenle de tarımsal verimin azalacağını öne süren bir teoridir. Dolayısıyla tarihsel bir süreci yansıtır. Bu teorisinin herhangi bir işletmeye, uygulanması, ister tarımsal ister endüstriyel olsun, yanlıştır. Bir işletmede herhangi bir faktörün verimi azalıyorsa bunun nedeni o işletmede üretim fonksiyonunun gerektirdiğinden fazla faktör (emek veya makine) kullanılmasıdır. A. Marshall'ın deyişiyle o iş yerinde "yanlış faktör bileşimi" var demektir. Bu nedenle marjinal prodüktivite teorisinin bir bölüşüm teorisi olarak kullanılması yanlıştır.

Ne var ki, insan zihnini alıştığı fikirlerden uzaklaştırmak, yeni fikirler üretmekten zor olmaktadır. Bu nedenle şu anda iktisatçıların gelir bölüşümü konusunda söyleyecekleri (Lorenz Eğ-

risi gibi bazı ölçme teknikleri dışında) fazla bir şeyleri yoktur. Doğa boşluğu sevmediği için, iktisatçıların boş bıraktığı bu alana filozofların ve politikacıların girmesine şaşmamak gerekir.

Konu yirminci yüzyılın başlarında iktisatçıların gündemine "refah devleti" kavramıyla yeniden geldi. Refah devleti, genel bir tanımla, devletin gelir bölüşümüne dolaylı yoldan karıştığı ve gelirin yeniden bölüşülmesine imkan verdiği bir yasal ve kurumsal yapının adıdır. Bu tanıma göre bir refah devletinde gelir bölüşümü iki aşamada belirlenir: Birinci aşamada, insanlar sahip oldukları üretim faktörünün, miktarına, kalitesine ve verimine bağlı olarak bir gelir elde eder. Bu birinci aşamada devlet müdahalesi, asgari ücretin belirlenmesi ve elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi ile sınırlıdır. İkinci aşama ise devletin dolaysız, dolaylı çeşitli müdahaleleriyle şekillenir. Emeklilik ikramiyesi, sağlık ve eğitim harcamalarına devlet katkısı, işsizlik sigortası, konut yardımı, fiat destekleme alımları, üretim ve ihracat teşvik primi, vergi muafiyeti veya indirimi vb. gibi çeşitli yollardan yapılan "gelir transferleri" ile devlet, vatandaşlar arasında gelirin ikinci defa bölüşümüne neden olur.

İkinci bölüşüm ile ilgili pek çok soru cevap bekler: İkinci bölüşümden kimler yararlanacaktır? İktidardaki siyasi partinin seçmenleri mi, propaganda gücü yüksek çıkar grupları mı, belli meslek veya sanat sahipleri mi yoksa yasalarla belirlenmiş belli konumda bulunan kişiler mi? Yapılacak gelir

transferlerinin miktarı nasıl belirlenecektir? Siyasi iktidarın takdir yetkisine mi bırakılacaktır, geleneklere göre mi yapılacaktır, bir referandumla mı belirlenecektir, yoksa yine yasalara mı başvurulacaktır? Bu tür transferlerin gerektiğine kim ve nasıl karar verecektir?

Bütün bu sorulardan daha önemli bir soru vardır: O da "bu sorulara cevap verilirken gözönünde tutulacak ve herkes tarafından benimsenecek bazı kriterler var mıdır?" sorusudur. İktisatın bize bu konuda sağladığı iki kriterden söz edilebilir. Bunlardan biri "etkinlik" diğeri de "ekonomik büyüme" dir. Çok çeşitli tanımları olmakla birlikte burada, amacımız yönünden, etkinliği "belli bir kaynaktan mümkün olan en yüksek yararı sağlamak" şeklinde tanımlayabiliriz. Bu tanımdaki "yarar" sözcüğü, incelenen konuya göre "fayda", "tatmin" ve "verimlilik" olarak yorumlanabilir. Etkinlik, siyasi iktidarın gelir bölüşümüne yapacağı takdiri müdahale için bir "sınırlama" görevi görür ve yapılacak müdahalenin etkinliğe, mümkünse hiç, değilse en az düzeyde, engel olmasını şart koşar.

Ekonomik büyüme de aynı şekilde, gelir bölüşümüne yapılacak takdiri müdahaleler için bir engel oluşturur. Ekonomik büyüme, bir toplum ekonomisinin o toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir şekilde devamlı ve istikrarlı olarak gelişmesini ifade eder. İstikrarlı bir büyüme ise, bugünden yarın için bir şeyler yapılmasını başka bir deyişle yarınki nesiller için bugün-

kü nesil tarafından bir hazırlık yapılmasını gerekli kılar. Yapılması gereken şeylerin teknik adı "tasarruf ve yatırım"dır. Gelir bölüşümü ile ilgili yaklaşımlar, bu yönden bakıldığında iki zıt gruba ayrılmıştır. Bir gruba, tasarrufun ancak tüketim harcamalarını aşan bir gelir elde edildiği zaman mümkün olabileceği gerçeğinden hareket ederek "zengini daha zengin, fakiri daha fakir" yapacak bir gelir bölüşümünü savunmuştur. Böyle düşünenlere göre, en azından ekonomik kalkınma belli bir düzeye çıkıncaya kadar, toplumun belli bir bölüşüm adletsizliğine göz yumması gerekir. Bu düşüncenin karşısında yer alanlar ise biri ekonomik diğeri politik iki gerekçe öne sürerler. Ekonomik gerekçe Keynesyen toplam talep politikasından esinlenir ve toplumun büyük kısmının geliri önemli ölçüde düşerse, tasarruf artsa dahi, toplam talep yetersizliği nedeniyle yatırıma dönüşmeyeceğini dolayısıyla devamlı büyümeyi sağlayacak olan "kapital birikimi"nin gerçekleşmeyeceğini öne sürer. Politik gerekçe ise, bilinç düzeyi yüksek ve haberleşme olanakları geniş demokratik bir toplumda böyle bir politikayı savunmanın ve bu amaçla iktidar olmanın tamamen imkansız olmasıdır. Bu ikinci eleştirinin, uygulama yönünden gerçekçi olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda hem gelir bölüşümünde nisbi adaletin ve hem de tasarruf oranının ne olacağının toplumsal bir uzlaşma ile sağlanması gerekir.

Toplumsal uzlaşmanın sağlanması ise, kolay değildir. K.Arrow'un ünlü

"İmkansızlık Teoremi", bireysel tercihlerin hemen her zaman tek bir alternatif üzerinde oy çokluğu sağlayamayacağını kanıtlamıştır. Bu nedenle toplumsal uzlaşmayı sağlayacak bazı kural ve kurumlar gereklidir. İlk akla gelen toplumun gelenek ve göreneklerine dayanmak ise de bireysel yaşamın ve değer yargılarının hızla değiştiği bir dünyada gelenek ve görenekler, güvenilir bir kriter olmayacağı gibi, bazen da, toplumsal uzlaşma önünde ciddi bir engel haline dönüşebilirler.

Demokratik bir sistem içinde toplumsal uzlaşmayı sağlamanın en güvenilir yolu, başta anayasa olmak üzere hukuksal bir yapı oluşturmaktır. Yasaların genel ve herkese uygulanabilir olması, bireysel tercihlerdeki farklılıkların, gönüllü olmasa da, uzlaşmaya dönüşmesine neden olur. Burada da akla gelen sorular vardır: Yasaları kimler ve hangi kriterlere göre yapacaktır? Yasaları kimler ve nasıl uygulayacaktır? Bu soruların kendileri de, yukarıda değindiğimiz gibi, cevaplandırılmaları için genel kabul görecektir bazı kriterlerin varlığını gerektirir.

İktisatçılar, en azından liberal iktisatçılar, bütün bu soruları cevaplandıracak genel kriter ihtiyacını cevaplamaya çalışmışlardır. Bu amaca hizmet edecek genel kriterlerden biri A.Smith'in ünlü "gizli el"i dir. Buna göre tam rekabet piyasası içinde kendi çıkarlarını maksimize etmek için çalışan insanlar, hiç farkında olmadan, toplumun çıkarlarına da hizmet ederler. Dolayısıyla kurallar ve kurumlar eliyle yapılacak tek şey vardır. O da

piyasa mekanizmasının tam rekabet koşullarına uygun biçimde işlemlerini sağlamaktır.

İkinci bir kriter "Pareto Optimalitesi" diye bilinen bir kuraldan kaynaklanabilir. Buna göre bir piyasada bireyler, üretim ve değişim işlemlerini; bu işlemlerden hiç kimsenin zarar görmediği, ancak bazı kişilerin yararlandığı sürece devam ettirirler. Üretim ve değişim faaliyeti bazılarının yararını artırmanın, bazılarının zarar vermeden mümkün olamaması halinde durur. Bu hale "Pareto Optimumu" adı verilir. Herhangi bir faaliyetin veya hükümet politikasının sonuçlarının toplumsal refah yönünden değerlendirilmesi için, bu işlemlerle kimseye zarar vermeden bazılarının durumunun iyileştirilip iyileştirilmediğine bakmak yeterli olacaktır. İlk bakışta çok cazip bir kriter olarak görünmesine rağmen, Pareto optimalitesi mevcut durumu savunan bir kriterdir. Her mevcut durum, bu durum ister üretim, ister değişim ve isterse bölüşüm olsun; bir Pareto optimal durumudur, çünkü hiç kimseye zarar vermeden bir başkasının yararını arttırmak mümkün değildir.

Dolayısıyla birinci kriter, yani tam rekabet koşullarına göre çalışan serbest piyasa mekanizması, devletin sınnı ve görevi ile ilgili sorulara verilecek cevapları belirleme gücüne sahiptir: Devletin görevi tam rekabet koşullarını sağlayacak yasal ve kurumsal önlemleri almaktır. Böyle bir devlet "minimal devlet" olup, özgür bireyler için gerekli ve yeterli devlettir. Çünkü bölüşüm adaleti bireylerin ekonomik

refahtan olduğu kadar özgürlükten de eşit olarak yararlanmalarını gerektirir. Ekonomik refah, kişisel özgürlüklerin alternatifi değildir.

Bölüşüm adaleti ile ilgili yaklaşımların bu kısa özeti, öyle ümit ediyorum ki konu ile ilgili belli başlı tartışma konularını okuyucuya hatırlatmıştır. Bu tazelenen bilgiler ışığında Rawls'un Adalet Teorisi'nin kısa bir özetini vermek, ilişik metnin daha kolay anlaşılmasını sağlayacak. Çünkü Rawls, sunduğumuz çeviride, sadece "adaletin iki prensibi" adını verdiği prensipleri incelemiştir. Bu nedenle Rawls'un teorisinin tümü hakkında bilgi sahibi olmak yararlı olacaktır. Aşağıda kısaca, Rawls'un teorisinin genel bir özetini vermeye çalışacağız. Böylelikle çeviri metnini kendi orijinal yapısı içinde okuyucunun karşısına çıkarabileceğimizi düşündük.

Rawls'un bölüşüm teorisi, Locke ve Rousseau'nun toplumsal sözleşme (social contract) teorisine dayanır ve dolayısıyla Benthamcı Utilitarian (Faydacı) adalet teorisini red eder. Teorinin ilk adımını "orijinal durum" (original position) oluşturur. İlişik çeviride bazan "başlangıç durumu" terimini de kullandığımız bu durumda, çeşitli toplumsal sınıflardan gelen insanlar bir "bilmezlik perdesi" (veil of ignorance) arkasındadır. Sadece insan psikolojisi ve bilim kuralları ile ilgili bazı bilgilere sahip olup, ileride hangi toplumsal sınıf içinde yer alacakları ve toplumun hangi gelişme aşamasına ulaşacağı konusunda hiçbir bilgiye sahip değildir. Bu insanlar mensup oldukları toplumu

düzenleyecek ilkeleri oybirliği ile belirlerler. Bu belirleme sürecinde onlara sadece "rasyonel kişisel çıkar" (rational self-interest) yol gösterir. Herkes bir yaşam planına sahip olmakla birlikte (yani kendince iyi saydığı bir yaşamı düşünmekle birlikte), zaman içinde ne gibi bir durumla karşılaşacağını bilmez. Bu nedenle, ne şekilde sonuçlanacak olursa olsun, kendilerine bu yaşam planını gerçekleştirme fırsatını verecek toplumsal ilkeler üzerinde anlaşacaklardır. Bu ilkeler, bireylerin özel çıkarları dikkate alınmadan belirlendiği için, tanımları gereği, "objektif biçimde adil" (objectively just)dir.

Rawls'a göre, bu orijinal durumda bireyler iki prensibi benimseyecektir. Bu iki prensip Bir Adalet Teorisi adlı kitabında şöyle açıklanmıştır:

Birinci prensip. Her şahıs, herkese eşit özgürlük sistemi ile tutarlı olan eşit temel özgürlükler sisteminin en kapsamlısına girmek hakkına eşit olarak sahiptir. **İkinci prensip.** Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler o şekilde ayarlanmalıdır ki bu eşitsizlikler; (a) adil tasarruf ilkesi ile tutarlı biçimde en az avantajlı durumda olana (the least advantaged) en büyük yarar sağlamalıdır ve (b) bütün işler ve pozisyonlar (offices and positions) herkese hakça (fair) fırsat eşitliği koşullarında açık olmalıdır." (*A Theory of Justice*, s.302).

Rawls bu tanımda yer alan "eşit temel özgürlükler sistemi" (system of equal basic liberties) kavramını açık olarak tanımlamamıştır. Ona göre bu kavram; oy verme, kamu hizmetlerine

ehil olma, konuşma ve toplanma özgürlüğü, vicdan ve düşünce özgürlüğü gibi politik özgürlükler ile, özel mülke sahip olma, keyfi tutuklanma ve gözetilme alınmama özgürlüğü gibi hukukun üstünlüğü (the law of rule) ilkesini kapsar. Birinci prensip, insanların orijinal durumda bu özgürlükler yönünden birbirleriyle eşit olmak istediklerini belirtir ve bu prensip, İkinci Prensibe göre bir lafzi önceliğe (lexical priority) sahiptir. Çünkü bu eşit özgürlüklerden, gelir, servet veya siyasi iktidar ile ilgili bir kazanç elde etmek için vazgeçmek söz konusu değildir. Bu nedenle bireyler, mensup oldukları toplumun, her şeyden önce, özgürlükleri koruyan bir kurumsal yapıya sahip olmasını isterler

İkinci prensibin, ilk kısmı, en az avantajlı durumda olana yarar sağlanması halinde, toplumsal ve ekonomik eşitsizliklere izin verir. Bu, Rawls'ın ünlü "fark ilkesi" (difference principle)dir. Orijinal durumda bireyler, herhangi bir eşitsizlikten yararlanacaklarını veya zarar göceklerini bilmedikleri için yani bilmezlik perdesi ile perdelendikleri için bu ilkeyi benimserler.

İkinci prensibin ikinci kısmı ise, Rawls'ın teorisinde önemli bir role sahip iki kavramı içerir. Bunlar "adil tasarruf (just saving) ilkesi ile "hakça fırsat eşitliği" (fair equality of opportunity) ilkesidir. Orijinal pozisyonda bireyler, insan psikolojisi gereği, sahip oldukları varlığın hepsini tüketmeyip, bir kısmını gelecek nesiller için saklamayı düşünecektir. Ayrıca, hiçbir kimseyi sahip olduğu güç ve servet ne

piyasa mekanizmasının tam rekabet koşullarına uygun biçimde işlemlerini sağlamaktır.

İkinci bir kriter "Pareto Optimalitesi" diye bilinen bir kuraldan kaynaklanabilir. Buna göre bir piyasada bireyler, üretim ve değişim işlemlerini; bu işlemlerden hiç kimsenin zarar görmediği, ancak bazı kişilerin yararlandığı sürece devam ettirirler. Üretim ve değişim faaliyeti bazılarının yararını arttırmanın, bazılarına zarar vermeden mümkün olamaması halinde durur. Bu hale "Pareto Optimumu" adı verilir. Herhangi bir faaliyetin veya hükümet politikasının sonuçlarının toplumsal refah yönünden değerlendirilmesi için, bu işlemlerle kimseye zarar vermeden bazılarının durumunun iyileştirilip iyileştirilmediğine bakmak yeterli olacaktır. İlk bakışta çok cazip bir kriter olarak görünmesine rağmen, Pareto optimalitesi mevcut durumu savunan bir kriterdir. Her mevcut durum, bu durum ister üretim, ister değişim ve isterse bölüşüm olsun; bir Pareto optimal durumudur, çünkü hiç kimseye zarar vermeden bir başkasının yararını arttırmak mümkün değildir.

Dolayısıyla birinci kriter, yani tam rekabet koşullarına göre çalışan serbest piyasa mekanizması, devletin sınırı ve görevi ile ilgili sorulara verilecek cevapları belirleme gücüne sahiptir: Devletin görevi tam rekabet koşullarını sağlayacak yasal ve kurumsal önlemleri almaktır. Böyle bir devlet "minimal devlet" olup, özgür bireyler için gerekli ve yeterli devlettir. Çünkü bölüşüm adaleti bireylerin ekonomik

refahtan olduğu kadar özgürlükten de eşit olarak yararlanmalarını gerektirir. Ekonomik refah, kişisel özgürlüklerin alternatifi değildir.

Bölüşüm adaleti ile ilgili yaklaşımların bu kısa özeti, öyle ümit ediyorum ki konu ile ilgili belli başlı tartışma konularını okuyucuya hatırlatmıştır. Bu tazelenen bilgiler ışığında Rawls'un Adalet Teorisi'nin kısa bir özetini vermek, ilişik metnin daha kolay anlaşılmasını sağlayacak. Çünkü Rawls, sunduğumuz çeviride, sadece "adaletin iki prensibi" adını verdiği prensipleri incelemiştir. Bu nedenle Rawls'un teorisinin tümü hakkında bilgi sahibi olmak yararlı olacaktır. Aşağıda kısaca, Rawls'un teorisinin genel bir özetini vermeye çalışacağız. Böylelikle çeviri metnini kendi orijinal yapısı içinde okuyucunun karşısına çıkarabileceğimizi düşündük.

Rawls'un bölüşüm teorisi, Locke ve Rousseau'nun toplumsal sözleşme (social contract) teorisine dayanır ve dolayısıyla Benthamcı Utilitarian (Faydacı) adalet teorisini red eder. Teorinin ilk adımını "orijinal durum" (original position) oluşturur. İlişik çeviride bazan "başlangıç durumu" terimini de kullandığımız bu durumda, çeşitli toplumsal sınıflardan gelen insanlar bir "bilmezlik perdesi" (veil of ignorance) arkasındadır. Sadece insan psikolojisi ve bilim kuralları ile ilgili bazı bilgilere sahip olup, ileride hangi toplumsal sınıf içinde yer alacakları ve toplumun hangi gelişme aşamasına ulaşacağı konusunda hiçbir bilgiye sahip değildir. Bu insanlar mensup oldukları toplumu

düzenleyecek ilkeleri oybirliği ile belirlerler. Bu belirleme sürecinde onlara sadece "rasyonel kişisel çıkar" (rational self-interest) yol gösterir. Herkes bir yaşam planına sahip olmakla birlikte (yani kendince iyi saydığı bir yaşamı düşünmekle birlikte), zaman içinde ne gibi bir durumla karşılaşacağını bilmez. Bu nedenle, ne şekilde sonuçlanacak olursa olsun, kendilerine bu yaşam planını gerçekleştirme fırsatını verecek toplumsal ilkeler üzerinde anlaşacaklardır. Bu ilkeler, bireylerin özel çıkarları dikkate alınmadan belirlendiği için, tanımları gereği, "objektif biçimde adil" (objectively just)dir.

Rawls'a göre, bu orijinal durumda bireyler iki prensibi benimseyecektir. Bu iki prensip Bir Adalet Teorisi adlı kitabında şöyle açıklanmıştır:

Birinci prensip. Her şahıs, herkese eşit özgürlük sistemi ile tutarlı olan eşit temel özgürlükler sisteminin en kapsamlısına girmek hakkına eşit olarak sahiptir. **İkinci prensip.** Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler o şekilde ayarlanmalıdır ki bu eşitsizlikler; (a) adil tasarruf ilkesi ile tutarlı biçimde en az avantajlı durumda olana (the least advantaged) en büyük yararı sağlamalıdır ve (b) bütün işler ve pozisyonlar (offices and positions) herkese hakça (fair) fırsat eşitliği koşullarında açık olmalıdır." (*A Theory of Justice*, s.302).

Rawls bu tanımda yer alan "eşit temel özgürlükler sistemi" (system of equal basic liberties) kavramını açık olarak tanımlamamıştır. Ona göre bu kavram; oy verme, kamu hizmetlerine

ehil olma, konuşma ve toplanma özgürlüğü, vicdan ve düşünce özgürlüğü gibi politik özgürlükler ile, özel mülke sahip olma, keyfi tutuklanma ve gözetilme alınmama özgürlüğü gibi hukukun üstünlüğü (the law of rule) ilkesini kapsar. Birinci prensip, insanların orijinal durumda bu özgürlükler yönünden birbirleriyle eşit olmak istediklerini belirtir ve bu prensip, İkinci Prensibe göre bir lafzi önceliğe (lexical priority) sahiptir. Çünkü bu eşit özgürlüklerden, gelir, servet veya siyasi iktidar ile ilgili bir kazanç elde etmek için vazgeçmek söz konusu değildir. Bu nedenle bireyler, mensup oldukları toplumun, her şeyden önce, özgürlükleri koruyan bir kurumsal yapıya sahip olmasını isterler

İkinci prensibin, ilk kısmı, en az avantajlı durumda olana yarar sağlaması halinde, toplumsal ve ekonomik eşitsizliklere izin verir. Bu, Rawls'ın ünlü "fark ilkesi" (difference principle)dir. Orijinal durumda bireyler, her hangi bir eşitsizlikten yararlanacaklarını veya zarar göceklerini bilmedikleri için yani bilmezlik perdesi ile perdelendikleri için bu ilkeyi benimserler.

İkinci prensibin ikinci kısmı ise, Rawls'ın teorisinde önemli bir role sahip iki kavramı içerir. Bunlar "adil tasarruf (just saving) ilkesi ile "hakça fırsat eşitliği" (fair equality of opportunity) ilkesidir. Orijinal pozisyonda bireyler, insan psikolojisi gereği, sahip oldukları varlığın hepsini tüketmeyip, bir kısmını gelecek nesiller için saklamayı düşünecektir. Ayrıca, hiçbir kimseyi sahip olduğu güç ve servet ne

olursa olsun, bir göreve gelmekten alıkoymak söz konusu olmayacaktır. Bütün görevler herkese açık olacaktır.

Rawls, adaletli bir toplumsal düzenin oluşmasında sırasıyla dört aşamadan geçileceğini düşünmektedir. Birinci aşama orijinal durum olup, bu aşamada adaletin yukarıda açıkladığımız iki prensibi belirlenir. İkinci aşama bir anayasa oluşturma aşaması (Constitutional Convention) dur. Bu aşamada bilmezlik perdesi kısmen aralanmış olup, bireyler hangi topluma ait olduklarını bilmektedir. Ancak kendi kişisel statüleri hakkında hiçbir bilgiye sahip değildirler. Bu aşamada, iki adalet prensibini içeren bir anayasa yapılır. Bu anayasa, ayrıca, bazı oy çokluğu kurallarını ve hakça fırsat eşitliği ilkesini de içerecektir. Üçüncü aşama yasama (legislation) aşamasıdır. Bu aşamada yasa koyucular kendi kişisel konumları ile ilgili bir bilgiye sahip değildir. Çıkan yasaların adil olması için, bu yasalar iki adalet prensibi ile yapılan anayasaya uygun olmalı ve yasa koyucuların kişisel konumları ile ilgili olmamalıdır. Dördüncü aşama bu yasaların yargıçlar ve diğer kamu görevlileri tarafından uygulanma aşamasıdır. Bu aşamada bilmezlik perdesi tamamen ortadan kalkmış olacaktır.

Son olarak iki konuya değineceğiz. Bunlardan birincisi Rawls'ın diliyle ilgilidir. Rawls, kendine özgü bir anla-

tım üslubuna sahip bir yazar. Cümlelerini oldukça uzun tutmaya, her cümlemin anlam yükünü olabildiğince arttırmaya adeta özen göstermiş gibi. Okuyucunun, hevesini kırmak için değil, ancak neyle karşılaşacağı konusunda önceden uyarmak için söylemeliyiz ki, Rawls'u okumak, normalden fazla bir gayreti ve sabırlı olmayı gerektiriyor. Biz becerebildiğimiz kadar açık ve yalın bir çeviri yapmaya özen gösterdik. Ancak yazarın orijinal üslubunu da korumaya dikkat ettik. Okuyucunun sabırlı ve ısrarlı olması gerekiyor. Kuşkusuz, kazanılacak engin bakış açısı bu zahmeti fazlasıyla ödeyecek kadar zengindir.

Değineceğim son konu, değerli meslektaşım Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz ile ilgili. Beni, günlük çalışmaların yanında, yeniden Rawls ile buluşmaya teşvik etmesi, bütün yorgunluklarımı unutturacak derecede verimli sonuçlar doğmasına neden oldu. Kendisine içten teşekkürlerimi sunuyorum, değerli çalışmalarının uzun yıllar devam etmesini diliyorum.

Umarım, bu küçük kitapçık hem aydınlanmaya çok muhtaç olduğumuz bölüşüm adaleti konusunda ve hem de Rawls, Hayek, Buchanan ve Nozick gibi bu konuda önemli eserler vermiş bilim adamı ve filozofların eserlerinin incelenmesinde bir ilk adım olur.

Bölüşürücü Adalet

John Rawls

(Çeviri: Vural Fuat Savaş)

I

Bir insan topluluğunu, ortak bir adalet kavramı ile yönlendirilen ve üyelerinin mutluluğunu arttırmayı amaçlamış, az çok kendine yeterli bir ortaklık olarak düşünebiliriz. Karşılıklı yarar amacıyla başvurulmuş ortak bir girişim olduğu için, böyle bir ortaklık hem çıkarlar arası bir çatışma ve hem de çıkarlar arası benzeyiş ile karakterize edilir. Çıkarlar arasında bir benzeyiş vardır, çünkü toplumsal işbirliği herkese, sadece kendi çabaları ile yaşamaya uğraşmaları haline oranla çok daha iyi bir hayat sağlar. Ancak aynı bireyler, ortaklaşa emekleriyle yaratılan bu daha büyük yararların nasıl bölüşürüleceği konusunda da ilgilidir. Çünkü hepsi kendi amaçlarını arttırabilmek için daha büyük bir pay almayı daha küçük bir paya tercih edecektir. Adalet kavramı bu bölüşümü belirleyecek ve uygun bölüşüm payları ile ilgili bir uzlaşma sağlayacak sosyal düzenlemeler ara-

şında seçim yapmaya yarayan bir dizi ilkeyi içerir.

İlk bakışta adaletin en rasyonel kavramı, faydacı (utilitarian) yaklaşım olarak görünecektir. Çünkü her insan kendi yararını dikkate aldığı anda mutlaka kayıpları ile kazançlarını dengeleyebilecektir. Daha sonraki bir dönemde daha büyük bir yarar sağlamak için bugün kendimizi bir özveride bulunmaya zorlayabiliriz. Bir insan, hareketlerinden başkaları etkilenmediği sürece, kendi yararını en üst düzeye çıkarmak ve kendi amaçlarını mümkün olduğu ölçüde arttırmak için her türlü girişimde bulunabilir. Öyleyse neden bir toplum aynı ilkeyi uygulamasın? Neden bir kişi için rasyonel olan şey bir grup için rasyonel olmasın?

Kuşkusuz, hakkın dolayısıyla adaletin en basit ve en kestirme içeriği, yararın maksimizasyonudur (Maximization of good). Bu tanımlama, yararın ne olduğunun a priori olarak anlaşılmış olduğu varsayımına dayanır,

1. Bu deneme, burada takdim edildiği gibi, 'Bölüşüm Adaleti' (1967)nin tümüyle 'Bölüşüm Adaleti: Bazı Ekler'in ana kısmını ihtiva eder. Tekrarları önlemek için yapılan bazı atlamalar ile ikinci denemenin, ilk ve son bölümleri hariç, hemen tümü ilk denemenin 5 ve 6. Bölümleri arasında yerleştirilmiştir. Yukarıdaki metinde numaralandırıldığı biçimde 1-4 ve 11-14 bölümleri 'Bölüşürücü Adalet'ten ve 5-10 bölümleri de 'Bazı Ekler'den alınmıştır. Bölümleri birbirine bağlamak için yer yer bir iki paragraf ekledim; bir iki ufak değişikliğe rağmen denemelerin ilk basımlarını değiştirmedim. Burada öne sürülen fikirlerin daha ayrıntılı bir açıklaması Rawls (1971) de bulunabilir.

fakat biz yararı, rasyonel bireylerin çıkarıları tarafından önceden belirlenmiş gibi düşünebiliriz. Böylece, tıpkı bireysel tercih ilkesinin, bireyin en yüksek yarara ulaşması, rasyonel istek sistemini mümkün olduğunca yükseltmesi anlamına gelmesi gibi, toplumsal tercih ilkesi de, toplumu oluşturan bütün bireylerin (aynı şekilde tanımlanan) yararlar toplamının en yükseğine ulaşması olarak tanımlanır. Fayda ilkesine (Principle of utility) doğal bir biçimde ulaşırız: Buna göre, bir toplumun kurumları, bireysel tatminlerin (satisfactions) toplamını en yükseğe ulaştıracak şekilde düzenlendiği zaman, o toplum doğru şekilde düzenlenmiş demektir.

Fayda ilkesinin çarpıcı özelliği, bu faydalar toplamının bireyler arasında nasıl dağıtılacağı (dolaylı etkileri dışında), bir bireyin tatminini zaman içinde nasıl dağıtacağından (dolaylı etkileri dışında) daha fazla bir önem taşımamasıdır. Şeyleri dağıtmanın çeşitli yöntemleri, tatminler toplamını etkilediği için, bu husus, toplumsal kurumları düzenlerken gözönünde tutulmalıdır, fakat bu ilkeye göre adaletin sağduyudan kaynaklanan kurallarının açıklanması gerekir. Görünüşte sert bir karaktere sahip bu kurallar tecrübelerin gösterdiği gibi sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken ve sadece yararlar toplamının maksimize edileceği olağanüstü durumlarda sapma yapılması mümkün kurallardır. Adalet kuralları, tatminlerin en sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken ve sadece yararlar toplamının maksimize edileceği ola-

ğanüstü durumlarda sapma yapılması mümkün kurallardır. Adalet kuralları, tatminlerin en büyük net dengesine ulaşma amacından kaynaklanmıştır. İlke itibarıyla, bazılarının daha büyük kazançlarının başkalarının daha küçük kayıplarını karşılamaması için hiçbir neden yoktur; veya birçok kişinin daha çok yarar elde etmesi için birkaç kişinin özgürlüğü neden ihlal edilmesin. Pek çok durumda, yararların en büyük toplamına bu şekilde ulaşamaz. Fayda açısından, adaletin sağduyudan kaynaklanan kurallarının sertliği, bazı faydalar sağlar, fakat bir felsefi doktrin olarak irrasyoneldir.

Bu nedenle eğer, bir ilke olarak toplumun her üyesinin adalete dayalı bir dokunulmazlığı olduğuna, hiç kimsenin refahının çığnenemeyeceğine ve birçok kişinin elde ettiği daha büyük bir fayda uğruna bazılarının özgürlüğünü kaybetmesinin doğru olmadığına inanırsak, başka adalet kurallarını dikkate almak zorunda kalacağız. Fayda ilkesi, adil bir toplumda eşit vatandaş özgürlüklerinin doğal olarak mevcut olduğu gerçeğini açıklayamaz ve adalet tarafından güvence altına alınan haklar ne politik pazarlığa ve ne de toplumsal çıkarlar hesabına tabidir. Şimdi, fayda ilkesinin en doğal alternatifi, onun geleneksel, rakibi olan, toplumsal sözleşme teorisi (the theory of social contract). Sözleşme doktrininin amacı, adaletin kesinliğini açıklamaktır. Bunun için de adalet ilkelerinin başlangıçta eşitlik halinde bulunan özgür ve bağımsız kişiler arasında yapılan bir anlaşma-

dan doğduğunu ve bu nedenle sözleşmeye katılan rasyonel kişilerin varlığını ve eşit hükümlanlığını yansıttığını farzeder. Sözleşme doktrini bir hak veya bir adalet kavramı varsayımına dayanmak yerine bir kişi için mevcut olan seçim prensibini toplumun bütününe yaygınlaştırır. Buna göre, bir topluma mensup olan rasyonel bireyler, kendilerince adil veya gayri adil sayılan şeyler arasında topluca ve bir defada seçim yapmak zorundadır. Bireyler kendi aralarında ilk ve son olarak, adalet kavramı olarak neyi benimseyeceklerine karar vermelidir. Bu kararın önemli özelliklerinden biri; hiç kimsenin toplumdaki yerini hatta doğal beceri ve yeteneklerinin ne olduğunu bilmediği ve uygun bir şekilde tanımlanan başlangıç durumunda yapılmış olmasıdır. Herkesin ebediyen bağlı kalacağı adalet ilkele-ri, bu tür özel enformasyonun mevcut olmadığı durumlarda seçilir. Bir bilmezlik (cahillik) perdesi, (veil of ignorance) herhangi bir kimsenin beklenmedik toplumsal sınıf veya servet değişimleri nedeniyle avantajlı veya dezavantajlı duruma gelmesine engel olur; ve dolayısıyla bu gibi bilgiye sahip olmaktan kaynaklanan ve günlük yaşamda karşılaşılan pazarlık problemleri adalet ilkelerinin seçimini etkilemez. Bu nedenle sözleşme doktrininde, adalet teorisi ve hatta ahlak ilmi, Kantçı ifadesinde açıklıkla görüldüğü gibi, genel rasyonel seçim teorisinin (the general theory of rational choice) bir parçasını oluşturur.

Adaletin bu şekilde orijinal bir anlaşmadan kaynaklandığı düşünüldüğü zaman, fayda prensibinin problematik olduğu açıkça görülür. Çünkü geliştirmeyi arzu ettikleri amaçlara sahip rasyonel bireyler niçin başkalarının yararlanacağı daha büyük bir tatmin için kendi özgürlüklerinin ihlal edilmesine razı olsunlar? Eşit hakların mevcut olduğu başlangıç durumunda bireylerin, kendilerinden istenilen herhangi bir fedakarlık karşılığında kendilerine telafi edici yararlar sağlayacak kurumlar için ısrarlı olacaklarını düşünmek daha akla yakın görünmektedir. Rasyonel bir birey, sadece yararlar toplamını maksimize eden fakat bunun kendi çıkarları üzerinde yapacağı etkileri dikkate almayan bir kurumu kabul etmeyecektir. Bu durumda açıktır ki, fayda prensibi, bir adalet prensibi olarak kabul edilmeyecektir. Bu önemli problemi burada tartışmayacağım. Bunun yerine, benim amacım başlangıç durumunda seçilecek adalet prensiplerinde mevcut bölüşüm payları kavramının kısa bir açıklamasını yapmaktır. Faydacılığın filozofik çekiciliği, tutarlı ve tam bir hak kavramını geliştirmeye yarayacak tek bir prensip temin eder gibi görünmesidir. Sorun, aynı üstün niteliklere sahip olmasa dahi, onunla mukayese edilebilecek bir sözleşmecî alternatif ortaya koyabilmektir.

2

Bu tartışmada daha sonra inceleyeceğim iki adalet prensibini elde etmeye girişmeyeceğim, bir başka deyişle,

bu iki prensibin başlangıç durumunda seçileceğini göstermeye çalışmayacağım.²⁾ Bunun böyle olacağının, en azından geleneksel teorilerin standart formlarına tercih edileceğinin makul bir yaklaşım olduğu kabul edilmelidir. Bunun yerine başlıca üç soru ile ilgileneceğim: Birincisi, bu ilkeler nasıl yorumlanmalıdır ki adalet kavramının tutarlı ve tam bir tanımı yapılabilir; İkincisi, anayasal bir demokrasinin kurumlarını, bu prensipleri gerçekleştirecek, en azından onlara yaklaşılabilecek şekilde düzenlemenin mümkün olup olmadığıdır; üçüncüsü, bu prensiplerin belirlediği bölüşüm payları kavramının adaletin sağduyuya dayalı anlamlarına uygun olup olmayacağıdır. Bu prensiplerin önemi adalet iddialarının kesinliğine izin vermesidir ve eğer tutarlı ve tam bir kavramı ortaya koyacak şekilde anlaşılabilirlerse, sözleşmecî alternatif son derece çekici görünecektir.

Tartışacağımız iki adalet prensibi şu şekilde formüle edilebilir: Birincisi, bir kurumda bulunan veya onun tarafından etkilenen her insanın, herkesin sahip olduğu özgürlüğe denk genişlikte bir özgürlüğe sahip olma hakkı vardır; ve ikincisi, kurumsal yapı tarafından belirlenen veya beslenen eşitsizlikler, herkesin yararına işleye-

ceklerini ümit etmenin makul olduğu haller dışında, ve onlara bağlı pozisyonlar ve mevkiiler ile onlardan elde edilecek kazançlar herkese açık olmadıkça, keyfidir. Bu prensipler, daha sonra yasamaya uygulanacak ilkelerle uygunluk içinde olacak bir politik anayasanın benimsenmesi ile başlayarak, tüm sosyal yapıda hakların ve ödevlerin belirlenmesini kontrol etmek suretiyle kurumların bölüştürücü yönlerini düzenler. Bölüşüm payları adaleti (the justice of distributive shares) toplum temel yapısının doğru biçimde seçilmesine ve bu yapının hak ve ödevler temel sistemine dayanır.

İki adalet prensibi, ilk başta bu esas yapıya uygulanır, yani toplumsal sistemin belli başlı kurumlarına, düzenlenmelerine ve bir araya nasıl getirildiklerine uygulanır. Böylece yapı, politik anayasayı ve bir bireyin ne olmayı istediğine ve ne kadar iyi geçinebileceğine dair hayat beklentisi ile özgürlüklerini ve haklarını belirleyen temel ekonomik ve sosyal kurumları ihtiva eder. Burada sezgiden kaynaklanan (the intuitive idea) düşünce şudur: Bir sosyal sistem içine değişik pozisyonlarda doğarak girenler, örneğin farklı toplumsal sınıflar içinde doğanlar, değişik yaşam beklentilerine sahip olacaktır. Bu beklentiler kısmen poli-

tik özgürlükler ve kişisel haklar sistemi ile bu pozisyonlar için mevcut ekonomik ve sosyal fırsatlar tarafından belirlenecektir. Bu durumda toplumun temel yapısı bazı fertleri diğerlerine oranla daha fazla kayıracaktır. Bunlar temel eşitsizlikler olup; kişilerin hayat boyu beklentilerini etkiler. İki adalet prensibi esas itibarıyla herhangi bir toplumda kaçınılmaz oldukları düşünülebilecek bu tür eşitsizlikler ile ilgili olarak geliştirilmiştir.

İkinci prensip şunu öne sürer: Bir eşitsizliğe, ancak, eğer eşitsizlikle birlikte olan veya ona göz yuman kurumun, bu kurumla ilgili herkesin yararına işleyeceğine inanılırsa izin verilebilir. Temel yapı yönünden bunun anlamı, yaşam beklentilerini etkileyen eşitsizliklerin herkesin yararına olması gerektiğidir. Bu ilke kurumlara uygulandığı için onu, eşitsizliklerin her ilgili toplumsal pozisyonu temsil eden kişinin yararına olması gerekir şeklinde yorumlayabiliriz. Kurumlar bu gibi kişilerin beklentilerini iyileştirmelidir. Burada, her pozisyona bir beklenti atfetmenin mümkün olduğunu farzediyoruz: Bu beklenti bütün sistemdeki hakları ve görevleri yeniden belirlemek suretiyle yükseltilebilir veya alçaltılabilir. Bu nedenle her hangi bir pozisyonun beklentisi, diğerlerinin beklentisine dayanır ve bunlar da temel yapı tarafından oluşturulan haklar ve ödevler kalıbından (pattern of rights and duties) kaynaklanır. Fakat, eşitsizliklerin her pozisyonu temsil eden kişinin yararına olması gerektiği sözü ile ne anlatılmak istendiği açıkça

belli değildir, bu nedenle ele alacağımız ilk sorumuz bu olacaktır.

3

Bir açıklama olanağı, herkesin tarihsel bazı başlangıç noktalarına göre daha iyi olduğunu söylemektir. Bu tür bir yorum Hume tarafından önerilmiştir³⁾. O, bazen adalet kurumlarının, yani, mülkiyeti ve sözleşmeleri ve benzerlerini düzenleyen kuralların herkesin yararına olduğunu söyler, çünkü her şahıs, kendi devamlı çıkarlarını düşündüğünde, kazançlı olanın kendisi olduğunu hesap eder. Bazen kuralların uygulanması kendi zararına olsa ve bazı durumlarda kaybetse bile, tüm adalet sisteminin devamlı yönetimi uzun dönemde herkesin yararındadır. Fakat Hume bu sözleriyle sadece bireylerin doğal durumdaki hallerine oranla daha iyi olacağını kastediyor gibi görünmektedir. Doğal durum ile kastettiği de ya bazı ilkel koşullar veya mevcut adalet kurumlarının yıkıldığı bir zamandaki durum olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda herkesin daha iyi durumda olması anlaşılabilir ise de Hume'ın yorumu tatmin edici değildir. Çünkü, eğer bir kölelik sistemi herkesi, köleler de dahil, bir doğal duruma oranla daha iyi duruma getirirse bile, köleliğin herkesi (hatta bir köleyi) daha iyi duruma getirdiği, en azından düzenlemenin adil olduğu anlamında, doğru değildir. Herkes doğal duruma oranla kazançlı olmuş olsa bile, toplumsal işbirliğinin yararları ve yükleri adil olmayan bir biçimde dağıtılmıştır. Bu nedenle bu tarihi veya farazi baş-

2. Bu soru A Theory of Justice'de özellikle 3-4. Bölümlerde tartışılmıştır. Sezgisel düşünce şöyledir. Orijinal durumun koşulları belli iken, bir bireyin sanki düşmanın kendi yerini alacağı bir toplumu biçimlendiriyormuş gibi seçim yapması rasyonel bir davranıştır. Böylece, özellikle tam bir bilgi eksikliği varken (böyle bir durum seçimi, belirsizlik halinde yapılan bir seçime dönüştürür) alınan karar, kişinin hayat boyu beklentilerini içerir ve üçüncü kişilere (örneğin gelecek nesillere) mecburiyetleri ve bazı değerlere karşı görevleri (örneğin dini inanç gibi) ile sınırlanmıştır, bu durumda tutucu olmak ve maksimin ilkesine benzer bir yaklaşımla seçim yapmak rasyoneldir. Bunu gerçekleştirmenin bir yolu, kişisel ve manevi özgürlüklerimizi garanti edeceğimiz için 'marjinal fayda'nın sonsuz olduğuna dikkat etmektir. Bu bizi en azından bu özgürlükler yönünden en büyük risk sakınmasına ve böylece maksimine ulaştırır. Durumu bu şekilde görünce, 4. Bölümde adalet prensiplerine getirilen yorum belki yeterli olur. Ayrıca fayda ilkesinin nasıl yorumlanacağı da açık görünmektedir: Bu belirsizlik seçimi ile ilgili Laplace ilkesinin benzeridir.

3. Bu gözlemi Brian Barry'ye borçluyum.

langıç noktası, adalet sorunu ile açıkça ilgisizdir. Gerçekten, bir toplumun yeni durumu dışındaki eski durumları konumuzla ilgisiz görünür ve bu nedenle de yorumumuzu tamamen tarihsel mukayeselerden bağımsız olarak yapmamız gerektiğini ifade eder. Sorunumuz bugünkü muhtemel değişimlerle tanımlanan doğru farazi mukayeseleri belirlemektir.

Herkesçe bilinen Pareto kriteri⁴ kurumlara uygulanabilecek bir hale getirildiğinde bu amaçla kullanılabilme olanağı verir. Gerçekten de bu, ikinci prensibi ele almak için en uygun yoldur (en azından açık pozisyonlarla ilgili gerekleri bir tarafa bırakırsak prensibin birinci kısmı için). Bu kriter grup refahının (group elfare) en az bir kişiyi daha kötü bir duruma düşürmeden eğer bir kişinin durumunu iyileştirmek mümkün değilse optimumda olduğunu söyler. Bu kriter belli bir miktar malın belli sayıda kişi arasında dağıtımına uygulandığı zaman, eğer hiç bir yeniden dağıtım bir kişinin durumunu bozmadan bir kişinin durumunu iyileştiremiyorsa, böyle bir dağıtım optimumdur. Bu nedenle bir dağıtım, yapılacak herhangi bir değişiklik iki tarafı da daha iyi bir duruma getirmiyorsa veya birimin yararına olurken öbür tarafa zarar veriyorsa optimal bir dağıtımdır. Fakat bu şekilde pek çok dağıtım vardır, çünkü malları, daha sonraki değiştirmelerin iki tarafın da yararına olmayacak şekilde dağıtmanın bir çok yolu mevcuttur. Bu nedenle Pareto kriteri, önemli olmakla birlikte, en iyi bölüşümü göstermeyip bir

tür optimal, veya etkin, bölüşümü gösterir. Bundan başka, belli bir optimal bölüşümün optimal olmayan bir bölüşümden daha iyi olduğunu söyleyemeyiz; böyle bir bölüşüm, sadece yönetimi altındaki bölüşüm biçimlerinden üstündür. Bu kriter, bölüşümleri bir sıralamaya tutmak için kesinlikle, yetersiz bir kriterdir.

Pareto'nun düşüncesi kurumlara uygulanabilir. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, her sosyal duruma, temel yapıda mevcut haklara ve ödevlere dayalı bir beklenti izafe etmenin mümkün olduğunu farzediyoruz. Bu faraziye altında, şöyle bir ilke elde ederiz: mevcut beklentiler biçimi; (yaşam beklentisindeki eşitsizlikler), eğer ve sadece haklar ve ödevler yapısını bir temsili kişinin beklentilerini yeniden yükseltmek amacıyla kuralları değiştirmek bir başka temsili kişinin beklentilerini azaltmadan mümkün değilse optimaldir. Buna göre esas yapı, temel hak ve ödevleri ve ekonomik ve sosyal fırsatların mevcut durumunu bazı temsili bireyleri daha kötü yapmadan bazı temsili bireyleri daha iyi yapacak şekilde değiştirmenin mümkün olmaması halinde optimaldir. Böylece toplumsal sistemin farklı düzenlemelerini birbiriyle mukayese ederken, eğer bir düzenlemede diğer düzenlemeye oranla bütün beklentilerin en az öteki sistemdeki kadar yüksek, bazıları ise daha yüksekse bu sistemin, öteki sistemden daha iyi olduğunu söyleyebiliriz. Bu prensip yapılacak bir reform için bir çıkış noktası sağlar çünkü, mevcut duruma oranla optimal bir düzenleme

varsa, diğer koşullar aynı kalmak şartıyla, bu daha iyi bir durumdur ve benimsenmesi gerekir.

Bu prensibin gerçekleşmesi, böylece, temel yapının herkesi daha iyi duruma getirecek bir ikinci anlamını tanımlar, yani, söz konusu durumlardaki temsili bireyler yönünden, birisinin durumunu kötüleştirmeden diğerinin durumunu iyileştirecek bir değişiklik mevcut değildir. Şimdi bu prensibin başlangıç durumunda seçilmiş olduğunu farzedeceğiz, çünkü bir sosyal sistemin bu anlamda optimal olması, arzu edilen bir özelliğidir. Gerçekten, bu prensibin kurumların etkinliği kavramını belirlediğini farzedeceğiz, çünkü sosyal sistemin bu ilkeyi gerçekleştirmediği bir durumda, insanları daha etkin bir biçimde davranmaya yönelterek en azından birkaçının beklentilerini yükseltecek bazı değişimler yapmak mümkündür. Belki bir ekonomik reform, mevcut üretim faktörleri ve teknoloji ile üretim artışı sağlayacak ve artan üretimle birisinin beklentileri yükseltilecektir.

Bu prensibin, bir kurumun herkesi daha iyi duruma getireceğini gösteren bir başka anlamı temin etmesine rağmen, yetersiz bir adalet kavramı olduğunu anlamak zor değildir. Bir konuda yukarıda belirtilen yetersizliğin aynısı vardır. Farazi olarak bir kurumun ve temel yapının, bu anlamda optimal olacağı birçok düzenleme sözkonusudur. Ayrıca mevcut koşullara göre optimal olan bir çok düzenleme olabilir ve bir çok reform bu prensibe göre bir iyileştirme sayılabilir. Eğer böyleyse, bunlardan hangisi seçilecektir? Bir

çok optimal düzenlemenin, ki bunlar arasında seçim bir farksızlık durumu (matter of indifference) yansıtır, aynı ölçüde adil sayılması mümkün değildir, çünkü etkin kurumlar, bölüşüm paylarının dağılımı yönünden son derece geniş farklılıklar gösterir.

Bu nedenle, bazı belli koşullarda kölelik, bazı temsili bireylerin mesele toprak sahibinin, beklentilerini azaltmadan reforma tabi tutulamaz, bu durumda da kölelik optimal bir düzenleme olur. Fakat aynı koşullarda, bir özgür emek sistemi de bazı temsili bireylerin, mesela özgür işçilerin beklentilerini azaltmadan değiştirilemez; dolayısıyla bu sistem de optimaldir. Genel olarak, bir toplum çok sayıda sınıfa bölündüğü zaman, bunlardan bir tanesinin temsilcilerinin beklentilerinin maksimize edilmesinin mümkün olduğunu farzedelim. Bu maksimumlar, bir çok optimal durum yaratır, çünkü bunlardan hiç birinde birinin beklentilerini bir başkasınınkini azaltmadan yükseltmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bu ekstremelerin hepsi optimaldir. Bütün bunlar şu açık gerçeği yansıtır: belli malları belli insanlara bölüşürürken, eğer malların hepsi tek bir kişiye verilirse bu bölüşüm de optimaldir, çünkü tek bir kişi herşeye sahip olursa onun durumunu daha kötü yapmayacak hiç bir değişiklik yoktur.

Görülüyor ki adalet yönünden çok farklı olarak yargılayacağımız sosyal sistemler, bu kritere göre optimaldir. Bu sonuç şaşırtıcı değildir. Sosyal sistemlere de uygulandığında adalet (justice) ve etkinliğin (efficiency) aynı şey

4. Manuel d'economie Politique (1909) adlı kitabında yer almış ve Refah İktisatının temel prensibini oluşturmuştur.

olacağını düşünmek için hiçbir sebep yoktur. Bu düşünceler ikinci prensibi, veya özellikle onun ikinci kısmını yorumlamak için bir başka yol bulmak zorunda olduğumuzu gösterir. Çünkü bu iki prensip birlikte ele alındığı zaman eşit özgürlük (equal liberty) ile fırsat eşitliğini (equality of opportunity) sağlam iki gereklilik haline getirir, bu iki sınırlamanın dahi, sosyal yapıyı adalet yönünden kabul edilebilir yapacağından emin olamayız. Mevcut halleriyle iki prensip, adaleti sağlama yükünü tamamen bu ön sınırlamalara yükleyecek ve tercih edilen bölüşüm paylarını belirsiz bırakacaktır.

4

Bununla birlikte yukarıdaki açıklamaların hemen ortaya koyduğu bir üçüncü yorum sözkonusudur. Bu da beklentiler kalıbının bir bütün olarak yargılanacağı bazı sosyal pozisyonlar seçmek ve daha sonra bu temsili kişinin beklentilerini, eşit özgürlük ve fırsat eşitliği isteklerine uygun olarak maksimize etmektir. Şimdi, en aşikar aday, kurumsal eşitsizlik sistemi içinde en az yararlanan konumda bulunanların temsilcisidir. Bu durumda şöyle bir düşünceye varıyoruz: Sosyal sistemin temel yapısı; kurumların erkekler ve kadınlar arasında ayrım yaptığı veya doğuştan daha kabiliyetli olanların bazı avantajlar elde etmesine göz yumduğu zamanlarda bireylerin beklentilerini onların toplumdaki başlangıç yerlerine göre, örneğin doğdukları çeşitli gelir sınıflarına göre, veya sahip oldukları bazı doğal özelliklere göre belirler. Bölüşümcü adaletin temel

problemi, bu şekilde ortaya çıkan yaşam beklentisi farkları ile ilgilidir. İkinci prensip, eğer en avantajlı durumda olanın büyük beklentileri, bütün toplumsal sistemin işleyişinde bir rol oynayarak, en az avantajlı durumda olanın beklentilerini iyileştirirse ve ancak bu durumda, bu farkları adil olarak kabul eder. Temel yapı, daha talihli olanın sahip olduğu avantajlar, en az talihli olanın refahını arttırdığı zaman adildir; yani, talihli olanların avantajındaki bir azalma en az talihli olanların refahını daha da azaltırsa temel yapı adildir. Temel yapı, en az talihlinin beklentileri olabildiği kadar büyük olduğunda, mükemmel biçimde adildir.

İkinci prensibi yorumlarken (veya daha çok, aşikar sebeplerden fark prensibi (difference principle) diye adlandıracağımız birinci kısmını yorumlarken) birinci prensibin herkes için eşit bir özgürlüğü gerektirdiğini ve ortaya çıkan politik sistemin, koşullar izin verdiğinde, bir anayasal demokrasi olacağını farzedebiliriz. Bireyin özgürlüğe ve politik eşitliğe olması gerektiği gibi vicdan ve düşünce özgürlüğü de olmalıdır. Toplumsal statüyü tanımlayan bir eşit vatandaşlar sınıfı vardır. Ayrıca fırsat eşitliği olduğunu ve mevcut pozisyonlar için makul niteliklere dayalı dürüst bir rekabetin (fair competition) mevcut olduğunu farzediyoruz. Şimdi, haklı görülecek farklar, böyle bir ortamda ortaya çıkmaları kaçınılmaz olan çeşitli ekonomik ve sosyal eşitsizliklerdir. Bunlar gelir ve servet bölüşümündeki eşitsizliklerle çe-

şitli pozisyon ve sınıflara bağlı sosyal prestij ve statü farklarıdır. Fark prensibi, bu eşitsizliklerin eğer en talihsiz temsilci bireyin yararına çalışacak daha geniş bir sistemin parçaları ise adil olduğunu söyler. Temel yapı tarafından belirlenen adil bölüşüm payları, bu sınırları maksimum ilkesi (constrained maximum principle) tarafından belirlenen paylardır.

Buna göre, bölüşüm adaletinin, çeşitli gelir gruplarındaki kişilerin yaşam beklentilerini etkileyen servetin bölüşümü ile ilgili önemli bir problemi ele alalım. Bu çeşitli gelir grupları kendilerine bakılarak sosyal sistemin yargılanacağı temsilci bireyleri tanımlar. Şimdi, müteşebbis sınıfa mensup bir kişinin oğlu (üretim araçlarının özel mülkiyet altında olduğu bir toplumda) kalifiye olmayan bir işçinin oğluna oranla daha iyi bir beklentiye sahiptir. Bu, bugünkü sosyal adaletsizlikler kaldırılrsa ve iki adam da aynı beceri ve kabiliyete sahip olsa da doğru olacaktır, aile gibi bazı şeylerin korunmasıyla adaletsizlikten kurtulmak mümkün değildir. Öyleyse hayat beklentilerindeki eşitsizliği ne haklı kılabilir? İkinci prensibe göre, bu eşitsizlik ancak daha kötü durumda olan temsilci bireyin örneğimizdeki kalifiye olmayan işçinin, yararına olursa haklı görülebilir. Bu eşitsizliğe göz yumulabilir, çünkü ortadan kaldırılması halinde, mesela örneğimizdeki işçinin durumu, bugünkü halinden daha kötü olacaktır. Farazi olarak, açık işyeri ilkesi (principle of open offices) (ikinci prensibin ikinci kısmı) mevcut

iken, girişimcilere müsaade edilen büyük beklentiler, uzun dönemde çalışan sınıfın hayat beklentilerini yükseltici bir etkiye sahiptir. Beklentideki eşitsizlik, ekonominin daha etkin olmasını, endüstriyel ilerlemenin daha da hızlanmasını ve benzeri gelişmeleri yaratacak bir dürtüye neden olur ve bunun sonunda daha büyük maddi ve maddi olmayan yararlar (benefits) sistemin içinde bölüşülür. Şüphesiz, bütün bunlar bilinen şeylerdir ve özel durumlarda doğru olsun veya olmasın, eğer gelir ve servet eşitsizliği fark prensibi nedeniyle kabul edilecekse, öne sürülmesi gereken bir şeydir.

Şimdi ikinci prensip ile ilgili bu yorumun, herkesin durumunun daha iyi olacağı anlamına gelip gelmeyeceğini araştıralım. Farzedelim ki eşitsizlikler bir zincir bağlantısı içindedir; yani, eğer bir eşitsizlik en düşük pozisyonun beklentilerini yükseltirse, aradaki bütün pozisyonların beklentilerini de yükseltir. Mesela, temsilci işadammın büyük beklentileri eğer kalifiye olmayan işçinin beklentilerini yükseltiyorsa, aynı zamanda, yarı-kalifiye işçinin beklentilerini de yükseltir. Bir adım daha ileriye gidip eşitsizliklerin birbiriyle içiçe olduğunu farzedelim; yani, herhangi bir temsilci bireyin beklentisi yükseltmek (veya alçaltmak), diğer temsilci bireylerin beklentilerini alçaltmadan (veya yükseltmeden) ve özellikle, en az talihli durumda olanı şu veya bu yönde etkilemeden, mümkün değildir. Beklentilerin birbirleriyle olan ilişkisi gevşek değildir. Şimdi, bu varsayımlar altında, herkes, fark

prensibini gerçekleştiren bir eşitsizlik-ten yararlanır ve formüle ettiğimiz ikinci prensip bu durumu doğru olarak tesbit eder. Çünkü herhangi ikili bir mukayesede daha iyi durumda olan temsili birey, avantajına sahip olmasına izin verildiği için kazançlı durumda olacaktır, daha kötü durumda olan kişi, bütün eşitsizliklerin her alt pozisyona yapacağı katkıdan yararlanır. Şüphesiz, zincir bağlantısı ve birbiriyle içiçe olma hali gerçekleşmeyebilir; fakat bu gibi hallerde daha iyi durumda olanlar, en kötü durumda olan için mevcut avantajlar üzerinde bir vetoya sahip olmayacaklardır. Fark prensibinin bu katı yorumu izlenecek ve bütün eşitsizlikler, bunların bazıları ortadaki pozisyonların yararına olmasa da, en kötü durumda olanın yararı için düzenlenecektir. Eğer bu koşullar başarısızlığa uğrarsa, bu durumda, ikinci prensip bir başka şekilde ifade edilecektir.

Fark prensibinin temsil ettiği fikir şöyle anlaşılmalıdır: Bu prensip, toplumdaki başlangıç durumlarımızdan kaynaklanan keyfi engellerin mümkün olduğunca hafifletilmesi için, doğal beceri ve kabiliyetlerin dağılımının, bu dağılım nasıl olursa olsun, yararlarını paylaşmak için yapılmış bir orijinal sözleşmeyi temsil eder. Doğa tarafından lütfat uğramış kimseler, kim olursa olsun, iyi talihlerinden ancak kayba uğramış olanların refahına katkıda bulundukları ölçüde yararlanabilirler. Doğal olarak avantajlı olanlar sadece lütfat uğradıkları için değil fakat bu Tanrı vergisi niteliklerinin eğiti-

mi ve ıslahı için gerekli masrafları karşıladıkları ve bu nitelikleri en az talihlinin durumunu iyileştirmek için kullandıklarından dolayı kazançlıdır. Eğer temel sosyal yapıyı, hiç kimsenin doğal yetenek ve beceri piyangosundan (lottery of talent and ability) veya toplumdaki başlangıç konumundan, karşılığında telafi edici bir yarar almadığı (veya vermediği) sürece kazanmayacağı (veya kaybetmeyeceği) bir şekilde düzenlemek istersek bu bizi fark prensibine götürür. (Başlangıç durumundaki tarafların bu fikri cazip bulacağı veya kabul edeceği iddia edilmiyor, ifade edilmek istenen, durumlarının simetrisi bir veri iken ve bilhassa bilgilerinin eksikliği ve benzeri sebepler nedeniyle, tarafların, bu şekilde yorumlanacak bir prensipte anlaşmayı kendi çıkarlarına uygun bulacaklarıdır.) Ve şu noktaya da dikkat etmeliyiz ki fark prensibi tamamıyla gerçekleştiği zaman, temel yapı, etkinlik ilkesine göre optimal olacaktır. Bir kimseyi, yani en az talihli temsili bireyi, kötü duruma sokmadan bir başka kimseyi daha iyi bir duruma getirmenin bir yolu yoktur. Böylece, ve bu son derece soyut düşünce biçimini koruduğumuz sürece, iki adalet prensibi, bölüşüm paylarını etkinlik ilkesine uygun biçimde tanımlar. Eğer (zaman zaman yaptığımız ancak burada ele almayacağımız gibi) adalet isteklerinin etkinliğe oranla mutlak bir ağırlığı olduğunu söylemek istersek, bu iddia, tam olarak adil olan kurumların aynı zamanda etkin olduğunu aklımızda tuttuğumuzda, daha az çelişkili görünebilir.

5

Şimdi bir parça konu dışına çıkmak ve adalet prensipleri hakkında, özellikle ikinci prensip hakkında bir kaç yorum daha yapmak istiyorum. Herşeyden önce, prensiplerin formüle edilmesinde toplumsal yapıyı birbirinden az veya çok farklı iki ayrı kısma ayırabileceğimiz ve birinci prensibi bir kısma, ikincisini de öteki kısma uygulayacağımız farzedilmektedir. Toplumsal sistemin vatandaşın eşit özgürlüklerini ve fırsatlarını tanımlayan ve güvence altına alan yönü ile, sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri yaratan ve izin veren yönünü birbirinden ayıracağız. Temel özgürlükler, yani, temel politik haklar, vicdan özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü, temel sivil haklar ve benzerleri, ilk prensibe göre eşit olmalıdır. İkinci prensip, gelir ve servetin dağıtımına ve organizasyon otoritesi ile ilgili oldukları ölçüde, politik ve ekonomik kurumların yapısına uygulanır.

Burada vurgulanması gereken husus şudur: Biz özenle uygulandığı takdirde, geliri belli kişilere dağıtan bölüşümün ve belli faktörlerin tahsisinin (allocation) adil olacağı (en azından adalet dışı olmayacağı) bir haklar ve ödevler sistemi kurmaya çalışıyoruz. Sistem, bir pür işlemsel (procedural) adalet unsuru ihtiva eder.

Bununla sıkı sıkıya ilişkili bir konuda şudur. Bölüşüm adaleti (distributive ve justice) sorunu, belli bir şeyler yığınının, bilinen zevk ve tercihlere sahip belli kişilere paylaştırılması değildir. Dağıtım adaleti (allocative justi-

ce) ile ilgili örnekleri, tipik durumlar olarak ele almamalıyız. Mesela zengin bir adamın mal varlığını isteklerini ve ihtiyaçlarını bildiği insanlar arasında nasıl dağıtacağını düşünmesi hali bir örnek olmamalıdır. Bu durumda, belli kişilere ait bilgi verilecek karar ile ilişkilidir; ve ayrıca onların arzulan ve ihtiyaçları sabit olarak düşünülür, oysa ki bir toplumsal sistemin adaletini bir bütün olarak belirlerken, sadece genel hakikatleri, yani, politika, ekonomi, psikoloji ve diğerler bilimlerin yasaları ile belirlenen genel özelliklerini dikkate alırız. İşlerliği olan ve adil olan bir sistem kurmaya girişildiğinde, böyle bir sistemi insanların istek ve tercihlerini etkileyeceği için, bu istek ve tercihler sabit olarak düşünülemez. Gerçekten, sosyal sistemler arasında bir tercih kısmen bu sistemlerin yaratacağı arzu ve ihtiyaçlara göre yapılmalıdır. Bu arzu ve ihtiyaçların yargılanması için bazı standartlar gereklidir ve adalet kavramı, diğer moral ilkelerle birlikte burada bir role sahiptir:

Son olarak şunu söyleyelim: Temsili bireylerin beklentilerini tanımlayacak bir yönteme ihtiyacımız var, çünkü, bu kişilerin yararına olan şeyleri beklentiler tayin eder. Burada bir varsayıma başvuracak ve beklentilerin, temel malların, bir başka deyişle rasyonel kişilerin, daha başka ne isterlerse istesinler, mutlaka isteyecekleri malların beklenti kalıbı ile belirlendiğini söyleyeceğim. İnsanlar, daha başka özel amaçları olsa da, bu mallara sahip olmak ister. Mesela, bu temel

mallar arasında, özgürlük (liberty) ve fırsat (opportunity) gelir (income) ve servet (wealth), sağlık (health) ve eğitilmiş zeka (educated intelligence) vardır. Belki en önemli temel mal kendine saygıdır, bir insanın kendi kıymeti ile ilgili gizli inancı, bir kişinin yapılmaya değer şeyler yaptığına ve planladığına olan sağlam güvenidir. Daha sonra kendine saygı unsuru iki prensibin yararlarını göstermede rol oynayacaktır; fakat basitlik amacı ile, tartışma çoğu defa diğer temel mallar ile ilgili olarak sürdürülecektir. Bu nedenle temsili kişinin, temel mallar ile ilgili geniş bir

ci olarak bu eşitsizliklerin gelir ve servet eşitsizliği olduğunu düşünebiliriz. Eşit özgürlük ilk prensibinin, daima aynı anlama geldiği farzedilecek ve bu nedenle değişik yorumlar sadece ikinci prensibin iki kısmının değişik anlamlarından kaynaklanacaktır.

İkinci prensibin her iki kısmı en az iki doğal anlama sahiptir ve bu anlamlar birbirinden bağımsız olduğu için, iki prensibin mümkün olan dört yorumu vardır. Bu yorumlar aşağıdaki diyagramda gösterilmiştir.

Sırasıyla şu üç yorumu inceleyeceğiz: doğal özgürlük sistemi, liberal

(a) 'Herkesin Yararı'	Etkinlik İlkesi (Pareto Optimallitesi)	Fark İlkesi (Karşılıklı Yarar İlkesi)
(b) 'Eşit Biçimde Açık'		
Becerilere Açık Kariyerlerde Eşitlik	Doğal Özgürlük Sistemi	Doğal Aristokrasi
Benzer Koşullarda Denk Fırsat Eşitliği	Liberal Eşitlik	Demokratik Eşitlik

indeks beklentisi olduğu zaman, örneğin tercih ettiği özgürlük ve fırsat, gelir ve servet kalıbına sahip olduğu zaman daha iyi durumda olduğunu söyleyeceğim. Eşitsizlikler, her temsili bireyin beklentilerini, bu anlamda, arttırdığı zaman herkesin yararınadır.

6

Şimdi ikinci adalet prensibinin diğer bazı yönlerini ele almak istiyorum. Bunu yapmak için, bu prensibin, hangi koşullar altında sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin haklı görüleceğini belirleyen üç yorumunu sırayla inceleyeceğim. İş kolay hale getirmek için, geçi-

şitlik ve demokratik eşitlik. Bu sıralama bazı yönlerden sezgisel bir gelişmeyi temsil eder, ancak doğal aristokrasinin yorumunu içeren ikinci sıralama da ilginçtir ve birinci sıralama ile ilgili yorumdan sonra bu konu olduğum gibi, demokratik eşitliğin benimsemesi gerekir. Bu olanakları sırasıyla incelemek suretiyle, bu seçimi gerekli kılan daha başka bazı sebepleri ortaya koymak istiyorum.

Ele alacağım ilk yorum (her iki sıralamada) doğal özgürlük sistemi olacaktır. Bu yorumda ikinci prensibin ilk kısmı, etkinlik ilkesinin (Pareto optimalitesi) toplumsal kurumlara veya

toplumun temel yapısına uygulanacak şekilde düzenlendiği anlaşılmalıdır. İkinci kısım ise açık bir toplumsal sistem veya geleneksel deyişimiyle, becerilere açık kariyerler olarak anlaşılmalıdır. Burada, diğer yorumlarda da olduğu gibi, birinci prensibin gerçekleştiği ve üretim araçları özel mülkiyet altında olsun veya olmasın, ekonominin bir serbest piyasa sistemi içinde olduğu farzedilmektedir. Buna göre doğal özgürlük sistemi, etkinlik ilkesini gerçekleştiren ve içinde yetenekli ve istekli kişilere, uğrunda rekabet ettikleri pozisyonların açık olduğu bir temel yapının adil bir bölüşümüne yol açacağını farzeder. Hakların ve görevlerin bu şekilde dağıtılması, şekli ne olursa olsun, servetin ve gelirin, otorite ve sorumluluğun doğru biçimde dağıtıldığını düşündürecekler. Bu doktrin, önemli bir işlemsel adalet unsuruna sahip olup, bu unsur diğer yorumlara da taşınır.

Etkinlik (Efficiency) ilkesinin anlamını daha önce tartıştık. Bu ilkeyi kurumlara uygulamak için, 2. Kısımda belirtilmiş olduğu üzere, bir varsayım yapacağım. Buna göre, düşünülebilen her sosyal pozisyona, temel yapıda yer alan hak ve ödev tahsisine uygun bir beklenti atfetmek mümkündür. Fakat bu ilke, daha önce müşahade edildiği gibi, tek bir bölüşümü belirlemez. Hatta bu ilkeyi temel yapıya uyguladığımızda dahi, bu yapıya uyacak bir çok düzenleme olması mümkündür. Bu nedenle, doğal özgürlük sisteminin, etkin bölüşümler arasında nasıl bir seçim yapacağı sorusu ortaya çıkar. Ekonomi teorisinden, rekabetçi ser-

best piyasa sistemini tanımlayan standart varsayımlar altında, gelir ve servetin etkin bir biçimde dağıtılacağını bildiğimizi ve herhangi bir zamanda ortaya çıkan belli bir optimal bölüşümün, başlangıçtaki gelir ve servet dağılımı ile doğal yetenek ve becerilerin dağılımı ile belirlendiğini farzedelim. Her başlangıç bölüşümü ile, değişik bir etkin sonuca ulaşılır.

Doğal özgürlük (natural liberty) sisteminde, başlangıç bölüşümü, daha önce tanımlandığı şekilde, yeteneklere açık kariyerler kavramında yer alan düzenlemeler tarafından belirlenir. Bu düzenlemeler, bir eşit özgürlük temeli (ilk prensip tarafından belirlendiği şekilde) ile serbest piyasa ekonomisinin varlığını farzeder. Bu varsayımlar, herkesin bütün avantajlı sosyal pozisyonlara girişte eşit yasal haklara sahip olmasını gerekli kılar. Fakat, temel kurumları korumak için gerekli olanların dışında, toplumsal koşulların eşitliğini veya benzerliğini korumak için herhangi bir gayret mevcut olmadığından, belli bir zamanda mevcut başlangıç bölüşümü, doğal ve sosyal beklenmedik olaylardan şiddetle etkilenir. Örneğin, gelirin ve servetin mevcut bölüşümü, doğal aktiflerin, yani, doğal yetenek ve becerilerin daha önceki bölüşümünün kümülatif etkisiyle ortaya çıkar. Bunlar da zaman içindeki toplumsal koşullardan ve kaza, iyi kader ve benzeri beklenmedik değişikliklerden etkilenir ve bazen yararlı bazen de zararlı olur. Doğal özgürlük sisteminin adaletsizliği, bölüşüm paylarının bu gibi faktörlerden uygunsuz bir şekilde etkilenmesine izin vermesidir.

Liberal yorum adını vereceğim yorum şekli, doğal özgürlük sistemini, kariyerlerin yeteneklere açık olması koşuluna fırsatların hakça eşitliği (fair equality of opportunities) koşulunu eklemek suretiyle değiştirir. Buradaki fikir şudur: Pozisyonlar sadece herkeşe şekli biçimde açık olmakla kalmamalı aynı zamanda herkesin bunlara ulaşmada eşit şansı olmalıdır. Rastgele bakıldığında, istenilen eşitliğin neye yarayacağı açık değildir, fakat oyunlar ile ilgili bir benzetme yaparak şunu söyleyebiliriz: Benzer yetenek ve hünerlere sahip kimseler benzer yaşam şanslarına sahip olmalıdır. Daha açık bir biçimde söylersek, doğal aktiflerin bölüşüldüğü bir durumda, aynı yetenek ve kabiliyete sahip olan ve bu yetenek ve kabiliyetlerini kullanmaya aynı derecede istekli kişiler, toplumdaki başlangıç yerlerine, yani içine doğdukları sınıfa bakılmaksızın, aynı başarı beklentilerine sahip olmalıdır. Toplumun bütün sektörlerinde, aynı şekilde teçhiz edilmiş ve aynı motivasyona sahip kişilerin eşit kültür ve başarı beklentilerine sahip olması gerekir. Aynı yeteneklere ve özlemlere sahip kişilerin beklentileri, onların toplumsal sınıflarından etkilenmemelidir.⁵

Bu durumda iki prensibin liberal kavramı, beklenmedik sosyal olayların, bölüşüm payları üzerindeki etkisini azaltmanın çarelerini arar. Bu amaçla ulaşmak için, toplumsal sistem üzerine bazı yapısal şartlar empoze edilmesi gerekir. Bunun için de ekonomik

faaliyetin temel eğilimlerini düzenleyen ve hakça bir fırsat eşitliği için gerekli toplumsal koşulları koruyan bir politik ve yasal kurumlar çerçevesi içine serbest piyasa düzenlemelerinin oturtulması gerekir. Bu temel çerçevenin unsurları yeteri kadar bilinmekte olup, aşağıda 11. Kesim'de kısaca özetleyeceğim.

Liberal kavram, doğal özgürlük sistemine açıkça üstün ise de, yine bazı eksikleri vardır. Bir kere, bu yaklaşım beklenmedik sosyal olayların etkisini yok etmede çok başarılı olsa dahi, sonuçta ortaya çıkan servet ve gelir bölüşümü, beceri ve yeteneklerin doğal dağılımı ile belirlenecektir. Temel düzenlemelerin elverdiği sınırlar içinde, bölüşüm payları doğal piyangoonun sonucu tarafından belirlenecektir ve bu sonuç da ahlaki yönden keyfi bir sonuçtur. Servet ve gelir bölüşümünün, doğal aktiflerin bölüşümü tarafından belirlenmesine izin vermenin, aynı bölüşümün tarihsel olaylar ve sosyal talih (social fortune) tarafından belirlenmesine izin vermeye oranla her hangi fazla bir sebebi yoktur. Ayrıca, adil fırsat ilkesi, varlığını farzettığım aile kurumunu dikkate aldığımız zaman daha başarısız bir şekilde uygulanabilir. Doğal yeteneklerin gelişme ve amacına ulaşma olanağı, her tür sosyal koşullardan ve sınıf davranışlarından etkilenir. Hatta bir girişimde bulunmak, çabalamak ve böylece bir şeyi hak etmek isteği bile talihli aileye ve sosyal koşullara tabidir. Uygulamada, aynı yeteneklere sahip kimseler için eşit başarı

ve kültür şanslarını güvence altına almak imkansızdır ve bu nedenle bu gerçeği dikkate alacak ve doğal piyangoonun keyfiliğini azaltacak bir ilkeyi benimsemek zorundayız. Liberal kavramın bunu başaramaması, iki adalet prensibini hakkaniyet yönünden yorumlamadaki temel zayıflığını oluşturur.

7

Temel problemimiz, iki prensibimizin bölüşüm paylarının, toplumsal talih ve doğal aktif piyangoonun tesadüfi değişmelerinden etkilenmeyeceği biçimde yorumlanmasını sağlamaktır. Liberal kavram, doğru yönde atılmış bir adım olmakla birlikte, yeteri kadar ileri gidemez. İkinci prensibin ilk kısmını şu şekilde yorumlamış bulunuyoruz: Hakça bir fırsat eşitliğinin gerektirdiği kurumsal çerçevenin var olduğu faraziyesi altında, temel yapı içinde daha iyi durumda olanların yüksek beklentileri, sadece ve sadece, toplumun en az avantajlı durumda olan üyelerinin beklentilerini iyileştirecek bir sistemin parçası olarak çalışırsa adildir. Burada sezgiye dayalı düşünce şudur: Toplumsal düzen, daha iyi durumda olanların beklentilerini oluşturmayı ve güvence altına almayı, ancak böyle yapmanın daha az talihli olanların yararına olması halinde sağlar. Böylece, demokratik yorum adını verdiğim durum, bölüşüm paylarının ya beklenmedik toplumsal olaylardan ya da doğal kaynaklardaki piyangodan olumsuz şekilde etkilenmediği zaman gerçekleşir. Bu şekilde anlaşıldığında, iki pren-

sip istisnai toplumsal durumlar ile ve doğanın keyfi bölüşümlerini ele alacak uygun bir yöntem belirler. (4. Kısım, son paragrafa bkz.); ve ancak bu yönden diğer kavramlara üstünlük sağlar.

Şimdi de doğal aristokrasi (natural aristocracy) kavramı ile başlayan ikinci sıralama üzerinde duracağım. Bu görüşte, beklenmedik sosyal olayların formel fırsat eşitliğinin gerektirdiğini aşan etkilerini düzenlemek için hiç bir girşimde bulunulmaz; fakat daha büyük doğal teçhizata (natural endowments) sahip olan kişilerin yararları, toplumun fakir kesimlerinin yararını arttıracak olanlarla sınırlanır. Aristokratik idealler, en azından, şeklen açık bir sosyal sisteme uygulanır, ve bu idealden yararlananların daha iyi durumu, ancak etrafa yarar veriyorsa ve yukarıdakilere az verilmesi, altlarındakilerin az şey elde etmeleri koşulu ile haklı görülebilir.⁶ Bu yolla, Aşıl sorumludur, (nobless oblige) düşüncesi doğal aristokrasi kavramına taşınır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta hem liberal görüşün ve hem de doğal aristokrasinin istikrarsız olduğudur. Çünkü, beklenmedik sosyal olayların veya doğal şansın bölüşüm payları üzerinde etkili olmasından rahatsız olduğumuz zaman, diğerinin etkisini de, eşit ölçüde, dikkate almak zorunda kalırız. Böylece doğal özgürlük sisteminden ayrılacak dahi demokratik kavramı göz ardı edemeyiz. Gerçekten adaletin iki prensibini herkesi aynı derecede moral kişiler sayan, bireylerin toplumsal işbirliğinden sağlayacakları

5. Bu tanım Sidgwick'in bir önerisini izler; bkz: (1907; s.285 ve devamı), ayrıca bkz: Tawney (1952, Bölüm 3, Kısım 2).

6. Bu formülasyon Santayana'nın aristokrasi tanımından kaynaklanmıştır (1906) dördüncü bölümün son kısmı.

payı rastlantılara ve kazalara göre özellikle iyi toplumsal talihe veya doğal piyangodaki şanslarına göre ölçmeyen bir biçimde yorumlamaya çalıştığımızda, demokratikleşmenin dört alternatif arasında mümkün olan tek seçim olduğu açıkça görülür. Şimdi bu sonucu, fark ilkesini destekleyen yeni nedenleri ortaya koyarak savunmak istiyorum.

