HFSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Etik İlkeler ve Hukuk
Ioanna Kuçuradi

Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adalet
Ali Şafak Balı

Hukuk ve Ekonomi anlayışı ya da
Hukukun Ekonomik Analizi
Ahmet Ulvi Türkbağ

Küreselliştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri
Vahap Coşkun

Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel
Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının
Tespitinde "Neminem Leadere" İlkesi
Osman Can

Ceza Hukukunda Hukuksal Değer
Yener Ünver

Doğru Hukukun Bilgisi
Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi
Argümanlarının Hukuk Uygulamasında
Kullanılma Olanakları
Yasemin Işıklaç

Hukuksal Argumentasyon Teorisi ve
Hukuk Uygulamasındaki Görünümü
Sevtap Metin

Yargıda Gerekçe Sorunu
Çetin Aşçıoğlu

Kararlarda Gerekçe ve Muhafelef Şerhi
Mustafa Tören Yücel

"Mukaddime"deki Barbar ve Uygar Toplumların
Ahlaki Özellikleri Üzerine Düşünceler
Mustafa Koçak

"Hukuk Kültürü" Kavramının Problemleri
Murat Yüksel

Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım
Vural Fuat Savaş

8

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz

İSTANBUL
BARO'SU

340 1
HFS
2003
c.8

ISBN 975-6689-26-9

HFSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

8. KİTAP

Hazırlayan

Hayrettin Ökçesiz

340.1 HFS 2003
A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
123338 ...340.1

İstanbul Barosu Yayını

İstanbul - 2003

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

SUNUŞ

"Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi" bu kez üç kitabını birden çıkararak 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 Altıner'e teşekkür ederim.

Yeni kitaplarda ve etkinliklerde buluşmak ümidiyle...

Hayrettin Ökçesiz

İÇİNDEKİLER

- Etik İlkeler ve Hukuk - *İoanna Kuçuradi* 5
- Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adalet - *Ali Şafak Balı* 12
- Hukuk ve Ekonomi anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi - *Ahmet Ulvi Türkbağ* 58
- Küreselliştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri - *Vahap Coşkun* 69
- Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde "Neminem Leadere" İlkesi - *Osman Can* 96
- Ceza Hukukunda Hukuksal Değer - *Yener Ünver* 113
- Doğru Hukukun Bilgisi - *Hayrettin Ökçesiz* 120
- Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları - *Yasemin Işıktaç* 127
- Hukuksal Argumentasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü - *Sevtap Metin* 136
- Yargıda Gerekçe Sorunu - *Çetin Aşçıoğlu* 154
- Kararlarda Gerekçe ve Muhafelef Şerhi - *Mustafa Tören Yücel* 162
- "Mukaddime"deki Barbar ve Uygar Toplumların Ahlaki Özellikleri Üzerine Düşünceler - *Mustafa Koçak* 171
- "Hukuk Kültürü" Kavramının Problemleri - *Murat Yüksel* 181
- Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım - *Vural Fuat Savaş* 194

Etik İlkeler ve Hukuk(*)

İoanna Kuçuradi(**)

13 gün önce yeni bir yüzyıla, hem de yeni bir binyıla girdik. Bizlere, şu anda yaşayanlara rastladı bu. 2000'e beş kala, on kala ölmüş olabilirdik, kimi dostlar gibi.

Bu dönemecin furyasında, geçmişin muhasebeleri —çeşitli açılardan muhasebeleri— yapılıyor, geçen binyılın en önemli olayları, en önemli kişileri belirleniyor; gelecek için de öndeyilerde bulunuluyor. Ama bu sayılanlar arasında insan haklarından pek söz edilmiyor, ya da ben rastlamadım söz edene.

Bana sorarsanız, bitirdiğimiz yüzyılın en önemli başarısı, insan hakları fikrini önplâna getirmesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra önplâna çıkmaya başlayan insan hakları, yüzyılımızın sonlarına doğru moda haline gelmiş, moda olunca da kavramın içi boşalmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak insan hakları s a y ı l a n l a r ı n sayısında bir enflasyon, uluslararası kuruluşlarca kabul edilen insan hakları belgelerinde de gitgide artan bir kavram kargaşası gözleniyor. İnsan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ihlâlleri birçok ülkede pervasızca devam ediyor; yapılan hukuksal düzenlemeler de insan haklarıyla bağlantılanarak yapılmıyor, yani insan hakları için yaratacakları sonuçlar hesaba katılmıyor.

Neden? Benim görebildiğim kadarıyla, bunların en temel nedeni, insan haklarının ne olduğuna ilişkin bilgi eksikliğidir. İnsanlar, insan haklarının ne olduğunu bilseler, çoğunun bunları korumak için elinden geleni yapmak isteyeceğini ve kendini gerekli bilgiyle donatmaya çalışacağını düşünüyorum.

Bu satırları yazmaya başladığım günün bir önceki akşamı, birçok televizyon kanalında kiraların artışına getirilen sınırlama tartışılıyordu: kimisi Anayasaya aykırı olduğunu, kimisi de olmadığını savunuyordu; ama insan haklarıyla bağlantı kurana —pek vurgulamadan bağlantı kuran bir tek hukukçumuz dışında— rastlamadım. Örneğin şöyle bakılabilirdi bu konuya: İnsanların barınağı olması, bir evde oturması temel bir haktır. Kira artışlarına çizilen sınır —yani bir ekonomik hakka çizilen sınır— yurttaşların barınma hakkının korunması için (yurttaşların bu konuda birbirine karşı korunması için) yapılan bir düzenleme-

(*) Ankara Barosu'nun 2000 yılı Kurultayında yapılan konuşmadır.

(**) Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

dir. Bu nedenle, tartışılması söz konusu olan, kira artışlarına bir kısıtlama getirmenin kendisi değil, kiraları yükseltme oranıdır. Ayrıca, açık bir insan hakları ve özgürlükler kavramıyla konuya bakıldığında, bunun —kimilerinin öne sürdüğü gibi— bir hak kısıtlaması olmadığı ve neden olmadığı, hele hele bir temel özgürlük kısıtlaması olmadığı gösterilebilir. Ama böyle bir tartışma olmadı, ya da olduysa ben ona rastlamadım.

Bu örneği, insan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ile somut olaylar arasında nasıl bağlantı kurulamadığını belirtmek için verdim. Bu da, insan haklarının ne olduğunun pek bilinmediğini düşündürüyor.

Umarım ve dilerim ki, yeni yüzyıl, insan hakları bilgisinin yaygınlaşacağı ve bütün politikaların ana amacı olacağı bir yüzyıl olsun.

*

İşte ben bugün burada, "insan hakları nedir?" sorusuna benim cevabımı sunmaya çalışacağım.

Bu, ilk bakışta çok yalın soru, insan haklarına ilişkin teorik çalışmalar için olduğu kadar, insan haklarının uygulanması için de en temel sorudur; çünkü bunun cevabı, insan haklarını diğer haklardan ayırdedebilme ölçütünü oluşturuyor.

İnsan hakları, herşeyden önce bir fikir, bir düşüncedir —insanların tarihe getirdikleri, çok farklı değere sahip çeşitli düşüncelerden biri. Şu düşünce: insanlar, insan oldukları için —tavuk ya da fil olmadıkları için—, yani bazı özellikleri olan insan türünün üyeleri oldukları için —yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektiriğin çeşitli kullanımlarını bulmuş, bazılarımızın okuduğu Küçük Prensi yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirmiş, ombudsman kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için— özel bir muamele görmeleri gerektiği düşüncesi. Kişiler birbirine öyle bir şekilde muamele etmeli ki, insanın bu olanaklarını gerçekleştirebilsinler, diye düşünülüyor. Çünkü gerçeklikte insanların çoğu birbirine böyle muamele etmiyor, ya da başka insanların bu olanakları gerçekleştirebilmeleri için gerekli olan koşulların oluşmasını bilerek ya da bilmeyerek engelliyor.

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 1. maddesinde "Bütün insanlar haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar" denilirken, dile getirilmeye niyetlenilen bu olsa gerek. Bu madde, yanılmıyorsam, uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde bulunan insan hakları anlayışını dile getiren tek maddedir.

İnsanlar, başka insanlar tarafından belirli bir şekilde —"kardeşçe"— muamele görmeli. (Hiç şüphe yok ki Habil ve Kabil kardeşler gibi değil.) Ama nasıl? Tek tek insan hakları bu muameleyi saptamaya çalışıyor.

Böylece insan hakları: insanın bazı olanaklarının —değerini bildiğimiz bazı olanakların— gerçekleşebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler getiren ilkeler olarak karşımıza çıkıyor. İnsan haklarıyla dile getirilmek istenen, en

temelde şudur: ancak bu koşullar varsa, kişiler normal olarak (ve istisnalar her zaman olabilir), insanın daha önce sözünü ettiğim olanaklarını ve bu arada etik olanaklarını gerçekleştirebilirler.

İşte, herhangi bir hakkı insan hakkı yapan özellik de, bu tür muameleye ilişkin bir talep getirmesidir.

Kişi açısından bakıldığında etkin ve edilgin anlamda etik muamele ilkeleri ya da normları olan insan haklarına devlet açısından bakıldığında ise, insan haklarının, bu muameleyi mümkün kılan koşulları dile getiren normlar olduğu görülüyor. Başka bir deyişle, devlet açısından bakıldığında insan hakları, toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde dayanılacak normlar —yani çeşitli düzeylerde hukukun oluşturulmasında/türetilmesinde hareket edilecek temel öncüller ve kamu işlerinin yönetimini belirleyecek normlar—dır; pozitif hukuk bunlara göre türetildiğinde ve kamu işleri bunlara göre yönetildiğinde, kişiler, herbiri yapabileceği ölçüde, insanın (insan türünün) daha önce sözünü ettiğim olanaklarını gerçekleştirebilirler.

İşte insan hakları, toplumsal düzenlemeler için, hukuk ve siyaset için etik ilkeler getirme girişimidir —ama şimdilik, gerek teoride gerek pratikte oldukça cılız bir girişim.

Vurgulamak istediğim bir nokta da şudur: bugün yaygın bir şekilde kabul edildiği gibi insan hakları hukuk değildir. Hukukun türetileceği öncüllerdir sadece —farklı gerçeklik koşullarında adaleti gerçekleştirecek hukukun.

Uluslararası insan hakları belgeleri de, yasalar ya da anayasalar değildir. Devletlerin sözedimleridir. Böyle bir belgeyi imzalayan bir devlet, diğer devletlere, ama herşeyden önce kendi yurttaşlarına verdiği bir sözdür: çağın ve ülkenin gerçeklik koşullarında yapılacak toplumsal düzenlemelerin başka normlara ve düşüncelere göre (ya da çıkarlara göre) değil, o evrensel normlara —insan olan herkes için muamele talepleri getiren bu normlara— göre yapılacağı ve kamunun onlara göre yönetileceği sözü.

Ne var ki çeşitli uluslararası insan hakları belgelerini yukarıda sözünü ettiğim ölçütü ve normlara ilişkin bazı epistemolojik farkları gözönünde bulundurarak okuduğumuzda, görüyoruz ki, orada yer alan normlar, aynı türden olan nomlar değildir, bazan da birbirini çelen nomlardır. Bu da insan haklarının yaşamda korunmasını engelleyebiliyor.

Bu saptama, genel olarak normlar üzerine ve hukukun oluşturulması ve uygulanması için temel-evrensel normlar olarak insan hakları üzerine, bugün mevcut olan durumun ışığında —yani yaygın ifadeyle insan haklarının "kötüye kullanılması" örneklerinin ışığı altında— yeniden düşünmemizi zorunlu kılıyor.

İnsan hakları ne türden normlardır? Bu soruya cevap verebilmek için, iznizle, önce genel olarak normlara ilişkin birkaç söz söyleyeyim.

Normların varlığı —değişik ve değişken normların varlığı— bir olgudur. Bu olgu da insanın bir yapısal özelliğiyle ilgilidir: toplumsal ilişkiler

kurma, yani belirli kişiler tarafından üstlenilen roller yaratma özelliğiyle ilgili.

Normlar, belirli bir grupta bir düzen getirmek için, dolayısıyla kişilerin davranışlarını belirlemek ya da belirli bir grubun üyeleri arasındaki toplumsal ilişkilerin (etik ilişkilerin değil, toplumsal ilişkilerin[1]), nasıl kurulacağını belirlemek için türetilirler. Belirli bir toplumsal rolü üstlenenin ya da kendini o rol içinde bulanın, bu rolü oluşturan normlara göre davranması beklenir. Ayrıca da kişilerin, başka kişilerin yaptıklarını bu normlara göre değerlendirmeleri istenir.

Normlar, genellikle, gereklilik önermeleri ya da -bilirlik önermeleri olarak dile getirilirler. Bu da, normların bilgi önermeleri olmadığı, bu önermelerin bağımsız bir nesnesi olmadığı anlamına geliyor. Dolayısıyla normlar, nesnelerine gidilerek, doğrulukları-yanlışlıkları sınanabilecek türden önermeler değildir.

Bu, normların en temel epistemolojik özelliğidir. Belirli bir normu değerlendirmede karşılaşılan güçlüklerin kaynağı da budur: normlar doğrulanıp-yanlışlanamazlar. Normları değerlendirmek için, farklı bir bilgisel yol izlemek gerekir.

Norm önermelerini bilgi önermeleriyle karşılaştırdığımızda, normların düşünceler olduğunu: farklı bilgisel nitelikte öncüllerden ve farklı akıl yürütmelerle türetilen düşünceler olduğunu görüyoruz.

Bir normun değersel niteliği, öncüllerinin epistemolojik özelliğine bağlıdır. Bir normun bilgisel temellendirilmesi de, kaynağına, yani türetildiği öncüllere gerigidebilmeye ve bu öncüllerin bilgisel niteliğini görebilmeye — yani türetildiği öncüllerinin bilgiler mi, yoksa başka normlar mı ve başka normlar ise, bunların ne özellikte normlar olduğunu görebilmemize— bağlı.

Her normun tâbi tutulması gereken bu epistemolojik değerlendirme, bir normu geçerli kılma yollarından (ve bu arada yasalaştırmadan) çok farklı bir iştir. Bir normu geçerli kılma prosedürleri –toplumsal ya da siyasal prosedürleri— belirli bir norm hakkında bir konsensus sağlamayı amaçlar. Bir ahlâksal normun nasıl geçerli kılındığını görebilmek, sosyolojik araştırma gerektiriyor; bir hukuk normunun nasıl yasalaştırıldığını görmek için ise, onu yasalaştıran merciin —örneğin parlamentonun— tutanaklarını okumak gerekir.

Bugünkü dünyada, belirli bir norm hakkında yalnızca konsensus aramakla yetiniliyor; hakkında konsensusa varılmaya çalışılan normun epistemolojik ve değersel özelliklerine pek bakılmıyor. Günümüz dünyasında "demokratik" karar almanın ana tehlikelerinden biri de budur; çünkü bu, konsensusla veya oy çokluğuyla insan haklarına ters düşen normların yasalaştırılmasını ve insan haklarına ters düşen kararların alınmasını mümkün kılıyor. Örneklerini sizler düşünebilirsiniz.

Normların epistemolojik-değersel özellikleriyle ilgili bu söylediklerim,

1. Bu fark için bak.: İoanna Kuçuradi, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 19994, s. 3-12.

hem ahlâk normları, hem de hukuk normları için söz konusudur.

Ben burada, insan haklarının normlar olarak özelliklerini —yani ahlâk[2] ve hukuk normlarından farklarını— belirtebilmek için, konuyla doğrudan ilgili olan yalnızca iki tür normdan söz etmekle yetineceğim: farklı bilgisel nitelikte olan öncüllerden ve farklı akılyürütmelerle türetilen iki tür normdan:

Bir tür normlar vardır ki, bunlar farklı tarihsel gerçeklik koşullarında deneyden induksiyon'la (bir çeşit tümevarımla) türetilmiştir. Başka bir tür normlar da vardır ki bunlar, insanların içinde bulunduğu, en az iki farklı tarihsel durumun, insanın bazı yapısal olanaklarının değerinin bilgisi ışığında (ya da insan onuru dediğimizin ışığında) karşılaştırılmasından türetiliyor. İlk türden normlar, istatiksel olarak temellendirilebilir, ikinci türden normlar ise bir çeşit absürde indirgemekle temellendirilebiliyor.