8

İlk bakışta fark ilkesi, acayip (eccentric) görünmese de işlemez (unworkable) görünür. Bu izlenimi silmek için gerekli bir adım, bu ilkenin toplumun temel yapısına ve onun tarafından tanımlanan temsili gruplara uygulandığını hatırdan çıkarmamaktır. Önemli olan nokta fark prensibinin doğal aktiflerin bölüşümünü ortak mülkiyet (common property) olarak telakki edecek ve bu bölüşümden doğacak payları, ne olursa, paylaşacak bir anlaşma olarak görülebileceğidir. Doğanın lutfuna uğramış olanlar, kimler olursa olsun, iyi talihlerinden ancak daha az iyi durumda olanların durumunu iyileştirdikleri ölçüde yararlanabilirler. Ayrıca, bu ilke, söz etmeye değer bir çok özelliğe sahiptir. Bu özelliklerden biri, düzeltme ilkesi (principle of redress) tarafından belirlenen düşüncelere ağırlık kazandırır. Bu ilkeye göre hak edilmemiş eşitsizliklerin düzeltilmesi gerekir, doğum ile doğal varlıkların eşitsizliği hak edilmemiş eşitsizlikler olduğu, için herhangi bir şekilde telafi edilmeleri gerekir (Spiegelberg, 1944; Raphael, 1950-51). Bu nedenle düzeltme ilkesi,

bütün insanlara eşit biçimde muamele edilmesi ve gerçekten fırsat eşitliği sağlanması için, toplumun nisbeten az doğal aktif sahibi olanlar ile az avantajlı pozisyonlarda doğanlara daha çok dikkat etmesi gerektiğini öne sürer. Öne sürülen düşünce eşitsizliklerin eşitlik yönünde düzeltilmesidir. Bu ilkenin uygulanmasında, daha az zeki olanın eğitimi için hiç olmazsa yaşamının belli bir süresi boyunca, mesela, ilkokul yıllarında, daha çok kaynak harcanabilir.

Bildiğim kadarıyla, düzeltme ilkesi tek bir adalet ilkesi, toplumsal düzenin tek bir amacı olarak öne sürülmemiştir. Bu tür prensiplerin çoğunda olduğu gibi, bir yüzeysel ilke olarak, diğerleri ile dengesi yönünden ölçülmesi yerinde olur. Mesela bu ilkeyi ortalama yaşam standardının ıslahı ilkesi veya ortak çıkarın artırılması ile ölçeceğiz. (Spiegelberg, 1944, s. 120) Fakat öne süreceğimiz diğer prensipler ne olursa olsun, düzeltme ilkesinin gerekleri dikkate alınacaktır. Bu ilke, bizim adalet kavramımızdaki unsurlardan birini temsil edecektir.

Fark prensibi, kuşkusuz, düzeltme prensibi değildir. Bu prensip toplumun doğal aktiflerin eşitliği yönünde hareket etmesini gerektirmez. Eğer herkesin aynı yarışta hakça bir baz üzerinde yarışacağı ümit ediliyorsa eksiklerimizi eşitlemeye uğraşmayacağız. Fakat fark prensibi, en az iyi durumdakinin uzun dönem beklentisini iyileştirmek için, mesela, kaynakları eğitime tahsis edecektir. Eğer bu amaca dahi iyi teşhis edilmiş daha çok dikkat edilerek ulaşılyorsa müsaade edilebilir, aksi

takdirde kabul edilmez. Ve bu kararın alınmasında, eğitimin değeri sadece onun produktivite etkisine, yani bir kişinin servet elde etme kapasitesini artırmasına bakarak belirlenmemelidir. Bundan fazla olmasa bile, buna eşit önemde olan eğitimin, bir kişinin, toplumun kültüründen zevk almayı ve toplumun faaliyetlerine katılmayı mümkün kılan rolüdür. Böylelikle eğitim, herkese kendi değerini anlama olanağı verir.

Böylece, fark ilkesi, düzeltme ilkesi ile aynı şey olmasa da, bu ikinci ilkenin bazı amaçlarını gerçekleştirir. Fark ilkesi, temel yapının amaçlarını öylesine değiştirir ki toplam kurumsal yapı artık toplumsal etkinliği ve demokratik değerlerin önemini vurgular. Eşit fırsat ideali, az talihliyi geride bırakma hakkı olmaktan çıkar ve böylece liyakat sisteminin (meritocratic regime) katı yönlerinden kurtulmak mümkün olur.

9

Fark ilkesinin bir başka özelliği, kardeşlik ilkesinin (principle of fraternity) bir yorumunu sağlamasıdır. Özgürlük ve eşitlik ile mukayese edildiğinde, kardeşlik fikri, demokratik teori içinde daha az bir yere sahiptir. Onun daha az politik bir kavram olduğu, herhangi bir demokratik hakkı tanımlamadığı fakat onun yarattığı düşünce olmaksızın bu hakların değerinin anlaşılamayacağı düşünülür (bkz: Pennock, 1950, s.94). veya bununla sıkı sıkıya ilgili olarak, kardeşliğin, çeşitli toplumsal geleneklerde ve saygı kurallarının yokluğunda şekillenen bir sos-

yal itibar eşitliğini temsil ettiği öne sürülür (Perry, 1944, Bölüm 19, Kısım 8). Hiç kuşkusuz kardeşlik bütün bu kavramları ve ayrıca yurttaşlar arası arkadaşlığı ve dayanışmayı da temsil eder, fakat herhangi belirgin bir gereği ifade etmez. Fark ilkesi ise kardeşliğin bir doğal anlamına tekabül eder; bu anlam da şudur: Kardeşlik, daha büyük avantajları, eğer bunlar daha az iyi durumda olanların yararına değilse, istememektir. Ailenin ideal kavramında, yararlar toplamının maksimizasyonu ilkesi rededilir ve hiç kimse daha az iyi durumda olanların yararlarını artırmadıkça, daha çok kazanmak istemez. Fark ilkesine göre davranmak da, kesin olarak bu sonucu doğurur. Daha iyi durumda olanlar, sadece daha az talihli olanların refahını arttıracak bir sistem içinde daha büyük yararlar elde etmeyi isteyecektir.

Kardeşlik fikri bazen, toplumun üyeleri arasında gerçekleşmesi ümit edilmeyen bir duygu ve hassasiyet bağını içeriyormuş gibi düşünülür. Fakat eğer o fark prensibinin gereklerini içeriyormuş gibi yorumlanırsa uygulanması mümkün bir kritere dönüşür. Bu durumda adil olacağına inandığımız kurumlar ve politikalar onun gereklerini yerine getiriyor gibi görünecektir. En azından, göz yumdukları eşitsizlikler, daha az kayırlan kişilerin, refahına katkıda bulunuyor olacaktır. Bu yorum göre kardeşlik ilkesi, takip edilecek makul bir standarttır. Şimdi özgürlük, eşitlik ve kardeşlik fikirlerini, adaletin iki prensibinin demokratik yorumu ile şöyle birleştirebiliriz: Özgürlük birinci prensibe tekabül eder,

eşitlik, hakça fırsat eşitliği ile ve kardeşlik fark prensibi ile birleşir. Kardeşlik kavramına, iki prensibin demokratik yorum içinde bir yer bulmuş oluyoruz ve bu haliyle onun toplumun temel yapısında belli bir koşulu zorunlu kıldığını görüyoruz.

Fark ilkesini, insanların daima amaç olarak ele alınmasını ve hiçbir zaman araç olarak kullanılmamasını öne süren Kantçı düşüncenin bir açıklaması olarak da kullanmak mümkündür. (Kant, 1786, s.66). Kant'ın düşüncesini burada ele almayacağım, onun yerine, bu kavramı iki prensibin ışığında inceleyeceğim. Kant'ın bu önerisi, açıkça, bir yorumu gerektirir. Hiç kuşku yok ki, bu önerinin sadece, herkesin aynı genel ilkelere göre muamele görmesi anlamına geldiğini söyleyemeyiz. Bu yorum onu, benzer durumların (mevcut ilkelere göre belirlenen herhangi bir durum) benzer şekilde ele alınmasını öne süren formel adaletin bir benzeri yapar. Oysa ki böyle bir ilke bir kast veya köle toplumunda da geçerlidir. Adaletin hakkaniyet anlamına uygun olarak, kişileri daima amaç olarak görmek ve hiç bir zaman araç olarak ele almamak, kişilerin, en azından, başlangıç durumunda kabul ettikleri ilkelere göre eşit muamele görmeleri gerektiğine işaret eder. Çünkü bu durumda kişiler, kendilerini bir amaç olarak gören moral varlıklar olarak eşit bir temsile sahiptir ve kabul ettikleri ilkeler, kişiliklerinin isteklerini koruyacak biçimde rasyonel olarak belirlenmiştir. Adaletin bu kavramı Kantçı düşünceye bir anlam kazandırır. Fakat bu yorum soyuttur ve

bu fikrin bağımsız bir ilke ile ifade edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Başka bir deyişle eğer taraflar kurumlarının yapısı içinde, birbirlerini daima araç olarak değil, amaç olarak görmek istediklerini gözle görülür biçimde ifade etmek isterlerse, başlangıç durumunda hangi ilkeyi kabul edeceklerdir?

Demokratik yoruma dayalı iki adalet prensibinin bu amaca ulaşacağı görülmüyor: Çünkü herkes eşit bir özgürlüğe sahiptir ve fark ilkesi toplumsal sistemde az talihlinin yararını arttırmayan eşitsizliklerden hiç bir kazanç elde edilmesine imkan vermez. Fark ilkesi insanların sadece araç olarak kullanılması ile onların amaç olarak kullanılması arasında bir ayrım yapar. Toplumun temel yapısının belirlenmesinde bir insanı bir amaç olarak düşünmek onun beklentilerine katkıda bulunmayan kazançlardan vazgeçmek için anlaşmak demektir. Aksine, bir insanı sadece bir araç olarak görmek, insana başkalarının daha yüksek beklentilerini yeteri kadar telafi etmek uğruna daha düşük yaşam beklentileri empoze etmeye ve bu yoldan daha büyük bir avantaj toplamını teşvik etmeye hazırlanmak demektir. Fayda prensibi, bireyleri ortak çıkara veya en büyük net tatmin toplamına ulaşma amacına tabi kılar. Bu, hakkaniyet olarak anlaşılan adalet kavramının dışladığı bir yoldur. Çünkü bu ilke, en azından teorik olarak, bazıların daha büyük kazançlarına diğer daha az talihlilerin kayıplarını telafi halinde izin verir.

Fayda teorisi taraftarı bu görüşe itiraz edip, faydacı ilkenin de Kantçı fik-

re bir anlam verdiğini, yani Bentham'ın (J.S.Mili tarafından ona atfedilmiştir) 'Herkes bir sayılacak, hiç kimse birden çok sayılmayacaktır' (1867, Bölüm 5, Paragraf 36) formülünün bu anlamı taşıdığını söyleyebiliriz. Bu, Mili'in de işaret ettiği gibi, bir kimsenin bir başkasınıkine derece itibarıyla eşit olduğu farzedilen mutluluğunun aynı büyüklükte dikkate alınacağını gösterir. Fayda prensibini temsil eden toplayıcı fonksiyonda (additive function) yer alan ağırlıklar bütün kişiler için aynıdır ve bu nedenle onları bir olarak ele almak doğaldır.* Bu nedenle faydacı teori taraftan, kendi ilkesinin insanları daima amaç olarak, hiç bir zaman sadece araç olarak ele almadığını söyleyebilir, çünkü herkesin zenginliğine aynı ağırlık verilmekte ve hiç birinin mutluluğu sıfır olarak ele alınmamaktadır.

Utilitarianizmin (faydacılık) böyle bir yorum yapabileceğini red etmek için her hangi bir sebep yoktur. Buna mukabil iki adalet prensibi ile fark prensibi daha makul, veya en azından daha sağlam bir yorum temin eder. Çünkü başkalarını araç olarak ele almanın doğal anlamı, onların daha çok lutfu uğramış olanların beklentilerini yükseltmek için daha aza sahip olmalarını, daha çok özveride bulunmalarını istemek demektir. Bir kimseden, durumu zaten kendisinininkinden iyi olan başkalarının refahını arttırmak

uğruna daha az ile yetinmesini istemek, onu başkalarının refahı için araç olarak kullanmak demektir. Fayda prensibinin, insanları hem araç ve hem de amaç olarak gördüğü söylenebilir. İnsanları amaç olarak ele alır çünkü herkesin refahına aynı ağırlığı verir; onları araç olarak ele alır çünkü bazılarına, diğerlerinin kayıplarını, özellikle en az avantajlı durumda olanların kayıplarını, karşılayacak kazançlar elde etmesine izin verir. Fark ilkesi, insanların birbirlerinin refahları için kullanılması mümkün araçlar olarak görülmesini red etmek suretiyle Kantçı görüşe kesin bir yorum getirir. Kavrama verilen bu kesin yoruma göre insanlar sadece amaç olarak ele alınır ve asla bir araç olarak düşünülmez.

10

Fark ilkesini destekleyen bir başka düşünce bu ilkenin makul bir karşılıklık (reciprocity) standardını gerçekleştirdiğidir. Gerçekten de bu ilke bir karşılıklı yarar ilkesi oluşturur, çünkü, gerçekleştiği zaman, her temsili kişi temel yapının, kendi çıkarlarını arttıracak şekilde düzenlendiğini kabul edebilir. Toplumsal düzen herkes tarafından ve özellikle en az avantajlılar tarafından haklı bulunur. Fayda prensibinin aksine, daha kötü durumda olan, daha avantajlı olanın daha çoğa sahip olabilmesi için daha az ile yetinmesinin istenmesi söz konusu değildir.

(*) Çevirenin Notu: Rawls'un burada sözünü ettiği ve toplayıcı fonksiyon diye çevirdiğimiz fonksiyon, Gossen, Jevons, Walras ve hatta Marshall'ın bir bireyin toplam faydasının, tükettiği malların faydalarının toplamına eşit olacağını öne süren görüşüdür $U_1(X_1)$, X_1 malının faydasını ve $U_2(X_2)$, $U_3(X_3)$, ..., $U_n(X_n)$ diğer malların faydasını gösteriyorsa bireyin toplam faydası $U=U_1(X_1)+U_2(X_2)+...+U_n(X_n)$ olacaktır. Buradaki önemli nokta, malların faydalarının birbirinden bağımsız olduğu, mallar arasında tamamlanabilirlik ve/veya ikame imkanlarının olmadığı farzedilmesidir. Modern fayda teorisinde ise toplam fayda $U=U(X_1, X_2, ..., X_n)$ şeklinde belirlenir.

Bu koşul karşılıklı kavramının esaslı bir kısmı olarak görünür ve fark ilkesi utilitarianizmin aksine, bu koşulu gerçekleştirir.

Bununla beraber, karşılıklı yarar koşulunun nasıl gerçekleşeceğini ayrıntılı bir biçimde incelemek gereklidir. İki temsili kişi olduğunu A ve B, ve B'nin daha kötü durumda bulunduğunu farzedelim. Gerçekte, en az lutfu uğramış kişinin durumuyla yakından ilgilendiğimiz için B'nin bu kişi olduğunu kabul edelim. Şimdi B, A'nın daha iyi durumda olmasını kabul eder, çünkü A'nın avantajları B'nin beklentilerini iyileştiren yollardan elde edilmiştir. Eğer A'nın daha iyi durumuna ulaşmasına izin verilmezse, B şimdi olduğundan daha kötü durumda olacaktır. Burada bir güçlük varsa, o da, A'nın şikayet etmek için hiç bir nedene sahip olmadığını göstermektir. Belki ondan, şimdi sahip olduklarından daha azına sahip olması istenebilir, çünkü bu fazlalık B'ye herhangi ek bir yarar sağlamayacaktır. Şimdi, olayları başlangıç pozisyonu yönünden ele alırsak, daha avantajlı durumdaki kişiye ne söylenebilir: Herşeyden önce herkesin zenginliği bir toplumsal işbirliği düzenine dayanır, böyle bir düzen olmazsa hiç kimse tatmin edici bir yaşama sahip olamaz. İkincisi, böyle bir düzen, içinde yer alan herkesin gönüllü işbirliğini geliştirmelidir ve böyle bir şey ancak makul koşullar önerilirse istenebilir. İşleyen bir düzen herkesin refahı için gerekli bir koşul olduğu zaman ⁽⁷⁾ fark prensibi, daha iyi teçhiz edilmiş veya sosyal koşullarda da-

ha talihli olanların, başkalarının gönüllü işbirliğini ümit edebilecekleri hakça bir temel olarak görünür. Eğer duruma başlangıç durumu perspektifinden bakarsak, doğal aktiflerin bölüşümünün her iki şeklinden de yararlanacağımız görülür. Eğer az lutfu uğrayan isek, diğerlerinin çabalarından kazanırız; eğer çok lutfu uğrayan isek, aktiflerimizi sosyal yönden verimli yollarda kullanırsak yine çok kazanırız.

Daha iyi durumda olanların başkalarının yararına olup olmadığına bakmaksızın daha büyük avantajlar elde ettiğini öne süren doğal bir itiraz eğilimi vardır. Fakat bu noktada liyakat kavramı üzerinde açık olmak gereklidir. Toplumsal kurallar düzeni olarak belli bir adil işbirliği sistemi ve onun tarafından belirlenen beklentiler varken, kendi koşullarını iyileştirmek amacı ile sistemin ödüllendireceğini ilan ettiği şeyleri yapan kişilerin avantajlar elde etmeye hakları vardır. Bu anlamda daha talihli olan bu daha iyi durumu hak eder; öne sürdükleri iddialar, toplumsal kurumlar tarafından oluşturulan meşru beklentilerdir ve toplum bunları karşılamak zorundadır. Fakat liyakatin bu anlamı, işbirliğine dayalı bir düzenin varlığını farzeder, bu düzenin nasıl düzenlendiği, yani, fark ilkesine göre mi, yoksa bir başka kritere göre mi belirlendiği önemli değildir.

Belki bazıları daha büyük doğal teçhizata sahip olan kişinin bu aktifleri hak ettiğini ve üstün karakterin bunların gelişmesini sağladığını düşün-

cektir. Çünkü bu anlamda daha kıymetli olan, bu aktifler ile elde edileceği daha büyük avantajlara hak kazanır. Bu düşünce, mutlak surette, yanlıştır. Genellikle kabul edildiği gibi hiç kimse, doğuştan mevcut teçhizatın dağılımındaki yerini, toplumda ilk başta sahip olduğu yerden daha fazla şekilde hak etmez. Aynı şekilde bir kimsenin, yeteneklerini geliştirecek üstün bir karakteri hak edişi de problemlidir, çünkü bu karakter, kişinin üzerinde hiçbir hak iddia edemeyeceği aile talihine ve toplumsal koşullara bağlıdır. Liyakat kavramı, bu durumlara uygulanamaz görünmektedir. Bu nedenle daha avantajlı durumda bulunan temsili kişi, başkalarının refahına katkıda bulunmayan yollardan yararlar elde etmesine izin veren bir işbirliği düzeninde hakkı olduğunu ve bunu hak ettiğini söyleyemez ve eğer makul bir kişi ise zaten söylemeyecektir. Böyle bir iddida bulunmasının herhangi bir dayanağı yoktur.

Bu durumda fark ilkesi, bizim daha çok veya daha az avantajlı taraf olduğumuzu düşünmemizle ilgisi olmadan, kabul edilebilecektir. Karşılıklı yarar ilkesi, en az talihlinin beklentilerine katkıda bulunmak şartıyla, daha avantajlı durumda olan bireyin kazancındaki her birim artışa uygulanır. Karşılıklı ilkesi, karşılıklı yararın sona erdiği noktaya kadar, iyi durumdakinin kazancındaki artışlara uygulanır. Aşıkardır ki, fayda prensibi, genellikle, karşılıklı ilkesini gerçekleştiremez. Utiliteryen yaklaşımın izin verdiği eşitsizliklerden zorunlu olarak herkesin yararlanacağı düşünülemez. Herkesin

doğal durumdaki haline oranla veya eğer sosyal işbirliği tümüyle ortadan kalkarsa, daha iyi durumda olacağını veya herkesin belli bir tarihsel zamana oranla daha iyi durumda olacağını söylemek ilgisiz görünmektedir. Toplumsal sistem işlediği zaman, göz yumduğu eşitsizliklerin herkesin refahına katkıda bulunacağını söyleyebilmeyi isteriz.

İki adalet ilkesinin bu karşılıklı ilkesini içeriyor olması bu kavramın istikrarı yönünden önemlidir. Bir adalet kavramı, insan psikolojisi yasaları ve moral bilgi belirli iken, eğer onu gerçekleştiren kurumlar, kendi dayanaklarını yaratmaya yönelirse en azından bu gerçek toplum tarafından kabul edilirse, istikrarlıdır. İstikrar, adil düzenlemelerin, kendi içlerinde yer alan adalet duygusunu ortaya koyması, yani, uygun adalet prensiplerini uygulama ve onlara dayanma arzusu demektir. Kendi iyiliğimize olanları kutsamayı ve bize zarar verenleri ret etmeyi temel psikolojik bir kural olarak kabul edersek, iki adalet prensibini gerçekleştiren bir temel yapı içinde yaşayan herkes, durumları ne olursa olsun, kurumlarına bağlanacaktır. Çünkü bütün temsili bireyler bu yapıdan yararlanırlar. Utiliteryen bir toplumda böyle bir durum güvence altına alınamaz; ve bu nedenle yukarıdaki psikolojik ilke geçerli olduğu sürece, fayda prensibi daha az istikrarlı bir kavram olacaktır. Bu görüş, Kantçı görüşün daha kuvvetli bir versiyonunu içeren, yani kişileri daima bir amaç olarak ve hiç bir şekilde araç olarak ele almayan bir toplumsal sistem, insanların kendi de-

7. Bu öneriyi Allan Gibbard'a borçluyum.

ğerleri ile ilgili duygusuna daha sağlam bir temel, ne yapar ve ne planlar- sa, bunların yapmaya değer olduğuna dair sağlam bir güven oluşturur. Çünkü kendi değerimize olan duygumuzu yansıtan kendimize saygı kısmen, başkalarının bize gösterdiği saygıya dayanır; hiç kimse başkalarının saygısızlığı veya ilgisizliği karşısında uzun süre kendisine olan güveni koruyamaz. Ancak iki adalet prensibinin toplumun Kantçı ilkeye uygun hareket ettiği ve vatandaşların moral kişiler olarak birbirlerine besledikleri saygıyı kurumlarında somutlaştırdığı şeklindeki demokratik yorumu ile bu güven korunabilir. Kendi değerimiz ile ilgili duygu belki de en önemli temel madde olduğu için, bu düşünceler hem demokratik yorum için ve hem de, fayda prensibi yerine iki adalet prensibinin tercih edilmesi konusunda kuvvetli tezler oluşturur.

Dikkat edilmeye değer bir husus Mill'in bu sonuca katılıyor görünmesidir. Utilitarianism adlı eserinde, uygarlığın ilerlemesi ile bireylerin gittikçe daha güçlü bir şekilde insanlar arasında bir toplum oluşturmalarının ancak her birinin çıkarı ile ilgilenilmesi sayesinde mümkün olacağını fark ettiklerini yazar. Politik kurumların ıslahı, çıkar çatışmalarını, engelleri ve vatandaşları birbirlerinin iddialarına aldır- mamaya teşvik eden eşitsizlikleri ortadan kaldırır. Bu gelişmenin doğal sonu- cu, herkesin zihninde diğer vatandaşlarla bir birlik içinde olduğu duygusunun oluşmasıdır. Bu zihin hali, eğer tamsa, bireye 'kendisi için eğer diğerlerinin yararına da değilse hiç bir

yararı düşünmemeyi veya istememe- yi' öğretir. İnsanın doğal isteklerinden birisi 'kendi duygu ve amaçlarıyla di- ğer arkadaşı yaratıkların duygu ve amaçları arasında bir uyum olması ge- rektiği'dir. İnsan 'kendi gerçek ama- cıyla diğerlerininkinin çatışmadığını bilmek ister; yani başkalarının gerçek- ten istediğinin kendi çıkarları değil ak- sine onu 'geliştirmek olduğu konusun- da kendisiyle çatışmamalıdır.' (1867, bölüm 3, paragraf 10-11). Mill'in bu- rada belirttiği arzu fayda ilkesine değil fark ilkesine dayalı bir hareket arzusu- dur. Gerçekten Mill'in bu farka dikkat etmemiş olması gariptir; bununla bir- likte Mill kişilerin amaçlarının uygun biçimde telif edildiği tam adil bir top- lumun fark ilkesiyle belirlenen karşılı- lık kavramını izleyeceğini sezgi yo- luyla anılamış görünmektedir. Kendi dayanağını yaratan ve birlik, arkadaş- lık duygusu sağlayan istikrarlı adalet kavramın utiliteryen standart yerine büyük bir olasılıkla bu ideali takip edecektir.

II

Bu düşüncelerin gücü, inanıyorum ki, iki prensibin demokratik yorumu- nun makul bir adalet kavramı olduğun- u gösterir. Başlangıçtaki makul olma- yan görünümüne rağmen fark ilkesi demokratik idealin bir çok yönünü açıklar. Şimdi de öne sürdüğümüz ikinci soruya (bkz:kısım 2, birinci pa- ragraf) yani bir anayasal demokrasinin kurumlarını, iki adalet prensibini yak- laşık da olsa gerçekleştirecek şekilde düzenlemenin mümkün olup olmadı- ğına dönmek istiyorum. Devletin ser-

best ekonomiyi belli bir şekilde dü- zenlemesi koşuluyla bunun mümkün olduğunu göstermeye çalışacağız. Da- ha tam olarak söylemek gerekirse, eğer yasalar ve devlet piyasaları etkin bir biçimde rekabetçi kılarsa, kaynak- lar tam olarak kullanılırsa, mülkiyet ve servet zaman içinde geniş biçimde bö- lüşüme uğrar ve minimum uygun bir sosyal seviye sürdürülürse, herkese eğitim temini suretiyle fırsat eşitliği yaratılırsa, ortaya çıkan bölüşüm adil olacaktır. Kuşkusuz, bütün bu düze- lemeler ve politikalar bilinen şeylerdir. Aşağıdaki açıklamaların tek yeniliği, eğer gerçekten bir yenilik varsa, o da bu kurumsal çerçevenin fark ilkesini gerçekleştirecek şekilde düzenlenebil- mesidir. Bunu göstermek için bu ku- rumların ilişkilerini ve birlikte nasıl çalıştıklarını göstereceğiz. Bu açıkla- malar sırasında, tanımlanan çerçeve- nin hem liberal sosyalist bir rejimle ve hem de özel mülkiyete dayalı demok- rasiyle tutarlı olduğunu farz ediyorum.

Her şeyden önce, temel sosyal yapı, eşit vatandaşlığın çeşitli özgürlükleri- ni güvence altına alan adil bir anayasa ile kontrol edilmektedir. Böylece hu- kuki yapı, meşruiyet ilkesine uygun olarak idare edilmekte olup, vicdan özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü mev- cuttur. Politik yaşam, mümkün oldu- ğunca, hükümetlerin seçiminde ve adil mevzuatın yasalaşmasında adil bir sü- rece imkan sağlayan biçimde yönlendirilmektedir. Bölüşüm adaleti yönün- den, çeşitli anlamlarda fırsat eşitliği- nin mevcudiyeti de temel koşuldur. Bu nedenle toplumsal sabit sermayeyi idame ettirmek yanında, devletin her-

kese, ya özel okullara mali yardımda bulunarak veya devlet okulları siste- mini işleterek, eşit eğitim fırsatı verdi- ğini farz ediyoruz. Devlet aynı zaman- da ticari girişimlerde ve meslek seçimi özgürlüğünde de fırsat eşitliğini teyit ve taahhüt eder. Bu, firmaların davra- nışlarını denetleyerek ve girilmek iste- nen pozisyon ve piyasalarda engeller ve sınırlar oluşturulmasına engel olu- narak sağlanır. Son olarak aile yardım- ları ve işsizlik zamanlarında verilecek özel ödemeler veya negatif gelir vergi- si yoluyla devlet belli bir sosyal mini- mumu garanti eder.

Bu kurum yapısının idamesinde devlet dört dala bölünmüş gibi düşü- nülebilir. Her dal, belirli sosyal ve ekonomik koşulların korunmasıyla görevlendirilmiş çeşitli ajanlar (dola- yısıyla faaliyetler) ile temsil edilir. Bu dalların mutlaka devletin alışılmış ya- pısı ile çakışması gerekmeyip, kav- ramsal biçimde algılanmaları gerekir. Buna göre tahsis dalı (allocation branch) ekonomiyi mümkün olduğun- ca rekabetçi biçimde tutacak, yani ma- kul olmayan piyasa güçlerine engel olacaktır. Piyasalar, etkinlik ilkeleri, tüketici tercihleri ve coğrafya ile ilgili gerçekler yönünden daha fazla tutarlı hale getirilememesi durumunda etkin- dir. Tahsis dalına ayrıca, toplumsal ya- rarları ve maliyeti sahih bir biçimde ölçmede başarısız olan fiatlar nedeni- ye ortaya çıkan etkinlikten açıkça uzaklaşılma hallerini belirlemek ve düzeltmek, örneğin mümkün olduğu yerlerde uygun vergi ve mali yardım uygulamak, görevi de verilmiştir. İs- tikrar dalı (stabilization branch) tam

istihdamı sağlamaya ve böylece kaynakları kullanmada ve mesleklerin serbestçe seçimindeki hatalar nedeniyle ortaya çıkacak israfı önlemeye uğraşır ve finansman yetersizliği güçlü efektif taleple desteklenir. Bu iki dal, piyasa ekonomisinin etkinliğini koruyacaktır.

Toplumsal minimum; transfer dalının (transfer branch) faaliyeti ile sağlanır. Daha sonra çok önemli bir konu olduğu için, bu minimum seviyenin, hangi düzeyde belirlenmesi gerektiğini inceleyeceğiz, şimdilik bir kaç noktaya değinmekle yetineceğiz. Temel düşünce, transfer dalının işleyişinde ihtiyaç kuralı göz önünde tutulacak ve ona adaletin diğer mantıksal kurallarına göre uygun bir ağırlık verilecektir. Piyasa ekonomisi ihtiyaç iddialarını tümüyle göz ardı eder. Bu nedenle toplumsal sistemin çeşitli kısımları arasında, farklı kurumların farklı mantıksal kurallara cevap vermesini sağlayan bir işbölümü vardır Rekabetçi piyasalar (devlet işlemleriyle uygun şekilde desteklenmiş) emeğin ve kaynakların etkin tahsisini sağlar ve ücretler ile kazançlara ilişkin geleneksel kurallara (her iş ve tecrübeye göre veya işin sorumluluğu veya riskine göre) bir ağırlık verir, transfer dalı ise belli seviyede bir refah sağlar ve ihtiyaç iddialarına cevap verir. Böylece açıkça görülmektedir ki bölüştürücü adalet payları bütün toplumsal sisteme ve onun toplam geliri, ücretleri ve transferleri nasıl dağıttığına dayanır. Toplam gelirin rekabetçi biçimde belirlenmesine güçlü bir itiraz vardır, çünkü böyle bir dağılım, ihtiyaç iddialarını ve onurlu bir

yaşam standardını dikkate almaz. Başlangıç pozisyonu yönünden, bir kimsenin kendini bu tür tutarsızlıklara karşı güvenceye alması açıkça rasyonal bir davranıştır. Fakat eğer uygun minimum yaşam seviyesi transferlerle sağlanırsa, toplam gelirin geri kalan kısmının rekabetçi yöntemle belirlenmesi tam hakça sayılabilir. Ayrıca, ihtiyaçlar iddiası ile ilgilenmek, fiatları minimum ücret standartları ve benzeri yöntemlerle belirlemeye çalışmaktan, en azından teorik olarak daha etkindir. Bu isteklerin bir toplumsal minimumu destekleyen ayrı bir dal tarafından ele alınması tercihe şayandır. Bundan böyle ikinci adalet prensibinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesinde cevap, en az avantajlı durumda olanın yani, ücretler artı transferlerin, bu gibi kişilerin uzun dönemli beklentilerini özgürlük talepleri ile tutarlı biçimde maksimize edip etmediğine bağlı olacaktır.

Nihayet, bölüşüm dalı (distribution branch), piyasaların temel yapılarını zaman zaman etkilemek suretiyle gelir ve servetin yaklaşık olarak adil bir bölüşümünü koruyacaktır. Bu dalın iki yönü birbirinden ayrılabilir. Birincisi, o bir veraset ve hediye vergileri sistemini işletir. Bu vergilerin amacı devlet gelirlerini artırmak değil fakat servet bölüşümünü ağır ağır ve devamlı bir şekilde düzeltmek ve özgürlük ile fırsat eşitliğini bozacak bir güç birikimine engel olmaktır. Bazılarının söylemiş olduğu gibi, örneğin Von Hayek (1960, s.90) servetin eşit olmayan verasetinin zekanın eşit olmayan verasetinden, esas itibarıyla daha eşitsiz bir

durum olmadığı kesinlikle doğrudur, ancak şu şartla ki bu eşitsizlikler fark ilkesini gerçekleştirmelidir. Böylece, büyük servet veraseti, en kötü durumda bulunanın yararına olduğu ve fırsat eşitliği ve özgürlük ile tutarlı olduğu zaman adildir. Bu son söylediğimizle kuşkusuz, sınıflar arasında beklenti eşitliğini kastetmiyoruz. Çünkü temel yapıdan kaynaklanan yaşam beklentileri farklılığı kaçınılmazdır ve bu farkların ne zaman adil olacağını söylemek kesinlikle ikinci prensibin amacıdır. Buna karşın, fırsat eşitliği herkese eşit eğitim ve kültür şansını garanti eden ve sosyal pozisyonlar için yapılacak iş ile ilgili kalitelere dayalı rekabete açık tutan bir dizi kuruluştan oluşur. Servet eşitsizlikleri ve yoğunlaşması belli bir seviyeyi aştığı zaman bu kurumlar tehlikeye düşer ve bölüşüm dalı tarafından getirilen vergiler, bu seviyenin aşılmasını engeller bu seviyenin hangi düzeyde olacağı, doğal olarak, teori, uygulama ve önsezi ile belirlenir, adalet teorisinin bu soru ile ilgili söyleyecek bir sözü yoktur.

Bölüşüm dalının ikinci kısmı, kamusal malların maliyetini karşılamak ve transfer ödemeleri ile benzerlerini yapmak için gerekli geliri sağlayacak vergi düzenlemeleridir. Vergi yükünün adil biçimde paylaştırılması gerektiği için bu düzenleme bölüşüm dalına aittir. Konu ile ilgili yasal ve ekonomik sorunları inceleyemesek de nisbi harcama vergilerinin (proportional expenditure taxes) ideal biçimde adil bir düzenin parçası olduğunu destekleyecek bazı noktalar mevcuttur. Her şeyden önce bu tür vergiler adaletin man-

tıksal kuralları yönünden gelir vergilerine tercih edilir. Çünkü, onlar kişiyi toplumun mal birikimine ne kadar katkı yaptığına göre değil bu birikimden ne kadarını harcadığına göre vergilendirir. (Burada, gelirin üretken gayretlerden hakça elde edildiğini var sayıyoruz). Ancak nisbi vergiler herkesi açıkça belirlenmiş yeknesak bir biçimde vergilendirir, (yine gelirin hakça elde edildiği varsayılıyor) ve bu yüzden bir bütün olarak sistemin adaletini korumak için, bir başka deyişle, büyük servetlerin özgürlük ve fırsat eşitliği ile benzerlerine zarar vermesini engellemek için artan oranlı (progressive rates) vergiler tercih edilmelidir. Eğer nisbi harcama vergileri, mesela dürtülere (incentives) daha az müdahale etmeleri gibi nedenlerle, daha etkin ise, ancak makul bir sistemin işleyişini sağladıkları zaman seçilebilir. (Kaldor, 1955) Yine de bu sorular bizim ilgi alanımız dışında kalan politik değerlendirmeye sorulardır; ve her koşulda nisbi harcama vergisi, tasvir ettiğimiz ideal sistemin bir parçası olabilir. Bundan, mevcut sistemde adaletsizlik varken oldukça dik bir artan oranlı gelir vergisinin, adaleti ve etkinliği iyileştirmeyeceği sonucu çıkmaz. Uygulamada daima adaletsiz, veya ikinci en iyi, düzenlemeler arasında seçim yapmaya mecburuz ve bu nedenle sorun en az adaletsiz olan durumu seçmektir.

Bölüşüm dalının biçimi ne olursa olsun, temel düşünce adalet olmalıdır: Bu biçim kabul edildikten sonra toplumsal sistem bir bütün olarak - adil bir anayasal ve hukuki sistemle çevrelenmiş rekabetçi ekonomi - en az et-

kinlik kaybı ile adalet prensiplerini gerçekleştirebilir. En az avantajının uzun dönem beklentileri eşit özgürlük talepleri ile tutarlı en yüksek düzeye çıkarılır. Bir bölüşüm sistemini tartışırken, verginin ödeme gücüne veya sağlanan yararlar göre belirlenmesini öngören geleneksel vergileme kriterleri ile ilgilenmedim. Aynı şekilde fedakarlık ilkesinin değişik türlerinden de söz etmedim. Bu standartlar, iki adalet prensibine tabidir; sorun bir bütün sosyal sistemin şekillendirilmesi olarak görüldüğü zaman, bu kriterler ücretler ile ilgili akıl kurallarından bağımsız olmayan ikinci derece kurallara niteliğini alır. Aksini düşünmek yeteri kadar geniş bir bakış açısına sahip olmamaktır. Bir adil bölüşüm dâhının oluşturulmasında bu kurallar, adalet prensiplerinin bütün sisteme uygulanması halindeki gereklere bağlı olarak yer alır veya almazlar.

12

Şimdi problemimiz tanımladığımız kurumlar sisteminin tümünün, devletin dört dâhıyla çevrelenmiş rekabetçi ekonominin, iki adalet prensibini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir. Sezgisel olarak bunun gerçekleşeceği söylenebilir, fakat biz bunu kesin biçimde belirlemeliyiz. Toplumsal sistemin bir bütün olarak özgürlük taleplerini karşıladığını farz edelim; sistem ilk prensibin ve açık ofis ilkesinin öngördüğü hakları güvenceye almıştır. Dolayısıyla sorun, özgürlüklerle tutarlı olarak devletin dört dâhını, temel yapının eşitsizliklerini fark ilkesi ile

uyumlu hale getirecek biçimde işletmenin bir yolu olup olmadığıdır.

Şimdi, yapılacak şeyin toplumsal minimumun uygun bir seviyede belirlenmesi olduğu apaçıktır. Şu ana kadar bu minimumun ne kadar yüksek olması gerektiği konusunda her hangi bir şey söylemedik. Mantık, doğru seviyenin, ülkenin ortalama zenginliğine dayanması gerektiğini ve diğer koşullar sabit iken, bu ortalama yüksekse minimumun yüksek olması gerektiğini; veya uygun seviyenin geleneksel beklentilere dayandığını öne sürebilir. Her iki düşünce de tatmin edici değildir. Birincisi yeteri kadar açık değildir, çünkü, minimumun servete nasıl dayanması gerektiğini açıklamaz ve bölüşüm gibi ilgili konuları ihmal eder. İkincisi ise geleneksel beklentilerin ne zaman rasyonel sayılacağına ölçütünü vermez. Ancak fark ilkesi kabul edildiği zaman minimumun, ücretleri dikkate alarak, en düşük gelir sınıfının beklentilerini maksimize edecek seviyede belirlenmesi gerekir. Transfer miktarlarını ve kamusal malların mevcut durumu iyileştiren yararlarını düzenlemek suretiyle, en az avantajının toplam gelirini (ücretler artı transferler artı kamu mallarının sağladığı yararlar) arttırmak veya azaltmak mümkündür. Toplumsal minimumu arttıran veya azaltan transferlerin ve yararların toplamını kontrol etmek, bütün sistem içinde fark ilkesini tatmin edecek bir alan oluşturur.

İlk bakışta böyle bir düzenlemenin çok yüksek bir minimumu gerektirdiği söylenebilir. Daha iyi durumda olanların büyük servetinin, herkesin eşit se-

viyeye gelmesini sağlayınca kadar azaltılacağını hayal etmek kolaydır. Fakat bu yanlış bir düşüncedir. En az avantajının üzerinde durulan beklentisi, bütün nesilleri kapsayan uzun dönemli beklentisidir; ve bu nedenle her hangi bir dönemde ekonomi belli bir miktarda (sıfır olması söz konusu olabilir) reel kapital birikimi bir kenara ayırmak zorundadır. Şimdilik bu miktarın belli olduğunu farzedelim, bu durumda toplumsal minimum şu şekilde belirlenir: Basitleştirmek amacı ile transfer ödemelerinin ve kamusal mallardan gelen yararların harcama (veya gelir) vergileri ile desteklendiğini varsayalım. Bu durumda minimumun yükseltilmesi tüketimin (veya gelirin) vergilendirildiği sabit oranın yükseltilmesini gerekli kılar. Farazi olarak, bu oran artırıldığında öyle bir noktaya gelinir ki bunun ötesine geçildiğinde şu iki şeyden biri gerçekleşir: ya gerekli tasarruf yapılamaz veya artan vergiler ekonominin etkinliğine o kadar çok müdahale eder ki en düşük sınıfın o döneme ait beklentileri iyileşmez aksine düşmeye başlar. Her iki durumda da uygun minimum seviyesine ulaşılmış olur ve herhangi bir artış yapılamaz.

Bütün kurumlar sisteminin iki adalet prensibini gerçekleştirmesi için bir adil tasarruf ilkesi (principle of just saving) farz edilir. Bunun için, bu güç sorunu ilgili bazı şeyler söylememiz gereklidir. Maalesef tasarruf oranının ne olması gerektiğini gösteren açık limitler mevcut değildir, reel tasarruf yükünün nesiller arasında nasıl bölüşüleceği sorusuna kabul edilebilir bir

cevap yoktur. Bununla birlikte etik yönden önem taşıyan bazı genel sınırlamalar öne sürülmesi imkansız değildir. Mesela, toplam refahı bütün nesillerde maksimize etmemizi isteyen klasik fayda prensibi, çok yüksek bir tasarruf oranını, en azından ilk nesiller için, gerekli kılar. Sözleşme doktrininde soruna tarafların hangi nesile ait olduklarını bilmedikleri veya aynı anlamda gelmek üzere, toplumlarının hangi ekonomik gelişme aşamasında olduğunu bilmedikleri başlangıç durumu açısından yaklaşılr. Bu durumda bilmezlik peçesi (veil of ignorance) tamdır. Bu durumda taraflar kendi kendilerine diğer nesillerin de aynı oranda tasarrufta bulunacakları faraziyesi ile, her gelişme aşamasında ne kadar tasarruf yapmaya istekli olduklarını so-racaktır. Bir başka deyişle bir birey, önereceği oranın bütün kapital birikimi aşamalarını düzenleyeceği gibi bir anlayışla, kalkınmanın her aşamasında ne kadar tasarruf yapmaya istekli olduğunu düşünecektir. Hiç kimse hangi nesile ait olduğunu bilmediğinden, problem her birinin durumu yönünden ele alınacaktır. Hemencecik anlaşılacağı üzere, bütün kuşaklar, belki birinci hariç, makul bir birikim oranının devam ettirilmesinden kazançlı çıkacaktır. Tasarruf süreci bir defa başladı mı, bütün gelecek kuşakların yararına olur. Her nesil, adil tasarruf ilkesinin tanımladığı miktarda hakça bir reel kapital miktarını kendinden sonrakine geçirir. Bu miktar bir önceki nesilden alınan karşılığı olup, daha sonrakilerin daha yüksek bir yaşam standardına sahip olmalarını sağlar. Sadece ilk ku-

şanın bundan yararlanmadığını farz edelim, çünkü onlar bu süreci başlat- tıklarında yaptıkları tasarrufun sonuç- larından bir pay almayacaktır. Bu ilk aşamada, nesiller yönünden bir oy bir- liği elde etmek için babaların, çocuk- ları uğruna tasarruf etmek istediklerini ve dolayısıyla, en azından bu olayda, bir kuşağın kendinden sonraki kuşağı düşündüğünü varsaymamız gereke- cektir. Bu varsayımlar altında adil ta- sarruf ilkesi üzerinde anlaşmak müm- kün olacaktır.

Bu durumda, bir adil tasarruf ilkesi, farazi olarak, toplumun fakir olduğu ilk kalkınma aşamalarında düşük bir tasarruf oranını ve toplumun daha zen- ginleşip sanayileştiği dönemde de da- ha yüksek bir tasarruf oranını gerekli kılacaktır. Bireyler koşullar kolaylaştı- ğı zaman, reel yükü daha az olacağı için daha çok tasarruf yapmayı makul bulur. Sonunda, belki öyle bir noktaya ulaşılır ki bunun ötesinde tasarruf ora- nı azalır veya tümüyle durur. Böyle bir durum, en azından toplumun başka şeyler üzerinde yoğunlaşacağı bir ser- vet düzeyi olduğunu ve bu servetin üretken tekniklerdeki iyileştirmeler nedeniyle amortismanları kapsamaya yeterli olduğunu farz ettiğimiz zaman gerçekleşir. Burada ele aldığımız konu bir adalet sorunu olarak bir toplumun ne kadar tasarruf etmesi gerektiğidir; eğer toplum çeşitli büyük projeler için tasarrufta bulunmak isterse, bu ayrı bir konudur.

Adil tasarruf durumunda karşılıklı ilkesinin (principle of reciprocity) özel bir yönüne işaret etmemiz gerekiyor. Normal olarak bu ilke avantajların

mübadelesine yani, iki tarafın birbiri- ne bir şeyler verdiği duruma uygula- nır. Fakat birikim sürecinde, hiç kimse kendilerinden bir şeyler aldığı kişilere bir şey vermez. Herkes gelecek nesil- lere verir ve kendinden önceki nesil- den alır. İlk nesil hiç bir yarar elde et- mez, halbuki daha sonraki nesiller, ta- sarruf gerekmeyen dönemde yaşayan- lar, en çok kazananlar ve en az veren- lerdir. Bu durum adil olmayan bir du- rum olarak görülebilir; ve fark ilkesi- nin formülasyonuna aykırı olarak, en kötü durumda olanlar en iyi durumda olanlar için tasarruf eder. Fakat bu iliş- ki her ne kadar olağanüstü ise de her hangi bir güçlüğün doğmasına neden olmaz. Sadece nesillerin zaman içine dağıldığını ve aralarındaki mübadele- nin tek yönlü olarak meydana geldiği- ni ifade eder. Bu nedenle, orijinal du- rum yönünden, eğer herkes kazana- caksa önceki nesillerden almak ve kendilerinden sonra gelenlere bunun hakça dengini aktarmak konusunda herkesin uzlaşması gerekir. Adalet il- kesi orijinal durumda seçilmesi gere- ken bir ilkedir ve adil tasarruf ilkesi üzerinde de anlaşıldığını varsayarsak, birikim işlemi adil bir işlemdir. Tasar- ruf ilkesi, herhangi bir nesilde tasarruf etmesi istenen temsili kişinin en düşük gelir sınıfına mensup olduğunu farz etmek suretiyle fark ilkesi ile telif edi- lebilir. Kuşkusuz bu tasarruf, eğer ya- pılıyorsa, yatırım sürecinde yer alma yönünden çok fazla bir şey olmaya- caktır, daha ziyade, birikimi teşvik eden ekonomik düzenlemeleri tasdik edici bir biçim olacaktır. En kötü du- rumda olanların tasarrufu bir politik

değerlendirme meselesi olarak, hayat standardını yükseltecek politikaların kabulü ile mümkündür, ancak bu du- rumda kendileri için mevcut kısa dö- nemli avantajlardan vazgeçerler. Bu tür düzenlemeleri ve politikaları des- teklemek suretiyle uygun tasarruf ya- pılabilir ve hiçbir temsili kişi nesil far- kı gözetmeksizin, diğer kişilerin ken- dine düşeni yapmadığından şikayetçi olamaz.

Tasarruf işleminin amaçladığı bir toplumun niteliğini ancak çok genel biçimde ortaya koyabiliriz. Böyle bir toplum, bireylerinin hiç tasarrufu ge- rektirmeyen fert başına en yüksek or- talama gelire ulaşmayı mümkün kılan ekonomik koşullarda en büyük eşit öz- gürlükten yararlandığı bir toplumdur. Bütün bunlar, maalesef, korkunç dere- cede belirsiz şeylerdir. Fakat bu genel kavram, yine de tasarruf işleminin amaçları ile ilgili bir ufuk belirler ve adil tasarruf ilkesi tümüyle belirsiz ol- maktan çıkar. Bir başka deyişle, ama- cın belli bir toplumsal duruma ulaş- mak olduğunu farzederiz, ve uygun bi- rikim oranı sorunu, ona ulaşmak için gerekli yükün nasıl hakça bölüşülece- ği sorunudur. Sözleşmeci düşünce, eğer bu soruna orijinal durumda bulu- nanların perspektifinden bakılırsa, or- taya çıkan tasarruf ilkesi kaçınılmaz biçimde belirsiz olsa da, yine önemli ahlaki sınırlamalar getirir. Birinci de- recede önemli olan, adil tasarruf soru- nuna doğru biçimde yaklaşmaktır, ne yapacağımız ile ilgili ilk kavram daha sonraki her şeyi belirler. Orijinal du- rum açısından, bütün nesillerin temsil- çileri, böyle diyebilirsek, bir adil top-

lumun kurulması ve korunması güçlü- ğünün nasıl bölüşüleceği konusunda anlaşmalıdır. Herkes bir tasarruf ilke- sinin benimsenmesinden kazançlı çı- kar, fakat herkesin bir başkası için fe- da edemeyeceği kişisel çıkarları var- dır.

13

İki adalet prensibini gerçekleştiren kurumlar sisteminin iskeleti şimdi ta- mamlanmıştır. Çünkü adil tasarruf oranı belirlendikten sonra, en azından geniş sınırlar içinde, toplumsal mini- mumun seviyesini belirleyecek bir kri- tere sahip oluruz. Transferlerin topl- mı, en düşük gelir sınıfının benimse- nen uygun tasarrufla ve sürdürülen eşit özgürlükler sistemi ile tutarlı bek- lentilerini maksimize etmelidir. Ku- rumların bu şekilde düzenlenmesi za- man içinde bölüşüm paylarının belirli bir kalıbını yaratır ve herkes, meşru beklentilerinin dayandığı kuralların kendisine tanıdığı toplam geliri (ücret- ler artı transferler) alır. Bu tüm kalıbın esaslı bir özelliği, pür bir işlemsel ada- let unsuru ihtiva etmesidir. Yani, belli malların ve hizmetlerin belli kişilere adil dağıtımını belirlemek için sanki bu şeylerin dağıtımında ekonomik bi- rimlerin seçimlerinden bağımsız sade- ce tek bir yol varmış gibi bir girişimde bulunulmaz. Aksine, esas düşünce, iş- birliğine katılan kişilerin gayretleri ve yasal beklentileri tarafından ortaya ko- nulan bölüşümün, nasıl bir bölüşüm olursa olsun, adil olmasını sağlayacak bir kalıp belirlemektir.

Pür işlemsel adalet kavramı, tam (perfect) ve tam olmayan (imperfect)

işlemsel adaletin mukayesesi ile açıklanabilir. En basit hakça bölüşüm problemini ele alalım. Belirli sayıda insan bir pastayı bölüşecektir: hakça bir bölüşümün eşit bir bölüşüm olduğunu farz edersek, nasıl bir işlem bu sonucu verecektir? En açık çözüm, pastayı bölüştüren kimsenin en son dilimi almasıdır. Bu durumda pastayı bölüştüren onu eşit biçimde bölecektir, çünkü böyle yapmakla kendisine mümkün olan en büyük payı garantileyebilecektir. Bu durumda bölüşümü hakça kılan bir bağımsız kriter vardır. Problem, bu sonucu yaratacak ve pastayı bölecek bir yöntem, bir kurallar bütünü kullanmaktır. Hakça bölüşüm problemi, tam işlemsel adalet bir örnek oluşturur. Sonucun adil olmasını sağlayacak bağımsız bir kriter vardır ve bu sonuca ulaşmayı garanti edecek bir yöntem belirleriz.

Tam olmayan işlemsel adalet örneği ceza davalarında (criminal trial) görülür. İstenen sonuç, eğer isnat edilen suç işlenmişse, davalının suçlu olduğunun ilan edilmesidir. Yargılama işlemi bu sonucun araştırılması ve ortaya konulması ile sınırlanır, fakat bu sonuca varmayı garantileyecek kuralları belirleyemeyiz. Yargılama yöntemleri teorisi hangi delil kurallarının ve benzerlerinin, diğer amaçlarla tutarlı biçimde, bu amacı geliştirecek şekilde nasıl hesaplanacağını inceler. Farklı yöntemlerin her zaman olmasa da çoğu defa, farklı durumlarda doğru sonuçlar vereceği durumlarla tutarlı biçimde, bu amacı geliştirecek şekilde nasıl hesaplanacağını inceler. Farklı yöntemlerin her zaman olmasa da ço-

ğu defa, farklı durumlarda doğru sonuçlar vereceği ümit edilebilir. Bu nedenle yargılama tam olmayan bir işlemsel adalet halidir. Yasa dikkatle izlenmiş ve yargılama hakça ve usulüne uygun yapılmış olsa bile, yanlış sonuç verabilir. Masum bir insan suçlu bulunabilir, suçlu bir insan serbest bırakılabilir. Bu gibi durumlarda bir adli hatadan (miscarriage of justice) söz ederiz: adaletsizlik bir insan hatasından değil fakat kuralların amacını mağlup eden koşulların birleşiminden kaynaklanır.

Tam işlemsel adalet kavramı kumar ile açıklanabilir. Eğer bir grup insan bir dizi hakça (fair) bahse girişirse, son bahisten sonraki para dağılımı nasıl bir dağılım olursa olsun hakçadır veya en azından haksız değildir. (Kuşkusuz burada hakça bahisin sıfır beklentiye tanımlayan bahisler olduğunu, gönüllü olarak yapıldıklarını, hiçbir hile olmadığını vs.farz ediyoruz). Herkesin elindeki para toplamını oyunun başındaki toplam paraya eşit kılan bir dağıtım, bir dizi hakça bahis sonucudur; ve bu anlamda bütün dağıtımlar aynı derecede hakçadır. Sonuçları hakça olan bölüşüm de hakçadır. Pür işlemsel adalet mevcut olduğu zaman, adil sonucu belirleyen işlem sürdürülmelidir, çünkü bu durumda kendisine başvurulacak bir sonucun adil olduğunu belirleyecek bağımsız bir kriter yoktur. Aşıkardır ki belli bir takım faaliyetlerin, adil bir işlemi izleyerek ulaşılacakları için adil olduklarını söyleyemeyiz. Böyle bir şey çok ileriye gitmeye, saçma ve adil olmayan sonuçlara ulaşmaya neden olur. Kumar

örneğinde, mesela, ortaya çıkabilecek her bölüşümün kabulü gerekecektir. Bahisin sonucunu hakça kılan, onun bir dizi hakça kumarın sonucu olmasıdır.

Bu nedenle, adil bölüşüm payları oluşturmak için bir adil kurumlar bütünü oluşturmak ve tarafsızca yönetmek gerekir. Adil bir anayasa ve düzen işleyen dört devlet dalı mevcut iken, nasıl şekillenirse şekillensin, fiili servet dağılımını adil kılan bir işlem vardır. Böyle bir işlem, herkesin anlaştığı ve kimsenin şikayet etmediği ilkelere gerçekleştiren adil bir kurumlar sisteminin sonucu olarak ortaya çıkacaktır. Durum, bir tam işlemsel adalet durumudur, çünkü sonucun yargılabileceği bir bağımsız kriter yoktur. Belli bir servet dağılımının, sadece adil kurumlardan kaynaklandığı için adil olduğunu söyleyemeyiz, böyle bir şey kavramın boyutlarını çok fazla aşmak olur. Kuşkusuz adil kurumlarla ulaşılan bir çok bölüşüm vardır ve bu durum bölüşümü sınıflar arası yönden de alsak, bazı mal ve hizmetlerin belli kimselere dağıtım yönünden de alsak geçerlidir. Sonsuz sayıdaki bölüşümler içinden birini adil yapan, toplumca anlaşılmış bir işbirliği çerçevesinde gerçekleşmiş olmasıdır. Böyle bir durum, herkesin, kendisinin ve başkalarının hareketleri kendi yasal beklentileri ve birbirlerine olan sorumlulukları tarafından yönlendirildiğinde, hakkı olanı alması halinde gerçekleşir. Kurumların adil sistemi içinde beraberce çalışmadığımız sürece, bahse girişmeksizin hakça kazanıp kaybedeceklerimizden

daha fazlasını sağlayan adil bir servet bölüşümüne ulaşamayız.

Bölüşüm paylarının bu açıklaması, tam rekabetçi fiyat sisteminin hakça bir oyun olarak düzenlenmesi halinde ekonomik kazançların adil olacağını öne süren tanınmış tezin basitçe geliştirilmiş halidir. Fakat bunu yapabilmek için bir sosyal sistemi bütünüyle seçerek işe başlamak zorundayız, çünkü bütün düzenlemelerin temel yapısı adil olmalıdır. Ekonominin uygun kurumlarla çerçevelenmesi gerekir, çünkü tam etkin bir fiat sistemi, kendi başına bırakıldığı zaman adil bölüşüm payları belirleyecek bir eğilime sahip değildir. Sadece ekonomik faaliyetin adil bir anayasa ile düzenlenmesi ve devletin dört dalı ile kontrol edilmesi yetmez, aynı zamanda gelecek nesillere gerekli birikimi sağlayacak bir adil tasarruf fonksiyonunun benimsenmesi gerekir. Bu nedenle bölük pörçük reformlarla yetinmeyiz, çünkü bütün bu esaslı sorunlar uygun bir biçimde ele alınmadıkça, sonuçta ortaya çıkacak bölüşüm paylarının adil olacağının bir teminatı yoktur; eğer kurumlar ile ilgili başlangıç seçimleri doğru yapılırsa, bölüşüm adaleti kendi başına gerçekleşir. Bir adil sistem çerçevesi içinde, vatandaşlara, başkalarının benzer özgürlüklerine saygılı oldukları sürece, dernekler kurmak, gruplar oluşturmak izni verilebilir. Toplumsal yaratıcılık ile geniş çeşitlilikte zevklere ve becerilere hitap edecek, çeşitli ekonomik ve sosyal faaliyetler icat edilebilir, ve bütünün temel yapısında ki adalet etkilenmedikçe bireyler, toplanti özgürlüğü ilkesine uygun olarak,

istedikleri faaliyete girmek ve görev almakta serbest bırakılabilirler. Ortaya çıkan bölüşüm, nasıl olursa olsun adildir. Tanımladığımız kurumlar sistemi, farz edelim ki, iyi düzenlenmiş bir toplumun temel yapısıdır. Bu sistem, tam olarak nasıl gerçekleşeceklerini göstermek suretiyle, iki adalet prensibinin içeriğini yansıtır, ve aynı sistem ikinci en iyiler arasındaki politik yargıya yollama yapmak suretiyle bir toplumsal ideali belirlediği gibi izlenecek reformların uzun dönemli yönünü de gösterir.

14

Üçüncü soruyu ele alarak sonuca ulaşabiliriz: Bu adil bölüşüm payları kavramı adaletin sağduyu (common-sense) ya dayalı kavramı ile bağdaşabilir mi? Sözleşme doktrinini açıklarken çok özel hatta çok eksantrik ve özellikleri fark ilkesinde merkezileşen bir kavrama yöneliktir. Bu kavramın açık tanımları yok denecek kadar az olduğu gibi, geleneksel faydacı ve kurmcu kavramlardan da büyük ölçüde farklıdır. Bu soru cevaplandırılması kolay olmayan bir sorudur, çünkü adaletin felsefi kavramları, tartıştığımız kavram da dahil, ve sağduyuya dayalı kanaatler, çok net değildir. Ayrıca uygulamada sonuçları, esas itibarıyla, nasıl bir ağırlık verildiklerine bağlı olan prensipler ile ahlaki kurallar arasında terkipler oluşturma eğilimimiz bir karşılaştırma yapmayı zorlaştırır, çünkü verilecek ağırlık belirsiz olduğu gibi koşullara göre de değişir ve bu nedenle, sistematize etmeğe çalıştığımız sezgisel yargılara dayanır.

Şu hak kavramını ele alalım: Toplumsal adalet pozitif yönden iki şeye dayanır: Bölüşüm eşitliğine (refah seviyelerinin eşitliği olarak anlaşılmalıdır) ve toplam refaha (bütün bireylerin elde ettiği faydalar toplamı olarak anlaşılmalıdır). Buna göre bir sistem eğer her iki yönden de daha iyi ise yani, eğer belirlediği beklentiler hem daha az eşitsiz ve refah toplamı daha büyükse hiç kuşkusuz diğer sistemden daha iyidir. Bir başka hak kavramı eşitlik ilkesi yerine toplumsal minimum ilkesini ikame etmek suretiyle elde edilebilir; ve böylece bir kurumsal düzenleme, eğer beklentiler toplamı daha yüksekse ve en yüksek minimumu sağlıyorsa, başka bir kurumsal düzenlemeden hiç kuşkusuz daha iyidir. Buradaki düşünce, hiç kimsenin belli bir yaşam standardının altına düşmesine izin vermeyen bir sınırlamaya tabi beklentiler toplamını maksimize etmektir. Bu kavramlar içinde eşitlik ve toplumsal minimum ilkeleri, adalet talebini, toplam refah ilkesi ise etkinlik prensibini temsil eder. Fayda ilkesi, gücü adalet prensibi ile sınırlanmış etkinlik ilkesinin rolünü üstlenir.

Uygulamada bu tür ilkelerden oluşan bileşimler yararsız değildir. Politikaların değerlendirileceği makul standartları belirler ve uygun kurumsal yapı temelini mevcut ise doğru sonuçlar verir. İlk kavramı ele alalım: bu kavram tarafından yönlendirilen bir kimse çoğu defa doğru karar verir. Mesela, fırsat eşitliğinden yana olacaktır, çünkü herkesin daha çok eşit şansa sahip olması etkinliği arttıracak ve eşitsizliği azaltacaktır. Bununla birlikte bir ku-

rumun bir ilkeye uygun düştüğü fakat bir başkasına ters düştüğü zaman gerçek bir sorun ortaya çıkar. Bu durumda her şey, ilkelerin ağırlığına bağlı olacaktır, fakat sorun bunun nasıl yapılacağıdır. İlkeler arası kombinasyonlar bu soruya cevap vermez ve karar sezgiye bırakılır. Çünkü belli bir toplam refah ile belli derecede eşitsizliği birleştiren her düzenleme için birey, ilkenin yol göstermesi olmaksızın, toplam refahta ne kadar bir artışın (veya azalışın), mesela, eşitlikte ne kadar bir azalış (veya artışla) dengeleneceğine karar vermek zorunda kalacaktır.

İki adalet prensibini kullanan bir kimse de eşitlik ile toplam refah arasında bir dengeye ulaşmak için çabalayacaktır. İlkeler arasında bir bileşim benimseyeceğini öne süren bir kimsenin, iki adalet prensibine, belli ağırlıklar vermek suretiyle dayanmadığını, fakat farkında olmadan eşitlik ve toplam refaha verdiği ağırlıkların, eğer bu iki ilkeyi uygulamış olsaydı vereceği ağırlıklarla aynı olmayacağını nasıl bilebiliriz? Kuşkusuz, uygulamada ilkeler bileşimine başvuran veya sözleşme doktrinine dayanan kimselerin, bu davranışlarını hak ile ilgili anlayışları tamamen tatmin edilinceye kadar sürdüreceklerini söylesek de, sorun açık kalır. Ağırlıkların belirlenmesi için mevcut olan geniş alan, sorunu çözümsüz bırakır.

Ayrıca benzer durumlar diğer pratik standartlar için de söz konusudur. Mesela, gelir bölüşümünün, ihtiyaç ve güvenlik istemlerine değil, eğitim ve tecrübe, sorumluluk ve katkı ve benzeri bir takım özelliklere dayandığı geniş

kabul gören bir durumdur. Bu gibi sağduyu kuralları nasıl dengelenecektir? Yine, ekonomi politikasının önemli amaçlarının rekabetçi etkinlik, tam istihdam, uygun bir büyüme hızı ve iyi bir gelir dağılımı olduğu genellikle kabul edilir. Modern demokratik bir devlette bu amaçlar eşit özgürlük ve fırsat eşitliği ile tutarlı bir biçimde gerçekleştirilir. Bu amaçlarla ilgili bir tartışma yoktur. Bunlar iki adalet prensibini kabul etmiş olan herkes tarafından kabul edilecektir. Fakat değişik politik görüşler bu amaçları değişik şekilde dengeler, dolayısıyla biz bunlar arasında seçimi nasıl yapacağız? Gerçek şudur ki bu tür kural ve amaçları kabul edeceğimiz zaman aramızda pek az anlaşırız; hakça ayrıntılı bir ağırlık verme işlemi tam bir adalet kavramı içinde mevcuttur. Çoğu defa sağduyu kurallarını ve politika amaçlarını sıralamakla ve belli sorunlarda ilgili koşulları incelemek suretiyle bunlar arasında bir denge sağlayacağımızı ekleyerek memnun oluruz. Bu sağlam bir pratik öğüt olmakla birlikte, adalet kavramını ifade etmez. Sözleşme doktrininde ise, ilke, kural ve politika amaçları arasındaki kombinasyonların hepsine, en az avantajlı durumda olanın beklentilerini, gerekli tasarrufun yapılması, eşit özgürlük ve fırsat eşitliği sisteminin devamı ile tutarlı olacak biçimde, maksimize edecek bir ağırlık verilir.

Sözleşme doktrini ilk başta ve özellikle eşitsizlikleri ele altı biçiminde, özel bir kavram gibi görünüyorsa da, temeldeki adalet prensiplerini açıkla-

yabilir ve her günkü yaşamımızda yer alan yargıların ağırlıklarını kontrol edebilir. Durumun gerçekten böyle olup olmadığına, iki prensibin sonuçlarının ayrıntılı bir biçimde geliştirilmesi ve herhangi bir ihtilaf olup olmadığına bakılması suretiyle karar verilebilir. Büyük ölçüde herhangi bir ihtilaf olmayacaktır. İncelediğimiz yargıların sabit noktalarında bir ihtilaf olmadığını kesinlikle umuyoruz. Belki de temel sorun, bir kimsenin, bir başka kimsenin iki prensibi temsil eden hak kavramını kabule hazır olup olmadığıdır. Çünkü, görmüş olduğunuz gibi, sağduyu ağırlıklar konusunu belirsiz bırakmıştır. İki prensip, sağduyunun söyleyecek pek az şeyinin olduğu durumlarda nisbeten kesin bir prensip öne süren sıradan fikirlere çok fazla karşı çıkmaz.

Netice olarak, demokratik bir toplumda ortak (common good) çıkarı dikkate almak politik bir mukaveledir. Hiç bir siyasi parti herhangi bir toplumsal çıkarın aleyhine yasal düzenleme yapmak için girişimde bulunmaz. Fakat, felsefi yönden böyle bir anlaşma nasıl anlaşılmalıdır? Kuşkusuz etkinlik prensibinden (Pareto tipi bir anlamda) daha fazla bir şeydir ve devletin herkesin çıkarını eşit biçimde etkileyeceğini fark etmez. Henüz bir tek bakış açısından daha fazlasını maksimize edemeyeceğimiz için, bir demokratik toplumun özellikleri belli iken, en az avantajlıyı seçmek ve onların uzun dönem beklentilerini vatan-daşlığın eşit özgürlükleri ile tutarlı biçimde maksimize etmek doğaldır. Aynca, adil olduklarını büyük bir gü-

venle düşündüğümüz politikalar, en azından, bu sınıfın zenginliğine pozitif bir katkıda bulunur ve bu nedenle bu politikalar her yerde adildir. Böylece fark ilkesi, tam bir adalet kavramı seçme lüzumu ile karşılaştığımızda, demokrasi politik mukavelesinin makul biçimde genişletilmiş şekli olarak görünmektedir.

REFERANSLAR

- GAUTHIER,D. (1963), *Practical Reasoning*, no.126
- HARE,R.M. (1963), *Freedom and Reason*, Clarendon Press
- HARSANYI,J.C. (1953) 'Cardinal Utility in Welfare economics and in the theory of risktaking', *J.Polit.Econ.*, vol.61,no.434.
- HARSANYI,J.C. (1955), 'Cardinal welfare, individualistic ethics and interpersonal comparisons of utility', *J.Polit. Econ.*, vol.63, no.309.
- HUME,D. (1779), *A Treatise of Human Nature*, book 3, part 3, section 1.
- KALDOR,N. (1955), *An Expenditure Tax*, Allen&Unwin
- KANT,I. (1786), *The Foundation of the Metaphysics of Morals*, Bobbs-Merrill, 1959.
- MILL,J.S. (1867), *Utilitarianism*, Doubleday, 1965.
- NELSON,L. (1956), *System of Ethics*, Trans. N.Guterman, Yale University Press.
- PARETO,V. (1909), *Manuel d'Economie Politique*, Kelly.
- PENNOCK,J.R (1950), *Liberal Democracy: Its Merits and Prospects*. Holt, Rinehart&Winston.

PERRY,R.B. (1944) *Puritanism and Democracy*, Vanguard.

RAPHAEL,D.D. (1950-51), 'Justice and liberty', *Proceedings of the Aristotelian Society*, new series, vol.51,pp.187ff.

RAWLS,J.(1958) 'justice as fairness', *Philos.Rev.*,Vol.67,no.164.

RAWLS,J. (1963), 'Constitutional liberty and the concept of justice', *Nomos*, vol.6.

RAWLS,J. (1967), 'Distributive justice', in P.Laslett and W.G.Runciman (eds.), *Philosophy, Politics, and Society*, 3rd. Series, Blackwell.

RAWLS,J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

SANTAYANA,G. (1906), *Reason and Society*, Scribner.

SIDGWICK,H. (1907) *The Methods of Ethics*, 7th edn, Macmillan.

SPFİGELBERG,H. (1944), 'A defense of human equality', *philosoph.Rev*, vol.53.no. 101,pp. 113-23.

TAWNEY,R.H. (1952) *Equality*, 4th edn, Allen&Unwin

VON HAYEK,F. (1960), *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press.

Evrenselcilik, İnsan Hakları ve Liberalizm Üstüne^(*)

Doğan Özlem^(**)

Felsefe Etiği: Felsefe Kavramları Felsefe Anlayışlarına GöreliDir

Felsefe kavramları nötr ve masum değildirler. Onlar ancak belli felsefi anlayışlar, görüşler, tavırlar ve nihayet yüzyıllar içerisinde geleneğini bulmuş "izm"ler açısından tanımlanabilirler. Gerçi yeni bir anlayış, görüş, tavır pekala ortaya konabilir; fakat bir anlayış, görüş ve tavrıdan bağımsız kavramlar ortaya konamaz. Başka bir deyişle, felsefe kavramlarının felsefe anlayışlarından, felsefi görüşler ve tavırlardan vd. bağımsız tanımları yoktur. Dolayısıyla bu kavramları tanımlarken veya kullanırken, hangi anlayış, görüş, tavır, "izm" vd. açısından tanımlanıp kullanıldıklarını belirtmek gerekir. "Ben bu kavramı bağılı olduğum şu anlayış, benimsediğim şu görüş vd. doğrultusunda tanımlıyorum; başka anlayışlar aynı kavramı kendi doğrultularında başka şekilde tanımlarlar veya tanımlayabilirler" demeyen bir felsefeci, yapmış olduğu tanımın özellikle felsefeyle doğrudan ilişkili olmayanlar gözünde biricik geçerli tanım olarak görülmesine yol açabilir ki; bu, felsefe etiği açısından kınanması gereken, dürüstlük ve düşünce namusuyla bağ-

daştırılamayacak olan bir durumdur. Felsefe etiği, kendi anlayış ve görüşünün tek, biricik geçerli anlayış ve görüş olmadığı, başka anlayış ve görüşlerin de geçerli olabileceği bilincine ve duyarlılığına sahip olarak felsefe yapmayı buyurur.

Bizde, "evrenselcilik", "insan hakları" ve "liberalizm" kavramları, son zamanlarda çok büyük ölçüde liberal eğilimlilerin tekeline işlenmekte, karşıt eğilimler ya önemsizleştirilmekte ya da hatta yok sayılmakta, yani felsefe etiğine gereğince uyulmamaktadır. Çünkü bu kavramları son yüz elli yıldır liberal olmayan bir çizgide yoğun şekilde işleyen, fakat hiç de "liberal" olmayan bir tutumla unutturulmak, bastırılmak istenen güçlü bir gelenek vardır. Felsefe düzleminde bu konuları en yoğun şekilde tartışan iki felsefe tipi ise, evrenselci felsefe ile tekilci/tarihselci felsefedir. Ben burada, bu kavramları bu iki tip felsefe açısından birkaç cümleyle karşılaştırmalı olarak ele aldıktan sonra; konuya ilişkin daha önceki yazılarımdan bazı aktarmalarla, evrenselci felsefenin bu kavramlar için verdiği tanımların tekilci/tarihselci felsefe açısından ve hu-

kuk ve siyaset felsefeleri bağlamında bir küçük eleştirisini sunmaya ve bizde bu konuda özellikle 1980'li yıllardan sonra yaygınlaşan tek yanlılığın giderilmesine küçük bir katkıda bulunmaya çalışacağım.

Evrensel ve Evrenselcilik Üstüne

"Evrensel" ve bağılı olarak "evrenselcilik" kavramları, felsefede binlerce yıldan beri bir kutuplaşma içerisinde tanımlana gelmişlerdir. Bu kutuplaşma, "evrensellik" ile "bireysellik", "tümellik" ile "tikellik" ve "genellik" ile "tekillik" kavramlarının anlaşılış biçimlerinde ortaya çıkan ve önce mantıksal, ontolojik, epistemolojik, daha sonra ahlâksal, hukuksal, siyasal boyutları olan bir kutuplaşmadır. Bu kutuplaşma, mantıktan ontoloji ve epistemolojiye, ahlâktan hukuk ve siyasete kadar, tümelcilik-tikelcilik, evrenselcilik-adçılık (nominalizm), (son olarak son yüz elli yıldan bu yana) pozitivism-tarihselcilik karşıtlıklarında somutlaşır. Bu kutuplaşma o kadar köklü bir kutuplaşmadır ki; felsefe tarihi boyunca ortaya konulan felsefi anlayışları, "izm"leri, bu kutuplaşmada bulundukları yer bakımından değerlendirmek, onların anlaşılması ve değerlendirilmesi bakımından bir gerekliliktir. Bu kavramları bu kutuplaşmaya gönderme yapmadan ele almak, başta belirttiğim gibi, felsefe etiğine de asla sığmaz.

Evrensel kavramını sahiplenenler ve "evrenselcilik"i savunanlar, genellikle rasyonalist/idealist filozoflar ve felsefe okulları olmuştur. Onlar "evrensel"i, çok kaba olarak, "evrenin bütününe yayılan, evrenin bütünü ve ev-

rendeki herşey için geçerli olan, hiçbir istisna kabul etmeyen şey, yasa, ilke" anlamında kullanırlar. Ahlâksal, toplumsal alanda ise, bir düşünce, doğruluğunu tüm ilgili insanların teslim etmesi anlamında, evrenselci; başka bir ifadeyle, tüm insanların kabul ettiği, onayladığı bir düşünce, evrenselci.

Evrenselcilik de, özellikle ahlâksal/toplumsal alan için yapılan "evrensel" tanımına koşut olarak, ahlâksal/toplumsal yaşamda "genelgeçerlik ve doğruluğun ölçütü olarak tüm insanların onayını temele alma"yı hedefler. Bu onayı almış bir düşünce, artık evrenselleşmiş sayılır. Evrenselcilik özellikle din, ahlâk, hukuk ve siyaset ve nihayet ve özellikle felsefe alanlarında binlerce yıldan beri çok etkili olmuş bir tavidir. Örneğin, bazı evrenselciler, ahlâk alanında hazza dayalı mutluluğun tüm insanlar için istenen bir değer olduğuna inandıklarından, tek tek her insanın tüm insanların mutluluğunu amaçlaması gerektiğini, ahlâksal yaşamın ancak bu yolla evrenselleşebileceğini ileri sürerler. Bunun yanı sıra, evrenselcilik, Batı kültür tarihinde en çok teolojide etkili olmuştur. Hristiyan teolojisine göre, Tanrı tüm halkların babasıdır, kurtuluşa ermek bakımından tüm insanlar aynı ve eşittir. Tanrı hiçbir ulus, ırk veya halkı, koruma ve inayet bakımından birbirinden ayırmaz. Tanrı'nın iyiliği ve inayeti evrenselci.

Ne var ki, tüm insanların onayladığı bir geçerlilik ve doğruluk ölçütü bulmak ve buna bağılı olarak ahlâksal/toplumsal yaşamda evrensel değerler konumlayıp bunları realize etmek,

(*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı sempozyumda sunulmuştur.

(**) Prof. Dr. Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

insanlık tarihine, kültür tarihine bakıldığında, mümkün olmamıştır. Öyle ki, evrensel, düşüncede hep aranan, çok zaman bulunduğu da inanılan, ne var ki insanlık tarihinin hiçbir döneminde somut olarak gerçekleşmeyen veya gerçekleştirilemeyen bir şey olarak kalmıştır. Örneğin, mutluluk, onu yaşamın amacı sayanlar için bir evrensel ölçüt olabilir; fakat yine örneğin Kant, ahlâksal yaşamın amacının mutluluk olamayacağını öğretmiştir. Bir başka örnek: Tanrısal inayeti evrensel sayanlar, Tanrı'ya inananlardır; inananlar için böyle bir evrensellikten söz edilemez. Kısacası, "evrensel"in, "tüm insanlar için geçerli kabul edilen düşünce" diye, biçimsel, yani içeriksiz bir tanımlı yapılabilir; fakat somut ve içeriksiz olarak "evrensel"in ne olduğu belirlenemez. Tuhaf, fakat gerçek olan şudur ki, herhangi bir alanda "evrensel"in ne olduğuna, tüm insanlar değil, farklı bireylerin ve farklı insan gruplarının çeşitli felsefeleri, dinleri, ahlâk anlayışları, hukuk öğretileri, siyasal inanç ve ideolojileri karar vermekte ve böylece yaşanan şey, aynı alanla ilgili birden fazla evrensel arasındaki rekabet olmakta, fakat bu "evrensel"lerden herhangi biri tüm diğerlerini sahnedan silip tek başına herkes için geçerli olamamaktadır. Başka bir deyişle, "evrensel"in içerik olarak ne ifade ettiği hep tartışmalı olduğundan, "evrensel"in evrensel bir tanımını yapmak imkânsızlaşmaktadır.