İlk türden olan, kültürel normlar adını verdiğim normların kaynağı, belirli doğal-toplumsal koşullar ve farklı kültürlerin insan anlayışlarıdır. Bunlar, belirli bir tarihsel anda mevcut koşullarla ilgili davranış normlarıdır. Türetildikleri anda, türetildikleri durumun koşullarında, bir grupta düzen kurmayı (ama değersel niteliğine bakılmaksızın, sadece düzen kurmayı) veya mevcut düzeni korumayı amaçlarlar; yani böyle bir işlevleri vardır. Basiretle türetildiklerinde, türetildikleri koşullar devam ettikçe, işlevseldirler. Ama bu koşullar değiştiğinde, işlevlerini ve anlamlarını yitirirler; yani dile getirdikleri gereklilikler temellerini yitirirler. Kuşaktan kuşağa aktarılan bir sürü geleneksel-göreneksel (kültürel) normlar, bu türden normlardır. Bu kaynakları görülmediği için, bu tür normlar temellerini yitirdikleri zaman da korunmaya çalışılır. Hatta geçersiz hale gelmiş böyle normları —"bizim kültürümüzdür" diyerek— canlandırma girişimleri bile olabiliyor.

Ne var ki zaman içinde, değişmiş olan koşullardan aynı konularda yeni normlar türetiliyor, çok defa da bu yeni normlar eskileriyle bağdaşmaz normlar olabiliyor. "Değerler krizi" adıyla anılan olgunun kaynağı da budur.

Bu tür normların türetiminde kullanılan akılyürütme ise, diğerininkinden farklıdır; ama bunun üzerinde burada durmayacağım.[3]

Daha önce sözünü ettiğim ikinci türden normlar, insanın değerinin bilgisinden türetiliyor: bu değere zarar veren insansal ya da tarihsel koşullar karşısında, doğrudan ya da dolaylı olarak bu bilgiden türetiliyorlar —"öldürmemek gerekir", "ırk ayrımı yapmamak gerekir" normları gibi.

Bu ikinci türden normların tipik bir örneği insan haklarıdır: insan türüne ait her tekin, değerini bildiğimiz insansal olanakları gerçekleştirebilmesini engelleyen bir muameleyi görmemesini talep ederler. "İnsan hakları,

2. Ahlâk kavramı için bak.: İoanna Kuçuradi "Ahlâk ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 19973, s. 20-36.

3. Bunun için bak. : İoanna Kuçuradi "Normların Bilimsel Temellendirilebilirliği", Çağın Olayları Arasında, Ayraç Yayınları, 19972, s. 166-173.

yaşamda insan onuru korunacaksa, insan türüne ait her kişinin ve bütün kişilerin (kim olursa olsun ve özel durumu ne olursa olsun) genel olarak nasıl muamele görmesi gerektiğini ve insanların başka insanlara nasıl muamele etmesi gerektiğini dile getiren normlardır" derken, kastettiğim buydu.

Pozitif hukukta, her iki türden normlar da yer alıyor. İnsan haklarının adları anayasalarda yer alıyor. Ama birçok hukuk normunun, ilgili kültürel normların usulüne uygun yasalaştırılması olduğu görülüyor.

*

Şimdi, insan hakları normlarının özelliklerini, yani onların ahlâksal-kültürel normlardan ve hukuk normlarından bazı farklarını şöyle özetleyebilirim:

a) İnsan hakları, belirli tarihsel koşullarda, insanın bazı yapısal olanaklarının değerinin bilgisinden türetilen normlardır: insanın bu yapısal olanaklarının gerçekleşebilmesi için gerekli olduğu düşünülen koşulları dile getirirler. İnsanın değerini —varlıktaki özel yerini— korumayı amaçlarlar. İnsan haklarının "evrensel" olmaları, yani insan olan herkes için belirli muamele taleplerini getirmeleri, insan haklarının bu kaynaklarından ileri geliyor.

Kültürel normlar ise, değişik ve değişken olan deneysel (yerel) koşullardan türetiliyor. Bu normlar belirli bir grubun çıkarlarını (genellikle başka gruplara karşı çıkarlarını) korumayı amaçlarlar. Birçok hukuk normu böyle kültürel normlardan türetiliyor ya da böyle normların yasalaştırılması oluyor.

İnsan haklarının sözünü ettiğim bu epistemolojik ve değersel özelliği, onların pozitif hukuk normlarının doğrudan ya da dolaylı olarak türetileceği temel normlar olarak kullanılmalarını gerektiriyor. Pozitif hukukun, birbiriyle kaçınılmazcasına çatışan kişisel ve grupsal çıkarları korumak için bir cambazlık zemini olmadığının, adaleti gerçekleştirmeyi ve insan onurunu korumayı amaçlayan normlardan oluşması gerektiğinin farkında isek, insan hakları pozitif hukukun öncüllerini oluşturmalı.

Oysa şu anda pozitif hukuk, kimisi insan haklarından kimisi de kültürel anlayışlardan türetilmiş normlardan oluşuyor. Bu da, birbirini çelen normların yasalaştırılmasını olanaklı kılıyor.

b) Muamele görme ilkeleri olarak insan hakları, doğal ya da rastlantısal özellikleri ne olursa olsun her insanın ve bütün insanların etik olarak nasıl bir muamele görmesi ya da görmemesi gerektiğini dile getirmeye çalışırlar. Bundan dolayı insan hakları yasama için temel normlardır.

c) Muamele etme ilkeleri olarak insan hakları ise, aynı zamanda kamu yaşamında insanlararası ilişkiler için davranış normlarıdır. Kamu yaşamında doğru[4] eylemlerin asgari koşullarını dile getirirler.

Bu nedenledir ki, davranış ilkeleri olarak insan haklarının etkili olabilmesi i) kişilerin kamu yaşamında onlara göre davranmak istemelerini ve her bir hakkın neyi talep ettiğinin (kavramının) açık bilgisine sahip olmalarını; ii) aynı zamanda da, belirli bir durumda bir insan hakkının nelerin yapılması gerektirdiğini bulabilme yeteneklerini —bu bilgisel yeteneği— geliştirmelerini gerektiriyor.

Bütün ahlâk ve hukuk normları — türetildikleri öncüller ne olursa olsun— bir grupta bir düzen yaratmayı amaçlıyor. Ancak şu soruyu da sormak gerekir: bir düzenin varlığı insan haklarının korunması için yeterli midir? Çok yaygın olan "düzen iyidir" değer yargısını aşmayı becerebilmişsek, her düzenin insanların insanlaşmasına — yani insana özgü bazı olanakları geliştirebilmelerine— yardımcı olmadığını görebiliyoruz. İnsan haklarının amaçladığı, insanların insanlaşmasına yardımcı olan bir düzenin yaratılması — sürekli yaratılması—dır.

Böyle bir düzenin yaratılması için hukuk ya da yasalar tek başlarına yetmiyor. Ancak belirli gerçeklik koşullarında insan haklarının açık bilgisinden türetilen yasalar bu nitelikte bir düzenin yaratılmasına yardımcı olabiliyor.

d) Bunun için, devlet açısından bakıldığında insan hakları, belirli bir devlette devletin temel ödevlerini dile getiren talepler oluyor —her devletin yurttaşlarına karşı ödevlerini, başka bir deyişle de belirli bir devletin çeşitli organlarında görevli olanların en temel ödevlerini. Bu ödevlerin başında, insan haklarına uygun yasalar çıkarmak geliyor (ulusal hukuku ve mevzuatı uluslararası insan hakları belgelerine uygun hale getirmenin anlamı bu olsa gerek). Ve devletin bu ödevleri arasında, insan haklarına uygun olarak çıkarılan yasaların uygulanmasını sağlamak ve bundan da öte, bu yasaları tek tek durumlara uygulayacak olanların (devlet ve kamu görevlilerinin, yargıçların, savcıların v.b.) bunu yapabilecek hale gelebilmeleri için eğitilmesini sağlamak da bulunuyor.

21. yüzyılın, her düzeydeki hukukun insan haklarından türetildiği bir yüzyıl olması dileğiyle bitireyim sözlerimi.

4. 'Doğru eylem'in anlamı için bak.. : İoanna Kuçuradi, Etik, op.cit., s. 78-81.

Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adalet(*)

Ali Şafak Balı(**)

GİRİŞ

Günümüz siyasal toplumları bir taraftan küreselleşme karşısında tavır belirlemeye çalışırken diğer yandan da kendi sınırları içerisinde azınlık problemi olarak somutlaşan çokkültürlülük olgusuyla yüzleşmek ve bu gerçekliğin ortaya çıkardığı sorunlara çözüm üretmek telaşı içerisindedir. Bir yanda, tüm dünyada sınırların yavaş yavaş erimesi ve zamanla yok olması anlamına gelecek bir hareketlilik yaşanırken, diğer yanda, bazı siyasal toplumlarda mevcut sınırların daha da daralması ile sonuçlanabilecek, bağımsızlık olmasa da özerklik talepleri ile ortaya çıkan sosyo-kültürel grupların çoğalması oldukça dikkat çekicidir. Birbirine zıt görünen bu iki sosyolojik gerçekliğin görmezden gelinmesine imkan yoktur. O halde nasıl olur da bunlar aynı anda, aynı hızla tüm dünyada yaygınlık kazanabilir. Bunun makul bir açıklaması olması gerekir. İşte o makul açıklama tek cümle ile şudur. Farklı kültüre mensup insan grupları, kendilerine dayatılan küresel değerlere karşı kendi kültürel değerlerine sarılmayı tercih etti. Bir başka açıdan ifade etmek gerekirse; küreselleşme ile birlikte kültürlerin birbirlerine daha çok yaklaşması birbirlerini daha yakından, bire bir tanıması, her kültürün kendi farklılıklarını görerek bunu bir sosyal kimlik bilincine taşıması ve bu kimliğini muhafaza etme çabasına girişmesine yol açtı. Birbiriyle çelişiği, uzlaşmadığı düşünülen küreselleşme olgusu ile post-modernist dünya görüşünün birbirini tamamlayarak, hem bireylerin, hem grupların hem de toplumların ben bilincine sarılmasına, ekonomik ve siyasal rekabetin yanına bir de kültürel rekabetin eklenmesine yol açtı. Bu arada, farklılıkların öne çıkması, insanları öze döndürmekle birlikte bir içe kapanmayı getirmedi. Aksine hem kültürler hem de ideolojiler arasındaki etkileşim sürecini de artırdı. İşte yoğunlaşan kültürel etkileşim süreci farklılıklar üzerine temellenen grup bilinci ile kesişince, bazı siyasal toplumlarda, yirmi yıl önce hiç akla gelmeyen sosyo-kültürel sorunların ortaya çıkmasına yol açtı. Bu çalışma, bu tür sorunları birer toplumsal adalet sorunu niteliğinde görmeye çalışarak, onlara barışçıl çözüm üretebilmenin yolunu bulmaya çalışacaktır.

(*) Bu çalışma yazar tarafından, "Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet" (Çizgi Kitabevi, Konya 2001) isimli kitabının ikinci bölümünden bazı küçük revizyonlar dışında kısaltılarak yayıma hazırlanmıştır.

(**) Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bu çerçevede, aşağıda, ilk olarak tarihsel ve sosyolojik bir bakışla çokkültürlülük olgusunu anlamaya çalışacağız. Sonrasında, çokkültürlü toplumlardaki sorunların çözümüne yönelik bir hukuk ve adalet anlayışına hangi ilkelerin yol göstermesi gerektiğini tartışacağız. Bu ifadeden de anlaşılabileceği üzere çalışmaya iki yöntem hakimdir. Bunlardan ilki, mevcut durumun tespiti aşamasında realist bir yaklaşımın tercih edilmesine karşılık, çözüm arayışında normatif, daha genel olarak da idealist bir anlayışın tercih edilmiş olmasıdır. Bunun nedeni açıktır. Mevcut durumu açıklamakta, bilimsel metotlardan yararlanmak dururken, varsayımlarla örülü açıklama şemalarına başvurmanın anlamsız olduğudur. Bunun tersi de doğrudur. Yani, mevcut durumda tespit edilen sorunların çözümünde salt gözleme dayalı bir bilginin yeterli olacağını düşünmek yanıltıcıdır. Çünkü sorunların çözümü, şöyle ya da böyle, olandan farklı, daha ideal bir toplum (çokkültürlü toplum) tasavvuru çerçevesinde bulunabilir. Bunu aramak için de gözleme dayalı bilgiye akılcı ve değerlendirici bir düşünce tarzını eklemek gerekmektedir.

ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUM GERÇEĞİ

Çokkültürlü toplum denildiğinde ne anlaşılmak gerekmektedir? Her şeyden önce, buradaki anlamıyla bu sorunun felsefi nitelikte bir sorun olmadığının altı çizilmelidir. Araştırmamız sosyal gerçekliği anlamaya yönelik bulunduğu için de soru daha ziyade olgusal nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla çokkültürlü toplumlara sorunları tespit ederken, hem ideolojik (o toplumdaki siyasal sisteme ilişkin) kaygıların, hem de felsefi anlamda çoğulculuk tartışmaların geçici olarak bir kenara bırakılması daha gerçekçi ve objektif bir sonuca ulaşmak bakımından yerinde olacaktır. Bir toplumun çokkültürlü bir toplum olduğunu söylerken biz gerçekte ne kastediyoruz? Aslında tarihsel ve sosyolojik veriler ışığında bu soruya cevap vermek çok da zor değildir. Çokkültürlü toplum, esas itibarıyla, birden fazla kültürü içerisinde barındıran toplum olarak anlaşılabilir. Asıl zorluk kültür kavramının tanımlanmasında ortaya çıkmaktadır.

Kültür Kavramı

Kültür kavramı çeşitli sosyal bilim dallarında en çok karşılaşıldığı halde en az tanımlanan kavramlardan birisidir. Kültür denildiğinde ne kastedildiğini anlayabilmek için antropologların çalışmalarından yola çıkan Wallerstein, insanın üç farklı şekilde tanımlanabileceğinden hareketle[1], kültür terimine, genellikle, insanların evrensel nitelikleri ve mizaç özellikleri dışındaki davranış, değer ve inanç gibi unsurlar hakkında konuşurken başvurulduğunu

1 Antropologlara göre, her bir insanı üç farklı şekilde tanımlamak mümkündür. İlkinde herkes herkesle aynı insanı karakter özelliklerini (insanın evrensel özellikleri = universal characteristics of the species) paylaşmaktadır. İkincisinde herkes sadece bir grup insanla aynı özellikleri (insanı belli bir grup üyesi olarak tanımlayan özellikler) paylaşmaktadır. Üçüncüsünde ise herkesin başka hiç kimse ile paylaşmadığı bazı özellikleri (mizaç = idiosyncratic characteristics) vardır. Wallerstein, I. (1990), "Culture as the Ideological Battleground of the Modern World-System" Theory, Culture & Society, Cilt 7, s. 31

belirtir. Bu kullanımda farklı insan gruplarının kendilerine özgü kültürlere sahip olacağı kabul edilmektedir.[2]

Tarihin ilk dönemlerinde, dünyanın çok çeşitli yörelerinde birbirinden bağımsız olarak farklı medeniyetlerin doğup geliştiği bilinmektedir. Birkaç yüzyıl öncesine gelininceye kadar bu topluluklar arasındaki karşılıklı etkileşimin oldukça marjinal düzeyde kaldığını söylemek mümkündür. İşte bu yüzden, dünyanın farklı bölgelerinde yaşayan insan gruplarınca oluşturulmuş, gelenek, görenekler, yaşam tarzları, toplumsal kurumlar, ahlak ve hukuk normları ve hatta inanç sistemleri kaçınılmaz olarak kendine özgü bir yapıda ortaya çıkmıştır. Kültür terimi ilk olarak bu yaşam biçimlerini tümel olarak ifade etmek üzere toptancı bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır.

Farklı medeniyetler ve kültürler arasındaki ilk büyük etkileşim sömürgecilik dönemi ile başlamıştır. Özellikle Batılı sömürgeciler, sömürdükleri toplum üyeleri üzerinde, onların kültürlerini değiştirmek yönünde ciddi bir baskı kurmuşlardır. Sömürgecilik vesilesiyle, dünya çapında ekonomik ilişkiler ağı kurulmuş, bu sayede sömürge toplumları dışında başka kültürler arasında da bir etkileşim söz konusu olmuştur. Hem sömürgecilik hareketleri hem de ekonomik ve ticari amaçlı göçler, gidilen topraklarda yaşayan insanlar ve onların yaşam biçimleri üzerinde oldukça yıkıcı etkiler yapmıştır. Kabileler halinde yaşayan yerli halk, zamanla örgütlenmeye ve sömürgecilerle ve işgalcilerle savaşmaya başlamıştır. II. Dünya Savaşını takip eden yıllarda sömürge toplumlarının bir kısmı bağımsızlıklarını kazandıysa da, sınırlar sömürgecilerin siyasi ve ekonomik çıkarlarına uygun düşecek şekilde, orada yaşayan insanların etnik kimliği, kültürü dikkate alınmaksızın çizildiği için artık homojen bir kabile toplumundan, dolayısıyla tek bir kültürden bahsetmek imkanı kalmamıştır. Sömürgecilik döneminin oluşturduğu kültürler arasındaki diğer bir etkileşim türü Afrika kıtasından Amerika ve Avrupa kıtalarına köle ticareti yapılması suretiyle ortaya çıkmıştır. Köle işçilerin neslinden gelenler, bu toplumlardaki egemen kültürün bir unsuru haline getirilmeye çalışılmıştır. Bazı toplumlar bunda başarılı olurken, bazı toplumlarda ise bu süreç etnik isyanlara, toplu katliam ve soykırıma varan çatışmalara dönüşmüştür. Yine sömürgecilik döneminde insan hak ve özgürlükleri bakımından da etnik ve kültürel gruplar arasında bir ayrım gözetilmiş, sömürgeciler ile yerliler arasında, efendiler ile köleler arasında, birincilerin lehine hak ve imtiyazlar tesis edecek bir hak ve özgürlük anlayışı geliştirilmiştir.[3] Bütün bu tarihi ve sosyolojik olayları, çağımızda yaşanan çok-kültürlü toplum gerçeğinin anlaşılması ve bu toplumlarda zaman zaman iç savaşlara varan genel olarak "kültürler arası çatışma" olarak nitelenebilecek, etnik ve dini kimlikler nedeniyle yaşanan çatışmalara yol

2 Wallerstein s. 31

3 Gurr, T.R. / Harff, B. (1994), Ethnic Conflicts in World Politics, Oxford 1994, s. 15-18

açan sürecin ilk önemli halkaları olarak yorumlamak mümkündür.

Bu özet tarihsel açıklamalardan sonra kültür kavramına geri dönersek; onu sosyolojik bakımdan, 'tüm bir yaşam biçimi, düşünce ve inanç sistemi' olarak tanımlayabiliriz. Böyle anlaşıldığında kültür, toplumdaki birey ve grupların birbirlerine karşı tutum ve davranışları ile karşılıklı ilişkilerini etkileyen, bir bakıma, insan topluluklarının da sanki tek bir organizma gibi davranmasını sağlayan ortak bir yaşam tarzı sunan önemli bir faktör olarak karşımıza çıkar. Aileye bakış, cinsiyete ilişkin değer yargıları, doğumdan ölüme varıncaya kadar pek çok olay karşısında tavır alışlar, kutlamalar, yeme, içme, yıkanma, giyim-kuşam tarzları, barınma alışkanlıkları ve diğer pek çok özel ve kamusal yaşama ilişkin tutum ve davranışlar kültür tarafından belirlenmekte ve farklı insan topluluklarında farklı biçimde ortaya çıkmaktadır.[4]

Sözlüklerde kültür terimi, ya bir insan grubunun ürettiği değerler, onun gelenekleri olarak ya da bir milletin, bir halkın medeniyeti, bu medeniyetin ürünleri olarak anlaşılmaktadır.[5] Ancak, eğer kültürü, sadece bir grubun gelenekleri olarak anlarsak, o zaman tüm modern toplumlarda her türlü sosyal hareket veya gönüllü birlikteliğin bir kültürü olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu anlamda İzlanda gibi etnik bakımdan dünyanın en homojen devleti bile çok kültürlü olarak tanımlanabilecektir. Diğer taraftan, eğer kültürü bir halkın medeniyeti olarak anlarsak, bu sefer de neredeyse tüm modern toplumların aynı kültürü paylaştığını söylemek gerekecektir. Çünkü bu anlamda bir kültür tanımı esas alındığında, İsviçre gibi belki de dünyanın en çokuluslu ve Avusturya gibi

4 Taylor kültürü üç temel kategoride ele almaktadır: 1) Sosyal organizasyon: Belirli bir insan topluluğunun kendisini farklı tür gruplar biçiminde organize etme ve faaliyetlerini gelenekler ve kurumlar biçiminde ortaya koyma biçimi; 2) Teknoloji: Kültürün maddi ürünleri, teknik ve sanata ilişkin kültür yapıtları; 3) İdeolojik Sistemler: Bilgi, inanç, değer ve belirleyici semboller (bayrak ve milli marş gibi). Taylor, B. K. (1979), "Culture: Whence, Whither and Why?" Allock, A.E. / Taylor, B. K. / Welton, J. M. (Editör), The Future of Cultural Minorities, London 1979 içinde, s. 19. Kültür terimi daha dar ve geniş anlamlarda da kullanılmaktadır. Örneğin, dil, din, ırk gibi unsurlarla değil, ama cinsiyetleri, cinsel tercihleri sosyal sınıf ve statüleri ile kendilerini toplumda yaşayan diğer insanlardan ayrı olarak tanımlayan ya da toplumdan dışlandıklarını düşünen grupların yaşam tarzları ve felsefelerini anlatmak üzere de zaman zaman kültür terimine başvurulur. Bu anlamda bir eşcinsel kültüründen söz edilebileceği gibi, bir işçi sınıfı veya kadın kültüründen, bir bürokratik kültürden de söz edilebilir. Bu kültürün en dar anlamıdır. Diğer yandan, yine etnik farklılıklara bakılmaksızın benzer sosyolojik ve tarihsel aşamalardan geçmiş geniş bir insan grubunu ifade etmek üzere de bazen kültür terimine başvurulmaktadır. Örneğin, "feodal, tanıma dayalı ve teokratik toplum yapısına karşı olan, modern, kentsel, seküler, endüstriyel medeniyeti" paylaşan Batılı demokratik ülkelerin ortak bir kültüre sahip oldukları belirtilmektedir. Kymlicka, bu son iki kullanımın kültür kavramının İngilizce sözlüklerde verilen kelime anlamından kaynaklandığını, çünkü sözlüklerde etniklik kavramının tanım dışında tutulduğunu belirtiyor. Kymlicka, W. (1998), Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi, Çeviren: A. Yılmaz, İstanbul 1998, s. 48.

5 Oxford English Dictionary'de kültür ya bir grubun gelenekleri ya da bir halkın medeniyeti olarak tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne baktığımızda, kültür teriminin bizim dilimizde de benzer şekilde tanımlandığını görüyoruz: Verilen pek çok tanımdan ikisi şöyledir: "Tarihi, toplumsal gelişme süreci içinde yaratılan bütün maddi ve manevi değerler ile bunları yaratmada, sonraki nesillere iletmede kullanılan, insanın doğal ve toplumsal çevresine egemenliğinin ölçüsünü gösteren araçların bütünü" ve "Bir topluma veya halk topluluğuna özgü düşünce ve sanat eserlerinin bütünü." Türk Dil Kurumu (1988), Türkçe Sözlük, 2. Cilt, Ankara 1988, s. 947.

çok etnikli ülkeler bile, farklı etnik ve ulusal gruplar hepsi aynı (modern, endüstrileşmiş) sosyal hayat biçimini paylaştıkları sürece çok kültürlü kabul edilmeyecektir.[6]

Bu saptamalardan sonra Kymlicka, kültürü, halk ya da millet kavramlarının eş anlamlısı olarak kullanmayı tercih ettiğini belirtmektedir. Yani, ona göre kültür, "kurumsal bakımdan az çok tam, belli bir toprak parçası ya da yurtta yaşayan, ayrı bir dili veya tarihi paylaşan, soy bağları olan" insan topluluğuna özgü bütünsel bir hayat tarzını, yaşam biçimini ifade etmektedir[7]. Bu bizce de doğru bir yaklaşımdır. Zaten tarihsel ve sosyolojik veriler de böyle bir yaklaşımı destekler niteliktedir. Kültürü, belli unsurlarla (ırk, dil, din, tarih ve coğrafya gibi) birbirinden kesin çizgilerle ayrılabilecek insan gruplarına (özellikle etnik veya ulusal gruplar) özgü bir yaşam biçimi olarak algıladığımızda, çok kültürlü toplum dediğimizde, kendisini belirtilen bu unsurlardan biri veya birkaçı ile tanımlayan birden çok kültürel yaşantının yan yana birlikte sürdürüldüğü bir siyasal birliktelikten söz ediyoruz demektir.[8] Böyle bir toplumda farklı kültüre mensup grup üyeleri arasında bireysel ve sosyal yaşama dair önemli anlayış farklılıkları ve çok farklı sosyal ilişki biçimlerinin mevcut olacağı, hatta bunların bir kısmının sosyal hayatın pek çok alanında belli çatışmalara yol açabileceği tahmin edilebilir.

Dünya'da Kültürel Çoğulculuk Olgusu

Son yüzyıl içerisinde kültürlerin kaynaşması trendinin artarak sürdüğünü, sanayi devrimi sonrasında fakir ülkelerden, sanayileşen zengin ülkelere doğru ve II. Dünya savaşı sırasında ve sonrasında zulümden kaçmak amaçlı olarak ve ayrıca misafir işçi statüsünde yoğun bir göç yaşandığını biliyoruz. Bugün küreselleşen dünyada kültürel bakımdan homojen bir insan topluluğundan oluşan bir siyasi toplumun kalmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Kymlica'nın tespitine göre, günümüz Dünyasında 184 devlet tahminen 600 yaşayan dil grubu ve 5000 etnik gruptan oluşmaktadır.[9] Durum böyle olunca aynı toplum içerisinde farklı kültürlerin bir arada bulunmasının ortaya çıkardığı bazı sorunlarla karşılaşılması da kaçınılmazdır. Bunun bir göstergesi, bu tür ülkelerin pek çoğunda yaşanan etnik ve dini nitelikteki çatışmalardır. Azınlık kültüre mensup gruplardan bazıları, özellikle ülkeleri işgal edilmiş olanlar, kaybettikleri bağımsızlıklarını yeniden kazanmayı isterken, bazıları, özellikle sömürgeye maruz kalan toplumlardaki yerli halklar, topraklarını geri istemektedirler. Gelişmiş toplumlarda yaşayan misafir işçiler ve köle olarak getirilenlerin torunları ise kendilerini diğer toplum üyeleri ile eşit görmeyi istemekte yani çoğunluk ile aynı hak ve özgürlüklere sahip olmayı talep etmektedirler.[10]

Gurr tarafından yürütülen ampirik bir çalışmanın sonuçlarına göre, 1990'lı yılların başlarında dünyanın çeşitli yerlerinde etnik çatışmaların ortaya çıkardığı yirmi iki sıcak savaş yaşanmıştır. Bu çalışmaya göre, 1993 itibarıyla, Dünyada, çoğu ayrımcılığın ve ayrılıkçı politikaların hedefi olmuş ve bu yüzden örgütlenerek kendi topluluksal[11] (communal) çıkarları ve kimliklerini muhafaza etmek ve savunmak amacıyla aktif siyasi tavır almış bulunan 233 ulusal grup ve etnik azınlık bulunmaktadır.[12] Bu gruplardan yüzde sekseni ya ekonomik ayrımcılık (147 grup) ya da siyasi ayrımcılığın (168 grup) ortaya koyduğu olumsuz sonuçları yaşamaktadır. Bazıları bir ölçüde diğerlerine göre daha avantajlı bir konuma sahip olsa da, çoğunun içinde yaşadıkları ülkedeki çoğunluk grup ile karşılaştırıldığında, ekonomik bakımdan fakir oldukları ve siyasi bakımdan yeterince temsil edilemedikleri görülmektedir.[13] Bu gruplardan çoğu, önce barışçı siyasi protestolarla tepki ve taleplerini ortaya koymuşlar, daha sonra bu tepkilerden bir kısmı isyan hareketleri ve terörist faaliyetlere dönüşmüştür. 1990'ların başı itibarıyla bu çatışmaların en önemli aktörleri olarak Kuzey Irlanda Katolikleri, Doğu Timor halkı, Filistinliler ve Güney Sudanlılar gösterilmektedir. Daha yakın zamanlarda Bosna Hersek'te, Çeçenistan'da ve özellikle de Filistin'de yaşananları da bunlara ilave etmek mümkündür. II. Dünya Savaşından beri yaşanan bu tür etnik çatışmalar, kitlesel öldürmelere olduğu gibi, büyük çapta kitlesel göçlere de yol açmıştır. 1993 yılı başlarında Dünyadaki 42 milyon göçmenden yüzde 63'ünün baskı ve etnopolitik çatışmalar dolayısıyla yer değiştirdikleri bilinmektedir.[14]

Bütün bu gelişmeler dolayısıyla, Kymlika bu yüzyılın "göç yüzyılı" olarak adlandırılabileceğini ifade et-

6 Kymlicka (1998), s. 48-49

7 Kymlicka (1998), s. 49

8 Yürüşen çokkültürlülük ve çokkültürcülüğü iki farklı kavram olarak şöyle tanımlar: "Çok kültürlülük, bir toplumda kültürel bakımdan anlamlı farklılıklar gösteren sosyolojik kategorilerin bulunması durumudur. Buna karşılık, çokkültürcülük, toplumsal çeşitliliğin belli biçimlerinin (kolektif kimliklerin) kamu alanına siyasi araçlar kullanılarak yansıtılmasını esas alan bir değerler ve uygulamalar bütününü ifade etmektedir." Yürüşen, M. (1988), Çeşitlilikten Özgürlüğe, Ankara 1998, s. 107. Her ne kadar çeşitlilik kavramı ile ifade etmiş olsa da Yürüşen bizim burada açıklamaya çalıştığımız anlamda kültürel bir çoğulculuktan bahsetmektedir. Endişesi bu anlayışın bireysel özgürlüklerin grup kimliği kisvesi altında yok edileceğine ilişkin bulunmaktadır. Biz bu görüşe katılmadığımız gibi, tam da tersine kültürel çoğulcuğu nazara alacak teorik çaba ve politikaların bireysel özgürlükleri daha da genişletebileceğine inanıyoruz.

9 Kymlicka (1998), s. 25

10 Gurr / Harff (1994), s. 18

11 İngilizce community tabiri Türkçe'ye zaman zaman cemaat olarak çevrilmekte, communal için ise cemaatsel karşılığı kullanılmaktadır. Bizim kültürümüzde cemaat denildiğinde genellikle dini nitelikteki topluluklar anlaşıldığı için, böyle bir tercih yanlış anlamalara açık bulunmaktadır. Çünkü İngilizce'de community denildiğinde sadece dini cemaatler kastedilmemekte, onları da içermekle birlikte her türlü etnik, dini, dilsel, sosyolojik ya da tarihsel unsurlarla diğerlerinden ayrılan insan topluluklarının tümü ifade edilmek istenmektedir. Dolayısıyla biz community tabiri karşılığı olarak mümkün olduğunca topluluk, insan topluluğu tabirini kullanmayı tercih edeceğiz. Ancak dini topluluklardan bahsetmek gerektiğinde cemaat, etnik topluluklardan bahsetmek gerektiğinde ise etnik topluluğun ismini (örneğin, Çeçenler) zaman zaman aynı anlama gelmek üzere kullanacağız.