Evrenselcilik, felsefe tarihinin erken dönemlerinden beri eleştirilmiş, karşıtı bulmuş bir anlayıştır. Ve evrenselciliğin felsefe tarihinin hemen

her dönemindeki başlıca karşıtı, adçılık (nominalizm) olmuştur. Adçılara göre tümel ve/veya evrensel diye bir şey yoktur, yalnızca tikeller, tekiler vardır. Dünya farklı tekilerin dünyasıdır ve insan söz konusu olduğunda bu tekilerin her biri bir birey, toplum söz konusu olduğunda ise, gruplar, zümreler, sosyal sınıflardır. Ne var ki, her bir tekil için bir ad koymaya kalkışsaydık, düşünmede ve dilde büyük zorluklarla karşılaşırız. Düşünmede ve dilde tasarruf sağlamak için özerli itibarıyla farklı olan tekileri, benzer yönlerini gözeterek bir küme, bir sınıf, bir genel kavram altında topluyor ve onlara bir ortak ad koyuyoruz. İşte tümeler/evrenseller, düşünmede ve dilde tasarruf sağlasın diye bizim tarafımızdan ortaya konulmuş adlardan, düşünme faaliyetini külfetten kurtaran simgelerden başka bir şey değildirler. Tümelelerin/evrensellerin varlığı ve gerçekliği yoktur; gerçek olanlar sadece tikeller, bireylerdir.

Ben, çalışmalarımı, büyük ölçüde adçı (nominalist) bir epistemolojiye dayanan hermeneutik geleneği içerisinde sürdürdüm ve sürdürmekteyim. Çeşitli görünümleriyle evrenselciliği otuz yıldır eleştiriyorum. "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi" başlıklı bu köşüğümün amacını gözeterek, burada eleştirilerimi evrenselciliğin hukuk ve siyaset alanlarındaki görünümüne yöneltceğim.

Evrensellik fikri düşünen kafalar için her zaman çok câzip bir fikir olmuştur. Öyle ki, düşünen kafaların büyük çoğunluğunun, felsefe ve bilimde evrensele ulaşma çabası kadar ahlâkta,

hukukta ve siyasette de evrenseli toplum yaşamına sokma, evrensel bir toplum düzeni oluşturma girişiminden vazgeçmedikleri görülür. Bu girişim, ilk bakışta çok saygıdeğer bir girişim olarak görülebilir. Ne var ki, bilgi alanında evrenseli arama serüveni kadar toplumsal/hukuksal/siyasal alana da evrenseli sokma çabaları, insanlık tarihi içinden bakıldığında, doğruyu bulma aşkına ve tüm insanlığın yararına sürdürülmüş olsalar ve bu yüzden saygıdeğer olsalar bile, beklenenin tersine, düşünce ve eylemde farklılaşmanın, hizipleşmenin ve çatışmanın en etkili güdümlayicileri olmuşlardır. Çünkü, biraz önce de değindiğim gibi, tüm insanlar için bilgide kanıtlanmış ve ahlâk, hukuk ve siyasette üzerinde uzlaşmış bir evrensellik olmadığından, evrensellik, daima, bazılarının görüş, eğilim ve inançları doğrultusunda savunulan ve savunmakla kalmayıp ona içtenlikle inananların yine içtenlikle dayattıkları bir şey olmaktan kurtulamamıştır ve bu dayatma başka bazılarının görüş, eğilim ve inançları doğrultusunda başka evrenselliklerin dayatılmasına yol açmış, bilgide, ahlâkta, hukukta, siyasette ve hepsinden önce felsefede, uzlaşmazlık ve çatışmayı besleyip durmuştur. Tam da bu yüzden, "evrensel"i felsefede ve bilimde bulduklarına veya ahlâkta ve siyasette oluşturduklarına veya onun ergeç oluşturulacağına içtenlikle inananlar, farkında olsunlar olmasınlar, totaliter, globalist ve dayatmacılıklarından ötürü otoriter olmuşlardır.

Evrenselci felsefe ve evrenselci bilim, Batı tarihinin son üçyüz yılına es-

kisiyle oranlanamayacak ölçülerde damgasını vurmuştur. Özellikle Aydınlanma, bilgide pozitif bilimcilik, ahlâkta, hukukta ve siyasette liberalizm yoluyla evrensele ulaşılabilceğine inanmıştır. Aydınlanma, gelenekleri, yönetim biçimleri ne kadar farklı olursa olsun, tüm toplumların evrensel ideler olarak özgürlük ve eşitlik idealleri altında, ergeç homojen bir dünya toplumu halinde birleşeceklerini öngörmüştür.

Hukuk Felsefesinde Evrenselcilik: Hukuk Devleti ve İnsan Hakları

"Hukuk devleti" idesi, Aydınlanmaya özgü evrenselciliğin 19. yüzyılda hukuk felsefesi alanındaki en etkili ürünü olmuştur. Aslında hukuk devleti idesi, adı konulmamış olsa da, ilköğretimden beri mevcuttur ve devlet kudretini sınırlandırma ihtiyacının bir ürünü olagelmıştır. Modern hukuk devleti, devlet kudretini "birey"in hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırmayı hedefler. Bu nedenle modern hukuk devleti idesinin güdümlayici değerleri, bireyin özgürlüğü ve insan hakları olmuştur. Devlet kudretini bireyin lehine sınırlandırmak amacıyla ise, devletin bir anayasayla çerçevelenmesi, devlet faaliyetlerinin hepsinin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun üstünlüğü), hukuk kurallarına bağlılığın bağımsız yargı organlarıncı sağlanması, bireylerin mal varlıklarına yapılan müdahalelerin önlenmesi, başta olmak üzere; bazı araçlara başvurulması gerektiği tasarlanmıştır. Hukuk devleti ile sağlanmak istenen de, evrensel olduklarına inanılan hakların, "insan hakları"

denen hakların, yaşama, özgürlük, eşitlik, çalışma, eğitim alma, sağlıklı yaşama, meslek sahibi olma, uygun bir yaşama standardına ulaşma, mahremiyeti koruma, özel yaşamın korunması, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, bilimsel, felsefi ve sanatsal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vd. türünden hakların güvence altına alınmasıdır.

Ben, burada, "hukuk devleti" ve "insan hakları" nosyonlarının düşüncedeki ideal geçerliliği ve bu anlamda yine düşüncede yaratılmış evrensellikleri ile ilgilenmiyorum. Beni ilgilendiren, bir nominalist ve tarihselci olarak, "hukuk devleti" ve "insan hakları"nın sadece birer ad (nomina) olarak kaldıklarını, onların düşüncede yaratılmış idealiteleri ile pratik yaşam arasında bir örtüşmenin gerçekleşmediğini, dünyada henüz böyle bir örtüşmenin yaşandığı bir devlet ve toplum olmadığını saptamaktır.

İnsanlık tarihi bize şunu öğretiyor: Normatif hukukun tüm bireyler (yurttaşlar) için geçerli sayılan ilke ve kavramlarının düşüncede yaratılmış ideal evrenselliği ile farklı bireylerin, farklı grupların, farklı zümrelerin, farklı sınıfların ve nihayet farklı toplumların farklı çıkar, ilgi, amaç ve değerlerinin tekilliği ve özgüllüğü arasında kapatamaz bir uçurum vardır. En önemlisi de, evrenselci bir söylem içerisinde gruplar-üstü, sınıflar-üstü, çıkarlar-üstü, yönetimler-üstü, ideolojiler-üstü bir şekilde sunulan bir hukukun arkasında da, bir grubun, bir sosyal sınıfın ve giderek bir kültür çevresinin ilgi, çıkar, amaç, değer, yönelim, zihniyet

ve ideolojisinin yattığı, özellikle Yeniçağ Batı tarihinden bildiğimiz bir hussustur.

Adçı (nominalist) bir epistemolojiye sahip olmasıyla evrenselciliğe karşıt bir felsefi tavra sahip olan hermeneutik felsefenin en önemli saptamalarından birisi, insanın tarihsel bir varlık olduğu, tarihsel koşullar ve koşullanmalar içerisinde ve belli bakış açıları, zihniyetler, çıkarlar ve amaçlar güdümlünde düşündüğü, yarattığı ve ürettiği; üstelik düşündüğü, yarattığı ve ürettiği her şeyin tarih içerisinde değiştiği ve döndüğüdür. Dolayısıyla insanın tasarımı yapıp uygulamaya koyduğu her şey, hukuk da dahil olmak üzere, tarihsellikten, değişip dönüşmeden nasibini alır. Bu nedenle, insanlara ve toplumlara ait her şeyi, kendi tarihsellikleri, kendi bir defahlıkları içerisinde kavramak ve değerlendirmek esastır. Böyle bir felsefi tavrıla bakıldığında, "evrensel" teriminin fiktif bir terim olduğu, evrensellik taşıdığı düşünülen veya evrensellik taşıması arzu edilen bir şeyin, ona içtenlikle inanılmış olsa da, bir grup, bir zümre, bir sınıfın amaçlarına, değerlerine, zihniyetlerine, ideolojilerine bağlı kaldığı ve bunlara hizmet ettiği görülür.

Bu durumda, "hukuk devleti" ve "insan hakları" kavramlarının arkasında yatan grupsal, zümresel, sınıfsal amaç, değer ve zihniyetin ne olduğunu sormak gerekir. "Hukuk devleti" ve "insan hakları" kavramlarını yaratan bir sosyal sınıf vardır ve bu sosyal sınıf, ideoloji olarak liberalizmi benimsemiş olan burjuvazidir. Bu demektir ki, "hukuk devleti"ni ve "insan hakla-

rı"nı liberal ütopyadan, liberal dünya görüşünden, liberal zihniyetten ve liberal ideolojiden ayrı ele almak, onları aşkınlıktır mümkün değildir. Alman hukuk felsefecisi ve hukukçusu Franz L. Neumann, Der Bürgerliche Rechtsstaat (Burjuva Hukuk Devleti) adlı eserinde (1979) bu durumu şöyle ifade etmektedir.

"Hukuk devleti ve insan hakları kavramlarını yaratmakla, burjuvazi, kendi devletini soyut devlet kavramı ile özdeşleştirmek istemiştir. Liberal burjuvazi, sadece kendi devletini hukuk devleti olarak adlandırmakla, kendi talepleriyle uyuşmayan diğer bütün devlet tiplerini, hukuksuzluk devletleri ya da despotluklar kategorisine yerleştirmiştir. Hukuk devleti ve insan hakları kavramlarının ortaya atılmasında, burjuvazinin kendisini ulus, kendi devletini de soyut devlet idesi ile özdeşleştirme eğilimi gizlidir" (Franz L. Neumann, Der Bürgerliche Rechtsstaat, Frankfurt/M., 1978, s.119. Aktaran: Mithat Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, İstanbul 2000, S. 30).

Bu durumda, "hukuk devleti" ve "insan hakları" konseptlerinin arka planını görebilmek için liberalizmin ne olduğu ve onun tarihsel seyri, birkaç vurguyla sınırlı kalsa da., anımsanıp değerlendirilmelidir.

Liberalizmin İki Yüzü ve İki Yüzlülüğü

Son iki yüz yıllık Batı siyasal tarihinin bize öğrettiği üzere, evrenselci felsefe tipi içinde yer alan bir anlayış olarak liberalizmin iki yüzü vardır ve bu

iki yüz birbiriyle bağdaşmaz. Bu yüzlerden birisi "siyasal liberalizm" teriminde ifadesini bulurken, diğeri "ekonomik liberalizm" veya "kapitalizm" olarak anılır. Siyasal liberalizmle birlikte düşünülmesi gereken bir de "hukuksal liberalizm" vardır ki, ifadesini "hukuk devleti" ve "insan hakları" kavramlarında bulur. Ne var ki, liberalizm, uygulamada, hukuksal ve siyasal liberalizmden çok daha fazlasıyla ekonomik liberalizme yani kapitalizme dayanır ve bu yönüyle, insanların doğuştan eşit olmadıklarını, insanlar arasında yetenek, zekâ ve beceri farklılıkları olduğunu, yetenekli ve becerikli olanların bu yetenek ve becerilerini özgürce sergilemeleri, serbestçe mal, mülk ve sermaye sahibi olup yatırım yapmaları gerektiğini, toplumların da esasen bunların "özgür girişim"leri sayesinde geliştiklerini öğretir. Böylece, siyasal ve hukuksal liberalizmin teoride kalan eşitlikçi yönü ile ekonomik liberalizm olarak kapitalizmin eşitsizlikçi yönü arasındaki karşıtlık ve bundan doğan gerilim, son iki yüz elli yıldır, asla giderilemeyen, hatta yumuşatılamayan bir karşıtlık ve gerilim olarak yaşanmıştır, yaşanmaktadır. Ekonomide sosyal sınıfları, aşırı gelir dengesizliğini, bir sosyal sınıf veya grubun diğer sosyal sınıf veya gruplar karşısında üstünlüğünü insanlar arasındaki eşitsizliğin doğal sonucu olarak gören ve bu yüzden kaba bir natüralizme dayanan bu liberalizm, yine kendisinin sebep olduğu ekonomik ve sosyal eşitsizliklerden kaynaklanan toplumsal sorunların ve huzursuzlukların üstesinden gelememiştir, gelemeye-

mektedir; ayrıca bunu doğal karşıladığı için gelmek de istememektedir. O böyle bir üstesinden gelme gayretini, 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. Yeniçağ Batı tarihi, bize, bu tehdidin azalması oranında liberalizmin eşitsizlikçi uygulamalarda pervasızlaştığını, hatta vahşileştğini öğretiyor. Kapitalizm, 1830'lu yıllardan sonra ikinci kez, günümüzde, böyle bir vahşileşme dönemine yeniden girmiş görünüyor. Tarihsel olarak bakıldığında, "hukuk devleti", "insan hakları", "bireyin özgürlüğü" gibi albenili kavramlar, uygulamada, vahşi kapitalizmin vahşetini gizleyen, Batı'nın dünya üzerindeki egemenliğini perçinlemeye yarayan bir işlev yüklenmişlerdir. Bu kavramlar vahşi kapitalizmin eşitsizlikçi yapısının şatafatlı örtülerine dönüşmüşler ve kapitalist Batı'nın uluslararası ilişkilerinde, Batı'nın lehine çalışan, Batı'nın iktidarını güçlendiren silâhlar haline gelmişlerdir.

Burada hassas nokta şudur: "Hukuk devleti", "insan hakları" gibi konseptlerin yaratıcısı olan Batı ülkelerinde bunların gerçekleşmesi için içtenlikli bir çaba gösterilip gösterilmediği ülkemizde yeterince soganmamakta, Batılı ülkeler bu konseptlerin yaşama geçirildiği ülkeler gibi algılanabilmektedirler. Oysa bize düşen, bu kavramları tüm dünyaya ihraç eden Batılı devletlerin önce kendilerinin bu konuda ne durumda olduklarını görmek,

yani onların bu konseptleri ne ölçüde kendi halklarının sosyal yaşamlarına sokabildiklerini, Batı karşısında bir eksiklik ve ezilmişlik duygusuna (Batı bu duyguyu şırınga etmeyi iyi becerir) kapılmadan, soğukkanlılıkla tartışmaktır. Bu konuda şüpheli olunmalı, Batılı devletlerin kendilerini hukuk devletini gözetken, insan haklarına saygılı devletler olarak göstermeyi iyi becermeleri ve bunu iyi reklam etmeleri, hukuk devletini tamamen gözettiklerinin, insan haklarına sonuna kadar saygılı olduklarının kanıtı sayılmamalıdır. Uluslararası siyasetin, binlerce yıldan beri bir hegemonya kavgası olduğu, bugün de böyle olmaya devam ettiği açıktır. Bu kavgada her türlü silâha ve araca başvurulduğu da bilinen bir husustur. Son iki yüzyıldır Batı, kendi ürettiği ve evrensel olduğuna dünyayı inandırmaya çalıştığı kavramları da birer hegemonya aracı olarak kullanmayı iyi öğrenmiştir. Siyasal tarih, fikirlerin silâh olarak kullanılmasının örnekleriyle doludur. Son dönemde Batı, dünyaya egemen olma siyasetini "küreselleşme" adı altında sürdürmektedir. Bu siyasette, "hukuk devleti" ve "insan hakları" konseptleri, Batı dışı dünyaya karşı dıştan bakıldığında albenili birer vitrin süsü olarak görünse de, aslında oldukça etkili birer silâha dönüşmüşlerdir.

Bu hususun iyice altının çizilmesi gerektiğine inanıyorum: AB çatısı altında birleşme gayreti içinde olan Avrupalı devletler dahil olmak üzere Batılı devletlerde karşılaştığımız liberalizm, son derecede pragmatist, çıkarıcı ve iki yüzlü bir liberalizmdir. Buralar-

daki "liberal demokrasi", bizim gibi ülkelerde abartıldığı gibi, hiç de gerçek bir demokrasi değildir. Biraz önce liberalizmin, ekonomik ve siyasal/hukuksal olmak üzere, iki yüzüne değinmiştim. Bugün dünyaya yön veren, eşitsizlikçi ekonomik liberalizmdir, vahşi kapitalizmdir; eşitlikçi, hukuk devletine ve insan haklarına saygılı hukuksal ve siyasal liberalizm değildir. Ve liberalizmin bu iki yüzü aynı zamanda onun iki yüzlülüğü, riyakârlığı olarak algılanmalıdır.

Günümüzde hukuk felsefesi sorunlarının, liberalizmin ve bağlı olarak hukuk devleti ve insan hakları konseptlerinin reel, tarihsel bir irdeleme ve eleştirinin konusu yapılmadan ele alınmasının büyük bir eksiklik olduğunu, bizim ülkemiz gibi ülkelerde hukuk felsefesi tartışmalarının özellikle böyle bir irdeleme ve eleştiri eşliğinde sürdürülmesinin bir gereklilik, ayrıca sömürgeleşme/sömürgeleştirilme sürecine itilmiş gibi görünen bizim ülkemizde hatta bir zorunluluk olduğunu vurgulayarak sözlerimi bitiriyorum.

Liberalizmin Meşruiyet Zemini

Neşet Toku"

Liberalizm, tek tek herkes anlamında, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, anayasal devlet yoluyla, muhafazasının teorisi ve pratiği olarak tanımlanabilir. Bu paraleldeki düşünceler, Batının on yedinci yüzyıl sonrası entelektüel tarihinin en göze çarpan özelliği olmasına rağmen, "liberal" kelimesi çok sonraları kullanılmaya başlanmıştır. Siyasal bir anlayışı belirtmek üzere "liberal" kelimesi ilk defa 1810-1811 yıllarında İspanya'da isyancıları nitelemek için, icat edilmiş ve 1820'lerden itibaren de Avrupa'nın diğer ülkelerinde biraz da kötü anlamda, kullanılmıştır. Liberalizm doktrinine gelince, bu tabirin kabulü ve övülme-ye değer olarak görülmesi, 1947'de İsviçre'de kurulan, Mont Pelerin' Topluluğu sayesinde, ancak yirminci yüzyılın ilk yarısından sonra gerçekleşebilmiştir.

Şüphesiz, liberalizme yönelik olumsuz tavırlar nedensiz değildir. Yanlış bile olsa, bugün dahi liberalizme bir takım kötü anlamlar yüklenmesinin gerekçesi, Batının endüstriyel gelişim sürecinde, endüstride çalışan insanları acımasızca sömürmüş olma-

sından kaynaklanmaktadır. Artık bilinmektedir ki endüstrileşme, ister kapitalizm isterse sosyalizm gibi, hangi adlar altında gerçekleştirilmişse gerçekleştirilsin, sömürü karşılığında yaşanmıştır. Liberalizmin, isteyerek veya istemeyerek, esasta on dokuzuncu yüzyıl kapitalizmine ait "laissez faire" ekonomik yöntemiyle aynileştirilmesi de maalesef ona yönelik eleştirilere haklılık kazandırmaktadır. Aslında, liberalizmin talihsizliği, onun siyasal bir doktrin olarak geliştiği dönemde değil de ekonomik bir doktrin olarak geliştiği dönemde adının konmuş olmasıdır. Bu yüzden ki liberalizm, siyasal bir çağrışım yapmaktan çok ekonomik bir çağrışım yapar olmuştur. Neticede de liberaller, kapitalist olarak adlandırılmış ve çalışan sınıfların ve fakir insanların süregelen düşmanlığını kazanmıştır.

Günümüzde hala birçokları, liberalizmden, laissez faire şeklinde söz ederek, onu "ekonomik liberalizm" diye adlandırılan kapitalizm ile kötü bir biçimde karıştırıp, liberalizme büyük bir haksızlık yapmaktadırlar. Oysaki liberalizm, temelde siyasal bir doktrin

olup, Marksistlerin ifade ettikleri gibi kapitalist laissez faire ekonomisinin üst-yapısı değildir. Liberalizme, laissez faire kaidesinden daha çok zarar veren hiçbir şeyin olmadığı muhakkaktır. Son derece müphem bir tabir olan, laissez faire deyiminin liberalizm ile ilişkilendirilmesi, liberalizmin dayandığı prensipleri tahrip etmekten başka bir şeye yaramamıştır.² Dolayısıyla bu deyim, liberalizmin "lazım-ı gayrı müfarık" unsuruymuş gibi düşünülmemesi gerekir. Mesela John Locke (1632-1704), siyasal anlamıyla, bir liberaldi ama bir laissez faire ekonomisi teorisyeni değildi. Locke için liberalizm demek, hukuk devleti ve anayasal demokrasi demektir. Liberal siyasal sistemin savunulmasının nedeni de yaratılıştan özgür ve eşit olan insanların hayat, hürriyet ve mülkiyet gibi (lives, liberties, estates : property) temel ve doğal haklarının, yalnızca böyle bir sistemde muhafazasının mümkün görülmesiydi.³ İnsanlar doğal olarak özgürlerdi, fakat özgürlük, ekonomide mutlak serbest ticaret ve de en güçlüğün yaşayabilmesi demek olmayıp, siyasal özgürlük demektir. Özel mülkiyet, emekle elde edilen bir haktır, ama "sahip olmak için sahip olmak" ya da sadece sınırsız mal biriktirmek yahut sermaye birikimi sağlamak değildi. Yalnızca geçinebilmek ve hayatı kolaylaştırabilmek için, üreten bir ekonomi ve sürekli olarak farklılaşan bir güvensizlik ortamında, basitçe yaşama şansını artırmak anlamına gel-

mekteydi. Kısacası özel mülkiyet, korunma ve güvenlik demektir. Elbette ki sahip olmak, bir tür iktidara sahip olmak anlamına geliyordu ancak, siyasal platformda özerklik kazanmak anlamına gelmiyordu.

Siyasal bir doktrin olan liberalizmin, şüphesiz ekonomik bir boyutu vardır. Onun bu yönü, rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisine vurgu yaparsa da bunun nedeni ekonomiye hiçbir biçimde müdahale edilmemesini savunmak değil, planlamacı bir ekonomi ön görüldüğü takdirde onun, hukuku ve dolayısıyla siyaseti de planlamaya kalkışacağı endişesidir. Planlamacı ekonomi anlayışının, her şeyi planlamaya kalkışmamasının, zaten imkanı da yoktur. Liberalizm, serbest piyasa ekonomisiyle bu en temel bağlantısı açısından dahi ekonomik bir aksiyoma indirgenemez. Liberalizmin asıl hedefi, bireyi ön plana çıkararak, onu güvencilemek yani mülkiyetle donatmaktır. Güvenliğin temini olarak özel mülkiyetin, ekonomik bir hayat anlayışıyla çok az ilgisi vardır. Serbest piyasa ekonomisi, liberalizm için bir sebep değil, bir sonuçtur. İnsanların temel hak ve özgürlüklerinin planlamacı bir anlayışla tehlikeye düşmesini engellemek için uyulması gereken bir ekonomik yöntemdir. Dolayısıyla liberalizm, ortaya çıkış gerekçesinin aksine, ki o imtiyazlı zümrelere karşı özgürlük ve eşitlik talebiydi, serbest piyasa ekonomisi yöntemiyle, geçmiştekilerin yerini alması istenen, yeni bir

(*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

1 Eamonn Butler, Hayek, Çev., Y. Z. Çelikkaya, Liberal D. T. Yay., Ankara, 1996, s. 6.

2 F. A. von Hayek, Kölelik Yolu, Çev., T. Feyzioğlu - Y. Arsan, Liberal D. T. Yay., Ankara, 1995, s. 18, 85.

3 J. Locke, Two Treatises of Government, Book II., Ed. P. Laslett, Cambridge Uni. P., Cambridge, 1994, Chap. I.

imtiyazlı zümre yaratmanın projesi olamaz.

Bu şekildeki bir yaklaşım, ekonomik refaha karşı, bir küçümseme ve kayıtsızlık, hatta karşıtlık olarak anlaşılmamalıdır. Burada kastedilen şey, aklı başında insanların nihai gayesinin hiçbir zaman ekonomi olamayacağıdır. İnsanların şu ya da bu yöndeki eylemlerinde, gerçek anlamda ekonomik motivasyonlar mevcut değildir. Sadece diğer hedefler uğrunda çabalarında etkili olan ekonomik faktörler mevcuttur. Ekonomik motivasyon denilen şey, esasında bir takım hedeflere ulaşmak için istenilen genel imkanlar, özellikle de iktidar arzusudur. Daha çok kazanmak için mücadele edilmesinin nedeni, şüphesiz paranın insanlara çeşitli imkanlar sağlamasıdır. Modern toplumun geniş tüketim imkanlarına rağmen, sahip olunan paranın sınırlı oluşu ve bunun, nisbi fakirlik şeklindeki tezahürü, çoğu insanın paranın bizzat kendisini, fakirliğin nedeni olarak görüp, ondan ve ona sahip olanlardan nefret etmelerine yol açmıştır. Aslında bu düşünce, sıkıntının gerçek nedenleriyle, belli bir gücün tezahür vasıtasını, yani parayı karıştırmak demektir. Para, insanoğlunun icat etmiş olduğu en önemli özgürlük vasıtalarından biri olup, şüphesiz insanlara çeşitli imkanlar karşısında büyük ölçülerde seçme özgürlüğü yaratır.⁴ Kısacası para, daha doğrusu sahip olunan ekonomik imkanlar, liberalizm için, insanların özgürlük ve eşitlik gibi te-

mel hedeflerine ulaşmalarında önemli olmakla birlikte, yalnızca bir vasıta durumundadır. Bir şeyin vasıta olarak görülmesiyle, ona kapitalizmde olduğu gibi aşık olunması elbette ki farklı şeylerdir.

Marksistlerin değerlendirmelerinin aksine, siyasi liberalizm esasında, laissez faire kapitalizminden çok çok öncedir. Siyasi otorite sorununa yönelik liberal çözümün, serbest piyasa ekonomisine sahip olunmayan bir ortamda çözüm olamayacağı kabul edilse bile, bu hiçbir zaman, liberalizmin serbest piyasa ekonomisinin bir ürünü olduğu şeklinde yorumlanamaz. Liberalizmin toplumsal-siyasal platforma yönelik üretmiş olduğu esas proje, doğuştan imtiyazlı olduğunu iddia eden zümrelere karşı, yalnızca zenginlerin özgürlüğünün ve eşitliğinin temini ve iktidara katılımının sağlanması değil, zengin olmayanların da özgürlüğünün ve eşitliğinin temini ve iktidara katılımının sağlanmasıdır. Zaten bu nedenle liberalizm, tek tek herkes anlamında, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, anayasal devlet yoluyla, muhafazasının teorisi ve pratiği olarak tanımlanmaktadır. Eğer liberalizm terimi Batıda, on dokuzuncu yüzyıl endüstriyel gelişim sürecinde, çalışan insanların ve bugünkü tabirle üçüncü dünya ülkelerinin sömürüldüğü dönemde değil de J. Locke'un döneminde icat edilmiş olsaydı laissez faire kapitalizmi ile karıştırılıp, ona kapitalizmin ödemesi gereken bedel ödetilmeyecekti.⁵

⁴ Hayek, a.g.e., s. 94.

⁵ G. Sartori, *Demokrasi Teorisi Geri Dönüş*, Çev., T. K. - M. T., TDV. Yay., Ankara, 1993, ss. 400-410.

Liberalizm, esasta bireye saygı ve bireysel özgürlük kavramsallaştırmalarıyla hukuki platformda, hem her bir bireyin eşit kabul edilmesi zorunluluğunu, hem de onlara toplumsal hayatta kendilerini kabul edilir kılabilmele-ri için fırsat eşitliğinin sağlanması gerekliliğini savunan siyasal doktrindir. Bir amaç olarak bireye saygı, siyasal uygulamaların eşit ve adil olmasında ve tüm bireyler için haklılaştırılabilir olmasında ısrar etmektir. Bireye birey olarak saygı göstermek, onların kendi hayatlarıyla ilgili düşüncelerinin ve pratiklerinin kendilerine ait bir mesele olduğunu kabul etmek ve bireysel kabiliyet ve temayülleri inkişaf ettirmelerinin saygıya değer olduğuna inanmaktır.⁶ Bu manada liberalizmin moral yol gösterici ilkesi, siyasetin herkesi kapsamak anlamında kamusal platformda meşrulaştırılması ve haklı kılınmasıdır (justification). Haddizatında liberalizmin özü, kamusal meşruiyetten başka bir şey de değildir.

Liberalizmin kamusal platformda haklılaştırılması, bir normatif meşruiyet teorisini zorunlu kılar. Böyle bir teori, kamusallığın prensiplerinin belirlenmesine ve insanların bu prensiplere gönüllü bir biçimde bağlı kalmasına yardımcı olacaktır. Bu, bir anlamda siyasete moral epistemolojik bir zemin hazırlamaktır. Daha önce de belirtildiği üzere, liberalizmin özü, siyasetin kamusal olarak meşrulaştırılması olduğundan, onun niçin tercih edilmesi gerektiğinin, moral bir epistemolojiyle temellendirilmesi icabeder. Bu

kontekste liberalizmin toplumsal hayatın tanzimine yönelik cevaplandıracağı sual; "siyasal iyyinin veya siyasal doğrunun anlamı nedir?" ya da "siyasal iyyinin veya siyasal doğrunun hakikatı nedir?" soruları değil, "siyasal ve moral yargılar herkes için nasıl haklılaştırılabilir?" sorusudur. Sosyolojik zeminde ele alındığında liberal sistemin meşruiyeti (legitimacy) oldukça kompleks bir sorundur. Acaba, meşruiyetten kasıt, popüler konsensüsün sağlanması mıdır? Şüphesiz, bir siyasal anlayışın haklılığı (justification), yurttaşların çoğunluğunun yaygın kabulü ile savunulamaz. Liberalizmi diğer siyasal anlayışlardan ayırt eden temel özellik, kendisini işte bu noktada göstermektedir. Açıkta ki liberalizmin temel özelliği, bütün bireyler anlamında halkın rızasına (consent) dayanmasıdır. Liberalizmin üzerinde durduğu ana husus, sistemin kabulü için teorik ve pratik nedenlerin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğidir. Bu noktada yapılması gereken, toplumsal hayata yönelik doğrular ve yanlışlar konusunda, genel bir rasyonel inanç teorisi geliştirmektir. Bunun da yolu siyasetin hem özel hem de kamusal platformda birlikte haklılaştırılmasıdır (justification).

Liberalizm açısından kamusal alan, insanların belirli bir anlayış çerçevesinde eşitlendiği, bireylerden bağımsız devlete ait bir alan olmadığı gibi, özel alan da bireylerin, kamusal alanda yaşayamadıkları farklılıklarını yaşayabilecekleri, bir nevi tecrit alanı değildir.

⁶ Hayek, a.g.e., s. 15.

Kamusal alan, bireylerin tüm farklılıklarıyla birlikte var olabilecekleri ve eşit tanınacağı, herkese ait eşitlik alanı; özel alan ise hiç kimsenin bir diğerrinin eşiti olduğunu iddia edemeyeceği, yalnızca bireyin kendisine ait olan, bireysel mahremiyet alanıdır. Bunun aksine uygulamalar, sadece otoriter ve totaliter yönetimlere aittir. Ne demok-rasiyle ne de liberalizmle ilgisi vardır. Liberalizmin, kamusal alanda da özel alanda da haklı kılınmasına imkan sağlayan anlayış, doğal hukuk doktri-nidir. Yani doğal hukuk, liberalizmin hem etik ve epistemolojik temeli hem de toplumsal hayatın tanziminde bireylerin ilişkilerini nasıl düzenleye-ceklerine dair, doğruları ve yanlışları gösteren rasyonel norm sistemidir. Doğal hukuk; aklın ışığıyla öğrenile-bilen, rasyonel doğaya neyin uyup ne-yin uymadığını gösteren ve bu neden-le de emredici veya yasaklayıcı olan, tanrısal iradenin bir buyruğu şeklinde tanımlanabileceği gibi, apriori olarak metafizikten, insanın doğasından ya da adaletin özünden çıkarılan norm şeklinde de tanımlanabilir.⁷ Ancak do-ğal hukuku, aklın buyruğu olarak ad-landırmak, doğru değildir. Çünkü akıl, doğal hukuku kurgulayıp tesis ede-mez. Olsa olsa onu, insanların kalple-rine yerleştirilmiş bir kanun olarak araştırıp, keşfedebilir. Şüphesiz, doğal hukukun varlığı herkes tarafından bili-nemeyebilir. Bütün insanlar yaratılış olarak akılla donatılmış ise de bazı in-sanlar vardır ki aklın ışığını kullanamaz veya kullanmaz, karanlığı tercih

eder. İnsan gözlerini açmadığı ve ge-zinti için tamamen hazır olmadığı tak-tirde güneş bile ona gideceği yolu gös-teremez. Bu nedenle doğal hukukun bilinmesi konusunda insanların ço-ğunluğuna değil, akıl ve kavrayışı güçlü olanlara başvurulmalıdır. Her ne kadar insanların daha akıllıları bile do-ğal hukuk ve onun gerekleri hususun-da tam bir mutabakata varamamışlarsa da bundan, doğal hukukun var olmadı-ğı sonucu çıkmaz. Aksine ona yönelik tartışmalardan, onun mevcut olduğu sonucu çıkar.

Doğal hukukun varlığı; insanların vicdanından, yani kötü davranışta bu-lunan hiç kimsenin vicdanen kendisini temize çıkaramaması gerçeğinden de öğrenilebilir. Vicdani yargı, doğal hu-kukun var olduğunu gösterir. Aklın, itaat edilmesini emrettiği doğal hukuk olmasaydı, kanun olmadan herhangi bir yargılama imkanı bulunulamaya-cağı için, insanların vicdanlarının, ey-lemelerini yargılaması ve neticede suç-lu ya da suçsuz bulması da mümkün olamazdı. Doğal hukukun varlığı; ev-renin yapısından da çıkarılabilir. Ev-rende mevcut olan her şey, doğalarına uygun var oluş tarzını, tabi oldukları doğal kanunlara bağlı olarak gerçek-leştirirler. Bütün varlıkların formunu, faaliyet biçimini ve ölçüsünü belirle-yen şey, tabi olunan doğal kanunlardır. Evrendeki her şeyin böylesi doğal ba-ğlılıkları varken, insanın olmaması ihtimal dahilinde değildir. Ona diğer varlıkların üstünde ruh, müdrike, akıl ve faaliyette bulunmak için gerekli her

şeyi vermek ve bütün bunlara rağmen doğal bir sorumluluk yüklememek uy-gun görülemez.

Doğal hukukun varlığı; bizatihi top-lumsal hayatın kendisinden de çıkarı-labilir. Doğal hukuk olmasaydı insan-lar kendi aralarında hiçbir sosyal münasebet ve birlik oluşturamazlardı. Toplumsal hayatın dayanağı olan söz-leşmeler ve sözleşmelerin tatbikini sağlayan devlet, meşruiyetini doğal hukuka borçludur. Yöneticiler, istedik-leri şekilde kanun yapma veya kanun-ları yenileme ve diğer insanların efen-dileri olarak, egemenlikleri lehine her şeyi yapabilme gücüne sahip olsalardı ve kendilerini bağlayan üst bir hukuk, doğal bir hukuk olmasaydı, böyle bir durumun insaniliğinden bahsedilebilir miydi? Eğer insanlar, sadece başkala-rının güçleri için hazır bir av olmak amacıyla bir toplumun üyesi olsalardı, şüphe yok ki toplumun üyesi olmak onlara hiçbir şey sağlamayacaktı. Her-hangi bir devletin pozitif kanunları, devlete itaati ve toplum barışını koru-mayı emreden doğal hukuk sayesinde bağlayıcıdır. Doğal hukuk olmadan, yöneticiler, güç kullanarak ordular yardımıyla toplumu itaate zorlayabi-rlirler, fakat onları, kontrolü asla müm-kün olmayan bir duruma da sokmuş olurlar. Çünkü insanların sözleşmele-rini ve ona vefalı bir şekilde uymaları-nı sağlayan doğal hukuk olup, o yoksa sözleşme de vefa da uyum da yok ola-caktır. Zorlamalara maruz kalan insan-lar, kendilerini zorla itaate mecbur bı-rakanlardan elbette kurtulmaya da ça-lışacaklardır. Kanunlara itaat ve sada-

kat yükümlülüğü, doğal hukuktan de-ğil de egemen gücün irade bildirimin-den çıkarılmaya çalışılırsa insanlardan vaatlerine sadık kalmaları beklenile-mez. Doğal hukuk olmasaydı her şey insanın keyfi iradesine dayanmak zo-runda kalacak ve sorumluluk gereği davranış diye bir şeyden bahsedileme-yeceği için de insan, fayda ya da haz-zın emrettiği veya kör ve kanunsuz iç-güdünün rastgele sarıldığı eylemden başkasını yapamayacaktı. Yine, dürüstlük ve erdemlilik terimleri anlam-sız görülecek veya içi boş kelimeler-den başka bir şey olmayacaktı. Oysaki dürüstlüğün ve erdemliliğin ihmal edildiği bir toplumsal hayatın imkanı yoktur. Kısacası; gayesi, insanoğlunun muhafazası olan doğal hukuk, ebedi bir kural (eternal rule) olarak daima vardır.

Bu çerçeveden bakıldığında insan-ların, sahip olmak için insan olmaktan başka herhangi bir şartı gerektirme-yen, yaşama hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkı (lives, liberties, esta-tes: property) gibi temel ve doğal hak-larının kaynağı; ne onların zevkleri, ne toplumun ortak çıkarı, ne de devletin determinasyonudur. Bütün insanlar için geçerli olan temel ve doğal haklar, doğrudan doğruya doğal hukuktan kaynaklanırlar. Dolayısıyla, liberal bir siyasi düzende hiç kimse bir diğerrinin rızası hilafına, onun temel ve doğal hakları üzerinde tasarrufta bulunamaz. Öyle ki insanlar, temel ve doğal hakla-rından, kendileri isteseler bile ne vaz-geçebilir ne de onları başkasına devre-debilirler. Böyle bir durum, insanın

⁷ Stig Jergensen, *Hukuk ve Toplum*, Çev., Ü. Yükselbaba - N. Beysan, Donkişot Yay., İstanbul, 2001, s. 66.

doğasına da aklına da aykırıdır. Bir insanın hayatını muhafaza edebilmesi için, onun mutlak ya da keyfi otoritelerden bağımsız olması yani özgür olması gerekir. Özgürlük, kimilerince zannedildiği gibi, herkesin her istediği şeyi yapabilmesi değil; insanların kişiliklerini, eylemlerini ve sahip oldukları şeyleri doğal hukukun müsaade ettiği ölçülerde tanzim edebilmeleri noktasında, başkalarının keyfi isteklerinden, zorbalıklarından ve engellemelelerinden uzak ve bağımsız olmalarıdır. İnsanlar, kendilerine ait hususlarda doğal bir özgürlüğe sahip iseler de kendi kendilerini ya da başkalarını yahut da başkalarına ait hakları imha etme özgürlüğüne de elbette sahip değillerdir. Yani özgürlüğün doğal bir sınırı vardır. Bu sınırı belirleyen de yine doğal hukuktur. Liberal bir düzende, insanlar doğal mülkiyet hakkına sahip iseler de elbette ki doğal olarak özel mülkiyet hakkına sahip değillerdir. Doğal mülkiyet hakkına sahip olmaktan kasıt, doğanın spontane ürünleri üzerinde müşterek kullanım hakkına sahip olmaktır. Doğanın spontane ürünleri üzerinde hiç kimsenin özel sahipliği, özel tasarrufu söz konusu olamaz. Özel mülkiyet, doğuştan elde edilen bir hak değil ise de emekle elde edilen bir haktır. Bireyin kendi emeği, kendi çabasıyla elde etmiş olduğu şey, onun özel mülkiyeti (property) denir. Emekle elde edilen şeyler üzerinde, müşterek kullanım hakkından bahsedilemez. Kısacası özel mülkiyet, emekle birlikte var olmaya başlar. Emeğin sahibi (proprietor) olan in-

san, özel mülkiyetinin de kaynağı ve sahibi olup, özel mülkiyetinde kimseyle ortak da değildir. Birilerinin daha fazla özel mülkiyete sahip olmalarının haklı nedeni, yalnızca kendi emekleridir. İnsanlar için özel mülkiyet, ne kadar bir haksızlığın tevarüsü de yani miras da o kadar haktır. Ancak, tüm bunlar normal ise de liberal bir siyasal düzende, kapitalizmde olduğu gibi, özel mülkiyetin hayatı kolaylaştırmanın ve ihtiyaçları karşılamının çok çok ötesinde, bir sömürü vasıtasına dönüşmesi normal değildir. Doğal hukuk kaynaklı liberal bir devletin, ekonomik istismarlara müdahale etmemesi düşünülemez.

Şüphesiz, doğal hukukun ve doğal hukuk ekseninde oluşturulan pozitif hukukun temel fonksiyonu, insanlar arasında adaletin tesisini sağlamaktır. Herkese hakkını vermek anlamında adaletin tesisinin ön şartı, insanların doğal eşitliğinin kabul edilmesidir. Eşitlik kavramının iki farklı anlamını şu şekilde ayırt etmek mümkündür: İki kişi, ya "içinde bulundukları şartlar aynı" olduğunda ya da "aynı muameleye tabi" tutulduklarında eşittirler. Yani eşitlik, ya orantılılık ya da yeknesaklık anlamına gelir. Kimi zaman aynı miktarları, kimi zaman da miktarların derecelendirilmesini ifade eder.

Yeknesaklık anlamında eşitliğin uygulanma zemini hukuk zeminidir. Bireylerin siyasal alanda eşit olmamaları, o siyasal formun liberal olmadığı ve mensubiyet anlamında bütün bireylerin de eşit kabul edilmediğinin göstergesidir. İnsana saygı, eşitlik dü-

şüncesinin özünü teşkil eder. İnsana saygıyı gerektiren niteliğin ne olduğu sorusu; eşitliğin hukukla ilgili bir kavram olduğu dikkate alındığında, şu veya bu nitelikte biçiminde cevaplandırılmaz. Çünkü, buradaki saygıdan kasıt, ödüllendirmeyi ya da taktiri gerektiren nitelikleri kabul etme anlamını taşımamakta, aksine topluma mensup olan herkese gösterilmesi gereken eşit muameleyi ifade etmektedir. İnsanları taşıdıkları niteliklere göre taktir etmek elbette mümkündür ve gereklidir. Ancak, bu gibi ilişkiler, daha çok bireyler arası ilişkileri kapsamakta olup, birey ve devlet arasındaki kurumsal-hukuksal ilişkilerden farklıdır. Dolayısıyla eşitliğin özünü teşkil eden insana saygıyı gerektiren tek faktör, insan olmak ve topluma mensubiyettir. Özgürlük ve eşitlik arasındaki bağlantı, bireylerin pratikte fırsat eşitliğine sahip olmaları durumunda kurulabilir. Fırsat eşitliği, topluma mensubiyetin ön şartıdır. Fırsat eşitliği ifadesinde, eşitlik ve özgürlük kavramları, eşitleştirilmiş özgürlükler olarak bir arada bulunurlar. Ancak, fırsat eşitliği demek, tabiatıyla bireylerin kabiliyetlerini eşitlemek anlamına gelmemektedir. Fırsat eşitliği, potansiyel olarak özgürlüklerin eşitleştirilmesi demek olup, bu potansiyelin kinetiğe dönüştürülmesi bireylerin kabiliyetlerine ve emeklerine bağlıdır. Farklı kabiliyetlere ve farklı emeklere yeknesaklık anlamında eşit muamele etmek, elbette ki eşitlik olarak kabul edilemez. Dolayısıyla fırsat eşitliğine rağmen, kabiliyetlere ve sarf edilen emeğe bağlı olarak farklılıkla-

rın oluşması da tabiidir. Fakat bu farklılık, hukuk alanında değil, ekonomik ve sosyal statü alanında, yani pazarda ve liyakatle elde edilen mevkiilerde geçerlidir. Orantılılık anlamındaki eşitlik, kabiliyetlerin ve emeğin alanı olan ekonomik ve sosyal platformlarda uygulanacak olan eşitliktir. Liberal siyasetin hem özel hem de kamusal platformda birlikte haklaştırılması (justification), tüm bunların gerçekleştirilmesiyle sağlanacaktır.

İnsanların rızaları ve sözleşmelerine dayanan liberal devlet, ne insanların özgürlükleri ve kaderleri üzerine mutlak ve keyfi bir otorite ne de tanrısal ve kutsal bir otoritedir. Böyle bir devlet, liberal perspektifte gayri meşru ve diktatöryaldır. Diktatöryal bir otoriteye karşı koymak da bireyler için hem adil hem de meşru bir tavidir. Tüm bireyler anlamında halkın rızasına dayanmayan bir devletin, onların itaat etmelerini talep etmeye hakkı olamaz. Bireylerin onu desteklemesi de düşünülemez. Herhangi bir devletin yönetimi altında bulunmak, bireyleri o devletin hukukuna bağımlı kılıyor ise de kölesi yapmaz. Şüphesiz hukuktan kasıt, doğal hukuk ve doğal hukuk ekseninde oluşturulan pozitif hukuktur. İnsanları köleleştirmeye çalışmak, onlara savaş açmak demektir. Liberalizm açısından, hukuk harici muamelelere maruz kalan insanların, otorite meşru dahi olsa ona karşı direnme hakkı (right of resistance) vardır. Hatta, meşru olmayan şiddet uygulamalarına karşı yalnızca direnme hakları değil, hayatlarını tehdit eden durumlarda nefsi

müdafa, yani saldırganı ortadan kaldırma hakları da vardır. Ancak, hukuk ihlalleri, yalnızca birkaç kişiyle sınırlı kalıyorsa ve telafi imkanı da varsa, top-yekun bir şekilde direnme hakkına başvurulmamalıdır. Bununla birlikte, illegal uygulamalar halkın çoğunluğuna yönelik olursa ve herkesin temel ve doğal hakları (lives, liberties, estates : property) tehlikeye düşecek şekilde tehdit edilirse top-yekun bir direnme de kaçınılmazdır.

Liberal bir devletin meşruiyet çerçevesinde kalmasını sağlamak, yönetimin formunun nasıl oluşturulacağı veya devletin nasıl organize edileceği ile doğrudan bağlantılıdır. Liberal bir yönetimin olması gereken formu anayasal demokrasidir. Anayasal demokratik bir devlette yönetim için sınırsız bir yetki alanından bahsedilemez. Devlet, tüm yetkilerini insanlar tarafından oluşturulan pozitif hukuktan alır. Devlet için başka bir yetki kaynağı yoktur. Devletin icra edeceği hukuk, daha doğrusu toplumda geçerli olan hukuk, insanidir ve bu yüzden de yalnızca insanların rızalarıyla oluşturulur. Hukuk, her türlü icraatında devlet için de bağlayıcıdır. Şurası unutulmamalıdır ki devlette geçerli olan tek hukuk sistemi pozitif hukuk ise de doğal hukukun hükmü hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmaz. Liberal bir devlette pozitif hukuk, doğal hukuka endeksli olarak oluşturulmak mecburiyetindedir. Doğal hukuk, liberal devlet için daima gözetilmesi gereken, ebedi ve

ezeli bir kuraldır (eternal rule). Pratikte, elbette pozitif insani müeyyideler geçerlidir, ancak doğal hukuka aykırı olamamak şartıyla. Haddizatında "pozitif hukuk, kendi doğası veya gücü sayesinde değil, otoriteye itaati ve toplum barışını korumayı emreden doğal hukuk sayesinde bağlayıcıdır".⁸ Dolayısıyla, liberal bir düzende kamu otoritesi, keyfi kural koyma yetkisi üstlenemez. Liberal devlet; toplumu, ancak resmi olarak belirlenmiş yasalarla yönetebilir. Hiçbir özel durum, yasaların değiştirilmesine gerekçe olarak gösterilemez.

Liberal siyasetin meşrulaştırılması, toplumsal hayatın plüralizm temeline dayandığının kabulüyle mümkündür. Bunun anlamı, toplumun homojen bir bütün olmadığı, aksine heterojen, çoğulcu bir yapıya sahip olduğudur. Çoğulculuk, farklı yaşama biçimlerinin ya da kültürel farklılıkların, siyasal düzeyde tanınması ve eşit ölçüde saygı değer olarak kabul edilmesidir.⁹ Bireylerin kendi kimliklerini özgürce oluşturabilmeleri, doğal hukukun teminatı altındadır. Kendi kimlikleriyle ilgili hususlarda, siyasetin onlara hiçbir surette müdahale etme yetkisinden bahsedilemez. Kişisel inanç düzenlemelerine sahip olmak, kamusal kabulü, yani herkesin onları benimsemesini gerektirmez. Ancak, kamusal olarak tanınmasını gerektirir. Tanınma, tüm farklılıklar için kamusal bir haktır. Kamusal haklılık, toplumu oluşturan herkesin, karşılıklı olarak birbirini

kabulünden ve tanınmasından (recognition) ibarettir. Kamusal haklılığın temel unsurları; hoşgörü ve karşılıklı sorumluluktur. Toplumsal ilişkilerin nihai standartlarını veren, kamusal haklılık, siyasetin kişiler arası (inter-personel) seviyede meşrulaştırılmasını ifade eder. Bu da; bireyleri ilgilendiren moral prensiplerle toplumu ilgilendiren politik prensiplerin müşterek tutarlılığının gösterilmesiyle sağlanır. Meşrulaştırmayı kişiler arası hale getirmek, toplumsal pratikle ilgili bireysel kabulleri, rasyonel zeminde müşterek kabullere dönüştürmektir. Bu açıdan, kamusal meşruiyet, eylemlere yönelik doğrular ve yanlışlar hususunda genel bir rasyonel inanç sistemi kurmak demektir. Rasyonel inanç sistemi de plüralizm zemininde mümkündür. Böylelikle bireyler, toplumsal platformda, farklı normları ve kabul edilebilir inançları içeren bir genel inanç sistemine sahip olacak ve her biri siyasal platformda eşit tanınmaya (recognition) değer olacaklardır.

Özetle, liberal politik hayat, elbette ki bir karmaşa ortamı değildir. Onun da bağlı olduğu bir takım prensipler söz konusudur. Şöyle ki: 1- Liberal siyasetin, ahlaki ve hukuki temelleri vardır. Liberal politikalar, yurttaşların her birinin taleplerinin haklılaştırılması için, onların moral bağlılıklarının tanınmasını gerektirir. Moral kabullerin reddi, politik hayatta kargaşaya yol açar. Politik düzenin gayesi; yurttaşların bazılarının, diğerlerinin

lehine bir takım projeler için mecbur tutulmasının bir vasıtasını temin etmek değil, her bir yurttaşın haklı taleplerinin karşılandığı bir hukuk düzeni temin etmektir. 2- Liberal sistemin temel prensiplerine güven; popülist konsensüalizmden kaçınmakla sağlanabilir. Yurttaşlar farklı inançlara sahip olabilirler. Bireylerin inançlarında konsensüs sağlamaya kalkışmak, siyasetin görevi olamaz. Aksi durumda liberal bir politik hayat mümkün değildir. Siyasetin, herkes anlamında, kamusal olarak meşrulaştırılması sorumluluğu, insanların itaatsizlik ve hatta devrim haklarını içerir. Liberalizm, meşru olmayan itaat isteklerine ve zorlamalara karşı, insanların direnme ve hatta isyan hakkını savunan bir doktrindir. 3- Liberalizm için, ahlakın ve hukukun gönüllü kabulü esastır. İnsanların moral var oluşları, hukuk ve siyaset tarafından asla sınırlandırılmaz. Hukuka itaat moral bir zorunluluk ise de hukuk, ahlaka aykırı olmadığı takdirde bu kural geçerlidir, aksi durumda değil. Liberalizm, moral konsensüs aramaz, çoğulculuk (plüralizm) arar. Ancak toplumsal platformda, eylemlerin temel kriteri, elbette ki aklıdır.¹⁰ 4- Siyasi liberalizm, popülist konsensüalizmin bir türü olmadığı gibi, laissez faire ekonomisinin üstyapısı da değildir. Siyaset, laissez faire ekonomisinin üstyapısı olarak resmedilirse hem liberal prensipler temelinden yoksun kalır, hem de liberal doktrin karakteri-

8 J. Locke, *Essays On The Law Of Nature*, Ed. W. Von Leyden, Oxford Uni. Press, Oxford, 1958, s. 113-121.
9 Charles Taylor, *Çokkültürcülük*, Çev., Y. Salman, YKY., İstanbul, 1996, ss. 42-80.

10 Gerald F. Gaus, *Justificatory Liberalism*, Oxford Uni. Press, Oxford, 1996, ss. 292-295.

rini kaybeder. Çünkü liberalizmde hedef laissez faire yöntemiyle insanları sömüren yeni bir imtiyazlı zümre yaratmak değil; bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin muhafazasını ve siyasal eşitliğini sağlamaktır. Bu anlamda liberal siyaset, plüralist etik'in devamıdır. Kısacası liberalizmin meşruiyet zemini ne laissez faire ekonomisi

ne de popülist konsensüalizmdir. Onun meşruiyet zemini, her bir bireyin özgürlüğünün ve eşitliğinin teminat altına alındığı hukuk platformudur. Şayet liberalizmin, toplumda kabul görmesi isteniyorsa yapılması gereken, onun bir özgürlük ve eşitlik çağrısı olduğunun gösterilmesidir.

Feminist Perspektiften İnsan Hakları

Fatma İrem Çağlar*

"Ama kadınların değerlerinin sıklıkla öbür cinsiyetin yarattığı değerlerden farklı olduğu aşikardır; bu doğal olarak böyledir. Ama revaçta olanlar eril değerlerdir." (Virginia Woolf, Kendine Ait Bir Oda)

"Yeni bir dil olmadan yeni bir dünya yaratılamaz" (Ingeborg Bachmann, Otuz Yaş)

Giriş

"İnsan" sözcüğüyle yaratılan "İnsan Hakları" tamlaması, pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder; pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlam taşır, yalnız olanı, yani kamu otoritelerince tanınanı değil, olması gerekeni de içine alır. Öyle ki, kamu otoritelerince reddedilenler bile, "insan hakları" kavramı çerçevesinden sürülüp çıkarılmış sayılmazlar.¹ Başka bir deyişle, "insan hakları gökyüzünden yeryüzüne indirilmiş tabii huktur".²

İnsan hakları beyannamelerinin ve yazılı anayasaların ortaya çıkmasıyla birlikte, tabii hukuk niteliğindeki insan hakları, pozitif hukuk haline gelmiştir. 1648 tarihli Westphalia sistemi ve 1815 tarihli Avrupa Büyük Devletler İttifakı; 19. yüzyılda uluslararası

hükümet ve halk örgütleri ile uluslararası hukukun (Lahey sistemi) ortaya çıkması ve bir devletler topluluğu kurması; ve Milletler Cemiyeti (1919) ile Birleşmiş Milletler (1945) örgütlerinin kurulması, sürecin analizi için önemli basamaklar ve uygun dayanak noktalarıdır.³ II. Dünya Savaşı sonrasında gelişen İnsan Hakları Hukuku'nun, geleneksel uluslararası hukukun kapsamını genişlettiği söylenebilir. Bu hukuk, uluslararası hukuk sistemine başka yollarla ulaşması mümkün olmayan bireylere ve gruplara, uluslararası hukuksal taleplerde bulunma hakkı sağlamak ve böylece uluslararası hukukun devlet merkezli söyleminin genişlemesine yol açmaktadır. İnsan Hakları Hukuku'nun gelişimi, genellikle kuşak haklar çerçevesinde açıklanır. Medeni ve siyasi haklar (10 Aralık 1948- Evrensel Bildirge) ve ekonomik, sosyal, kültürel haklar (16 Aralık 1966-

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

1 Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS yayınları, İstanbul, 1994, s. 13.

2 Mithat Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim yayınları, İstanbul, 2000, s. 113.

3 Johan Galtung, Bir Başka Açardan İnsan Hakları, çev: Müge Sözen, Metis yayınları, 1999, s.14.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi) birinci ve ikinci kuşak haklar olarak adlandırılır. Gelişme, temiz çevre, barış gibi grup hakları da üçüncü kuşak haklar olarak görülebilir.⁴

Birinci kuşak insan hakları, genellikle batılı liberaller tarafından desteklenmektedir. İkinci kuşak haklar ise sosyalist ülkelerde daha fazla taraftar bulmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerde de, üçüncü kuşak haklar ilgi görmektedir. Ancak, kadınlar açısından bu üç kuşak hak arasında hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü son yirmi yılın bilimsel yaşama ve bilgi üretimi ne getirdiği en önemli yeniliklerden biri olan, sorun ve gerçeklere “kadın bakış açısından” yaklaşılabilirliği sayesinde bugün bilinmektedir ki, gerek ilk kuşak gerek ikinci ve gerekse üçüncü kuşak hakların kavramsallaştırılmalarında ve haklara ilişkin denetim mekanizmaları ve yaptırımların tasarımı, sürekli erkek egemen hukuk anlayışları belirleyici olmuş; kadınların deneyimleri bu belirlemelere gerektiği gibi yansımamıştır.⁵

Bu çalışmada, uluslararası insan hakları hukukunun temel kurumlarına yönelik bir analizden ziyade, insan haklarının söyleminin içeriğine ilişkin feminist eleştiriler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Feministlere göre, insan

hakları söylemi, klasik batı liberal düşüncedeki kamusal ve özel alanlar arasındaki ayrımını kuvvetlendirmekte ve hatta söylem bu ayrım üzerinde temellenmektedir.⁶

Her ne kadar, ulusal ve uluslararası kamusal alanlar farklı olarak tanımlansalar da, ulusal hukuk sistemleri, uluslararası hukuk sistemleri de kamusal dünyada yapılanmıştır. Uluslararası hukuk sistemleri, kamusal dünyanın en kamusal alanlarında uygulanmaktadır. Bundan dolayıdır ki Birleşmiş Milletler, uluslararası hukukun alanını, aile içi hukuksal düzenlemelerin alanı olan özel alandan ayırmaktadır.⁷

Sonuç olarak, hem ulusal hukuk sistemleri hem de uluslararası hukuk sistemleri, kural olarak, kamusal alanla ilgili düzenlemeler yapmaktadır. Kadınların hayatlarının büyük bir bölümünün geçtiği özel alana ilişkin düzenlemeler, istisna olarak kabul edilmektedir. Aynı görünüm, insan hakları söyleminde de karşımıza çıkmaktadır. Feministler, hakların eril bakış açısını yansıttığını dile getirmektedirler. Çalışmanın son bölümünde, bu iddia, her bir kuşak hak açısından irdelenecektir.

Ancak, söz konusu feminist eleştirilere geçmeden önce, insan haklarının liberal Batılı yaklaşımının köklerine inmenin konunun anlaşılabilirliği açısından önemli olduğu belirtilebilir. Zi-

ra feminist eleştirilerin odağı, liberal modern dünyada şekillenmiş olan, kamusal ve özel alan arasındaki ayrımın da yatmaktadır.

I- Liberalizm, İnsan Hakları ve Kadın

Feminizm ve liberalizm arasındaki ilişki, çok yakın ve bir o kadar da kırıktır. Her iki doktrinin de kökleri, toplumsal hayatın genel teorisi olarak bireyselliğin doğuşunda yatmaktadır. Hem liberalizm hem de feminizm, geleneksel toplumun hiyerarşilerinden azat edilmiş, özgür ve eşit birey kavrayışı olmadan düşünülemez. Ancak her ne kadar liberalizm ve feminizm aynı köklere sahip olsalar da, her iki akımın da taraftarları, iki yüz yıldır hep karşı karşıya kalmışlardır. Liberaller ve feministler, kamusal ve özel alanlar arasında neden ve nerede sınır çizilmesi gerektiği konusunda uyuşmamaktadırlar.⁸

Liberalizm, kralın iktidarına karşı burjuvazinin egemenliğini savunurken, egemenliğin nihai olarak eşit ve özgür olan “birey”e ait olduğunu, bireylerin özgür iradeleriyle bir araya gelerek yarattıkları bir toplumsal sözleşmeyle egemenlikleri siyasi iktidara devrettiklerini söyler. Böylece yapay bir “doğum”la ortaya çıkan burjuva kamusal alanı, sözleşme yapan bireylerin “ortak çıkar” alanını temsil ediyor, ve üretim ile siyasetin dünyası olarak “soyut birey”i temel kurucu öz- ne olarak tanımlıyordu. Liberalizmin

“soyut birey”i, toplumsal ilişkiler içine aldığı ve dışladığı anlamlar düzeyinde belirlenirken, kamusal alanın karşısı olan “özel alan”, kamusal olandan tecrit edilerek dışlanmaktadır. Liberal birey, kendi anlam dünyasını, böylece, özel olan-kamusal olan ayrımının içinde tanımlamaya başlamıştır.⁹

Liberalizm kendi soyut bireyini, özel/kamusal, duygusal/akılcı, doğal/tarihsel ikili kavramsallaştırması¹⁰ çerçevesinde kurarken, bu kavramlardan birini diğerinin karşısında olumlamakta ve hiyerarşik olarak diğerini, hükmetme hak ve yetkisiyle donatmaktadır. Hiyerarşik olarak üstün olan toplumsal ve siyasal alanın, “öteki” özel/mahrem alanı olmaktadır. Feminist eleştiri, işte bu ikili kavramsallaştırmalar sayesinde kurulan iktidar ilişkilerini çözümleyen, bu iki anlam dünyasının aynı zamanda erkek ve kadın dünyası olarak da ayrıştırıldığını açığa çıkarmıştır. Kamusal alanın olumlanan değerleri, yani akılcılık, egemen ve özgür birey, hakların eşitliğine riayet, kural koyma yetkisi, anlam sistemi içinde “erkek” olanla birlikte anılırken, doğanın emrettiği biyolojik zorunluluklar, duygulara önem verip “çıkart”ını gözetmeme, “beden”e ait olup kamusal düzene tehdit içermeye anlamları taşıyan ve üretim ile siyasetin dünyasında dışlanmış olan ise “kadın” olanla birlikte anılmaktadır. Böylece liberalizmin özel-kamusal ayrımı,

4 Çaltung, age, s. 165.

5 Feride Acar, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler”, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek içinde, Oya Çitçi (der.), TODAİE Yayını No: 285, İnsan Hakları Araştırma ve Değerleme Merkezi Yayını No:16, Ankara, 1998, s. 24.

6 Gayle Binion, “Human Rights: A Feminist Perspective”, Human Rights Quarterly, 17.3.1995, s. 509-526, http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/v017/17.3binion.html, 21.8.2002

7 Hillary Charlesworth, “What are ‘Women’s International Human Rights?’”, der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, 1994, s. 71.

8 Carole Pateman, “Feminist Critiques of Public/Private Dichotomy”, The Disorder of Women, Stanford University Press, Stanford-California, 1989, s. 118.

9 Serpil Üşür, “Liberalizmin ‘Cinsiyetten Arındırılmış Birey’i ve Feminist Eleştiri”, Murekkep, Haziran 1994, s. 57.

10 Pateman, agm., 1989, s. 122-124

erkek değerlerini egemen kılıp, kadınların "öteki" olarak tanımladığı modern dünyanın kurucusu olmuştur.

II. Hakların Feminist Eleştirisi

1980'lerde feminist teorinin ana teması, monolitik bir söylemin tiranlığına direnişi olarak özetlenebilir. Liberalizmin, özellikle de modern bilimin yapısının, eylemlerinin ve ideolojisinin kadın bakış açısından eleştirisi, çağdaş feminist teorinin ana damarıdır.¹¹ Kadınlar; demokrasi, gelişme, dünya güvenliği, insan hakları ve çevre gibi global siyaset konularını ve sosyal kavramları yeniden tanımlamak konusunda öncül olmuşlardır.¹² İkinci dalga feministler, liberal düşüncenin bir ürünü olan insan hakları söyleminin, kendi perspektifleriyle, yeniden okumasını yapmışlardır. Sonuç olarak feministler, insan haklarının var olan tek fonksiyonunun, toplum içindeki imtiyazlı grupları korumak olduğunu belirlemişlerdir.¹³

İnsan hakları söyleminin kadın deneyimlerini göz ardı etmesi sonucunda, kadınların en temel insan haklarının ihlali niteliğindeki davranışları, çok defa, böyle algılanmamış ve dolaşısıyla da; çok uzun süre, kadınlara, en fazla maruz kaldıkları hak ihlalleri için koruyucu tavır göstermemişlerdir. Ör-

neğin, bireyleri şiddetten koruyan normların oluşmasında, kamu alanı-özel alan ayırımının doğal sonucu olarak, kadınları en yaygın şekilde etkileyen ev-içi şiddet göz önüne alınmamıştır.¹⁴ Bu konuda liberal, kültürel ve radikal feminist görüşleri ayrı ayrı ortaya koymak, konunun anlaşılabilirliği açısından önem arz etmektedir.

A. Liberal Feministler

Tarihsel olarak liberal feminizm, kadınlar için eşit hak talebine yönelik tartışmaları kapsamaktadır. Kadınların, erkeklerin sahip olduğu vatandaşlık hakkına sahip olmalarını amaçlamıştır. Liberal feministler, hukukun ve uygulamanın erkeklere tanıyıp, kadınlara tanımadığı haklarla mücadele etmişlerdir. Onlara göre kadınlar, erkekler gibi, dokunulmaz doğal haklara sahip insanlardır.¹⁵ Liberal feministler, kadınları, kamusal alanda, erkeklerle aynı pozisyona yerleştirmeyi amaçlarlar. Bu düşüncelerine paralel olarak, kadınların, uluslararası insan hakları hukuku içinde var olmalarını talep ederler. İnsan hakları söylemini, kadın tecrübeleri doğrultusunda yeniden ortaya koymayı amaçlamazlar. Sadece, var olan sistem içinde yer alma talepleri söz konusudur.

Böyle bir yaklaşım, mevcut kadının, uluslararası insan hakları hukukunu daha belirgin karakterize eder. Rasyonel olarak, örneğin, "1953 Kadınların Siyasi Haklarına Dair Sözleşme"¹⁶, "1957 Evli Kadınların Vatandaşlık Hakları Üzerine Birleşmiş Milletler Konvansiyonu", "1960 Eğitimde Ayırım üzerine UNESCO Konvansiyonu" ve her iki insan hakları sözleşmesini¹⁷ de kapsayan ayrımcılığa ilişkin normlar kadınları, kamusal alanda, erkeklerle aynı pozisyona yerleştirmektedir. Birleşmiş Milletler Kadın Statüsü Komisyonu eylemlerinde de, genellikle bu tür bir yaklaşım görülmektedir. Böylece cinsiyet ayrımcılığına yönelik uluslararası engellemeler, kadınlara erkek modeline uygun girişimlerde bulundukları takdirde, bir eşitlik sağlamayı taahhüt etmektedir.

Liberal feminist hukuk teorisyenlerince, eşit muamele yaklaşımı kullanılmakta ve "özel" muamele yaklaşımı ise reddedilmektedir. Kadınların farklılıklarına dikkat çekmekten ziyade, bu farklılıkları en aza indirmeye çalışmaktadırlar. Kadınları, bir grup olarak korunmaya muhtaç bireyler olarak gösterilmesinin taraftarı olmak yerine, kamusal alanda, erkeklerle aynı şartlarda yer almayı tercih ederler. Simetrik eşitlik yaklaşımını savunanlar, kısa dönemde, bu tür bir eşitlik yaklaşımının kadınlara elverişli koşullar sağlamayacağını kabul etmekle be-

raber, uzun vadede daha sağlam değişiklikleri beraberinde getireceğini belirtmektedirler.¹⁸

Farklı cinsiyetlerin eşitliği konusunda feminist hukuk kuramcıları, sıklıkla, eşitliğin simetrik yaklaşımlarını kullanmaktadırlar. Aslında bu yaklaşımları, ideal olarak değil, aynı alanlar ideolojisine dönmekten korunmanın tek yolu olarak görmektedirler. Onlara göre, mevcut hukuksal yaklaşımlar, modern kamusal ve özel alan ayırımını pekiştirmektedir. Kamusal alanda kadınların yer almasının yolları, hukuksal olarak engellenmektedir. Kadın, hukuksal olarak özel alanda tanımlanmaktadır. Hukuktaki ataerkil yaklaşımları yıkmamanın tek yolu, var olan hukuksal sistem içinde belirli dönüşümler aramak ve bulmaktır. Diğer türlü sü-nün, yani var olan hukuksal sistemin yeniden kadın bakış açısıyla dönüştürülmesi, simetrik eşitlik yaklaşımı benimseyen feminist hukukçular için zaman kaybindan başka bir şey değildir. Mevcut kurallar etrafında çözüm yolu aranmadan, kısa yoldan özel muamele taleplerinin ileri sürülmesinin hatalı olabileceği belirtilmektedir.¹⁹

Nadine Taub ve Wendy Williams birlikte yazdıkları, "Will Equality Require more Than Assimilation, Accommodation, or Separation from the Existing Social Structure" adlı makalede, kamusal-özel alan ayırımının hukuksal alandaki görünümünün, kadın-

16 <http://www.ihm.8m.com/e2kash.htm>, 4.12.2002

17 16 Aralık 1966 tarihli ekonomik, sosyal, kültürel haklar uluslararası sözleşmesi, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin uluslararası sözleşme.

18 Katharine Bartlett, "Anglo American Law", der: Alison M. Jaggar & Iris Marion Young, Blackwell Companions to Philosophy, A Companions to Feminist Philosophy içinde, Blackwell Publishers, USA-UK, 1998, s. 531.

19 Kelly Weisberg, Feminist Legal Theory: Foundations, Temple University Press, 1993, s. 124.

11 Josephine Donovan, Feminist Teori, çev: Aksu Bora, Meltem A. Gevrek, A., Fevziye Sayılan, İletişim yayınları, İstanbul, 1997, 351-352.

12 Charlotte Bunch, "Transforming Human Rights from a Feminist Perspective", Women's rights human rights international feminist perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London-New York, 1994, s. 11.

13 Charlesworth, agm, s. 61.

14 Rhonda Copelon, "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture", der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, 1994, s. 116-152.

15 Pamela Abbott, Claire Wallace, An Introduction to Sociology, Feminist Perspectives, Rotledge, London & New York, 1997, s. 47.

lar üzerindeki sonuçlarına değinmişlerdir. Onlara göre 19. yüzyılda, kadınlara erkeklerden hukuksal olarak farklı muamele edilmesinin temelinde, akıl dışılık ve keyfilik bulunmaktadır. Söz konusu durumu besleyen düşünsel yapının, "ayrı alanlar ideolojisi" olduğu ileri sürmektedirler. Ayır alanlar ideolojisi gereğince kadın, çocuk bakımı ve ev idaresi gibi özel faaliyetleriyle tanımlanırken; erkek, evin ekmek parasını sağlayan ve haneyi kamusal alanda temsil etme eylemleriyle tanımlanmıştır. Her birey, cinsiyetleri nedeniyle, hukuksal olarak farklı alanlara gönderilmiştir. Ayır alanlar ideolojisinin meşrulaştırılmasının ve desteklenmesinin altında yatan inanç, kadın ve erkeğin temel olarak farklı insanı varlıklar olarak kabul edilmeleridir. Kadın ve erkek fiziksel, ruhsal, sosyal ve fonksiyonel olarak birbirlerinden farklıdır. Kadınlar destekleyici, tamamlayıcı rollere sahiptirler: Çocukların ve kocaların temel hizmetlerini yerine getirirler. Kadınlardan beklenen, erkekler uğruna, kendi gelişmelerini ikinci plana atmalarıdır.

1970'lerde feminist hukukçular farklı alanlar ideolojisinin hukuksal tezahürlerine, cinsiyetler arasındaki temel farklılıklar konusundaki iddiaları ve bu iddiaların evrensel doğru ol-

duklarını reddederek cevap vermişlerdir. Onlara göre, cinsiyetler arası farklılıklar, yaratılıştan değil, sosyal olarak belirlenmektedir.²⁰ Bu nedenle kamusal alanda kadınlara yer verilirken, onları farklı olmaları nedeniyle kamusalın dışında tutmak, androjenik eşitlik yaklaşımına göre hatalıdır. Örneğin işe alımlar konusunda, androjenik eşitlik modeli, en iyi kişinin işe alınmasını önermektedir.²¹ Littleton, androjenik yaklaşımın dayandığı kavramların fal-lus merkezli²² olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin androjenik yaklaşımın dayandığı temel bir kavram olan "Nörlük", ona göre, toplumsal cinsiyetlendirilmiş bir kavram olmasaydı daha az sorunlu olurdu. Menkel-Meadow'a göre mermer pastanın tek problemi, çikolatasının her zaman az gelmesidir. Benzer şekilde androjenik yaklaşımın da tek problemi, kadın tarafının her zaman daha az olmasıdır²³. Bu itirazlarıyla Littleton ve Meadow, feminist hukuk teorisi içinde yer alan androjenik eşitlik yaklaşımların, ataerkiyle mücadelede yetersizliğini ortaya koymaktadırlar. Onlara göre, bu kavramlarla yola çıkmak başlangıçta problem yaratmaktadır.

Kadınlara ilişkin en kapsamlı uluslararası hukuk belgesi, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlen-

mesi Uluslararası Sözleşmesi"dir.²⁴ Diğer uluslararası insan hakları metinlerinden farklı olarak CEDAW'ın çıkış noktası, "eşitlik" değil, "ayrımcılığın" yok edilmesidir. Ayrımcılık konusunda, karşılaştırmalı geniş bir tanım CEDAW'da verilmektedir. CEDAW resmi(yasal) ve fiili eşitliği bir arada kapsamakla beraber, benzer simetrik eşitlik yaklaşımlarıyla sınırlandırıldığını iddia eden feminist hukuk teorisyenleri bulunmaktadır. Charlesworth birinci bölümdeki²⁵ eşitlik ölçümünün, eril olduğunu belirtmektedir.²⁶ Ancak liberal feminist hukukçular, CEDAW'ı eleştirmekten kaçınmaktadırlar ve sözleşmenin uluslararası alanda daha etkin kılınması için çalışmalar yapmaktadırlar.²⁷

B. Kültürel Feministler

Aydınlanmacı liberal teorinin, akılcı ve yasal hamlesinin ötesine giden düşünceler, "kültürel feminizm" adı altında sınıflandırılabilir. Bu görüşlere sahip olan feministler, siyasal değişime odaklanmaktansa, daha geniş bir kültürel dönüşüm aramaktadırlar. Eleştirel düşünme ve kendini geliştirme'nin önemini kabul etmeye devam ederlerken, hayatın akıldışı, sezgisel ve genellikle kolektif yönü üzerinde durmaktadırlar. Kadınlar ve erkekler arasındaki benzerlikleri vurgulamak yerine, genellikle, kadınlık niteliklerinin kişisel güç, gurur ve kamusal yeni-

lenme kaynağı olarak kabul edilen farklılıkları üzerinde durmakta; liberal kuramcılardan kalan zarar görmemiş kurumlara (din, evlilik, yuva), alternatifler düşünmektedirler. Kültürel feminist teorinin altında, anaerki bakış yatmaktadır. Barışseverlik, işbirliği, farklılıkların şiddetsiz birlikteliği ve kamusal alanın uyumlu bir şekilde düzenlenmesi, kültürel feminist düşüncenin temelini teşkil etmektedir.²⁸

Feminist hukuk teorisi açısından kültürel feminist çalışmalar, önemli bir yer tutmaktadır. Bu çalışmaların çoğu, ilhamını ya da desteğini Nancy Chodorow'un psikanalitik nesne-ilişki teorisinden ve Carol Gilligan'ın ahlak geliştirme teorisinden almaktadır. Bu bilimsel araştırmacılar, kadın ile erkek arasında çarpıcı zıtlıklar olduğunu ve bunların gelişmelerinin ilk aşamalarındaki deneyim farklılıkları bağlamında anlaşılabilirliğini savunmaktadırlar. Carol Gilligan'ın görüşleri, feminist hukuk teorisini çok etkilemiştir. Hukukçu feministler, farklılık vurgusunu, çok geç ele almışlardır. Gilligan'ın "In a different voice: Psychological Theory and Women's Development" adlı çalışması, feminist hukuk teorisyenlerinin, 1970'lerde toplumsal cinsiyetsiz (gender-neutral) hukuk teorisine alternatif ararlarken yayımlanmıştır. Hatta kültürel feminist hukuk teorisyenlerine, "fark-

20 Nadina Taub-Wendy Williams, "Will Equality Require More Than Assimilation, Accommodation or Separation from the Existing Social Structure", der: Patricia Smith, *Feminist Jurisprudence* içinde, Oxford University Press, 1993, s. 48-64.

21 Christine Littleton, "Reconstruction Sexual Equality", der: Kelly Weisberg, *Feminist Legal Theory: Foundations*, Temple University Press, 1993, s. 254.

22 Fransız feministleri tarafından bulunan bir terimdir. Eril bakış açısıyla yaratılan sosyal kurumları ortaya koymak için kullanılır.

23 Littleton, agm., s. 255.

24 24.7.1985 tarih ve 85/9722 sayılı Kararname ile yayımlanmıştır. R. G. 14.10.1985- 18898. "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"nin İngilizce karşılığı "Convention for the Elimination of All Form of Discrimination against Women"dir. İngilizce karşılığının kısaltılmış şekli CEDAW'dır. Metnin bundan sonraki kısmında söz konusu sözleşmeye atıf yapılırken CEDAW diye kısaltılacaktır.

25 İş bu sözleşmeye göre, "kadınlara karşı ayrım" deyimi kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayrım, mahrumiyet ve kısıtlanma anlamına gelecektir.

26 Charlesworth, agm., s. 64.

27 Türkiye'de bu tür yaklaşıma örnek olarak bkz. Feride Acar, "Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler", Oya Çitçi (der.), 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek içinde, TODAİE Yayını No: 205, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayın No:16, Ankara, 1998.