12 Gurr / Harff (1994), s. 6

13 Gurr / Harff (1994), s. 6

14 Gurr / Harff (1994), s. 6-7

mektedir. Çünkü bu yüzyıl içerisinde çok sayıda insan sınırları geçmiş, başka ülkelere, özellikle ekonomisi gelişmiş ülkelere göç etmiştir. Kmylicka, bu yüzyılı ayrıca milliyetçilik yüzyılı olarak görmek gerektiğini de vurgulamaktadır. Ona göre, bu yüzyıl içerisinde tüm dünyada, her zaman olduğundan daha çok millet, ulusal kimliklerini kazanmak için silaha sarılmış, bu yolda mücadele etmiştir. Özellikle soğuk savaş sonrasında, etnik ve milli grupların talepleri, hem ulusal hem de uluslararası politik hayatın merkezine yerleşmiştir.[15]

Bu grupları harekete geçiren şey, kendilerine karşı uygulanan adaletsizlikler, hoşgörüsüzlük ve bunların doğurduğu kindir. Dolayısıyla, hak ve adalet arayışları sırasında, adaleti gerçekleştirmek arzusunun yanı sıra öç alma, bir bedel ödetme psikolojisi de etken olacağından, haklarını ve güçlerini kötüye kullanma potansiyeli çok yüksektir. Bu bağlamda, yani, milliyet ve etnik farklılıklar, ırk ayrımı, din kıyımları, etnik temizlik ve soykırımlar adına yapılan adaletsizliklerin en yakın örnekleri olarak Yugoslavya ve Ruanda'yı göstermek mümkündür.[16] Bütün bu kültürel ve etnik çatışmalardan başka da, Kymlika'nın ülkesi Kanada'daki etnik kimlikler[17] ve özellikle Quebec milliyetçiliği sorununu, aynı boyutta olmasa da, Fransa'nın Müslüman azınlık ile, Almanya'nın yabancı işçiler ile yaşadığı sorunları da çok kültürlü ülkelerin karşı karşıya kaldığı, çözmek için çareler aradığı sorunlara örnek gösterebiliriz.[18]

Türkiye'de Çoğulculuk Gerçekliği

Ülkemiz, II Dünya Savaşı öncesi yaşanan göç dalgasından çok fazla etkilenmemiş olmakla birlikte, gerek Nazi zulmünden kaçan Musevilere kucak açmak suretiyle, gerekse sanayisi gelişmiş Batılı ülkelere (özellikle Batı Almanya'ya) misafir işçiler göndermek biçiminde kültürel hareketlilikten payını almıştır.[19]

Ancak ülkemizdeki kültürel çoğulculuk olgusuna diğer ülkelerdeki azınlıklar sorunundan farklı bakılması gerekmektedir. Çünkü, ülkemizde yaşayan bazı azınlıklarla, çoğunluğa mensup olanlar arasında ırk, din ve dil farkları olmakla birlikte, bunların ortak bir coğrafyada çok uzun yıllardır birlikte yaşamasının kültürleri birbiri-

15 Kymlicka (1998), s. 292

16 Kymlicka (1998), s. 292-293.

17 Kanada'daki etnik kimlikler ve çokkültürlülük olgusu ile ilgili ayrıntılı ampirik bir çalışma için bkz. Vatandaş, C. (2002), Küreselleşme Sürecinde Toplumsal Kimlikler ve Çokkültürlülük, İstanbul 2002.

18 Almanya'da 15 dilde yayınlan ve 200 ülkede satılan popüler "politika, kültür, ekonomi ve bilim dergisi" Deutschland bir sayısında "Göçmenlik" ana başlığı ile bu konuyu ele almış bulunmaktadır. Dergide, akademisyenlerden, politikacılara ülkedeki yabancılar soruna ilişkin "Almanya'da göçmenlik, Kimlik, Bütünleşme, Kültürlerarası toplum" alt başlıklarında özetlenebilecek analizler ve çözüm önerileri yer almaktadır. Bkz., Deutschland, Sayı 6, Aralık, Ocak 2000 (2001).

19 Türkiye'de 47 farklı etnik grubun yaşadığı iddia edilmektedir. Bkz., Andrews, P. A. (1992), Türkiye'de Etnik Gruplar, Çeviren: M. Küpüşoğlu, İstanbul 1992) (Ancak bu kitapta, araştırmanın nasıl yapıldığına ilişkin yeterli bilgi verilmediği ve hatta Türkçe baskının Önsöz'ünde "derlenen bilgilerin bir kısmı[nın] epeyce hatalı ve eksik" olduğu açıkça belirtildiği için, kitapta ele alınan etnik grupların nitelik ve niceliğinin ihtiyatla karşılanması gerektiğini düşünüyoruz.)

ne yaklaştırdığı söylenebilir. Ancak bu iyimserlik, kültürlerin tam olarak kaynaştığı, alt kültürlerin bir üst kültür içerisinde eriyip yok olduğu, dolayısıyla ülkemizde bir kültür çatışmasından söz edilmesine imkan bulunmadığı noktasına götürülemez. Çünkü, hemen hemen bir neslin değişmesi demek olan yetmiş yılı aşan baskıcı bir tektipleştirme politikasına rağmen, Sovyetler Birliği deneyimi göstermiştir ki, farklı kültürlerin bütünüyle birbirinin içinde erimesi, yok olması mümkün değildir.

Daha düne kadar, katı bir ulus-devlet anlayışı çerçevesinde, farklı kültürel (özellikle etnik) grupların varlığını kabul etmeye yanaşmayan Türkiye, Avrupa Birliğine adaylık süreci ile birlikte önce azınlıklar sorunu olarak, şimdi de kültürel çoğulculuk çerçevesinde bu konuyu hem politik arenada hem de akademik düzeyde ciddi biçimde ele almaya başlamıştır. Çünkü, temel insan hakları konusunda iyileştirmeler yapılması talepleri yanısıra, ülkede yaşayan azınlıklara bazı kültürel hakların sağlanması (kendi dillerinde TV ve radyo yayını, anadilde eğitim) Kopenhag kriterleri olarak Avrupa Birliği'ne üyeliğin önşartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Bu süreçte, bugün artık Türkiye'de çokkültürlülük olgusu, yüksek sesle hem politik ve akademik platformlarda hem de sivil toplum bazında ve medyada tartışılmaya başlanmış, güncel bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır.

Hiç şüphesiz, kültürel bakımdan çoğulcu bir yapıya sahip olan her siyasal toplum aynı türden sorunlarla karşılaşmaz. Dolayısıyla çözüm arayacağı sorunlar da birbirinden farklı olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere aslında bizim ülkemiz bu bakımdan oldukça avantajlı bir konuma sahip bulunmaktadır. Çünkü farklı kültürlerin çok uzun zamandan beri aynı coğrafyada barış içerisinde yanyana yaşamış olmaları, bu açıdan mevcut olan sorunların, ülkeyi çatışmaya sürükleyecek, iç savaşa yol açacak boyutta olmadığına delil teşkil edebilir. Ama ne kadar önemsiz ya da küçük olursa olsun, insanların farklı kültürel kimlikleri dolayısıyla diğerlerinden dezavantajlı bir konuma düşmelerine yol açacak sorunları görmek ve çözmeye çalışmak gerekmektedir. Çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere bunun tek yolu katılımcı ve/veya müzakereci demokratik yapıya işlerlik kazandırmaktan geçmektedir. Özetle söylemek gerekirse, ülkemizde bugün, siyasal bakımdan rahatsızlık verici boyutta görülmese de sosyal bir gerçeklik olarak karşımızda duran kültürel çoğulculuğun potansiyel sorunlarını adalete uygun olarak çözümlemenin en elverişli yolu demokrayi geliştirmekten geçmektedir.

ADALET: BARIŞ İÇERİSİNDE BİRLİKTE YAŞAM FORMÜLÜ

Buraya kadar çokkültürlü toplumlara özgü sorunların genel çerçevesini çizmiş bulunuyoruz. Şimdi de, detaylı açıklamalara girişmeksizin adalet kavramı ile ne kastedildiğini açıklamaya çalışalım. Bu çalışma çerçevesinde adaletten bahsederken bir toplumdaki tüm sosyal değerlerin, o toplumun ta-

mektedir. Çünkü bu yüzyıl içerisinde çok sayıda insan sınırları geçmiş, başka ülkelere, özellikle ekonomisi gelişmiş ülkelere göç etmiştir. Kmylicka, bu yüzyılı ayrıca milliyetçilik yüzyılı olarak görmek gerektiğini de vurgulamaktadır. Ona göre, bu yüzyıl içerisinde tüm dünyada, her zaman olduğundan daha çok millet, ulusal kimliklerini kazanmak için silaha sarılmış, bu yolda mücadele etmiştir. Özellikle soğuk savaş sonrasında, etnik ve milli grupların talepleri, hem ulusal hem de uluslararası politik hayatın merkezine yerleşmiştir.[15]

Bu grupları harekete geçiren şey, kendilerine karşı uygulanan adaletsizlikler, hoşgörüsüzlük ve bunların doğurduğu kindir. Dolayısıyla, hak ve adalet arayışları sırasında, adaleti gerçekleştirmek arzusunun yanı sıra öç alma, bir bedel ödetme psikolojisi de etken olacağından, haklarını ve güçlerini kötüye kullanma potansiyeli çok yüksektir. Bu bağlamda, yani, milliyet ve etnik farklılıklar, ırk ayrımı, din kıyımları, etnik temizlik ve soykırımlar adına yapılan adaletsizliklerin en yakın örnekleri olarak Yugoslavya ve Ruanda'yı göstermek mümkündür.[16] Bütün bu kültürel ve etnik çatışmalardan başka da, Kymlika'nın ülkesi Kanada'daki etnik kimlikler[17] ve özellikle Quebec milliyetçiliği sorununu, aynı boyutta olmasa da, Fransa'nın Müslüman azınlık ile, Almanya'nın yabancı işçiler ile yaşadığı sorunları da çok kültürlü ülkelerin karşı karşıya kaldığı, çözmek için çareler aradığı sorunlara örnek gösterebiliriz.[18]

Türkiye'de Çoğulculuk Gerçekliği

Ülkemiz, II Dünya Savaşı öncesi yaşanan göç dalgasından çok fazla etkilenmemiş olmakla birlikte, gerek Nazi zulmünden kaçan Musevilere kucak açmak suretiyle, gerekse sanayisi gelişmiş Batılı ülkelere (özellikle Batı Almanya'ya) misafir işçiler göndermek biçiminde kültürel hareketlilikten payını almıştır.[19]

Ancak ülkemizdeki kültürel çoğulculuk olgusuna diğer ülkelerdeki azınlıklar sorunundan farklı bakılması gerekmektedir. Çünkü, ülkemizde yaşayan bazı azınlıklarla, çoğunluğa mensup olanlar arasında ırk, din ve dil farkları olmakla birlikte, bunların ortak bir coğrafyada çok uzun yıllardır birlikte yaşamasının kültürleri birbiri-

15 Kymlicka (1998), s. 292

16 Kymlicka (1998), s. 292-293.

17 Kanada'daki etnik kimlikler ve çokkültürlülük olgusu ile ilgili ayrıntılı ampirik bir çalışma için bkz. Vatandaş, C. (2002), Küreselleşme Sürecinde Toplumsal Kimlikler ve Çokkültürlülük, İstanbul 2002.

18 Almanya'da 15 dilde yayınlan ve 200 ülkede satılan popüler "politika, kültür, ekonomi ve bilim dergisi" Deutschland bir sayısında "Göçmenlik" ana başlığı ile bu konuyu ele almış bulunmaktadır. Dergide, akademisyenlerden, politikacılara ülkedeki yabancılar soruna ilişkin "Almanya'da göçmenlik, Kimlik, Bütünleşme, Kültürlerarası toplum" alt başlıklarında özetlenebilecek analizler ve çözüm önerileri yer almaktadır. Bkz., Deutschland, Sayı 6, Aralık, Ocak 2000 (2001).

19 Türkiye'de 47 farklı etnik grubun yaşadığı iddia edilmektedir. Bkz., Andrews, P. A. (1992), Türkiye'de Etnik Gruplar, Çeviren: M. Küpüşoğlu, İstanbul 1992) (Ancak bu kitapta, araştırmanın nasıl yapıldığına ilişkin yeterli bilgi verilmediği ve hatta Türkçe baskının Önsöz'ünde "derlenen bilgilerin bir kısmı[nın] epeyce hatalı ve eksik" olduğu açıkça belirtildiği için, kitapta ele alınan etnik grupların nitelik ve niceliğinin ihtiyatla karşılanması gerektiğini düşünüyoruz.)

ne yaklaştırdığı söylenebilir. Ancak bu iyimserlik, kültürlerin tam olarak kaynaştığı, alt kültürlerin bir üst kültür içerisinde eriyip yok olduğu, dolayısıyla ülkemizde bir kültür çatışmasından söz edilmesine imkan bulunmadığı noktasına götürülemez. Çünkü, hemen hemen bir neslin değişmesi demek olan yetmiş yılı aşan baskıcı bir tektipleştirme politikasına rağmen, Sovyetler Birliği deneyimi göstermiştir ki, farklı kültürlerin bütünüyle birbirinin içinde erimesi, yok olması mümkün değildir.

Daha düne kadar, katı bir ulus-devlet anlayışı çerçevesinde, farklı kültürel (özellikle etnik) grupların varlığını kabul etmeye yanaşmayan Türkiye, Avrupa Birliğine adaylık süreci ile birlikte önce azınlıklar sorunu olarak, şimdi de kültürel çoğulculuk çerçevesinde bu konuyu hem politik arenada hem de akademik düzeyde ciddi biçimde ele almaya başlamıştır. Çünkü, temel insan hakları konusunda iyileştirmeler yapılması talepleri yanısıra, ülkede yaşayan azınlıklara bazı kültürel hakların sağlanması (kendi dillerinde TV ve radyo yayını, anadilde eğitim) Kopenhag kriterleri olarak Avrupa Birliği'ne üyeliğin önşartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Bu süreçte, bugün artık Türkiye'de çokkültürlülük olgusu, yüksek sesle hem politik ve akademik platformlarda hem de sivil toplum bazında ve medyada tartışılmaya başlanmış, güncel bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır.

Hiç şüphesiz, kültürel bakımdan çoğulcu bir yapıya sahip olan her siyasal toplum aynı türden sorunlarla karşılaşmaz. Dolayısıyla çözüm arayacağı sorunlar da birbirinden farklı olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere aslında bizim ülkemiz bu bakımdan oldukça avantajlı bir konuma sahip bulunmaktadır. Çünkü farklı kültürlerin çok uzun zamandan beri aynı coğrafyada barış içerisinde yanyana yaşamış olmaları, bu açıdan mevcut olan sorunların, ülkeyi çatışmaya sürükleyecek, iç savaşa yol açacak boyutta olmadığına delil teşkil edebilir. Ama ne kadar önemsiz ya da küçük olursa olsun, insanların farklı kültürel kimlikleri dolayısıyla diğerlerinden dezavantajlı bir konuma düşmelerine yol açacak sorunları görmek ve çözmeye çalışmak gerekmektedir. Çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere bunun tek yolu katılımcı ve/veya müzakereci demokratik yapıya işlerlik kazandırmaktan geçmektedir. Özetle söylemek gerekirse, ülkemizde bugün, siyasal bakımdan rahatsızlık verici boyutta görülmese de sosyal bir gerçeklik olarak karşımızda duran kültürel çoğulculuğun potansiyel sorunlarını adalete uygun olarak çözümlemenin en elverişli yolu demokrayi geliştirmekten geçmektedir.