28 Donovan, age., s. 69-70.

lı ses (different voice)" teorisyenleri diyenler vardır.²⁹

Carol Gilligan çalışmasında Nancy Chodorow'un "The Reproduction of Mothering" adlı çalışmasından etkilmiştir. Chodorow söz konusu eserinde, her çocuğun yaşamak zorunda olduğu ayrılma ve bireyleşme süreçlerinin, erkekler ile kadınlar açısından farklı cereyan ettiğini savunmaktadır. Erkek çocuk örneğinde, ayrılma ve bireyleşme, birincil bakıcı sima olan annenin (zorunlu olarak biyolojik anne olması gerekmez de), karşısı olan bir toplumsal cinsiyet kimliğinin oluşmasını içerir. Toplumsal cinsiyet kimliği, iki-ikibuçuk ve üç yaş civarında oluşur. Kadınların hakir görülmesi ve ezilmesine dayalı bir patriarkal toplumda, toplumsal cinsiyet kimliği kadınları değersizleştiren ve hakir gören tutumların içselleştirilmesiyle el ele gider. Gilligan ve Chodorow, küçük çocukların bu psiko-cinsel gelişimlerinin, insan türünün yetişkinleri arasında belli kişilik örüntüleri doğurduğu konusunda, hemfikirdirler. Erkek, egosunun sınırları konusunda daha sağlam oturmuş bir duyguya sahiptir; benlik ile öteki arasındaki ayırım, daha katıdır. Kadınlar öteki karşısında daha fazla empati ve sempati duygularını sergileme eğilimindedirler. Bu kişilik örüntülerinin her biri, beraberinde, belli bozuklukları da getirir. Erkekler, yakınlık ve bağlanmayı kendi kişiliklerine bir tehdit olarak yaşarlar-

ken, kadınlar, başkalarının taleplerine karşılık veren sağlam bir kimlik ve bireysellik oluşturmak için çaba sarfederler.³⁰

Chodorow ve Gilligan'ın bulgularının dönüm noktasında kadının ahlaki doğruluğu, erkeğinkinden daha olgun ve insani ahlaki değerlere bağlılığının iması görülmektedir. Gilligan, erkeklerin "adaletle dayalı etik (ethic of justice)"ından ayrı olan kadınların "bakıma dayalı etik (ethic of care)"ini tanımlamaktadır. Bakıma dayalı ahlak sistemi, haklardan çok, sorumluluk ve ilişkiler çevresinde ve genel davranış kurallarının uygulamasından daha çok, belirli durumlardaki ihtiyaçlar etrafında dönmektedir.³¹ Erkek ahlaki adalet, haklılık, kanun, kurallar ve hak gibi değerler etrafında gelişirken, kadın ahlakının temel unsurları insanın talep, ihtiyaç ve hisleri oluverir. Erkek akli her şeyi araçsal olarak alırken, kadının bilgisi sezgiseldir. İnsanları erkeklik içgüdüsünün yol açtığı olumsuzluklardan, ancak kadın ahlaki kurtarabilir.³² Gilligan'ın kadınların erkeklerden farklı ahlaksal değerlere sahip olmasının farklı değer yargılarında bulunmasına neden olduğu yolundaki tezi, feminist hukuk teorisyenlerini büyük ölçüde etkilemektedir.

Gilligan'a göre, kadın ve erkeklerin ahlaki sorunlara yaklaşımlarındaki farklılık, hayatın erken bir safhasında görülür. Gilligan, Jane Lever ve Jean Piaget'in erken çocukluk oyunlarında,

kızların soyut kurallar koyma eğiliminin daha az olduğunu ve içlerinden geldiği gibi oynayıp konuşmakta, daha yetenekli olduklarını gösteren çalışmalarından alıntı yapar. Gilligan'a göre kızlar, daha hoşgörülü, oyundaki beklenmedik durumlara karşı daha uzlaşmacı, yeniliklere daha açık ve soyut kurallarla daha az ilgililerdir. Kızlar, münakaşaları çözmek için kurallar dizgesini tek tek oluşturmak yerine, ilişkilerin devamı için oyunun sürekliliğine boyun eğmeyi tercih ederler.³³

Carol Gilligan'ın görüşlerinden en çok etkilenen feminist hukukçulardan biri, Robin West olmuştur. "Jurisprudence and Gender"³⁴ adlı makalesinde West, sözlerine "insan" nedir? sorusuyla başlamaktadır. West, birer modern hukuk teorisi olan liberal hukuk teorisi ve eleştirel hukuk teorisinin "insan" kavramına yaklaşımını tartışmıştır. Ona göre her iki teori de eril yapıdadır.

İnsan doğasının hukuk teorisyenleri tarafından açıklanışı ile feminist teorisyenler tarafından açıklanışı arasındaki ayırım, "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. Aslında hukuk bu konuyu ciddiye almamıştır. Feminist hukuk teorisinin politik bir imkansızlık olduğu durumu değişene dek, bu böyle kalacaktır. Gerçek (toplumsal) cinsiyetleştirilmemiş bir hukuk teorisinin var olabilmesi, patriar-

kal düzenin ortadan kalkması gibi politik bir şarta bağlıdır. İnsan doğasının hukuk teorisyenleri tarafından tanımlanması ile kadınların gerçek doğası arasındaki ayırım, feminist hukuk teorisinin gelişimi önünde kavramsal bir engeldir. Hukuk teorisi, insan ile hukuk arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Feminist hukuk teorisi ise kadınlarla 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. İnsanoğlunun baskın tanımına rağmen, kadın kavramının var olması gibi.³⁵

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 yaşam deneyimleri bulunmaktadır. Bunlar; hamilelik, heteroseksüel birleşme, menstrüasyon ve emzirmedir. Ona göre, her ne kadar, her kadın bütün bu deneyimleri yaşamasa da, birçok kadın biyolojik emirlerle gizlenmiş eril güç tarafından bu hayatın içine zorlanmaktadır.

Kadınların erkeklerden farklı olduğunun vurgusu, bir takım problemleri de beraberinde getirmektedir. Kadınların hukuk sisteminin dışında olduklarının altını çizmeleri açısından, kültürel feministlerin düşünsel anlamda katkıları önemlidir. Ancak kadınsı olana övgüler yağdırmaları, bir anlamda

29 Bartlett, agm., s. 536.

30 Şeyla Benhabib, *Modernizm, Evrensellik ve Birey*, çev: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yayınları, 1999, İstanbul, s. 258-259.

31 Mary Dietz, *Bağlam Herşeydir: Feminizm ve yurttaşlık teorileri*, Birikim, Kasım 1993, s. 89.

32 Carol Gilligan, *In A Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, 2-23.

33 Donovan, age., s. 333.

34 Robin West, "Jurisprudence And Gender", *University of Chicago Law Review*, cilt 55, sayı 1, 1988, s. 1-72.

35 West, agm., s. 1062.

dışlayıcı mekanizmalarla, kimi zaman, aynı kulvarda yer almalarına neden olmaktadır. Kültürel feministler, kadınlara ait spesifik uluslararası insan hakları kategorisi savunan akademisyen ve uygulamacılarla aynı paralelde düşüncelere sahiptirler. Ancak kültürel feministler, kadınlara ait farklılıkların bu spesifik düzenlemelerde yer almasını savunurlar. Ancak bu farklılık vurgusunun sakıncalı bir tarafı vardır ki o da, kadınların, uluslararası insan hakları alanında marjinalleşmelerine neden olması ihtimalidir.³⁶

C. Radikal Feminizm

Feminist hukuk teorisi içinde insan hakları hukukunun eşitlik yaklaşımına bir üçüncü alternatif de, radikal feminist yaklaşımdan gelmiştir. Radikal feminist hukuk teorisi alanında en tanınmış teorisyen, Catharine MacKinnon'dur. MacKinnon'a göre, eşitliğin hem "aynılık" hem de "farklılık" standardı kadınlar açısından sorunludur. Zira bir kadının eşitlikten yararlanabilmesi için, erkeklerden hiçbir farkının olmaması ve aynı olması gerekmektedir. Hamilelik örneğinde olduğu gibi, eğer bir kadın erkekten farklı ise, o kadın için farklılığı nedeniyle ihtiyaçları gözetilerek belirli hukuksal düzenlemelere gidilmektedir. Ancak bir erkeğin farklılıkları söz konusu olduğunda, ihtiyaçları doğrultusunda farklı bir düzenlemeye yer verilmesine gerek yoktur. Zira bu ihtiyaçlar, zaten hukuk sistemi içerisinde yer almaktadır. Bu nedenden ötürü MacKinnon,

aynılık standardının eril üstünlüğü tarafından empoze edilmiş, sosyal eşitsizlik durumunu ıskaladığını belirtmektedir.³⁷

Farklılık standardı da, MacKinnon açısından, önemli bir kazanım değildir. MacKinnon'a göre, hukukun kabul ettiği farklılıklar, kadınların güçsüzlüğüne atfedilen niteliklerdir. Bu güçsüzlüklerin kabul edilmesi, cinsiyetçiliğin doğurduğu zararların devam etmesine neden olmaktadır. Sonuç olarak MacKinnon, geleneksel yaklaşımların farklı cinsiyetler arasında eşitliğin sağlanmasında, yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır. MacKinnon'a göre, cinsiyetler arasında eşitlik tartışmalarının aynılık ve farklılık anlayışları çerçevesinde yürütülmesi, aslında belirli bir eşitlik yaklaşımını ortaya koymaktadır. MacKinnon bu yaklaşıma, farklılık yaklaşımı adını vermektedir. Böylece aynılık yaklaşımını, farklılık yaklaşımı içinde eritmektedir.³⁸

MacKinnon, aynılık ve farklılık yaklaşımlarını eşitliği sağlamak konusunda yetersiz bulması nedeniyle, kendi alternatif eşitlik yaklaşımı olan "tahakküm yaklaşımı"nı ortaya koymaktadır. Bu yaklaşım, toplumsal cinsiyet eşitliği konusunu gücün dağılımı, eril baskınlığı, kadınların ikincil konumu sorunları açısından ele almaktadır. Tahakküm yaklaşımı, cinsiyet ayrımcılığını seks işçiliği, pornografi, kadınlara yönelik şiddet, ırza geçme suçlarından kaynaklanan kadınların mağduriyeti, çocukların cinsel istismarı gibi hukuk tarafından çok fazla ele alınmayan ko-

nuların, incelenmesinde kullanılmaktadır.³⁹

MacKinnon'a göre, farklılık yaklaşımı standart olarak statükoyu ele almaktadır. Erkek üstünlüğünü içeren düzenlemeleri kabul etmektedir. Bu bakış açısıyla farklılık yaklaşımı, kadınlar tarafından ele alınsa bile, eril bir yapı sergilemektedir. Farklılık yaklaşımı, bir ahlaki ikilem olarak nasıl olunması gerektiği konusunda ayrı yargılamalar sunan sosyal gerçekliklerin değişimi konusunda hiçbir teşebbüste bulunmamaktadır. Buna karşıt olarak tahakküm yaklaşımı, sosyal eşitsizlikleri, kadınların erkekler tarafından ikincil kılınması duruş noktasından görmektedir. Tahakküm modeli, sosyal hayatta kadınlara eşit güç talep etmektedir. Bütün bunlar MacKinnon'un hukuksal eşitlik konusundaki amaçlarıdır. Ona göre, farklılık yaklaşımı gerçekliği şekillendirirken, tahakküm yaklaşımı gerçeklikle mücadele etme ve onu değiştirme çabası içindedir.⁴⁰

Sonuç olarak MacKinnon'un tahakküm yaklaşımı, hem formel eşitlik yaklaşımlarına, hem de diğer farklılık vurgulu eşitlik yaklaşımlarına, eleştirel bakmaktadır. Her iki yaklaşımın aynılık ve farklılık da erkekleri referans noktası olarak alması ve kadınları söz konusu referansla karşılaştırma içinde olması, MacKinnon'u rahatsız etmektedir.⁴¹

Feminist hukuk teorisindeki radikal çizgi, uluslararası insan hakları huku-

ku kapsamı içine nasıl aktarılabilir? Radikal feminizm "insan" gibi davranarak, toplumsal cinsiyet temelinde her türlü ikincil kılınmaya karşı korunmayı genişleterek, eril haklar dünyasının dönüştürülmesinin önemini ortaya koymaktadır. Kadınların farklı toplumlarda dışlanmışlığına yardım eden politikaların ve uygulamaların tanımlanması ihtiyacını da vurgulamaktadır. Buna ek olarak, insan hakları hukukunun farklı kadın deneyimlerinin korunması doğrultusunda bir yapıya dönüştürülmesinde ısrar edilmektedir.

D. Üçüncü Dünya Feministlerinin Eleştirileri

20. yüzyıl başladığında bir tek dünya vardı: Egemenliğini hemen hemen bütün yeryüzüne kabul ettirmiş "batı dünyası". Bir başka deyişle, "kapitalist dünya". 1917'lerden başlayarak ikinci bir dünya doğar; "sosyalist dünya". İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden bu yana da, kitaplarda bir "üçüncü dünya" terimi yer almıştır. Üçüncü Dünya, "azgelişmiş" de denen, belirli nitelikleri olan bir takım toplulukların oluşturduğu bir dünyadır. Günümüzün iktisatçıları, sosyologları, demografı ve politikacıları da, bu ayrı dünyaya giren ülkeleri, "gelişmiş" ülkelerden ayırt etmek için bu deyimleri kullanmaktadırlar.⁴² Azgelişmişliğin, gelişmişlikten ayrılan belirtilerinden biri de, bu toplumlarda kadınların erkeklerden aşağıda tutulmasıdır. Azgeliş-

36 Charlesworth, *agm.*, s. 66.

37 Weisberg, *age.*, s. 214.

38 Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, A.B.D., 1994, s. 33-34.

39 MacKinnon, *age.*, s. 40-41.

40 MacKinnon, *age.*, s. 43-44.

41 Bartlett, *agm.*, s. 533.

42 Server Tanilli, "Uygurluk Tarihi", Adam yayınları, İstanbul, 1999, s. 281.

miş ülkelerde, kadınlara yönelik şiddet yoğun bir şekilde görülmesine rağmen kadının insan haklarına yönelik bu gibi ihlaller, özel alan problemi olarak görülüp hukuksal düzenlemeden kaçınılmaktadır. Bu nedenle üçüncü dünya toplumlarındaki kadınların, kendi sorunlarını çözümlemek amacıyla, seslerini tüm dünyaya duyurmaları zorunluluk haline gelmektedir. Ancak, uluslararası alanda da sorunlara çözüm bulamayan üçüncü dünyalı feministler, yetmişli yılların ortalarından başlayarak, feminist teoriye ya da "mainstream" feminist politikaya çok önemli bir eleştiri getirmişlerdir. Onlara göre, tıpkı liberalizmin "beyaz, erkek, burjuva" bireyinin gerçek dışılığı gibi, Batı Avrupalı ve Amerikalı beyaz orta sınıf feminizminin "aileye hapis olmuş, üretimin dışında" kadını da, kadınlığın çok küçük bir bölümünü temsil etmektedir. Rayna Rapp'ın 1979'da Signs Dergisinde yayınlanan şu sözleri, bu eleştirilerin özeti niteliğindedir:⁴³

"Kendi deneyimlerimizin başkalarınınkini de içerdiğini farz etmeye devam ettiğimiz sürece, Batının, Dünyanın geri 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. Tanzanyalı bir kadın çiftçi, bir Mapuche kadın li-

der ya da Amerikalı işçi 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."⁴⁴

Aslında feminist teorinin kavramsal problemi, "tüm kadınların benzer vasıflara ve deneyimlere sahip olduğunu" kabul etmesidir. Bu bakış açısı, kadın statülerindeki ırk, sınıf, zenginlik, cinsel tercih gibi değişkenlerin etkilerinin göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Tek bir feminizmden bahsetmenin imkansızlığı, ya da tek bir kadının sesinin var olduğunu iddia etmek, bu nedenle hatalı olmaktadır. Farklı kadın yaşam deneyimleri, farklı feminizmlerin doğmasına neden olmaktadır. Batılı feministlerin sorun olarak gördüğü ve hukukun görmezden geldiği birçok konu, üçüncü dünyalı kadınlar açısından sorun alanı olarak tartışılmamaktadır. Örneğin kürtaç, Batılı feministler açısından bir problem iken, üçüncü dünyada devletin nüfus planlaması politikaları nedeniyle kadınların bu tip bir sorunu bulunmamaktadır. Kürtaçın yasal olup olmaması, bir kadının uluslararası insan hakları hukuku açısından Batı'da önemliyen, üçüncü dünyalı kadın açısından tartışılmaya bile gerek duyulmamaktadır. Bu konu, özellikle uluslararası hukukta çok hassastır. Ortaya konulan

kavramlar, ulusalüstü standart olarak kabul edilir ve geniş bir uygulama alanı vardır.⁴⁵ Bu bağlamda kadınlar arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurulmadan, uluslararası hukukta anlamlı bir kadın sesi oluşturulabilir mi? Bu sorunun cevabı feminist teorisyenler tarafından netlikle verilmiş değil. Ancak tüm dünya kadınları arasındaki kültürel, tarihsel farklılıklara rağmen, feministlerin ortak olduğu tek bir teorik yaklaşım vardır ki o da toplumun ve onun uzantısı olan hukuk sisteminin ataerkil olmasıdır. Hiyerarşik ataerkillik ve farklı sınıf, ırk ve etnik grubun erkekleri ataerkillik içinde farklı konumlarda yer almaktadırlar. Kadınlar üzerindeki baskı kuran ilişkiler konusunda tüm bu farklı erkek gruplarının farklılıklarını bir yana bırakarak bir araya geldiklerini görebilmekteyiz.⁴⁶

III. Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna (Kuşaklar Çerçevesinde) Yönelik Feminist Eleştiriler

Feminizmler arasındaki tüm bu farklı yaklaşımlara rağmen, onları ortaklaştıran noktanın hukukun ataerkil niteliği olduğundan hareket edildiğinde, feministlerin insan hakları hukukunun cinsiyetlendirilmiş (gendered) yapısına dikkat çektikleri bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun daha iyi anlaşılabilmesi için, her bir kuşak hak açısından örnekler vererek konuyu açıklamak gerekir. Görünüşte farklı felsefi temelleri olmasına

rağmen bu üç kuşak hak, kadın bakış açısına göre dikkate değer benzerlikler taşımaktadır. İnsan haklarının maskülün dili, feminist teoride defalarca eleştirel bir bakış açısıyla ele alınmıştır.

A. Birinci Kuşak İnsan Hakları

Uluslararası insan hakları hukukunda "ilk kuşak" haklar diye bilinen medeni ve siyasi haklar, devletin bireyle koruma ve özgürlük sağlamanın öngörüldüğü alanlara ilişkin haklardır. Bir diğer deyişle, bu haklar vatandaşla devlet ilişkisine yönelik düzenlemelerin sınırlarını ve esaslarını belirlerler. Bu nitelikleriyle de "birinci kuşak" insan hakları, temelde kamu alanına ilişkindirler. Bu kategoride düşünülen haklar, tarihsel olarak da insan hakları söyleminde en fazla önemsenen, en çok üzerinde durulan boyutu oluşturmaktadır. Hatta kamu yaşamında bireyin devletle olan ilişkisine ve bu ilişkinin demokrasinin gelişmesine yaptığı katkıya Batılı hukukçu ve filozofların verdikleri önemin sonucu olarak "medeni ve siyasi" hakların, uluslararası haklar söyleminin özünü oluşturduğunu söylemek mümkündür.⁴⁷ Birinci kuşak haklar, Amerikan ve Fransız devrimlerinden doğmuştur.⁴⁸ Bu sebeple hala birçok batılı yorumcu tarafından değerlendirilmekte ve gerekli tüm yeni hak taleplerine bir karşı paradigma olarak dikkate alınmaktadır. Çünkü batılı devletler, uluslararası alanda baskın grubu oluşturmaktadırlar ve

⁴⁵ Charlesworth, *agm*, s. 62-63.

⁴⁶ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelly Wright, "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, 1991, vol:85, s. 621.

⁴⁷ Feride Acar, "Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler", Oya Çitçi (der.), 20. Yüzyılın Sorununda Kadınlar ve Gelecek içinde, TODAİE Yayını No: 285, İnsan Hakları Araştırma ve Deleme Merkezi Yayın No:16, Ankara, 1998, s. 23.

⁴⁸ İbrahim Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı", Afa yayınları, İstanbul, 1993, s. 28.

⁴³ Aksu Bora, "Kamusal alan/ özel alan: Mahrumiyet-Özgürleşme ikileminin ötesi", 20.yüzyılın sonunda kadınlar ve gelecek, der: Çitçi, O., Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayın No: 285, İnsan Hakları Araştırma ve Deleme Merkezi Yayın No:16, Ankara, 1998, s. 65.

⁴⁴ Aktaran Bora, *agm*, s. 66.

Feminist Perspektiften İnsan Hakları

onlar medeni ve siyasi haklar kategorisini uluslararası koruma için en önemli hak grubu olarak ele almaktadırlar.⁴⁹ Medeni ve siyasi haklar; yaşam hakkını, adil yargılanma hakkını, oy kullanma hakkını, ifade hürriyetini, seyahat hürriyetini ve bunlar gibi bir çok hakkı kapsar. Bu haklar, liberal bir perspektifle, orta beyaz ve üst sınıf erkekler tarafından ortaya konulmuştur, fakat tüm erkek ve kadınların bu haklara sahip olmaya ihtiyacı vardır ve bu haklardan yararlanabilmelidirler. Orta beyaz ve üst sınıf erkekler, bu hakları, başkalarını düşünmeden kendileri için kazanmalarına rağmen, söz konusu haklar, ötekiyle de ilişkilidir.⁵⁰

Birinci kuşak insan haklarının feminist okuması, birçok eleştiriye de beraberinde getirmiştir. Birinci kuşak haklar olarak bilinen medeni ve siyasi haklar, genellikle, kamu alanına ilişkindirler. Bu sebeple, kadınların yaşamlarının geçtiği özel alana ilişkin hak ihlallerine karşı ilgisiz olduğu bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu iddiayı açıklamak için feminist yazımda genellikle "Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin" 6., 7. ve 9. maddelerine atıf yapılmaktadır. Söz konusu sözleşmenin 6. maddesi⁵¹ yaşam hakkını, 7. madde⁵² işkence konusunu ve 9. madde⁵³ de kişisel güvence hakkı düzenlemektedir. Feminist dü-

şünürlerin bir kısmı, bu maddelerde belirtilen hususların içeriğinin daralttığını ve özel olarak kadınlara yönelik hak ihlallerinin algılanması hususunda yetersiz kalındığını belirtmektedirler.⁵⁴

Dünyanın pek çok yerinde, doğumdan, hatta doğum öncesinden başlayarak, ölüme dek yaşamın her evresinde, yalnızca ya da çoğunlukla kadınlara yönelik olarak işleyen, bir dizi ayrımcı ve kabul edilemez uygulamanın varlığı söz konusudur. Bu uygulamalar, artık, açıkça insan hakları ihlali olarak görülmekte ve uluslararası düzlemde böyle değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, değişik toplumalarda yaygın olarak görülen kadınların insan hakları ihlallerine bakacak olursak, karşımıza gerçekten ürkütücü bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu tablo içerisinde, kültürel olarak erkek çocuk tercih edilen birçok toplumda, yeni tıp teknolojilerinin sağladığı olanaklarla, kızların cenin halinde iken cinsiyet tespiti sonucu seçici kürtajla yok edilmesinden, ekonomik ve kültürel nedenlerle kız çocukların büyük bir bölümünün ölümüne terk edildiği ortamlara, genç kız ve kadınların "kadın sünneti"⁵⁵ diye bilinen ve çeşitli ülkelerde değişik vahamet derecelerinde uygulanan bir tür genital sakatlamaya tabi tutulmalarından, erkeklerle öncelik tanınması sonucu, kız çocuk ve kadınların belirgin şekilde kötü beslenmelerine kadar varan değişik hak ihlalleri bulunmaktadır.

Benzer şekilde, dünyanın pek çok ülkesinde, kadınların özgün sağlık sorunlarına yönelik toplumsal ve idari duyarsızlıklar söz konusu olduğu gibi, kadınların genel sağlık ve eğitim hizmetlerinden, erkeklere oranla daha az yararlandıkları bir gerçektir.⁵⁶ Harvard Üniversitesinde ekonomist olan Amartya Sen "100 milyondan fazla kadın kayıp" adlı makalesinde, dişi dölütlerin bazı ülkelerde seçmeci bir biçimde doğumu önlenmeseydi ve kız bebeklere, sağlık ve beslenme açısından, oğlanlarla aynı özen gösterilseydi, yaşaması mümkün olabilecek kadın sayısını hesaplamıştır. Sen, araştırmasını Hindistan ve Çin'de yapmıştır. Konuyu sadece dünyanın bu kesiminde öldürülen dişi ceninler, yeni doğmuş kız bebekler ve ihmal yüzünden ölen kız çocuklarla sınırlı tutsak bile, Sen'in tahminine göre toplam ölü sayısı 100 milyonun üzerine çıkmaktadır. Buna, "drahoma ölümleri", toprağın erkek denetiminde olmasından ve Afrika ülkelerindeki geliştirme projelerinden dolayı açlıktan ölen ya da Batı'da kocaları, sevgilileri ya da iş arkadaşları tarafından öldürülen, ırzına geçildikten sonra canına kıyılan kadınlar dahil değildir. Hastalık ya da kaza sebepleri dışında erkeklerin kasıtlı politikası sonucu öldürülen kadınların toplam sayısı tahminleri aşmaktadır. Eğer böyle bir kıyım dinsel, etnik ya da ırksal bir gruba uygulansaydı, acaba adı

49 Hillary Charlesworth, "What are Women's International Human Rights?", der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, 1994, s. 58
50 Rendel, Whose Human Rights, Trentham Books, İngiltere, 1997, s. 34.

51 6. Madde

Yaşama hakkı

1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak, hukuk tarafından korunur. Hiç kimse, yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturmada halinde, bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına mahkum olan bir kimse, bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir.

5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere, işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez; hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez.

6. Bu maddedeki hiçbir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.

52 7. Madde

İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.

Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.

53 9. Madde

Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse, hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

2. Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma sebepleri hakkında gözaltına alındığı sırada ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir.

3. Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması, genel bir kural olarak; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkum edilmesi halinde hükümün infazını temin etmek için teminata başlanabilir.

4. Gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedilecek bir mahkeme-ye başvurma hakkına sahiptir.

5. Hukuka aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir.

54 Kenneth Roth, "Domestic Violences as an International Human Rights Issue", der: Cook, R., J., Human rights of Women: National and International Perspectives, 1994, s. 327.

55 Dünya çapında yılda en az 2 milyon kadın, kadın sünneti riski altındadır. Aşağı yukarı günde 6000 kız çocuk, cinsel organlarının sakatlanması tehlikesi ile karşılaştırmaktadır. Tahminen 85 milyon ile 114 milyon arasındaki kadın ve kız çocuk dünyada genital olarak sakatlanmıştır. Toubia, N., "Female Genital Mutilation", Women's rights human rights international feminist perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London- New York, 1995, s. 224.

56 Charlotte Bunch, "Transforming Human Rights from a Feminist Perspective", Women's Rights Human Rights International Feminist Perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London- New York, 1995, s. 16.

ne olurdu? French bu soruya "soykırım" cevabını vermektedir.⁵⁷

Bütün bunların yanında, kadınlara yönelik insan hakları ihlallerine en çarpıcı örnek, toplumların hemen hemen hepsinde, kadınların ev içi ve dışı, salt cinsiyetlerinden ötürü, yaygın şekilde şiddet ve cinsel tacize maruz kalmalarına karşın, bu durumun toplumsal ve kültürel değerlerle meşrulaştırılması, hoş görülmesi ya da göz ardı edilmesidir. Ev içi ortamlarda yaygın olan kadına yönelik şiddet, pek çok toplumda, bu alan değerlerinin meşrulaştırıcı etkisiyle, kamu alanında da kadına uygulandığında çoğu zaman duyarsızlıkla gözardı edilmekte, olağan bulunmakta, hatta bir tür "hoşgörürü"yle karşılanmaktadır.⁵⁸ Toplumsal düzen –polis ve mahkemeler de dahil olmak üzere-, saldırgan erkeği korumak amacıyla topyekün seferber olmaktadır. Polisler, en çok aile içi şiddete müdahaleden çekinmektedirler. Polis müdahalesi ise, şiddeti sadece bir süre durdurmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

Bütün dünyada, hem yasal hem de kültürel boyutta, aile içi şiddet kadınlar aleyhine sonuçlanmaktadır. Hukuk, özel alanda gerçekleşen bu tip olayların düzenlenmesini erkeğin iradesine bırakmaktadır. Oysa, söz konusu eylemler sonucunda sanık koltuğunda oturması gereken kişiler, genellikle, ailelerin erkek efendileridir. Bu sebeple aile içi şiddet, hanenin karanlıkta

kalan bir bölümünü oluşturmaktadır. Kadın hareketi bu noktada çok önemli konulara dikkati çekmektedir. Nitekim 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.⁵⁹

Uluslararası kamuoyunda son yıllarda bu konulara yönelik belirgin ilgi, duyarlık ve tepki gözlenmekteyse de, uluslararası hukukun anagörüşü (mainstreaming) de genel olarak, kadınların insan hakları ihlalleri kavramsallaştırılması ve özel olarak da, kadınlara karşı uygulanan şiddetin bir insan hakları ihlali olarak algılanması hususlarında yetersiz kalmaktadırlar.⁶⁰ Benzer miyopi işkencenin uluslararası yasaklanmasında da sezilebilir. İşkencenin uluslararası hukuki tanımındaki merkezi görünüme göre, işkence kamusal alanda gerçekleşmektedir. İşkence, kamu görevlisi ya da resmi görevli gibi davranan diğer kişiler tarafından yapılan, acı çekirtme veya kıstırılmanın olduğu ve bu durum karşısında bireyin boyun eğdiği veya katlandığı eylemlerdir. Kamusal alanda birçok kadın işkencenin mağduru olmasına rağmen, şiddetin en büyüğü kadınlara başına özel alanlarda gel-

mektedir.⁶¹ Resmi bir görevli tarafından kamu alanında gerçekleşmediği ya da kamu görevlisi tarafından yönlendirilip, onaylanıp, teşvik edilmediği için kadınların ev içinde karşılaştıkları şiddet, işkence olarak algılanmamaktadır.⁶²

Bildirgenin 23. maddesinde,⁶³ ailenin korunmasından söz edilmektedir: "Aile, toplumun doğal ve temel unsurudur; toplum ve devlet tarafından korunmak hakkına haizdir." Aile içinde kadının uğradığı şiddet başta olmak üzere, ihlal edilen diğer insan haklarından söz edilmemektedir. Kadının annelik rolü üzerinde durulmakta ve bu kimliği öne çıkarılmaktadır. Gelecekte "medeni ve siyasi" haklar yaklaşımının, kadınları en çok tehdit eden hak ihlallerine karşı uzun süre duyarsız kaldığı, kadınların bütün dünyada en fazla ezildikleri alan olan, ev ve aile ortamlarında vukuu bulan ihlalleri "mahremiyet hakkı"⁶⁴ adına çok defa kapsam dışında tutmuş olduğu, bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁵

B. İkinci Kuşak İnsan Hakları

"İkinci kuşak" haklar diye bilinen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise doğaları gereği, yalnızca kamusal değil, aynı zamanda özel alana da ilişkindirler. Bu açıdan bakıldığında, "ikinci kuşak" hakların kadınların yaşamları açısından, belki de daha önemli ve anlamlı olabilecek toplumsal düzenlemelerin hukuki temellerini oluşturduğuna şüphe yoktur. Ancak bu hakların, günümüzde ulusal ve uluslararası platformlarda hala birinci kuşak haklara oranla, daha tartışmalı ve daha az netleşmiş kavramlar oldukları da gerçektir.⁶⁶ Nitekim, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunmasına ve gerçekleştirilmesine ilişkin uluslararası hukuk yöntem ve yaptırımları, medeni ve siyasi haklara ilişkin olanlara oranla, belirgin bir zayıflık göstermektedir.⁶⁷

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olan ikinci kuşak hakların, doğaları doğrultusunda düşünülecek olursa, kamusal-özel ikiliğinin üzerine oturduğu görülmektedir. Bundan dolayı, kadınların hayatına ilişkin daha fazla

61 Hilary Charlesworth, "What are 'Women's International Human Rights'?", der: Cook, R.J., *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, 1994, s. 72.

62 Joan Fitzpatrick, "The Use of International Human Rights Norms to Combat Violence Against Women", der: Rebecca J. Cook, *Human rights of women: National and international perspectives*, 1994, s. 533-534.

63 23. Madde

Ailenin korunması

1. Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir, ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

2. Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.

3. Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz.

4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.

64 17. Madde

Mahremiyet hakkı

1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.

65 Acar, agm, s. 25.

66 Acar, agm, s. 23.

67 Charlesworth, agm, s. 74.

57 Marilyn French, *Kadınlara Karşı Savaş*, çev: Beril Eyüboğlu, Metis kadın araştırmaları, İstanbul, 1993, s. 149.

58 Acar, agm, s. 25.

59 Anne Phillips, *Demokrasinin Cinsiyeti*, Çev: Alev Türker, Metis yayınları, İstanbul, 1995, s. 121.

60 Kenneth Roth, "Domestic Violences as on International Human Rights Issue", der: Cook, R., J., *Human rights of Women: National and International Perspectives*, 1994, s. 326-339.

hak sunumunda bulunmaktadır. Bu hakların tanımı; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesinde düzenlenmiştir. Bu sözleşmede yapılan tanımlar, kamusal-özel ayrımının cinsiyetçi yapısını göstermektedir. Tüm etkili güçlerin devlet elinde toplandığı farzedilerek yaratılan bir kamusal alan fikri, sözleşmede egemendir. Ancak, Shelley Wright'ın da işaret ettiği gibi, "Birçok kadının çoğu zamanı devlet işleriyle dolaylı ilişki içindedir. Fakat devlet, kendisiyle doğrudan ilişki içinde olan erkekler ve erkek gruplarına doğrudan aracılık etmektedir". Sözleşme ekonomik, sosyal ve kültürel bağlamda, birçok kadının hayatına dokunmamaktadır.⁶⁸ Birleşmiş Milletlerin istatistiklerine göre, dünyada kadınlar işlerin üçte ikisini yaparlarken, sadece gelirin yüzde onunu alıp, bu gelir karşılığında edinilen malların sadece yüzde birine sahiptirler.⁶⁹

Sözleşmenin 7. maddesinde,⁷⁰ her kişinin adil ve uygun koşullarda çalışma koşullarından yararlanma hakkı tanımlanmaktadır. Buradaki çalışma yeri, kamusal alan içinde düşünülmüştür. Marilyn Waring, kadınların dünyanın her yerindeki ekonomik aktivitelerinin

dökümünü yapmıştır. Sonuç olarak kadınların yaptıkları işlerin görünmez olduğunu, çünkü bu işlerin, ücretsiz olarak özel alanda aile içinde gerçekleştiği belirtilmiştir. Bu duruma örnek olarak, Beti kadınının durumunu gösterebiliriz. Kamerun'un güneyinde, yağmur ormanlarında yaşayan Beti halkı, her yıl kesme ve yakma yöntemleriyle ormandan kendilerine birer hektarlık yeni tarım alanları açarak, iki-üç yıl kadar bu tarlalardan ürün almaktadır. Her biri dört ilâ altı tarladan sorumlu olan çiftçiler (Afrika'da çiftçiliği kadınlar yapar), yerfıstığı, cocoyam, muz ve sebze gibi yiyecekler yetiştirmektedirler. Erkekler de çiftçilik yapmaktadırlar; ancak onlar, başlıca ticaret ürünü olan ve hemen paraya dönüşen kakao üretmektedirler. Beti erkekleri, günde yedi buçuk saat çalışmaktadır. Her gün ortalama bir saate yakın, kadınlara yiyecek üretiminde yardım etmekte; yaklaşık iki saat de kakao tarlalarında çalışmaktadırlar. Geri kalan zamanı ise, bira ya da hurma şarabı yaparak, sepet örerek, ev inşaatı ya da onarımıyla uğraşarak, satılabilir ufak tefek şeyler üreterek, ya da yarı zamanlı ücretli bir işte çalışarak

geçirmektedirler. Beti kadını, günde en az on saat çalışmaktadır: Beş saat tarlada çalıştıktan sonra, fazladan bir saat de kent pazarlarında satılacak besinleri yetiştirmek için uğraşmaktadır; ailenin yiyeceklerinin hazırlamak ve pişirmek üç-dört saatlerini alır; odun toplamak, su taşımak, çamaşır yıkamak, çocuklarla ve hastalarla ilgilenmek için de en az iki saat gerekmektedir. Kadınlar çalışmazsa, Beti halkı yaşayamaz. Oysa bir Birleşmiş Milletler kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO), eylemli işçi olarak, Beti kadını değil, Beti erkekini göstermektedir. Nedeni ise, "kadının aile reisine, işinde yardımcı olmaması" biçiminde açıklamaktadır.⁷¹

Sözleşmenin 7. maddesindeki güvencelerin, kadınlar için de geçerli olması gerekir. 7. maddenin a bendinin ilk bölümünde "..... kadınlar kendilerine sağlanan çalışma koşullarında erkeklerden daha aşağıda olmamak ve aynı çalışma için aynı ücret alma güvencesine sahip olmalıdırlar." diye belirtilmektedir. Bu maddede, kadınlara yönelik açık bir ayrımcılık dile getirilmiştir. Ancak düzenlemedeki çalışma yeri, kadınların kamusal alandaki çalışma yerleridir. Kadınların ev içi eme-

ğine yönelik bir ücretten bahsedilmemektedir. Yine aynı sözleşmenin 11. maddesinde,⁷² özel alana ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktayız. Sözleşmeye taraf olan devletler, kendisi ve ailesi için beslenme, giyim ve konut dahil yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşam koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkı tanınır. Taraf devletler, bu hakkın gerçekleştirilmesi için gerekli önlemleri alırlar ve serbestçe kararlaştırılan uluslararası işbirliğinin bu alandaki temel önemini kabul etmek durumundadırlar. Söz konusu düzenleme, doğrudan birçok kadının hayat alanıyla ilgilidir.

Sonuç olarak "ikinci kuşak" hakların, kamu alanı-özel alan ayrımını aştıkları, dolayısıyla da, kadınların yaşamı açısından daha önceleri değinilmeyen bazı hayati noktalara yönelik oldukları düşünülebilir. Ancak bu hakların da, uluslararası yasal araçlarda yer alışı biçimleri, kamu alanı-özel alan ayrımının hiç de öyle kolay aşılabilir bir toplumsal ve düşünsel engel olmadığını gösterir niteliktedir.⁷³

C. Üçüncü Kuşak İnsan Hakları

"Üçüncü kuşak" haklar, kolektif ve ya grup haklarını kapsar. İkinci Dünya

68 Hilary Charlesworth, "What are 'Women's International Human Rights'?", der: Cook, R.J., *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, 1994, sayfa 74.

69 Gayle Binion, "Human Rights: A Feminist Perspective", *Human Rights Quarterly*, 17.3.1995, s. 510, dipnot 9, http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/v017/17.3binion.html, 21.8.2002.

70 7. Madde

Adil ve uygun işte çalışma şartları

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanır. Bu şartlar aşağıdaki hakların güvence altına alır:

a) Bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile birlikte en azından:
i) Hiç bir ayrımı tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha altı düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret;
ii) Bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezih bir yaşam;
b) Güvenli ve sağlıklı çalışma şartları;
c) Herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkânlar;
d) Dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi.

71 French, age, s. 37.

72 11. Madde

Yaşama standardı hakkı

1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşam koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler, bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, ağıktan kurtulmanın herkes için temel bir hak olduğunu kabul ederek, kendi başlarına ve uluslararası işbirliği yoluyla, özel programlar da dahil, aşağıdakiler için gerekli olan tedbirleri alır:

a) Teknik ve bilimsel bilgiyi tam olarak kullanarak, beslenme prensipleri ile ilgili bilgileri duyurarak ve diğer kaynakların etkili bir biçimde geliştirilmesini ve kullanımını sağlayacak bir yolla tarım sistemlerini ilerleterek veya reform yaparak, üretimi, üretilenleri saklama ve dağıtım yöntemlerini geliştirmek;

b) Yeryüzündeki besin kaynaklarının ihtiyaçlara göre eşit dağıtılmasını sağlamak için, gıda ihraç eden ve gıda ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate almak.

73 Acar, agm, s. 25.

Savaşından sonra, insan hakları alanında uluslararasılaşma yoluyla gündeme gelmeye başlayan 3. kuşak hak ve özgürlüklerin temelinde, özellikle sömürgeci çıkaran üçüncü dünya devletlerinin baskısı etkili olmuştur.⁷⁴ Bu sebeple üçüncü kuşak haklar Birleşmiş Milletler içinde, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından savunulmuştur. Bu haklar Batı'ya, sözsüz bireysel hakların liberal modeline karşı durması nedeniyle, uluslararası insan hakları ana-görüşünü destekleyen topluluklar tarafından ihtiyatla desteklenmiştir.

Grup haklarının felsefi temeli belirli bireylerin çıkarlarından ziyade toplumun refahı üzerine öncelikli taahhütler üzerindedir. Bir bakış açısından da bu hakların, kadınlara yönelik bir takım vaatleri de içerdiği söylenebilir. Kadınların hayatları, tipik olarak diğerleriyle bağlantılı bir şekilde devam eder niteliktedir. Aile etrafında merkezleşen, grup ve bireyden çok toplumla bağlantılıdır. Ancak feminist teorisyenler, diğer kuşak haklar da olduğu gibi, üçüncü kuşak hakların da teorik ve pratik gelişimi içinde kadınlara çok az yer tanındığını ortaya koymaktadırlar.⁷⁵

Örneğin "gelişme hakkı",⁷⁶ uluslararası alanda ekonomik olarak erkeğin baskın olmasını savunarak yorumlanmış ve tanımlanmıştır. Birleşmiş

Milletler Gelişme Hakkına Dair Bildirinin birinci maddesinde gelişme hakkı, her insanın ve bütün halkların, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle, vazgeçilmez bir insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Yine aynı deklarasyonun 3. maddesinin 2. fıkrasında devletlerin, nüfusun tamamının ve bütün bireylerin faal, serbest ve belirleyici surette gelişmeye katılmaları ve bundan kaynaklanan menfaatlerin adil bir biçimde dağıtılması esasına dayanan, nüfusun tamamının ve bütün bireylerin refahını sürekli olarak geliştirmeyi amaçlayan ulusal gelişme politikalarını formüle etme yetkisi ve görevi bulunduğu düzenlenmektedir.⁷⁷ 8. maddesinde, "..... gelişme sürecinde kadınların faal bir role sahip olmalarını sağlamak için etkili tedbirler alınır. Her türlü toplumsal adaletsizliği ortadan kaldırmak amacıyla, gerekli ekonomik ve sosyal reformlar yapılır." şeklinde düzenlenmektedir.⁷⁸

Geleneksel kalkınma hesaplamalarında, kadınların erkekler tarafından ikincil kılındıkları, göz önünde bulundurulmamaktadır.⁷⁹ Kadınların insan soyunun üremesi, bakımı ve yetiştirilmesi için harcadığı muazzam emek, ne

gayri safi yurt içi hasıla ne de gayri safi milli hasıla istatistiklerinde yer almaktadır. Kadınlar yaptıkları hizmetin karşılığında para alamadıkları, ücretlerine erkekler el koyduğu ya da yaptıkları işler işten sayılmadığı için genellikle işgücünün bir parçası olarak görülmemektedirler. Afrika'da gelişme projelerinin neredeyse tümünün odak noktasında erkekler yer almaktadır. Afrika'nın büyük bölümünün tarım alanında kadınlar çalıştığı halde, onlara yönelik yardım projeleri yok denecek kadar azdır. Toprak reformu projeleri, mülkiyet hakkını erkeklerle tanı; bu yüzden geliştirici yeni hizmetlerden yararlanmak ya da tarım kredisi almak, sadece erkeklerin hakkıdır. Toprakta hakkı olmayan kadın, bu gibi kolaylıklardan da yararlanamaz. Afrikalı kadınlar, yalnız yiyecek üretmekle kalmaz, yurt içinde tüketilen ve ticareti yapılan çok sayıda ürünü de onlar üretir. Batının işlenmiş ürünlerinin Afrika pazarlarına girmesiyle, kadınların ekonomik bağımsızlığı sadece zayıflamakla kalmamış, bazı yerlerde bütünüyle sona ermiştir. Afrika'da yeni sanayi kuruluşlarına kadın işçi alınmamakta ve sermaye sahibi olmalarına imkan verecek herhangi bir işte çalışmalarına izin verilmemektedir.⁸⁰ Elbette üçüncü dünya kadınlarının mevcut kalkınma pratiklerindeki problemli yapılarının tek sorumlusu, gelişme hakkının uluslararası yasal düzenlemesi değildir. Ancak uluslararası hukukun retoriği, kadınların ikincil statü-

sünü, hem desteklemekte hem de yansıtmaktadır.⁸¹

Diğer bir üçüncü kuşak hak olarak, kendi kaderini belirleme hakkı da, feminist perspektiften ele alınmıştır. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, halkların kendi kaderlerini tayin hakkını tanımaktadır. B.M. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 1. maddesinde, kendi kaderini belirleme hakkı şu şekilde düzenlenmektedir:

1. Bütün halklar, kendi kaderlerini tayin hakkına sahiptir. Bu hak vasıtasıyla halklar, kendi siyasal statülerini serbestçe tayin edebilir ve ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerini serbestçe sürdürebilirler.

2. Bütün halklar, uluslararası hukuka ve karşılıklı menfaat ilkesine dayanan uluslararası ekonomik işbirliği yükümlülüklerine zarar vermemek koşuluyla, doğal kaynakları ve zenginlikleri üzerinde kendi yararına serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bir halk, sahip olduğu maddi kaynaklardan hiçbir koşulda yoksun bırakılamaz.

Söz konusu maddenin kamusal yapılarının özellikle, erkek politik hayatına yönelik olduğu görülmektedir.⁸² Örneğin 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'e saldırısına karşı, acil ve güçlü Birleşmiş Milletler saldırısı Kuveyt halkının kendi geleceğini belirleme hakkı adı altında meşrulaştırılmıştır. Kuveyt'in yeniden yapılanması veya liberalleşmesi planlarından hiçbirisi, kadınların politik haklarının devletlerce inkarını

74 Kaboğlu, age, s. 31.

75 Charlesworth, agm, s. 75.

76 Gelişme Hakkının hukuksal tanımı yapılmış olmakla beraber uluslararası hukuk alanında hala tartışmalı bir kavram olarak varlığını devam ettirmektedir. Hukuksal tanımı için referanslar için bkz. dipnot 163. Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelly Wright, "Feminist Approaches to International Law", American Journal of International Law içinde, 1991, sayı 85, s. 638.

77 <http://www.ihm.8m.com/s3geh.htm>, 12.12.2002.

78 <http://www.ihm.8m.com/s3geh.htm>, 12.12.2002.

79 Charlesworth, agm, s. 109.

80 French, age, s. 36-39.

81 Charlesworth, agm, s. 109.

82 Hilary Charlesworth, "Human rights as Men's rights", Women's rights human rights international feminist perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London- New York, 1995, s. 110.

içermemektedir. Her ne kadar birkaç uluslararası baskı unsuru, Kuveyt hükümetine daha demokratik bir sistem yaratması için zorlamışsa da, kadınların politik baskı altında tutulması odak noktası olarak alınmamıştır. Kuveyt'te hür iradenin kazanılması, sadece elit erkek kadroların çıkarlarına katkıda bulunmuştur. Bu elit kadro, kamusal alana ve hükümete katılma hakkı olanlardır. Buna ek olarak, bu durum, özel alan içindeki kadınlar üzerinde negatif bir etki yaratmıştır. Orta Doğu Gözlem raporuna göre, Kuveyt'teki Asya'lı kadın ev işçilerinin yaygın fiziksel ve cinsel istismarı belgelenmiştir.⁸³

Çok kültürlü toplumlarda, kendi kaderini belirleme hakkı çoğulculuğu gerektirmektedir. Her toplum, kendi ana dilini konuşabilir. Dinini özgürce yaşayabilir. Kültürünün gerektirdiği yaşam tarzını, özgürce benimseyebilir. Bu tür haklar, kimi zaman, dünyanın çeşitli yerlerinde kadınlar aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir.⁸⁴ Kadın sünneti, Şeri kanunlar gereğince kadınları cezalandırılma metotları, Hindistan'da dul kalan kadınların kocalarıyla birlikte yakılması, poligami, örtünme, kız çocukların evlenmeye zorlanması gibi insan haklarını tehdit eden uygulamalar, toplumların kültürlerinin birer parçasıdır.⁸⁵ Her biri, kadınların cinsiyeti nedeniyle yaşam haklarını ellerinden almaktadır. Feministler, çoğulculuğun

önemini kabul etmekle beraber, kadınların insan haklarına saldıran kimi kültürel kuralların kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler.⁸⁶

Kamusal ve özel dünyalarda, erkeklerin kadınlar üzerindeki hakimiyeti dikkate alınmayan bir olgudur. Kendi geleceğini belirleyebilme hakkı ve devlet nosyonu, aslında, kadınların ezilmesini sistematik erkek baskısı ve şiddeti karmaşası içinde kuvvetlendirmektedir.⁸⁷

Sonuç

Yukarıda yapılmış olan tüm açıklamalarda uluslararası hukukun, hem yöntem hem de öz olarak toplumsal cinsiyetçi yapısına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Kadınların statülerinin yükseltilmesi stratejilerinde, bütün insan hakları normlarının tanımı içine, kadın sesinin ve tecrübelerinin eklenmesi son derece önemlidir.⁸⁸ Haklar söylemini özel alana getirmeyi amaçlayan çabalar, özel-kamusal ayrımıyla karşı karşıya gelmektedir. Bu nedenle, kadınların seslerinin duyuracak bir kamusal alanın oluşturulması büyük bir önem arz etmektedir.

Bütün bu eleştiriler sonucunda feminist hareket, uluslararası insan hakları hukuku alanında somut çözümlere ulaşmıştır. Son yıllarda Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen Viyana, Beijing ve Kahire konferanslarında,

uluslararası feminist hareketin etkisi neticesinde, feministlerin söylemleri ilk defa uluslararası insan hakları hukukunda bir görüş olarak kabul edilmiştir.⁸⁹ Ayrıca CEDAW, diğer uluslararası insan hakları metinlerinin boş bıraktığı ya da yeterince kapsamadığı alanlara yönelen bir hukuk aracı olarak özel bir önem kazanmaktadır ki bu metnin hazırlanmasında feminist hareketin yeri önemlidir.

Pozitif hukuk alanında feministlerin çabaları sonucunda edinilen bu kazanımlar önemli olmakla beraber, kadın sorununun mutlak anlamda çözümlendiği anlamına gelmemektedir. Önemli olan, söz konusu normların pratikte işlevsel hale getirilmesidir. Aynı zamanda, uluslararası hukuk alanında kadının insan haklarına yönelik bu tür spesifik bir branş yaratmak, marjinalleşmeye de açık bir kapı bırakmaktadır. Marjinalleşme tehlikesine karşın feministlerin, insan hakları metinlerine ve haklar söylemine yönelik eleştirileri görmezden gelinmemelidir. Bu yalnızca bir dil sorunu değil, dünyanın her yerinde, her gün, tek tek kadınlar açısından bir ölüm kalım sorunudur. İşte bu nedenle, dünyanın her yerinde kadın örgütleri ve insan hakları hareketi, çok uzun zamandır görmezden gelinmiş, kadının kadın olması nedeniyle karşı karşıya kaldığı insan hakları ihlallerini, su yüzüne çıkarmaya çalışmaktadırlar ve kanımca bu önemli bir çabadır. Ancak Derrida'nın kendisiyle yapılan bir söyleşide belirttiği gibi bu çabaların insan hakları söyleminin

belli bir yorumu ve kullanımının yapısını bozmamalıdır. "Ardında başka bir şey gizliyor" diyebiliriz. Yani ihtiyatlı olmalı, insan hakları ilkesini yok etmemeli ve bu kavramı ve uygulamasını genişletmeye çalışmalıyız.⁹⁰

Kaynakça

- Abbott, P.,
Wallece, C., An Introduction to Sociology - Feminist Perspectives -, Routledge, Londra - New York, 1997.
Akal, C. B., İktidarın Üç Yüzü, Dost kitapevi yayınları, Ankara, 1998.
Akillioğlu, T., İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Bilgi yayınevi ile SBF İnsan hakları Merkezi ortak yayını, Ankara, 1995.
Aktaş, C.(haz.), Kavramlar ve Bağlamlar Arasında- 20. yüzyıl düşünürleriyle Söyleşiler, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.
Arat, N., Feminizmin ABC'si, İstanbul, 1991.
Benhabib, Ş., Modernizm, Evrensellik ve Birey, çev: Küçük, M., Ayrıntı yayınları, İstanbul, 1999.
Bensadon, N., Kadın Hakları, çev: Tekeli, Ş., İletişim Yayınları Cep Üniversitesi, İstanbul, 1990.
Boucher, D., The Social Contract Hobbes to Rawls, Routledge, Londra, New York, 1994.
Cohen, J.,
Howard, M.,
Nussbaum, M.(der.), Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respodents, Princeton Uni-

83 Charlesworth, agm., 1994, s. 76.

84 Çok kültürcülüğün kadınlar açısından tartışmaları için bkz. Joshua Cohen, Matthew Howard, Martha C. Nussbaum(der.), Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respodents, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999.

85 Eva Brems, "Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident in Human Rights Discourse", Human Rights Quarterly, cilt 19, sayı:1, 1997, s. 148.

86 Radhika Coomaraswamy, Reinventing International Law: Women's Rights as Human Rights in the International Community, <http://www.law.harvard.edu/programs/HRP/Publications/radhika.html>, 13.8.2002, s. 8.

87 Charlesworth, agm., 1995, s. 75-76.

88 Charlesworth, agm., 1995, s. 109.

89 Brems, agm., s. 150.

90 Jacques Derrida ile yapılan söyleşi için bkz., "Kavramlar ve Bağlamlar Arasında- 20. yüzyıl düşünürleriyle Söyleşiler", Cem Aktaş(haz.), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s.100-101.

versity Press, Princeton, New Jersey, 1999.

Çaha, Ö., Sivil Kadın, çev: Özensel, E., Vadi yayınları, Ankara, 1996.

Donnelly, J., Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çev: Erdoğan, M., Korkut, L., Yetkin yayınları, Ankara, 1989.

Donovan, J., Feminist Teori, çev: Bora, A., Gevrek, A., Sayılan, F., İletişim yayınları, İstanbul, 1997.

Elshtain, J. B., Public Man, Private Woman (Women in Social and Political Thought, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1993.

Freeman, M.D.A., Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Sweet-Maxwell Ltd., London, 1994.

French, M., Kadınlara Karşı Savaş, çev: Beril Eyüboğlu, Metis kadın araştırmaları, İstanbul, 1993.

Galtung, J., Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, çev: Sözen, M., Metis yayınları, İstanbul, 1996.

Gilligan, C., In A Different Voice, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

Güriz, A., Hukuk Felsefesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları no.493, Ankara, 1992.

Güriz, A., Feminizm Postmodernizm ve Hukuk, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1997.

Kaboğlu, İ., Özgürlükler Hukuku, Afa yayınları, geliştirilmiş 4. baskı, İstanbul, 1993.

Lloyd, G., Erkek Akıl, çev: Özcan, M., Ayrıntı yayınları, İstanbul, 1996.

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

Michel, A., Feminizm, çev: Tekeli, Ş., İletişim yayınları, cep üniversitesi, Ankara, 1992.

Pateman, C., The Disorder of Women (Democracy, Feminism and Political Theory, Stanford University Press, Stanford, California, 1989.

Phillips, A., Demokrasinin cinsiyeti, çev: Türker, A., Metis yayınları, İstanbul, 1995.

Rendel, M., Whose Human Rights?, Trentham Books, İngiltere, 1997.

Rullmann, M., Kadın Filozoflar (Antikçağ'dan Aydınlanmaya kadar), Kabcı

Yayınevi, çev: Mengüşoğlu, T., İstanbul, 1996

Russell, B., Batı Felsefesi Tarihi (Ortaçağ), çev: Sencer, M., Say yayınları, İstanbul, 1996.

Sancar, M., "Devlet Akli" kışkıncında Hukuk Devleti, İletişim yayınları, İstanbul, 2000.

Tanör, B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS yayınları, İstanbul, 1994.

Tanilli, S., "Uygarlık Tarihi", Adam yayınları, İstanbul, 1999.

Weisberg, K., Feminist Legal Theory. Foundations, Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Makaleler

Acar, F., "Kadınlara İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler", Oya Çitçi (der.), 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek içinde, TODAİE Yayını No: 285, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayın No:16, Ankara, 1998.

Bartlett, K., Anglo American Law, der: Alison M. Jaggard & Iris Marion Jo-

ung, Blackwell Companions to Philosophy, A Companions to Feminist Philosophy içinde, Blackwell Publishers, USA-UK, 1998.

Binion, G., Human Rights: A Feminist Perspective, Human Rights Quarterly, 17.3.1995, s. 509-526, http://mu-se.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/v017/17.3binion.html, 21.8.2002

Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident in Human Rights Discourse, Human Rights Quarterly, cilt 19, sayı:1, 1997.

Bora, A., Kamusal alan- Özel alan: Mahrumiyet- Özgürleşme ikileminin ötesi, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı, TODAİ yayını no:285, 1998.

Bunch, C., Transforming Human Rights from a Feminist Perspective, Women's rights human rights international feminist perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London-New York, 1994.

Charlesworth, H., "What are 'Women's International Human Rights'?", der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, University of Pennsylvania Press, ABD, 1994.

Charlesworth, H., Human rights as Men's rights, Women's rights human rights International Feminist Perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London- New York, 1995.

Charlesworth, H., Chinkin, C.,

Wright, S., Feminist Approaches to International Law, American Journal of International Law, cilt 85, 1999.

Copelon, R., Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture, der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, 1994.

Coomaraswamy, R., Reinventing International Law: Women's Rights as Human Rights in the International Community, <http://www.law.harvard.edu/programs/HRP/Publications/radhika.html>, 13.8.2002

Dietz, M., Bağlam Herşeydir: Feminizm ve yurttaşlık teorileri, Birikim, Kasım 1993.

Fitzpatrick, J., The Use of International human Rights Norms to Combat Violence Against Women, der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, University of Pennsylvania Press, ABD, 1994.

Littleton, C., Reconstruction Sexual Equality, der: Kelly Weisberg, Feminist Legal Theory. Foundations, Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Pateman, C., Feminist Critiques of Public/Private Dichotomy, The Disorder of Women, Stanford University Press, Stanford-California, 1989, s. 118.

Roth, K., Domestic Violence as an International Human Rights Issue, der: Cook, R.J., Human Rights of Women: National and International Perspectives içinde, University of Pennsylvania Press, ABD, 1994.

Taub, N.-

Williams, W., Will Equality Require More Than Assimilation, Accommodation or Separation from the Existing Social Structure, der: Patricia Smith, Feminist Jurisprudence içinde, Oxford University Press, 1993.

Toubia, N., Female Genital Mutilation, Women's rights human rights international feminist perspectives, der: Peters, J., Wolper, A., Routledge, London-New York, 1994.

Uygun, O., İnsan Hakları Kuramı, İnsan Hakları içinde, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.

Üşür, S. Liberalizmin "Cinsiyetten Arındırılmış Birey"i ve Feminist Eleştiri, Mürekkep, Haziran 1994.

West, R., Jurisprudence and Gender, der: Patricia Smith, Feminist Jurisprudence içinde, Oxford University Press, 1993.

Web sayfaları

<http://www.ihm.8m.com/e2-kash.htm>, 4.12.2002.

http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/v017/17.3bini-on.html, 21.8.2002.

<http://www.ihm.8m.com/s3geh.htm>, 12.12.2002.

<http://www.ihm.8m.com/s3geh.htm>, 12.12.2002.

Özel - Toplumsal - Kamusal Alan^(*)

Betül Çotuksöken^(**)

<<Joseph Conrad yazı yazmadaki amacının "her şeyden önce senin görmeni sağlamak" olduğunu söylerdi. Bizim amacımız ise her şeyin üstünde, seni düşündürmektir. Biz, senin, filozofların tartıştığı sorunlar üzerinde düşünmeni istiyoruz.>>⁽¹⁾

"Bir Kişisel Dil Olabilir mi?" başlıklı yazısında Rush Rhees şöyle der: «Biz bir şey üzerine konuşurken dilimiz o şeyi göstermez, onu yansıtmaz da. Her durumda, gösterme ya da yansıtırma, şeylere ancak bir uyuşuma (convention) göre yönelir; ancak göstermenin, içinde anlaşıldığı bir yol ve yansıtmanın, içinde anlaşıldığı bir yol bulunduğu zaman. Ben bir göstermeyi onu anlayacak birisi için yaparım. Bu olmasa o boş bir tören olurdu; şeylerin karşısında sesler çıkarmak kadar boş.>>⁽²⁾

Birlikte yaşamının gereği olarak ördüğümüz ve uyuşuma göre işleyen dil dokusunun bir bakıma en sorunsuz bölgesi, somut nesnelere ilişkin olanı-

dır; çünkü dil dokusunun bu bölgesinde ya da yüzeyinde yer alanların dış dünyada belli bir başvuru noktası vardır. Ancak ucu açık yapısal özelliklere dayalı olarak ya da onların sonsuz dışavurumu olarak büyük bir çeşitlilik içinde kurulan insan dünyasında varolan her şeyin böylesine belirgin bir başvuru noktası her zaman var mıdır? Her şeyin her şeyle —farkına varalım ya da varmayalım, bilelim ya da bilmeyelim— belli bir yol üzerinden, iletişim ağı üzerinden bağlantılı olduğu bir dünyada, olup biteni, yaşamın içinde aktığı farklı bölgeleri, alanları dilendirmek, adlandırmak, sınırlarını çizmek büyük önem taşımaktadır. Bu, bilinçli varlıkların sorumluluğunun ve aynı zamanda felsefenin de başladığı noktadır; çünkü burada yaşamın üzerine kıvrılmak, yaşama yönelmek söz konusudur. Yönelme edimi de düşünme ve dille yapılabilir ancak.

Felsefe aracılığıyla, kişi, herhangi bir varlık olmanın ötesine geçer ve fel-

(*) İstanbul Barosu ile Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi'nin İstanbul'da 6-7 Eylül 2002 günlerinde gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumunda sunulmuştur.

(**) Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Felsefi Bölümü Öğretim üyesi.

(1) James W. Cornman, Keith Lehrer, George S. Pappas, Philosophical Problems and Arguments: An Introduction, Hackett Publishing Company, Indiana-polis/Cambridge, 1992, p. vii.

(2) Rush Rhees, "Bir Kişisel Dil Olabilir mi?" Çev: Vehbi Hacıkadıroğlu, Felsefe Tartışmaları 9. Kitap, Panorama Yayınları, İstanbul, 1990, s. 11.

sefi yaklaşımın gereği olarak, varolana, bu arada kendisi de içinde olmak üzere —bir varolan olarak— her şeye ilişkin bakışını, bilme edimlerinde somutlaştırır; aslında kurallar dizgesi olan dilin olanakları içinde dünyayı, düşünme ve dil alanında yeniden oluşturur; yeni bir doku gibi dünyayı işler. Eylemde bulunurken de bu dokunun içindedir artık; doku onu yönlendirmektedir, yönetmektedir ve tümüyle iletişimini belirlemektedir. Olup bitene, yaşamın bütünlüğüne felsefe açısından bakan kişi, daha açık konuşmak gerekirse, varlık, insan ve bilgi anlayışını varolan her nesneye ve nesne durumuna bir ağ gibi gerer. İçinde yaşadığı ama ancak düşünme yoluyla bir adını ötesine geçebildiği ve uylasma dayalı bir kurallar dizgesi olan dil aracılığıyla başkaları ve bu arada da kendisi için nesneleştirdiği yaşama dünyasını "özel", "toplumsal", "kamusal" diye ayrıştırdığı anda, düşünen insanın sorumluluğu da başlamaktadır.

Sorumluluk, sorulan ya da sorulması mümkün olan bir dizi soruyla kendini gösterir. Bu bağlamda öyleyse soralım: "Özel, toplumsal, kamusal olan nedir?" "Özeli, toplumsal, kamusal, onların her birini kendisi yapan ne ya da nelerdir?" "Bunlar, kendi içlerine kapalı geçirimsiz yapıları mı imlerler; tersine birbirleriyle tümüyle örtüşürler mi?" "Ayrımlar sadece dilde mi söz konusudur?" "Bu üç alanın olsa olsa ortak kesişim alanları mı vardır?" "Bu belirlemeleri yapmak ne türden sorunların genişliğine çıkmasını sağlar ya da

ne gibi sorunlara yol açar?" "Bu konuda yapılacak belirlemeler insanın temelde bir canlı olarak giderek doğasından uzaklaşmasına bir zemin hazırlamış olmaz mı?" "Bir kültür varlığı olması nedeniyle —ister istemez— salt canlı oluşundan uzaklaşmış, kendine yabancılaşmış bir varlık olarak insan zaten şu ya da bu yolla en azından özel ile toplumsal olan arasına sınırlı koymamış mıdır?" "Söz konusu sınırları insan her zaman kendisi mi bizzat çizmiştir; yoksa sınır çizme işini başkasına/başkalarına mı bırakmıştır?" ... Soruları daha da uzatmak olanaklı.

Bu çalışmada bir giriş niteliğinde olmak üzere ancak kimi sorulara yanıt verilecek ve yanıtlama sürecinin başlangıcında da varolana ilişkin olarak benimsenen genel bakış ile insana ilişkin olarak benimsenen genel bakış ilkin belirgin kılınacaktır. Her iki belirleme de özel, toplumsal ve kamusal olanı felsefeye bilmenin yapıtaşlarını oluşturacaktır; başka bir deyişle sorun, ontolojik, antropolojik ve epistemolojik açıdan ele alınacaktır.

Burada benimsenen varlık anlayışı her şeyin bir teklik içinde varolduğuna ilişkindir; tekiler, tekil oluşlarını yalıtılmış olarak değil, iç içe geçen ağlar içinde gerçekleştirmektedirler ve her türlü varoluş da yinelemesizdir, bir defalıktır. Yineleme, genelleme, dış dünyada hiçbir biçimde varolmayan kavram (düşünme) ve adın/terimin/sözcüğün (dil) işlevidir; çünkü bir defalık oluşumlar kavramla ve adla sabitleştirilmektedir; bu yolla varo-

lanlar nesne olmakta, bilinir kılınmaktadır. Öyleyse burada sunulan yaklaşım, varolana ilişkin adı yaklaşımıdır; bu yaklaşım düşünme ve dil bağlamındaki uylasmlara önem vermekte; özsellliği ve durağanlığı öne çıkaran yaklaşımlardan uzak durmaktadır⁽³⁾. İnsana ilişkin kavrayışa gelince: düşünme ve dilde yansımasını bulan belirlemelerin açık uçlu olmasına dayalı bir kavrayışla insana yönelme burada söz konusudur. Adı varlık anlayışı (ontoloji) ve insanı (antropolojik ve hümanist) yaklaşım bilmeye ilişkin olanı da belirlemektedir⁽⁴⁾.

Bu arada gözden kaçırılmaması gereken bir nokta daha vardır: tarihselliği içinde kavramsal birikimin; daha somut olarak da bilgi birikiminin sürekli devinim içinde insan dünyası için taşıdığı önem. Çünkü şimdiyi yaşamakla yetinmeyen, geçmişe ve geleceğe ilişkin yönelimleri içinde yaşamını sürdüren her tek insan, yaşam deneylerini, deneyimlerini düşünme ve dil

örgüsünde, dokusunda ve üstelik tarihsel olarak oluşturur. Bu bağlamda da özel olanı, toplumsal olanı, kamusal olanı belirlerken, tarihsel olanın tortularını da tekdüze değil, tam tersine oldukça karmaşık bir biçimde içselleştirir; eğer gücü varsa, dönüştürür; düşünsel ve hatta dilsel sıçramalarla kimi zaman görünüşte de olsa yeniye açılır; hiç olmazsa yeni ya da eski-yeni sorun odaklarının bulgulayıcısı olur. Özellikle sanal gerçekliğin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve kimi zaman "yersizlik yurtsuzluk", kimi zaman "yerinden edilmişlik" olarak adlandırılan bir yaşama dünyasında, değişim ve dönüşüm alabildiğine hızlanmıştır. Tam da bu noktada "şimdi ve burada" olan da iyice bulanıklaşmıştır. İnsan, felsefede çokça yer alan bir örutide dile getirildiği gibi sınırları belli bir "theatrum mundi"nin⁽⁵⁾ edimcisi midir; yoksa yer ve zamanın giderek belirsizleştiği yaşama dünyasının sürekli olarak yönlendirilen bireyi midir; başka bir de-

(3) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Çotuksöken, *Felsefi Söylem Nedir?* (1991, 1994), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2000; Betül Çotuksöken, *Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak* (1995), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2001; Betül Çotuksöken, *Felsefe: Özne-Söylem*, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2002; Betül Çotuksöken, "Nominalist Varlık Anlayışını Benimsiyorum", *Bilim ve Ütopya*, Sayı: 98, İstanbul, Ağustos 2002, s. 39.

(4) Bu bağlamda Takiyettin Mengüşoğlu'nun ilkin 1971 yılında *Felsefi Antropoloji: İnsanın Varlık Yapısı ve Nitelikleri* (İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971) adıyla yayımlanan daha sonra *Tomris Mengüşoğlu tarafından İnsan Felsefesi. 1. İnsanın Varlık Yapısı ve Nitelikleri, 2. İnsan ve Hayvan, Dünya ve Çevre* (Remzi Kitabevi, İstanbul, 1988) adı altında yayımlanan kitabı yol gösterici olmuştur. Çünkü burada insan, belli bir "öz"le belirlenmemekte, tüm eylemlerinin ortak paydaları dikkate alınarak belirgin kılınmaktadır. Konumuzla bağlantısı içinde insan toplumsal ve kamusal bir varlık olarak kendini kumaktadır; insan olsa olsa özgül ayrımları olarak dile getirilebilecek açık uçlu nitelikleri aracılığıyla değerlendirilmekte; insan dünyasının görüngülerine sürekli olarak yenilerinin eklenilebileceğinin ipuçları verilmektedir. Bu bağlamdaki belirlemeler için bkz. Betül Çotuksöken, "Hümanist Metafizik, Antropolojik Ontoloji", *Felsefe: Özne-Söylem*, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2002, ss. 17-24.

(5) <<Toplumla ilintili en eski Batılı düşüncelerden biri, bizzatlı toplumun bir tiyatro sahnesi olarak görülmesidir. Bir theatrum mundi geleneği vardır. Platon'un *Yasalar* adlı eserinde insan yaşamı tanrılar tarafından sahneye konulan bir kukla gösterisiydi; Petronius'un eseri *Satyricon*'un ana teması ise bir tiyatro olarak toplumdur.>> Richard Sennett, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, Çev: Serpil Durak-Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 54. Benzer izleği, Bacon'ın tiyatro idollerinde ve Descartes'ın *mundus est fabula* belirlemesinde de görmekteyiz.

yişle sadece seyirci konumunda mıdır?(6)

Her şeyin neredeyse yerinden edildiği bir yaşama dünyasında tarihsel birikim ve onların bir bakıma sözde bilgisine dayalı özelemler de gündeme getirildiğinde, geleneklerin, inançların, kuşaktan kuşağa geçen alışkanlıkların yarattığı kolaycılıklarla bu dünyanın farklı yüzleri, alanları belirsizleşecektir; özel, toplumsal, kamusal olan arasındaki sınırları çizmek iyice zorlaşacaktır. Kimi zaman da özel, toplumsal, kamusal belirlemelerine ezbere tutumlar içinde yer verilecektir. Her şeyin bir defalık olduğu, ancak düşünme ve dile getirme, kısaca bilme ve iletme düzlemlerinde genellemelerin yapıldı-

ğı bir ortamda mantıksal çözümlemeler sesini yeterince duyuramayacaktır. Örneğin, kestirmeden gidilerek özel-kamusal ayırımı yapmakla yetinilecektir. Belki "özel" in imledikleri üzerinde uyuşma varılacak; ama kamusalın imledikleri üzerinde ayrıntılı bir biçimde durulmayacak, sözün büyüüne kapılmanın çekiciliği ve kolaycılığı içinde her şey birbirine karışacaktır.

"Özel alan-toplumsal alan-kamusal alan" terimleri çok çeşitli açılardan incelelenebilir. İlk inceleme salt dilsel yönden terim çalışması olarak ele alınabilir(7). Konu, belki de ilk ağızda, sosyologları, sosyal psikologları, hukukçuları, iktisatçıları, siyaset bilimcileri ilgilendiriyor; ancak felsefe açı-

sından konuya bakış, bu uzmanlık alanlarından her birisi için yardımcı olabilir. Kamu ve kamusal kavramları ölçeğinde günümüzde son derece ayrıntılı çalışmalar, araştırmalar yapıldığını biliyoruz(8). Bu kavramları sözel olarak iyice belirginleştirip, geçmişe, felsefe tarihine baktığımızda ve hatta ayrıntılı bir biçimde düşündüğümüzde, sorunun en az iki kişilik ortamlarda kendini gösterdiğini, tek olanın ancak ilişkileri içinde anlam kazandığını ve sorun odağı olduğunu görüyoruz. Örneğin felsefenin gökyüzünden, bulutlardan yere indiği dönem olarak Es-kiçağın klasik döneminde, erdemlerin toplum düzeninde, insan ilişkilerinin gerçekten varolduğu, yoğun olarak yaşadığı bir ortamda anlamlı olduğunu, felsefi söyleme ilgi duyan herkes bilir(9).

Özel olanın da bir bakıma kişinin kendisiyle ilişkisinde somutlaştığı ileri sürülebilir; ancak bu ilişki de —konuya yakından bakıldığında— başkaları üzerinden kurulan bir ilişki olduğuna göre, temelde, toplumsal ve kamusal olanı gerektirir. Özel, bireysel olanın, toplumsal ve kamusal olan tarafından etkilenmesi ölçüsünde "sorunlu" olduğu ileri sürülebilir. Salt tekilliği ve bu bağlamda da bilinmezliği/bilinemezliği içinde bireysel, özel ya da mahrem olan hiçbir sorun içer-

mez; özel olan toplumsal ve/veya kamusal olana açıldığı anda ancak sorunlar ortaya çıkabilir ya da sorunlu yanları görülebilir. Salt kendi varoluşu içinde özel olan alabildiğine somuttur ve sadece yaşanandır. Somuttan soyuta geçişte sorunlar da giderek belirgin duruma gelmektedir. Toplumsal ve kamusal olan "bir varolan olarak" sorun oluşturmaktadır ve bu soruna, toplumsal olanla kamusal olanın birbirine karıştırılması da eklenmektedir. Özel olan biraz önce de dile getirildiği gibi, bir bakıma imlemi bakımından tümüyle somuttur; somutluk, toplumsal ve kamusal olana dönüşüm sırasında giderek azalmaktadır. Kamusal olan, özellikle "devlet"i imlediğinde iyice soyutlaşmakta, bir o kadar da sorunlu duruma gelmektedir. Bilindiği gibi, düşünsel/soyut varolanların sınırlarının çizilmesi insan dünyasının en büyük sorunudur(10).

Bu üç kavramı doğrudan ilgilendiren tartışmalarda en soluk ya da belirsiz kalanı toplumsal olandır; çözümlemeler ayrımtılandıkça ancak anımsanan "toplum" ve "toplumsal alan" kavramları —baştan— çoğun gözardı edilmekte, kestirmeden "özel"—"kamusal" ya da "özel alan"—"kamusal alan" ayırımları yapılmaktadır. "İmdi-den şunu da söylemek olanaklı, toplumun "sivil toplum" olarak yeniden ör-

(6) Ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Çotuksöken, "İletişim Dünyasında Bireysel Öznenin Yokoluşu", *Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak* (1995), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2001, ss. 223-233.

(7) "Toplum" ve "kamu" terimlerinin kökeni, türevleri ve sözlük anlamları: <<Privatim: kişisel, bireysel olarak, özel olarak, resmi olmadan; evde; privatus: resmi olmayan, kişi için özelliği olan, bireysel, kişisel, özel, hususi, mahrem; resmi olmayan.>> Dr. Sina Kabağaç/Erdağ Alova, *Latince-Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar*, İstanbul, 1995, s. 475.

<<Özel: Bir kimsenin kendisini, kişisel yaşamını ilgilendiren şey için kullanılır; kişisel: Bir kimsenin özel yaşamı, özel mekurları. —2. Özellikle bir kimseye, bir şeye ait olan, ona ayrılmış bulunan bir şey için kullanılır; hususi: Şirketin arabasını değil, kendi özel arabasını kullanır. —3. Herkesi ilgilendirmeyen, tanınmaz, her türlü resmi ortam dışında yapılan bir şey için kullanılır: Özel bir görüşme. —4. Herkese açık olmayan, birkaç kişiye ya da bir gruba özgü şey için kullanılır: Özel bir toplantı yapmak. Bir filmin özel gösterimi. —5. Özellikle bir kimseye, bir gruba ait olan, onları ilgilendiren bir şey için kullanılır: Özel mülk. Özel yol. Özel giriş. —6. Doğrudan devletlere, devlet yönetimine, bütçesine bağlı olmayan, KAMUSAL ya da RESMİ'ye karşı olarak kullanılır: Özel sektörde çalışmak. Özel okul, özel klinik. —7. Topluluk ve devlete karşı olarak bireye ilişkin olan şey için kullanılır. Özel çıkarları korumak. (...)>> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 17. Cilt, Interpress Basın ve Yayıncılık, (t. y.), s. 9072.

<<Sociabilis: uygun, geçimli; socialis: müttefiklere ait, müttefik; socienn/us: arkadaş; societas, atis: arkadaşlık, birlik, ittifak; socio, are: birleştirmek, ortak etmek, paylaşmak; socius: birleşik, ortak, müttefik, dost, arkadaş, yoldaş.>> Dr. Sina Kabağaç/Erdağ Alova, *Latince-Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar*, İstanbul, 1995, s. 558.

<<Toplum: 1. Örgütlenmiş gruplar halinde yaşayan insan topluluğu: İnsanlar toplum içinde yaşarlar. —2. Bir sınıfta kullanıldığına göre örgütlenmiş insan topluluğu: Feodal toplum. İkel toplumlar. —3. İnsanların içinde yaşadıkları ve kurumları, yasaları, kuralları olan ortam: Bireyle toplum arasındaki çatışma. Toplumu değiştirmek. Daha adil bir toplum için. >> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 22. Cilt, Interpress Basın ve Yayıncılık, (t. y.), s. 11622.

<<Publicus: devlete ait, halka ait, umuma ait, genel, yaygın, kamu görevlisi (...) (Sözcük köken olarak ertgen, erişkin olmayla [pub/ens-entis], aynı zamanda açıklıkla, açık olmayla, herkesin önünde olmayla da [de publico: toplum hesabına, in publico: açıkça herkesin önünde, publice: devlet adına, hesabına, hep beraber, birlikte] bağlantılı), Dr. Sina Kabağaç/Erdağ Alova, *Latince-Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar*, İstanbul, 1995, ss. 490-491.

<<Kamu: 1. Bir ülkede yaşayanların tümü: Kamunun düşüncesi. Kamuya açık gösteri. —2. Tamlayan biçiminde, özele karşı olarak topluma ilişkin olan şeyi belirtir: Kamu malı. —3. Tamlayan olarak, bir ülkede hükümete, yönetime ait olan şeyi belirtir: Kamu işleri. —4. Tamlayan biçiminde, özele karşı olarak idareyi, devlete ait olan şeyi belirtir: Kamu sektöründe çalışmadı.>> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 22. Cilt, Interpress Basın ve Yayıncılık, (t. y.), s. 6268.