ADALET: BARIŞ İÇERİSİNDE BİRLİKTE YAŞAM FORMÜLÜ

Buraya kadar çokkültürlü toplumlara özgü sorunların genel çerçevesini çizmiş bulunuyoruz. Şimdi de, detaylı açıklamalara girişmeksizin adalet kavramı ile ne kastedildiğini açıklamaya çalışalım. Bu çalışma çerçevesinde adaletten bahsederken bir toplumdaki tüm sosyal değerlerin, o toplumun ta-

mektedir. Çünkü bu yüzyıl içerisinde çok sayıda insan sınırları geçmiş, başka ülkelere, özellikle ekonomisi gelişmiş ülkelere göç etmiştir. Kmylicka, bu yüzyılı ayrıca milliyetçilik yüzyılı olarak görmek gerektiğini de vurgulamaktadır. Ona göre, bu yüzyıl içerisinde tüm dünyada, her zaman olduğundan daha çok millet, ulusal kimliklerini kazanmak için silaha sarılmış, bu yolda mücadele etmiştir. Özellikle soğuk savaş sonrasında, etnik ve milli grupların talepleri, hem ulusal hem de uluslararası politik hayatın merkezine yerleşmiştir.[15]

Bu grupları harekete geçiren şey, kendilerine karşı uygulanan adaletsizlikler, hoşgörüsüzlük ve bunların doğurduğu kindir. Dolayısıyla, hak ve adalet arayışları sırasında, adaleti gerçekleştirmek arzusunun yanı sıra öç alma, bir bedel ödetme psikolojisi de etken olacağından, haklarını ve güçlerini kötüye kullanma potansiyeli çok yüksektir. Bu bağlamda, yani, milliyet ve etnik farklılıklar, ırk ayrımı, din kıyımları, etnik temizlik ve soykırımlar adına yapılan adaletsizliklerin en yakın örnekleri olarak Yugoslavya ve Ruanda'yı göstermek mümkündür.[16]

Bütün bu kültürel ve etnik çatışmalardan başka da, Kymlika'nın ülkesi Kanada'daki etnik kimlikler[17] ve özellikle Quebec milliyetçiliği sorununu, aynı boyutta olmasa da, Fransa'nın Müslüman azınlık ile, Almanya'nın yabancı işçiler ile yaşadığı sorunları da çok kültürlü ülkelerin karşı karşıya kaldığı, çözmek için çareler aradığı sorunlara örnek gösterebiliriz.[18]

Türkiye'de Çoğulculuk Gerçekliği

Ülkemiz, II Dünya Savaşı öncesi yaşanan göç dalgasından çok fazla etkilenmemiş olmakla birlikte, gerek Nazi zulmünden kaçan Musevilere kucak açmak suretiyle, gerekse sanayisi gelişmiş Batılı ülkelere (özellikle Batı Almanya'ya) misafir işçiler göndermek biçiminde kültürel hareketlilikten payını almıştır.[19]

Ancak ülkemizdeki kültürel çoğulculuk olgusuna diğer ülkelerdeki azınlıklar sorunundan farklı bakılması gerekmektedir. Çünkü, ülkemizde yaşayan bazı azınlıklarla, çoğunluğa mensup olanlar arasında ırk, din ve dil farkları olmakla birlikte, bunların ortak bir coğrafyada çok uzun yıllardır birlikte yaşamasının kültürleri birbiri-

15 Kymlicka (1998), s. 292

16 Kymlicka (1998), s. 292-293.

17 Kanada'daki etnik kimlikler ve çokkültürlülük olgusu ile ilgili ayrıntılı ampirik bir çalışma için bkz. Vatandaş, C. (2002), Küreselleşme Sürecinde Toplumsal Kimlikler ve Çokkültürlülük, İstanbul 2002.

18 Almanya'da 15 dilde yayınlan ve 200 ülkede satılan popüler "politika, kültür, ekonomi ve bilim dergisi" Deutschland bir sayısında "Göçmenlik" ana başlığı ile bu konuyu ele almış bulunmaktadır. Dergide, akademisyenlerden, politikacılara ülkedeki yabancılar soruna ilişkin "Almanya'da göçmenlik, Kimlik, Bütünleşme, Kültürlerarası toplum" alt başlıklarında özetlenebilecek analizler ve çözüm önerileri yer almaktadır. Bkz., Deutschland, Sayı 6, Aralık, Ocak 2000 (2001).

19 Türkiye'de 47 farklı etnik grubun yaşadığı iddia edilmektedir. Bkz., Andrews, P. A. (1992), Türkiye'de Etnik Gruplar, Çeviren: M. Küpüşoğlu, İstanbul 1992) (Ancak bu kitapta, araştırmanın nasıl yapıldığına ilişkin yeterli bilgi verilmediği ve hatta Türkçe baskının Önsöz'ünde "derlenen bilgilerin bir kısmı[nın] epeyce hatalı ve eksik" olduğu açıkça belirtildiği için, kitapta ele alınan etnik grupların nitelik ve niceliğinin ihtiyatla karşılanması gerektiğini düşünüyoruz.)

ne yaklaştırdığı söylenebilir. Ancak bu iyimserlik, kültürlerin tam olarak kaynaştığı, alt kültürlerin bir üst kültür içerisinde eriyip yok olduğu, dolayısıyla ülkemizde bir kültür çatışmasından söz edilmesine imkan bulunmadığı noktasına götürülemez. Çünkü, hemen hemen bir neslin değişmesi demek olan yetmiş yılı aşan baskıcı bir tektipleştirme politikasına rağmen, Sovyetler Birliği deneyimi göstermiştir ki, farklı kültürlerin bütünüyle birbirinin içinde erimesi, yok olması mümkün değildir.

Daha düne kadar, katı bir ulus-devlet anlayışı çerçevesinde, farklı kültürel (özellikle etnik) grupların varlığını kabul etmeye yanaşmayan Türkiye, Avrupa Birliğine adaylık süreci ile birlikte önce azınlıklar sorunu olarak, şimdi de kültürel çoğulculuk çerçevesinde bu konuyu hem politik arenada hem de akademik düzeyde ciddi biçimde ele almaya başlamıştır. Çünkü, temel insan hakları konusunda iyileştirmeler yapılması talepleri yanısıra, ülkede yaşayan azınlıklara bazı kültürel hakların sağlanması (kendi dillerinde TV ve radyo yayını, anadilde eğitim) Kopenhag kriterleri olarak Avrupa Birliği'ne üyeliğin önşartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Bu süreçte, bugün artık Türkiye'de çokkültürlülük olgusu, yüksek sesle hem politik ve akademik platformlarda hem de sivil toplum bazında ve medyada tartışılmaya başlanmış, güncel bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır.

Hiç şüphesiz, kültürel bakımdan çoğulcu bir yapıya sahip olan her siyasal toplum aynı türden sorunlarla karşılaşmaz. Dolayısıyla çözüm arayacağı sorunlar da birbirinden farklı olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere aslında bizim ülkemiz bu bakımdan oldukça avantajlı bir konuma sahip bulunmaktadır. Çünkü farklı kültürlerin çok uzun zamandan beri aynı coğrafyada barış içerisinde yanyana yaşamış olmaları, bu açıdan mevcut olan sorunların, ülkeyi çatışmaya sürükleyecek, iç savaşa yol açacak boyutta olmadığına delil teşkil edebilir. Ama ne kadar önemsiz ya da küçük olursa olsun, insanların farklı kültürel kimlikleri dolayısıyla diğerlerinden dezavantajlı bir konuma düşmelerine yol açacak sorunları görmek ve çözmeye çalışmak gerekmektedir. Çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere bunun tek yolu katılımcı ve/veya müzakereci demokratik yapıya işlerlik kazandırmaktan geçmektedir. Özetle söylemek gerekirse, ülkemizde bugün, siyasal bakımdan rahatsızlık verici boyutta görülmese de sosyal bir gerçeklik olarak karşımızda duran kültürel çoğulculuğun potansiyel sorunlarını adalete uygun olarak çözümlemenin en elverişli yolu demokrayi geliştirmekten geçmektedir.

ADALET: BARIŞ İÇERİSİNDE BİRLİKTE YAŞAM FORMÜLÜ

Buraya kadar çokkültürlü toplumlara özgü sorunların genel çerçevesini çizmiş bulunuyoruz. Şimdi de, detaylı açıklamalara girişmeksizin adalet kavramı ile ne kastedildiğini açıklamaya çalışalım. Bu çalışma çerçevesinde adaletten bahsederken bir toplumdaki tüm sosyal değerlerin, o toplumun ta-

rihsel ve sosyolojik şartları, kültürel öğeleri, farklı kültürel gruplara mensup üyelerinin benimsenmiş olduğu ahlaki değerler göz ardı edilmeksizin adil paylaşımını öngören bir ilke veya idealden söz edilmektedir. Bu ideal gerçekdışı ve ütopik bir felsefi anlayış ya da rasyonel bir düşüncenin ürünü soyut bir ide olmaktan ziyade, gerek birey, gerek grup ve gerekse siyasal toplum gerçekliğinden zorunlu olarak çıkarılması gereken sosyo-etik bir ideal olarak anlaşılmalıdır. Bu anlayış çerçevesinde, çokkültürlü bir toplumun hukuk düzeni, adalet adına bazı soyut (ve/veya rasyonel) ilkeleri tüm vatandaşlarına salt teorik olarak tanımakla yetinemez. Bu tür, örneğin, kanun önünde eşitlik, eşit vatandaşlık gibi ilkelerin, sosyal hayat içerisinde ne ölçüde gerçekleştiğini de denetlemek, gerekirse aktif müdahalelerle bu tür ilkelerin fiili olarak gerçekleşmesini de sağlamak durumundadır.

Burada adaletin sadece bireyin davranışlarına özgü bir değer ölçütü olmadığını, ayrıca grup ve kurumların faaliyetlerini nitelendirmek üzere kullanıldığını belirtmemiz gerekir. Yine, adaletin, sadece bu kurumlar ve onların resmi ve hukuki veçhelerine ilişkin değil, aynı zamanda gayrı-resmi veçhelerine ilişkin bir değer olarak anlaşılması gerektiği de ifade edilmelidir. Frankena'ya göre adalet ne sadece bireyin faaliyetlerine özgüdür, ne de sadece devletin kamusal faaliyetlerinin bir niteliğidir. Adalet aynı zamanda toplumun kültürel kurumları, adetleri ve gelenekleri ile ahlaki kural ve mukaddes saydığı değerler gibi kamusal (ya da resmi) olmayan veçhesi ile de ilgilidir.[20] Bu açıdan ele alındığında verili bir toplum için bile olsa, adaletten bahsettiğimizde ya da o toplum için bazı toplumsal adalet ilkeleri belirlemek istediğimizde, sadece o toplumun kamusal diyebileceğimiz alanına uygulanabilecek bir adalet anlayışını araştırmakla yetinemeyeceğimiz gibi, onu, toplumdaki azınlık ya da çoğunluk kültürün adalet anlayışına da indirgeyemeyiz.

Adaletin Özü ve Yarışan Adalet Anlayışları

Bu noktada, çoğulcu toplumlara özgü bir adalet anlayışını, zaten var olan adalet kavrayışlarından (onlara yeni bir şey eklemeden ya da adalet kavramını yeni baştan yorumlamaya kalkışmadan) çıkarmaya çalışacağız. Ancak bunu yaparken bu adalet anlayışlarının, en azından böyle nitelendirmelerini haklı gösterecek bir öze sahip olmaları gerçeğini de gözden uzak tutmayacağız. Mevcut adalet anlayışları dediğimizde ise hem genel anlamda kapsayıcı ahlaki, felsefi ,ya da dini dünya görüşlerinin adalet anlayışlarını hem de adaletin kültürel yorumları olarak nitelendirilebilecek verili zaman-mekan koşullarındaki, belli insan gruplarınca benimsenmiş nitelikteki adalet anlayışlarını kastediyoruz. Bir toplumun çok kültürlü olması demek sadece o toplum üyeleri arasında mevcut fiili yaşantı bakımından bir farklılığın

20 Frankena, W.K. (1962) "The Concept of Social Justice", Brandt, R.B. (Editör.), Social Justice, Newjersey 1962 içinde, s. 1-3

değil, aynı zamanda benimsenen, kendilerini bağlı gördükleri, uymakla yükümlü hissettikleri etik değerler ve dolayısıyla inandıkları bu değerlerle uyumlu olarak (ya da en azından onları bütünüyle dışlamayan, belli ölçülerde göz önünde tutan biçimde) oluşturulmuş hukuk normlarınca gerçekleştirilmesini arzuladıkları adalet anlayışları arasında bir farklılığın bulunduğu anlamına gelmektedir.

Böyle bir toplumda çatışan adalet değerlerinden hiç biri tek başına hakim olmamalı ve fakat her biri gerçekleşmek için eşit şartlarda yarışmalıdır. Çünkü, Miller'in de belirttiği gibi, hiç bir adalet anlayışı diğerine tercih edilemez ve buna bağlı olarak herhangi belirli bir iyi (ya da bunun bir parçası olarak adalet) anlayışını toplumun tamamına dayatan bir politika geliştirilemez.[21] Ancak burada altı çizilmesi gereken en önemli husus, çatışan adalet değerlerinin birinin diğerinden üstün olup-olmadığı meselesi değil, fakat bunların birinin diğerlerinin gerçekleşmesine engel olup olmaması meselesidir. Özet olarak denilebilir ki, belirli bir toplumda gerçekleşmesi beklenen adalet hem o toplumda mevcut adalet anlayışları ile çatışmayacak, hem de onları adalet anlayışı olarak nitelendirmeyi haklı gösteren bir öze sahip olacaktır. Bu nasıl mümkün olabilir? Bu soruya verilen pek çok cevap vardır. Biz burada, zaten bilinen bu geleneksel yaklaşımları uzun uzadıya tartışmak yerine, farklı adalet anlayışlarında ortak olan ve onları adil olarak nitelendirmeyi olanaklı kılan temel asgari müştereklerin ne olduğunu tespit etmeye çalışacağız. Bu yaklaşımlardan her birinin adaleti farklı temele oturttukları, hatta aralarında çelişmeler bulunabileceği, birbirleri ile uzlaşmaz oldukları ileri sürülebilir. Geleneksel bakışla ele alındığında, bu iddia çok yersiz değildir. Ancak, eğer bir adalet kavramından bahsetmek gerekirse, o halde her farklı adalet kavrayışını tek bir kavram içerisinde düşünmeyi olanaklı kılacak bir özün varlığını da kabul etmek kaçınılmazdır. Şu halde ilk olarak böyle bir özün bulunup bulunmadığını araştırmak gerekmektedir. Sonrasında çatışan adalet anlayışlarının birbirleriyle ne ölçüde telif edilebileceği, eğer buna imkan bulunmaz ise, ne ölçüde ve hangi koşullarda gerçekleştirilebilecekleri tartışılmalıdır.

Farklı toplumlarda bir kültür-ürünü olarak ortaya çıkan adalet anlayışları, rasyonel adalet kavram ve yorumlarından genellikle farklı nitelik taşımakta, hatta bazen bunlarla çelişmektedir. Bugüne kadar evrensel teorilerin geliştirdiği adalet ilkelerinin sadece farklı adalet anlayışlarındaki ortak unsurlar üzerine temellendirildiği, bunlardaki ortak olmayan fakat her biri için esaslı bir nitelik taşıyan farklı unsurları ise görmezlikten geldiği söylenebilir. Böyle bir adalet anlayışı, pratikte kaçınılmaz olarak belli bir adalet anlayışının (genellikle çoğunluk kültürünün benimsediği adalet anlayışı) hakim hale gelmesine hizmet ederken, bununla yarışan diğer adalet anlayışlarına hayat hakkı tanımamaktadır. Di-

21 Miller, D. (1976), Social Justice, Oxford 1976, s. 342

ğer taraftan rölativist (ya da yersel) teoriler de adaleti bütünüyle kültürel bir kavram olarak gördükleri için sadece farklılıklar üzerine temellenmiş bir adalet anlayışını esas almakta, bütün insanlığa ya da aynı toplumda yaşayan farklı kültürlerin adaletten beklentilerine hitap edecek ortak bir özün mevcut olup olmadığı sorununu yeterince araştırmamaktadırlar. Bu çalışma her iki ekstrem arasında bir orta yol bulmayı hedeflemektedir. Yani, bir taraftan her bir adalet anlayışının böyle nitelenmesini olanaklı kılan bir özün bulunduğunu, diğer taraftan da birbiriyle çatışan muhtevalara sahip farklı adalet anlayışlarının varlığını kabul etmektedir.

Çoğunluk kültürünün uygulamada egemen adalet anlayışı haline dönüşmesine ilişkin en çarpıcı örneklerden birisi, Kymlika'nın dile getirdiği hafta sonu tatilleri ve diğer resmi tatil uygulamalardır. Şimdi hemen tüm dünyada uyulan pazar günlerinin hafta sonu tatili kabul edilmesinin, Batıda ilk defa, Hıristiyanların ibadet ihtiyaçlarını karşılamak üzere ortaya çıkmış bir uygulama olduğu belirtilmektedir.[22] Kymlika haklı olarak bu tür örneklerin çoğaltılabileceğini, örneğin, her siyasal toplumda, ülke bayrağı, milli marş ya da diğer milli sembollerin her birinin belli bir kültürü sembolize ettiğinin yadsınamaz olduğunu belirtmektedir. Bu tür sorunların bir kısmını, örneğin, devlet sembollerini, dini nitelikteki yemin merasimlerini laik olanlarla değiştirmek suretiyle çözmek mümkün olabilir. Ancak, tüm resmi kurumlar ve devlet okullarının tatil günlerini daha tarafsız bir biçimde belirlemek, "imkansız olmasa da daha zor olacaktır."[23] İşte biz, bu "imkansız olmamakla birlikte zor olan" çözümün hangi teorik çerçevede üretilebileceğini belirlemeye çalışacağız.