(8) Özellikle günümüz filozoflarından Jürgen Habermas'ın bu bağlamdaki çalışmaları son derece önemlidir.

(9) Bu duruma Habermas da işaret eder: <<Aristoteles'in bir katalog halinde derlediği erdemler yalnızca kamu alanı içinde geçerlidir.>> Jürgen Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, 3. bs., Çev: Tanıl Bora-Mithat Sançar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 61. Ayrıca bkz. Betül Çotuksöken, "Laik İnsan, Laik Devlet: Kavramsal Yaklaşım", *Kavramlara Felsefe ile Bakmak*, İnsanlık Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 143-145.

(10) Ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Çotuksöken, *Felsefi Söylem Nedir?* (1991, 1994), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2000.

gütlenmesinin kamusala geçişte yeni bir yol olarak hesabı verilmemektedir. Oysa, bu kavramlar arasında —imlemelerini dikkate alarak— ayırımlar yapmak büyük önem taşımaktadır. Çünkü günümüz dünyası dikkate alındığında, daha şimdiden şunu söyleyebiliriz: örneğin, özel ile kamusal olan arasındaki gerilim, her zaman olmasa bile toplumsal olan ya da sivil topluma ilişkin olan üzerinden çözülebilmektedir.

Özel olan ile toplumsal ve kamusal olan arasındaki gerilim, insanın kendim özne olarak kurmaya başlamasından beri yaşanmaktadır. Çünkü özne olma ya da özneleşme durumu insanın, ilişkilerinin çeşitlenmesiyle ve bu çeşitliliğin fark edilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu ilişkiler nelerdir diye farklı uzmanlık alanlarının temsilcilerine, yetkililerine, "özne"lerine soracak olursak, hepsi kendilerinin dünyayı sorunlaştırma ve konuşturma durumuna göre soruya yanıt vereceklerdir. Örneğin, bir iktisatçı için, temelde çalışma vb. eksenli çeşitlilik, bu gerilimleri çoğaltır ve iktisat açısından konuya bakan kişi kendine göre çözüm yolları üretir; bir siyasetbilimci için ise siyasal davranış biçimlerinde oluşan çeşitlenme, bu gerilimleri yine şu ya da bu şekilde çözüme kavuşturma amacındadır. Örnekleri çoğaltmak mümkün. Felsefe açısından konuya bakış söz konusu olduğunda ise, önemli olan, varolanların çeşitliliği içinde özcülük yanılsamasına düşmeden yaşam alanlarının çeşitliliğinin ortak paydalarını yakalamak olmalıdır.

Öyleyse, bu sunuş çerçevesinde şu savlar ileri sürülmektedir:

1- Özel alan, toplumsal alan, kamusal alan ayırımlarını yapmak bir zorunluluktur.

2- Her tek insan bir birey ve kişi olarak özel alanın, toplumsal alanın, sivil toplum alanının (: geniş anlamda kamusal alanın), devletin (: dar anlamda kamusal alanın) öznesidir.

3- Bu alanlarda yaşarken ya da eylemlerde bulunurken her bir insanı belirleyenler törel olana (tarihsel, kültürel nitelikli günlük alışkanlıklar, gelenekler, görenekler, günlük ya da dinsel inançlar), etik olana (evrensel nitelikli ahlak değerleri), hukuksal olana (etiğe dayalı pozitif hukuk normları) ilişkindir.

4- Toplumsal ve kamusal alan özel alana oranla soyuttur; bu alanların imlemelerini belirginleştirmek, çerçevelemek, ayrıntılı çözümlemeleri gerektirmektedir.

5- Özel-toplumsal-kamusal olanın çoğun gerilimli ilişkisinde "sivil toplum" belirlemesi, sorun çözücü niteliğiyle büyük önem taşımaktadır.

Kendi başına tümüyle somut ve aynı zamanda sorunsuz olan özel, kendisi olmayanla, buradaki belirleme biçimine göre toplumla ve geniş/dar anlamıyla kamuyla karşılaştığında, gerilimler de başlıyor demektir; çünkü bu karşılaşma anında özel, bireysel kendi ekseninin dışına çıkmaktadır. Toplumsal ve kamusal olanın ürünü olan kültür görüngüleri bu dile getirişin belirgin örnekleridir. Bu konulara ilişkin araştırmaların büyük bir çoğunlukla ortaya koyduğu gibi, siyasallaşma bi-

çiminde kendini gösteren kamusal olana ilişkin evrilme, artalanında kültürel evrilmeyi de taşımaktadır. Habermas'ın bu konuda yaptığı belirleme uyarıcıdır. *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*'nde şöyle diyor Habermas: <<Siyasal işlev gören bir kamu sadece hukuk devleti güvencelerine değil, kültürel geleneklerin ve toplumsallaşma kalıplarının müsait olmasına ve özgürlüğe alışık bir halkın siyasal kültürüne de muhtaçtır.>>(11)

Burada da görüldüğü gibi, bireyin, özel olanın içinde soluk aldığı toplumun "kamu" olarak bir yönüyle de olsa yeniden örgütlenmesinde toplumun hazır bulunuşluğunun rolü büyüktür. Başka bir deyişle, toplum kamusal olanı kendi istenciyle yaratmanın yollarını aramalıdır; tersi olduğunda ister istemez büyük zorluklar yaşanmaktadır. Bu bağlamda her tek insanın içinde yaşadığı alanları özel ve toptancı bir anlayış içinde kamusal diye sınırlamak yetersiz görünmektedir. Toplumsal alan bir ara alan olarak özel ve kamusal arasında yer almaktadır ya da geniş ve dar anlamında kamusal alan, toplumsal alandan doğmaktadır. Kamusal olan, toplumsal olanın gizil güçlerinden üretilmektedir. Toplumsal olanın içerdiği özellikler, kamusal olana şu ya da bu biçimde yansımaktadır.

Özellikle modernlikle birlikte, insanın insan olarak değer ve önem kazan-

masıyla birlikte, kamusal olan sadece bölgesellik, yerellik, oluşturulmamakta, çok daha geniş kuşatımlı olarak kurulmakta ya da oluşturulmaktadır. Bu bağlamda geniş kuşatımı sağlayacak olan nedir? Yapılan saptamayı somutlaştırmak gerekirse, geniş ya da dar anlamında kamusal olanın, laiklik ve insan hakları kavramı temelinde kurulması insan dünyası için son derece önemlidir; yaşamsal değerdedir. Kamusal olanı laiklik ve insan hakları temelinde(12) kurma istemleri, günümüzde neredeyse dünyanın tüm bölgelerinde öne çıkan demokrasi istemlerinin de sağlıklı temellerini oluşturabilir. Demokrasi istemlerinde eğer toplumsal hazır bulunuşluk yeterince sağlanmamışsa, özel-kamusal gerilimi bir yana, toplumsal-kamusal gerilimi yaşanacaktır. Öyleyse, insan dünyasındaki görüngüleri özel-kamusal ayrımı yeterince kucaklayamamaktadır; özel-toplumsal-kamusal ayrımı yapmak bir zorunluluktur.

Üçlü ayrımı bilerek, bilinçli bir biçimde yapmayanlar, geleneksel/törel yaşama doğrultularını bilinçli olarak, geniş anlamda kurumsal, dar anlamda da kamusal olanın dokusuna yerleştirmeye çalışmaktadırlar. Bu durumda, törel olanın belirlediği toplumsal örüntüler, modern dönem öncesinde olduğu gibi, kamusalı kuşatmaktadır ya da dinsel geleneklerle yeterince he-

(11) Jürgen Habermas, *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, 3. bs., Çev: Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 51.

(12) <<(...) dünyada yeni bir eğilim vardır (...) yasaları artık direkt ya da dolaylı olarak insan haklarından türetmek>> Ioanna Kuçuradi, "Sivil Toplum Kuruluşları: Kavramlar", Uç Sempozyum Sivil Toplum Kuruluşları, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 42.

saplaşmamış kimi toplum kesimleri demokrasi istemlerini, kavramın içini boşaltarak dile getirmeye çalışmaktadırlar. Çoğun özcülüğün de eşlik ettiği ve bireysel olarak taşınan niteliklerin toplumun tümünü kapsayacak biçimde somutlaştırıldığı, genişletildiği ve karşılaştırıldığı ortamlarda, kamusal olan totaliter olanla örtüşmekte; bir ve aynı anlama gelmekte, demokrasinin tam anlamıyla uzağına düşülmektedir. Ancak bilinçli olarak yapılan üçlü ayırmada totaliter olandan kaçınma ya da

uzak durma olanağı vardır. Çünkü bu sonuncu durumda her tek insan laiklik ve insan hakları gibi evrensel ideler aracılığıyla "yurttaş" olarak yapılandırılabilir. "Yurttaş" geniş ya da dar anlamda kurumsal-kamusal olanın taşıyıcı öznesidir. "Yurttaş" gereksinimler doğrultusunda ortaya çıkan sivil toplum kuruluşlarının (: geniş anlamında kamusal) ve devletin (: dar anlamında kamusal) edimcisidir, etkin öznesidir ve böyle olmakla aklını da kamusal olarak kullanıyor demektir.

Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü bir Açıklama Şeması^(*)

Hayrettin Ökçesiz^(**)

I

Bugüne kadar olan hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi çalışmalarının bana gösterdiği ufukta insanın varoluşunun hukuk ve siyaset geriliminde antropolojik temelli yedi üçüzlü bir hukuk kültürü kurgusuna yerleştiğini söyleyebilirim. Bu kurgu hukuk düşüncemde zaman içerisinde gelişerek burada sunduğum yapıya ulaştı. Yazılarımın önemli bir kısmında bu kurgunun konuya temel alındığı ve hep bir sonrakinde değişik sunuş ve yapı biçimine büründüğü görülebilir.

Bu yedi üçüzler öznde üç kimlik; İnsanda üç temel bütünlük ve üç temel gereksinim; hukukta adaletin üç ögesi ve hukukun üç boyutu, devlette üç boyut ve siyasette üç alan olarak belirmektedir.

Bunlar öznde İnsan, birey ve kişi; İnsanda dirimsel, tinsel ve duyuşsal bütünlükler ile özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimleri; hukukta hukuk idesinin eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği öğeleri ile hukuk kavramının olgu, norm ve değer boyutları; devlette yine özgürlük, güvenlik ve eşitlik boyutları ile nihayet siya-

sette özel alan, kamusal alan ve resmi alan olarak birleşmektedir.

Bu üçüzlerin kendi aralarındaki etkileşimleri ve birbirlerini belirleyici nitelikleri insani varoluşun türlü siyasal biçimini açıklamakta ve gelişimine ışık tutmaktadır. Düzen olarak nitelendiğimiz ve salt bu özelliği nedeniyle kendisine itaatin erdemli bir davranış olduğunu düşündüğümüz siyasal eylem ve işlemler bu üçüzlerin türlü versiyonlar halinde ortaya koyduğu siyasal yapılarıdır. Bu kurgunun dışına düşen örgütlü ve kaplamsal buyruk düzenekleri bizim anladığımız anlamda bir düzeni deyimleyemezler.

Bu yedi üçüz öğelerinin birbirlerini belirleğinde ideal denge, "insan"da gözlemlenen bütünlük alanlarında bireyin yetkinliğe ulaşmasını sağlayacak bir karşılıklı ve anlamlı bağlar ağında kendini gösterecektir. Bu nitelikte bir ağda diğer üçüz öğeleriyle birlikte sergilenecek örgü ne tür ve ne biçimde bir deseni bize sunacaktır?

Aynı zamanda bir birey ve kişi olarak İnsanın dirimsel, tinsel ve duyuşsal bütünlüklerinde yetkinliğe ulaşabilmesi yolunun açılması ve açık tutulabilmesi için onun özgürlük, güvenlik

(*) Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Felsefe Bölümünde 20 Kasım 2002'de sunulmuştur.

(**) Prof.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ve eşitlik gereksinimlerinin en yüksek düzeyde giderilmesi zorunlu görünmektedir. Bu gereksinimlerin giderilmesinin en geçerli yolu bunların devlete nihai amaçlar ve amaç değerler olarak yüklenmesi ve devletin üç boyutu olarak nitelenmesi olacaktır.

Hukuk düşüncesinde ise bunların yani bu bütünlüklerin yetkinlik ölçütleri ile bu ölçütlerin karşılanması temel gereksinim olarak gördüğümüz bu değerlerin, amaca uygunluk ögesinde nihai hedefler olarak kabulü zorunlu görünmektedir.

Hukuk idesinin diğer öğeleri olan eşitlik ve hukuk güvenliği ise böylesine bir amaca uygunlukta hukukun diğer (norm ve olgu) boyutlarının gerçekleşmesinde bir değer ve anlam taşıyacaklardır.

İnsan bireyinin bu temel özelliklerinden siyasal anlamda bir özel, kamusal ve resmi alan kurgusuna da gidilebilecektir. Siyasetin bu üç ögesinden biri olarak yetkin bir kamusal alanın kurulması, özel alanın içerisini dolduran insani bütünlük ve gereksinim öğelerinin toplumsal denetim kurallarına yine nihai amaçlar ve temel değerler olarak yansımaya bağlıdır. Böylesine bir özel alanın gerekleriyle örülen bir kamusal alan kendi içerisinde, toplumun en kapsamlı siyasal örgütlenmesi ve kabagüç tekeline sahip bir aygıtı olan devleti bir resmi alan olarak tanımlamakta, onun kendisinden doğduğunu ve kendi direktiflerine tabi olduğunu, bu aygıt ile özdeşleşmiş tüm bilinç taşıyıcılarına sürekli anımsatmak durumunda bulunmaktadır.

Hukuk ve siyaset geriliminde gerçekleştirilebilecek bu ideal dengenin, hukuk -şiddet ve siyaset - şiddet ilişkisinde hukuk ve siyasetin yardımıyla yayılan bir şiddet ortamına karşı işlevsel bir süzgeç oluşturabileceğini söylemelidir. Şiddet kendisine en uygun kuluçka yerleri olarak hukuku ve siyaseti seçmektedir. Şiddet karşısında korkuyu ve suçluluk duygusunu en iyi biçimde, hukuk ve siyaset düşünceleri insanların içerisine yerleştirebilmekte, kurumlarıyla onları sürekli kılabilir. Ya da başka bir deyişle, şiddet karşısında yaşanan korkuyu ve suçluluk duygusunu insanların içerisine yerleştiren düşüncelere hukuk ve siyaset düşünceleri denmekte, bu duyguları sürekli kılan kurumlar da hukuk ve siyaset kurumları olmaktadır.

Hukukun iktidarın ölçütü olduğunu söyleyecek ve bunu temellendirmeye girişecek olursak, hukukun siyaset karşısında bir işbirlikçiliğini değil, onun siyasete ölçü getiren bir kaynak farklılığını ortaya koymamız gerekecektir. Yukarıda sözü edilen ideal dengenin kurulabilmesi için hukuktan siyasete bir yüksek gerilim hattının tasarlınması zorunludur.

Hukuk ve siyaset geriliminde bu yedi üçüzlü kurgu, hukukun siyasete ölçütlüğünün temel taşlarını getirmekte, şiddeti insan için kullanılabilir ve katlanılabilir kalıplara ve kaplara dökmekte bir yapı planı sunmaktadır. Üçüz öğelerinden her biri diğer üçüz öğelerinin her birinin içerisine girerek onun anlamını denetlemekte ve geliştirmektedir.

II

Devlete üç boyut ve üç amaç değer olarak yüklediğimiz eşitlik, özgürlük ve güvenlik gereksinimlerinin tatmini çabası kamusal alanda bir hukuk devleti tasarımına götürmekte, resmi alan olarak devletin kamuya hakimiyetini, kamunun kendisine hakimiyetine dönüştürmektedir. Bu dönüşümün özgürlük, eşitlik ve güvenlik kavramlarını söz konusu kurgu içerisinde yoğunmaktan gerçekleşebileceğini asla söyleyemeyiz. Bu avan projenin nasıl bir uygulama projesini ortaya çıkardığını, Katharina Sobota'nın "Hukuk Devleti İlkesi" adlı ilginç yapıtında saptadığı ve biraz sonra sunacağım 142 adet hukuk devleti ögesinde görebiliriz². Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı ve yasalarını okurken karşılaştığımız devlet ve insan tasarımı bu kapsamda bir hukuk devletinin insan ve devlet tasarımına uygunluk derecesini bu çerçevede daha kesin biçimde gözlemleyebiliriz.

Hukuk devleti projesi ile gerçekliğin örtüşme olasılığını hiçbir ülke için mutlak sayamayız. Bu bakımdan adaletsizliğin adalet adına düşünülmüş ve konmuş olanlardan daha çok, bunlara aykırılıktan kaynaklandığını inanıyorum.

Bir hukuk kültürü çerçevesinde hukukun temel ilkeleri olarak hukuk metinlerinde sürekli karşımıza çıkan anlam içerikleri ve davranış modelleri, kendilerine uyuldukları takdirde, yanlış sonuçlara götürebilecek düşünceler ve kurallar değildir.

Bütün donanımı ile adaletsizliğin hukuk kültürü karşısında bir altkültür oluşturduğunu ve bu kültürün taşıyıcılarının istenç ve edimlerinde hukukun tanımında yer verdiğimiz, adalete yönelmiş olmanın ancak bir kılıf olmak değeri taşıdığını söylemeliyim. Bireylerin zaman zaman gösterdikleri haksız davranışları ile burada sözünü ettiğim donanımlı adaletsizlik durumunu birbirinden ayrı tutmalıyız. Nasıl oluyor da, bu denli yoğun bir adalet bilinci karşısında insanlık o denli bir zulmü kendi içerisinde yaşıyor diye sordüğümüzda, bunun yine bilinçli bir donanımlı adaletsizlik altkültürü nedeniyle mümkün olduğunu söylememiz gerekecektir. Örneğin bir Nazi zulmünü bir devlet edimi olarak hukuksal pozitivizmin açıklama şemasından kaynaklandırmak bu nedenle yanıltıcıdır. Nazizmin ideologları da elbette devlet, hukuk ve insan tasarımları ileri sürmüşlerdir. Ancak bunu kendilerine totaliter bir iktidar sağlamak amacıyla bireyin koşulsuz itaatini elde etmek için gerekli görmüşlerdir.

Hukuk kültürü hiçbir iktidarın hukuku değildir. Tüm iktidarların yargılandığı bir insani varoluş düzlemidir. Aşağıda örnekleme olarak sunduğum kimi latince hukuk deyimleri neredeyse ikibinbeşyüz yıllık bir birikimin tanıkları olarak bu sonucu doğrular niteliktedir:

Argumente non sunt numeranda sed ponderanda - argümanları saymamalı, tartmalıdır.

² Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997 Tübingen

³ Bkz. *Latineische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, çeviren, açıklayan ve hazırlayan: Detteliebs, Darmstadt 1982

Audiat et altera pars - öteki tarafı da dinlemelidir.

Bonafides praesumitur - iyiniyet varsayılır.

Boni judicis est lites dirimere - iyi yargıç bir davayı başka bir uzlaşmazlığa yol açmadan bitirebilen yargıçtır.

Bonis nocet, qui malis parcit - kötüleri koruyan, iyilere zarar verir.

Casum sentit dominus - zararı, gören çeker.

Cedi jus personale alii non potest - kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak devredilemez.

Confessio non est probatio - itiraf delil değildir.

Contra vim non valet jus - şiddete karşı hukuk çaresizdir.

Conventio est lex - anlaşma yasadır.

Cuilibet in arte sua credendum - herkese kendi uzmanlık alanında inanmalıdır.

Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus - çoğuna yetkili olan, aza da yetkilidir.

Cuique defensio tribuenda - herkese kendini savunma olanağı tanınmalıdır.

Cum vitia prosunt, peccat qui recte facit - eğer hata yardımcı oluyorsa, kurala uygun davranmakla haksızlık edilmiş olur.

Curia parliamenti suis propriis legibus subsistit - parlamentolar yalnızca kendi koydukları yasalara uyarlar.

De internis non judicat praetor - yargıç saikleri yargılamaz.

De similibus idem est iudicium - benzer durumları eşit biçimde hükme bağlamalıdır.

Dies a quo non computatur - ilk gün hesaplanmaz.

Dolus versatur in generalibus - dürüst olmayan kimse genel olanda oyalanır.

Dolus non praesumitur - kasıt varsayılmaz.

Dona clandestina sunt semper suspiciosa - gizli hediyelerden kuşkululanmalıdır.

Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur - yasalar zaman zaman uyur, ama asla ölmezler.

Do ut des - veresin diye veriyorum. *dura lex, sed lex* - sert bir yasadır, ama yasadır.

Eadem mens praesumitur regis quae est juris - hükümrân, kuşkulu durumlarda, ancak yasanın dediğini amaçlayabilir.

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat - kanıt yükü savı ileri süren dedir, yadsıyanda değil.

Erranti est ignoscendum - yanlışlanı bağışlanır.

Erubescimus, cum sine lege loquimur - yasaya dayanmadan konuştuğumuzda yüzümüz kızarır.

Et non facere facere est - ihmâl de bir fiildir.

Exceptio firmat regulam - istisna kuralı güçlendirir.

Executio est finis et fructus legis - icra yasanın hedefi ve meyvasıdır.

Facta non praesumuntur, sed probantur - olaylar varsayılmaz, kanıtlanırlar.

Facultas probationum non est angustanda - kanıtlama olanağı daraltılmıyaz.

Fiat justitia et pereat mundus - adalet gerçekleşmeli ve kibir yıkılmalıdır.

Fiat justitia ne pereat mundus - adalet yerini bulsun ve dünya yıkılmasın.

Falsus in uno falsus in omnibus - bir noktada yalan söyleyen, tümüyle yalan söylemiş olur.

Fidem non servanti fides servanda non est - sözünü tutmayana sözün tutulması gerekmez.

Fides hosti servanda - düşmana verilen söz tutulur.

Fiscus non erubescit - hazinenin yüzü kızarmaz.

Flumina et portus publica sunt - ırmaklar ve limanlar kamuya açıktır.

Forma dat esse rei - biçim eşyaya varlığını kazandırır.

Fortior est custodia legis quam hominis - yasanın koruması, insan korumasından daha güçlüdür.

Hominum causa omne jus constitutum est - tüm hukuk insanlar için konmuştur.

Ibi valet populus, ubi leges valent - yasaların saygı gördüğü yerde halk esenlik içinde olur.

Ignorantia legis neminem nocet - yasayı bilmemek kimseyi mazur göstermez.

In dubio contra fiscum - kuşkulu durumda hazine aleyhine yorum yapılmalıdır.

In dubio pro libertate - kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olmalıdır.

In dubio pro reo - kuşkulu durumda sanık lehine hüküm verilmelidir.

Iniquitati proxima est severitas - katılık adaletsizliğin çok yakınındadır.

In iudicando criminosa est celeritas - hüküm verirken aceleci olmak caniyane bir durumdur.

In judiciis non est acceptio personarum habenda - mahkeme önünde kimsenin farklı bir görünüşü yoktur.

Injuriam ipse facias, ubi non vindicet - haksızlığa sen karşı çıkmazsan, kendin bir haksızlık etmiş olursun.

Injuria non excusat injuriam - haksızlık haksızlığı mazur göstermez.

Injuria non praesumitur - hukuka aykırılık varsayılmaz.

Inter arma silent leges - silahlar konuştuğunda, yasalar susar.

Judex damnatur, cum nocens absolvitur - suçlu beraat ettiğinde, yargıç hüküm giyer.

Judex est lex loquens - yargıç yasanın dilidir.

Judex non calculat - yargıç hesap yapmaz.

Judicium non debet esse illusorium - bir yargı kararı alay konusu olmamalıdır.

Jura novit curia - hukuku mahkeme bilir.

Juris effectus in executione consistit - hukukun gücü onun icrasında.

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - hukukun ilkeleri şunlardır: şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese hakkını ver.

Jus est ars boni et aequi - hukuk adil ve hakkaniyetli olanı bilme sanatıdır.

Justitia erga inferiores verissima - muhtaçları gözeten adalet gerçek adalettir.

Justitia nemini neganda - kimse hukuksal korunmadan mahrum edilemez.

Leges ab omnibus intellegi debent - yasalar herkesçe anlaşılabilir. *Leges suum ligent latorem* - yasalar koyucusunu bağlar.

Legum correctur usus - deneyim yasayı düzeltir.

Lex facit regem - kimin hükmedeceğini yasa belirler.

Lex injusta non est lex - adaletsiz bir yasa yasa değildir.

Lex lege tollitur - yasa yasa ile yürürlükten kalkar.

Libertas est inaestimabilis - özgürlüğün fiyatı yoktur.

Litorum usus publicus est - kıyılar kamuya açıktır.

Magni minores saepe fures puniunt - küçük hırsızları çoğu zaman büyük hırsızlar mahkum ediyor.

Malejore nostro uti non debemus - hakkımızı kötüye kullanamayız.

Ne bis in idem - bir fiilden dolayı iki kez yargılanmaz.

Necessitas non habet legem - zaruret buyruk tanımaz.

Negatio conclusionis est error in lege - mantığın ihlali hukuksal bir hatadır.

Neminem oportet esse sapientiozem legibus - hiç kimse yasadaki zeki olduğunu düşünmemelidir.

Nemo damnatus nisi auditus vel vocatus - çağrılmaksızın ve dinlenilmeksizin kimse mahkum edilemez.

Nemo dat, quod non habet - kimse kendisinde olmayan şeyi veremez.

Nemo iudex in sua causa - kimse kendi davasında yargıç olamaz.

Nemo tenetur seipsum accusare - kimse kendi kendisini suçlamakla yükümlü tutulamaz.

Non exemplis, sed legibus iudicandum est - emsallerine göre değil, yasa ya göre hüküm verilir.

Non facias malum, ut inde fiat bonum - İyi şeyler gerçekleşsin diye kötü şeyler yapma.

Non videtur vim facere, qui suo jure utitur - hakkını kullanan kimse ka-
bagüç kullanmış olmaz.

Nulla poena sine culpa - kusursuz ceza olmaz.

Nulla poena sine lege - kanunsuz ceza olmaz.

Nullum crimen sine lege - kanunsuz suç olmaz.

Nullum crimen sine poena - suçlar cezasız bırakılmamalıdır.

Numerantur sententiae, non ponderantur - oylar sayılır, tartılmaz.

Pacta sunt servanda - andlaşmalara uymalıdır.

Praetor parvulis subvenit - kendisini savunamayana mahkeme yardım eder.

Quod non est in actis, non est in mundo - dosyada bulunmayan, yeryüzünde de yoktur.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari - herkesi ilgilendiren şey herkesçe onaylanmalıdır.

Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris - kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma.

Salus publica suprema lex - kamunun yararı en üstün yasadır.

Summum jus summa injuria - hukukta ifrata kaçmak en büyük haksızlıktır.

ubi societas, ibi jus - nerede toplum varsa, orada hukuk vardır.

Yukarıda sözünü ettiğim karşıtlığı ve çatışmayı, yani hukuk kültürü ile çıplak iktidarın karşılaşmasında ilkinin niteliğini ayrıca Sobota'nın kendi ülkesinin hukuk devleti birikiminden bize ilettiği şu ilkeleri inceleyerek de ortaya koyabiliriz⁴:

"Sözü edilen Hukuk Devleti öğelerinin bir araya getirilmesi

1. Anayasal Devlet (Verfassungsstaatlichkeit)

2. Yazılı Anayasa (Schriftlichkeit der Verfassung)

3. Egemenlik edimlerinin hukuksal olarak düzenlenmesi (Rechtliche Regulierung hoheitlichen Handelns)

4. Hukukun iktidara önceliği (Primat des Rechts vor der Macht)

5. Egemenliği taşıyan ile tabi olan arasında hukuksal ilişki (Rechtsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Hoheitsunterworfenen)

6. İktidarın sınırlandırılması (Limitierung der Staatsmacht)

7. Devlet gücünün hukuksal yapılması (Rechtliche Konstitution der Staatsgewalt)

8. Devletin Bütünlüğü (Einheit des Staates)

9. Devletin edim ehliyeti (Handlungsfähigkeit des Staates)

10. Anayasanın en üstün norm oluşu (Höchststrangigkeit der Verfassung)

11. Anayasanın bağlayıcılığı (Verfassungsbindung)

12. Anayasanın hukuksal bağlayıcılığı (Rechtsverbindlichkeit der Verfassung)

13. Anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilemezliği (Aenderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG)

14. Halk egemenliğinin bazı temel hukuk normları lehine sınırlandırılması (Einschränkung der Volkssouveränität zugunsten einiger Fundamentalrechtsnormen)

15. Temel hukuk normlarının çoğunluk kararlarından bağımsız olarak geçerli olması (Geltung der Fundamentalrechtsnormen unabhaengig von Mehrheitsentscheidungen)

16. Anayasa yargısı (Verfassungsgerichtsbarkeit)

17. Özgürlükçülük (Freiheitlichkeit)

18. Alışlagelmiş, gündelik anlamıyla özgürlük (Freiheit im gewöhnlichen, alltäglichen Sinne)

19. Antik cumhuriyet ilkesi (Antikes Republikprinzip)

20. Kamu görevi ilkesi (Amtsprinzip)

21. Aristocu Polis etosu (Ethos der aristotelischen Polis)

22. Liberalist özgür alan düşüncesi (Liberalistisches Freiraum-Denken)

23. Modern, Kantçı cumhuriyet ilkesi (Modernes, kantisches Republikprinzip)

24. Özerklik (Autonomie)

25. Yürütmenin yasaya uygunluğu (Gesetzmaessigkeit der Executive)

26. Demokrasi (Demokratie)

27. Temsil ilkesi (Repraesentationsprinzip)

28. Doğrudan demokrasi (Unmittelbare Demokratie)

⁴ Sobota, a.g.y. s. 254 vd.

29. Kamuyararı yükümlülüğü (Gemeinwohlverpflichtung)
30. Klasik özgürlük güvencelerinin pozitifleştirilmesi (Positivierung klassischer Freiheitsgarantien)
31. Totaliter devletin karşıt kavramı (Gegenbegriff zum totalitären Staat)
- 32. Hukuksal eşitlik (Rechtsgleichheit)**
33. Yasa karşısında eşitlik (Gleichheit vor dem Gesetz)
34. Hukukun eşit biçimde uygulanması (Gleichmaessige Rechtshandhabung)
35. Nesnellik etosu (Ethos der Sachlichkeit)
36. Kural uygulama tasarımı (Konzept der Regelanwendung)
37. Norm metninde tek anlamlılık idesi (Idee normtextlicher Eindeutigkeit)
38. Keyfilik yasağı (Willkürverbot)
39. Temellendirme zorunluluğu (Begründungszwang)
40. Çelişkisizlik (Widerspruchsfreiheit)
41. Akla uygunluk (Vernunftgebot, Rationalitaet)
- 42. Temel haklar (Grundrechte)**
43. Yeni temel haklar (Neue Grundrechte)
44. İnsan Onuru (Menschenwürde)
45. Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasının getirdiği koruma ve saygı görevi (Achtungs- und Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 GG)
46. İç ve dış barışın korunmasıyla gelen güvenlik (Sicherheit durch Schutz des inneren und äusseren Friedens)
47. Temel haklar kurumu (Institution der Grundrechte)
48. Güçler ayrılığı (Gewaltenteilung)
49. Devlet gücünün kurumsal farklılaştırılması buyruğu (Gebot konstitutiver Differenzierung staatlicher Gewalt)
50. Yönetme, dengeleme, denetleme (Moderierung, Balancierung, Kontrolle)
51. Yasama, yürütme ve yargı üçüzlü (Trias Legislative, Executive und Judikative)
52. Federal Cumhuriyetin federatif yapısı (Föderativer Aufbau der Bundesrepublik)
53. Yerel özyönetim (Kommunale Selbstverwaltung)
54. Topluluk katılma hakları (Gemeindliche Beteiligungsrechte)
55. Yasallık (Gesetzlichkeit)
56. Yasal bağlayıcılık (Gesetzesbindung)
57. Hukuksal bağlayıcılık (Rechtsbindung)
58. Hukuksal geçerlilik (Rechtsgeltung)
- 59. Hukuk düzeninin etkililiği (Effizienz der Rechtsordnung)**
- 60. Adalet (Gerechtigkeit)**
- 61. Yasanın önceliği (Gesetzesvorrang)**
- 62. Temel hakların yasayla sınırlandırılması, idarenin yasaya uygunluğu (Gesetzesvorbehalt)**
- 63. İdarenin sınırlı yetkilendirilmesi (Begrenzte Ermächtigung der Verwaltung)**
- 64. Açıklık ve kesinlik ilkesi (Bestimmtheitsprinzip)**

65. Yasal kalıplara uygunluk ilkesi (Grundsatz der Tatbestandsmaessigkeit)
66. Yetki açıklığı (Kompetenzklarheit)
- 67. Devlet ediminin kamuya açıklığı (Öffentlichkeit des Staatshandelns)**
68. Saydamlık buyruğu (Transparenzgebot)
69. Duyurma görevi (Verkündigungspflicht)
- 70. İşlevsel idari örgütlenme (Funktionsgerechte Verwaltungsorganisation)**
71. Devletin kendini örgütlenme hakkı (Selbstorganisationsrecht des Staates)
72. Devletin Etkililiği (Effizienz des Staates)
73. Düzen (Ordnung)
74. Devletin kabagüç tekeli (Gewaltmonopol des Staates)
75. Devlet ödevlerinin özelleştirilmesinin sınırları (Grenzen der Privatisierung von Staatsaufgaben)
76. Sorumluluk (Verantwortlichkeit)
77. Memurun sadakat borcu (Treuepflicht des Beamten)
- 78. Adil idari süreç (Faires Verwaltungsverfahren)**
79. Planların açıklanması (Offenlegung von Plaenen)
80. İdari süreçlerde kamuya açıklık (Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren)
81. İdari süreçlerde dinlenilme talebi (Anspruch auf Gehör-Anhörung im Verwaltungsverfahren)
82. Süreçlere katılma (Verfahrensteilhabe)
83. İlgilinin adil muamele görmesi (Faire Behandlung der Betroffenen)
84. Aydınlatma (Aufklärung)
85. Bilgilendirme (Auskunft)
86. Dosyaya bakma (Akteneinsicht)
87. Aleyhte idari kararların temellendirilmesi (Begründung von belastenden Verwaltungsentscheidungen)
88. İdarenin tarafsızlığı (Unparteilichkeit der Verwaltung)
89. Mesafe buyruğu (Distanzgebot)
90. İdari süreçlerde hukuk devleti ilkesi (Rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren)
91. İdare hukukuna uygunluk (Verwaltungsrechtsverhaeltnismaessigkeit)
- 92. Devlet etkinliğinde doğru ölçü (Rechtes Mass an Staatsaktivitaet)**
93. Sisteme bağlılık ve uygunluk (Systemtreue und Systemgerechtigkeit)
- 94. Hukuk güvenliği (Rechtssicherheit)**
95. Güvenin korunması (Vertrauensschutz)
96. Geçmişe etki yasakları (Rückwirkungsverbote)
97. Ceza hukukunda geçmişe etki yasağı (Strafrechtliches Rückwirkungsverbot)
98. Hukuk barışı (Rechtsfriede)
99. Kesin hüküm (Rechtskraft)
100. Geçiş düzenlemeleri (Übergangsregelungen)
- 101. Genel kanun yolları güvencesi sağlama görevi (Allgemeine Justizgewaehrungspflicht)**
102. Yargıcın bağımsızlığı (Unabhängigkeit des Richters)

103. Yasal yargıç (Gesetzlicher Richter)
104. Kendi davasında yargıç olma (Kein Richter in eigener Sache)
105. Yargıcın tarafsızlığı, nesnelliği, önyargısızlığı (Unbefangenheit des Richters, Neutralitaet, Objektivitaet)
106. Bir dava konusunun nesnel ve hukuksal aydınlatılması (Tatsaechliche und rechtliche Aufklaerung eines Falles)
107. Yargılama usulüne bağlılık (Verfahrensstrenge)
108. Hukuksal dinlenilme (Rechtlisches Gehör)
109. Dava dosyası içeriği hakkında bilgi edinme hakkı (Recht auf Information über Verfahrensstoff)
110. Avukat, müdafii tayini (Anwalt, Pflichtverteidiger)
111. Yargıcın temellendirme, gerekçe görevi (Richterliche Begründungspflicht)
112. Etkili bir ceza hukuku uygulaması (Wirksame Strafrechtspflege)
113. Yasallık ilkesi (Legalitaetsprinzip)
114. Ne bis in idem - aynı fiil için ikinci bir dava açılamaz -(Strafklageverbrauchs)
115. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda biçimsel önkoşullar (Formelle Voraussetzungen für den Freiheitsentzug)
116. Masumiyet karinesi (Unschuldsumutung)
117. Kanıt getirme ve değerlendirme yasakları (Beweiserhebungs- und verwertungsverbote)
118. In dubio pro reo - Kuşkudan sanık yararlanır
119. Kendi aleyhine ifade verme görevinin bulunmaması (Keine Pflicht, gegen sich selbst auszusagen)
120. Adil cezalandırmanın temel buyrukları (Grundgebote gerechten Strafers)
121. Adil yargılanma (Faires Verfahren)
122. Silahların eşitliği (Waffengleichheit)
123. Açık yargı yolu (Zugang zu Gericht)
124. Yargılama hukukunda amaçlara uygunluk (Prozessrechtsverhaeltnismaessigkeit)
125. Etkili hukuksal korunma (Effektiver Rechtsschutz)
126. Hukuksal korumanın kesintisizliği (Zügigkeit des Rechtsschutzes)
127. Af (Begnadigung)
128. Kamu gücüne karşı yargısal korunma (Gerichtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt)
129. Planlama hukukunda nesnellik buyruğu (Planungsrechtliches Abwaagungsgebot)
130. İdarenin sorumluluğu (Staatshaftung)
131. Memurun sorumluluğu (Amtshaftung)
132. Fedakarlık (Aufopferung)
133. Özel yükün dengelenmesi (Sonderlast-Kompensation)
134. Hukuka uygunluğun yeniden kurulması (Rechtsmaessigkeitsrestitution)
135. Oranlilik (Verhaeltnismaessigkeit)
136. Uygunluk (Geeignetheit)
137. Gerekirlik (Erforderlichkeit)

138. Dar anlamda oranlilik (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne)
139. Değerlerin tartılması (Güterabwaegung)
140. Oran adaleti (Verhaeltnisgerechtigkeit)
141. Araçlarda uygun oranlilik (Verhaeltnismaessigkeit der Mittel)
142. Anayasa hukukunda ölçülülük"

Yukarıda örnekleme amacıyla listelediğim latince hukuk ilkelerinin ve hukuk devleti öğelerinin anlam alanları ile bunların birbirleriyle olan ilişkisinde kendisini gösteren hukuk kültürü bağlamı, bildirimin başında sözünü ettiğim yedi üçüzlü kurgunun rehberliğinde kendi yapısını ve işlevini daha açık ve anlaşılır biçimde ortaya koyabilmektedir. Bu kurgunun hukuk kültürünün yapısını aşkar etmesi yanında, donanımlı adaletsizlik ile savaşım da eylem planlarının tasarlanmasına da ışık tutabileceğini söyleyebiliriz.

III

Hukukun getirdiği barış ile barış getirdiklerini söyleyenlerin siyasal düzenleri arasındaki ayrımın bilincinde olmalıyız. Bu bilinci bize "hukuk"un yalnızca bir normatif düzen olarak değil, daha çok bir evrensel kültür olarak kavranması ve değerlendirilmesi sağlayacaktır.

Ekmeğimizi veren toprak ile barışımızı veren hukuk arasında kültüre dayalı bir özdeşlik olduğunu söylemeliyim. Toprağın başına gelen her felaket, hukukun da başına gelebilmektedir. Ülkemizin özellikle son on yıllarda

maruz kaldığı hukuk erozyonu bunlardan sadece birisidir. Hukuk bilimlerindeki araştırmalarda, hukuk öğretimi ve hukukçu eğitimi alanlarında görülen sığılaşmada adaletin barışı yerine, korkunun düzeninin hakimiyet kuracağını görebilmemiz gerekir.

Hukuk bu yüzden yalnızca bir mesleğin iştiğal konusu değildir. Meslek erbabına zamanla yerleşen duyarsızlıkta anlamını yitiren bir geçim kaynağı da değildir. Hukuku, intisap ettikleri her mesleğe ölümcül bir çehre veren yeteneksiz, bilgisiz, ürkek, güvenilir olmayan, cesaretsiz ve o denli kibirli kişiliklerin yarattıkları dehşet ortamına da indirgeyemeyiz. Hukuk bir gösteriş, bir kılıf asla değildir.

Hukuk eski dünyanın kalıplarından kurtarılmalıdır. Monolojik, tek merkezli, iktidar odaklı hüküm telaffuzunu simgeleyen kılıç ve terazisiyle gözleri bağlı bir tanrıçayla, fakülte ya da diğer kurumların logosunda kılıç, kitap, terazi ve kimi renklerle törenselleştirilmiş bir seyirlik olmaktan çıkarılmalıdır. Hukuk insanların birbirlerine güvensizliğinden değil, güveninden kaynaklanmalıdır. İnsanlığın, eski dünyanın Hobbes'çu meşruluk kılıfının altında iktidar arzulayan iradenin objesi kılınamayacağı kadar, bu kalıpların kullanıldığı kötü niyetlerin farkında olmalıyız. Hukuk çünkü iyiniyeti korur ve hukuk için iyiniyetten daha iyi bir şey yoktur. İyiniyetin yol açabileceği felaketleri sayarak, kötünin yol açtığı iyilikleri bir teselli olarak bağrımıza basmak insanlığın yolu olamaz.

Kültür yalnızca bağlanmayı değil, aşmayı da çağırıştır. Yozlaşma göstergeleri hiç bir kültür betimlemesinde kurucu öğeler olarak açıklanamazlar.

İnsanlık kılıcın tehdidini ve tecavüzünü adaletin temeli olarak alamaz. Çünkü, Adalet herşeyden önce bir erdemdir. Düzenin "adalet"inin simgeleleri, araç ve gereçleri bir kültür olarak hukukun ve bir erdem olarak adaletin geniş ufkunu kapsamaya yeterli değildir. Kabagüçün haklı ve haksız olduğu yerin bilinmesi ancak şiddetten arınmış bir diskur ortamında mümkündür. Hukuk bu ortamın kurucusu ve koruyucusu olmalıdır.

Yeni dünyanın hukuk, toplum ve devlet düzeninde barışa götüren yol, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakla-

rı Evrensel Bildirgesi'nin birinci maddesinin tüm ayrıntılarına değin açıklımından oluşacaktır:

"Bütün İnsanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler."

Hukukun haklar olduğunu yeniden anımsamalıyız. Kendi haklarımız değil, başkalarının hakları olduğunu bilmeliyiz. "Postmodern" ve "posthuman" düşünce ve kurgularda hukukun ve adaletin yeniden yitirilmesine gönülümüz razı olmayacaksa, bürokratin kılıcının ve kitabının ötesindeki bir hukukun keşfini gerçekleştirmek zorundayız.

Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri^(*)

Mustafa Kutlu^(**)

GİRİŞ

Tarihsel olarak insan üzerindeki tahakküm araçlarını ve uygulamalarını ortadan kaldıran, insana, yeni bir sosyal düzen tasarımıyla yaşama uyarlama imkanı veren hukuk devletinin gerçekliği, onun yaşamsal bir değer haline geldiğini ortaya koymaktadır. Hukuk devleti, demokratikleşip sosyalleştikçe, insana yönelen değerler sistemini kapsamlı bir yaşam sunumuna doğru geliştirmiştir. Hukuk devletini var eden üstün değerlerin, kamu yaşamına tutarlı ilkeler düzeyinde yansımaları yanında, insan hakları değerlerinin hukuksal hale gelmesi, bir iktidar alanını da beraberinde getirmiştir. İnsan haklarının etkin hale gelmesinde ve geliştirilmesinde, demokratik sosyal hukuk devletinin, kendi yapısını oluşturduğunu, siyasal iktidarı sınırlandırarak, devlet eliyle gerçekleştirilebilecek zorbalığın ve tahakkümün insan hakları ihlalleri yaratmasını engellediğini görmekteyiz. Hukuk devleti gerçekliğinde yargı iktidarının, nesnel bir erk haline gelecek, hukuk devletinin üstün değerlerini, kamusal yaşamın hukuksallığı içinde uygulayarak, insan haklarının oluşturulmasında, belirleyici hale geldiği

çeşitli biçimlerde doğrulanmaktadır. Burada üzerinde durulacak sorun, yargı iktidarının bir hukuk devletinde alacağı biçimin ve yönelimin izlenmesi, kendisine yüklenen ödevin gerçekte var olup olmadığıyla ilişkili olacaktır. Yargı iktidarı içinde konumlanışı itibarıyla yargıç'ın yüklendiği ödevin önemi vurgulanarak, yargıç'ın sadece bir seraptan ibaret olmadığını; insan haklarının, evrensel adalet biçimlerinin, insanlığın ortak vicdanının, her insan ediminde hakkaniyetin, ölçülülüğün, ahlak değerlerinin aranmasında ve hukukun üstün değerlerinin yargıç kimliğinde ve içselliğinde ne kadar yer ettiğini, bu istencin kamu yaşamına ne şekilde yansyarak toplumu adalet çerçevesinde birleştirdiğini görmeliyiz. Bu aktör doğrudan haklarımıza hükmetmektedir ve bu hükmün yanılığdan ibaret olmadığını bilmek, görmek ve göstermek zorundayız. Eğer bu istenç yanılığdan başka bir şey değilse, yapılacak tek şey onu ayakları üzerine yeniden dikmek ve sürekli bu istemi canlı tutmak olacaktır. Çünkü yargıç'ın kaderi budur. Yazının konusu bu eksen üzerinden hareketle daha çok

(*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı sempozyumunda sunulmuştur.

(**) Yargıç, Kemalîye, Erzincan

Türkiye gerçeği göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

HUKUK DEVLETİNDE YARGI VE YARGIÇ MEŞRUIYETİ

Hukuk devletini, insan haklarına yönelen nesnel bir çabanın ürünü olarak tanımlayan siyasal düşünce, liberal bir ifadeyle özgürlük değerlerinin yaşımsallaşmasını anlatmaktadır. Hukuk devletinin varlık kazanma süreci, İngiliz ve Amerikan Hak Bildirileri ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinden bu yana zorunlu olarak yurttaş kimliği, ulus kavramı ve halk egemenliği anlayışıyla birleşmektedir. Kul, tebaa ve etnik kimliğinden kurtulan insanın öznel varlığı, kendi başına bir değer haline gelerek, insanoğlunun bireyselleşmesinin önu açılmıştır. Kamusal anlamda insanın değer haline gelmesi, yurttaş kimliğiyle belirlenen eşitlik üzerinde biçimlenmektedir. Yurttaşın egemenliğin tarafı olarak hakta ve onurda eşitliği, zaman içinde hukuk devletini insan onurunu ayımsız tüm insanlar için gerçekleştirmeye amacına yönelmiştir.

I

Yaşamın nesnel varoluş sürecinin yarattığı toplumsallaşmanın sonucu olarak, bireysel ilişkilerden sosyal ilişkilere kadar insan aklı ve duygulanımının arayışının ahlak değerleri zamanla kendini yaptırımın kesinliğine dayanan, bir kamu otoritesi aracılığıyla tanınan ve yaşatılıp korunan hukuk ilkelerine yöneltmiştir. Özellikle dev-

letin örgütlü gücü nedeniyle kamu me-kanizmalarına hükmeden iradenin kayıta altına alınması gerekmiştir. Kamu gücünün, yurttaşlar arasındaki sosyal barışı adalet aracılığıyla sağlamasına yönelik sorunlar zaman içinde önemli hale gelmiştir. Bu noktada yurttaşlar açısından uyrukluğun, emre itaatin ve yasal şiddetin açıklanmasında kamu gücünü içeriklendiren meşruiyetçi iradeye gereksinim vardır. Yurttaşın somut varoluşu, bu iradenin belirleyicisi olmakla hukuk sistemini ayakta tutmaktadır. Yurttaş, egemenlik kaynağı olarak, devleti ve iktidar kullanıcıları olan yurttaşları temsili kimlikle donatarak, genel irade çerçevesinde, hukukun belirleyiciliğine başvurarak, halk istencinin yaşam koşullarının oluşturulmasına yönelmektedir. Bunun aracı olarak hukuk devleti, yasayı ve yasanın üstünlüğünü kullanarak, yasa biçimine getirdiği hukuksal ilkeler aracılığıyla hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmektedir. Böylece hukuk devletinin işlevselliği, yasallıkla işleyen, üstün iktidar kullanımını kurumsallaştıran siyasal iktidar-devlet aracılığıyla kurulmaktadır.

Monarşinin ya da oligarşinin aksine, tüm insanların hukuksal ve sosyal eşitliği üzerine inşa edilen kamusal düzenin, zorunlu olarak haklara dayanması gerekir. Hukukun biçimini, içeriğini ve yönelimini insanın öznel, bireysel ve kamusal özelliklerinin belirlemesinin siyasal sistemlere göre değişiklikler göstermesine karşılık¹⁾,

1) Sovyetler Birliği Cumhuriyeti, Ceza Yasasının 590. maddesi, "Hukuk egemen sınırların çıkarlarına hizmet eden ve bunların örgütlü gücüyle yani devletçe korunan bir sosyal ilişkiler sistemidir.", aktaran, Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları*, Yeni Türkiye, Mayıs-Haziran 1998, sayı 21, s.130; Stanley W. Moore, Marx, Engels, Lenin'de Devlet Kuramı, Simge, Çev. A. C. Aytulun, 2. basım, İstanbul 1989, s.40 vd.; Theo Friedenau, *İki Farklı Nokta Nazardan Hukuk Devleti*, Çev. Turgut Kalpsüz, A.Ü.H.F.D., cilt XIII, 1956, sayı 3-4, s.1 vd.

en ayrıntılı kamusal ve bireysel ilişkilerde bile yüzyıllarca varlığı aranan tutarlı bir ölçü isteğinin olduğu görülmektedir. İnsan vicdanında yer ederek, geleneklerin ve yaşamın tarihselliği içinde yoğrulup günümüzde değişik biçimler alan, ancak özünde bir töze dayanan adalet algılaması hukuk devletinin mihenk taşı anlamını içermektedir. Hukuk devletinin yasallığının içini dolduran hukuk tasarısının özüne de, hukuk aracılığıyla gerçekleştirilen adaletle uygunluk yerleşmiş bulunmaktadır. Adaletle uygunluk insan haklarıyla birleşerek kamu idaresinin ve insan ilişkilerinin tümünü, siyaset ve ahlak ilkelerinin üzerine taşıyarak, kurumsallaşmış yapısıyla sosyal yaşantıyı düzenler; tüm yurttaşlarının haklarını tanıyarak, örgün organizmasıyla hukuk güvenliğini kurar ve koruyup yaşatır. Bu tasarımdan meşruiyet ögesi ortaya çıkar. Çünkü "yurttaşın somut varoluş şansı ve kalitesi "adalet"in gücüne bağlıdır" ²⁾.

II

Hukuk devletinin, tahakküm aracına dönüşmemesi için yurttaş özgürlüğünü insan onurunun vazgeçilmez unsuru olarak kabul edip yaşatması gerekir. Yurttaşların eşitliğinin yol açtığı benzerliğin, kışla tarzı eşitlik disiplini-ne dönüşmemesi zorunludur. İnsan haklarının kullanımında bireylerin haklarına eşit koşullarda ulaşmasının yanında, öznel yaşamını, bireysel etkinliği, kişisel mutluluk arayışlarını ve insanın bugününü ve geleceğini inşa

etme istencini özgürce gidermesi gerekmektedir. Bu aynı zamanda hukuk devletinin gelişmeci ve kapsayıcı yanını oluşturmaktadır. Devlet eliyle gerçekleştirilebilecek zorbalığın ve baskı yöntemlerinin önüne engel çekilebilmesi için özgürlük değerlerinin kamuoyu tarafından savunulması ve yaşatılması kaçınılmazdır. Bunun yanında siyasal iktidarın ve idarenin yozlaşmasının engellenmesi, insanların kendi türdeşlerini, toplumu ve sosyal düzeni sorgulamaları ile sağlanacak sağlam bir sosyal düzen için özgürlük kanallarının yurttaşlar tarafından açıkça kullanılması ve korunması gerekir.

Hukuk devletinde bir yurttaşın haklarının ihlali toplumun tüm üyelerine yapılmış bir haksızlık olarak görülür. Yurttaş haklarının ihlali olarak görülen her haksız edim, aslında sistemin kendini inkar etmesi anlamına gelmektedir. Bu yüzden hukuk devletinin kavranmasında ve varoluşunda, her türlü haksızlık ve ihlal adil yollardan giderilmelidir. Hukuk devleti, bu yolla kendini yeniden inşa etmektedir. Hukuk devleti, yurttaşları arasında dayanışma ilkeleri belirleyerek, genel istencin bile dokunamayacağı, genel oyun asla ulaşamayacağı, ulaşacaksa bile adaletin gösterdiği dokunulmaz bir kamu alanı oluşturmak zorundadır. Bu kamu alanı hukuk devletinin en önemli temasıdır. Böylece her türlü azınlığın yurttaş olmaktan doğan hakları ve ortaklığı asla tehdit altında olmayacaktır. Hukuk devleti, toplumun

2) Hayrettin Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, Ekokitaplığı, 2. baskı, İstanbul 2001, s.18.

ve onu oluşturan yurttaşlarının somut ve güncel gereksinimlerini, sosyalleşmiş yapısıyla karşılayarak, yurttaş etkinliğinin koruyucu çerçevesini hukuk yoluyla belirler. Hukuk devleti, toplumsal dayanışmayı kendine ilke edinenek, yurttaşı sosyal devlet olarak kapsar; böylece insan onurunun gerçekleştirilmesinin en önemli aracı haline gelir. Hukuk devleti, doğası gereği demokrasiyle birleşerek, halkın istencinin geçerliliğini ve meşruluğunu sağlamaktadır.

III

Hukuk devleti refleksi olarak nitelendirilebilecek savlar, onun ilkelerini de belirlemektedir. Hukuk devletinin biçimsel özelliklerinden olan anayasallık, kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bağımsızlığı, idarenin yasallığı, yargısal korunma, devletin mali sorumluluğu³⁾ ilkeleri, hukuk devletinin varlığını temellendiren amaçlar doğrultusunda gerçeklik kazanarak uygulanmaktadır. Somut bir gerçeklik olarak siyasal sisteme ve toplumsal yaşama hükmeden söz konusu ilkelerin, insan haklarını gerçekleştiren üstün değerler olduğu anlaşılmaktadır. Bu üstün ilkelere dikkati çeken olgu, toplumsal düzenin ve kişisel ilişkilerin barışçı zemine oturtulması, eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma değerlerinin korunması ve güvence altına alınması ile siyasal iktidar gücünün hukuk kuralları aracılığıyla düzenle-

nerek sınırlandırılması olarak ifade edilebilir.

Hukuk devletinin en önemli özelliği, ilke edindiği değer boyutundaki kuralları somutlaştırarak, bu değerlerin ihlalini yaptırıma dönüştürmesi ve hak arama özgürlüğünü tanıyarak, yargısal korumayı sisteminin özüne yerleştirmesidir. Hukuk devleti, yargısal korumanın esenlikle yürümesi için mahkemelerin bağımsızlığı ile yargıç güvencelerini düzenleyerek, mahkeme kararlarının kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağlamasını sağlamıştır. Bu haliyle hukuk devletinde yargı gücü üstün erke dönüşmüş durumdadır. Hak arama özgürlüğü sonucu elde edilebilecek, adil yargılanma hakkı doğrultusunda, hukuk devletinin düzen arayışının meşru görüntüleri varlık kazanmaktadır. Bu aynı zamanda, siyasal yargı ya da sınıfsal yargı konumunu ortadan kaldırarak, yurttaşın hak arayışının adaletle özgülmesi yollarını açmaktadır. Burada sınıf çıkarlarından daha büyük bir evrensel yararın aranması ile öznel, etnik, ahlaki ya da dinsel algılamaları aşan geniş bir katılımın oluşturduğu, her sosyal olguyu kapsayan, yargısal gerçeğin insan haklarına ve adaletle göre belirlendiği süreçlere gereksinim vardır. Böylece yurttaş bireyinin hiçleşmesinin engellenmesi, adalet aracılığıyla üstün bir değere dayanarak halk egemenliğinin somut ve denetlenebilir verilerine ulaşma olanakları sağlanmış olmaktadır. "Adalet Devletin Temelidir" anla-

yışının altında böyle bir kavrayışın yattığını düşünebiliriz.

Hukuk devletinin anayasallığı içinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasal norma dönüştürülerek siyasal iktidarın sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Yargı iktidarı, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle hukuk devletinde yapısal bir kamu gücüne dönüşmüş durumdadır⁴⁾. Bu haliyle yargı iktidarı devlet kurumsallaşması içinde işlevsellik göstermesine karşın, sivil toplum ile devlet arasında bir yerde konumlanmak zorundadır. Demokratik bir cumhuriyette devletin sivil toplumla birleştiği göz önünde bulundurularak, adalet dağıtıcı niteliğindeki yargı iktidarı, doğal olarak bağımsız bir olgusalılıkla gerçeklik kazanacaktır. Yargı bağımsızlığı, yurttaş bireyinin güvencesi olarak, yansızlıkla hukuku uygulamak, adaletle ulaşma yolunda saptırıcı her türlü etkiye karşı bağışık olmayı ifade etmektedir. Burada aranan ilke, yargı iktidarının devlet ya da sivil toplum otoritelerinin güdümünden kurtarılacak otonom bir duruşa sahip olarak özgünleşmesidir. Buna dayalı olarak yargıç güvencesinin sağlanmasında; doğal yargıç, azledilemezlik, coğrafi güvence, aylık, ödenek ve özlük haklarının korunması, soruşturma ve denetim yöntemlerinin özelliği, emeklilik koşulları, yargısal bağımsızlık, emir, yönerge ve genelge ile tavsiye ve telkin yasağı, ya-

samaya ve yürütmeye karşı bağışıklık, yargı kararlarının bağlayıcılığı, duruşmaların açıklığı, gerekçeli karar gibi somut ilkelere uygulanmaktadır⁵⁾. Yargıç güvencesini gerçekliğe dönüştüren kurallar, aynı zamanda yargısal güvencenin araçlarını da ifade etmektedir.

IV

Çoğulcu demokratik parlamenter sistemlerde, yargıç etkinliğinin üstün erk olarak algılanması ve kamu düzeyini yönlendiren hukuk sisteminin içeriğinde yer alması, 20. yüzyılın başlarından itibaren oldukça önemli hale gelmiştir. Hukuk devletlerinde, siyasal partiler aracılığıyla yasama ve yürütme gücünün, seçim sistemi, parti disiplini ve parti liderlerine sıkı bağlılık olguları nedeniyle birleştiği gözlemlenmektedir. Siyasal partiler disiplinli çoğunluklarıyla yasamanın, hükümet olarak da yürütmenin gündemine ege-men olmaktadır⁶⁾. Yargı kurumlaşması, hükümetin bir üyesi ve kısmı olan Adalet Bakanlıkları içinde yürütmenin bir kanadıyla bağlanmaktadır. Bu bağlantı sakıncalı bir birlikteliği beraberinde getirmektedir. Yargı gücünün bu biçimiyle konumlanışının altında, otonom ve özgün olması gereken yargının iktidar alanı yürütmenin güdümüne sokulmaktadır. Bununla da yetinilmeyerek yargıç'ın denetim ve gözetimi Adalet Bakanlığı aracılığıyla

4) Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin, Ankara 2001*, s.198 vd.

5) 1982 Anayasası'nın 138, 139, 140, 141. vd. maddelerinde, yargının konumlanışı anayasal olarak belirlenmiştir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının 4, 44. maddelerinde, yargının konumlanışı yasal olarak belirlenmiştir.

6) İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, İmge, Ankara 1994, s.136 vd.; Arsev Bektaş, *Demokratikleşme Sürecinde Liderler Oligarşisi, CHP ve AP (1961-1980)*, Bağlam, İstanbul 1993, s.195 vd.; Kutlu, a.g.e., s.132 vd.

3) Ernst Rudolf Huber, *Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*, Çev. Tuğrul Ansay, A.Ü.H.F.D., cilt XXVII, 1970, sayı 3-4, s.30-31; Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik, Ekokitaplığı*, 3. baskı, İstanbul 2001, s.93-94.

siyasal iradenin kararına bırakılmaktadır⁷⁾. Yürütmedeki bu yönelim, yargıçların memurlaşmasının önemli bir gerekçesini oluşturmaktadır. Böylelikle yargı etkinliği, içerdiği iktidar olgusundan uzaklaşarak, yargıç'ı çeşitli kaygıların tetiklediği uymacılığın rahatsızlığına itmektedir; yargıç yasanın sözlerini söyleyen dilden başkası olmayarak hiçleşmektedir⁸⁾.

Yargıç'ın yasayı söyleyen dilden başkası olmadığı düşüncesi, tarihsel olarak Montesquieu tarafından ifade edilmiştir. Montesquieu, kuvvetler ayrılığı kuramındaki yargı ve yargıç düşüncesini, soylular sınıfının çıkarlarına hizmet eden içerikte tasarlamıştı ve özü itibarıyla soylular sınıfının oligarşik çıkarlarını koruma amacı gütmekteydi⁹⁾. Benzer şekilde sınıflı toplum ve kamu düzeni yapısında, yargıç imgelemi, oligarşik bir araca dönüşmektedir. Ulusal egemenlik kaynağından biçimlenen halk tasarımı ise, yargıç halkın yararını gerçekleştiren iktidar olarak belirlemektedir. Burada halk

çoğunluğunun istenci belirli bir biçimsellikte ele alınarak kavranmaktadır. Çünkü kimi durumlarda halk yararı kavramı, tehlikeli biçimlerde çoğunluk çıkarıyla birleşmektedir. Bu nedenle insanın, bireyin ve yurttaşın eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma haklarından oluşan insan haklarının uygulanmasında kamu yararı, "yansız ve bütün insan bireylerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak iyiliği dile getirmelidir"¹⁰⁾. Bu tanım, hukuk devletinde, yargıç'ın nesnel varoluş edimini, kamu yararı kavramıyla açıklayan önemli bir yaklaşım tarzı olma özelliği göstermektedir.

Her demokratik düzende, çeşitli biçimlerde kendini gösteren oligarşik eğilimler vardır. Çoğulcu toplumların ve farklı biçimlerdeki toplulukların doğasında var olan baskı grupları, siyasal partiler, güncel çıkarlar, parlamento çoğunluklarının istemleri, yöresel anlayışlar, ideolojik ve dinsel yaklaşımlar gibi etkenler gününbirlik önemlerini karar mekanizmalarına

hükmederek kamu düzenine dayatabilirler¹¹⁾. Toplumun değişik katmanlarından ve bireylerden gelen, karışık ve iç içe geçmiş hak istemlerinin bir ilkeye dayandırılarak, egemen istençle meşru bir biçimde uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu uyumun belirlenmesinde ve ortaya koyulmasında adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği arasındaki gerilimin giderilmesi ile insan haklarının sürekli yeniden üretilmesi gerekmektedir. Çoğunluğun totaliter ya da otoriter dayatmasının karşısına, tekil bireyin düzeyine incek, hak algılamalarının koyulması ve bunun insan haklarına dayalı olarak yapılması gerekmektedir¹²⁾. Kamu düzeninin yarattığı gerilimin aşılmasında, yargıç, hukuk devletinin işlevselliği içinde, hukuk değerleri ve araçlarını kullanarak "esneklik tekniği" elde etmektedir.

V

Hukuk devleti tasarımı sosyal sözleşme kuramından yararlanmak, yargıç iktidarını algılamamızı daha nesnel hale getirebilir mi? Özellikle yargıç meşruiyetinin sağlanmasında doğal hal ya da insan, insanın kurdu- dur soyut çıkarımlarının ötesinde yurttaş istemi aracılığıyla yargı iktidarı sosyal sözleşmenin daha doğrusu bir adalet sözleşmesinin tarafı olabilir mi

sorusunun sorulması gerekmektedir¹³⁾. Toplum halinin ilkel kökenlerine inmeden, demokratik hukuk devletinde her bireyin yurttaşlığının birer ortaklık ilişkisi olduğunu göz önünde bulundurarak, devlete mutlak teslimiyet yerine, yurttaş ile kamu otoriteleri arasında karşılıklı statülerin belirlendiği, insan haklarına dayanan demokratik bir toplum düzeninin oluşturulmasına varmak olası mıdır? Bu noktada hukuk devletinin sağladığı yargısal güvencenin içeriğinden hareketle gelişen, uluslararası mahkemeler uygulamasında anlamını bulan ve ulusal mahkemeleri de etkileyip yönlendiren, temel hak ve özgürlüklerin tartışıldığı ve toplumsal birlikteliğin hukuk kalıplarına döküldüğü, kristalize edilmiş yargı uygulamaları bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı kararlarıyla kurduğu ve somutlaştırdığı "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, yargıç'ın hukuk devletlerindeki işlevini nesnelleştirerek bir iktidar algılamasıyla karşılamaktadır. Burada bir öz değer ifade edilmektedir: Ulusların aralarında yaptıkları sözleşmeyle yurttaşların bir arada, dayanışma içinde, barışçıl usullerle yaşamasını sağlamak. Mahkeme bu somut veriyi çeşitli hukuk ilkeleri ve hukuk devleti kayıtları kullanarak gerçekleştirmektedir.

11) Necati Doğru, *Yahılama! Kafilesme! Cingillama! Zırlama!*, Cumhuriyet, 20.04.2002, s.8; Mine G. Kırkanat, *Kleptokrasi*, Radikal, 22.12.2001, s.7; Kimi Yer Kimi Öder, *Radikal*, 30.10.2000, s.1; *Büyük Soygun*, Cumhuriyet, 22.02.2001, s.1 ve 17;

12) "Partiler demokrasi için kaçınılmazdır, ama toplumsal öbeklerin çokluğunun, halkla özdeşleştirilmiş ve dolayısıyla bireysel istençler üzerinde sınırsız bir yetke kurma hakkı kazanmış devleti reddetmesi çok daha önemlidir." Kelsen'den aktaran Touraine, a.g.e., s.62.

13) Cürlü Özkök, *İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri*: John Rawls, HFSA, İ.B.Y., 4. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Şubat 2002, s.35; Touraine, a.g.e., s.62; Kutlu, a.g.m., s.52.

7) 1982 Anayasası'nın 144. md., *Hakim ve Savcıların denetimi Adalet Bakanlığı ve Bakanının iznine bağlanmıştır*; 2802 sayılı *Hakimler ve Savcılar Yasası*nın 5. md., *Adalet Bakanının yargısal işlemler dışında Hakim ve Savcılar üzerindeki gözetim hakkı ve idari yönden Hakim ve Savcıların Adalet Bakanlığına bağlı oldukları*, 82. maddesinde, *soruşturma izninin Adalet Bakanlığından verileceği düzenlenmiştir*; 19.03.1989 tarihli *Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği*'nin 4. md., *Teftiş Kurulu'nun doğrudan Adalet Bakanlığına bağlı olduğu, müfettişlerin işlemlerini Bakanlık adına yaptıkları, müfettişlere Bakanlık makamı ve Bakana bağlı Teftiş Kurulu Başkanı dışında hiçbir yerden emir verilemeyeceği*, 5. md. ise, *izin işleminin Adalet Bakanlığının yetkisinde olduğu düzenlenmiştir*; Bkz., Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS, 3. baskı, İstanbul 1994, s.237; Bakır Çağlar, *Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı"*, Anayasa Yargısı, Ankara 1998, sayı 15, s.60; Raymond Aron, *Özgürlükler Üzerine Deneme*, Kesit, Çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 1995, s.183-184; Bkz., Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, "5" Yayınları, Ankara 1989, s.32.

8) Montesquieu, *Kanunların Ruhu*, M.E.B.Y., Çev. F. Baldaş, cilt 1, Ankara 1963, s.304; Kutlu, a.g.e., s.114.

9) Louis Althusser, *Politika ve Tarih*, V Yayınları, Çev. A. Şenel-Ö. Sezgin, Ankara 1987, s.73; Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, Y.K.Y., Çev. Olcay Kunal, İstanbul 1997, s.51; Cemal Bali Akal, *Yasa ve Kılıç*, Afa, İstanbul 1991, s.124 vd.; Kutlu, a.g.e., s.114-115.

10) Hayrettin Ökçesiz, *Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi*, Afa, HFSA, *Düşünce Özgürlüğü*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, s.121; Mustafa Kutlu, *İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler*, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002, s.76.

Çeşitli biçimlerde varlık kazanan azınlık haklarının meşruluğu ile çoğunluk haklarıyla azınlık haklarının çelişmeksizin bir kamu düzeninde birlikte var olmaları; hiçbir yurttaş ortaklığının haklarının çiğnenmeyeceği; kimsenin kimseye hakta ve onurda üstünlüğünün olmadığı; sözleşmenin sözleşenlerce korunduğu, savaş, baskı ya da zorbalığa dayanmayan, ancak hukuksal etkinlik ve barışçı yöntemlerle yapılan, yurttaş haklarını hiçbir şekilde ortadan kaldırmayarak, sözleşmeyi dönüştürme; muhalefet ve düşünce özgürlüğü kanallarını kullanarak karşı iktidar uygulaması yoluyla varlığını ve haklarını dile getirme: Kısacası bir adalet sözleşmesi hali. Yargıç bu etkileşimin tam ortasında, demokratik toplum düzeninin gereklerini ve hukukun genel ilkelerini tanıyıp uygulayarak barışlandırma etkinliğinde bulunmaktadır. Bu nedenle yargıç sosyal sözleşmenin tarafı yurttaş olarak, bireyin ya da yurttaşın yanında yer alır; çatışan yararlar arasında üstünlük ayırımı yapmaksızın hakkaniyete uyar; yansız ve bütün insan bireylelerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak

iyiliği her biçimde arar. Böylece yargıç, sözleşmenin tarafı olarak insanların ve kamu otoritelerini bağlayan sözleşmeyi korumuş olur. Yargıç, çeşitli zıt istekleri, bir düzen ve denge içinde, meşruiyet ögesini de gözeterek, her insan bireyinin yararını somutlaştırır. Böylece yargının üstünlüğü, siyaset karşısında, hukukun üstünlüğüyle birleşmiş olur ⁽¹⁴⁾.

VI

Hukuk devleti egemen bir halka atfedilmiş devlet biçimini anlatmaktadır. Hukuk devletinin salt biçimsel özelliklerle varlık kazanması, meşruiyet ögesinde bir eksikliğe yol açmaktadır. Hukuk devleti, onu oluşturan ve dayanağı olan halkı, "Hukuk Toplumu"na ⁽¹⁵⁾ dönüştürmediği sürece, yarım kalmış bir proje tasarımıdır; toplum ve bireyler için ise, bir kör dövüşünün zeminini oluşturmaktadır ⁽¹⁶⁾. Hukuk toplumu yurttaşlarında, toplumun güdülmesi gereken bir sürü olmadığı, farklılıkların ortak yararlar uyumlu olması gerektiği, hukukun herkes için, her yerde ve her zaman geçerli kılındığına ilişkin, güçlü bir bilincin olması şart-

tır. Kamuoyunca paylaşılan, "sağduyu" olarak adlandırılan bilinç düzeyinin, hukuk toplumu gerekleriyle biçimlenmesi, yurttaşın, devlet yönetimine katılma ve örgütlenme haklarının tanınması ve barışçı yöntemler kullanılarak eyleme geçme yeteneğiyle donatılması gerekmektedir ⁽¹⁷⁾. Bu beklentinin meşru bireysel hak arayışına ya da direnme hakkına dönüşmesi için yargısal kanalların yurttaş istemlerine çeşitli biçimleriyle açık olması gerekmektedir. Özellikle haksız yasalara karşı itiraz kanallarının anayasal sınırlarının oldukça daraltılması, yurttaşın doğru yasanın oluşumuna katılımını engellemektedir. Yurttaşın iki seçim dönemi arasında edilgen olma yerine, temsilcilerinin işlemlerine katılma kanallarının açılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine yurttaşın bireysel başvuru hakkının tanınmaması nedeniyle yasanın oluşumu, daha çok siyasal partilerin siyasi onayma bırakılmıştır; oysa genişletilmiş ya da sürekli demokrasi yasanın oluşumuna yurttaş da katarak sağlanabilir ⁽¹⁸⁾.

VII

Yargıç algılamasında hukuk devleti, içeriksel olarak "Adalet Devleti"ne dönüşmüş durumdadır. Yargıç için hukuk tasarımı, uyguladığı normu kuru bir nesnellik içinde yaşama uyarlamak değildir. Yargıç vicdani kanısını yargı-lamanın özünde bulurken, hukuk devleti ilkesinden hareket ederek yansız bir biçimde yargı iktidarını kullanmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı

ve yargısal koruma, yargıç'a önemli bir edimin güncelliğini sistem içinde sürekli canlı tutma iktidarı sağlamaktadır. Bu edim, hukuk aracılığıyla insan haklarının gerçekleştirilerek, yurttaşın temel beklentisi olan adaletin yaşamsallaştırılmasıdır. Yargıç, hukuk devletinde hukukun üstün ilkelerinin tarafı olarak, adalet değerlerinden ayrılmamak zorundadır. Yargıç'a yüklenen değer, bu istemle aynı doğrultudadır. Yargıç, "Hukuk Toplumu"nun güven kaynağı olmakla adaletten ve insan haklarından sapmalara karşı yurttaş için bir tür direnme odağıdır. Yargıç aracılığıyla yurttaş, özgürlüğünün, eşitliğinin ve güvenliğinin takipçisi olarak insan haklarını sürekli isteme dönüştürme yeteneğiyle donatılmıştır. Bu istemin karşılanmadığı bir kamu düzeninde, yargıç meşruiyetini kaybetme tehdidiyle yüzleşmek zorundadır. Söz konusu yüzleşmeyi yaşamayan yargıç'ın memurlaştığından söz edebiliriz. Yargıç'ın, yargı iktidarının kullanıcısı olmaktan uzaklaştığı ve memurlaştığı yerde, üstün değer olmaktan çıktığını görürüz. Bu evrede yargıç; egemenin istencini gölgeleyip, toplumsal barışın ve insan haklarının ihlale açık hale gelmesine yol açarak, genel istence aykırı davranmış olmaktadır. Bir hukuk devletinde yargı açığı diyebileceğimiz olgunun tehlikesi karşısında, sadece bir söz akla gelmektedir: "İktidar boşluk kabul etmez". Yargının iktidar açığının sadece yargı etkinliğiyle doldurulabileceğinin mutlaklığı karşısında, adalet değerlerinden

14) İbrahim Özden Kaboğlu, *Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi*, T.O.D.A.İ.E.Y., İnsan Hakları Yıllığı, cilt 12, 1990, s.144.

15) "Günümüzde nasıl ki, demokratik, laik ve insan haklarına saygılı devletin hukuksal çerçevesi hukuk devleti ise, sivil toplum da ancak hukuk toplumunda varolabilir. Siyasal liberalizm olmaksızın, yalnızca iktisadi liberalizmle 'demokratik yönetim' oluşturulamayacağı gibi, hukuk toplumu olmadan da hukuk devleti kurulamaz. Kuşkusuz birincisi, öncelikle hukuka inanan bireylerin çoğunlukta olduğu bir toplumda, ikincisi de, hukukun üstünlüğüne saygılı yöneticilerle kurulabilir.", İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa ve Toplum*, İmge, Ankara 2000, s.34; "Ülkemizde hukukun üstünlüğünü sağlamak ve demokratik hukuk devleti toplumu olmak...", Hayrettin Ökçesiz, *Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları*, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002, s.155; Hasan Bülent Kahraman, *Hukuksuz Toplumun Devleti*, Radikal, 20.07.2001, s.9; Kutlu, a.g.e., s.201; Temiz Toplum İstenmiyor, Cumhuriyet, 07.06.2001, s.5; Uçurum Çok Derin, Radikal, 13.07.2001, s.7.

16) Orhan Bursalı, *Sürekli Canı Yananlar Ülkesi*, Cumhuriyet, 01.02.2001, s.6; Nuray Merit, *Hepimiz 'Kader Kurbanı'yız'*, Radikal, 19.12.2000, s.6; M. Emin Ceylan, *Türk İnsanın Özellikleri Üzerine...*, C.B.T., sayı 498, 05.10.1996, s.10; Erol Göka, *Toplum Ruhsal Bir Hastalığa Yakalanabilir mi?*, Radikal İki, sayı 247, 01.07.2001, s.7; Ümit Zileli, *Kör ve Duyarsız Bir Toplum*, Cumhuriyet, 07.06.2001, s.15.

17) Sivil İtaatsizlik eylemleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz., Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, s.123.

18) İbrahim Özden Kaboğlu, *Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıları*, Anayasa Yargısı, sayı 10, Ankara 1993, s.404; Kutlu, a.g.e., s.168.

uzaklaşmanın bedeli bir toplum için çok ağır olabilmektedir¹⁹⁾. Bu nedenle yargısal güvencenin bir hukuk devletinde kaçınılmazlığı karşısında, yargıç'ın görevi, yüksek bilinç düzeyiyle bu güvencenin özünde yer alarak, kamu düzeninin ve sivil toplumun dirlik ve düzeninin oluşumunu sağlamaktır. Hukuk devletinde yargı iktidarının yargıç'ın elinde toplanmasının anlamı da budur: Meşruiyet ögesine dayanarak, hukukun ne olduğunu söylemek, sosyal barışın sürekliliğini sağlayarak, bireyleri ve kamu düzenini her türlü haksızlığa karşı korumak.

HUKUK DEVLETİNDE YARGIÇ ETKİNLİĞİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Hukuk devleti kavramı, ilk kez Almanya'da 1860'lı yıllarda kullanılmıştır. Bu kullanım idarenin karar ve uygulamalarının yargı denetimi kapsamına girmesi anlamında ortaya atılmıştır²⁰⁾. İdari yargı ile hukuk devletinin gelişim süreci birbirlerini izlemişlerdir. Hukuk devleti kavramı, özellikle 20. yüzyılda olağanüstü bir ilgi ve yapılanma süreci izlemiştir. 20. yüzyılın ilk yarısında meydana gelen ve dünyayı sarsan olaylar devlet, toplum ve insan yapılanmasının temel değerlerini değişime uğratmıştır. Hukuk devleti, özellikle yargı etkinliğini öne çıkararak, yargının üstün iktidar kulla-

nımıyla sistemin gerilimini, hukuk kanalları kullanmak yoluyla barışçı mekanizmalara dönüştürme yoluna gitmiştir. Bu durumda yargıç, sistemin önemli bir yapı taşına dönüşmüştür ve bu dönüşüm hukuk tarihi içinde artarak sürmektedir. Hukuk devletinde yargıç, olağanüstü önemde etkinlikte bulunmaktadır. İnsan haklarının belirlenmesinde ve toplumun barışlandırılmasında yargıç hayatlarımıza hükmetmektedir. Bu nedenle yargıç, ödevini ve yükümlülüklerini yerine getirirken nasıl bir bilinçte, içtenlikte ve içerikte bulunmaktadır. Yargıç gerçekliğinin hukuk devletinde durumu nedir, bunu bilmek, görmek ve göstermek zorundayız.

YARGIÇ: BİR POSTÜLAT

İnsan duyumsamasında yargıç'a yüklenen anlam ve yargıç görüntüsü, bilincimizde ona verdiğimiz değerle belirlenmektedir. Yargıç, üzerinde taşıdığı niteliklerle sağlam, güven duyulan, bilgili, cesur, anlayışlı, ölçülü, doğruluktan ayrılmayan, temkinli, yansız, saygın olması gereken, ona yaklaşımımızda saygı ve korkuyla karışık bir tür yücelik nesnesi olarak insan bilincinde yer etmiştir²¹⁾. "Yargıç imgelemesi insan düşüncesinde ve duygusunda öylesine kök salmıştır ki, onun tüm ve her tarz kutsalında yer alır: Tanrı da "yargıç"tır"²²⁾. Bu kavrayış içinde yargıç, bir beklenti silüetine

dönüşmüş durumdadır. Bu beklentinin yerindeliği yargıç'ın etkinliğiyle sıkı bir uyum içindedir.

I

Yargıç, kendisine yöneltilen olması gereken imgesinin taşıyıcısı olmasının yanında, içsel ve dışsal özerkliğe de sahip olmalıdır. Yargıç'a yüklenen kişisel özelliklerin altında, amaca uygun bir beklenti vardır ve bu beklenti çağlar boyu değişmeden kalan, zamana meydan okuyan bir üstün kaygının dile getirilmesinden başka bir şey değildir. Bu olgunun gerçekleştirilmesinde, yargıç'ın çeşitli biçimlerde varlık kazanan bilinç düzeyleri vardır. Bunlar yargıç bağımsızlığının koruyucu ve kurucu unsurları olmaktadır²³⁾:

- 1- Yargıç'ın yansızlığı;
- 2- Yargıç'ın devlet organları karşısında bağımsızlığı;
- 3- Yargıç'ın toplum karşısında bağımsızlığı;
- 4- Yargıç'ın kendisine karşı bağımsızlığı;
- 5- Yargıç'ın yargı örgütüne karşı bağımsızlığı;

6- Yargıç'ın yargılamanın taraflarına karşı bağımsızlığı

Yargıç'ın her türlü bağımsızlığı ve yansızlığı, hukukun ne olduğunu söylemenin temel şartlarından. Yargıç'ın özgürlüğüne ya da otonom duruşuna bir değer yüklenmektedir. Bu değer, her türlü yurttaş mekanının farklılıklarını ortak yarara özgülemedir²⁴⁾. Ortak yarar ya da kamu yararı kavramı, içi doldurulurken dikkat edilmesi gereken tahakküm tehlikesine açık bir kap gibidir. Çoğulcu ya da çoğunlukçu bir toplumda çeşitli güçler tarafından, güçlerin çıkarlarına olan bazı olguların, kamusal yarar olarak görünmesi ya da gösterilmesi oldukça sık karşılaşılan bir durumdur²⁵⁾. Gelişen ve yaygınlaşan kitle iletişim araçlarıyla gününbirlik kaygılar saptırılarak, yurttaşlara mutlak gerçek gibi gösterilmektedir. Yargıç da kendisi gibi yurttaşlara sunulan saptırmanın yükü altında, kamusal yararın devlet, sınıf, örgüt, bireysel çıkarlarla aynılaştığı kanısına varabilmektedir²⁶⁾. Böylece hukukun, öyle sanılan ya da söylenen kamusal yararlarla birleştirilmesi bir hu-

23) Çetin Aşçıoğlu, *Doğru ve Güvenli Yargılama Hakkımız Var!*, kendi yayını, 2. baskı, Ankara 1995, s.91; Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, T.B.M.M.Y., Ankara 1994, s.7 vd.; Selçuk, *Zorba Devletin Hukukun Üstünlüğüne*, s.98; H. Hilmi Özdemir, *Hakim ve Savcılarda Bulunması Gereken Nitelik ve Yeteneklerle, Tutum ve Davranışlar*, Yargıtay Dergisi, cilt 28, Temmuz 2002, sayı 3, s.271; Metin Kıratlı, *Yargının Sorumluluğu*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, A.Ü.S.B.F.İ.H.M.Y., cilt III, Kasım 1995, sayı 3, s.3.

24) 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin birinci maddesi, "İnsanlar, hukuk bakımından, özgür ve eşit doğarlar, özgür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanabilir."

25) "Asil Lordum, devlet yararının size adalet olarak görünebileceğinden sakınını", Schiller, Maria Stuart, 1. perde, 7. sahne; Friedenau, a.g.m., s.20 vd.; Kutlu, *İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler*, s.79; "Hem kamusal hem özel alanlardaki güç sahipleri hukuka inanmıyor. 'Andiç' vakası da hukuk kültürü olmayan toplumlar için 'anormal' değil", Ümit Kardaş, 'Andiç' Anlayışı ve Hukuk, Radikal, 17.11.2000, s.9; Murat Belge, 'Andiç'in Kısa ve Uzun Vadeli Sonuçları, Radikal, 05.11.2000, s.9.

26) Mustafa Tören Yücel, *Hukuk ve Hakikat*, Ankara 2001, s.129 vd.; "Medyanın bir kısmı buna katılmıştır. Böyle bir eyleme, etki altına alınabilecek bir yargı organının katıldığını düşünürsek, sonuçlar ürkütücü hale gelir. 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 askeri müdahalelerinin sonrası bu anlayışın sayısız örnekleri ile doludur.", Kardaş, 'Andiç' Anlayışı ve Hukuk, s.9; Ragıp Duran, *Tele-Yalanlar Ekranda*, Radikal İki, 31.01.1999, sayı 121, s.6; Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet*, Gündoğan, Çev. Mehmet Turhan, Ankara 1999, s.195.

19) Emre Kongar, *Kamuda Rüşvetin Toplumsal Nedenleri*, İ.B.Y., HFSA, 5. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Haziran 2002, s.129 vd.; Sami Selçuk, *Zorba Devletin Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni T. Y., Ankara 1998, s.509 vd.; Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargı*, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, sayı 17, s.356;

Sema T. Pişkinsüt, *Yaşayan Susurluk*, Cumhuriyet, 09.11.2000, s.2; *Yolsuzluğa Bulaşmamış Bir Yönetim Arayışı*, The Wall Street Journal, 04.11.1996, s.7; *Sarmaşık Gibi Rüşvet*, Radikal, 09.11.2001, s.12.

20) Kaboğlu, *Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi*, s.139.

21) Bkz., Mecelle'nin 1792. maddesi, Kutlu, a.g.e., s.169.

22) Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargı*, s.354; Çetin Aşçıoğlu, *Yargı Etiği ve İnsana Saygı*, C.B.T., 15.06.2002, sayı 795, s.11.

kuk devletini haksızlık devletine dönüştürebilir⁽²⁷⁾. Bu nedenle yargıç'ın, halka yararlı olan her şeyin hukuk olduğu düşüncesinden uzaklaşarak, yalnızca hukuk olan şeyin halka yararlı olduğu⁽²⁸⁾ bilinciyle hareket etmesi ve bu bilginin yargıç düşüncesine yer etmesi gerekmektedir. Bu kavramlaştırma, yargıç'ın her türlü yansızlığının temeline yerleşip, bir töz haline gelecek, yargıç'ı tüm dış baskılardan korumanın aracına dönüşmektedir. Böylece yargıç'ın her türlü bağımsızlığı siyaset, devlet, toplum ve özel güçler karşısında hukukun üstünlüğünü sağlamak; bireyleri koruyarak, sınırlı yönetimi gerçekleştirmek amacına yönelmektedir⁽²⁹⁾.

Yargıç'ın bağımsızlığı, özerkliği, özgürlüğü ve otonom duruşu yargısal güvencenin özünde yer almaktadır. Yargıç'ı çeşitli ilgi ve hiyerarşik düzeylere yerleştirmek ya da herhangi bir güç odağına bağlamak, yargıcın özgürlüğünün elinden alınmasına yol açar. Bir hukuk devletinde yargıç'ın özgürlüğünün olmaması, yargıç'ı bir karar otomatına dönüştürür. Özellikle yasama işlemlerine karşı yurttaş savunmasız bırakılmamalıdır. Aksi takdirde yurttaş, temsilcilerinin "haksız yasa" olarak nitelendirilebilecek norm üretimleri karşısında çaresiz bırakıl-

mış olmaktadır. Yasanın norm haline getirdiği haksızlık, yasa koyucunun her ne sebeple olursa olsun asla ulaşmaması gereken bir sonuçtur. Haksız yasaların eşit yurttaşlar açısından bağlayıcılığı, sadece hukuk güvenliği açısından geçerlilik kazanabilir, adalet, insan hakları ve amaca uygunluğun yasanın özünde yer almaması nedeniyle temsili kurumların yurttaş mekanını haksızlık argümanı ile karşılamaya hakları yoktur⁽³⁰⁾. Bu nedenle haksız yasalar karşısında hukukun üstünlüğü, yargının da siyaset karşısında üstünlüğünü kapsar biçimde içeriklendirilmektedir.

Hukuk devleti algılamasında yargıç, salt bu durumundan dolayı tarafsızlık, yansızlık tutumuyla adil sonuçlara varabilir. Yargıç, son sözün söylenmesi, hukukun ne olduğunun dile getirilmesi gibi olağanüstü bir edimi yerine getirmektedir. Bu nedenle tüm yargısal işlemlerin adalet ve üstün hukuk ilkelerinin uygulanmasına ve gösterisine dayanması gerekmektedir. Her mahkeme kararında, yurttaşın, hukuk ve adalet arayışının karşılığını veren, adil bir kanıtlama ve gerekçelendirmeyle tatmin edilmesi gerekmektedir. Bu tarz yaklaşım, yurttaş için güvence olduğu kadar, yargıç için de keyfiliklerinin karşısında güvence niteliği taşımaktadır. Yargıla-

ma yöntemlerinden olan bazı kurallar, özellikle duruşmaların açıklığı, gerekçeli karar, sözlülük ve karşılıklılık, yasa ve itiraz yolları, savunma hakkı gibi yargılama ilkeleri, yargılamayı gerçek bir güvence işlemine dönüştürmektedir. Yargılamanın işleyişini bir taraf çıkarına bozacak her unsur ya da aykırılık adaletin saptırılmasına yol açmaktadır. Bu nedenle yargılama tekniğinde, usul kurallarının keyfilikğin düşmanı olduğu ifade edilmektedir.

II

Hukuk devletinde yargıç bağımsızlığı, yargıç sorumluluğundan ayrı düşünülmesi gereken içeriktedir. Ancak her iki kavramın birbirinden uzaklaştığı ve birbirine yaklaşıp kaynaştığı nesnel ve düşünsel durumlar vardır. Yargıç bağımsızlığı ile yargıç sorumluluğu arasında bir bağ kurularak, yargı etkinliğinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devleti, sadece devletin hukuka bağlı olduğunu anlatmamaktadır; devletin yanında tüm yurttaşların hukuka bağlı olarak yaşamasını da şart koşmaktadır. Bu yolla tüm yurttaş bireylerinin haklarının hukuk güvenliği altında olması sağlanmaktadır. Hukuk güvenliği çeşitli biçimlerde sürekli ihlale uğrama tehlikesi altındadır. Farklı ihlal biçimleriyle insan hakları dünyanın her yerinde az ya da çok birtakım nedenlerle çiğnenmektedir. Bu nedenle bir hukuk devletinde hukuk güvenliğini sağlama görevi ve sorumluluğu sadece yargıya verilmiştir. Çünkü hukuku söylemek yetkisi yalnız yargıya aittir. Günümüzde

"Yargı insan haklarını korumakta sadece kendi devletine ve toplumuna karşı değil uluslararası topluma karşı da bir sorumluluk altındadır."⁽³¹⁾ Hukuk güvenliğinin sağlanmasında, yargılama kalitesi ve tekniği hakkın kendisi kadar önemli hale gelmiştir. Bu nedenle yargıç'ın en önemli görevi, hak arama özgürlüğü kanallarını korumak ve geliştirmek, adil ve doğru yargılama hakkını gerçekleştirmektir. Burada yargıç güvencesiyle yurttaş mekanının yargısal güvence istemi birleşip, iç içe geçmiş olarak, her biri birbirinden doğmaktadır. Özellikle yargıçlara ilişkin kurumsal yüksek kurullar düzenlemesinde, bağımsızlık, güvence ve sorumluluk unsurlarını kurulların kuruluş amaçlarındaki düşüncede ve yapıda görmek olasıdır. Yargıç bağımsızlığı ve sorumluluğunun varlık nedeni, hukuk devletinin amaçladığı insan haklarını, yurttaş bireyinin somut yaşam düzeyine indirerek, bir koruma alanı oluşturmaktır. Bu yüzden yargıç bağımsız olmalıdır, adalet ve insan haklarını gerçekleştirmek adına, bu edimle kendisini sorumlu tutmalıdır. Sonuçta yargıç bağımsızlığı ile sorumluluğu arasında, bir çatışmadan çok, kurucusu olduğu bir hak temelinin varlığı görülmektedir.

III

Yargıç etkinliği çeşitli aşamalardan geçerek gerçeklik kazanmaktadır. Bu aşamaları bilgilenme, yargılama ve karar verme süreçleri olarak nitelendirebiliriz⁽³²⁾. Bilgilenme, yargıç'ın yargılama konusu olan nesnel gerçeği be-

27) Gustav Radbruch, *Beş Dakika Hukuk Felsefesi*, Çev. Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım, HFSA, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1997, s.66; Yargısız İnfaz Hukuk Tanıymıyor, *Cumhuriyet*, 21.01.2001, s.4.

28) Radbruch, a.g.m., s.66.

29) Kaboğlu, *Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi*, s.144.

30) "Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin insan haklarını insanlara sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.", Radbruch, a.g.e., s.67; Karş., Hayrettin Ökçesiz, "İnsan Hakları İşliğinde Hukuk Oluşturma'nın Metodolojisinde Lex Corrupta Sorunu, *Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları*, Haz. İoanna Kuçuradi-Bülent Peker, H.Ü.Y., Ankara 1999, s.338-339.

31) Kıratlı, a.g.m., s.2; Aşçıoğlu, a.g.e., s.133 vd.

32) İoanna Kuçuradi, *Etik, Türkiye Felsefe Kurumu*, 3. baskı, Ankara 1999, s.128.

lirmek amacıyla yüzleştiği süreçtir. Burada bir doğruluk araştırmasının yanında, yargısallığa yol açan olgusal gerçeğin oluşumuna ilişkin verilerin saptanması; ortaya koyma ve anlama süreçleri söz konusu olmaktadır. Yargıç'tan beklenen, doğru anlamaya dayalı olarak doğru yargılayabilme edimini gerçekleştirmesidir³³⁾. Yargıç'a etkinliğini gösteren, nesnel gerçeği oluşturan tarafların duruşlarının belirlenmesi; bir üçüncü gözün varlığı. Yargıç'ın üçüncü göz olarak nesnelliği kavrayışı, bireyler üstü, tarafların öznel durumlarından bağımsız, herkes için geçerlilik taşıyan bilgi algılamasıdır³⁴⁾.

Yargılama, bir değer ihlalinin norma dayalı olarak belirlenmesi sürecidir. Yargıç için yargılama, karşısında bulunan, bilgilenme yoluyla anlayıp, bildiği eylem ile yapılmaması gereken arasında ilgi kurma evresidir³⁵⁾. "Mad-di anlamda yargı, objektif hukukun, bağımsız hakimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır"³⁶⁾. Yargılama eyleminin temel sorusu, kişiyi ya da eylemi neden, ne adına ve kimin için yargıladığına ilişkindir. Bu sorunun yanıtına göre, belirli bir meşruiyet bilincinin ve değer anlayışının yargılamanın özünde yer aldığını algılayabiliriz. Yargılama sürecinin karşılıklılığı içinde, yargılamanın tarafları, hukuksal tartışmalarını eşitlik içinde ve bir dengede yürütebil-

meleri için silahlarda eşitlik ilkesi uygulanmaktadır. Sav ile savunma, yargılama evresinde, bir norm veya eylemle norm arasındaki uyum ya da aykırılık haline ilişkin kanıyı oluşturmaya çalışmaktadırlar.

Karar verme ise, bilgilenme ve yargılama sonucunda elde edilen bir sonuçtur. Yargıç, yargıladığı durumu eylemiyle oluşturmuş kişinin haklı ya da haksız olduğuna, bir norma dayanarak karar vermektedir. Karar sonucunda haklı olmanın karşılığı, istemlerin tam ya da kısmen yerine getirilmesine yol açmasıdır. Haksız olmanın sonucu da, hak istemlerinin kesin ya da kısmen reddine neden olur, bu bir hükümlülüğe de yol açabilir. Burada yargıç için bir uyma eylemi söz konusu olmaktadır: "Bir otoritenin, eylemde bulunurken ve değerlendirirken herkes için geçerli olması istemiyle getirdiği normlar: kurallar, ilkeler, yasalar..."³⁷⁾ yargıç için uyma eyleminin ve varılan kararın biçimini belirlemektedir.

Goethe, Faust adlı eserinde şöyle sorar: "Kim, cellat, benim hakkımda bu yetkiyi sana verdi?"³⁸⁾. Bu soru, bir hukuk düzenine sorulabilecek en temel sorudur. Yurttaş tarafından bu soru yargıç'a şöyle sorulabilir: "Ey yargıç, beni hangi yetkiye dayanarak yargılıyor, canımı, malımı ve özgürlüğümü elimden alıyorsun?" Bir yargıç, en temel yurttaş sorusuna nasıl yanıt vermelidir? Yargıç, aynı zamanda yurttaş

olarak, meşruiyetini nerede bulmalıdır? Bu sorular bizi ilk olarak sosyal sözleşme düşüncesine ve devlete götürmektedir. Yargıç'a gücünü sağlayan, yetkisindeki devletin yaptırım gücüdür. Yargıç, etkinliğinin yaşamsallığını ve zorunluluğunu yaptırımın zorlayıcılığına dayandırmaktadır. Bu da bir zorlayıcı güç gösterisinin zeminini hazırlamaktadır. Söz konusu güç, yurttaş algılamasında uyulması gereken zorlayıcılık, nasıl meşru kılınacaktır? Kaba güçten çıkarak, meşru güce nasıl dönüşecektir? Yargıç'a, "beni her türlü baskıya ve dayatmaya karşı koru", diyen yurttaşın istemine yargıç, sadece hukuk düzeninin biçimselliğiyle hareket ederek "at gözlüğü" ile mi bakacaktır? Bir ahlak değerini yurttaş olarak içinde taşımayacak mıdır? Bilgilenirken, yargılarken ve karar verirken, yargıç'ın etik değerleri görmezden gelmesi yurttaş mekanında nasıl karşılanacaktır? En önemlisi de, böyle bir yargıç olabilir mi?

Yargıç'ın etik değerlerine uygun davranması, insan hakları ve adalet değerlerinin algılanmasında yurttaş güvene sağlamaktadır. Ancak pozitif hukukun amaçladığı kamusalılık ile ahlak düzeninin sağladığı kamusalılık arasında çelişkilerin olduğu da söylebilir. Burada devlet ile haklar arasında bir derecelendirme yapmak gerekmektedir. Devlet insan haklarının nedeni ya da kurucusu mudur? İnsan

hakları devletin yurttaş uyruğuna verdiği bir iktidar imtiyazı mıdır? Başka bir bakış açısıyla devlet, insan haklarını yurttaşları için tanıyan ve koruyup yaşatan bir içeriğe mi sahiptir? Daha doğru saptamayla ahlak ve hukuk birbirlerini önceleyebilir³⁹⁾ mi? Yargıç mekanında bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Yargıç etkinliğinin evreleri olarak ele alınan bilgilenme, yargılama ve karar verme aşamalarında ahlak değerlerinin hukuk değerlerine önceliği vardır⁴⁰⁾. Adalet, hakkaniyet, nesafet, ölçülülük, insaf gibi hukuku algılama biçimleri, aynı zamanda üstün etik değerleri de ifade etmektedir. Yargıç kendi başına, yargılama etkinliğinden ayrı olarak, etik değerleri özümsemiş ve içselleştirmiş bir kişi olarak hukuk tasarımına girişmektedir. Bu hal yurttaşlar için yargısal güvene oluşturduğu kadar, değer boyutundaki üstün bir anlayışın yargı koşullanmasını belirlemesi bakımından, sağlam bir yargı edimini de beraberinde getirmektedir. Sosyal hukuk devleti de ahlak ilkelerini, refah toplumu verileriyle kapsayarak, geçerliliklerini sağlayan bir sosyal yapılanma içinde bulunmaktadır.

Yargıç'ın etik meşruluğu, ahlak değerlerinin nisbiliği tehlikesine açık olmasına karşın, asıl üzerinde durulması gereken, yargısal etkinliğin sağlamlığının önemli bir unsuru olmasıdır. Olağan yaşamdaki yargılarımızı oluş-

33) Kuçuradi, a.g.e., s.129.

34) Özdemir, a.g.m., s.272.

35) Kuçuradi, a.g.e., s.129.

36) Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.c., s.2.

37) Kuçuradi, a.g.e., s.141.

38) Goethe, Faust, 4427. dize.

39) Bkz., Doğan Özlem, *Ahlak Hukuku Önceler*, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, şubat 2002, s.15 vd..

40) Aşçıoğlu, a.g.e., s.79; *Nemo auditur terpitudinem suam allegans.* (Hiç kimse, kendi ayıbını ileri sürerek hak elde edemez.); *Nemo ex proprio dolo consequitur actionem.* (Hileli hareket edenin, dava hakkı yoktur.); *Nemo tenetur ad impossibile.* (Hiç kimse, olanaksız olanı yerine getiremez., Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin, 5. baskı, Ankara 1996, s.615.

tururken nesnel olmanın çoğunca olanaksız olduğunu, yargılarımızda özne ön anlayışlarımızın yönlendirmesi altında olduğumuzu bilsek de, yargıç içselliğinde, olağanüstü bir nesnel birikim, deneyim ve bunun bilgisinin olması gerekmektedir⁴¹⁾. Yargı etiği⁴²⁾ olarak adlandırabileceğimiz etkinlik alanı, yargıç'a bir tür saflık, masumluk ve iyiniyet atfını gerektirmektedir. Yargıç algılamasında, ön anlayışların en aza indirildiği ya da yok edildiği bir "tabula rasa" hali. Yargıç'ın, özgürleştiği, bağımsızlığı ve yansızlığıyla güçlendirilen ve somutlaştırılan ön anlayışlardan kopuş estetiği. Yargıç'ın, pozitif hukukun sınırları içinde, belirli bir yargılama konusu eylemi bir yasa maddesine bağlama ya da bağlamama özgürlüğünü kullanarak yargı işlevini yerine getirmesi⁴³⁾. Yargıç'ın bu özgürlüğünden yararlanarak yargıç'lık işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi, onun kişi olarak etik özgürlüğüne, bilgi donanımına, yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapabilmesine bağlıdır. Bu nedenle yargıç, sağlam bir hukuk ve felsefesi, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları, örnek karar ve gerekçe bilgisine, kısaca farklı olanaklıkların

bilgisine sahip olmalıdır⁴⁴⁾. Yargıç için, doğru ve adil yargılamanın ön şartı, etik değerlerin kendisinde ne kadar yer ettiğine ilişkin olmaktadır. Bu yolla yargıç, kendisine karşı bağımsızlaşmış olmakla kalmayıp, yargıç olarak özgürlüğünden sorumluluğunun da bilincinde olmaktadır.

IV

Yargıç bir postülat olmasının yanında, henüz tamamlanmamış bir kamu nesnesidir; tamamlanacağına ilişkin bir kanıt henüz elimizde bulunmamaktadır; bunun olacağı varsayımı da herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Bu konuda hukuk tarihinin bize öğrettiği en önemli bilgi yargıç'ın gittikçe artan ilgi ve yetkiyle sarmalanmasıdır. Yargı denetiminin, yargı güvencesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının gelişim çizgisinden anlaşıldığı üzere, yargıç sosyal düzenin en önemli barışlandırma aracına dönüşmüştür. Bu araçsallık, demokratik sosyal hukuk devleti amaçlarına ulaşmada değerini önemli ölçüde artırıp araç olmaktan çıkarak, bir amaç olma doğrultusu kazanmış durumdadır.

Kamu gücünün somut görüntüsü, meşru şiddet uygulama yeteneğiyle belirginlik göstermektedir. Devlet ya-

pısı içinde somutlaşan siyasal iktidar, zorlayıcılık ve yaptırım ögesiyle gücünün doruğuna ulaşmıştır. Devlet gücü, karar verme, kararlarını uygulama, kararlarına aykırı davranışları yargılama ve kararlarına uymaya zorlama iktidarı sunmaktadır. Bu görüntü yurttaş mekanında, her zaman tedirginlikle izlenmesi gereken, kamusal kaygılara işaret etmektedir. Söz konusu kaygı, yurttaş mekanında, ölçülü bir barış iklimini tüm sosyal düzene yaymak olarak algılanmaktadır. Ancak hangi barış? "Kılıç"ın ya da "asa"nın dayattığı bir barış elbette bizi mutlu edemezdi. "Sınır"ın, "zümreler"in, "kişiler"in dayattığı barış ise, kuzu postundaki kurt gibi her an bizi yemeye hazır değil miydi?

Hukuk devleti bir yurttaşlar toplumunun ya da sivil toplumun ürünüdür. Hukuk devleti yapısı gereği, insan haklarının gerçekleştirilmesi için bir koruma alanı belirlerken, siyasal sisteminin kurucu unsuru olarak, yargı iktidarından yararlanmaktadır⁴⁵⁾. Temel hak ve özgürlüklerin geçerliliklerinin sağlanmasında, eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma ilkeleri ve değerlerinin bütünü olan insan haklarından yararlanılmaktadır. Burada bir koruma alanı yaratılmaktadır. Bu koruma alanının belirleyicisi olarak da, yargıç'a göndermede bulunmak gerekmektedir. Yargı iktidarının kullanıcısı olarak yargıç, elindeki sihirli değnekle dokunduğu her şeyi hukuka dönüştürme yeteneğiyle donatılmıştır.

Bir hukuk devletinde yargıç olmak, tek başına kalmak demektir. Diğer devlet organlarına karşılık yargıç, iktidarını yasal kurallardan almaktadır, etkinliğinin somut uzantıları ve araçları savcılık, kolluk gibi devletin örgütsel birimleridir. Bu yalnızlık mahkemelelerin yapısından kaynaklansa da, yargıç, haksızlık yargılamasında, tek başına vicdanıyla başbaşa kalmaktadır. Yargılama aynı zamanda vicdani kanı araştırmasına olanak sağlayarak gerçeklik kazanmaktadır: Yargıç'ın vicdanı, yargılamanın özü durumundadır. Yargıç'ın her türlü bağımsızlığı ve yansızlığının belirli bir etik sorumluluk bağlamında gerçekleştirilebilmesi için kişisel ve mesleki olarak yargıç'ın güvence içinde olması gerekmektedir. Bu nedenle yargıç tüm kamu görevlilerinden daha kapsamlı bir koruma alanına sahip olmaktadır. Bu güvence sistemi, yargıç'a temel değeri adalet olan, hukukun üstünlüğünü sağlayan insan haklarının savunucusu olma iktidarı sağlamaktadır. Bunun aksini düşünmek, yargıç'ı çıkar çevreleri ve güç odakları karşısında savunmasız bırakarak, insan haklarının sürekli ihlale açık hale gelmesine yol açmak anlamına gelmektedir. Özellikle siyasal alanın çatışmalarının yol açacağı tahakküm ilişkilerinin engellenmesinde, yargıç mekanının, siyasal yahtılmışlık içinde sakin ve soğukkanlı bir içerikle hareket etmesi gerekmektedir. Siyasal alanın hedefleriyle yargı alanının amaçları arasında doğabilecek farklılıkların, bireylerin haklarını ortadan

41) Karş., Kuçuradi, a.g.e., s.143; "Makul bir kararın ilk koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir." Abdullah Dinçkol, Hakim'in Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler, HFSa, Afa, Haz. Hayrettin Okçesiz, 2. kitap, İstanbul, Şubat 1995, s.173, 175.

42) "...Mahkeme yargıcının etik sorumluluğu, mahkeme yargıçlığı işleviyle doğrudan doğruya ilgili görünüyör. Çünkü bir suç iddiasının sinanabilmesi, dolayısıyla haklının haksızdan ayırt edilebilmesi ve sanığın suçlu olup olmadığına v.b. karar verilebilmesi - "adaletin gerçekleştirilmesi"; bir yargıcın yargıladığı olayı ya da durumu yarattığı ileri sürülen eyleme bir yasa maddesine göre değer biçmeyip, onu doğru değerlendirebilmesine ve bu değerlendirilmesine göre yürürlükteki bir yasaya bağlamasına ya da bağlamamasına dayanıyor.", Kuçuradi, a.g.e., s.145; Aşçıoğlu, Yargıç Etiği ve İnsana Saygı, s.11

43) Kuçuradi, a.g.e., s.145.

44) Kuçuradi, a.g.e., s.146.

45) Mustafa Kutlu, Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı, Adalet Dergisi, Ekim 1999, sayı 1, s.130 vd.

kaldırmaması için mahkemeler ile yargıçların bağımsız ve güvenceli olmaları gerekmektedir. Burada bir koruma alanının varlığı kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devletinin, bireyin siyasal iktidar karşısında korunması gereğine önemle vurgu yapmasının anlamı, yargı iktidarının kurumsallaşmasında görülmektedir. Yargı, hukuk devletinde iktidar alanı kurusuyla gerçeklik haline gelmektedir.

Yargıçlık güvencesinin unsurları olarak şunlar belirlenebilir ⁽⁴⁶⁾:

1- Yargıçlar, azlolunamazlar.

2- Yargıçlar, kendileri istemedikçe yasal yaş sınırından önce emekli edilemezler.

3- Yargıçlar, bir mahkemenin ya da kodronun kaldırılması nedeniyle aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamazlar.

4- Yargıçlar, yargıçlık mesleğinden başka hiçbir görev alamazlar.

5- Yargıçlar, özel usullerle güvencelerine ve bağımsızlıklarına aykırı olmayacak biçimde, yüksek kurullarının görevlendirmesiyle yargıç denetmenlerce denetlenebilirler ⁽⁴⁷⁾.

6- Yargıçlar, görev bölgelerinde, yüksek kurulları tarafından belirlene-

cek görev süreleri içinde coğrafi güvence altındadırlar ⁽⁴⁸⁾.

7- Yargıçlar, geçimlerini yargıçlık onuruna yakışacak biçimde sürdürmelerine yetecek miktarda aylık ve ödenek almalıdırlar ⁽⁴⁹⁾.

Yargıçlara sağlanan güvenceler, belirli durumlarda sorumluluklarıyla değişime uğramaktadır. Yargıçlar, yargısal etkinliğin sağlam ve amacına uygun yürütmesi için belirli eylemlerden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bunlar yargıçların disiplin sorumluluğu, ceza sorumluluğu ve hukuksal sorumluluğu olarak ifade edilmektedir ⁽⁵⁰⁾. Yargıçların bakamayacakları davalar, çekilme hakları ve yargılama da reddedilmelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Burada yargının ya da yargıç'ın hukuka aykırı eylemlerine karşı yurttaşlara hukuk güvenliğinin tanınması tasarlanmıştır. Mahkemelerin haksız kararlarından ve adil yargılanmamaktan dolayı zarar görenlerin, haklarının onarılmasında devletin ve bu haksızlığa yol açan yargıç'ın sorumluluğu söz konusu olmaktadır ⁽⁵¹⁾. Bu ayrık durumların özelliği asıl kuralı göstermeleridir ve her türlü asıl

kurala gönderme bulunmaktadır. Bu kural yargısal güvencedir.

Yargıç güvencesi olarak adlandırılan unsurlar, yargıç'a kişisel bağımsızlığını sağlamak amacıyla tanınan güvencelerdir. Yargıçların bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için yargıçlara kişisel güvenceler tanınmaktadır. Böylece yargıçların her türlü nesnel ve tinsel etkilerden uzak olarak görevlerini yerine getirmeleri, yargıçların görevlerini tam bir güven, özgürlük ve yansızlık içinde yapmalarının koşulları hazırlanmaktadır. Burada yargıç'ın kişisel yararından çok, halkın ve bireylerin adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak gerçekleştirildiği konusunda güven duymaları sağlanmaktadır ⁽⁵²⁾. Bu nedenle hukuk devletinde yargıç güvencesini, unsurlar düzeyine indirmek yerine, hakka dönüş-türmek, amaca daha uygun görünmektedir. Doğal yargıç, coğrafi güvence benzeri yargı ve yargıç hakkına ilişkin ilkeler meslek elemanlarına ve yurttaşlara yargı iktidarına ilişkin doğal haklar ve hak istemleri sağlamaktadır. Burada amaçlanan hukuksal ve yargısal güvencenin kalıcı unsurlarını belirlemek, siyasal ve sosyal sistemin esenliğini yargı hakları yoluyla sürekli hale getirmektir. Demokratik sosyal hukuk devleti yargıç'a bu hakları fazlasıyla tanımaktadır.

V

Yargıç, hukuk devleti değerlerinin savunulmasında ve yaşatılmasında en önemli aktör olmasının yanında, yıllar boyu kendisine yüklenen adaletin yer-

yüzüne inmesine aracılık eden kişi olarak, yaşamlarımıza nüfuz etmiştir. Hepimiz mahkemelerden uzak durmaya çalışsak da, uğrayacağımız haksızlıklara karşı bir mahkeme kapısının bizi beklediğini biliriz. Bu mahkeme gözümüzde güven hissimizin asaletini taşıyorsa, biliriz ki haksızlık karşısında koruma altındayız. Bir yurttaş bireyi herhangi bir hukuka aykırılığa karşı, meşru biçimde savaşımlar verip, hakkının kendisine verilmesini tüm güç ve gruplara karşı ileri sürüp yerine getiriyorsa, sosyal düzenin insanlık değerlerine dayandığından söz edebiliriz. Bu halde halkın savaşımının gerçekten yerine geldiğini düşünebiliriz.

Yargıç ise, aynı zamanda bir halk adamı olarak üstün bir vicdanla donanmak zorundadır. Yargıç, karmaşıklaşıp çeşitlenen dünya sorunlarının eninde sonunda önüne adalet isteğiyle geleceğini asla unutmuyarak, bilgisini ve saflığını her şekil ve şartta koruması gerektiği bilincine, bireylerin korunması için filozof yürekliliğine ve aklına sahip olmalıdır. Yargıç, aklında yarattığı adalet süzgeciyle bilgece bir deneyimin ve kişiliğin oluşturduğu zihni algılamaya kendisini hazırlamalı ve hiç bıkmadan bu algılamayı sürekli sorgulamalıdır; bilmelidir ki hukuk sürekli aranması gereken bir olgudur ve onun içinde adaletin yok olması ya da yaşaması kendi kararlılığına bağlıdır.

Mahkemeler, bir kale gibi yurttaş mekanının direnme ve savunma odaklarıdır. Yurttaş tüm haksız istem ve işlemlere karşı ya da haksızlığın kendisi olarak bir gün mahkeme kapısını ça-

46) Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.32; Ünal, a.g.e. s.29 vd.

47) Karş., Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.32; Ünal, a.g.e. s.116 vd.; Aşçıoğlu, a.g.e., s.120 vd.; Türkiye örneği için bkz., 7 nolu dipnot.

48) Karş., Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.32; Türkiye örneği için Bkz., 2802 sayılı H.S.Yasasının 35. md.; 17.05.1983 tarihli, Adli Yargı Hakim ve Savcılar Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği.

49) Aşçıoğlu, a.g.e., s.126 vd.; Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.33.

50) Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.33.

51) Karş., "...mahkemelerin haksız kararlarından, doğru (adil) yargılanmamaktan zarar görenlerin, bu zararlarından dolayı devleti sorumlu tutmaları yolu pozitif hukukta kapalı görünüyor." "...En olumsuz koşullarda bile kişilere hukuk himayesi sağlamak için entelektüel yaratıcılık göstermesi gereken hakimlerin, kendi sorumlulukları söz konusu olunca, bu entelektüel güçlerini elverişli koşulları bile kısıtlatırma yönünde kullanmaları esef vericidir.", Kıratlı, a.g.e., s.7.; Aşçıoğlu, a.g.e., s.223 vd.; Yargıçların hukuksal sorumluluğu hakkında bkz., H.U.M.Y.'nin 573-576. md.; Yargıçların disiplin sorumluluğu hakkında bkz., H.S.Y.'nin 62-81. md.; Yargıçların ceza sorumluluğu hakkında bkz., H.S.Y.'nin 82-92 ve 93. md.

52) Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e., s.32; Kıratlı, a.g.m. s.4.

lacaktır. O zaman yurttaş bireyinin istemi ya hak ya da insaf olacaktır. Yargıç, elinde kırbaç, arka bahçesinde dağacı bulundurmadağı sürece her şey onarılmaya yatkındır. Ancak o zaman "adaletin kestiği parmak acımaz". Bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı insan haklarının en önemli güvencesi haline gelmektedir. Yargıç'ı sultasına almış bir siyasal düzen kendisine en büyük kötülüğü yapmaktadır. Bu kötülük, devlet baskısının araçları olarak, baskı yapanları dahi "mağdur" konumuna sokmaktadır. Bir nefret ilişkisinin tarafları olarak, hiç kimse yaşamın biricikliği karşısında kendisini feda etmeye zorlanamaz, böyle bir edim içinde bulunmak kendi kendine yaptırılan zulmün sessizce kabullenilmesi anlamına gelmektedir. Bir insan bunun bilincinde olsa, asla kendini böyle bir ilişkinin içinde görmek istemez⁽⁵³⁾.

Bir postülat olarak yargıç, yargı iktidarını kullanarak hukukun üstünlüğünü sağlamakla, insan haklarına dayalı hukuk devleti hukukunun üstünlüğünü de gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu anlayış "insan" merkezli bir yaklaşımın ürünüdür. Artık yargıç algılamasında adalet, insan haklarının gerçekleştirilmesidir⁽⁵⁴⁾. Adalet, içi sürekli boş kalan, ancak sürekli doldurulması gereken kap gibi yeniden yargıç tasarımıyla oluşturulmalıdır. Yargıç, insan onurunun tüm yurttaş bireylerinin somut yaşamında yer etmesi için düşüncesini ve vicdanını yaşamın tüm tinsel zenginlikleriyle doldurmalı, en yüksek cesareti yüreğinde taşımalıdır. Bu gü-

cü olduğu kadar, haklılığının da donanımı olarak kendisini onurlandıracaktır. Yargıç sosyal barışın kurulmasında ve yaygınlık kazanarak sürdürülmesinde, bir iktidar kullanıcısı olarak, egemen halkın adalet istemine yanıt verir. Yargıç mekanı olarak mahkeme, kurumsallaşmasından taşan bir aydınlıkla halkın meşalesi olmak üzere yola çıkmış durumdadır. Onun ışığı tüm dünyayı aydınlatmaya yetecekse eğer, bu yargıç'ın hükmüyle ve kendisiyle olacaktır. Bu da yargıç'ın "hukuk hükmüramı" olduğu anlamına gelmektedir.

YARGIÇ: MEŞRUIYET SAPMALARI

Yargıç Patolojisi, postülat algılamasında olması gereken tasviri içermektedir. Yargıç'ı bir hak istemi olmaktan çıkaran çeşitli biçimler bulunmaktadır. Bu hallerde yargıç sıradan bir kamu görevlisine dönüştürülmekte ve etkinliğinden hızla uzaklaştırılmaktadır. Yargıç, meşruiyet kaynağından uzaklaşarak, bir gücün aracı konumuna değin gerilemektedir. Yargıç'ın bu kadersizliğinin farklı nedenleri bulunmaktadır.

I

Yargı ve yargıç bağımsızlığı ile yargıç güvenceleri kamusal yaşamda sürekli tehdit altında bulunmaktadır. Yozlaşan siyasal ve toplumsal ilişkilerin dayattığı sosyal düzen ve çevre, yurttaş mekanında karanlık ilişkilerin körüklediği bir kirlenmeyi beraberin-

de getirmektedir. Bu sosyal çevre ilkelde bir gevşeme ve zamanla yozlaşmaya yol açarak olumsuz biçimler almaktadır. Bunu toplumsal değerlerin biçim değiştirerek gününbirlik çıkarlara yönlendirilmesi ve kamu düzeninin çeşitli çıkarların körüklediği pay kapma arenasına dönüşmesi izlemektedir. Böylece yozlaşan bir toplumsal yaşam, uyulması gereken üstün değerlerde önemli bir zaafa yol açarak, bireylerin de ilgisizliğiyle karşılanmaktadır. Bu noktada yargıç'ın tüm kötü gidişe rağmen, gerçek işlevini göstererek toplumun arınmasına hizmet etmesi beklenmektedir. Ancak bunun ne kadar gerçekçi bir beklenti olduğu hep bir soru işaretiyle karşılanmaktadır. Çünkü sistem kahramana gereksinim duyma zorunluluğu hissediyorsa, bunun araçlarının da kahramanda bulunması gerekmektedir. Aslında Türk İç Hukukunda, haksızlıkları giderecek düzeyde hukuk mekanizmalarının olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmaların çoğu kere çalıştırılmadıkları sıkça vurgulanmaktadır⁽⁵⁵⁾.

Toplumsal yozlaşma, inkarı mümkün olmayan bir somut veri olarak gö-

zümümüzün önünde dururken, toplumda ki tüm yurttaş bireylerinin yozlaşmayla uyum içinde olduğundan söz edilemez. Yozlaşmadan çıkar sağlayanlar olduğu kadar, bundan rahatsızlık duyan kamu kesimleri de bulunmaktadır. Yolsuzluklar yoluyla yurttaş bireyinin hakları ayaklar altına alınmaktadır. İnsan haklarının bu denli ağır ihlali karşısında, yargı birimlerinin seyirci kalması yurttaş vicdanından çok, yargı ileri gelenlerinin vicdanlarını yaralaması gerekmektedir. Çünkü onların işi, hukuku aramak ve hukukun üstünlüğünü sağlayarak, toplumsal barışın her türlü üstünü kamu düzeninde egemen kılmaktır. Türkiye Devletinde ve Toplumunda çeşitli biçimlerde kendini gösteren hukuk deformasyonu olduğu sıkça dile getirilmektedir⁽⁵⁶⁾. Burada çağdaş hukuk devleti felsefesinden ve değerlerinden kaçışı izleyen, hukuk kültürünün yozlaşan niteliği ve siyasal sistemin hukuka yabancılaşması, bunun sonucu olarak da, adalet hizmetinin azalan öneminden, hukuk eğitimi-ne varan bir düzeysizleşme ve gerileme ifade edilmektedir⁽⁵⁷⁾. Bu patolojik bulgular hukuk devleti ilke ve değerle-

55) "İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'yle ilgili hükümlülük kararlarının çoğunda, "Türk iç hukukunun yapılan haksızlığı giderecek düzeyde olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmaların çalıştırılmadıkları" vurgulanmaktadır.", Sami Selçuk, 2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması, Yargıtaç Dergisi, cilt 26, Ekim 2000, sayı 4, s.585; Mehmet Ali Kışlalı, Bu Savcının İşlevi, Radikal, 26.12.2000, s.7; Şaklı Yılmaz Kalmaz, Cumhuriyet, 04.02.2001, s.5; Hasan Bülent Kahrman, Hukuk Bürokrasisinin Savaşı, Radikal, 05.02.2001, s.7; Türkiye'de Hukuk Var, Cumhuriyet, 16.03.2002, s.1; İsmet Berkan, Cesur Savcılar, Radikal, 02.02.2001, s.3; Yargıcın Tarihe Geçecek Görüşü, Radikal, 24.10.1996, s.8; Keyfi Atamaya Hapis, Radikal, 21.10.1998, s.8.

56) Hayrettin Ökçesiz, Hukuk ve Adaletten İmdat Haykırışı, Bir Kassandra Çağırısı, C.B.T., 23.09.2000, sayı 705, s.12 vd.; Sezer, Yargıda Reform Gerekli, Cumhuriyet, 07.09.2000, s.17; Erdener Yurtcan, Hukuk Reformu, Ama Hemen..., Cumhuriyet, 09.06.2001, s.2.

57) Ökçesiz, Hukuk ve Adaletten İmdat Haykırışı, s.12,13,14; Mustafa Balbay, Yargıya Sarğı mı, Neşter mi?, Cumhuriyet, 07.09.2000, s.1, 17; Rauf Tamer, Nerden Başlasak, Sabah, 15.09.2000, s.34; Neşe Düzel, Altın Tabancılı Sınıf Türedi, Avukat Kemal Kumkumoglu ile röportaj, Yeni Yüzyıl, 12.05.1997, s.7; Ümit Kardeş, Hukuksuzluğun Dayanılmaz Hafifliği, Radikal 29.11.1996, s.9; Tuncay Özkan, Hukuksuz Hukukçular, Radikal, 19.10.2000; Mehmet Altan, Susurluk 'Cumhuriyetin Temel Niteliklerine' Uygun mu?, Sabah, 29.04.1997, s.20; Neşe Düzel, Bizim Adalet Yüzde 1' lik, Hukuk Profesörü Uğur Atacakaptan ile Röportaj, Radikal, 30.04.2001, s.6.

53) Kutlu, İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sonunu Üzerine Tezler, s.70, dn.48;

54) Hayrettin Ökçesiz, Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular, Doğu-Batı, Kısım-Aralık-Ocak 2000-01, sayı 13, s.230.

rinin yok olmasına değin uzanan bir süreci anlatmaktadır. Yargıç'ta bu bulguların izlerini üzerinde taşımaktadır. Yargıç, bu durum nedeniyle sürekli tehdit altında kaldığı gibi, bağımsızlığı ve güvenceleri de çeşitli biçimlerde yoklukla karşılanmaktadır⁽⁵⁸⁾.

Siyasal iktidarın bir kanadı olan yürütme, çeşitli biçimlerde, yargı ileri gelenlerini görevlerini yapmaktan alıkoyacak kadar ileri gitmektedir⁽⁵⁹⁾. Yürütmede ve idarede mahkeme kararlarının uygulanmasında, bir savsama ve isteksizliğin hatta mahkeme hükmünü uygulamaktan kaçışların olduğu görülmektedir. Yürütmenin bir unsuru olan Adalet Bakanlıkları aracılığıyla yargı iktidarı, yürütmenin etkinliği altında örgütlenerek, sessizce güdüm altına sokulmaktadır. Yargıçların denetim, gözetim ve idari yönleri yürütmeyle ilişkili kılınarak, yürütmenin etkisi yargıç üzerinde pekiştirilmektedir. Bu yolla aranan meslek disiplini, istenildiği düzeyde gerçekleştirilemediği gibi, yargıç amacından uzaklaşarak uymacılığın verdiği rahatlık ve ilgisizlikle etkisizleşmektedir. Yargı etkinliğinin gerçek sınırları, çeşitli iktidar dönemlerine ya da Adalet Bakanlarının kişisel başarılarına göre belirlenmektedir. Bu kısır yapılanma, yar-

gıç'ın denetim, yükselme, yer değiştirme, yüksek mahkeme üyeliği gibi kişisel kaygıları sonucunda, memurlaşan ve iktidarının olanaklarını ülkenin barışlandırılması için kullanmayan bir gerilemeye yol açmıştır⁽⁶⁰⁾.

II

Yargıç, hukuk devletinin en önemli manivelası olmasına karşılık, çeşitli biçimlerde, içinde bulundukları rejimlerin etkisiyle çarpıtılma nesnesi olabilmektedir. İnsan çıkarlarının peşinden giden bir yapıda olduğundan, yargıç, uymacılığın etkisiyle bir patolojik bozulma içine girebilmektedir. Montesquieu tasarımına dönüşü ifade eden bu biçimlenme, yargıç'ı siyasal iktidarın beklenti düzeyine indirerek hiçleştirilmektedir. Özellikle siyasal yargı ya da ölüm cezası algılamasında, yargıç çeşitli ikilemlerin arasında meşruiyet bunalımıyla yüzyüze kalmaktadır⁽⁶¹⁾.

Totaliter, otoriter ya da demokratik siyasal düzenlerin doğaları gereği farklı biçimlerde gelişen sosyal düzen arayışları vardır. Bu arayışların yargıç mekanındaki belirtileri rejimin beklentilerine uygun olmaktadır. "Her siyasi rejim yargı ileri gelenlerinin, rejimin beklentilerine uygun biçimde davranılmasını sağlayabilmektedir.

Yargı ileri gelenlerinin bu genel konformitesi salt bir norm konformitesi olmaktan ötedir. Bu bakımdan yasayla bağlılık yargı ileri gelenlerinin genel konformitesini sağlamak için yeterli değildir. Çünkü yasalar, söz konusu iktidar sahiplerinin benimsedikleri "anlam doğrultusunda" da yorumlanmalıdır (...) yargı ileri gelenlerinin konformitesi, iktidar sahiplerini hoşnut edecek şekilde, genel olarak sağlama alınmış görünüyor"⁽⁶²⁾.

Siyasal iktidarların çeşitli biçimlerde, meşruluk savında olan ve yasayla belirlenen eylemleri bulunmaktadır. Yasallık kuralının işletilmesinde, hukuk devletinin yasallığa verdiği değer bazı durumlarda yasanın özünde bulunmama olasılığı vardır. Fransız Devriminin yasayı anlamlandırmasından öte, Hobbes ve Rousseau'nun yasa tasarımıındaki totaliter yan çeşitli şekillerde monarşi, oligarşi, cumhuriyet ya da farklı demokrasi biçimlerinin meşrulaştırılmasında kullanılabilir. Bu hallerde bir edim olarak yargı, siyasal iktidarın baskı gücünün değişik görünümü olarak sisteme hizmet etmektedir⁽⁶³⁾. Yargıç'ın bu düzen-

lerdeki yeri, çeşitli biçimlerde görülen hukuk dışı uygulamaları, pozitif hukuk kılıflarına büründürerek belli bir ideolojinin, totaliter ya da otoriter yanını maskeleyen, hatta hukuk dışılığın yargıçlarca uygulanması sonucuna varmaktadır. Burada görülen temel olgu, yasa ile adaletin ayrı, birbirine yabancı kavramları ifade etmesidir. Bu veri hukuk eğitimi, personel politikası, yasa yollarına başvurma olanakları, kurumsal hiyerarşiler, hukuksal yayınlar gibi unsurlarla bir tür benzeştirme ve tipik kurumsallıklar yaratılarak, yargıç manipüle edilmektedir ve sonuçta katı bir güdüme bağlı tutulmaktadır⁽⁶⁴⁾. Çoğu örnekte yargıç, bu durumla çeşitli nedenlerle uyum içinde olmaktadır.

III

Siyasi iktidar ile yargı arasındaki iç içe geçmişliğin en önemli görüntüsü, Adalet Bakanlıkları yapılanmasında kendini göstermektedir⁽⁶⁵⁾. Hukuk devletlerinde Adalet Bakanlıkları, yürütmenin içinde konumlanmaları nedeniyle yargı bürokrasisi oluşumunu gerektirmeleri yanında, yürütme açısın-

62) Tanör, a.g.e., s.239, 253; Hubert Rottleuthner, *Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti*, Çev. Füsün Uyanış, HFSA, Alkım, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 3. kitap, İstanbul, Mayıs 1996, s.58; Neşe Düzel, *Bizim Adalet Yüzde 1'lik*, s.6.

63) Rottleuthner, a.g.m., s.54 vd.; "Terörizmin, amacına uygun oluşturulmuş yasal bir sistemin de pekala bir aracı olabileceği, pek ender akla gelir. Bazıları için yasal olma doğru olmayla, doğrulukla özdeşir. Ve her terör eylemi de yasal ve ahlaksal yanlışla özdeşir. Bu salt hukuksal bir adalet ve ahlak anlayışından kaynaklanmaktadır.", H. Odera Oruka, *Yasal Terörizm ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Haz. İsmail Kuçuradi*, 2. baskı, Ankara 1996, s.137; Sancar, a.g.e., s.96 vd..

64) Rottleuthner, a.g.m., s.58; H. Odera Oruka, a.g.m., s.139; Friedenau, a.g.m., s.22.

65) Karş., "...Türkiye sisteminde bakanın ve başbakanın adaletle çok yakın ilişkileri var. Bundan dolayı bağımsızlık sağlanamıyor. Yargı sistemi adalet bakanının büyük söz sahibi olduğu bir sistem. Hangi hakim hangi pozisyona geleceği, nerede görev yapacağına karar veriyor. Güç onun elinde. Bugün dünyada pek çok ülke bundan uzaklaşma çabası içinde. Yani mahkemeleri adalet bakanlığının kontrolünden çıkarıp mahkemeleri mahkemelerin kontrolüne vermek için çalışıyorlar. Biz bunu 1938 yılında yaptık. Çünkü devlet mahkemelerin karşısına çıkmaya başlamıştı. Bu mahkemelerin nasıl çalışacağı konusunda karar veren de devletti. Şimdi mahkemeler kendi atamalarını kendileri yapıyorlar...", Yurdagül Erkoca, *Başkanlık Sistemi İşlemeyebilir, ABD'li Başyargıç J. Clifford Wallace ile söyleşi*, Radikal, 16.11.1998, s.8.

58) Mithat Sancar, "Devlet Akıl" Kışkırtıcı Hukuk Devleti, İletişim, İstanbul 2000, s.185; Türker Alkan, *Yargıya Karışmayın*, Radikal, 15.05.2001, s.5; "Davaya bakan yargıç Sedat Karagül, görev yaparken büyük baskı gördüğünü söyledi", *Susurluk Seddini Aşamadık*, Cumhuriyet, 23.02.2002, s.7; Tekin Akıllıoğlu, "Yargı Bağımsız Değil" Kuşku Var, Radikal, 22.10.1996, s.9; M. Mete Gökçürk, *Yargı İçinde Yargısız İnfaz Yapılıyor*, Yeni Yüzyıl, 14.10.1996, s.20; Feridun Tokalp, *Yine Aynı Sorun: Yargı Bağımsızlığı*, Cumhuriyet, 25.01.2001, s.15.

59) Hasan Pulur, *Savcılar*, Milliyet, 17.05.2001, s.3; Emin Çölaşan, *Yargıda Siyaseti Şimdi Görmüşü*, Hürriyet, 17.05.2001, s.5; *Savcıya Büyük Baskı*, Radikal, 01.02.2001, s.6; *Bufalo Savcısı Ağır Konuştu*, Radikal, 17.03.2001, s.6; *Baroya 'Sus' Baskısı*, Radikal, 31.01.2001, s.6.

60) Koray Düzgören, *Yargıçlar ve Savcılar Memurlaştırılsa*, Radikal, 18.12.1996, s.8; Aşçıoğlu, a.g.e., s.120 vd..

61) Kutlu, *İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler*, s.71 vd.; Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargı*, s.361; Adnan Ekinci, *Yargıç Kültürü*, Radikal, 19.02.2002, s.4.

dan yargı ileri gelenlerini belirli içerde algılayıp kurumsal hale getirmektedir. Yargıçlar sadece idari yünden adalet bakanlığına bağlı kalmayıp, adalet bakanlarının yargıç ve savcılar üzerinde denetim ve gözetim yetkileri bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı, Barolar üzerinde vesayet makamı olarak da konumlanmış durumdadır.

Yargıçların ve savcıların meslek adaylığına kabulünü aynı bakanlık yerine getirmektedir. Bakanlık bünyesinde kurulan bir komisyon aracılığıyla adaylığa kabuller yapılmakta, yazılı ve sözlü sınav uygulamalarıyla bu işlem gerçeklik kazanmaktadır. Mesleğe atamalarda ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun etkinliği söz konusudur. Adaylığa kabul sırasında yapılan yazılı sınavlardan çok, sözlü sınavlarda geçerli olan zihniyet dikkati çekmektedir. Farklı nedenlere dayanan kayırma isteğinin etkisiyle adaylığa alınma, çeşitli inisiyatiflerin daha çok da siyasal kadrolaşmanın geçerli olduğu bir tarz geliştirmiştir⁽⁶⁶⁾. Her hukuk fakültesi mezununun yargıç olamayacağı, yargıç olmanın kişisel ve birikimsel olgunluk gerektirdiği ve bu konuda oldukça özenli ve çok

dikkatli davranılması gerektiği genel kabul görmesine karşılık, adaylığa alma ve değerlendirme süreçleri gerçek bir değer belirlemesinden uzakta yapılmaktadır. Bu nedenlerle yargıçların mesleğe kabullerinin bağımsızlıklarıyla yakın bir ilgisi vardır. "Diğer bütün devlet görevlilerinde olduğu gibi hakim de atanmasıyla birlikte kendisini atayan organ ve bu organı yaratan güçleri karşı kaçınılmaz bir şekilde bir bağımlılık ilişkisine girmektedir"⁽⁶⁷⁾. Yargıçların meslek atamasında hangi sistem kabul edilirse edilsin, "sistemlerin hepsinde ortak olan nokta, atama hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın mutlaka ve kaçınılmazı mümkün olmayan bir bağımlılık ilişkisi yaratmasıdır."⁽⁶⁸⁾

IV

Yargı etkinliğinin değersizleşmesinin tipik görüntüleri imkanlarıyla da kendini göstermektedir. Adalet hizmetlerine ayrılan bütçe ödeneği, geçmiş yıllardan günümüze azalarak çoğu zaman bütçenin %1'ne bile ulaşmaktadır⁽⁶⁹⁾. Bu değersizleşme yargı etkinliğini, doğal koşullarını bile gerçeğe getiremeyecek düzeye indirmiş-

tir⁽⁷⁰⁾. Adliyeler en basit kırtasiye gereksinimlerini bile bazı kereler olağanüstü ilkel yöntemlerle gidermektedirler⁽⁷¹⁾. Bu durum yıllardır sürüp gitmesine karşılık, yargı ileri gelenlerinden bu konularda herhangi bir itiraz sesi yükselmemektedir.

Yargı bağımsızlığını somut veri düzeyine çıkaran unsurlar mekan, yeterli maaş ve ödenek konusunu da içermektedir. Çağdaş adliye düzenleri, yarıttığı işlevsellik ve yapısallıkla yargının konumlanışı itibarıyla önemli mekanlar olmaktadır. Bir görüntü imgesi olarak adliye binaları, yurttaş gözünde simgesel bir anlam taşımaktadır. Bu anlam bir vakar nesnesinin göz önünde olmasıyla sağlanacak saygınlığın izlerini bünyesinde taşımaktadır. Adliye binasının yapısı sığınmışlığın değil, bir varoluşun simgesi olarak şehirleri süslemektedir. Bir hukuk devletinde adliye yapılanması, dayanağı olan hukukun konumlanışı itibarıyla mükemmel düzeyde olması gereken yapıyı zorunlu kılmaktadır. "Adliye Sarayı" olarak adlandırılan adliye yapılanması, bu mantığa uygun bir zihni algılamayı göstermektedir.

Adliye binalarının büyük kısmı mimari estetik yoksunu yapılarıdır. Adliye binalarının işleyiş tasarımı özenden ve işlevsellikten çoğunca uzaktır. Türkiye adliyelerinin neredeyse tamamı sıradan bir görünüme, araç gereç bakımından yetersiz donanıma sahiptir. Yargıç ya da savcı odaları o kadar ekonomik yapılmıştır ki, oturma mobilyaları yerleştirildiği zaman çoğu kere oturan konukların ayaklarının birbirine dokunmaması için özenli olmaları gerekmektedir⁽⁷²⁾. Bu yoksunluk ve yoksulluk yargı elemanlarının maaş ve ödeneklerindeki yetersizlikle doğru orantılı görünmektedir. Yargıyı gönençe kavuşturacak her türlü yapısal değişiklikler kamu düzeninin yargıç'a verdiği önemle doğru orantılı olarak sıradanlaşmakta, yargının özerk alanı memur statüsüne sokulmaktadır.

Birçok ilçede adliye binaları hükümet konaklarının bir koridoruna yerleştirilmiş durumdadır. Hatta bazı adliye binaları iş hanlarına, konut olarak yapılmış binalara yerleşip uzun yıllardır hizmet vermektedir. Bazen durum o kadar vahim hale gelmektedir ki, adliyelere çağrılı gelen yurttaşların, adli-

66) Çetin Aşçıoğlu, Unutmayalım Yargıçlar da İnsandır, Radikal, 22.10.1996, s.9.

67) Şeref Ünal, Demokrasi, Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.435

68) Ünal, a.g.m., s.436; Karş., "...Gürümenin giderilmesinin ilk koşulu düzelmenin hukuki sistem ve hakimler arasında olmasını sağlamaktır. Ben adalet bakanının hukuki sistemin bozulduğunu düzelten insan olmasını istemiyorum. Bir kere adalet bakanını uzaklaştırdıktan, hukuk sistemini kendi başına işler hale getirdikten sonra Amerika'da olduğu gibi işler daha fazla yofuna girecektir. Bunun ana prensibi hakimleri geliştirecek bir sistem kurup, şeffaflığı sağlamak ve bütün insanların ne yapıldığından bilgileri olup hesap sorabilmelerini sağlamak.", Erkoca, a.g.s., s.8.

69) Bkz., "2001 Mali Yılı Bütçe Tasarısında (...) Adalet Bakanlığı binde 9 4 oranında pay alabilmektedir. Böylece yargıya ve adalet hizmetlerine ayrılan payların toplamı binde 9,73'tür. Hepsinin toplamı % 1'e dahi ulaşamamaktadır.", Adalet Bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'ün 6 Kasım Günü Yeni Yargıtay Üyelerinin Mazbata Töreninde Yapıldığı Konuşma, Yargı Mevzuatı Bülteni, 07.11.2000, sayı 127, s.39; Ökçesiz, Hukuk ve Adaletten İmdat Haykırışı, s.13; Yargıcın cüzdanı rahatlayacak, Radikal, 06.11.1998, s.15.

70) Melih Aşık, Yargıda Pul Yok..., Milliyet, 15.05.1997; Sungurlu: Parasızlıktan Dosya Satıyoruz, Radikal, 12.11.1997, s.6.

71) Bu konuda Sayıştay Başkanlığı'nın 17 Ocak 2001 tarihli, Adalet Bakanlığına hitaben yazılan yazısı oldukça anlamlıdır. Yazının iki paragrafına göre: "Mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak Başkanlığımızdan belge istenilmesi ve sair konularda özellikle Cumhuriyet Savcılıkları ile yazışmalarda zaman zaman görülen eksikliklerin yapılan uyarılara rağmen devam ettiği gözlenmektedir. Bu konuda son olarak Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı'nın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na dönük 30.11.2000 tarihli ve 2000/226 sayılı yazısının ilgili Savcılıkka Başkanlığı'mıza derkenar şeklinde havale olduğu; ebadı 10 cm dolayında, kenarları düzgünce kesilmemiş ve ayrıca arka sayfasında konuyla ilgisi olmayan bir takım yazıların bulunduğu müsvette kağıdına yazılmak suretiyle yollandığı görülmüştür." Yargı Mevzuatı Bülteni, 13 Şubat 2001, sayı: 137, s: 23; Birçok mahkemenin yargılama sırasında ve yazışmalarda seçmiş evraklarının boş olan arka kısmını kullandığı oldukça fazla örnek olay vardır.

72) Türk, a.g.k., s.40; Nuri Poyraz, Hukukun Üstünlüğü Kavramı ve Ülkemizdeki Uygulama Sorunları, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.342; Uğur Aktalay, Adalet Reformu Üzerine Düşünceler, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.139.

yelerin, yargıç ve savcılarının şartlarını görüp hayretler içinde kaldığı olmaktadır⁷³⁾. Hukukun dolayısıyla adaletin somut anlamda yerleşkesi olan adliyeler, zaman içinde önemli mekanlar olma yolunda gelişmeler göstermektedirler. Ulusal ya da uluslararası gündemin izlenmesinde, kitle iletişim araçlarında, hemen her gün adli mekanların yer aldığı haberlerle karşı karşıya kalmaktayız. Bu haberlerde haber konusunun güncelliği yanında, çoğu zaman haberin mekanı olan adliyelerin, yargıç ve savcılarının, duruşma salonlarının görüntüleri dikkatimizi çekmektedir. Bu bakış açısında bir arayışın izlerini bulmak mümkündür; görmek istediğimiz çağdaş bir kurumsallaşmanın izleri ve görüntülerinden başkası değildir. Çağdaş anlamda her yönüyle kurumlaşmış bir yargı iktidarının temel güvencemiz olduğunu artık hepimiz olanca çıplaklığıyla görmekteyiz. O halde üstün ilke haline gelen "Yargı Bağımsızlığı"nın "mekan ve koşul bağımsızlığı" yoluyla yenilenerek sürdürülmesi gerekmektedir.

V

Adliyelerin iç işleyişleri ve yapısal düzenlenmeleri nedeniyle yargıçlar ile savcılarının yargılamaya ilişkin sav ve karar işlevleri danişıklı bir hal almış durumdadır. Oysa zaman süreci içinde yargıçlar ve savcılar, yıllara yayılan mesleki uygulamalar nedeniyle değişik bakış açıları kazanmaktadırlar;

çoğu zaman bu durum açıkça görülmektedir. Her kamu davasında yargıçların algılama biçimleriyle savcılarının algılama biçimleri arasında belirgin farklar bulunmaktadır. Bu anlamıyla yargı etkinliğinin tüm evrelerinde yargı çok daha kapsayıcı olmak üzere biçimlenirken, savcının bakış açısı çoğunca ileri sürdüğü savın tarafgirliğine özgülenmiş durumdadır. Bu durum söz konusu mesleklerin doğasından kaynaklanmaktadır ve çoğu durumda doğru sonuçlara yol açmaktadır.

Adliyeler Adalet Bakanlığının uygulamaları nedeniyle savcılarının hükümlerlik alanlarına dönmüştür. Adliye imkan ve gereçlerinin dağıtımı ve yerine getirilmesi Adalet Bakanına doğrudan bağlı savcılar eliyle gerçekleştirilmektedir. Savcılarının adliyelerde bir tür ita amirliği statüsü, yargıçların üzerinde çeşitli biçimlerde kurulan mental güdülenmeye yol açmaktadır. Savcılar yargısal işlemlerinde kamu davalarını istemle yerine getirmelerine rağmen, mahkemelere karşı ricalaşma albenisiyle hareket etmektedirler. Savcılar bu hizmetlerin yerine getirilmesinde, takdir haklarının olduğu düşüncesiyle en gerekli mahkeme istemlerini kimi zaman yerine getirmekten kaçınma ya da erteleme hakkını kendilerinde görmektedirler.

Yargıçlar bu yapılanma içinde, savcılarının adliye içi gereksinimlerin giderilmesinde eşgüdümün sağlanması için, hizmet birimi olarak oluşturulduklarının bilincinde olmayarak, bir

rür bağımlılık ilişkisi hissetmektedirler. Yargılamanın önemi karşısında mahkemelerin doğal gereksinimleri-nin giderimi ile uğraşmaksızın, bu işlerin yerine getirilmesinin bir hizmet birimi olarak savcılığa verilmesi tutarlı görünmektedir. Ancak bu mantık ters dönerek, savcılığı mahkemelere hizmet birimi olmaktan çıkararak bir tür bağımlılık ilişkisi içine sokmuştur. Adliyelerde gözlemlenen konulardan bu durum daha iyi anlaşılmaktadır. Bu yapılanma, zihni olarak yürütmenin, adalet bakanı aracılığıyla ve savcılar eliyle adliyelere egemen olma düşüncesinin olduğunu çağırıştırılmaktadır.

VI

Yargı etkinliği sistematik biçimde hak arayışında bulunurken, yargıç, özellikle büyükşehir merkezlerinde iş yükünün altında adeta ezilmektedir⁷⁴⁾. Her insanın kamu görevlisi olsa da makul bir iş kapasitesi vardır. Bu iş kapasitesinin belirlenmesinde insanın doğal yapısıyla işin niteliği göz önünde bulundurulmaktadır. Yargılama etkinliği sonucu adaletin sağlanması, kırılı kırık yaran bir arayış, yargılama, deneyim ve bilgi atmosferini zorunlu kılmaktadır. Yargıç, özel bir kamu görevlisi olması nedeniyle, tembelliğe düşmeyecek, buna karşın kendi bedensel ve zihinsel kapasitesini inkar etmeyecek derecede iş yükü altında olmalıdır. Bu iş yükü onun mesleki kapasitesini asla elinden alma-

malıdır. Yargıç bir üstünlüğüne ya da savsamanın esiri olmamalıdır.

Yargıç için iş yükünün varlığı, mesleki olarak çelişkili durumlara yol açmaktadır. İş yükünün altında yargıç ve savcılar mesleki etkinlik alanından uzaklaşma tehlikesiyle yüzyüze kalmaktadırlar⁷⁵⁾. Yargılama zaman sorunlarına indirgendiğinden duruşmalar, kararlar ve davalara ilişkin işlemler özetin özeti biçiminde yapılmaktadır. Yargıç, yargılama sırasında yargılama konusu olgunun çerçevesini tam olarak çizmeden, belli bir olgusalılık ve maddi gerçek araştırmasını yeterli ölçüde yapmadan, yargılamaları hızla sonuçlandırma zorunluluğu altında kalmaktadır. Bu nedenle yargılama, çabucak bitirilerek, bir diğer yargılamaya geçmek için acele edilen bir tür yarışa dönüşmektedir. Yargıçlar, birbirinin peşi sıra, sayılarca duruşma yaparak, hafta boyu duruşmaktan yorgun düşmektedirler. Bir insana bu kadar iş yüklenmenin insafsızlık olduğu düşünebilirse de, zamanla uymanın ve idare etmenin kolaylığı yargıç'ı temel kaygısından uzaklaşmaya yönlendirmektedir.

İş yoğunluğunun yol açtığı en büyük tehlike, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesidir. Yargıç ağır iş yükü altında gerçek bir karar otomatına dönüşmekte, iş yoğunluğunun baskısıyla kişiliğini dahi bozabilecek durumlarda bırakılmaktadır⁷⁶⁾. Zamansızlığın arasında kalan

73) Dramatik örnekler için bkz., Selçuk, a.g.k., s.589; Hincal Uluç, Adalet "Hangi" Mülkün Temeli..., Sabah, 27.02.2001, s.13; "Bazen adliye 'saray'larının, adalet kavramını ve yasaları aşağılamak, hukuku küçümsemek, devleti güçsüz göstermek için özel olarak çirkin, gösterişsiz, hatta çürük ve her türlü konfordan mahrum binalara kurulduğunu düşünüyorum ben.", Mine G. Kırıkanat, Adliyelerimiz ve Bakanlarımız, Radikal, 14.08.2002, s.7; Karş., Mümtaz Soysal'dan aktaran, Aşçıoğlu, a.g.e., s.131 vd..

74) İstatistikler için bkz., Mustafa Tören Yücel, Türk Ceza ve Hukuk Adaletinin Yapısal Analizi (Etkinlik Sorunu), Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.261; Timur Demirbaş, Geciken Ceza Adaleti ve Çözüm Yolları, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.667 vd.; O. Kırdı Keskin, Adalet'te Sorunlar ve Çözümler, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 10, s.1147 vd.;

75) Fatih Altaylı, Savcı Başına 6000 Dosya, Hürriyet, 18.01.2002, s.13.

76) Aşçıoğlu, a.g.e., s.129.

yargıç, yargısal güvencenin ilkelerini görmezden gelme pahasına, gerekçesiz kararlar ve özet savunma ya da beyanlarla yargılamayı güvence işlemi olmaktan çıkarmaktadır. Bu aynı zamanda yargılamada makul süre ilkesini ortadan kaldıran sorunlara yol açmaktadır. Zira bu durumda doğal olarak duruşmalar kısalmakta, ancak davaların toplam yargılama süreleri uzamaktadır. Çağdaş yargılama düzeninde ise bunun tam tersi geçerli olmaktadır.

VII

Yargı etkinliği sonuçta insanlar tarafından gerçekleştirilmektedir. İnsan kalitesinin hukuk eğitiminin verdiği hukuk birikimiyle harmanlanarak hukukçu kimliğiyle yeni bir içerikle varlık kazanması beklenmektedir. Tüm hukuk fakülteleri bu amaç için seferber olmak durumundadırlar. Ancak herkesin bildiği gibi, hukuk fakültelerinin anlamsal varlığı, düz bir okuma üzerinedir. Hatta not tutma ve tekrar üzerine olduğu pekala söylenebilir. Buna kısaca "fotokopi kültürü" de diyebiliriz. Türkiye'de çoğu kere, hukuk lisans eğitimi, çeşitli nedenlerle canlı bir hukuk kültürü tartışmasına dönüşmemiştir. Bilgi yığınlarının içinde günü kurtarma gayretindeki öğrenci, bazı gayretkeş öğretim üyelerinin özel yetenekleriyle bir kısım dersi öğrenmekte ya da öğrenememektedir. Çeşitli çıkış kaynakları olsa da, hukukun bir töze dayandığı ve tüm hukuksal oluşumların bu tözden hareketle oluştuğu fikri ve anları zor edinilen bir bilgi düzeyine gelmiştir. Bir meşruyet

öğesinin hukuk fikrinin tüm görüntülerini kapsadığı bilgisi ancak özel ilginin verisi olabilmektedir⁽⁷⁷⁾.

Bu haliyle okullarını bitiren öğrenciler yargıç, savcı, avukat, kaymakam, vali, milletvekili olarak çeşitli özel ve kamu birimlerinde görevler almaktadırlar. Çok yerinde bir tahminle diyebilirim ki, hukuksal veya bireysel eğitim ve öğrenimleri bu işlere girmeleyle çoğu için sona ermektedir. Bunu Türkiye'deki kitap satışlarından pekala anlamak olasıdır. Özellikle hukukçular fakülte yıllarına nispet yaparçasına, hukuk literatüründen açık bir kopma yaşamaktadırlar. Yargıçlar, savcılar ve avukatlar sıkı bir yargı içti-hadı takipçiliğine başlamakta, önlerine gelen her davayı bir içtihadı bağlama dürtüsüyle hareket etmektedirler. Her davanın yeryüzünde biricikliği konusunda, çoğunca kör bir bakışları bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nde ya da Yargıtay Hukuk, Ceza Genel Kurullarında görülen davaların azımsanmayacak bir kısmının oy çokluğuyla çıktığını bile görmemektedirler.

Yargıçlar kaba bir benzeştirme kültürüyle benzer davaları içerik kaygısı duymadan içtihat aracılığıyla aynılaştırmaktadırlar. Bu kolaylaştırma ve aynılaştırma, her davanın içinde bulunan hak argümanını içeriksizleştirmektedir. Yargıç, fabrikanın seri üretim şemasına uygun biçimde, bir parça üretiminin işçisi halini almakta, kalan parçalar yüksek mahkemeler tarafından tamamlanmaktadır. Yargıç'ın bu tarz edimi, çeşitli kaygıları tetiklemekte bilgi, donanım, kültür, hukuk değer-

lerinin, kavramlarının eksikliği ve iri-delenmemişliği, adalet algılamasında ve uygulamasında zaaflara yol açmaktadır⁽⁷⁸⁾. Böylelikle hukukun gelişme çizgisi kısırlaşmakta tutucu bir statüko yargı bürokrasisi olarak yurttaş mekanını doldurmaktadır⁽⁷⁹⁾. Bunun sonucu olarak da hukukun üstünlüğü, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve yargısal güvence bir seraba dönüşmektedir.

VIII

Yargıçlar, yurttaş mekanında bir yücelik nesnesine yönelen istem alanı oluşturmuş olsalar da, sonuçta insan olmanın verileri onlarda da olumlu ya da olumsuz biçimlerde görülmektedir. Yargılamak Tanrısal bir iştir. Bir insan bireyine bu kadar değer atfı, insan organizmasının özelliklerine ters düşmektedir. Elbet hatasız kul olmaz söyleminden öte, yargıç, bir sorumluluk ağı ile örülmüş durumdadır; bu her biçimde yargıç'ın hissettiği ve çoğunca uyduğu bir argümandır. Sokaktaki insanın öznel ve sosyal görüntüsüyle yargıç arasında belirgin bir fark aransa da, sonuçta asıl üzerinde durulan yargıç ile yurttaş arasındaki güven ilişkisinin yerindeliği ve sürekliliğidir. Onu

bir postülat düzeyine yükselten, yücelik nesnesi yapan, her şekilde bu güvene layık olmasında düğümlenmektedir.

Yurttaşın, yargıç ile yüzleşmesi çeşitli biçimlerde olmaktadır. Yargılama sırasında ya da olağan yaşam hallerinde yargıç, konumu gereği göz önünde olan bir kişidir. Özellikle yargılamanın tarafları ya da avukatlar için yargıç'ın herhangi bir anlamlı tavrı belli kaygılara yol açacak biçimde değerlendirilmektedir. Yargıç bir beklenti nesnesi olarak her zaman kendisini denetim altında tutamamaktadır. Bu gibi olaylarda asıl ilgi çeken olgu, yargıç ciddiyetsizliği ve düzeysizliğinin hemen göze batmasıdır. Burada bir zannın, güvensizliğin bilinçli ya da bilinçsiz olarak ortaya çıktığı görülmektedir⁽⁸⁰⁾.

Yargıç, günümüzde içeriksiz bir etkinlik göstermektedir. Bu haleti ruhiye tüm yargı erkini saran özellikler göstermektedir. Yargı yetkisinin doğru ve adil kullanılmasında sorunlar bulunmaktadır. Çoğu zaman yargıçlar iş disiplini ve görevlerinin bilincinde değildirler⁽⁸¹⁾; sadece önlerine gelen işlerle ilgilenmekte yasal yükümlülükleri olmasına rağmen çoğu görevlerini iş edinmemektedirler⁽⁸²⁾. Bilirkişilik ku-

78) Kıratlı, a.g.e., s.5; Yücel, a.g.e., s.26.

79) Hasan Bülent Kahraman, *Siyasal Toplum mu Yargı Bürokrasisi mi?*, Radikal, 09.02.2001, s.7.

80) Aydın Engin, *Beni Mahkum Eden Yargıç*, Cumhuriyet, 07.09.2000, s.5; Örnek Bir Ciddiyet, Radikal, 18.04.2001, s.5.

81) "Örneğin saat 9'da başlayacağı duruşmaya 11'de başlayan, intaç ettiği davaların gerekçeli kararlarını aylarca yazmayan, keşifleri sudan sebeple yıllarca yapmayan, dosyayı tetkik vesilesi ile duruşmaları defaatle talik eden hakimlerin bu davranışlarını...", Ünal, a.g.e. s.113; Değişik örnekler için bkz., Aşçıoğlu, *Yargıç Etiği ve İnsana Saygı*, s.11.

82) Çocukların korunması devletin en temel görevlerindendir; bu konudaki her işlem resen (kendiliğinden) kamu otoritelerince yapılmak zorundadır. Türkiye'de sokak çocuklarının durumu, uzun yıllar toplum vicdanında yaralar açarken, görevleri olmasına rağmen bildiğim kadarıyla hiç bir Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı bu konuda kararlı, kapsamlı ve çözümleyici yargısal etkinlik ve davranışta bulunma gereği duymamıştır.