Yarışan Adalet Anlayışları Nasıl Uzlaştırılabilir?

Çağdaş bir toplumdaki insan gruplarının benimsedikleri dünya görüşlerinde içkin olan ve birbiriyle yarışan adalet anlayışlarının, hangi çerçevede biri diğerine tercih edilmeksizin ya da diğerine oranla daha avantajlı bir konuma yerleştirilmeksizin gerçekleşebileceklerini araştırırken ilk adım, bu toplumlarda ortaya çıkabilecek pratik adalet sorunlarını az veya çok doğru şekilde tespit etmek olmalıdır. Daha sonra ise, eğer taraflar arasında kendilerininkinden daha üstün bir adalet anlayışını topluma hakim kılmak hususunda bir uzlaşma söz konusu değilse, bu yarışan adalet anlayışlarının bir

22 Bkz, Kymlika (1998), s. 184.

23 Kymlika'nın, bu konuda ilkine bizim de katıldığımız, iki çözüm önerisi vardır: "Okullar ve hükümet birimlerinin (ve muhtemelen özel şirketler de), Noel ve Paskalya tatilleri de dahil, yıl boyunca haftanın yedi günü açık olduklarını ve [öğrenci ve] çalışanların haftada iki gün ve yılda iki hafta, ayrıca, yılda [diyelim ki] beş ek tatil günü seçmelerine izin verildiğini tahayyül edin. Bu her bireyin kendi dinsel inanışlarına göre tatil yapma yetisini en üst düzeye çıkarır. Ancak ... bunun gerçekçi ve arzulanır olup olmadığını bilmiyorum ... Belki de daha iyi bir çözüm ülkedeki belli başlı dinsel grupların her birine ait önemli tatillerden birini tatil olarak almak olacaktır. Bir Hıristiyan bayram tatilimiz olabilir (diyelim, Noel) ancak Paskalya ve Şükran günleri yerine bir Müslüman ve bir Yahudi bayram tatili konmalıdır. Bu ortak tatillerin değerini koruyacak ve her inançtan insanları öteki inançlardan bir şeyler öğrenmeye teşvik edecektir." Kymlicka (1998), s.185, dipnot 9.

arada gerçekleşebilmelerine olanak sağlayacak elverişli bir yolun bulunup bulunamayacağı tartışılmalıdır.

Yaklaşımımızın temelinde, çağdaş siyasi toplumlarda, vatandaşların her birinin, din, dil, ırk, etnik kimlik, renk ve cinsiyetlerine bakılmaksızın, herkesle aynı muameleye tabi olmak bakımından meşru bir talep hakkına sahip oldukları varsayımı yatmaktadır. Örneğin, her vatandaş, hem otonom bir birey, hem de grup mensubu olarak, hem özel hayatında hem de kamusal alanın önemli bölümünde, kendi ana dilini rahatça konuşabilmeli, dininin gereklerini yerine getirebilmeli, geleneksel giyim alışkanlıklarını sürdürebilmelidir. Aksi takdirde, yani kamusal hayatta kullanılmasına izin verilmemesi durumunda, Kymlika'nın da işaret ettiği gibi, modern toplumlarda, örneğin farklı dillerin, geleneksel yaşam tarzlarının varlıklarını sürdürebilmelerine olanak kalmaz.[24]

Bütün bu söylenenler, temelde çok yalın, çok doğal ama bir o kadar da göz ardı edilen bir gerçeğin ifadesidir. O da şudur: Bir toplumu bir arada tutan şeyin, ortak kültür, din, tarih, dil ve semboller olduğuna inanılmakla birlikte, aynı toplum içerisinde, çoğunluk kültüründen farklı kültürlerin de kendi içerisinde aynı bağlarla bağlı olduğu gerçeği unutulmakta, çoğunluğun kültürü, toplumdaki herkesin kültürü olarak görülmekte ya da (hemen hemen her toplumda uygulanan farklı tipte asimilasyon politikaları ile) o hale getirilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla çoğunluğa mensup bireylerin, sosyal hayatın içerisinde, çok kolaylıkla ve çok doğal biçimde geldiği yerlere, azınlık kültüre mensup olanların kendi kültürel alışkanlıklarından vazgeçtikleri oranda, kendilerini çoğunluk kültürüne adapte etmeleri ölçüsünde gelebildikleri gözden kaçırılmaktadır.

Williams bunu şu ifadelerle açıklar: "liberal özgürlükler, çoğunluk üyelerine, azınlık bakımından yaşam kaynağı olan toprak parçaları ve kaynakları ele geçirme ve gittikçe kontrol etme imkanı verir. Bu ise azınlık kültürünün gelenek ve uygulamalarını sürdürebilmelerini imkansız kılmasa bile çok zor hale getirir."[25] Sadece ekonomik değeri haiz kaynakların çoğunluk tarafından kontrolü değil, ayrıca, belirtilen ülkelerde benimsenen resmi eğitim dili, hakim din öğretisinin egemen olduğu bir eğitim sistemi, kamu görevlilerinin üniformalarının seçimi, ülke parasının üzerindeki semboller ve benzeri pek çok uygulama, bunları düzenleyen temel norm her ne kadar rasyonel bir temele dayandırılmış olsa da, bu ülkelerde uygulanan bireysel hak ve özgürlükler temelinde kurulmuş liberal sistemin sorunu çözmekte yetersiz kaldığını göstermektedir.

Yukarıdaki argümanlar, kamusal alan ve kamusal olmayan alan arasında geleneksel olarak yapılan ayrımın sadece farklı kültürel gruplar bakımından değil ve fakat bireyler açısından da benimsedikleri farklı dünya görüşleri ve bunlarda içkin bulunan adalet anlayışlarını sosyal hayata yansıtmak

24 Kymlicka (1998), s. 132.

25 Williams, M.S. (1985), "Justice Towards Groups: Political not Juridical", Political Theory, Cilt 23, Sayı 1 içinde, s. 76.

bakımından elverişli bir zemin oluşturmadığını göstermeye yönelik bulunmaktadır. Eğer bir toplumda birden çok dünya görüşü ve buna paralel farklı adalet anlayışları ve talepleri mevcutsa, sadece bunlardan biri üzerine temellenmiş monist bir adalet anlayışını toplumun tümüne hakim kılmak doğru bir yaklaşım sayılamaz. Belirtilen şartlar altında en iyi çözüm, çatışan adalet görüşlerinden hiç birinin tek başına dominant olmadığı bir toplumsal düzen ve bu çerçevede bir hukuk sistemi oluşturmaktan geçer. Yani toplumdaki hiçbir sosyal grubun (başlangıçta çoğunluğa sahip olsun olmasın), herhangi bir şekilde fiziki ya da siyasal gücü eline geçirip, kendi inanç sistemi doğrultusunda bir toplum ve hukuk düzeni oluşturmak konusunda ahlaki bakımdan meşrulaştırılabilir bir hakka sahip olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sorunu liberalizmin siyasal tarafsızlık ilkesi çerçevesinde ele alan Arslan, Raz'a referansla bir siyasal eylemin veya sistemin meşru sayılabilmesi için, bu eylemin (sistemin, kurumun) belirli bir iyi anlayışını yüceltmemesi veya bireylerin takip etmesi gereken bir ideal değeri belirlememesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yine gerek siyasal gerekse siyasal olmayan yollarla bireylerin kendi iyi anlayışlarını realize etmelerine imkan sağlamanın ötesinde, başka bir iyi anlayışını yücelten siyasal eylem ya da kurum (geniş anlamda devlet) ahlaki bakımdan meşruluğunu yitirecektir.[26] Bir başka ifadeyle, Arslan'a göre, çoğulcu toplumlarda, devletin görevi herhangi bir doktrini ya da iyi anlayışını yurttaşlarına çeşitli yollarla dayatmak değil, yurttaşlarının kendi iyi anlayışlarını geliştirip yaşayabileceği çoğulcu bir siyasal ve hukuksal ortamı yaratmaktır."[27] Farklı iyi anlayışlarından soyutlanmış, örneğin, a priori bir akıl yürütme süreci sonrasında üretilmiş ilkeler üzerine temellendirilmiş bir siyasal ve hukuksal yapı, teorik açıdan tarafsız bir nitelik arz etse de, bir yandan, toplumda yaşayan birey ve grupların iyi anlayışlarına hitap etmeyecek, diğer yandan da bu farklılıklar dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek konusunda yetersiz kalacak, bir uzlaşma zemini oluşturamayacaktır. Arslan da "bütün cazibesine karşın, tarafsızlık ilkesinin uygulamada karşılaştığı sorunlar" derken aslında bu gerçeği dile getirmektedir.[28]

Siyasal tarafsızlık çerçevesinde benimsenecek temel değerler üzerine inşa edilecek siyasal ve hukuksal sistemlerin çağdaş toplumlardaki adalet sorunlarını çözmek için elverişli bir mekanizma olmamasında, dayandığı idealin sosyal gerçeklikten kopuk bir biçimde geliştirilmiş olması ve bu yüzden yerleşik adalet anlayışlarındaki farklılıkları kapsam dışı bırakmış

26 Arslan, Z. (1999), "Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)", Liberal Düşünce, Cilt 4, Sayı 16, Güz 1999 içinde, s. 8. Bunlardan ilki, devletin müdahale etmemesini gerektirdiği için, "müdahaleci olmayan tarafsızlık"; ikincisi ise devletin bireylerin iyi anlayışlarını eşit derecede korumasını gerekli kıldığı için "eşit destek tarafsızlığı" olarak adlandırılmaktadır. (aynı sayfa).

27 Arslan (1999), s. 14.

28 Örnekler konusunda bakınız Arslan (1999), s. 14.

olması tek etken değildir. Bu tür yaklaşımlar, ayrıca toplumsal ilişkilerden sadece birey ve devlet arasındaki ilişkilerle ilgilenmeleri, daha doğrusu otonom bireylerden oluşmuş bir toplumsal yapıyı öngörmeleri bakımından da, kendisini bir grup kimliği ile özdeşleştiren bireylerin mevcut olduğu toplumlara özgü sorunları çözmekte yetersiz kalacaklardır. Zira, sosyal gerçekliğe bakıldığında, kendi istek ve iradeleri dışında bireylerin davranışlarını etkileyen, gerek diğer bireyler, gerekse devlet ile ilişkilerini belirleyen başka unsurların bulunduğunu da görüyoruz. Bunlardan en önemlisi ise, bireylerin kendilerini, devletin onlara tanıdığı hukuki kimlikten (vatandaşlık statüsü) farklı olarak, din, dil, ırk, tarih veya coğrafya ekseninde beliren bir alt kimliğe (bir grup kimliğine) ait hissetmeleri ve bu aidiyetin kendilerini toplumdaki diğer bireylerden ayırdığına inanmalarıdır. Durum böyle olunca çağdaş toplumlardaki adalet sorunlarını, salt birey-devlet ilişkisi çerçevesinde ele almak yeterli olmamakta, ayrıca sosyal gruplar arasında ve sosyal gruplarla devlet arasında da benzer sorunlar çıkabileceğini hesaba katmak gerekmektedir.

Özetle, bugün artık biz çokkültürlü toplumlara özgü adalet sorunlarını salt birey ve devlet arasındaki basit bir ilişki ekseninde değerlendiremeyiz. Bireysel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, Kymlika'nın savunduğu ve kültürel grupların kendini temsil hakkı olarak nitelendirdiği, bazı kolektif hak ve özgürlüklerin tanınması, yani bir bakıma birey özerkliği yanı sıra, onların iyi anlayışlarının ortaya çıkmasında etken olan, mensubu oldukları grupların özerkliğini de tanımak sorunun çözümünde olumlu bir adım olabilir. Çünkü ancak bu sayede, azınlık kültüre, sosyal hayat içerisinde kendi kolektif amaçları ve iyi anlayışlarını geliştirebilme ve bu doğrultuda bir yaşam sürdürebilme olanağı sağlanabilir.[29] Sağlanacak kolektif hak ve özgürlükler sosyal gruplara bir taraftan hem kamusal hem de kamusal olmayan alanda belli bir özerklik sahası yaratırken, diğer taraftan onların siyasal karar alma sürecinde de kendi kültürlerini, kendi iyi anlayışları ve değerlerini temsil etme imkanı sağlayacaktır.

Burada unutulmaması gereken şey şudur. Bir siyasi toplumda, farklı kültürlerden olan sosyal gruplara, kolektif ya da kendilerini temsil haklarının tanınması, bireysel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması anlamına gelmediği gibi, siyasal birlikteliğin tehdit edilmesi ya da parçalanması anlamında da anlaşılmamalıdır. Çünkü, kanımızca, bireysel hak ve özgürlükler ile kolektif hak ve özgürlükler iki farklı hak kategorisidir. Birbirleriyle çatışma ihtimali bulunduğu gibi birbirlerini tamamlar nitelikte de olabilirler. Bunlardan ilki, etnik kimlik, ırk, dil, din farkları, kısaca kültürel farklılıklarına bakılmaksızın, "bütün vatandaşlar için aynı olan bir seri evrensel hak" iken,

29 Çünkü tıpkı biz de Erdoğan gibi, yani, "özgür toplumun, genellikle sanıldığı gibi, herkesin aynı "iyi" amaçlar hiyerarşisi etrafında kenetlendiği monolitik bir yapı olmadığı, aksine farklı amaç ve ideallere göre hareket eden kişi ve grupların barışçı birlikteliğine dayanan çoğulcu bir toplum olduğunu düşünüyoruz.". Erdoğan, M. (1998), Liberal Toplum Liberal Siyaset, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 139.

ikincisi, "özel durumlarda eşitliğin sağlanmasında sosyal farklılıkların tanınmasını gerektiren bir takım grup ya da grup-bilinci politikaları" olarak nitelendirilmiştir.[30]

Biz bu iki farklı hak kategorisinin iki farklı adalet sahasına özgü haklar olduğunu savunuyoruz. Bu açıdan da yukarıda belirtilen çokkültürlü toplumlara özgü pratik adalet sorunlarının çözümü için bu toplumları üç ayrı perspektiften (birey, grup ve toplum perspektiflerinden) görmek gerektiğini düşünüyoruz. Buna paralel olarak da kamusal alan-kamusal olmayan alan ayrımı yerine, üç meteforik alandan oluşan yeni bir ayrım öneriyoruz. Bu alanlardan her biri ayrı bir adalet alanı olarak görülmekte ve her biri çok boyutlu ve karmaşık bir kavram olan adaletin belirli bir veçhesine yönelik ilkelerin belirlenmesine temel oluşturmaktadır.

ÇOĞULCU ADALET ANLAYIŞI: ÜÇ ADALET ALANI

Yukarıdan beri yapılan tartışmalardan şu sonucu çıkarmak mümkündür. Monist bir kültüre sahip olan bir siyasi toplumda geçerli olabilecek adalet anlayışı ile çok kültürlü bir siyasi topluma uygulanabilecek nitelikteki bir adalet anlayışı farklı olmalıdır. Bunu şöyle de ifade edebiliriz. Adaleti birey temelinde tanımlamak veya sosyal grup düzeyinde tanımlamak ile siyasi toplum temelinde tanımlamak üç farklı adalet anlayışı tanımlamak demektir. Birey temelli adalet anlayışının çokkültürlü ülkelerdeki adalet sorunlarını çözemeyeceği daha önce belirtilmişti. Grup temelli ve siyasi toplum düzeyinde tanımlanan adalet anlayışlarına baktığımızda ise, tek bir kültüre ilişkin değerlerin hakim olduğu bir yerde kabul edilebilecek adalet ilkeleri ile, birbirinden farklı kültürlerin bulunduğu yerde benimsenebilecek adalet ilkelerinin (en azından pratik bakımdan) farklı nitelik taşıyacağı konusunda bir şüpheye yer olmadığı görülecektir.