77) Sami Selçuk, *Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları*, Yargıtay Dergisi, cilt 27, Ocak, Nisan 2001, sayı1-2, s.8.

rumu, neredeyse yargıcın yerini almış biçimde dönüşüme uğramıştır⁽⁸³⁾. Kamu hakları ve değerleri bu işlevsizlik ve gevşeklik içinde yok olmaktadır. Savcılık yetkileri evrak memurluğu düzeyine inmiştir. Toplumun barışlandırılması için etkinlik, yapılan işte kalite, verimlilik ve gelişme kaygısı ortadan kalkmıştır. Bu nedenle az iş yükü olan mahkemelerde dahi yasaların aradığı ölçüde gerekçeli karar yazılmamaktadır⁽⁸⁴⁾. Oysa yargıç gerekçeli kararıyla yargısal güvencenin en önemli ilkelerinden biri olarak, yurttasa, hukukunun somut açıklamasını yapmak zorundadır.

Yargıçlar, kaynakları bakımından toplumun çeşitli katmanlarından gelen insanlardan oluşmaktadırlar. Her insan gibi onlar da aile, eğitim, yöre, dünya görüşü, kişilik, karakter, aidiyetler, yaşamdan beklentiler gibi birçok etkenle varlıklarını sürdürmektedirler. Bu nedenle her yargıç'ın yargılama konusu olgu ve olaylardan hukuk anlayışlarına kadar değişik düşünce ve ön anlayışları bulunmaktadır. Söz konusu algılama biçimleriyle yargılama disiplini, hukuk oluşturma sanatı ve usul kurallarının yarattığı düzen anlayışı kimi zaman hoyrat ellerde biçim değiştirebilmektedir. Burada dikkati çeken olgu, adaletin rastlantısal bir edime dönüştüğünü göstermesi bakımından önemlidir. Kimi zaman kişiseliliğin ve keyfiliğin gelgiti içinde yargılama ya-

pılarak karar verilmektedir⁽⁸⁵⁾. Bu noktada yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi anlamını yitirmektedir. Adil yargılanma ve yargısal güvence ise yok edilmektedir.

IX

Yargı iktidarını gerçek değerinden uzaklaştıran asıl tehdit, yozlaşma ve yolsuzluktur. Yolsuzluk ile yargının bir arada anılması bir toplum için gerçek bir tehlike kaynağı olmaktadır. Yolsuzluk iddialarının en küçüğünün bile yargı ileri gelenlerinde infiale yol açması gerekir. Adliye mekanlarının çeşitli yolsuzluk biçimleriyle kirletilmesi, adliye ortamını bir suç mekanına dönüştürmektedir. Çeşitli yozlaşma biçimleriyle gerçeklik kazanan yolsuz ilişkiler, zamanla kamu hizmetinin çürümesine, yok olmasına yol açmaktadır.

Bu durum sadece adliyenin sorunu değildir, derinleşen ve büyüyen mafyöz ilişkiler, çıkarların çerçevelediği hukuk dışı uygulamalar, usulsüz işlemlerle elde edilen servetler, kazanç avcılığı, kamu mallarının yağmalanması, akçeli değerlerin artan belirleyiciliği, sefahatın yaşam tarzı olması, kolay kazanç peşinde koşma, avantajcılık, para kazanmak için her yolun mübah sayıldığı bir yozlaşma kültürü ve düzeni toplum katmanlarında egemen hale gelmiştir. Ancak diğer alanlardaki yozlaşma ve yolsuzluk biçim-

leri karşısında, yargının düşeceği durum daha kaygı vericidir. Çünkü "Yargıda yolsuzluğun azı bile çoktur. Söylentisi bile ürperticidir. Çünkü yargı toplumun kilit taşıdır."⁽⁸⁶⁾

Burada işin kötü tarafı, "Türkiye'de yolsuzluğun siyasal rejim, kültür ve iktisadi ilişkilerden beslenen bir olgu haline gelmiş olması ve düzenli olarak uygulanan hiçbir hukuksal veya siyasal yaptırımının bulunmamasıdır"⁽⁸⁷⁾. Yargı, siyasal yapıdan bağımsız olamaması nedeniyle "bir yandan siyasal etkilere açık olarak, rüşvet ve öteki yolsuzluklardan etkilenmekte, öte yandan, siyasal yapı üzerindeki denetim gücünü kullanamamaktadır"⁽⁸⁸⁾. Bu kısır döngünün içinde adliye, yozlaşmaya karşı etkisiz kalarak bu duruma uyum göstermiş gibi görünmektedir. Yargının buna hiç de hakkı olmadığını çok iyi bilmekteyiz. Yargı iktidarını gerçek sorumluluk ve iktidar düzeyiyle görmezden gelmek, yurttas haklarının sürekli ihlale açık hale gelmesine yol açmak demektir. Buna hiçbir yurttaşın hakkı yoktur.

Bizim için burada asıl sorun, yargıç kimliğinin yozlaşıp yozlaşmadığına ilişkindir⁽⁸⁹⁾. Yukarıda farklı biçimlerde anlatılan etkenler nedeniyle doğal olarak yargıç'ta yozlaşma belirtileri göstermektedir. Son yıllarda yargı iktidarı hızla içeriksizleşmektedir. Bu bir tür bağımlılık ilişkisinden yol alarak, yargı sistemini kaplamakta ve yargının

saygınlığını, güvenilirliğini ortadan kaldıran sonuçlara yol açmaktadır. Çeşitli zamanlarda yapılan birçok kamuoyu araştırması bu durumu ortaya koymaktadır. Burada genel hatlarıyla vurgulanan yargı alanına ilişkin olgular, yargıç'ı bir postülat olmaktan çıkaran sıradanlaştıran etkenlerdir. Yargıç bağımsızlığı ve yansızlığı ile yargıç güvencesi her türüyle ortadan kaldırılmakta ya da amacından saptırılarak tehlikeli noktalara çekilmektedir. Sonuçta hukuk devleti yargıcını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Burada daha ürktütücü olan konu, yurttas bireylerinin yargısal korumadan ve güvenceden yoksun kalmalarıdır. Bu yoksunluk, ilkel toplum durumuna yeniden dönüş anlamına gelmektedir; kendiliğinden hak almak olarak adlandırılan "ihkak-ı hak" sorununu gündeme getirmektedir. Kısaca çek-senet mafyası olarak adlandırılan ve daha birçok çeşidini gördüğümüz mafyöz ilişkiler, bir iktidar alanının boşluğunu çarpıcı biçimde yüzümüze vurmaktadır: Yargının iktidar boşluğu. Yargının iktidar boşluğu, her çeşidinde zorbalık ve vahşi çıkar hesaplarına dayanan kaba gücün güdümünde devreye sokulmaktadır. Gücü gücüne yetene tarzı vahşi bir algılamayla insanlık ayaklar altına alınmaktadır. Bil-dığımız her hukuksal olay, içinde bir

83) Çetin Aşçıoğlu, *Bilirkişilik, Yargıcın Yerine mi Geçti?*, C.B.T., 23.06 2001, sayı 744, s.4; Yücel, a.g.e., s.125 vd..

84) Yücel, a.g.e., s.121-122; Aşçıoğlu, a.g.e., s.213 vd..

85) "Bu veriler, öte yandan, davaların sonuçlandırılmasında hakimlerin bireyselliğini vurgulaması açısından oldukça ilginç göstergelerdir. Bu bağlamda, adaletin oldukça kişisel bir nesne olarak; hakimlerin minaç, eğitim çevresi ve kişisel vasıflarını yansıttığını söylemek hiç de abartılı olmayacaktır." Yücel, a.g.e., s.117.

86) Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, s.33.

87) Ersin Kılıyıcıoğlu'ndan aktaran, Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, s.19.

88) Kongar, a.g.m., s.132.

89) Çetin Aşçıoğlu, *Yargıç Kimliği Yozlaşırsa*, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 5. kitap, İstanbul, Haziran 2002, s.118 vd; Tanır, a.g.e., s.238.

rumu, neredeyse yargıcın yerini almış biçimde dönüşüme uğramıştır⁸³⁾. Kamu hakları ve değerleri bu işlevsizlik ve gevşeklik içinde yok olmaktadır. Savcılık yetkileri evrak memurluğu düzeyine inmiştir. Toplumun barışlandırılması için etkinlik, yapılan işte kalite, verimlilik ve gelişme kaygısı ortadan kalkmıştır. Bu nedenle az iş yükü olan mahkemelerde dahi yasaların aradığı ölçüde gerekçeli karar yazılmamaktadır⁸⁴⁾. Oysa yargıç gerekçeli kararıyla yargısal güvencenin en önemli ilkelerinden biri olarak, yurttışa, hukukunun somut açıklamasını yapmak zorundadır.

Yargıçlar, kaynakları bakımından toplumun çeşitli katmanlarından gelen insanlardan oluşmaktadırlar. Her insan gibi onlar da aile, eğitim, yöre, dünya görüşü, kişilik, karakter, aidiyetler, yaşamdaki beklentiler gibi birçok etkenle varlıklarını sürdürmektedirler. Bu nedenle her yargıç'ın yargılama konusu olgu ve olaylardan hukuk anlayışlarına kadar değişik düşünce ve ön anlayışları bulunmaktadır. Söz konusu algılama biçimleriyle yargılama disiplini, hukuk oluşturma sanatı ve usul kurallarının yarattığı düzen anlayışı kimi zaman hoyrat ellerde biçim değiştirebilmektedir. Burada dikkati çeken olgu, adaletin rastlantısal bir edime dönüştüğünü göstermesi bakımından önemlidir. Kimi zaman kişiselliğin ve keyfiliğin gelgiti içinde yargılama ya-

pılarak karar verilmektedir⁸⁵⁾. Bu noktada yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi anlamını yitirmektedir. Adil yargılanma ve yargısal güvence ise yok edilmektedir.

IX

Yargı iktidarını gerçek değerinden uzaklaştıran asıl tehdit, yozlaşma ve yolsuzluktur. Yolsuzluk ile yargının bir arada anılması bir toplum için gerçek bir tehlike kaynağı olmaktadır. Yolsuzluk iddialarının en küçüğünün bile yargı ileri gelenlerinde infiale yol açması gerekir. Adliye mekanlarının çeşitli yolsuzluk biçimleriyle kirletilmesi, adliye ortamını bir suç mekanına dönüştürmektedir. Çeşitli yozlaşma biçimleriyle gerçeklik kazanan yolsuz ilişkiler, zamanla kamu hizmetinin çürümmesine, yok olmasına yol açmaktadır.

Bu durum sadece adliyenin sorunu değildir, derinleşen ve büyüyen mafyöz ilişkiler, çıkarların çerçevelediği hukuk dışı uygulamalar, usulsüz işlemlerle elde edilen servetler, kazanç avcılığı, kamu mallarının yağmalanması, akçeli değerlerin artan belirleyiciliği, sefahatın yaşam tarzı olması, kolay kazanç peşinde koşma, avantacılık, para kazanmak için her yolun mübah sayıldığı bir yozlaşma kültürü ve düzeni toplum katmanlarında egemen hale gelmiştir. Ancak diğer alanlardaki yozlaşma ve yolsuzluk biçim-

leri karşısında, yargının düşeceği durum daha kaygı vericidir. Çünkü "Yargıda yolsuzluğun azı bile çoktur. Söylentisi bile ürperticidir. Çünkü yargı toplumun kilit taşıdır."⁸⁶⁾

Burada işin kötü tarafı, "Türkiye'de yolsuzluğun siyasal rejim, kültür ve iktisadi ilişkilerden beslenen bir olgu haline gelmiş olması ve düzenli olarak uygulanan hiçbir hukuksal veya siyasal yaptırımının bulunmamasıdır"⁸⁷⁾. Yargı, siyasal yapıdan bağımsız olmaması nedeniyle "bir yandan siyasal etkilere açık olarak, rüşvet ve öteki yolsuzluklardan etkilenmekte, öte yandan, siyasal yapı üzerindeki denetim gücünü kullanamamaktadır"⁸⁸⁾. Bu kısır döngünün içinde adliye, yozlaşmaya karşı etkisiz kalarak bu duruma uyum göstermiş gibi görünmektedir. Yargının buna hiç de hakkı olmadığını çok iyi bilmekteyiz. Yargı iktidarını gerçek sorumluluk ve iktidar düzeyiyle görmezden gelmek, yurttış haklarının sürekli ihlale açık hale gelmesine yol açmak demektir. Buna hiçbir yurttışın hakkı yoktur.

Bizim için burada asıl sorun, yargıç kimliğinin yozlaşıp yozlaşmadığına ilişkindir⁸⁹⁾. Yukarıda farklı biçimlerde anlatılan etkenler nedeniyle doğal olarak yargıç'ta yozlaşma belirtileri göstermektedir. Son yıllarda yargı iktidarı hızla içeriksizleşmektedir. Bu bir tür bağımlılık ilişkisinden yol alarak, yargı sistemini kaplamakta ve yargının

saygınlığını, güvenilirliğini ortadan kaldıran sonuçlara yol açmaktadır. Çeşitli zamanlarda yapılan birçok kamuoyu araştırması bu durumu ortaya koymaktadır. Burada genel hatlarıyla vurgulanan yargı alanına ilişkin olgular, yargıç'ı bir postülat olmaktan çıkaran sıradanlaştıran etkenlerdir. Yargıç bağımsızlığı ve yansızlığı ile yargıç güvencesi her türüyle ortadan kaldırılmakta ya da amacından saptırılarak tehlikeli noktalara çekilmektedir. Sonuçta hukuk devleti yargıcını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Burada daha ürkütücü olan konu, yurttış bireylerinin yargısal korumadan ve güvenceden yoksun kalmalarıdır. Bu yoksunluk, ilkel toplum durumuna yeniden dönüş anlamına gelmektedir; kendiliğinden hak almak olarak adlandırılan "ihkak-ı hak" sorununun gündeme getirmektedir. Kısaca çek-senet mafyası olarak adlandırılan ve daha birçok çeşidini gördüğümüz mafyöz ilişkiler, bir iktidar alanının boşluğunu çarpıcı biçimde yüzümüze vurmaktadır. Yargının iktidar boşluğu. Yargının iktidar boşluğu, her çeşidinde zorbalık ve vahşi çıkar hesaplarına dayanan kaba gücün güdümünde devreye sokulmaktadır. Gücü gücüne yetene tarzı vahşi bir algılamayla insanlık ayaklar altına alınmaktadır. Bildiğimiz her hukuksal olay, içinde bir

83) Çetin Aşçıoğlu, *Bilirkişilik, Yargıcın Yerine mi Geçti?*, C.B.T., 23.06 2001, sayı 744, s.4; Yücel, a.g.e., s.125 vd..

84) Yücel, a.g.e., s.121-122; Aşçıoğlu, a.g.e., s.213 vd..

85) "Bu veriler, öte yandan, davaların sonuçlandırılmasında hakimlerin bireyselliğini vurgulamayı açısından oldukça ilginç göstergelerdir. Bu bağlamda, adaletin oldukça kişisel bir nesne olarak; hakimlerin mizaç, eğitim, çevresi ve kişisel vasıflarını yansıttığını söylemek hiç de abartılı olmayacaktır." Yücel, a.g.e., s.117.

86) Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, s.33.

87) Ersin Kalaycıoğlu'ndan aktaran, Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, s.19.

88) Kongar, a.g.m., s.132.

89) Çetin Aşçıoğlu, *Yargıç Kimliği Yozlaşırsa*, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, S. kitap, İstanbul, Haziran 2002, s.118 vd; Tanor, a.g.e., s.238.

hakkı barındırmaktadır. Katledilen ya da onanan bir hakkı.

X

Hukuk devletinde yargı etkinliğinin belirli bir yüksek bilinç düzeyiyle yerine getirilmesi gerekmektedir. Yargılama ilkelerine yüklenen bir anlam ve bu anlamın kavranmasında, meşruiyet ögesine dayanan bir mantık bulunmaktadır. Hukuk ilkelerinde bulunan bu anlamın somutlaştırılmasında varılmak istenen ölçülü bir beklenti vardır. Bu beklenti hakların aynı düzeyde yarışmasını gerekli kılarken, sonuçta hakların nesnel durumlarının birbirlerine üstünlük tanınması olarak biçimlenmektedir. Yargılama ilkelerinin kavranmasında sözü edilen beklentilerin güvence işlemleri olduğu, yargılama sırasında hakların bu güvencelerle varlıklarını korudukları görülmektedir.

Burada üzerinde durulan nesnel durum, hukuk devletinde her kamu işlemine yol açan genel ve özel gerekçelendirmenin geçerliliği ve bunun kamu otoritelerince kavranmasıdır. Yargıç, hukuk devletinde kendisinin ne anlama geldiğini bilmek ve bu anlamın belirli bir amaca yöneldiğini görmek zorundadır. Yurttaşları aracılığıyla hukuk devletinin yargıç'a verdiği görevin önemi ve mutluluğu karşısında, yargı ileri gelenlerinin duraksamaya kapılmaksızın toplumun hukuk yoluyla barışlandırılmasına hizmet etmeleri gerekmektedir. Bu konuda ellerinin altında olmasa da, tüm kamu otorite-

telerini seferber etme yetkileri bulunmaktadır. Yargılama yetkisinin hukuk kalıpları içinde kullanılmasına, hiçbir kamu görevlisinin karşı gelme hakkı yoktur. Yargıç hukuku en ince ayrıntısına kadar, usulüne uygun olarak uygulamak zorunluluğu altında olduğunu unutmayarak, kendisini hukuk devletinin meşru zemininde tutmalıdır.

Kabaca yapılan yargılama etkinliği, yurttaş gözünde saygınlığını yitirdiği gibi, toplumun yargıya güven gereksinimini ortadan kaldırarak, yargısal korunmanın yok olmasına yol açmaktadır. Bugün bu durum birçok yargılama etkinliğinde kendini hissettiren ve gösteren bir sorundur. Yargı etkinliğinin tartışıldığı günümüzde, yapılan tartışmaların çoğu kere hukuk değerlerini anlamaktan uzak olduğu görülmektedir⁹⁰. Çeşitli kişisel ve kurumsal gerekçelendirmelerle, aksayan hukuk ve yargı sistemi olağan gösterilmeye çalışılmaktadır. Kimi zaman yargının yüzünü ağartacak yargısal etkinlikler, farklı nedenlerle özel ve kamu otoritelerinin olumsuz girişimlerine yol açmaktadır. Bu girişimlerin yargı ileri gelenlerinin yıllarca süren alışılmış kayıtsızlığı ve memurlaştırılmışlığının etkisinden yol alarak geliştiği gözlemlenmektedir⁹¹. Yargı iktidarı bu olumsuz girişimleri yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti verileriyle geri çevirmek olanağına sahipken, haklı olarak yerine getirdiği olağan etkinliğini kamuoyuna anlatmakta güçlük çekmektedir. Kitleleri ilgilendiren her yargısal

müdahale, kamuoyunda siyasal içerikte algılanmaktadır. Burada yargı iktidarına yönelik güven bunalımının ve iktidar boşluğunun somut verilerini görmek olasıdır. Yargıç bir tür çözüm-süzlüğün içinde, kendi dışında iktidar odaklarından umar bekler hale gelmiştir. Ancak bilmekteyiz ki, hukuk devleti beklentinin kendisi olarak, yargıyı ileri sürmüş durumdadır. Yargıç, artık bilinç eksikliğinin yol açtığı körlüğün ikilemleriyle yüzleşmek zorundadır.

Yargıç'ın görünen yüzü, burada ana hatlarıyla irdelenirken, ayrıntıda birçok yargısal eylemin tartışma götürür olduğunu gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Bu olgularda dikkatimizi çeken konu, yargıç meşruiyetinin ve etkinliğinin çeşitli biçimlerde zaafa uğratılmasıdır. Yurttaş mekanında bu zaaf, güvensizlik, hoşnutsuzluk ve kaygı olarak algılanmaktadır.

YARGIÇ: MEŞRUIYET GÖRÜNTÜLERİ

Hukuk devleti kurgusu, değerleriyle ve yapısıyla insan bireyine, yaşanabilir anlamlı bir dünya ve kamu düzeni sunsa da, bu beklentinin gerçekliğe dönüşmesi görüldüğü kadarıyla zor bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu zorluk, iyi olan şeylere ulaşmada ve başarıda aranan çalışma, gayret, sabır, cesaret, doğrultu kararlılığı ve haklılığı ile yüksek bilinç düzeyi gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk devletlerinde yargıç meşruiyetinin yargıçlar tarafından bizzat kurul-

duğuna ilişkin veriler bulunmaktadır⁹². Yargıç algılamasını ve etkinliğini çarpıtan tüm etkenlere karşın, toplum katmanlarında belirgin bir arınma isteği ve doğrultu tutarlılığı kendini göstermektedir. Egemen halk ve demokratik sosyal hukuk devleti yargıç'tan aslında olağanüstü önemde bir etkinlik beklemektedir. Hukukun ne olduğunu söylemek. Sadece söylemekle kalmayıp, söylediği hukukun tüm kamu ve yurttaş mekanlarında hükmünü göstermesi ve yaşamı şekillendirmesi aranmaktadır.

I

Yargıçlar artık hukuksallık araştırmasında çeşitli verilerden yararlanmaktadırlar. Yargıçlar yasa devleti ile hukuk devleti arasında bir kan uyumsuzluğunun olduğunu bilmektedirler. Yargı mekanında, yasa ve adalet kavramlarının aynı olgulardan söz etmediğini, her zaman birinin diğerini içermediğini anlamamanın önemine vurgu yaparak, adalet, hakkaniyet, hukukun genel ilkeleri ve üstün değerlerini uygulayarak içtihatlar üretilmektedir⁹³. Hukuk devletinin yasallığının ne anlama geldiği konusunda yargıçlar arasında bir oydaşma çoğunca bulunmaktadır. Artık yargıç, yasayı somut olaylara uygularken çeşitli hukuk teknikleri kullanarak, yasanın genel hükmünü adalete ve hukuka dayandırdığı gerekçesiyle pozitif hukuku içeriklendirmektedir⁹⁴. Yasaların yol açtığı açık ve ağır haksızlık karşısında, yargıçla-

90) Örnekler için bkz., Sami Selçuk, *Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir*, *Yargıtaç Dergisi*, cilt 28, Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s.5-38; Tanır, a.g.e., s.250.

91) ANAP'lılardan Bir Teşekkür, Bir Uyarı, *Radikal*, 27.07.2002, s.7.

92) Çağlar, a.g.m., s.67; Mine G. Kırıkkana, *Fahişeler Ve Yargıçlar*, *Radikal*, 04.02.2001, s.7.

93) Bkz., *Yargıtaç H.G.K.'nin*, 29.05.2002 tarihli, 2002/2-441 E., 2002/433 K. sayılı kararı.

94) Yılmaz Alişendioğlu, *İyi Yargıç Varsa, Kötü Yasa Yoktur*, *Yeni Yüzyıl*, 06.11.1996, s.20.

rın azımsanmayacak kısmı açıkça hukuk güvenliğinden ayrılarak adalet ögesini öne çıkarmaktadırlar⁹⁵⁾. Bunlar hukuk devletinin ulaşmayı amaçladığı gelişim çizgisinin verileri olarak oldukça önemli argümanlardır.

Bu gelişim çizgisi, Anayasa Mahkemesi uygulamalarında açıkça görülmektedir. Anayasa yargısı, anayasal kavramları ve kurumları içeriklendirirken hukuk devleti ilkelerine göndermede bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi yasanın dokunduğu özün hukuksal nitelemesini yaparak, yasanın genelliğinin anlaşılır hukuk ilkeleri düzeyine inmesine ve haklarla somutlaşmasına katkıda bulunmaktadır⁹⁶⁾. Anayasaya uygun görmediği yasaların iptaline hükmeden Anayasa Mahkemesi Yargıçları, olumsuz yasayıcı olarak yasama işlemlerine hukuk devleti kılıpları içinde çözüm getirmekle, yurtaş mekanını anayasaya aykırı yasa ölçüsüzlüğünden korumaktadırlar. Halen gelişimlerini sürdüren uluslararası mahkemeler uygulaması, evrensel adalet ölçülerini belirlerken, bir koruma alanını tüm devletler için geçerli standarda oturtmayı amaçlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin

karar içeriklerinde açıkça, yargıç etkinliğinin olması gereken hukuk algılamalarını görmekteyiz⁹⁷⁾. Mahkemenin etkinliği, bir tür zorlayıcı otorite düzeyine yükselerek, üye ülke yasama organlarını yasa üretmeye çağırmakta hatta zorlamaktadır. Bu konuda yapılan yasal çalışmalar ve uygulamalar bir çerçeveyi devletler için zorunlu kılmaktadır: Demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ve birey.

II

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin izlediği yolun, yargı iktidarının gelişimi açısından özel bir yeri olduğunu belirtmek gerekmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Anayasa Mahkemesine yargıçlar, başkan tarafından atanmakta, atama kararı Senato tarafından onaylanarak işlem tamamlanmaktadır⁹⁸⁾. Amerika'da, Yüksek Mahkeme kararlarını uygulamaya yönünden hiçbir güvenceye sahip değildir; Kongre'nin, Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu kararların aksine düzenleme yapma yetkisi vardır; Yüksek Mahkeme'de simgeleşen yargı, yasamadan üstün değilse de yürütmeye üstün durumdadır⁹⁹⁾. Yüksek

Mahkeme, Federal Mahkemeler ve diğer yargılama yerleri yetkilerinin sınırlarını kendileri belirlemektedirler; bu yargı yerleri "yargı gücünün içinde saklı" yetkinin varlığını kabul etmektedirler¹⁰⁰⁾.

Yüksek Mahkeme, hukuksallık araştırmasında sadece yasaya uygunlukla yetinmeyip sağduyu ile bağdaşabilirlik, akla yatkınlık gibi ölçütler de kullanarak yargısal güvencenin sınırlarını taraflar açısından oldukça genişletmiş durumdadır¹⁰¹⁾. Amerika'da yargı, kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak, hukuka ilişkin tüm sorunları incelemek, anayasayı yorumlamak ve yasal yetkilerin sınırlarını belirlemede etkili bir konuma yükselmiştir¹⁰²⁾. "Mahkeme zaman süreci içinde kendi kişilik, tutum, davranış ve kararları ile yücelmiş ve olguda da yükselmiştir. (...) Amerikan Toplumunu yasaların egemenliği altında yaşamının özgürlük anlamına geldiğini bilmekte ve yargı ile onun simgesi olan Yüksek Mahkemeyi demokrasi ile özdeşleştirmektedir. Amerikan Toplumunun bu ortak değer yargısı onun temsilcisi olan Kongreye de olduğu gibi yansıdığından Birleşik Devletlerin gerçek yönetiminin "Yargı" gücünde

olduğunu söyleyenler yanılmamaktadır."¹⁰³⁾

III

Zaman süreci içinde, yargıçların, sadece devlete bağlı olarak çalışmalarının yeterli olmadığı görülmüştür. Yargı bağımsızlığının sağlanmasında ve yargıç etkinliğinin hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yerine getirilmesinde sorunlar bulunmaktadır. Yargısal güvencenin, bunu yerine getiren yargıçlar ve savcılar için de gerçekliğe dönüşmesi gerekmektedir. Yalnız adam olarak yargıç, bu yalnızlığının giderilmesi için mesleki birleşmenin sağlayacağı örgütün gücüyle donatılarak iktidarının gerçekliğine ulaşmaktadır. Böylece yargı bağımsızlığı ve yargıç güvenceleri yargıçların kendi örgütlerini kurmaları yoluyla sağlanmaktadır; yargıç, örgütlü bir güce sahip olmaktadır. Sendika veya birlik yoluyla yargıçlar, yargı bağımsızlığının kurulmasında etkin hale gelmektedirler. Bu yolla yargıç ve savcılar, siyasal baskılara ve adalet bakanlıklarının yönlendirici işlemlerine karşı korunmaktadırlar¹⁰⁴⁾.

Siyasal kirlenmenin yoğunluklu olduğu, çıkar gruplaşmalarının toplum ve kamu yozlaşması ile hareket ettiği

95) "Bizi burada ilgilendiren soruyu şu ifadeyle yöneltmiştik: "Yargıcın apaçık ve ağır derecede haksız bulduğu bir hukuk normunu aşmaya çalışmasını meşru karşılar mısınız? (soru-23) Bu soruya 23 evet, 17 hayır yanıtı aldık. %57.5 ile bu sonuç, yargıçların sorumsuz derecede bir katı pozitivizmden ve aşırı bir kavramı hukukçuluğundan uzak durduklarını, ağır ve açık bir haksızlık durumunda, adaletle olan çatışmasında hukuk güvenliğini ikinci plana itebildiklerini, hukuk normu ile toplumsal gerçeklik arasındaki ilişkide "haksızlık" algılamasına duyarlılık gösterdiklerini, ortaya sermektedir.", Okçesiz, Hukuk Devleti ve Yargıcı, s.361.

96) "Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.", Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli, 1999/1 E., 1999/33 K. sayılı kararı; Çağlar, a.g.m., s.54-55.

97) Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargılay Dergisi, cilt 28, Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s.192-213; Çağlar, a.g.e., s.64-65.

98) Ünal, a.g.e., s.48.

99) İlhan Özyay, "Evvel Allah...Sonra Yüksek Mahkeme", Vakur Versan'a Armağan, İdare Hukuk ve İlimleri Dergisi, yıl 6, Aralık 1985, sayı 1-3, s.200-201.

100) Özyay, a.g.m., s.201; "...bu yüzyılın en büyük yargıçlarından biri Anayasa'nın tarihine bakarak, "Anayasa yargıçları ne derse odur" demıştır. Bu açıdan da bu büyük yargıç, yargıçları "özgürlüklerimizin ve mülkiyetimizin koruyucuları" olarak adlandırmıştır." Friedrich, a.g.e., s.196.

101) Özyay, a.g.m., s.203-204.

102) Watergate olayında Yüksek Mahkemenin işlevi, Özyay, a.g.m., s.204-205; Sexgate olayında Başkan Clinton'un görevi sırasında sorgulanabileceğine karar veren ABD Federal Yüksek Mahkemesi'ydi., Çağlar, a.g.m., s.56.

103) Özyay, a.g.e., s.205-206.

104) Çağlar, a.g.m., s.59-60; Aron, a.g.e., s.183; Tüm Yargıçlara Birleşme Çağrısı, Radikal, 19.10.1998, s.8.

durumlarda, yargısal etkinlik daha yaşamsal ve önemli hale gelmektedir⁽¹⁰⁵⁾. Özellikle siyasal yargı olarak adlandırılan veya devletin taraf olduğu çeşitli davalarda yargı bağımsızlığı, iktidar sahipleri ve yargı ileri gelenlerinden kaynaklanan mental ve sistematik baskılar görmektedir⁽¹⁰⁶⁾. Bu durumlarda adalet algılaması zayıflamakla, yargıç, çoğu zaman yalnızlığa itilmekte veya adalet sorgulaması yapmadan genel eğilime ya da devletin çıkarlarına uymaya zorlanarak yansızlığı ortadan kaldırılmaktadır⁽¹⁰⁷⁾. Yargıçların ve savcılarının örgütlü güç birliği olarak sendika ya da birlikler, bu gibi hukuk dışı durumlarda yargı elemanlarına koruma ve direnme alanı sağlamaktadır. Ayrıca hukuk devletinde yargı örgütlenmesi, yargı sorunlarının kavranması, özlük haklarının savunulması gibi hukuk alanına ilişkin her türlü konuda inisiyatif sahibi olmaktadır. Yansız bir biçimde adaleti uygulamak yoluyla kamu yararının gerçekleştirilmesinde, yargıç, ancak kaygılarını ve güvensizliklerini en aza indirdiğinde yurttaşa gerçek yargısal güvencelerini sağlama iktidarına sahip olabilmektedir. "Devlet içi düzenlemelerin yargı bağımsızlığı açısından çeşitli sorunlar yarattığı Fransa'da, yargı ve yargıç ba-

ğımsızlığı ile güvencesini gerçekleştiren asıl gücün "Yargıçlar Sendikası" (Syndicat de la Magistrature) olduğuna işaret edilmektedir."⁽¹⁰⁸⁾

IV

Hukuk devleti ilkelerinin ulusal devletlerin gündemine egemen olmasının yanında, hukuk devletinin sağladığı düzenin uluslararası görüntüleriyile karşılaşmaktayız. Uluslararası sorunların çözümünde etkin olan diplomasi siyaseti, artık yerini uluslararası mahkemeler yoluyla hukuk yargılamalarına ve tahkim yoluyla uzlaştırma makamlarına bırakmak üzeredir. Ulusal yargı alanlarını aşan evrensel bir yargılama düzeni gittikçe yaygınlık kazanmaktadır. Bazı yargı alanlarında gelişme yavaş olmasına karşın, insan hakları alanında oldukça kapsamlı değişimler ve gelişmeler kaydedilmektedir⁽¹⁰⁹⁾.

Devletlerin aralarında yaptıkları uluslararası sözleşmelerin sadece kâğıt üzerinde temenni olarak kalmasının sonuna gelinmiştir. Artık çoğu uluslararası sözleşmenin yaptırım oranı olarak mahkemeleri bulunmaktadır. Uluslararası mahkemeler aracılığıyla yargısallaşma özellikle küreselleşmenin etkisiyle artarak sürmektedir.

Bu noktada evrensel bir yargılama tekniği ile adalet ilkelerinin hukuk yoluyla belirlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Güçlü devletlerin çıkarlarını uluslararası mahkemeler yoluyla dünya düzenine dayatması yerine, her güçte devletin evrensel yararına hizmet eden ve esası "uygarlık" olan adaletli bir düzen kurulmalıdır. Bunun izleri gittikçe artan "uluslararası toplum" umudunun verisi olarak karşımızda durmaktadır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsanlığa Karşı İşlenen Suçları Yargılayan Mahkeme ve Birleşmiş Milletler Örgütünün uluslararası mahkeme kurma çabaları en önemli kanıtlar olarak insanlığı kuşatmaktadır. Bu gelişmelere arkasındaki güçler nedeniyle kaygıyla bakanlara şu sözler söylenebilir: Her türlü hukuk düzeni sınırlar koyar ve bu sınırlar daha çok gücünün her türlü gücünü sınırlar, bu haliyle hukuk güçsüzlere hizmet eder, her hukuk tasarısının sonunda halkın yararına gerçekleştiği hukuk tarihinin bizlere gösterdiği bir gerçektir. Uluslararası mahkemelerin yargıç'a artık dünya düzeninin adalet olduğunu söyleme iktidarı sunduğu görülmektedir. Bu durum uluslararası mahkemelerin kendi başlarına gerçeklik kazanmaya başlamasıyla insan haklarının gerçek güvencesi olma içerğine kavuşacaktır. Yargıç'ın gerçekliği, ulusları ve coğrafyaları aşan, tüm insanlığa adalet değerlerini sunma ve bu değerleri yaşamsallaştırma olanağı sağlamaktadır. Görüldüğü gibi hukuk devleti, yeni dünya düzenin adı olmak üzere yola

çıkışmış durumdadır; ancak önünde uzun bir yol vardır.

V

Hukuk devletinin sağladığı yargı iktidarı, siyasal iktidarın kuvvetleri arasında yeni bir iş birliği ve iş bölümü getirmiştir. Anayasal yönetim ve kuvvetler ayrılığı devlet kuvvetleri arasında zaman içinde değişime ve dönüşüme uğramıştır. Bu süreç içinde yargı iktidarının belirgin bir şekilde iktidarını geliştirdiğini ve kapsamını genişlettiğini görmekteyiz. Tarihsel olarak devlet ya da kamu otoritesi yürütmenin elinde biçimlenmiştir. Yürütmenin eksikleri ve yozlaşması nedeniyle yasama iktidarı ortaya çıkarak, yürütmeyi düzenleme ve denetleme işlevine sahip olmuştur. Son olarak da, yargı iktidarı, her iki kuvveti denetlemek, insan haklarını sağlamak ve güvenceye kavuşturmak amacıyla gerçeklik kazanarak iktidar alanını genişletmiştir. Hukuk devletinde siyasal iktidarın amacı da bu biçimde belirginlik kazanmaktadır.

Yargının gelişen ve genişleyen iktidarı, hukuk devleti gibi bir zorunluktan doğmuştur. Bu zorunluluk insanın temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması, siyasal iktidarın sınırlandırılması ve bireyin korunmasıdır; hukuk devleti ilkeleri olarak adlandırılan kuralların, bu amaçları gerçekleştirmek üzere seferber edildiği görülmektedir. Çoğulcu sivil toplumun, yurttaş mekânında benzeşmeden çok, çeşitli biçimlerde kendini gösteren çatışma, ayrılma gibi farklılık hallerini toplum ve kamu düzenine sunduğu görülmekte-

105) Celal Topkan, *Kirlenmiş Siyasetlerin Eseridir*, (20. dönem Milletvekili), Cumhuriyet, 14.12.2000, s.2.

106) Tanör, a.g.e., s.244, 245, 250; Aron, a.g.e., s.183-184; Sancar, a.g.e., s.187; Bakz., 19 nolu dipnot.

107) "...Ne yazık ki anayasa siyahlara karşı olarak yazılmıştı. Anayasadaki kanunların değişmesi gerekiyordu. Bu iç savaşa kadar gitti. Ancak savaşa değışti. Bundan sonra da anayasa değışti ama bir doktrin kondu. Eşit muamele ama aynı tut doktriniydi. Nihayet 2. Dünya Savaşından sonra bunun insan haklarına karşı olduğuna karar verilerek değıştirildi. Kanuni olarak yanlış davranışlara karşı bir şey yapabiliyoruz ama ırk ayrımına karşı, önyargıya karşı kâfala bir şey yapamıyoruz. Ama herhangi bir insan grubunun haklarını geri alacak kanunlar yapılmasını engelleyecek kanunlar yapabiliriz. Bu problem bütün dünyada var.", Erkoca, a.g.s., s.8; Sancar, a.g.e., s.188-189.

108) Tanör, a.g.e., s.23; Karş., Aron, a.g.e., s.184-185.

109) Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ilgili yasa hakkında, Turgut Tahranlı, *Ceza Mahkemesi ve Türkiye*, Radikal, 09.01.2001, s.9.

dir. Bu farklılıklar çoğunca hukuksal istemlerin ve yasal düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır. Günümüzde hukuksal olayların ve istemlerin artarak kamu yaşamını doldurması karşısında, yargı alanı olağanüstü çeşitte hak konularıyla karşılaşmakta ve çözüm getirmekle görevli sayılmaktadır. Devletin kendisi de çeşitli şekillerde hak istemlerinin ya da hak ihlallerinin konusu olmaktadır.

Hukuk devletinde devletin kendisi hukuk olmakla özdeş sayılmaktadır. "Devlet yasaların yapılması, uygulanması ve yaptırımın sağlanması için yasal olarak düzenlenmiş bir dizi organ olarak görülebilir."⁽¹¹⁰⁾ Yasal yönetimin sağlanmasındaki hedeflerin hukuk devletinde ne anlama geldiğinin belirliliği karşısında, "yasalar kişinin başkalarıyla ilişkilerini kesin ve önceden tahmin edilebilir kılarak, böylelikle birbirlerine rakip kişilerin işbirliğinin açık, ölçülebilir ve şiddetten uzak olmasını sağlayarak, kişisel çıkarları desteklemek ve denetlemek üzere düzenlenmiştir."⁽¹¹¹⁾ Böylece meşru yaptırımın içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesi, hukuk devletinin temel özelliği olmaktadır. Yaptırımın meşruluğu, hukuk devleti ilkelerinin yaptırma yol açan normun özünde yer almasıyla gerçeklik ve geçerlilik kazanmaktadır. Bu nedenle pozitif hukukun içeriğinde hukuk devletinin yüksek değerlerinin somutlaşması gerek-

mektedir. Sözü edilen yapılanma, kendine özgü bir koruma, denetleme, yol gösterme ve güvenceleme iktidarı kurarak varolmaktadır.

Hukuk devletinin temelinde yargısal güvence olmasıyla yargı iktidarının somut verilerine ulaşılmaktadır. Yargının etkinliği sonuçta, yargıç'ın hukuku söylemesi olarak somutlaşmaktadır. Bu hukuk, hukuk devletinin varmak istediği egemen halk ve birey yararının geçerliliğini sağlayarak kamu yaşamına yön vermektedir. Ancak yasalar geçmişten geleceğe mutlak anlamlar ifade etmezler, onların içeriği zaman içinde değişik biçimler ve anlamlar alabilmektedirler, bu nedenle hukuk devletinde yasaların içeriği her durumda değişmez bir adalet ölçüsüyü doldurur⁽¹¹²⁾. Yasalara adalet ölçüsünü, önüne gelen her davada yargıç vermektedir; bu nedenle yargıç, hukuk devletinde yüksek bir iktidara dönüşmektedir. Bu yönelim, zaman içinde kapsamını genişleterek, yurttaşların ve devletin, karşılaştıkları anlaşmazlıkların çözümünü çeşitli biçimlerde mahkemelerde ya da hukuk otoritelerinde aradıkları süreçlere aktarılmıştır. Artık hukuk devletinde her kamusal işlem hukukla eş anlamlı hale gelmiştir. Bu nedenle hukuka göre yönetim ve hukuka bağlı devlet, zorunlu olarak "Yargı Devleti"ni ortaya çıkarmıştır⁽¹¹³⁾.

Yargıç'ın meşruiyet görüntüleri genel hatlarıyla ifade edilirken üzerinde durulması gereken olgu, yargı alanının kamu otoritesi olmaktan çıkarak somut iktidar görüntüleri çizmesidir. Yargı iktidarının oluşumunda ve gerçekleştirilmesinde çeşitli sorunlar olmasına karşın, dünya üzerinde oldukça önemsenen evrensel bir adalet ölçüsünün arandığı görülmektedir. Yargıç'ın sadece ulusal değil uluslararası toplumun güvence istemi olmak zorunda olduğunu dünyada gerçekleşen insanlık dışı olaylardan görebiliriz. Burada öncelikle yargıçların evrensel saygınlığa kavuşmaları ve bu saygınlığı yapılarında koruyup yurttışa sürekli kanıtlamaları gerekmektedir. Bu saygınlığın adalet olarak yurttış mekanını doldurabilmesi için de, yargıç'a yüklenen ödevin gerçekleştirilmesi araçlarını yargıçların hiçbir çekince duymadan istemeleri gerekmektedir. Bu yargıç olmanın olmazsa olmaz kuralıdır.

SONUÇ

Yargıç meşruiyetinin sorgulanması, yargıç etkinliğinin egemenlik işlemi olup olmadığıyla doğrudan ilgilidir. Seçim sistemleri seçilenlere halkın onaylayıcı gücünü verir. Bu yolla seçilenler, egemen iradenin seçim hukuku tekniğiyle belirlenen iradesini üzerlerinde taşırlar. Yargıçlar çoğunlukla atama yoluyla göreve gelirler ve bu anlamıyla seçilenler karşısında meşru-

iyet ikilemi yaşarlar. Hukuk devletinde meşruiyet sadece meşru seçimlerin verdiği iktidardan kaynaklanmaz. Bu çerçevede "sandık meşruiyeti" yanında, demokrasiyi, hukuk devletini, insan hak ve özgürlüklerini koruyan "yargıçlar hukuku" ya da "ciippe meşruiyeti" de vardır⁽¹¹⁴⁾. Hukuk devleti, sayısal olarak çoğunluk ilkesinin ortaya çıkardığı, tek başına toplumdaki egemen güç ve etkinlikleri yansıtmama ve farklı ve birbirleriyle değişik biçimlerde eşgüdüm içinde olması gereken yararların düzenli bir biçimde uyumunu sağlama yeterliliğini göstermemesi hallerini⁽¹¹⁵⁾ yargıç etkinliğiyle gidermektedir. Yargıç çeşitli zıt istekleri göz önünde bulundurarak, bu isteklerden doğan anlaşmazlıklara meşruiyet ögesinin aracılığıyla çözümler getirerek sosyal sistemdeki gerilimi hafifletmektedir⁽¹¹⁶⁾. Bu yolla hukukun devlet ve bireyler üzerinde etkin olması sağlanarak, insanın insan olmasından doğan, insan onurunun geliştirilmesi yolları açılmaktadır⁽¹¹⁷⁾. Yargıç "hukukun ne olduğunu söylemekle yasama ve yürütme iktidarlarından ayrılarak, sivil toplumun gereksinimlerini yargılama etkinliğiyle gidererek, egemen iradenin istencini karşılamaktadır. Adalet arayışının mekanı olarak mahkemeler, hukuk devletini var ederek, insan haklarını siyasal sistemin esası haline getirmektedirler"⁽¹¹⁸⁾.

114) Bakır Çağlar, *Hukukla Kavranan "Demokrasi" ya da Anayasal Demokrasi, Anayasa Yargısı*, Ankara 1993, sayı 10, s.242.

115) İlhan Özalp, *Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti, Anayasa Yargısı*, Ankara 1993, sayı 9, s.72.

116) Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1980, s.24.

117) Kutlu, *Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı*, s.137.

118) Kutlu, *Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı*, s.138.

110) Gianfranco Poggi, *Çağdaş Devletin Gelişimi, Hürriyet Vakfı Yayınları, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, İstanbul 1991, s.103.*

111) Poggi, a.g.e., s.104.

112) "...Fransa'da anayasa yapıcılar, devrimden sonra, hala sonsuza dek sürebilecek bir anayasa yapabileceklerine inanmaktaydılar. Ne yazık ki, yaptıkları Anayasa ise sadece birkaç yıl yaşayabilmiştir." Friedrich, a.g.e., s.195-196.

113) "Almanlar, İtalyanlar ve Fransızlar isteksiz ve ikircikli bir biçimde hukuka göre hükümet ve hukuka bağlı devletin (Rechtsstaat) de zorunlu olarak büyük ölçüde yargıçlar hükümeti olacağını kabul etmişlerdir.", Friedrich, a.g.e., s.196; Özalp, a.g.m., s.206.

Hukuk devleti ile yargıç meşruiyeti arasında iç içe geçmiş bir amaç benzerliğinin olduğu görülmektedir. Yargıç'a yüklediğimiz anlamın gerçekliğe dönüşmesi beklentisinin altında, insan onurunun gerçekleştirilmesine ilişkin bir tutum vardır. Hukuk devletinin bütün amacı, insan onurunun gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir. Hukuk devletinin tüm ilkeleri ve yarattığı sosyal düzenin en önemli meşruiyet kaynağı insan onurudur. İnsan onurunun yaşamsallaşması için devlet, sosyal adaleti gerçekleştirmenin en önemli aracına dönüşmüştür. Bu anlam hukuk devletinde bütün kamu otoritelerinin varmak istediği noktadır. Özellikle yargıç, her koşul ve durumda insan onurunu gözetererek meşruiyetini kurmakta ve buna uygun davranıldığı ölçüde meşru kalabilmektedir. Hukuk devletinde yargıç meşruiyeti, insan onurunu kamu düzenine dayattığı, insan onurunun vazgeçilmezliğini her şekliyle ortaya koyduğu ve adaleti yeryüzüne indirdiği oranda gerçekleşmiş olmaktadır.

Yargıç kendisine yönelen her türlü etkinin altında bir değer araştırması yapmak zorundadır. Hukuk devleti il-

keleri, yargı kültürü ve yargıç etiği, yargıç'ı sokağın heyecanlarına kapılmadan sakinlik ve dinginlikle olaylara yaklaşmasını gerekli kılmaktadır. Yargıç olaylara seyirci kalmaktan çok, sosyal gerçeklerin ve oluşumların izleminde, hukukun yeni yapı taşlarını bulmak amacıyla olmalıdır. Yargıç, her toplumsal olayın içinde, hukuksal bir yanın olduğunu, katledilen ya da onanan bir hakkın barındığını bilmelidir. Çünkü adalet kendiliğinden oluşan bir yücelik nesnesi değildir; öncelikle yurttaş bireyinin adalet değerlerine layık olacak biçimleri yaşamının odağına yerleştirmesi ve ona layık olması gerekmektedir. Mutlak adalet Tanrıya atfedilen bir imgedir, ancak ondan çok insanlara gerekmektedir. Bu noktada yargıç, dünden yarına tüm zamanları kapsayan adalet değerlerinin saptanmasında ve güncelleştirilmesinde kilit özelliğe sahip olmaktadır. Tersini düşünmek yargıçların yargılanan konumuna düştüğü zamanlarla sürekli yüzleşmesi anlamına gelmektedir. Yurttaşlar olan biteni görmekte, sadece bir yerden umutlu olma hakkını saklı tutarak yargıçlarını izlemektedir.

Hukuk Devleti Hukukçularını Yetiştiriyor - Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Hukuk Bilimi, Öğretimi ve Hukukçu Eğitimi Sorunları ve Çözüm Önerileri^(*)

Harun Çetintemel^(**)

Bugün ülkemizde, hukuk öğretim ve eğitiminin, nitelikli hukukçu yetiştirilmesinde yeterli ve çağın gerekleri ile uyumlu olmadığı ve buna dayalı olarak da, siyasal, sosyal ve yargı alanında ortaya çıkan sorunların, temel nedenlerinden birinin de, hukuk öğretimindeki bu yetersizlikten kaynaklandığı genel kanıdır. Kuşkusuz Avrupa Birliğine uyum sürecinde, konu daha da önem ve boyut kazanmış bulunmaktadır.

Bu bakımdan konuşmamda, öncelikle Avrupa Birliği ile ilgili kısa bir açıklamada bulunacak, daha sonra Birliğe uyum sürecinde hukuk bilimi, öğretimi ve hukukçu eğitimi'ne ilişkin sorunlarla çözüm önerileri dile getirecek ve bir "İdari Yargı" uygulayıcısı olmam nedeniyle "İdare Hukuku" öğretim ve eğitiminde karşılaşılan sorunlara kısaca değinilecektir.

Avrupa Birliği

1951'de Paris Antlaşması ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'ndan başlayarak, 1957'de Roma Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu ve bir de Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu

kurulmuş. 1986'da birleştirilen bu üç topluluğun yerini Avrupa Toplulukları almış, 1992'de de Avrupa Topluluklarının adı Avrupa Birliği olarak değiştirilmiştir.

Bilindiği gibi, bir siyasal birlik olma yolunda bulunan Avrupa Birliğine, Aralık 1999 Helsinki Zirvesi'nde, ülkemizde, diğer aday ülkelerle eşit koşullar altında aday ülke olduğu kabul edilmiş, böylece, bir yandan Avrupa Birliği ile gümrük birliği içinde ilişkilerimiz devam ederken, bir yandan da Avrupa Birliği üyeliği yolunda çalışmalarımız yoğun bir biçimde sürmektedir.

1993 yılında Kopenhag Zirve Kararında vurgulanan üyelik kriterlerine göre, bütün aday ülkeler; demokrasi, hukuk devleti, insan haklarına saygı ve azınlıkların korunması ilkelerini gerçekleştirmiş; işleyen bir piyasa ekonomisine sahip ve Avrupa Birliği'nin siyasal, ekonomik ve parasal birlik unsurları dahil bütün yükümlülüklerini üstlenebilecek durumda olmak zorundadır.

1995 Madrid Zirve Kararında, katı-
lımdan sonra topluluk politikalarına

(*) HFSA ile Friedrich - Naumann - Stiftung'un Antalya'da 2002 Kasım'ında gerçekleştirdikleri "Hukuk Devleti Hukukçularını Yetiştiriyor - Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Hukuk Bilimi, Öğretimi ve Hukukçu Eğitimi Sorunları ve çözüm Önerileri" konulu panelde sunulmuştur.

(**) Danıştay Başsavcısı

uyumlu bir işleyiş sağlayacak bir idari alt yapıya sahip olmanın önemi vurgulanmış, 1997 Lüksemburg Zirve Kararında da, aday ülkelerin Avrupa Birliği müktesebatını benimsemeleri ve gereği gibi uygulamalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Kopenhag, Madrid ve Lüksemburg ilke kararlarının ışığı altında hazırlanan "Katılım Ortaklığı Belgesi" ve "Ulusal Program" da da, Türkiye'nin üyeliğe hazırlık açısından alması gereken önlemler açıklanmıştır.

Avrupa Birliğine Uyum Yasaları

Bu bağlamda, Avrupa Birliği yolunda atılan en önemli adımlardan biri Anayasa değişikliği paketidir. 4709 sayılı Kanunla Anayasada ve özellikle Anayasanın temel hak ve özgürlükler alanında kapsamlı değişiklik yapılmıştır.

Yürürlüğe konulan ve değiştirilmesi istenilen kimi temel yasalara gelince:

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe konulmuş, bu Kanunla çeşitli konularda yeni hükümler yanında, özellikle aile hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Türk Medeni Kanununun devamı olarak, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun yenilenmesine yönelik çalışmalar sürmekte, bu çalışmalarda Avrupa Birliği'nin direktifleri gözönünde bulundurulmaktadır.

Türk Ceza Kanunu, Ceza ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunları ile İcra ve İflas Kanunu değiştirilmiştir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hak-

kında Kanun, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu, 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu ve 4681 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çıkarılmıştır.

4771 sayılı Kanun ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, çeşitli kanunlarda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş, böylece idam cezası Türk Hukuk Sisteminden kaldırılmış, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde ve radyo ve televizyonlarda yayın yapılmasına ve bu dillerin öğrenilmesine olanak tanıyan düzenlemeler gerçekleştirilmiş ve çeşitli yasalarda yapılan değişikliklerle de, insan hakları alanında önemli düzenlemeler içeren yasalar yürürlüğe konulmuştur.

Ayrıca, ihtisaslaşma suretiyle adli kapasitenin daha etkin hale getirilmesi amacıyla, Çocuk Mahkemelerinin yanısıra Tüketici Mahkemesi, Fikri ve Sınai Hak İhtisas Mahkemesi kurulmuş ve Aile Mahkemelerinin Kurulmasına ilişkin Kanun tasarısı da hazırlanmış bulunmaktadır.

Pozitif hukukumuzda yapılan bu önemli ve köklü düzenlemelerin yanısıra bugün, ülkemiz Avrupa Birliği'nin rekabet hukukuna taraf olarak mevzuatını aynen kabul etmiş, tüketicinin korunması ve patent hukuku alanlarında da mevzuatını Avrupa Birliği mevzuatına yakınlaştırmış bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz, Avrupa Birliğine ileride tam üyelik söz konusu olursa, Avrupa

Birliği Hukuku Ülkemizde ulusal hukuk gibi aynen uygulanacaktır.

Bu olgular:

Hukuk öğretiminde nitelik, nicelik ve içerik açısından önemli ve kapsamlı değişikliklere neden olmuş, yabancı dil öğretimi özel önem ve zorunluluk kazanmış ve nihayet hukuk öğretimi yeni bilim alanları ile 4 yıllık programa sığmaz olmuştur.

Bu konulara kısaca değinecek olursak; yürürlüğe konulan yasalarla getirilen yeni hükümler ve yapılan değişiklikler, hiç kuşkusuz, ilgili derslerin içeriklerinin değiştirilmesini zorunlu kılar. Örneğin 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 344 maddesi değiştirilmiştir. Bu değişikliğe koşut olarak Anayasa Hukuku dersinin içeriği de önemli ölçüde değişecektir.

Ders Programı

Hukuk öğretimi ile, öğrencilerin gerekli ve yeterli hukuk formasyonu kazanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, temel hukuk formasyonu veren derslerin yanısıra bilimin, siyaset, sosyal-ekonomik ve kültürel gelişmelerin bir gereği olarak, uygulamada önem kazanan konuların seçimlik ya da zorunlu ders olarak programa konulması yararlı, hatta zorunludur. Böylece, öğrencilerin hem gerekli ve yeterli hukuk formasyonuna sahip, hem de güncel sorunları bilen, çağın gerekleri ile uyumlu olarak yetişmeleri sağlanmış olacaktır.

Avrupa Birliğine aday ülke olarak, Birliğe uyum açısından hukuk fakültelerinde genel olarak Avrupa Birliği

Hukuku dersi başta olmak üzere Avrupa Birliği Ekonomisi, Rekabet Hukuku, Fikri Haklar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Avrupa Topluluğu Çevre Hukuku, Çocuk Hukuku ve Uluslararası Tahkim Hukuku dersleri seçimlik ders olarak okutulmaktadır.

Oysa, önemi ve özelliği gözönüne alınarak Avrupa Birliği Hukuku zorunlu ders olarak okutulmalı ve yine programa "insan hakları" ile ilgili bir ders konulması, özellikle ülkemizde bu alandaki uygulamalar bakımından zorunlu görülmektedir.

Çağın gereklerine uyum sağlayabilmek, Avrupa Birliği Ülkeleri ile rekabet edebilmek ve Avrupa Birliği Hukukunu uygulayabilmek bakımından yabancı dil öğretiminin gerekliliği yadsınamaz. Bu nedenle de yabancı dil öğretimine özel önem verilmesini özellikle vurgulamak isterim.

Bugün hukuk fakültesinde genelde 1 inci ve 2 nci sınıflarda zorunlu yabancı dil dersi verilmekte ve bundan muaf olan öğrenciler mesleki yabancı dil dersi almaktadırlar.

Kimi fakültelerde ise, yabancı dile ağırlık verilmekte, bu fakültelerde yeterli yabancı dil bilmeyenler önce hazırlık sınıfında 1 yıl yabancı dil eğitimi yapmakta ve 4 yıl boyunca haftada zorunlu 3-4 saat mesleki yabancı dil dersi okumaktadırlar.

Kimi hukuk fakültelerinde de öğretim, Türk Hukukunun uygulanmasına ilişkin öğretimde Türkçe, diğer bütün alanlarda yabancı dilde yapılmaktadır. Örneğin; Bilkent Üniversitesi Fakültesinde; Hukuk başlangıcı, Anayasa, Medeni Hukuk, Ceza Hukuku, İcra-İf-

İlas Hukuku, Medeni Usul Hukuku, Ticaret Hukuku, İdare Hukuku dersleri Türkçe; İktisat, Uygarlık Tarihi, Devlet ve Siyasal Kuramları, Felsefe, Muhasebe, Devletler Genel Hukuku, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Maliye Uluslararası Ticaret Hukuku, Rekabet Hukuku, Avrupa Topluluğu Kurumları Hukuku dersleri ise İngilizce okutulmaktadır. Benzer uygulama Galatasaray Hukuk Fakültesinde de bulunmaktadır.

Yükseköğretimin amacından biri de, öğrencileri, bir mesleğin bilgi, beceri, davranış ve genel kültürüne sahip vatandaşlar olarak yetiştirmektir. Öğrencilerin bu amaç doğrultusunda yetiştirilmeleri, kuşkusuz uygulamaya yönelik eğitimleri ile olasıdır. Bunun için pratik çalışmalara ağırlık verilmesi, böylece öğrencilerin araştırma, konuşma ve tartışma becerileri geliştirilmesi, olaylara sağlam ve tutarlı bir hukuk mantığı ile yaklaşmaları sağlanmalıdır. Ayrıca, belirli ölçüde hukuk formasyonu kazanmış öğrencilere seminer yapma olanağı tanınmalı, bağımsız araştırma, tartışma ve yazma yetenekleri geliştirilerek, ezbercilikten kurtarılmalıdır.

Ders programı, yarıyıl esasına göre düzenlenmeli ve her yarıyılın sonunda öğrenciler sınava alınmalıdır. Bu yöntem, iki yarıyıllık derslerde, dersle öğrenci arasında oluşan kopukluğu gidecek, öğrencilerin dersle ilgisini artıracak, sınavla da sürekli denetim altında tutulmalarını sağlamış olacaktır.

Öğrenci Sayısı ve Niteliği

Günümüzde, kimi hukuk fakültelerine her yıl en az 500-600 kişilik kon-

tenjan ayrılmaktadır. Örneğin 2001-2002 öğretim yılı için Ankara Hukuk Fakültesine 481, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesine 265, İstanbul Hukuk Fakültesine 472, Marmara Hukuk Fakültesine 640 ve Selçuk Hukuk Fakültesine 412 yeni öğrenci kaydı yapılmış bulunmaktadır.

Bu denli öğrenci sayısı olan sınıflarda, ancak anlatıma dayalı kitle eğitimi yapılabilen, pratik çalışmalar da bile, öğrencilerin tartışmalara katılımı söz konusu olmamaktadır. Ayrıca, öğrenci sayısının fazlalığı, öğretim üyesinin öğrenciyle ilgilenmesi ve iletişim kurmasını da olanaksız kılmaktadır.

Bu bakımdan, insangücü planlamasına dayanmayan, çağdaş eğitim ve öğretimin gereklerinden uzak, siyasi amaçlı yaklaşımlardan vazgeçilerek, hukuk fakültelerine alınacak öğrenci sayısı mutlaka azaltılmalıdır.

Nitelikli bir hukuk eğitimi, kuşkusuz öncelikle hukuk fakültesine alınacak öğrencinin niteliğine bağlıdır.

Bugün, ortaöğretim yeterli düzeyde bulunmamakta ve giderek artan bir düşüş gözlenmektedir. Bilindiği gibi, nitelikli bir hukukçu, sağlam bir hukuk bilgisinin yanı sıra iyi bir yorum yeteneği bulunan hukukçudur.

Yorum ise bilgi, mantık ve bir ölçüde matematiksel bir düşünce ürünü olduğundan hukuk öğretim-eğitim ve mesleği, belirli bir matematik formasyonuna da sahip olmayı gerekli kılar. Bu bakımdan, hukuk fakültelerine kabul edilecek öğrencilerin niteliğinin yükseltilmesini sağlayabilmek için, sosyal puan türüne göre öğrenci alın-

masından vazgeçilerek, EA puan türü ile öğrenci alınması yerinde ve isabetli olmuştur.

Lise eğitiminin yeterli düzeyde olmaması ve hukuk bilimiyle ilgili bilgi verilmemesi nedeniyle tam öğrenci kalitesinin yükseltilmesi, hem de ders programlarının amaca ve çağın gereklerine uygun olarak düzenlenmesi bakımından, hukuk fakültelerinin 5 yıla çıkarılarak, ilk yılın hukuk eğitime hazırlık yılı olarak değerlendirilmesi ve bu yılın, sosyoloji, felsefe, mantık gibi derslerin yanı sıra yabancı dil, bilgisayar, hukuka giriş gibi temel hukuk bilgi ve kültürü veren ve hukuk öğretimine alt yapı hazırlayan derslerden oluşturulmasında yarar bulunmakta, hukuk fakülteleri kimi nedenlerle 5 yıla çıkarılmazsa, eğitim süresinin yılda 4-5 hafta uzatılması ile sorunun giderilebileceği düşünülmektedir.

Öğretim Üyesi

Nitelikli bir hukuk eğitimi, bilimsel düzeyi yüksek öğretim üyeleriyle olasıdır. Bugün, kaliteli, bilgili, birikimli ve deneyimli, öğretim üyesi sayısı artmamakta, aksine öğrenci sayısına oranla sürekli azalmaktadır. Aldıkları ücretin yetersizliği nedeni ile Devlet Üniversitelerinde yasal emeklilik süresini dolduran öğretim üyeleri derhal emekli olmakta ve bir vakıf üniversitesine geçmektedir. Bu olgu, Devlet Üniversitelerinin zaten yetersiz olan öğretim kadrosunu daha da eritmektedir.

Ayrıca, öğretim üyeliğinin kaynağını oluşturan araştırma görevlisi bulmakta yaşanan sıkıntılar, araştırma gö-

revliliği ekonomik bakımdan cazip hale getirilerek, aşılmalıdır.

Belirli düzeyde bir öğretim kadrosu bulunmadan, hukuk eğitimi yapılması da söz konusu olamaz.

Bu bağlamda, Ülkemizde son yıllarda yeterli öğretim kadrosu oluşturulmadan, kütüphane ve fiziki olanaklardan yoksun, sırf siyasi amaçlı, alt yapısız ve ön hazırlıksız hukuk fakülteleri açıldığı görülmekte, bu fakültelerde dersler genelde araştırma görevlilerince verilmektedir. Köklü hukuk fakültelerinde bile, amaca uygun nitelikli ve bilgili hukukçu yetiştirilemezken, araştırma görevlileri ve hiç bir akademik bilgi ve birikimi olmayan öğretim elemanlarınca ders verilen bu fakültelerde, nasıl hukukçu yetiştirilecektir!

Hukuk eğitim ve öğretimiyle ilgili bu açıklamalardan sonra şimdi de, "İdare Hukuku" öğretimine ilişkin sorunlar ele alınacaktır.

İdare Hukuku Eğitimi

Bilindiği gibi, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlamayı amaç güden, "Hukuk Devleti" anlayışının vazgeçilmez ögesi ve temel niteliği yönetimin hukuka bağlılığıdır.

İdarenin tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunu sağlamak için çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bunlar, idari denetim, siyasal denetim, kamuoyu denetimi ve yargısal denetimdir. İdarenin hukuka uygunluğunu sağlamada hiç kuşkusuz en etkin ve nesnel olanı yargı denetimidir.

İdarenin yargısal denetiminde uygulanan iki temel sistemden, yargı birliği

ve yargı ayrılığı sistemlerinden de, kısaca söz etmek istiyorum. Günümüzde gerek Kara Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan ülkelerinde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de idarenin eylem ve işlemlerinden “menfaati ihlal edilen” ya da “hak kaybına uğrayan” kimse, yetkili yargı yerine başvurarak idari işlemin iptalini ya da karşılaştığı haksızlığın giderilmesini isteyebilir. Buna göre birinci sistemde, genel olarak idarenin yargı yoluyla denetimi “adli mahkemeler”, ikinci sistemde ise “idari mahkemeler” eliyle yapılmaktadır.

Kuşkusuz, yargı ayrılığı, yargı organlarının yapı ve görev alanları yönünden ayrılıkları yanında, bu organlarda görev yapacak hakim ve savcılarının öğretim-eğitimiyle, yetiştirme düzenleri bakımından, ayrılıklarını, uzmanlıklarını da zorunlu kılar. Başka bir anlatımla, adli ve idari yargı ayrımı, bu alanlarda yetiştirilecek deneyim kazanmış, uzmanlaşmış hakim ve savcılarını gerektirir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesi, hakimlik ve savcılık adaylığına atanacaklarda aranacak genel koşulların yanı sıra, adli yargıda adaylar için, sadece hukuk fakültesinden mezun olmayı öngörmesine karşın, idari yargı hakim adaylığına atanacaklar için, idari yargının özelliği gereği “...Hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilimler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış...” olmak koşulunu aramış bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, idari yargı hakimliğinin kaynağı, hukuk fakülteleri ile programlarında hukuk bilgisine yer veren öğretim kurumlarıdır.

Biz de, bu ikili ayrıma koşut olarak, hukuk fakülteleri ile programlarında hukuk bilgisine yer veren öğretim kurumlarındaki idare hukuku öğretimi, aynı ayrı inceleterek, buna ilişkin sorunları belirtmeye çalışacağız.

Günümüzde, özellikle 1982 yılında Türk İdari Yargısında yapılan köklü değişikliklerle, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kurularak, İdari Yargının ülke genelinde örgütlenmesi ve zamanla kimi genel ve özel idare hukuku alanlarının önem kazanması, nitelikli idare hukukçularına olan gereksinimi artırmasına karşın, İdare Hukuku dersinin kapsam, içerik ve yönteminde yeterli yenileşme yapılmamış, İdare Hukuk öğretimi bu değişim ve gelişmelere uyum sağlayamamıştır.

Bilindiği gibi İdare Hukuku, İdarenin kuruluşu, idarenin faaliyeti ve bu faaliyetin hukuka uygunluğu demek olan “İdari Yargı” olmak üzere üç temel konuyu içermektedir.

Hukuk fakültelerinde okutulan dersler ile ders saat sayıları çok küçük değişikliklerle birbirinin aynıdır. Örneğin Ankara Hukuk Fakültesi ders programı incelendiğinde, idare Hukuku dersinin ikinci sınıfta haftada üç saat, İdari Yargı dersinin üçüncü sınıfta haftada iki saat okutulmakta olduğu görülmektedir.

Haftada üç saatlik bir programla, Anayasal çerçevede ele alınarak idarenin kuruluşu; idari faaliyetlere ilişkin

olarak ortaya çıkan idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmelerle birlikte, kamu personeli ve kamu malları hukuki rejimi konularının işlenmesine ve öğretilmesine, altını çizerek belirtmek istiyorum, kesinlikle olanak görülmemektedir.

Son yıllarda özellikle idare hukukunun kapsamı genişlemiş, kimi genel idare hukuku konuları önem kazanmıştır. Bu bakımdan, genel idare hukuku kapsamında özel önem taşıyan konuları içeren “İdare Hukuku Özel” adlı bir ders programa konulmalıdır. Bu derste, örneğin; kamu personeli, kamu malları, mahalli idareler ve mahalli idareler maliyesi gibi genel idare hukukunun zamanla önem kazanan konuları ayrıntılı olarak işlenmelidir.

Bunun için, kimi zorunlu derslerin ders saat sayılarının azaltılmasına olanak bulunamazsa, ders programına yapılacak, haftada birkaç saatlik, hiç de önemli sayılmayacak bir ilave ile bu değişiklik mutlaka gerçekleştirilmelidir.

Özetle; hukuk fakültelerinin üç temel konusundan Medeni Hukuk dört yıl ve beş ayrı ders halinde, Ceza Hukuku da genel, özel ve yargılama olarak üç yıl ve üç ders halinde okutulurken, İdare Hukuku’nu İdari Yargı ile birlikte toplam haftada sadece beş saatlik bir derse hapsedmenin hiçbir mantıksal gerekçesi bulunmamaktadır.

Öte yandan programlarında hukuk bilgisine yer veren öğretim kurumla-

rında, örneğin Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi bölümünde, İdare Hukuku 2. sınıf 1. yarıyılıda haftada üç saat, 2. sınıf 2. yarıyılıda, haftada üç saat, idari yargı da hukuk fakültelerinden 1 saat fazla olarak 4. sınıf ve 1 ve 2. yarıyılıda haftada üç saat okutulmakta, ayrıca genel ve özel idare hukuku konularına ilişkin olarak da, Kamu Maliyesi, Yönetim Bilimi, Yönetim Psikolojisi, Türk Kamu Yönetimi, Çevresel Politikalar, Kentsel Politikalar, Maliye Politikası, Personel Yönetimi, Mahalli İdareler ve Türk İdare Tarihi dersleri de programda yer almış bulunmaktadır.

Bu durum, hukuk fakültelerine göre, siyasal bilgiler fakültelerinin kamu yönetimi bölümünde, idare hukuku konularının, amaca ve bilimsel gerekçelere uygun olarak, daha ağırlıklı ve ayrıntılı bir biçimde işlendiği açıkça ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak; ne denli çağdaş ders programları ve yöntemlerinden söz edersek edelim, öğrenci sayısı azaltılmadıkça, bilimsel nitelikleri yüksek yeterli öğretim kadrosu oluşturulmadıkça, ders program ve yöntemleri, çağın gerekleri ile uyumlu hale getirilmedikçe, gerekli fiziki olanak ve donanım sağlanmadıkça, nitelikli hukuk öğretimi ve hukukçu yetiştirilmesine olanak görmediğimizi, birkez daha vurgulamak isterim.

Yolsuzlukla Mücadelenin Yasal ve Hukuksal Çerçevesi^(*)

Prof. Dr. İl Han Özay^(**)

Yolsuzluk ve kokuşma ile mücadelede en etkin silah "günışığında yönetim"dir. Nitekim dilimizde "güneş girmeyen yere hekim girer" diye çok güzel bir halk deyişi olduğu gibi, Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesinin en ünlü yargıçlarından Brandeis, "eğer güneş en etkin mikrop öldürücü ise ışık da en iyi koruyucu ve kolaycıdır" demek suretiyle bu gerçeği en öz ve anlamlı bir biçimde dile getirmiştir.

Yönetimin "kuruluş"u demokratik olabilir, yani kamu görevlilerinin hemen hemen tümü Birleşik Devletlerdeki gibi seçimle işbaşına gelebilirler, ancak bu "işleyiş" in de kendiliğinden demokratik olacağı anlamına gelmez. Öyle ise, kamu yönetiminde işleyişin

de demokratik olabilmesinin ilk şartı "saydamlık"tır.¹ Ne var ki "saydamlık" herhangi bir cismin önünden arkasının görünmesi anlamını taşır ve bazen görünen "arka" hiç de güzel olmayabilir.

Kamu hukuku dış görüntüsü özenli ve tertemiz bir yapıya benzer. Bu yapının içi ise hiçbir zaman uyulmamış ilkeler ve uygulanmamış kurallarla doludur. (Antonio MARONGIU)

Yönetimin kuruluşunun demokratik olması, yani kamu görevlerine seçimle gelmesi ve saydamlık, işleyişin de demokratik olabilmesinin ilk şartıdır, ancak, tek başına yeterli değildir.²

İşleyişin de demokratik olabilmesi için :

(*) "Yolsuzluk ile Savaşım Stratejileri/Uluslararası Sempozyum" "Anti-Corruption Strategies/An International Symposium" konulu, HFSA, "United States Information Service", "The British Council", "Goethe Institut İstanbul" "Istituto Italiano di Cultura İstanbul" tarafından 29.9-3.10.1997, tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilen ve 6 ülkeden 35 bilimci ve felsefecinin katıldığı sempozyumda sunulmuştur.

(**) Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Nitekim bir genel seçimde yazılı basında tam sayfa olarak Sayın Süleyman Demirel'in boy resmi yanında "Karakolların duvarları camdan olacak" sloganı yayınlanmıştı. Ancak, yine aynı günlerde Karadeniz kıyı kesimindeki bir kentte, emniyet görevlilerinin kendileri hakkında bir eleştiri yazısı yazmış bulunan bir kimseyi karakola çağırarak ona gazetenin o nüshasını yedirdikleri haberi de yer alıyordu. Siz duvarları camdan olan bir karakolun önünden geçerken bunu görürseniz, belki de ne yedirdiklerini anlamadan adamın etrafında pervane olarak kendisine izzeti ikranda bulunduklarını sanırsınız. Hani Hoca'ya "Helada sakız çiğnenir mi" diye sorduklarında verdiği cevap gibi : "Çiğnenir ama dışarı çıkınca ağzınızı oynatmayın, sonra başka bir şey yediğinizi zannederler."

2 Bunun en güzel kanıtı ABD'dir. Nitekim orada Federal düzeyde olanlar hariç yargıçların bile seçimle işbaşına gelmelerine karşın yönetimin işleyişinin de demokratik olabilmesi için çareler araştırılmış ve biraz sonra anlatacağım bir sistem oluşturulmuştur.

1- Yönetimin karar alma mekanizmasının, tıpkı Yargı ve Yasamada olduğu gibi bir usul yasası ile belirlenmesi,³

2- Karar alma mekanizmasına ilgililerin aktif bir biçimde ve yetki ile donatılmış olarak katılabilmesi için yönetimin elindeki, doğası gereği gizli kalması gerekmeyen, her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme hakkının sağlanması⁴ ve

3- Özellikle kurul halinde karar veren yönetim birimlerinin toplantılarının herkese açık olması ve ilgililerin söz alarak görüşlerini açıklamalarına olanağının bulunması.⁵

Bu üç unsur, hem "demokratik" hem de "saydam", yani tam anlamıyla bir "Günışığında yönetim" i sağlar ve gerçekleştirir.⁶

Bu teorik çerçeve içinde yapılması gereken ilk iş, İdarenin karar alma mekanizma ve sürecini, tıpkı

"Yargı"daki gibi bir "usul yasası" ile belirlemektir.⁷

Yukarıda değinilen Amerikan "Government in the sunshine/ Günişığında yönetim" sistemi yaklaşık otuz yıl süren bir deneyim sonucu ortaya çıkmıştır, ama bizim de böyle yapmamız gerekmez. Tam tersi, başkalarının deneyimini örnek alıp o tür bir yasal düzenlemeye gitmek en doğru davranış olur. Dolayısıyla, bu usul yasası mutlaka katılımı da sağlamalı ve katılımın etkili olabilmesi için de ilgililerin kamu yönetiminin elindeki bilgi ve belgelere kolayca ulaşabilmesinin yollarını da öngörmelidir.⁸

Ülkemizde şimdi yürürlükteki sistemin yolsuzluklara elverişli bir zemin oluşturmasının nedeni kamu yönetiminin "kapalı kapılar ardında" tek yanlı olarak karar alıyor olmasındır. Bu mekanizma ve sürece ilgililer ancak "gayrimeşru" yollardan

3 Amerika Birleşik Devletlerinde 1946 yılında çıkarılan "Administrative Procedure Act/Yönetmelik Yöntem Yasası".

4 "Freedom of Information Act/Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası".

5 "Sunshine Act/Günişığı Yasası".

6 Bizde usul yasaları, Yasama ve Yargı dışında her konuda ayrı ayrı olmak üzere sadece vergilendirme ve kamulaştırma ile kamusal ihale alanlarında vardır. Buna karşılık Kamulaştırma ve Vergi Usul yasaları katılım ve açıklığı çok sınırlı bir biçimde sağlamakta, Devlet İhale Kanunu sistemi ise bu konuda biraz daha "günişığında" gibi görünmektedir.

7 İkinci Dünya Savaşı izleyen yıllarda İspanya, İsviçre, 1976'da Federal Almanya, daha sonra Fransa ve İtalya, Birleşik Devletler örneğini izleyerek, yargısal olmayan genel idari usul konusunda yasal düzenlemeler yapmışlardır. İtalya'nın bu kervana en sonra katılmasının nedeni ise İdarenin direnmesi olmuştur, zira genel idari usule ilişkin bir yasa "keyfi" davranışa bir ölçüde engel olduğundan kamu yetkililerinin pek de hoşuna gitmemektedir.

8 Örneğin, Sıddık Sami Onar, belediyede birden fazla imar planı bulunduğunu, eğer sizi yararlandırmak istiyorlarsa bunlardan birini, yok işinizi yokuşa sürmek istiyorlarsa diğerini uyguladıklarını söylerdi. İstanbul nazım planı üzerinde yıllarca çalışmış bulunan İtalyan şehircilik uzmanı profesör Piccinato da bana, belli ölçekli bir takım maketlerin de yapılması zorunluluğundan söz etmişti. Aksi takdirde sadece paftaların anlaşılmasının çok zor olduğunu ve plandaki bazı verilerin farklı biçimde yorumlanabileceğini anlatmıştı. Gerçi bu tür teknik bir güçlük o belgeye ulaşan ilgili için de sözkonusudur, ama hiç olmazsa güvendiği bir uzmanın görüşünü alarak İdarenin gösterdiği gerekçenin doğru olup olmadığını sınavabilir.

katılabilmekte ve bunun adı da "rüşvet" olmaktadır. Kapalı kapılar ardında, tek yanlı olarak alınan idarî kararlar karşısında tek çare yargı yoludur ki, bu da hem bir "hastalık hali" hem de masraflı, külfetli ve ülkenin global ekonomisi bakımından da "antiekonomik"tir. Nitekim, önceden gayrimeşru yollara başvurmayanların birçoğu, haklarını Yargı önünde korumaya çalışacaklarına, sonradan türlü yöntemler ve genel olarak "hediye" adı verilen aracı kullanıp "İdare"yi karar değiştirmeye "ikna" etmeye çalışmakta ve bunda başarılı da olmaktadır. Önceden verilenle sonradan verilen arasında da aleyhte epeyi bir fark olduğu söylenmekteyse de pratik olarak böyle bir yolu hiç denemediğimden bunun doğruluğu konusunda yemin edemem. Ancak bu işin yolunun yordamının

bu olduğunu Mısır'daki sağır sultan bile duymuştur.