Bu çalışmanın amacı evrensel nitelikte bir adalet tanımı yapmak olmadığı gibi, her bir kültürel sistemde içkin, spesifik adalet anlayışları geliştirmek de değildir. Amacımız, bu tür adalet anlayışlarının bir arada gerçekleşmesini olanaklı kılacak çok genel bazı ilkelere ulaşmaya çalışmaktır. Bu şu anlama gelmektedir. Burada biz, kendisine tabi olanların en temel hak ve özgürlüklerine saygılı oldukları sürece bu spesifik adalet anlayışlarının kendi içlerinde, önceden benimsenmiş bir nihai değere referansla gerçekten adil olup olmadıkları sorunu ile ilgilenmiyoruz. Bu açıdan da, böyle bir çoğulcu adalet anlayışının kamusal alana uygulanır biçimde geliştirilmesine elverişli olmayan geleneksel kamusal-özel alan ayrımını reddederek, yerine analitik bir yaklaşımla, çağdaş toplumlardaki çoğulculuk gerçekliğine daha uygun bir üçlü alan ayrımı öneriyoruz.

Bu alanlardan ilki, çağdaş bir siyasi toplumun tüm bireyleri (hatta tüm insanlık) için en temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasına elverişli bir alandır. Herkesin asgari refahını (ya da iyiliğini) gerçekleştirmeye elverişli sosyal

30 Williams (1985), s. 83

adalet ilkelerinin uygulanması zemini olarak düşünülen bu alan insanların farklılıklarının değil, benzer özelliklerinin ön planda tutulmasını gerektirmektedir. İkinci alan, birinci alanda bireyler için öngörülen asgari refah düzeyinin (iyilik) sosyal gruplara sağlanmasını hedef alan bir zemin oluşturacak şekilde tasarlanmıştır. Aslında burada da bireyler baz alınmakla birlikte, bu defa salt insan olan birey değil, toplumsal nitelik taşıyan moral varlık olarak bireyler, diğer bir ifadeyle kültür oluşturan, kendilerini bir kültürel kimlik içerisinde onun ayrılmaz bir parçası olarak tanımlayan, kısacası topluluk üyesi olarak bireyler esas alınmıştır. Üçüncü alan, geleneksel siyaset ve hukuk teorilerinde kamusal alan olarak adlandırılan alanın daraltılmasından oluşan siyasal alandır. Burada, yine bireyler esas alınmakla birlikte, bu defa toplumsal kimlikleri ön planda tutulmakta, yani vatandaş olarak bireyin iyiliği, alanın belirlenmesinde etken olmaktadır.

NİÇİN ÜÇ-BOYUTLU BİR ADALET ANLAYIŞI: İHTİYAÇLAR VE ALANLAR

Burada, yukarıda isimlendirilen üç alanın niçin birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiğine ilişkin rasyonel bir açıklama girişiminde bulunulacaktır. Bu açıklama ise ihtiyaç temel kavramı ile somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Bu argümanın temelinde, toplum içerisinde yaşayan insanların refahlarını temine yönelik çeşitli temel ihtiyaçları bulunduğu ve bunların çeşitli düzeylerde tatmininin, farklı sosyal yaşam alanları ve bu alanlara uygun adalet ilkeleri belirlenmesini gerekli kıldığı düşüncesi yatmaktadır.

Ancak, bu tartışmaya geçmeden önce ihtiyaç kavramının hangi bakımdan adalet kavramı ile ilişkili olduğuna bakmak gerekmektedir. Miller, ihtiyaç kavramının, ancak tatmin edilmeyen ihtiyaçların doğuracağı sonuçların zararlılığı ölçüsünde adalet kavramı ile ilişkilendirilebileceğini belirtmektedir[31]. Sadurski de ihtiyaçların, gerçekleşmedikleri takdirde insanların yaşam planlarını akamete uğratacak nitelikte olmaları halinde, menfaat ve sorumluluklar bakımından bir dengesizliğe yol açmaları bakımından adaletin ilgi alanına girdiğini ifade etmektedir. Ona göre, bir adalet teorisine referans alındığında farklı ihtiyaçlar- farklı statülere sahiptir.[32]

İhtiyaçları çok çeşitli biçimlerde tanımlamak mümkündür. Miller ve Sadurski'nin yaklaşımını takip etmek suretiyle, ihtiyaçları bir bireyin, bir sosyal grubun ve bir siyasal toplumun hayatiyetini devam ettirebilmesi (survival) ile ilgisi çerçevesinde tanımlamayı tercih ediyoruz. Bir insanın hayatını devam ettirebilmesine yetecek ihtiyaçların karşılanabilmesine imkan vermeyen bir toplum ve hukuk düzeninin adil olup olmadığını tartışmak bile yersizdir. Çünkü, en azından asgari yaşamsal ihtiyaçları karşılanmadığı takdirde bir insandan ya da sağlıklı bir insan toplumundan bahsetmenin im-

31 Bkz. Miller (1976), s. 130-136

32 Sadurski, W. (1985), Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal Theory, Lancaster 1985, s. 154

kanı yoktur. İnsanın olmadığı yerde ise adaletten bahsetmenin herhangi bir anlamı ve yararı olmayacaktır.

Bu anlamda ele alındığında, çağdaş toplum gerçekliği karşısında üç ihtiyaç kategorisini birbirinden ayrı olarak telakki edebiliriz. Bunlardan ilki, bireyin insan olarak varlığını sürdürebilmesi için gereken yaşam ihtiyacı, ikincisi, (bireyin kendisini ait hissettiği ve hayatını anlamlı kılan) sosyal grubun varlığının muhafazası için gerekli olan iyi yaşam ihtiyacı ve sonuncusu da (yine bireyin, vatandaşı olarak barış ve güvenlik içerisinde yaşayabilmesine imkan sağlayacak) siyasal toplumun varlığını sürdürmesi için gerekli olan güvenli yaşam ihtiyacı olarak belirlenebilir.

Çağdaş toplumlara özgü adalet ilkelerini belirlerken temel alınacak toplumsal yaşam alanlarından ilkinin neden yaşam ihtiyacını karşılayacak bir alan olması gerektiğini kısaca şöyle açıklayabiliriz. İnsan olarak yaşamını sürdüren bir varlığın bulunmadığı bir yerde adaletten bahsetmek olanağı olmadığı gibi, her sosyal ve siyasi teori de zaten böyle bir ön kabul üzerine kurulmaktadır. Çünkü, bu anlamda tanımlanan nitelikteki "temel ihtiyaçlarının karşılanmasındaki başarısızlık insan hayatında öylesine ağır eksikliğe neden olur ki artık o insan sosyal birlikteliğe normal olarak iştirak edecek durumda olmaz ve bu yüzden diğer adalet prensiplerinin konusu da olamaz."[33] İkinci alanın çerçevesini belirleyen ihtiyacın niçin iyi yaşam ihtiyacı olması gerektiğine ilişkin olarak da kısaca şunlar söylenebilir. Eğer insanlar istedikleri biçimde, yani kendi inandıkları değerlere uygun yaşayamayacaklarsa, onlar için tüm yaşamın bir anlamı kalmaz. Yani bir toplumda iyi yaşam ihtiyaçlarını karşılayacak imkanların sağlanmaması, "insanın yaşam planını yerine getirmesini engelleyen önemli bir zarara yol açacaktır."[34] Üçüncü alanın belirlenmesinde güvenlik ihtiyacının temel alınması ise, bu alanın, önceki iki alanda insanlara sağlanacak olan imkanların güvencesini sağlayacak bir alan olmasıdır. Güvenlik içerisinde bir toplum ve istikrarlı bir siyasi sistem olmaksızın ne insan hayatının, ne de iyi yaşam olanaklarının geliştirilebilmesi mümkün değildir.

Temel ihtiyaç olarak yaşam idamesi ve herkes için minimum iyilik alanı

Adalet alanlarından ilkini belirlerken esas alınması gereken en temel ihtiyaçlar genel olarak yaşam ihtiyacı olarak adlandırılabilecek nitelikteki, normal bir insan hayatının (tabii bir şekilde) idamesi için zorunlu bulunan asgari yaşamsal ihtiyaçlardır. Bu tür ihtiyaçlar her insanda ortak olan özelliklere ilişkin olduğu için, belirlenecek alan da, insanları farklılaştıran din, dil ırk, cinsiyet gibi ayrımlar gözetilmeksizin insan olarak herkesin minimum iyiliğini sağlamayı hedeflemektedir. Eğer bir toplumda ahlaki yükümlülük doğuracak nitelikteki şartlardan söz

33 Sadurski (1985), s. 109

34 Plant, R./ Lesser, H. / Taylor-Gooby, P. (1980), Political Philosophy and Social Welfare, London 1980, s. 51

edilecekse (ki bu adaletin asgari bir gereği olarak kabul edilmektedir), o halde insanların kendini tabi saydığı ahlak normlarına bağlı olmaksızın bunu sağlayacak bir kriter bulunmalıdır. İşte bu kriter, her insanda ortak olan, onları fiziksel ve ruhi bakımdan insan yapan özelliklere ilişkin ihtiyaçlar olmalıdır.[35] Plant, Lesser ve Taylor-Gooby, bunu şöyle açıklarlar. "İnsanların hangi sosyal hedeflere ulaşmak istedikleri tartışmalı olsa bile, ... onların herhangi bir şey yapması, herhangi bir davranışta bulunması ya da herhangi bir amaca erişebilmesi için gerekli olan bir takım şartlar vardır. Hangi ahlaki görüş benimsenirse benimsensin, bu amacın elde edilmesi için çaba harcanması söz konusu bu şartlara bağlıdır. Bütün toplumlar, hangi ahlaki norm veya standartlara sahip olurlarsa olsunlar, [niteliklerine] uygun olarak 'şartsız' veya 'insan' ihtiyaçları olarak adlandırılabilecek bu ihtiyaçları göz önünde bulundurmak zorundadırlar."[36]

Bir insanı diğer canlılardan ayırmayı sağlayan ve onun gerek toplum içerisinde gerek toplumsal yaşam olmaksızın yaşamını doğal biçimde sürdürebilmesine imkan veren bir takım temel ihtiyaçları olduğunu biliyoruz. İnsanı ve insan toplumunu esas alan herhangi bir teori geliştireceksek, insan diye nitelenebilecek varlıkların, yani normal koşullarda sağlıklı, insana özgü davranışları sergileyebilen insanların bulunduğu bir ortam üzerinde düşünmek zorundayız. Böyle bir ortam ise sadece en temel ihtiyaçlarının orada yaşayan herkese sağlanabildiği bir ortamdır. Bu tür ihtiyaçlardan en önemlisi yaşam ihtiyacı yani insan olarak yaşamı sürdürebilme ihtiyacıdır.

İnsan niçin yaşamalıdır? İnsan yaşamalıdır, çünkü herhangi ahlaki bir haktan, ödevden veya yükümlülükten bahsedilecekse bu, ancak buna muhatap olabilecek varlıkların bulunduğu yerde mümkün olabilir. Plant, Lesser ve Taylor-Gooby de buna işaret ederek, "eğer insanların ahlaki ödevleri varsa, hayatta kalmalıdırlar, bu birbirlerinin hayatını kurtarma ve sürdürmelerine yardımcı olmak ödevi için de böyledir."[37] Winch'e göre, insanların hayatta kalması ve refahı tüm toplumlarda kısmen ortak yaşamsal problemlerin çözümüne bağlı bulunmaktadır[38]. Philips, bu tür problemleri tüm toplumlara özgü olan ve açıkça insan olmaktan kaynaklanan problemler olarak değerlendirir ve iki kategoride ele alır: İlki, insanın çevreyle (tabiatla) olan ilişkilerine özgü olan problemler, ikincisi ise başka insanlarla olan karşılıklı ilişkilerine özgü problemler olarak belirlenebilir. İnsanın çevre ile olan ilişkilerine özgü problemler çeşitli psikolojik ihtiyaçlar ile barınma, korunma ve sağlık ihtiyaçlarını içerir[39]. Kabul edilmelidir ki, böyle ortak bir problem alanı, spesifik şartlarına bakılmaksızın bir insan toplumunda ada-

35 Bkz. Plant, Lesser & Taylor-Gooby (1980), s. 51

36 Plant, Lesser & Taylor-Gooby (1980), s. 37-38

37 Plant, Lesser & Taylor-Gooby (1980), s. 38

38 Bkz. Philips, L. D. (1979), Equality, Justice and Rectification, London 1979, s. 2.

39 Philips (1979), s. 2-3.

letin gerçekleşmesinin ön şartı niteliğinde bir alan olarak kabul edilmelidir. Ancak, bu ortak alana uygulanabilecek nitelikteki ilkelerin adaleti bütünüyle karakterize edebileceği söylenemez. Sadurski de bu fikirdedir. Ona göre, "sadece en temel ihtiyaçlar sorgusuz olarak adalet adına yapılacak bir müdahaleyi gerekli kılar. ..., Sadece, bir insanın diğer istek ve ihtiyaçlarını idrak edebilme ve gerçekleştirebilmesi için gerekli olan" ihtiyaçlar, açıkça bu tür ihtiyaçlar olarak kabul edilebilir. Çünkü, bu tür ihtiyaçların karşılanmaması insan için öyle zararlar ortaya çıkarır ki, böyle bir durumda insandan, dolayısıyla herhangi insana özgü bir nitelikten bahsetmeye imkan kalmaz.[40]

Bu ihtiyaçlar hangileridir ve nasıl tespit edilebilir? Peffer şöyle bir ölçüt ortaya koyar (ki bizce bu ölçüt amaca elverişli bulunmaktadır). Bu tür ihtiyaçlar, doğal bir "yaşamı sürdürmek için insana gerekli olan şeyler nelerse", onlara ilişkin olan ihtiyaçlardır[41]. Doğaldır ki, insanın yaşamını sürdürebilmesine imkan sağlayacak temel ihtiyaçlardan bahsedildiğinde, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasın tüm insanlar için ortak bir problem alanından bahsedilmektedir. Söz konusu ihtiyaçları, gıda, barınak, sağlık vb. temel nitelikteki yaşamsal ihtiyaçlar olarak belirtebiliriz. Bunların kim tarafından, nasıl ve hangi ölçüde sağlanacakları sorunu tartışılabilir. Burada belirtilmesi gereken, sayılan bu ihtiyaçlar, refah devleti anlayışında olduğu gibi, herkese sosyal yardım yapılması, konut sağlanması, ücretsiz eğitim verilmesini gerektirir biçimde olmamakla beraber, karşılanmadığı takdirde insanın fiziksel ve zihinsel sağlığını ciddi biçimde tehlikeye atacak nitelikteki ihtiyaçlar olarak anlaşılmalı ve bu ölçüde karşılanmaları adaletin gereği sayılmalıdır. Çünkü, Rawls'un dediği gibi, daha az doğal yeteneklere sahip insanların özel ilgiye muhtaç olmaları sadece yardımseverliğin değil, aynı zamanda adaletin bir gereğidir.

Aynı düşünce Sadurski tarafından da paylaşılmaktadır. Ona göre de, "yerine getirilmeyen temel gıda veya barınma ya da eğitim veyahut da tıbbi müdahaleler, bunların sağlanmasına yönelik haklı bir talep hakkına yol açar."[42] Burada söz konusu edilen ihtiyaçların karşılanması bir insanın hayatını moral bakımdan anlamlı kılmaz, sadece bir kimsenin insan olarak davranabilmesini, yani biyolojik ve psikolojik bakımdan sağlıklı bir insan olarak hayatta kalabilmesini, bu açıdan diğer canlılardan ayrılmasını olanaklı kılar. Fakat insanı belli bir sosyo-kültürel statüye yerleştirmez. Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir. İnsana özgü kapasitelerin bir kısmının, özellikle de düşünebilme, tasavvur edebilme ve algılayabilme gibi psikolojik nitelikte olan niteliklerin gelişmesi ancak toplumsal yaşam içerisinde olanaklı olduğuna göre bunları içinde yaşanılan toplumun sosyo-kültürel etkilerinden

40 Sadurski (1985), s. 159.

41 Peffer, R. (1978), "A Defense of Rights to Well-Being", Philosophy and Public Affairs, Cilt 8 içinde, s. 80.

42 Sadurski (1985), s. 158.

bağımsız olarak değerlendirebilme imkanı var mıdır? İki şeyi birbirinden ayrı düşünmek gerekir. İnsanın bir şey yapabilme kapasitesine sahip olması ile bu kapasiteden yararlanarak belli şekilde davranması aynı şey değildir. Yani, bir kimseye belli insani fonksiyonları yerine getirebilme kabiliyetinin sağlanması demek, bu fonksiyonların belirli bir biçimde (kültürel veya ahlaki normlarca belirtilen şekillerde) kullanılması gerektiği anlamına gelmez. Örnek vermek gerekirse, fiziki ya da psikolojik rahatsızlığı olan bir kimseye yapılan tıbbi müdahale veya psikolojik yardım ve telkinler o kimseyi sağlıklı bir insan, yani arazlı olan özelliklerini yeniden kullanabilen bir insan yapmakla birlikte, normalde onu bu özelliklerini belli yönde kullanmaya teşvik etmez.