Buna karşılık, başta da belirtildiği gibi, ilgililerin karar alma mekanizma ve sürecine izleyici olarak değil "yetkiyi paylaşan"lar olarak katılımı ve görüşünün alınması,⁹ İdarenin elindeki tüm bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı¹⁰ sağlandığı ve bağımsız "Yargı" güvencesi altına alındığı¹¹ taktirde, İdareyi ne önceden ne de sonradan gayrimeşru yol ve vasıtalarla, belli kişisel çıkarlar doğrultusunda etkileyip, kamu yararı dışında uygulamalar yapabilme olanağı büyük ölçüde ortadan kalkabilecektir.¹²

Böyle bir sistemi gerçekleştirebilmek "demokratik" olduğunu iddia eden bir toplum için hiç de zor olmamak gerekir. Şubat 1992'de Ankara'da Milli Kütüphanede yapılan ve bu tür bir katılımcı demokratik yönetim

⁹ Bu tür bir katılımın sadece yasada öngörülmesi değil, aynı zamanda bağımsız "Yargı"nın da güvencesi altında olması gerekir. Örneğin Amerika'da Hudson Vadisinde kurulacak bir hidroelektrik santrali için izin verilmesi üzerine, konu "Hudson Nehri Manzarasını Korumacılar Grubu" isimli bir topluluk tarafından, ilgili olarak kendi gönülleri alınmadığı gerekçesiyle, Federal Yüksek Mahkeme önüne kadar götürülebilmıştır. Supreme Court da 1966 tarihli "Scenic Hudson Preservation Conference" kararında, "kamu yararı hiç kimsenin bu arada İdarenin de tekelinde değildir; her kim ki kendini bu konuda ilgili görür onun menfaatinin korunması gerekir" diyerek izni, bizim hukuk düzenimizin terimiyle "iptal" etmiştir.

¹⁰ Pek tabii olarak askeri, siyasal ve ticarî sırlar söz konusu ise bunlara ilişkin bilgi ve belgeler herkese verilmaz. Buna karşılık ihaleler, imar planları, inşaat izinleri ve benzeri gibi konulardaki bilgi ve belgelerin gizliliği söz konusu olmamak gerekir. Ülkemizde, ilgililerin bir ölçüde kendilerinin malı olan belgelere ulaşmaları bile İdarenin "ihvan"ına bağlıdır. Örneğin Üniversitede başarısız olan öğrencilere sınav kağıtlarını göstermek tamamen öğretim üyesinin takdirine kalmıştır. Orta öğretimde de, sınav kağıdını göstermek değil de sadece aldığı notun yüzdesi hakkında bilgi verilmiştir. Bazı bilgi ve belgelere ulaşabilme olanağı bizde basın için bile sınırlıdır. Dikkat edilirse kamusal yaşam bakımından çok önemli ama gizli tutulan bilgi ve belgeler, zaman zaman medyanın eline geçmekte ünlü bazı sunucular bunları açıklayıp tartışarak büyük skandallar yaratmaktadır.

¹¹ İtalya'nın efsane savcısı Di Pietro, İstanbul'daki bir söyleşisinde, ünlü "Temiz eller" operasyonunun büyük başarıya ulaşmasında ülkedeki dinamik güçler ve kamuoyu kadar "Yargı"nın bağımsızlığının da etken olduğunu vurgulamıştı.

¹² Böyle bir sisteme geçildiğinde, İdarenin zaten yavaş olan karar alma mekanizmasının daha da yavaşlayacağı eleştirisi ile karşılaşmak mümkündür. Ancak bu yasal düzenlemeyle önlenemez ve hatta süreç hızlandırılabilir. Nitekim bugünlerde İtalya'da yapılan bir reform sayesinde idarî muamelelerin hızlanması ve yararlanın eski sıkıntılarından kurtarılması mümkün kılınmıştır.

modelini savunduğum "Anayasa Kurultayı"nda yorumculardan biri, "herkesin işi gücü mü yok ki gidip araştırsın ve görüş açıklasın" demişti. İşin garibi bu zat ünlü bir basın mensubuydu. "Beiki" diye cevap ver-

dim: "Ama bunu iş gücü edinenler de çıkabilir."

Zaten bazı düzenlerde demokrasi de "bir kaç iyi adam" sayesinde yaşamaya devam edebilmektedir.

Yolsuzluklar^(*)

Sami Selçuk^(**)

"Baylar! Bu vesileyle saygıdeğer ulusuma şunu salık veririm ki; bağrında yetişerek başının üstüne kadar çıkacağı adamların kanındaki, vicdanındaki asıl özü/mayayı çok iyi irdeleyip çözümlemeye özen göstermekten hiç bir zaman vazgeçmesin!"

Atatürk (1927)

"Bir ülkede namuslular en azından namussuzlar kadar yürekli olmazlarsa o ülke muhakkak batar."

İnönü (1931)

"Ülke, moral bir çöküntü içindeyken susan o yansızlar için cehennemde özel bir bölüm hazırladım."

Dante

GİRİŞ

Nerede yeni bir kurum/olgu ortaya çıkmışsa, sevaplarıyla günahlarını kendisiyle birlikte getirmiştir. Devlet de böyle. Vazgeçilmez bir kurum. Güvenlik için, adalet v.b. için zorunlu. Ama, devletin örgütlendiği her toplumda yeni suç tipleri türemiştir. Çünkü devlet, güvenliği sağlamak, adaleti dağıtmak için insanları kullanacak. Bu insanlara görevlerini yapabilmek için

yetkiler verilecek, onlar da bu yetkilerini zaman zaman fırsat buldukça kötüye kullanacaklardır. Kimileri de bu yetkileri kullananlara karşı suç işleyecektir.

Demek, nerede bir devlet ya da benzeri örgüt varsa, orada devlet yetkisini kullanan görevliler olacak; bu görevliler zaman zaman devlet hazinesini yiyecekler (zimmet), özel kişilerden para alacaklar (yiyicilik, rüşvet), yasa dışına çıkacaklar (görevde yetkiyi kötüye kullanma), üçüncü kişiler ise bu yetkileri kullananlara zaman zaman karşı çıkacaklardır (görevliye direnme, sövme vb.).

Özetle, devlet/yönetim hem vazgeçilmez ve hem de suç üreten bir olgudur.

GEÇMİŞTE

Eski Hintte M.Ö. 400 yıllarına ait bir hukuk kitabına göre, zimmet, devlet parasını çalma cezalandırılmış; İngiliz yönetimine kadar hükümdarlar, memurluk makamlarını satmışlardır. Parayı en çok veren, makam almıştır.

(*) "Yolsuzluk ile Savaşım Stratejileri/Uluslararası Sempozyum" "Anti-Corruption Strategies/An International Symposium" konulu, HFSA, "United States Information Service", "The British Council", "Goethe Institut İstanbul" Enstitu Italiano di Cultura İstanbul tarafından 29.9-3.10.1997, tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilen ve 6 ülkeden 35 bilimci ve felsefecinin katıldığı sempozyumda sunulmuştur.

(**) Yargıtay Onursal Başkanı

Sami Selçuk

Rüşvet üzerine kurulan bu devlette, halk yoksullaşmıştır.

İlk çağ İran'ında da aynı. Bölge valileri (satraplar), Osmanlıdaki gibi, saraya armağan sunarlardı. Kendileri de rüşvet/armağan alırlardı. Yargıçların rüşvet alması ağır suçtu. II. Kambises (529-522), rüşvetçi yargıç Sisamnes'in derisini yzldürerek öldürmüş ve Sisamnes'in oğlu Ottanes'i aynı göreve atamış, atarken eski yargıcın derisini yargıçlık sandalyesinin üzerine gerdirmiş ve yeni yargıca da "nasıl bir sandalye üzerinde oturduğunu unutmamalısın" demiştir (M.S. 24). Eski İran'da "kralın gözü" diye adlandırılan memurlar, yolsuzlukları denetlemişlerdir.

Gelişmiş bir yargıya sahip olan Sümerler'de, ayrıca Asur ve Babiller'de rüşvet cezalandırılmıştır (Hamurabi Yasasının 5. maddesi).

Tevrat'ta rüşvet yasaktır, büyük günahdır.

Eski Mısır'da da rüşvet yaygındı. Belgeler bunu kanıtlamaktadır. II. Ramses döneminde de, bu sürüyor. Mısır'da bilgeler, imparatorlara memurlara bol maaş verilmesini öğütlemişlerdir.

Mısır'da daha sonraları da yolsuzluklar sürmüş, memurluklar satılmıştır.

Eski Yunan'da iyi yurttaş zengin olmalydı. Bu ise rüşveti, yiyiciliği kışkırttı. Rüşvete karşı savaş açan Demosten, rüşvetten hüküm giydi. Platon bu suça karşı ölüm cezasını önermiştir. Memur ayrıldığında hesap vermiş, bir günde biten davalara hangi yargıçların katılacağı da belli olmamıştır.

Roma'da rüşvetin cezası ölümdür. Ancak, makamlar satın alan görevliler, yaptıkları giderleri geri almak peşindeydiler. Toprak aristokrasisi rüşvetle iş yaptırmaktaydı.

Germen hukukunda da yolsuzluklar vardı. Bunlara karşı ölüme kadar varan cezalar öngörülmüştür.

Kilise hukukunda da durum aynıdır. Fas ve Sudan'da; Venedik'te, İngiltere'de, Rusya'da, Macaristan'da, Avusturya'da İspanya'da, İtalya'da, Kral I. James bir Venedik elçisine "rüşvet alanları cezalandırmaya kalksam, cezalandırılmadık uyruğum kalmaz" demiştir. O dönemde Bacon rüşvetle suçlanmış, tantanalı yaşamının ve armağan almanın bedelini 1621'de hüküm giyerek ödeyip, hapse girmiş. 1624'te kral kendisini bağışlamıştır.

Kuran'da bu tür suçlara pek değinilmemiştir. Ancak Peygamberce lanetlenmiş, Halife Ömer ve Ali de bu suçlara karşı savaş açmışlardır. Osman ise armağanlara düşkün bir halife olmuştur. Emevîler, Abbasiler dönemlerinde de rüşvet çoktur.

Eski Çin'de ise, yöneticiler birbirlerine bile rüşvet vermişlerdir. Moğollar'da, Selçuklular'da da yolsuzluklar vardır.

Osmanlılar'da ise memur atamalarında, hizmetler satılmıştır. Vezir-i azamlık bile satın alınmıştır. Askeri kişiler, görevleri ile ilgili rüşvetler almışlardır. Mali işlerde defterdarlar yolsuzluklar yapmışlardır. Bayındırlık ve sağlık işlerinde, ülkede gezmek ve zulümden kurtulmak için rüşvet verilmiştir. Çandarlı Kara Halil Paşa, oğlu Ali Paşa, Rüstem Paşa, Sokullu Meh-

met Paşa'ların rüşvetçilikleri ünlüdür.

Osmanlılarda yargıda kadıların rüşvet öyküleri ünlüdür. Çünkü kadılar, yalnız adalet dağıtmamışlar, maliye, ordu ve belediye hizmetlerinde de önemli görevler üstlenmişlerdir.

Osmanlı'da, yöneticiler sultanın önünde bile zaman zaman birbirlerini rüşvetçilikle suçlamışlardır.

Osmanlı sultanları yolsuzluklarla elbette savaştılar. I. Beyazıt, III. ve IV. Murat, III. Osman, III. Selim gibi 16. yüzyılda Sarı Mehmet Paşa yolsuzluklarla savaşı önermişlerdir. Savaş kısmen sonuç vermiştir. Tanzimatta, görevli göreve başlarken rüşvet almaya çağına dair Kuran'a el basıp ant içmiştir.

Çandarlı, Hadım Hasan Paşa, Hafız Beşir Ağa rüşvet nedeniyle öldürülmüşlerdir⁽¹⁾.

Mahmut Şevket Paşa, sadrazamlığı sırasında günlük tutmuştur. 13 Şubat 1913'te şunlar yazılıdır: "Aynı gün hükümetçe 20 maden imtiyazının verilmesini kabul ettik. Bu maden imtiyazlarını isteyen iş sahipleri uzun zamandan beri oyalanıyordu. Bizden önceki hükümetlerin bu oyalamadan maksatları, iş sahiplerini müracaata mecbur bırakıp para almakmış."

"Yani aynen Sultan Hamit devrinde olduğu gibi. Beyazıt-Şişli arasında tünel yapılması projesi de bu suretle uyutulmuştu. Bu tünel projesi hükümetçe tasdik edilmiş, padişahın iradesi bile alınmış olduğu halde, harekete geçilemiyordu. Eski sadrazam Sait Paşa bu imtiyazı vermek için Deutsche Bank'tan 15.000 altın rüşvet iste-

miş. Bunu Almanya Büyükelçisi Baron Von Wangenheim bizzat bana söyledi. Gene Alman Büyükelçisi dedi ki: "-Bunun üzerine Alman, İngiliz ve Fransız maliye grupları, Türkiye'ye borç vermemek üzere karar aldılar. Bu mesele üzerinde tahkikat yaptım. Öğrendim ki, bir Fransız firmasının temsilcisi de, bu Beyazıt-Şişli tüneli imtiyazının Almanlara değil, kendilerine verilmesi için Osmanlı hükümetine üç milyon altın teklif etmiş." (Bu günlük, 1988 ARBA yayınlarında çıkmıştır).

Bu konularda örnekler saymakla bitmeyecek denli çoktur.

Geçelim ve günümüze gelelim.

GÜNÜMÜZDE

Günümüzde de yolsuzluklar sürüyor. Demokratik ülkelerde de var, tümelci ülkelerde de. Ancak bir farkla. Birincilerde koku çabuk duyuluyor.

Hindistan başbakanlarından Rao'nun bir adı da "Bay Temiz'dir. Ama 1991 seçim kampanyasında işadamı Harsan Mehta, "Bay Temiz'e 4 milyar lira para; bir başkası yine "Bay Temiz'e, Rao'ya içinde telefon numaralarını içeren kasetin de olduğu para çantası 4.11.1991'de verdiğini açıklamıştır. Rajiv Gandhi döneminde ise, işviçreli bir tacir, pazar kapmak için başbakanın yakın çevresine 100 milyar rüşvet dağıttığını söylemiştir.

Gonzales, İspanya'da artan yolsuzluklar nedeniyle iktidarını yitirmiştir.

Yunanistan'da Kostakos skandalı o dönemin iktidarını yıpratmıştır.

Güney Kore'de 1980'lerin sonlarında mal bildirimi zorunlu kılındı. 77 yüksek görevli görevlerinden ayrıl-

mıştır. Yolsuzlukları inceleyen kurulun üyesi Lee Chung Boon'un adı da yolsuzluğa karışmış, yüksek düzeyde avukatlık ücreti aldığından (1.23 milyon dolar) kuruldan ayrılmak zorunda kalmıştır. Devlet başkanı kim Young-Sam, yolsuzluklara karşı savaş açmış; eski devlet başkanları Chun-Doo-Hvan ve Rob Tae-Woo hakkında da soruşturma başlatmıştır.

Fransa'da geçen yüzyılda nüfuz ticareti eylemi cezalandırılmıyordu. Yāsalar da bu konuda bir hüküm yoktu. Milletvekilleri, bürokratlar bundan yararlanarak çıkar sağlıyorlardı. Derken, Cumhurbaşkanı Grevy'nin damadı milletvekili Wilson'un nüfuz ticareti yaparak nişan dağıttığı kanıtlandı. Ancak, eylemini cezalandıracak bir madde olmadığından Wilson aklandı. Bu skandal üzerine 4.7.1889'da nüfuz ticaretini cezalandıran yasa çıkmıştır.

1990'ların başında yaşanan Tapie olayı Fransa'da çalkalanırlara yol açmış; bir evi ucuza satın aldığı dedikoduları üzerine Başbakan Beregovoy kendini öldürmüştür.

Amerika'da 1951'de yapılan bir inceleme, 608 olayda 759 suçlunun yüksek konumda olduğunu, 1941'de bankalarda çalışan yüz kişiden yirmisinin suç işlediğini ortaya koymuştur.

İTALYA ÖRNEĞİ

İtalya'da yaşananlar bütün dünyada heyecanla izlenmiştir. Bunun üzerinde biraz duralım.

Bu ülkedeki "temiz eller (mani pulite)" eyleminin başladığı tarih 17.2.1992'dir. 17 Şubat günü Sosyalist Parti'nin ortaboy bir yöneticisi olan

Mario Chiesa'nın eşi, tuttuğu evin kirasını, nafakayı ödemeyen kocasının rüşvet yediğini Milano Savcılığına duyurdu. Öğrenciliğinde park bekçiliği, garsonluk, işçilik yapan 42 yaşındaki C. Savcısı Di Pietro, şirketinin yöneticisi Magni'yi kullanarak, Chiesa'yı önce numaraları belirlenen 7 milyon lireti rüşvet alırken suçüstü yakalattı. Chiesa'nın bilgisayarında aralarında ünlü politikacıların da bulunduğu 7000 ad, rüşvet zincirinin halkaları olarak görülüyordu. Di Pietro o anda ellerini rüşvetler, yolsuzluklar kovana soktuğunu gördü. Çünkü rakamlar astronomik miktarlara ulaşıyordu ve Chiesa aldığı rüşvetleri, Milano Belediye Başkanı Pilliteri'ye parti adına veriyordu. Pilliteri ise, Sosyalist Parti Genel Sekreteri Craxi'nin kayınbabasıydı. Zira Chiesa aldığı rüşvetleri Craxi'nin banka hesabına yatırdığını söylüyordu. Yargıçlar/savcılar, Di Pietro, Colombo, Barelli ve d'Ambrosio'lar Ağustos 1993'e değin 2400 kişi hakkında yolsuzluk davaları açtılar. Bunlardan, aralarında AS Roma Kulübü Başkanı Ciaropico'nun da bulunduğu 1400'ü tutuklanmıştır. 344 dava da siyasetçiler hakkında açılmıştır. Eski Başbakan ve Sosyalist Parti Genel Sekreteri Craxi için açılan dava onaltıya ulaşmıştır. Beş eski başbakan, aralarında Amato hükümetinin Adalet bakanı Martelli, Sağlık Bakanı De Lorenzo, Maliye Bakanları Gorla ve Reviglio, Tarım Bakanı Fontana'nın da bulunduğu, otuz bakan, Liberal Parti Genel Başkanı Altissimo ve yardımcısı, Bastranini, parlamentonun dörtte birini oluşturan 40 senatör, 150 millet-

vekili hakkında dava açılmıştır. Ortaya çıkan gerçekler çok şaşırtıcı olmuştur. İlaç stoklarından tiyatrolara, ihalelere dek yolsuzluğun girmediği kurum kalmamış, rüşvetler koalisyondaki ağırlık ve oy oranına göre üleşilmiştir (lottizzazione). KİT'ler sağılmış, parti adına çalışanların % 60'ı kendi kişisel hesaplarının ardına düşmüştür. Olivetti'nin patronu Carlo de Benedetti PTT'ye kendi iletişim kuruluşunu satılabilmek için rüşvet verdiğini söylemiştir. Craxi'nin aldığı rüşvet 525 milyar TL tutarındadır. Başbakan Yardımcısı Martelli ve Dışişleri Bakanı Michelis de rüşvetin içindedir.

Koalisyonun Hristiyan Demokrat kanadı ise, hem rüşvete ve hem de mafyaya bulaşmıştır. 33 kez bakanlık, 7 kez başbakanlık yapan Andreotti hakkında adam öldürmeye azmetirme ve mafyaya suç işletme eylemlerinden dava açılmıştır. Andreotti kendisini öldürmeye kalkışmıştır. Bu kirlenme nedeniyle partinin adı Temmuz 1993'te İtalya Halk Partisi diye değiştirilmiştir. Bu arada iki iş adamı kendini öldürmüştür. ENİ (kömür ve enerji işletmesi) skandalı nedeniyle bu partinin eski Genel Sekreteri Forlani ile (Maliye) Bakanı Pomicino hakkında rüşvet soruşturması açılmıştır. ENİ'nin sırtından 245 milyar lira rüşvet yenmiştir. Ağustos 1993'te, ENİ Genel Müdürü Gagliari, Palermo'lu iş adamı Magro'nun ve Agnelli, De Senedetti, Berlusconi ile birlikte çizmenin ilk dört zengininin biri olan Gardini'nin ölmü toplumu şaşırtmıştır. Kimya sanayicisi Gardini ENİ'yi ele geçirme için en astronomik rüşveti vermiştir. ENİ

bütün rüşvetlerin odağı olmuştur ve 300 milyar liret rüşvet iki partiye eşit dağıtılmıştır.

Bu arada, C. Savcısı Di Pietro işi hızlandırmış, iş adamlarına yönelmiştir. Politikacıların çoğunun dokunulmazlığı iş adamlarında yoktu, çünkü. Tutuklama önlemi iş adamlarını konuşturmaya itmiştir. 800 işadamı konuşmuş, Fiat, Olivetti, Gininvest-ki Berlusconi'ye aittir- gibi büyük kuruluşlar yara almıştır. De Benedetti 1989-1991 arasında ihaleler nedeniyle 9 milyar liret dağıtmıştır. Bu arada, Gardini, "hiç kimse suçsuz değil, herkes sistemden sorumlu" diyerek kendini öldürmüştür.

Kuşkusuz İtalya'nın ve İtalyan sanayinin saygınlığı bu olaylar nedeniyle çok örselenmiştir. Tekstil patronu Luciano Benetton, "Şu durumumuza bakınız. Latin Amerikanın muz cumhuriyetlerinden daha kötüyüz. Yolsuzluk ve mafia batağında çırpınıyoruz." diyerek kazaklarından "made in Italy" etiketlerini kaldırmış, "made in Europe" etiketini koymuştur.

İtalya'da kurumlaşan bu yolsuzluğun üstesinden yargı gelmiştir. Böylece bağımsız yargının önemi bir kez daha kanıtlanmıştır. Devlet yönetiminde temizlik için dünyada "yargıçlar dönemi", politikada "arındırıcı yargıçlar" çağı başlamıştır (Bakır Çağlar, Türkiye'de Di Pietrolar üretmek çok zor!, YeniYüzyıl, 26.12.1996).

Bir ara İtalya'da, soruşturmanın gizli yürütülmesi, gözaltı ve tutuklama sürelerinin uzatılması, (sözgelimi Milano'da 850 kişiden 315'inin süreleri uzatılmış, 11'inin uzatılmamıştır),

ENİ Genel Müdürü Gagliari'nin 134 gün süren gözaltı ve tutukluluk yaşamının 20 Ağustos 1992'de kendini çorapla boğarak öldürmesiyle sona ermesi ve ailesine yazdığı mektupta C. Savcılarını 45 gün anlatımını almadan tutmakla suçlaması; tarım işletmesi Feruzzi'nin yöneticisi Gardini'nin eski yardımcısınca suçlanması üzerine anlatımı alınmadan kendisini tabancasıyla öldürmesi, Sicilya'lı Magro ile intihar sayısının 12'ye, yürek durmasından ölenlerin 2'ye yükselmesi bir ara İtalya'da c. savcılarını terörünün estirildiği sanısını uyandırmışsa da bu kalıcı olmamıştır.

YOLSUZLUK AYRIKTIR/GÜZEL ÖRNEKLER DE VAR

Düş kırıklığına gerek yok. Suç işleme kural değil, kural dışıdır (istisnadır). Her ülkenin tarihinde parlak örnekler de vardır.

Rüşveti, yolsuzluğu hiç bir halk icat etmemiştir. Devletin bulunduğu her yerde vardır. Orhun yazıtlarında, rüşvet nedeniyle verilen armağana "ağı" denmiş; Kaşgarlı Mahmut'un Divan-u Lugat-it Türk'ünde "orunç" yetkilisinin rüşvet aldığı anlamına elbette gelmez. Bu nedenle rüşvetin/yolsuzluğun ayrıklığını gözeterek çok uyanık olmak, ivedi yargılardan kaçınmak gerekir. Şu olay ders vericidir. Eski diplomatlardan Kütahya milletvekili, Maliye Bakanı Ahmet Ferit Tek hakkında dört Ermeni'ye İstanbul'a dönüş izni vermesi nedeniyle soruşturma açılır. İç İşleri Komisyonuna göre Bakanın cezai değil, siyasal sorumluluğu vardır bu olayda. Ferit Bey 18 Şubat 1925'te

Meclise şöyle konuşur: "Efendiler! Devlet işinde memleketi idareye memur ettiğiniz adamların namusları, bir servet-i milliyedir. Bunları muhafaza ediniz." (TBMM Gizli Oturum Tutanakları, cilt 4, s. 503). Elbette bu, sorunun bir yüzüdür. Ülke yönetimini her yönden yeterli ve yetenekli insanlara vermek ise bir hünerdir. Öbür yüzünde de bu vardır. Yüce Atatürk "Söylev"inde bunu şöyle dile getirmektedir: "Efendiler! Bu vesileyle muhterem milletime şunu tavsiye ederim ki; sinesinde yetişerek başının üstüne kadar çıkaracağı adamların kanındaki, vicdanındaki cevher-i asli-yi, çok iyi tahlil etmek dikkatinden bir an faragat etmesin!" (Nutuk, 1952, II, s. 607).

Parlak örnekler hep bu soylu kanlar, vicdanlar sayesinde sergilenmiştir.

Atatürk, Paris'teki Büyükelçi Münir Erteğin'den Rene Grousset'nin iki ciltlik "Uzak Doğu Tarihi" adlı yapıtını göndermesini ister. Elçi kitabı gönderir ve tutarı olan 571.80 Franklık faturayı da ödenmek üzere Dış İşleri Bakanlığına yollar. Bunu öğrenen Atatürk Dış İşleri Bakanlığından faturayı hemen aldırıp parayı kendisi öder.

Bir başka örnek de İnönü'den. Başbakan bir akşam Atatürk'ün yanına gelir. Çok sinirlidir. Atatürk anlar ve ne olduğunu sorar. T. Hava Kurumu Yönetim Kurulu toplantısında hesaplar yapılmış, ancak 40 paranın, yani bir kuruşun oynadığı görülmüş. Uzun araştırmalardan sonra bunun yanlış yazımdan kaynaklandığı anlaşılmış ve Başbakan İnönü rahatlamış. Ancak bu sırada çok yorulmuş, üzülmüş. Ata-

türk, "Demek mesele bu, 40 para lira. 40 lira da 400 lira olur" demiş.

Yıllarca elçilik, Dış İşleri Bakanlığı yapmış olan Sadrazam Tevfik Paşa'nın oğlu İsmail Hakkı Bey Berlin'de Askeri Akademiyi bitirir ve kardeşi Ali Nuri Beyle birlikte Kayzer Wilhelm'in hassa alayına girer. İ. Hakkı beyin Almanca yazdığı bir yapıt çok beğenilir ve ödüle hak kazanır. Durumu öğrenen Sadrazam Tevfik Paşa oğluna yazdığı 9 Mart 1914 tarihli mektubunda, yazılan yapıtın iyi karşılanması onuruyla yetinmesini, bir Osmanlı Subayının yabancı bir hükümetten, ne adla olursa olsun, para alması onur kırıcı olduğunu bildirir.

Alman Başbakanı Helmut Kohl'un oğlu ve eşi İtalya'da bir kaza geçirir. Kohl Alman Hava Kuvvetlerine ait küçük bir uçakla Milano'ya gider. Bir süre sonra Kohl'e Hava Kuvvetlerinden 72.000 Marklık bir fatura gelir. Başbakan faturayı yüksek bulur ve özel firmalara ücreti sorar. Yanıt 15.000 Mark'tır. Durumu Hava Kuvvetlerinden sorar. Komutanlık, devlet adamlarına sunulan hizmet nedeniyle kimi önlemler alındığından fiyatın fazla çıktığını bildirir. Başbakan parayı hemen öder.

Bir başka örnek de İsveç'ten. İsveç Sosyal Demokrat Parti Genel Sekreteri Mona Sahlin, bir dükkandan çocuk bezi ve birkaç çikolata alır. Ancak yanında özel kartı ya da para çantası yoktur. Zorunlu olarak devletin verdiği resmi kredi kartını kullanır. Ertesi gün de parayı hemen öder. Bu masum olayı bir gazeteci kamuoyuna duyurunca kıyamet kopar. Kamuoyuna gö-

re böyle birine güvenilmez. Çünkü ahlaki değerleri yıkmıştır. Geleceğin başbakan adayı Bayan Sahlin'in yatları, yalıları, hamamları, arazileri, arsaları, yazlıkları, Amerika'da otelleri yoktur. Örtülü ödeneği de kullanmamıştır. Ama bir kez kendisine olan güveni sarsmıştır. Bayan Sahlin'in politik yaşamının noktalanması için yetmiştir bu olay.

Elbette bu örnekleri de çoğaltmak olanaklıdır.

YOLSUZLUKLAR ÇAĞINDA MIYIZ?

Ne var ki, bir İtalyan uzmanın 1960'larda söylediği şu sözler, 1990'larda "temiz eller" eylemiyle kanıtlanmıştır. "Eskiden mafya yalnızca Güney İtalya'da ve Sicilya'da, kırsal kesimde yol kesen, kentlerde kimi iş yerlerinden haraç alan suçlu örgütlerinden ibaretti. Oysa günümüzde mafya siyasal partilerdendir, parlamento dadır, hükümettedir; devleti ele geçirmiştir. Bu yüzden de mafyayla savaşmak hemen hemen olanaksızlaşmıştır. Çünkü mafya ile savaşacak güçler mafyalaşmıştır."

"Temiz eller" sonrası 1994'te Tekstilci Luciana Benetton'un ve reklamcı Olivero Toscani'nin sağ kolu Paolo Landi, "Halkın/Yığınların utanmazlığı (Il cinismo di massa)" adlı bir yapıt yazdı. Landi, bir düşünür değil, iş dünyasının iç yüzünü bilen bir gözlemcidir. İş dünyasındaki ahlak değerlerinin çöküşünü, kurnazlıkla uyanıklığın, köşe dönmeceğinin nedenlerini sorguladı. Duyarsızlık, acımasızlık, insafsızlık, bananecilik ve cüretkarlığın temsilci-

likle atbaşı gittiği bu utanmazlık düzeninde yükselen uygitsinci, çanta-taşıyıcı, ona buna dirsek atarak kendine yer açan ikiyüzlülerin, yalancılardan portrelerini çizdi. Bir yazarımız da buna başarılı bir ad buldu: "yersen ahlakı", "yersen düzeni" (Nilgün Cerrahoğlu, "Yersen" ahlakı, "Yersen" düzeni, Sabah, 13.11.1994)

Mills, yüzyılımızın ortalarında, bu suç patlamasını "demokrasinin yapısal hastalığı" olarak görmüştür. Gerçi, Durkheim, belli oranda, suçlusu olmayan toplumun da hasta olduğunu söylüyordu. Maria Magdalena'ya ilk taşı atacak günahsız birini bulamamıştı İsa. Ama, görünen o ki, çağımızda bu oran çok aşılmıştır. Bilinenler, gizlenenlerin bir bölümüdür. Çünkü yolsuzluklarda karanlık sayı her zaman büyüktür. Avrupa Konseyi Üyesi otuziki devletin Adalet Bakanlarının 1990'lı yıllarda Malta'da yaptıkları toplantıda konulan tanı bunu kanıtlamaktadır. Çağımızın hastalığı yolsuzluklardır.

Peter Eigen, Dünya Bankasında Afrika ve Güney Amerika ülkeleriyle ilişkilerden sorumludur ve bu ülkelerdeki yolsuzlukların boyutunu yakından bilmektedir. 1990'larda yolsuzlukların değişik ülkelerin işadamlarını, politikacılarını, uzmanlarını bir araya toplar ve yolsuzluklarla nasıl savaşılacağına tartışmasını başlatır.

1993'te Berlin'de "Uluslararası Saydamlık Örgütü: Transparency International" kurulur. Amaç her ülkede yolsuzluklarla savaşım örgütlerinin kurulmasını sağlamak ve çeşitli ülkelerdeki yolsuzlukları izleyerek bir

"uluslararası yıllık" düzenlemek. 1992-1994 yıllarına ait yıllığa göre, 41 ülkede inceleme yapılmıştır. Yolsuzluk olayının en az rastlandığı ülkeler sırasıyla Yeni Zelanda, Danimarka, Singapur, ABD, bu sıralamada 15, Hong Kong 16, Fransa 17'incidir. Türkiye 29'uncudur. En çok yolsuzluk yapılan ülkeler sıralamasında ise başta Endonezya gelmekte, onu Çin, Pakistan izlemektedir. Türkiye'nin bu sıralamadaki yeri 13'tür ve hiç de parlak değildir. Sanırım 1995 ve 1996 yıllarında Türkiye'nin yeri daha da kötüleşmiştir. Çünkü devletin bekçiliğine soyunan kimse kalmamıştır.

Çağımızda yaşanan olayları "yolsuzluk" olarak nitelendirmek, kanımca yetersizdir. Yaşanan olgu "çürütme"dir. Rüşvet, zimmet, yiyicilik gibi yolsuzlukların yanı sıra, siyasal partilerin iktidara gelince yandaşlarını kayırmaları, üst düzey bürokratlarının siyasal korumacılık (patronaj) eğilimleri, akrabalar ve dost kayırmacılığı (nepotizm ve kronizm), yeniden seçilme kaygısıyla devlet olanaklarını seçim bölgelerine aktarmacılık, bürokrasiyi ve iktidarı kendi çıkarları için etkilemecilik (lobicilik), devletin yarattığı yapay ekonomik aktarmaları elde etmek (rant kollamacılığı), kamusal sırları içeren bilgileri/belgeleri sızdırma yollarıyla siyasal manipülasyon, kurumlaşan bu çürümenin/politik kleptokrasinin dışı vuran göstergeleridir. (C.C. Aktan, Siyasal Yozlaşma ve Kleptokrasi, Cumhuriyet, 23.6.1993. Özlü bilgi için bakınız. C. C. Aktan, Politik Yolsuzluk ve Kleptokrasi, Afa Yay. 1992, İstanbul.)

Fuzuli'nin "selam verdim rüşvet değildir deyu almadılar" ve Ziya Paşa'nın "Milyonla çalan mesned-i iz-zette serefraz/Birkaç kuruşu mürteki-bin cay-ı kürektir" mısralarını, Ali Yüce'nin dürüstlüğü ayrı bir olgu gibi gösteren şiiri tamamlıyor: "Çamaşır yıkar gibi/Sıcak su ve sabunla/Yıkadım namus sözcüğünü/Kaynattım fukur fukur/Bana mısın demedi/Günlerce tokaçladım/Çıkmadı kirleri".

Çöl ve yeşil alan ilişkisinde gözle-meye dayanan bir yasa vardır; eğer yeşil alan büyükse onun potansiyeli çölü yeşertir. Çöl büyükse onun iklim potansiyeli yeşili öldürür. Toplumda namuslularla namussuzlar çarpışmasında da bence bu ilişki vardır.

İşte Calvino'nun kısa öyküsü, bu ilişkinin öyküsüdür:

İtalo Calvino, "Kara koyun" adlı öyküsünde, bir toplumda yasadışı, yolsuzluk kurumsallaşmışsa, kimsenin kimseden hesap soramayacağını başarıyla anlatır. Öykü elbette bir kurgudur. Herkesin hırsız olduğu birbirlerini soyduğu uyumlu bir ülke tasarlanmıştır, yazar. Günün birinde dürüst bir adam gelir ve onun dürüstlüğü bu uyumu ve düzeni alt üst eder. Çünkü, herkes geceleyin birinin evini soymakta ve ertesi gününü güvenceye bağlamaktadır. Ancak dürüst adamın soy-ması gereken ev soyulmadığı için öbürlerine göre zenginleşir. Evleri soyulmayanlar zenginleştiklerini görünce çalmak istemezler; dürüst adamın evini soymaya gelenler ise elleri boş döndükleri için yoksullaşırlar. Zenginler yoksulları en yoksullarına mallarının korumaları için para verir. Böylece

kolluk güçleri kurulur, cezaevleri açılır. Sonuçta zenginler, yoksullar ve de biraz hırsız kalır geride. Dürüst adam ise açlıktan ölmüştür (Adam sanat 1994/8, s. 24, 25). Çünkü böyle bir ortamda yaşamak isteyenler araziye uymak zorundadırlar, eğer açlıktan ölmek istemiyorlarsa.

Calvine kimi ipuçlarını veriyor, ama şimdi yolsuzlukların nedenlerini bilimsel temele oturtmaya çalışalım.

TOPLUMUN DEĞER YARGILARI

Yolsuzlukların elbette nedenleri pek çok.

İlkin, Türk toplumu, yolsuzlukları özendiren bir ahlak anlayışına sahip. "Balığın baştan koktuğu", "Devlet malının deniz, yemeyenin domuz" sayıldığı, "bal tutanın parmağını yaladığı", "gemisini kurtaranın kaptan" olduğu bir toplumdur.

Bu elverişli ortamda, bir üst yönetici, "Devlet uğruna kurşun atan da, kurşun yiyen de bizim için saygıyla anılır; onlar bizim için şerefli" derse, o devletin görevlisinin adam öldürmesine şaşmamak gerekir. Bir başkası "Benim memurum işini bilir" ya da "... ne olmuş yani, verdimsem ben verdim" derse, yolsuzluklar çoğalır. Şiddet ve yolsuzluk kültürünün böylesine özendirdiği, sorumlulukların bu denli yolsuzluk/yasasızlık taşıyıcısı işlevini üstlendikleri bir toplumda Bahriye Vekili Topçu İhsan'ların çoğalmasına ve bunun olağanlaşmasına şaşırın yazara, bindiği araba sürücüsünün: "Normaldir bey. Adam oraya kadar gelmiş, çalmaz mı?" demesine neden şaşıyoruz

ki? (M.C. Anday, Köyde geçen aylar, Cumhuriyet, 21.10.1996).

Demek, toplumumuz yalnızca belsiz değil. Duyarsız da. Onu bu duruma getiren de gene biziz. Çünkü suç işleyenin karlı çıktığı bir toplumda duyarsızlık, bulaşıcı bir hastalıktır. Devletlilerin yukardaki sözleri T.C. Yasasının 312. maddesine giren tipik eylemlerdir. Kovuşturuluyor mu? Hayır.

Eğer kamuoyu, her tür çapsizliğe, yozlaşmaya, yolsuzluğa, çürümeye tepkisiz ve seyirci ise, o toplumun ahlakı, "doğru söyleyeni dokuz köyden kovarlar". "bana dokunmayan yılan bin yıl yaşasın" ölçütlerinde dokunacaktır. Böyle bir toplumda, eski bir bakanın vergi kaçınmakla övünmesini, bir işadının "kazıkladıysam devleti kazıkladım, ne var bunda?" demesini yadırgamamak gerekir.

Bu insanların yüksek sesle kınanması bizi aldatmasın. Böylesine karıştı bilinçaltında gizlenen bir hayranlık duygusu toplumda yaygınlaşmıştır. Öfkelenenler ise, aynı fırsatı yakalayamamanın kahredici beceriksizliklerinin öcünü alamamanın hincından mı öfkeleniyorlar yoksa dürüst toplum özleminden mi? Bu bile belli değil.

Toplumda boy veren bu yeni ahlakı ahlaksızlığın nasıl özetlemeli?

Evet, çürümeye herkes birleşiyor. Öyle ki mafya liderleri bile, ahlak dersleri veriyor, timsah gözyaşlarıyla.

Yolsuzluk dolarlaştıkça toplumda ilgisizlik artıyor. Yakında ondan da vazgeçecek. Yolsuzluğu küçük memur, karısına ilaç, kolye almak için yapmışsa, önemsiz. İlle de yukarı katlarda olacak. Manipulasyon ahlak ku-

rah olmuş. Toplum roman bile okumuyor; okuma özürü. Yaşanan serüveni medyada seyrediyor. Seyrettikçe de yüzeyselleşiyor, derinlere inmediğinden gelişmiyor. Tıkanıyor/kilitleniyor, toplum. Köşe dönmecilik, üretmenin, kurnazlık, çalışmanın; bencil bireycilik, bireyselleşme; duygusal yaklaşım, duyarlılığın; slogancılık düşüncenin/ düşünme yetisinin; başbozukluk ve karmaşa, özgürlüğün; aktarım ve şarlatanlık bilimin; silah ve zorbalık hukukun; anamalcı sınıfın tek yanlılığı çoğulculuğun yerini almış ve bu sınıf "mutlak iktidar, mutlaka yozlaştırır" ilkesince çürümeye durmuş. Çünkü, kullandığı teknikleri özenle rafineleştirmiş. Referanslarını bencil ahlaka yapıyor. Zenginler demokrasisi (plutedemokrasi-Duverger), sağlıklı dev kentlere (megapollere) itilen iş gücünü dilediğince manipüle ediyor. Toplumsal doku ve de örgü bozulmuş. Çünkü onu kirli eller dokuyor ve örüyor. Kara servet ve koşullarda oluşuyor; yolunu buluyor. Yolluluk mu bu, yolsuzluk mu diye soruyor bir yazar (Enis Batur). Sülük insanların soykütüğünde kimler yok ki Sadrazam Sokullu'dan bu yana! Şimdilerde kilit noktadakiler banka tahsildarlarıdır.

Peki ya yönetenler ne yapıyorlar? Onu hiç sormayın. Yönetenlerin aralarındaki savaşım; öğrenmek, üretmek, katkıda bulunmak yarışı yerine; "sen çok yedin, biraz da ben yiyeyim" kavgasına dönüşmüş. Yer altındaki bu alan paylaşımı kavgası kendi iç yasalarına ve güvene göre yürütülmezse ve bu yüzden dışa yansır, kamuoyu ancak o zaman yağmayı öğrenebiliyor.

İletişim araçları bunları bir cinayet/se-rüven romanıymış gibi sunuyor ve sıradan insanın merakını sömürü paza-rında yeterince kullanıyor. Böylelikle sıradan insanın yönetime/rejime inan-cı sarsılıyor. Anomizm başlıyor. Özve-riden uzaklaşıyor. Ailesine bağlı ve inançlı; topluma karşı ise bencil ve ür-kek biri oluyor.

Düzende, enflasyon koşutunda eko-nominin % 50'si rant ve yazım dışı ekonomi ise, üretime dayanmadığı için, köşeyi dönme ahlakı elbette kam-çılanır. Bu, yolsuzluğa alt yapılık eden bir ahlak anlayışının kurumsallaşmasıdır. O nedenle temiz toplum amacını rüş-vetle, yolsuzlukla sınırlayamayız. Bunlar neden değil, sonuçtur. Toplum şunu iyi algılamalıdır. İnsan olmaklık, bireysel değil, toplumsal bir olgudur. Çünkü dayanışma ahlakı gereğince, toplumun her bireyi ötekilerin insanca yaşamasından sorumludur. Ama bir toplumda, "İş bilen, kılıç kuşananın" mantığı egemense, daha önce belirtti-gim gibi, köşeyi bir çırpıda beceriyle dönenleri kınamak şöyle dursun, bilin-çaltında hayranlık, imrenme varsa, be-ceremeyen namusludur, "Kalkamadı-ğından oturuyor" diye küçümseniyor-sa, aldırmaçlık, duyarsızlık popülizm-le ittifak yapıyor, kurnazlık daha çok sayılıyorsa, toplumsallık düşüncesi gözden düşmüşse, bireysel çıkar kut-sanmış, para saygınlığın ölçütü olmuş-sa, kara para, marquis ve Sade'a taş çı-kartırcasına, diskoteklerde ve düğün-lerde aklanmışsa, bundan daha iyi yol-suzluk ortamı bulunamaz. Türkiye bu-gün bu olguyu yaşıyor. Yaşam biçimi

ve felsefesi bu olunca tepkisi ne olur toplumun?

Sürgit kirlenmekten utanma duy-gusunu yitirmiş toplumun fotoğrafı bu. Fırsatları değerlendirme kurnazlığı erdem pazarında. Yer altı gerçekleri başarılı olma sanatının kurallarını top-luma öğretiyor. Toplumsal dayanışma belvermiş. Yer altındakiler, öte yaka-nın kurallarını yer üstündeki beri ya-kadikelere zorluyor. Onlar, aslında öte yakadakilere, lanetlerken bile, kendi iç sesleriyle barışık değiller; daha önce değindiğim gibi, gizlice hayrandırlar onlara. Bunu itiraf etmeliyiz. Çünkü böyle olmasa, "Engin Civanların, Se-lim Edeslerin aşkları söz konusu oldu-ğunda dinleyecek onca kulak olur muydu? Olumsuzların ahlakı kurum-sallaşmıştır". Buzdağının görüneniyle yetinen sokağın insanı, umudunu yitir-miştir. Son Tanrı rolündeki medya, pa-zarı kullanırken, olanları hem kimileri abartıyor, kınamanın ötesinde yargıç gibi yargılayıp mahkum ediyor ve hem de bunu paraya dönüştürerek, gerçek-leri metalaştırıyor. Geriye bir tek vic-dan kalıyor. Tek sığınak o. Ben ondan umudu kesmedim. Eğer, bir yazarın dediği gibi, maymundan umudu kesen Tanrı insanı yaratmışsa, keserci mantı-ğının ürünü yabancı kapitalizmden umudu kesen insanda, saydam/çoğul-cu demokrasiyi yaratmıştır. Vicdan, o rejimde yürümesine oturacaktır. İnsan yeniden yaratılacaktır ve "en yumuşak yastık olan vicdanı" başını koyup hu-zurlu dinlenecektir. Ama uyumayacak-tır.

Kamuoyu, her tür çapsizliğe, yoz-laşmaya seyirci ise bu da bir etken. Es-

ki bakanlardan Rahmetli Kahveci, rüş-vetin akçalı portesinin 25 trilyon oldu-ğunun belirlendiğini söylemişti.

Gallup'un araştırmalarına göre; toplumun % 51'i ekonomik iyileşme-den, % 27'si zengin olmadan yana. "Su akarken küpü doldur" sözü yerin-de mi sorusuna % 62 evet, diyor. "Ça-lışmadan köşeyi dönmek mi" sorusuna % 74 doğru diyor. "İnsan gönüllü ola-rak devlet memuruna bağış yapar mı" sorusuna % 44 evet diyor. Toplum ayı-bı alkışlıyor.

Bir toplum; otobüse arkadan bine-ne, yere tüküne, gürültü edene, adam sendecilikle, neme gereklilikle tepki göstermezse, ödediği verginin de he-sabını elbette sormayacaktır. Sağda solda görünen dağınık birkaç tepkici de, direnişinden vazgeçecektir. Kim-seden kahramanlık istemeyelim. Dik-kat ederseniz, toplumun yaşam biçimi ve düzen anlayışıyla tepkisizlik olgusu birbirine denk düşüyor. Tepkisizliğin bir nedeni de herkesin biraz kural dışı yaşaması ve paranoya içinde olmasıdır. Bir kısır döngü içindeyiz. Çevre-nize bakınız. Çoğu insan hazine arazi-sindeki kaçak inşaatta oturuyor. Çoğu kaçak elektrik hırsızlığını işliyor. Her-kes trafik kuralını çiğniyor.

Böyle bir toplumda tepki olur mu? Olsa ne yazar? Kim kimi denetleye-cek, kovalayacak?

Unutmayalım. Tepkisizlik bir suç nedenidir.

DEVLET ETKENİ

Yukarıda da belirttiğim gibi, de-mokratik/çağcıl toplum devletten vaz-geçemez. Çünkü devlet kamusal ge-

reksinmeler için zorunludur. Devletin olduğu her yerde, kamusal etkinlikle-rin yürütülebilmesi için üç ögeye ge-rek vardır.

Birincisi, bu etkinlikleri yürütecek insanlar/görevliler. Bunların ağız var-dır, yemek için. Bedenleri vardır, gi-yinmek ve korunmak için.

İkincisi, kamusal etkinlikleri yürüt-mek için görevlilerin kullandıkları yetkiler vardır.

Üçüncüsü, bunların buyruğuna ve-rilen malvarlığı/paralar vardır.

İnsan, yetki, malvarlığı. İşte suç iş-leyen ve işletmeye elverişli üç öge.

Böyle bir devletin ekonomi alanın-da da işler yaptığını düşününce, yol-suzluğun akıl almaz boyutlara ulaş-cağı kaçınılmazlaşır. Fonlar, döner sermayeler, vakıflar, ihaleler yolsuzlu-ğa elverişli ortamlar yaratır. Böyle bir devlette kuralları, yasakları aşabilmek, ne pahasına olursa olsun işi bitirmek için, becerikliler türeyecektir. Evinde kaçak elektrik kullanan, hazine topra-ğında bina yapan açığözler başarılı görülecek; namusluluk saflıkla eşan-lamlı sayılacaktır. Büyüyen "devlet, kırk kulplu kazan; bir kulpundan da sen tut, kazan" devletidir; bir suç kış-kırtıcısıdır.

Her yasak, yolsuzluk üretir. Orman-da tarla açmak, odun kesmek yasaksa, rüşvet nedeni var demektir. O zaman ya insanlara ekecek bir arazi verilmeli ve ısınacak çare gösterilmeli ya da bu yasaklardan vazgeçilmelidir. Rüşvetin oranı her ülkede yasaklara göredir.

Böyle bir devlette, toplumda, kısaca ortamda olacaklar bellidir.

Her şeyden önce siyasal örgüt ve onun işleyişinin bireyler üzerindeki baskısı saygın kişileri armağan adı altında rüşvete zorluyor. Kentlerde, devletlerde, "ak yaka suçu" denilen pasta parçasının büyük bölümü, sözleşmeler gereği malzeme alım-satımına ilişkin kararlarda söz konusudur. Rüşvet birçok resmi görevlinin sosyo-ekonomik düzeyini yükseltmeye katkıda bulunuyor. Kuşkusuz hem ak-yaka hemde mavi yaka suçlarını işleyenler her yerde azınlıktadır. Ama her ikisi de bir gerçektir. Ayrıca her meslek, her makam, suçlar tablosunca bir fırça darbesiyle katılıyor.

İşte karamsarlık doğuran tablo bu.

Oysa, yüzyılın başında Fransız Adalet Bakanlarından da Lanessan şöyle diyordu; "Görevliler arasında suçlu pek azdır. Çünkü onlar, belli günlerde maaş alır, sonra emekli olurlar, mütevazı bir yaşama alışmışlardır". Ardından da şöyle ekliyordu; "Ne var ki, kimi yönetimlerde suç işlemedeki kolaylık nedeniyle suçlulukta artışlar görülüyor".

Öyleyse neler değişti de her ülke yolsuzluklardan dertli?

Yukarıda da söyledim. Durkheim, belli oranda suçlusu olmayan toplumu, dinamizmini yitirdiği için sağlıklı diyor ve Sokrates örneğini veriyordu. Ona göre Sokrates gerçekten suçlu idi ve yasalara göre hükümlülüğü yerinde idi. Ama onun suçu, yeni bir ahlak geliştirmişti. O nedenle Durkheim'in gözünde suçlu, toplumsal yaşamı düzenleyen bir ajandır.

Ama bizim ajanlarımız, Durkheim'in öngördüğü sayı duvarını çok-

tan aştılar, toplum barışını tehdit etmeye başladılar. Üstelik, bilinmeyen karanlık sayı bu suçlarda oldukça önemli.

Peki bu suçları kim, ne zaman, nerede, nasıl işliyor?

Yolsuzluk suçlarını işleyenler genelde görevlilerdir. Her kademedendir.

İşledikleri yerler, belli makamlardaki nüfuzun ya da yetkinin kötüye kullanımıyla oluyor.

Ne zaman ve nasıl işliyor? Yetkilerinin verdiği olanaklardan yararlanarak, yetkiyi kötüye kullanarak.

Peki hangi ortam da işliyorlar? Lacassagne, suçlulukta çevre etkisini şu sözlerle özetlemişti: "Toplumlar, müstehak oldukları suçlulara sahip olurlar". "Toplumsal çevre, suçluluğun ekilip biçildiği sulak, kaynayan bir bölgeyi bulduğu anda önem ve güç kazanır". Her insanda bir suçluluk potansiyeli bulunduğu gözetilirse, rastlantı suçlularının böyle bir ortamda suç eşğini hemen açacakları muhakkak. Roma'daki ünlü bir kilisenin çevresinde geceleri fuhuş yapıyordu. Kolluk güçleri, baskınlar bunu önlemeye yetmiyordu. Ferri belediyeye, o yöreni aydınlatmalarını öğütledi. Öğüde uyuldu. Fuhuş orada bitti. Çünkü suç mikrobi aydınlıktan ürker.

Devlette gizlilik, "hikmet-i hükümet" geleneğinin çağ dışı bir kalıntısıdır. Öyle ki, Çernobil olayından sonra ülkemizde de esen yelin yönü yabancı elçiliklere bildiriliyor, ama halktan gizleniyordu. Böyle bir ülkede yolsuzluk elbette olur.

Demek bu tür suçlar ilkin devlet denilen örgütte işleniyor. Eğer bu devlet,

hem en büyük işveren, hem de en büyük alıcı/müşteri ise ortam yolsuzluğa daha da elverişlidir. Çünkü harcama ekonomisi bunu ister istemez yaratacaktır.

Ticaret, sanayi ve kentleşmenin gelişmesi, bürokratik yapıyı olabildiğince karmaşıktırıştır. Uzmanlaşmış bürokrat vazgeçilmez bir öge olmuş ve kendini ağırdan satmıştır.

Enflasyon, tam bir hırsız. Devletin polisi, onu kovalayacak yerde, ona yenilen dar gelirliyi kovalıyor.

Sartre'ın bir sözü vardır: "Benim Bulantı adlı yapıtım, aç insanın yanında hiç kalır". Eğer devlet düzeni, görevlisini ve çocuklarını ahlakla namus arasında bir seçim yapmaya zorlarsa yolsuzluk, hırsızlık, fuhuş artar. Özellikle olağanüstü savaş, ekonomik bunalım gibi dönemler de bunlarda patlama olur.

Bir Fransız yazar şöyle demişti: "Ben Fransızım. Fransayı elbette severim. Hatta ona taparım. Ama Fransa beni aç bırakırsa onu satarım."

İkincisi, sermaye; görevlileri ve dolayısıyla devleti satın alır.

Üçüncüsü, kimileri, sırf sistemin yarattığı adaletsizliğe tepki olsun diye çalma çırpma başlar.

Dördüncüsü, mesleki yozlaşma önemli bir etkidir.

Beşincisi, tüketimin kamçılanması yolsuzlukları da kamçılar. Almayan, "öbürü aldı, ama bir şey olmadı" deyip tüketim açlığını gidermek için rüşvete yönelir.

Böylece, toplumsal değerlerin yozlaşmasına dayalı bir düzen kurulur. Bu düzende her şeyin bir bedeli/fiyatı var;

ama değeri yoktur. Çünkü, saygınlık ve siyasal süreç; paraya, servete teslim olmuş, bağımlı kalınmıştır. Siyaset, ticaretten komisyon ister. Alanın da satanın da memnun olduğu bir aile içi alış verıştır bu. Eski Yunanlılarda da (Atina'da) iyi yurttaş olmanın ölçütü zenginlikti. Gerçi memur ayrıldığında hesap veriyordu. Hangi yargıcın duruşmaya katılacağı belli değildi. Bunlar rüşveti bir ölçüde engellerken; zenginlik ölçütü rüşveti kışkırttı. Eh bugünkü ölçüt bu. "Ben zenginleri severim" sözünün başka anlamı olabilir mi?

Bugün sözgelimi bağış deniyor. Ama bu bir zorunlu bağış. Bağış gönüllülük ister. Zorunluysa bu bir bağış değil, düpedüz yiyiciliktir. Devlet bunu resmen yapıyor. Armağan deniyor. Her armağanın büyüleyici, gönül alıcı, baştan çıkarıcı bir gücü vardır. En çok, görevlilere ve kadınlara verilir. O görevde olmasaydınız, o armağan size verilir mi? Hayır. Öyleyse o rüşvettir. En azından ileriye dönük olarak memuru zayıflatma girişimidir. Platon şöyle demişti: "Armağanlar, Yüce Tanrıları bile yola getirirler".

Bir kurtuluş savaşının (aynı zamanda açlık, yoksullukla da savaştır bu, yalnız düşmanla değil) destansı düristliğini, bir de bugünün yöneticilerinde bile egemen olan köşeyi dönme anlayışını, yönetenlerdeki servet tutkusunu düşünelim. Balık baştan kokarsa, düzen çürür. Sadi'nin bir sözü vardır: "Eğer hükümdar köylünün yumurtasını alırsa, adamları/ordusu bütün tavukları yağmalar".

Politik yozlaşma yolsuzluğu sıradanlaştırır, ahlak dışı olmaktan çıkarırsa, ona bulaşmak istemeyen onurlu insanlar, politikadan, ekonomiden ve devlet yönetiminden uzaklaşırlar; en azından marjinalleşme başlar. Tıpkı kötü paranın iyi parayı kovması gibidir bu olgu.

Bugünkü sistemde, Osmanlıdaki rüşvetin, günümüze uyarlanması gibi bir şey de var. Osmanlı da en iyi geçim yolu memurluktu. Memurluğu ele geçirmek için, eski Roma'da olduğu gibi, (sadrazamlık için de) rüşvet veriliyordu. Öte yandan memurlar geleceğinden emin değillerdi. Geleceğini, atılmadan güvenceye bağlamak için, rüşvet aldı memur. Elbette tek neden bu değil. Ama bu da var.

Görünen o ki, günümüzde de, hal-kın arpalık dediği yere gelen politikacı, politik yarışmada harcadıklarını bir an önce toplamaya savaşıyor. Bu yozlaşma da bir etken. Eski Roma'da da, Osmanlı'da da bugün de aynı anlayış ve aynı sonuç. Rüşvet.

YOLSUZLUKLAR NEYİ ÖRSELERLER?

Bu ürkütücü tablo üzerine neden onca insan beynini yoruyor? İnsanlık yolsuzluklarla savaşınca hangi değerler, ilkeler ayakta kalacak?

Şimdi bunları görelim.

Kamu yönetimi, hem örgüt, hem de işleyiş açısından çağcıl devlette korunmaktadır. Çünkü demokratik devlete kamu yönetiminin kimi özelliklere/niteliklere sahip olması zorunludur. Eğer bu nitelikler bulunmazsa, kamu yönetimi amacından sapar/saptırılır;

toplum/kamu yararına işlemez, kimi kişi ya da grupların çıkarına işler. Bunun toplumsal barışı bozacağı, ayırım gözetilmeksizin eşit ve yansız hizmet anlayışına ters düşeceği açıktır.

Bu nedenle de kamu yönetimi ve işleyişinde kimi ilkeler benimsenmiştir. Çünkü devlette görev alanlar, devlete karşı, belirlenen bu nitelikler içinde davranacak, devletin görevlileri aracılığıyla ilişkide bulunduğu halk da devlete ve görevlisine güvenecektir. Görülüyor ki, görevli, ilişki açısından halktan çok devlete yakındır.

Devlet ise bir güçtür. Görevli yönetsel görevini yaparken bu gücü temsil eder ve kullanır. Eğer görevli bunlarda sapma yaparsa, Devlet onu cezalandıracaktır. Bu cezalandırmanın mantığı şudur. Devlet, bir bakıma her an kendine karşı düşman olmuş ya da olmaya aday birini cezalandırarak kendine olan güveni korumak zorundadır.

Bu yüzden de her devlette/görevlerde, görevlilerin uyacağı, belli değerler, ilkeler vardır.

Birincisi dürüstlüktür. Kamu yönetiminde görev alan kimse ilkin bu yönetime karşı dürüst davranmak zorundadır. O nedenle bu görevi gereğince görevde kullanılacak para ve eşyayı, yalnızca o alanda kullanılmalıdır, kendi çıkarına değil. Zira her kamu kuruluşunun belli bir malvarlığı vardır. Bunu görevli kendi çıkarına kullanırsa, kamu görevi yapılamaz. Zimmet suçu işte bu gereksinmeyi karşılar. Ancak, Manzini ve Antolisei'nin dedikleri gibi zimmet suçuyla korunan yarar/değer yalnızca dürüstlük, moral gelişme ve halkın siyasal yetişimi değildir. Ay-

rica devletin malvarlığı da korunmaktadır. Eğer fail, görevli/memur olmasaydı suç, malvarlığına karşı suçlar arasında yer alan inancı kötüye kullanma cürmü olacaktı. O nedenle zimmet, çok konulu bir suçtur.

İkincisi yansızlıktır. Kamu görevi yapılırken herkese eşit davranmak gerekir. Yansızlık ve dürüstlük, rüşvet ve yiyicilikle bağdaşmaz. Görevlinin görevini yaparken insanlardan para alması, ayrıca kamu yönetimine güveni de sarsar. Kamu görevinin satın alınmayan kişilerce yürütüldüğüne inanılmalıdır.

Üçüncüsü disiplindir. Kamu görevini yürüten kimse, görevini yasal sınırlar içinde yapmalıdır. Ters durumunda "keyfi davranma", "görev de yetkiyi kötüye kullanma" suçları ortaya çıkar. Zira görevli; devlet yönetiminde, özel hukuktaki hizmet/iş bağının yanlara yüklediği yükümlülüklerle oranla, daha çok ve daha katı yükümlülükler içindedir.

Dördüncüsü bağlılıktır, sadakattır. Görevli, görevinin gereği öğrendiği bilgileri görevi dışında kullanamaz. Sır saklamakla yükümlüdür.

Beşincisi kamu görevlerinde süreklilik, kesintisizliktir. Kamu görevi kesintiye uğratılırsa görevi savsama, işi bırakma suçları işlenir.

Altıncı ilke, kamu görevinin yerine getirilmesinde "özgürlüğün, barışın" sağlanmasıdır. Onu örseleyenler, ona direnenler cezalandırılırlar.

Yedincisi, saygının korunması ilkesidir. Memurluk görevi gasp edilemez. Nüfuz ticareti yasaktır.

Görülüyor ki, çağcıl yasalarda, kamu/devlet yönetimiyle ilgili varlıklar/menfaatler/değer ve ilkeler hem görevlilere, hem de sade kimselere karşı korunmuşlardır.

İşte bu ilkelerle/değerlerle devletin ve görevlisinin; yansızlığı, güvenilirliği, satın alınamazlığı, özlü anlatımla saygınlıkları korunmaktadır. Bu değerler/ilkeler öylesine önemlidir ki, doğan malvarlığı zararı pek az olsa bile, işlenen eylem suçtur ve de yakınmaya bağ olmadan, kendiliğinden kovuşturulur.

Burada yeri gelmişken bu noktayı dikkati çekmek istiyorum.

8 Kasım 1996 Susurluk olayı üzerine gösterilen tepkilerin yoğunluğu karşısında kimi çevreler "devleti yıpratmayalım" kaygısına düştüler.

Bu kaygı bir oranda yerindedir. Ancak, abartılmamalıdır. Devlet soyut bir kavramdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, yolsuzluklarla yıpratılır. Devlete olan güven duygusunun yitirilmesine yol açanlar, yetkilerini kötüye kullanarak suçu işleyenler kovuşturulmazsa, devlet daha çok yıpranır. Bu yüzden ağacı ve ormanı birlikte görmeliyiz. "Köktende ve etçi" bir anlayışla devleti kutsallaştırır, eylemleri bireysel olarak nitelersek, ormanı göremeyiz. Devletin dokunulmazlığı yoktur, olmaz ancak, bu dokunulmazlık peçelemeyle işlenen suçlar örtbas edilir ya da bu izlenim yaratılırsa, yıpranan devlet iyice çökecektir. Kendimizi aldatmayalım. Deveküşü, belki de, en önemli organı olduğu için başını kuma gömer; kendini aldattığı için değil. Ancak, devlete dokunmayalım kaygı-

siyla suçlular yargıdan kaçırırlarsa, devlet kavramı değil, devletin kendisi çökecektir. Kavram fetişizmi, hedef sapıtmanın gerekçesi olamaz. Birlikte yaşamının bütün bu toplumsal değerlerini korumak, son çözümlemede, aslında devleti değil insanı korumaktadır, onu mutlu bir yaşama kavuşturmaktadır. Bunun yollarını bulmak ise hepimize düşer.

ÇÖZÜMLER/ÖNERİLER

Bu ise, bilimsel temele dayanan bir suç ve ceza politikasını gerektirir.

Suç ve ceza politikası, bir ülkede devletin suçluluk olgusuna verdiği yanıtıdır. Suçbilime, ceza ve yargılama hukukuna, tarihsel ve bilimsel verilere göre saptanan bir disiplin, bilim ve sanattır. Türkiye, uzmanlarıyla araştırmalara girmeli ve tezelden yolsuzlukları önleyen bir suç ve ceza politikası saptamalıdır. Böyle bir politika kulaktan dolma ve prefabrike bilgilerle, slogan boyutlu ucuz yargılarla belirlenemez.

Şunu unutmayalım. Suç ve ceza politikası terimini ilkin Feuerbach kullandı. Hem de yolsuzluklarla savaşım için.

Feuerbach, 1812'de rüşvet üzerine yazdığı bir yapıtta, devletin bu konuda izleyeceği suç ve ceza politikasını özetlemiştir. Yazara göre, görevliler maaş açısından doyurulmalıdır. Bu yapılmazsa; görevli satın alınır ve öbür suçlara da özendirilir.

Feuerbach'a göre, rüşvette kullanılan araç, maddi çıkarla sınırlanmamalıdır. Tutkular, zevkler, şehvet de bu araçlar arasına sokulmalıdır.

Bundan başka Feuerbach, rüşvet alan kişinin kamu hizmetinde yetersizliği ortaya çıktığında, yaptırımın buna göre saptanmasını ister. Ona göre, görevli, rüşvet önerisini ihbar etmese bile cezalandırılmalıdır.

Bu düşüncelerin çoğu çağcıl ceza yasalarına girmiştir.

Kanımca, yolsuzluklara karşı uygulanacak suç ve ceza politikası, iki aşamalı olmalıdır: Önleyici ve caydırıcı önlemler.

İlkin önleyici önlemlerden başlayalım.

Burada Pareto ya da 80/20 kuralına uyulması yerinde olur. Bu kurala göre, nedenlerin % 20'si sonucun % 80'ini oluşturur. Bu yüzden nedenleri bilirsek, başarı % 80'e ulaşacaktır. Tek nedene bağlı çözümler ortaçağ büyütçülerinin yöntemiştir.

Önleyici önlemler; yolsuzluk sorununa ortam hazırlayan girdilerin/nedenlerin en alt düzeye indirilmesiyle ilgilidir. Akılcılık, sivrisineklere sövmeyi değil, bataklıkları kurutmayı bu- yurur.

Devlet, büyük işveren ve alıcı olmaktan çıkarılmalıdır.

Bürokratik karmaşıklık sona ermelidir. Devlet böylece hantallık ve yetmezlikten kurtulacaktır. Delik deşik elbise bir süre giyilir, ama sürgit giyilemez. Devlet yeniden yapılanmalıdır. Devlet, müdahale eden değil, ölçütleri getiren, kurallar koyan, denetleyen örgüt olmalıdır. Bürokratik yapı esnekleşmeli, kolaylaştırıcı olmalı, bürokrat ile politikacının ekonomik yönetimdeki etkisi azalmalıdır.

Çağ değişimi yaşıyoruz. Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiyor insanlık. Tarım uygarlığından sanayi uygarlığına geçişe oranla daha derin, köklü bir dönüşümdür bu. Uyum sancıları elbette olacak. Bir ayağımız tarım toplumunda/ortaçağda, bir ayağımız bilgi çağında. Bunları eşanla yaşamak durumundayız. Bireyi hiçleştirilen merkeziyetçi devlet; bezgin, yorgun, yılmış bürokrasi, kirlenmiş siyasal yapı çözüm değildir. Bunlar kirliliği birlikte üretiyorlar.

Çevreme bakıyorum. Bu Türkiye'ye kimse razı değil. Öyleyse bu yapıyı aşmalıyız.

Devlet insanların daha iyi ve daha özgür yaşamaları için gerektiği kadar var olmalıdır. Kutsal ve mutlak değerli bir kurum diye algılanmamalı, yerinden yönetim ve iktidar olgusu yaygınlaştırılmalı, politika bir rant dağıtım aracı, arpalık merkezi olmaktan mutlaka çıkarılmalıdır.

Yönetim demokratikleşmeli ve devlet saydamlaşmalıdır. Devletin gizliliği, örtülülüğü, Osmanlıdaki gibi, rüşveti sadece özendirir.

Devletin olduğu yerde rüşvet var ve de devletten vazgeçilemiyorsa, bu saydamlık gerçekleştirilmelidir. Tanzimattan sonra devlet memurları, rüşvet almayacaklarına ilişkin olarak Kur'an'a el basıp andıldılar. Ama yine rüşvet alındı. Neden? Çünkü rejim kapalıydı. Kol kırılır yen içinde anlayışı, yaranın üstünü örtmek, gizlemektir; yanlışlıştır. Böyle bir kol kangren olma- ya adaydır.

Bu nedenle, hukuk devleti, yani her dokunduğu şeyi hukuka dönüştüren

devlet bütün kurum ve kurallarıyla yerleşmelidir. "Yasaların Özü Hakkında" adlı yapıtının III. kitap III. bölümünde üç yönetim biçiminin dayandığı ilkeleri inceler Montesquieu. Demokrasinin ilkesi, ona göre erdemdir. Yazar bunu uzun uzun irdeledikten sonra şöyle sürdürür: "Erdem tükendiği anda tutkular, büyük hevesler yüreklere yerleşir. Herkeste cimrilik, pintilik başlar. İsteklerin konuları değişir, her şey ters yüz edilir". Vurgulardan sonra, "Eskiden kişilerin malı, devlet hazinesi iken, şimdi devlet hazinesi kişilerin malvarlığı olur. Cumhuriyet artık bir yağma düzenidir. Cumhuriyetin gücü yalnızca birkaç yurttaşın gücüdür" diye ekler. Montesquieu, Atinanın İranlılara yenilgisini inceler ve sözü Annibal'a getirir, Annibal'ın yargıçların Cumhuriyeti yağmalamalarına karşı savaşına değinir.

Kanımca köklü çözüm, hukuk devletindedir. "Daha az devlet, daha çok hukuk" formülü gerçekleştiğinde, inancımıza göre, bir çok olumsuzluklar gibi, yolsuzluklar da azalacaktır.

Bilgi aktarma ve iş yapmadaki gizliliğe, yetersizliğe son verilmelidir.

Yazılı hukuk gözden geçirilmelidir.

Yolsuzluklara altyapılık eden karmaşık bir mevzuat nerede varsa, orada yığınla hata var demektir. Savaş kazanılmaz.

İlk akla gelenler şunlardır:

2886 sayılı İhale Yasasındaki bürokratik gizlilikler en alt düzeye inmeli, Yasanın kapsamı daralmalı, kalitesizliğe yol açan çılgınca indirimler önlenmeli, DSİ, KİT, Belediye gibi bütçeleri de içine almalı, küçükleri dış-

lamalı, özelliği olan inşaat vb. gibi kötüye kullanımlara açık tanımlardan vazgeçilmelidir.

Maliye ve vergi hukuku gözden geçirilmeli, yasa enflasyonu giderilmelidir. Maliyesiz hazine, hazinesiz maliyeden vazgeçilmelidir. Bütçe birliği ilkesi getirilmelidir. Brüt bütçe anlayışı dışlanmalıdır. Vakıf, özel hesap açma, demek kurarak gelir sağlama yolları kapatılmalıdır. Genel Muhasebe Yasası örselenmemeli, hiç bir bakan ya da yetkili ita amiri, kendisine bütçeyle verilen ödenek dışında harcama yapamamalı, bu ödeneği özel kaynakla tutaramamalıdır. Ayrıca kamu hizmeti için bağış vb. bütçeye gelir gibi denetim dışı ayrık yöntemlerden vazgeçilmelidir. Partilere, devlet kuruluşlarına, kişilere bağış, armağan yapılmamalıdır.

İdare ile ilgili işlerde mevzuat dağınıklığı giderilmelidir. Ödemeler ve işler, sağlam ve açık kurallara bağlanmalı, yoruma elverişli olmamalıdır.

Memurun Muhakematı Kanunu Muvakkatı, kesinlikle kaldırılmalıdır.

Ben bu yasayı neye benzetiyorum biliyor musunuz? Almanların Von Mühchhausen adında yalancı bir baronları var. Bu yalancı baron kendi saç örgüsüne tırmanarak bataklıktan çıktığını söyler. Bu Yasa da böyle. Memura suçu işletiyor. Sonra da suç ortağına diyor ki, "görevliyi denetle ve yolsuzluk bataklığını kurut, suçluyu adaletle teslim et." Uygulamada bu böyle. Oysa böyle bir Yasa ve soruşturma sistemi yeniyetme Afrika ülkelerinde bile yok. Çünkü çağ dışı. Anayasanın 129/son. madde ve bendiyle getirilen

izin sistemi ise çağ gerisi. 1831'de Belçika, 1861'de Bolivya, 1871'de Fransa terk etmiş. Üstelik Belçika 1831 (md. 24) ve 1994 (md. 31) anayasalarıyla bu sistemin getirilmesini yasaklamış. Biz ise bu yasaktan 151 yıl sonra onu anayasal kural yapmışız. Çağın gerisinde kalmaktır bu.

İşler yerel yönetimlere kaydırılmalı ve yönetim kolaylaştırılmalıdır.

Politik ve hukuksal denetim çarklarını iyi kurulmalı ve işletilmelidir. Milliyetçilik dokunulmazlığının çerçevesi daraltılmalıdır. Bunun yanı sıra kamu yöneticileriyle politikacılar üzerindeki denetim iyi sağlanmalıdır.

Enflasyon son bulmalı, üretime dayalı ekonomi öne alınmalıdır. Tüketim ekonomisi bir ölçüde dışlanmalıdır.

Görevliler doyurulmalıdır. Doyurulmazsa devlet de suça katılmış olur.

Devlet kapısı tek gelir kapısı olmaktan çıkarılmalıdır.

Memur, hukuk güvencesine kavuşmalı, yarın kaygısı onu malı götürmeye itmemelidir.

Toplumsal değerler yozlaşmaya uğramamalıdır. Sağlam öğrenim esas olmalı, düzen köklü değişime uğramalıdır.

Halk, yolsuzluğun kendi zararına olduğu konusunda bilinçlendirilmelidir. Yolsuzluk sonucu ödediği verginin kendine hizmet olarak dönmediğini; görevli de, devlet adına görev yaptığını bilmeli ve devlet bunun hesabını her zaman sormalıdır.

Yurttaş bilmeli ki, rüşvet gibi suçlar sayesinde görev ticareti yapılmakta, kendisi için yapılan görevler yıkıma uğramaktadır. Bal tutan parmağına ba-

lı bulaştırmamalı, bulaştırdığında yalamaya kalkmamalıdır. Bunlara uymadığı takdirde kamuoyunun yakasına mutlaka yapışacağını bilmelidir.

Caydırıcı önlemlere gelince:

İlkin, karşılaştırmalı bir hukuk çalışması yapılmalı ve varılacak sonuca uyulmalıdır. Her bilim gibi hukuk bilimi de kumar oynamaz.

Her hukuk sisteminde az çok keyfîlik vardır. Uсталık bunu en aza indirmekte, deyim yerindeyse hasenatı seyyiatına galip bir sistemi başarmaktadır.

Hukuk kuralı ve uygulaması, tilkiyi kümese girmekten caydırmalıdır (Larent Cohan Tanugi). Mevzuat ve kuralda boşluk olmamalıdır.

Mevzuat açısından 3628 sayılı ve 19.4.1990 tarihli Mal Bildiriminde Bulunma Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Yasası ve 10.8.1990 tarih ve 90/748 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla çıkarılan Yönetmelik (R.G. 15.11.1990) elbette iyi bir adımdır. Ama yetmez.

Öte yandan, yaptırımların ağır olmasıyla suç önlenmez. Suçların ölüm cezasıyla önleneyeceği inancı, greyder yöntemidir ve yanlıştır. Piri Reisi Hürmüs kuşatmasını İspanyollardan rüşvet aldığı için kaldırdı diye idam etsek bile her zaman yeni Piri Reisler çıkacaktır.

Caydırıcılık, cezanın ağırlığıyla değil, muhakkaklığıyla sağlanır. Toplumda yapanın yanına kar kaldığı görüldüğü yerleşmişse caydırıcı olunamaz Rambo kültürü ya da mezbaha mantığıyla suçlar önlenemez. Eski Roma'da da, Çin'de de, İran'da da, Osmanlı'da da ölüm cezası sonuç vermemiştir.

Memur tanımı iyi yapılmalıdır.

Memur kavramını geniş tutmak, memur kavramı artırıcı neden olduğundan, memurun devlete karşı işlediği suç nedeniyle cezası artar. Bu anlayış, devletten yanadır, memur zararlıdır. Sonuçta memur siner.

Buna karşılık memura karşı sadece yurttaşın işlediği suçta bu kavram genişletilirse, bir ayrıcalıklı topluluk, memur korkusu yaratılır. Duyarlılık isteyen bir dengedir bu. Sözgelimi, Avrupa Birliği bu konuda çok duyarlı davranmıştır. 12 Aralık 1977 tarih ve 780 sayılı kararında, mevduat toplayan bankalar gibi özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kuruluşların personelinin de memur gibi cezalandırılmaması istenmiştir ve birlik ülkelerinin uygulamaları da bundan etkilenmiştir.

Bağımsız yargı, hızlı ve sağlam adalet, yolsuzluğun vazgeçilmez düşmanıdır.

Rüşvet suçları çok failli suçlardır. Zina gibi gizli işlenir ve her iki fail de suçludur. Kanıtlama güçlüğü vardır. Karanlık sayı çoktur.

Bağımsız yargı olmazsa, suçlar iyi kovuşturulamaz. Toplumda güçlülerin yasaları delip geçtiği, güçsüzlerin örümcek ağına takılıp kaldıkları izlenimi doğarsa, yolsuzluklarla savaşım olanaksız olur. İşte o zaman birileri çıkar, birinin söylediği doğru şu sözlerle kamuoyunu avutup durur: "Bir ülkede namussuzlar, en azından namussuzlar kadar yürekli olmazlarsa, o ülke mutlaka batır". Ama öte yanda öbürleri yolcuların çantalarını çalmayı sürdürürler.

Esasen, hukuk ve devlet her ülkede yürekliiler için değil, ortaboy insanlar içindir. Zaten yürekliiler, kahramanlar o kadar sık çıksalar, onlara sıradışı, kahraman denmez ki!

Yargı bağımsızlığı tam olmalı ve yargıya güvenilmelidir.

Yargı da yersiz ihbarları iyi değerlendirmeli, buna göre donatılmalıdır.

Ben bu konuda yargıya Archimedes'in dünyayı kaldırarak temel deste-

ği işlevini veriyorum. Bu destek sağlamsa, kaldırıcınızla dünyayı kaldırabilirsiniz. O nedente bağımsız yargı, sağlam ve yeterince hızlı (çok hızlı değil) adalet için bugünden kolları sıvalmalıyız. Bunu biliyorsak niye gecikiyoruz? Geciktirenler yolsuzluğa ortak olma kuşkusu altına girmezler mi?

Ülkemize ve halkımıza, yansız hukuk devletinin yerleştiği, yolsuzlukların bittiği bir yaşam diliyorum.