Burada tartışmaya konu olabilecek diğer bir husus da, yukarıda belirtilen nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasının bireyler için bir ahlaki yükümlülük doğurup doğurmadığı sorunudur. Diğer bir ifade ile "diğer insanlara kendi sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için gerekli olursa aktif bir yardımda bulunmak ahlaki bir ödev midir?" Eğer öyleyse buradan şu sonuç çıkar. Bir kimsenin ahlaki anlayışı ne olursa olsun, gerektiğinde başkalarının ihtiyaçlarını karşılamak ödevi altındadır. Plant, Lesser ve Taylor-Gooby, haklı olarak böyle bir şeyi savunmanın birey olarak ahlaki ödevlerimizi abartmak anlamına geleceğini ileri sürmektedirler. Onlara göre, başkasına yardım etmek takdire şayan bir şey olmakla birlikte, birey olarak bizi sıkı sıkıya bağlayan ahlaki ödevin, başkasına zarar vermemek olduğunu kabul etmek gerekir.[43] Aslında, bu tartışmada bizim için ilk planda önemli olan, ihtiyaçların kimin tarafından karşılanacağı değildir, karşılanmasının gerekip gerekmediğidir. Tartışmaya bu açıdan baktığımızda, her iki görüşü savunanların da, insan yaşamının idamesini temel bir ihtiyaç olarak kabul ettikleri ve karşılanması gerektiğine inandıkları görülecektir. Ancak, ilkinde insanların karşılıklı olarak birbirlerinin hayatta kalmalarını sağlama ödevi altında olduğu savunulmakta, ikincisinde bu ödev negatif bir biçimde, yani bir başkasına zarar vermeme biçiminde, örneğin kimsenin hayatına son vermemek, herkesin yaşamını sürdürmesine izin vermek biçiminde anlaşılmaktadır. Bu tartışma özünde bireysel sorumluluklara ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda, bir kimsenin en azından diğerlerine zarar vermeme, mesela, öldürmeme konusunda ahlaki bir ödeve sahip olduğu kabul edilebilir. Ancak aynı şeyi bir devlet için, bir devletin sosyal organizasyonu için söylemek mümkün değildir. Kanımızca zaten bir devletin varlık sebeplerinden birisi, üyelerine zarar verici doğal ya da sosyal dış etkileri önlemek veya bunların verdiği zararı telafi etmektir. Bu bağlamda, birey olarak bir doktorun muhtaç olan herkese tıbbi yardımda bulunması zorunluluğu bulunmamasına karşın, bir devletin ihtiyacı olana yaşamsal tıbbi yardım sağlamak yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir.[44]

43 Plant, Lesser & Taylor-Cooby (1980), s. 38-39.

44 Örnek için bkz. Sadurski (1985), s. 163.

Temel ihtiyaç olarak iyi yaşam ve topluluk üyesi olarak bireylerin refah (iyilik) alanı

Burada tartışacağımız ikinci grup ihtiyaçlar, "eğer yaşamaya değer bir hayatı sürdürmek istiyorsak gerek duyacağımız,"[45] başka bir ifadeyle, bize anlam ifade eden bir sosyal hayatı yaşamak için gerek duyduğumuz şeylere ilişkin bulunmaktadır. Bu ihtiyaç alanına, Clark'ın ifadesiyle, sosyal bağlılık ve ortak amaçlar ihtiyacı ya da kısaca sadece sosyal kimlik ihtiyacı da denilebilir.[46]

Black, bireylerin pek çok farklı sebeple ve çok farklı biçimlerde grup yaşamına ihtiyaç duyduklarını belirtmektedir. Hatta ona göre, geniş anlamda toplum veya devlet dışında bazı sosyal gruplar olmaksızın bireylerin var olabileceğini tasarımlamak güçtür. Kendileri gibi düşünen, ortak değerleri paylaştıkları diğer insanlarla birarada olmayan kimselerin yaşamdan haz duymaları beklenemez.[47] Miller de benzer bir yaklaşımla, insanların kişiliklerini, onların yaşam planını oluşturan amaç ve eylemlerin oluşturduğunu belirtmektedir. Ona göre, böyle bir kişiliğe sahip olmayan bir kimse potansiyel olarak insan denilebilecek bir organizmadan öte tam bir insan sayılamaz.[48]

Yukarıda birden farklı ihtiyaç alanı belirlenmiş ve bunların ilkinde herkes için asgari yaşam koşullarını sağlayacak ihtiyaçlardan söz edilmişti. İkincisinde ise, sosyal kimliklerin muhafazasını sağlayacak nitelikteki ihtiyaçlar ele alınmaktadır. Sadurski, iki tür ihtiyacı birbirinden kategorik olarak ayırmamakla birlikte, bunların biyolojik ve sosyal hayatın minimum varlık koşulları olduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca bu iki ihtiyaç türünü farklı iki kategori olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, Sadurski'nin yaklaşımında biyolojik hayatın sürdürülmesi için öngörülmüş ihtiyaçlardır ki bunlar yiyecek, içecek, barınak gibi bir insan yaşamının devamı için zorunlu bulunan şeylerdir ve bizim birinci alanımıza ilişkin bulunmaktadır. İkincisi, sosyal hayatın sağlıklı şekilde devamı için öngörülen ihtiyaçlardır ki bunlar sosyal hayatı yaşanır ve anlamlı kılmayı olanaklı kılan, 'diğerleri ile memnun edici (satisfactory) kişisel ilişkiler kurmak,'[49] boş vakitleri değerlendirme alışkanlıkları, dini bayram ve tatil geleneklerinin sürdürülmesi, kutsal değerlere bağlılık gibi şeylere ilişkin bulunmaktadır ve bizim ikinci alan dediğimiz sosyal iyilik alanına özgüdürler.

Her iki grup ihtiyacı birbirinden ayıran yegane husus, ilk gruba girenlerin herkes için ortak özelliklere ilişkin olması değildir. Temel fark, söz konusu ihtiyaçların niteliğinde ortaya çıkmaktadır. İlk grup ihtiyaçların karşılanmaması halinde tek tek bireylerin

45 Peffer (1978), s. 80.

46 Clark, M.A. (1990), "Meaningful Social Bonding as a Universal Human Need", Burton, J. (editör), Conflict Needs Theory, St. Martin Press içinde, s. 51.

47 Black, A. (1988), State, Community and Human Desire, New York 1988), s. 130.

48 Miller (1976), s. 133.

49 Miller (1976), s. 133.

yaşamlarını sürdürmelerine imkan kalmaz. Oysa ikinci grup ihtiyaçların sağlanmamasında bireyler hala insani bir yaşamı sürdürebilirler, ancak bu yaşamı kendi istedikleri gibi planlayamaz, hoşa giden, memnuniyet verici bir sosyal yaşantıya sahip olamazlar. Bu açıdan bakıldığında ikinci gruba giren ihtiyaçların farklı sosyal kimlikler taşıyan bireyler için farklı anlamları olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu noktada, sadece bireyler arasında değil, sosyal gruplar arasında oluşabilecek dengesizlikleri gidermek, eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için benzerlikler değil farklılıklar dikkate alınmalıdır. Kendi sosyal hayatını yaşanabilir kılmak açısından herkese eşit imkan ve şans tanınmalıdır. Bu ise ancak bizim ikinci adalet alanı dediğimiz, adalet alanındaki ihtiyaçların sağlanmasında farklı kültürel gruplara mensup bireylerin eşit saygıya değer kabul edilmeleriyle mümkündür.

Birinci alandaki ihtiyaçların sağlanması suretiyle insanların hayatta kalmasını sağlamak adil bir toplum ve hukuk düzeninin ön şartıdır, fakat yegane niteliği değildir. Ayrıca o toplum üyelerinin kendi benimsedikleri standartlar çerçevesinde, kendi planladıkları bir hayatı yaşamalarına olanak sağlayacak ortamın hazırlanması da gerekmektedir. Ancak burada ilk alandakine benzer bir yaklaşımla herkes için geçerli olabilecek bir standart belirlemek zordur. Çünkü, bu alan için öngörülen, yukarıda açıklanmaya çalışılan nitelikteki ihtiyaçlar "toplumdan topluma değişen sosyal standartlar tarafından belirlenmektedir. Bu standartlar kesinlikle geçerli bulunan hayat tarzları, genel ahlaki fikirler ve toplumun üretim kapasitesi tarafından etkilenmektedir."[50] Dolayısıyla bu tür ihtiyaçlar her sosyal grup için farklı şey ifade edeceği için, bunların karşılanması için bulunabilecek objektif kriterden bahsetmek zordur. Örneğin, iklim ve çevresel etkilerden korunmanın ötesindeki giyim ihtiyaçları her toplumda farklılaşabileceği gibi, aynı toplumda farklı kültüre mensup insanlar arasında da farklı işlevlere sahip olabilir. Kimi dini kisveler giymeyi tercih ederken, kimileri de modaya uygun bir giyim tarzını tercih edebilir.[51]

Bu açıdan biz bu tür ihtiyaçların bizatihi karşılanmasını adalet ve hukuk düzeninin kapsamı dışında değerlendiriyoruz. Kanımızca, bu durumda adaletin gereği sadece kültür tarafından şekillendirilen bu ihtiyaçların sağlanmasını olanaklı kılacak bir ilkeyi belirlemek suretiyle sosyal kimliklerin korunması için asgari koşulları oluşturmaktır. Miller'in söylediği gibi, "bizim belli bir hayat tarzını değerli bulup bulmamamız önemli değildir, fakat biz bunun başkası için değerini görebilmeliyiz."[52] Eğer bu alanda, farklı kültürel gruplara mensup birey-

50 Sadurski (1985), s. 159.

51 Bu konuda İngiltere'de ilginç bir dava görülmüştür. Polis memuru olmak isteyen İngiltere vatandaşı bir Hintli Sih inancı gereği taktığı özel başlığı çıkarıp, yerine polis üniformasının tamamlayıcısı şapkayı giymeyi reddetmiştir. Dava konusu bu uyuşmazlıkta bu kişi haklı bulunmuştur. Yine motosiklet kaskı takmayı reddeden bir Sih de davasında haklı bulunmuştur. Bu tür örnekler için bkz Gölcüklü, F. / Gözübüyük, Ş. (1996), Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1996, s. 315.

52 Miller (1976), s. 135

lerin talepleri çatışıyor ve bir uzlaşma zemini bulmak mümkün olmuyorsa, o halde geriye kalan tek seçenek, bu alandaki taleplerin özerklik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bu şekilde en azından farklı sosyal kimliklere sahip insanlara kendi seçtikleri bir sosyal hayatı inşa etmek açısından eşit şans, ya da Miller'in formüle ediş biçimiyle, "herkes için eşit refah (iyilik) düzeyi" yakalamasına imkan sağlanmış olacaktır. Bunun arkasındaki ahlaki fikir yine Miller tarafından şöyle ifade edilmektedir. "Her insan en az diğeri kadar değerlidir. Bunun anlamı, aslında her birey ahlaki anlayışı, yetenekleri, kişisel başarıları açısından açıkça birbirinden farklı olsa da, kendi amacı, idealleri, dünya görüşü olan birer birey olmaları bakımından eşit değere sahiptirler ve kendilerine buna uygun davranılmalıdır."[53] Burada bizim için önemli olan, her bireyin eşit davranış talep etmeye hakkı olduğu vurgusudur.

Vurgulanması gereken diğer bir husus, bu ikinci alanın ilk alanın tamamlayıcısı olarak algılanması gerektiğidir. Zira, yeknesak bir toplumsal yaşam alanı tasavvuru toplumsal gerçekliği doğru biçimde yansıtmayacağı gibi, iradi ya da iradi olmayan sosyal grupları, aile bağlarını, hayat boyu dostlukları, dil, tarih, din ve benzeri pek çok faktörce belirlenen kültürel üyelik olgularını açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda, tek boyutlu bir toplumsal anlayışın (ya da adalet görüşü veya hukuk sisteminin) hakim kılınmaya çalışılması, Clark'a göre, insanoğlunun karakterini belirleyen iç faktörleri, yani sosyal kimlik ihtiyacını, gözden kaçırmak ya da tamamıyla yok saymak, anlamına gelecektir."[54] Clark, sosyal bağlılıkların, bireylerin rahatını sağlamaya yönelik olarak yapılan ve herkesin kolaylıkla dahil olup, kolaylıkla terk edebileceği geçici sözleşmeler olmadığını, aksine insan varlığı için kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıktığını belirtmektedir.[55] Bu açıdan her sosyal teoride, kültürel farklılıkların muhafaza edilmesine elverişli, bireylerin sosyal kimliklerini, grup üyesi olarak refahlarını nazara alan bir sosyal alanın varlığının kabulü bir zorunluluk olarak kabul edilebilir.

Temel ihtiyaç olarak güvenli yaşam ve vatandaş olarak bireylerin iyilik alanı

Burada ele alınacak olan ihtiyaçlar genel olarak siyasal ihtiyaçlar olarak adlandırılabilir. Siyasal ihtiyaçlar derken bir siyasi toplumun üyesi bulunan kimselere karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevlerin tümünden bahsedilmektedir, yani çağdaş devletin faaliyet alanından. Çağdaş devletin vatandaşlarına sağlaması beklenen ihtiyaçlardan ilki ve en önemlisi güvenlik ihtiyacıdır. Bu ihtiyaç iki anlamda ele alınabilir. İlki, belirli bir toplumda yaşayan insanların, aynı toplumda yaşayan diğer insanlar veya gruplar tarafından baskı altında tutulması, asimile edilmesi ya da saldırıya uğramasının engellenmesine ilişkin olarak iç güvenlik ihtiyacı, diğeri ise ülke bütünlüğünün hem iç hem de dış saldırılara karşı korunması anlamında dış güvenlik ihtiyacıdır. Bunlara paralel olarak bu alanda ele alınması gereken kapsayıcı ihtiyaç kategorisi, bu çalışmadaki amaca ve kullanılan terminolojiye de uygun olarak, aynı toplum içerisindeki farklı kültürlerin bir arada yaşamasını temine yönelik barış ihtiyacıdır.

Bu alan, belirtildiği üzere, bir bakıma devletin faaliyet alanı olarak da anlaşılabilir. Yani, geleneksel teorilerde kamusal alan olarak nitelenen alana paralel düşmektedir. Hobbes'un yaklaşımında devleti meşrulaştıran en önemli şey, insanların en acil ihtiyaçlarına hizmet etmektir. Ona göre "en acil ihtiyaç sivil barıştır, sivil (iç) savaşın alternatifi ise, Ejderha Devlet[56] (Leviathan State) tir."[57] Burada dikkatten kaçmaması gereken önemli bir nokta, Hobbes'un devletin meşruluğuna ilişkin bu yaklaşımını alıntılamakla sadece devletin varlık koşulu olarak toplumsal barışın önemine işaret edilmek istenmesidir. Yoksa bu ihtiyacın Hobbes'un meşrulaştırma çabasında olduğu anlamda güçlü ve büyük bir devleti gerekli kıldığına vurgu yapılmamaktadır. Ancak her şeye rağmen kabul edilmelidir ki, Hobbes'unki kadar güçlü olmasa da en azından toplumsal barışı temin ve muhafaza edebilecek kadar güce sahip bir siyasi yapının (geleneksel ifadesiyle, devletin) varlığı şarttır.[58] Black, böyle bir devleti tanımlarken insanın sosyal bir varlık olmasından hareket etmekte, insanoğlunun (homo sapiens) bu niteliği gereği her zaman ve her yerde yerine getirilmesi gereken işlevleri gören siyasal organizasyonu devlet olarak adlandırmaktadır.[59]

Daha önce insana özgü temel ihtiyaçların karşılanmasının yardımseverliğin değil adaletin bir gereği olduğu açıklanmıştı. Aynı şey, insanın sosyalliğine özgü niteliklerin gerektirdiği ihtiyaçların karşılanması bakımından da geçerlidir denilebilir. İşte bu ödevi üstlenmesi gereken organ da devlettir. Black bu tür ihtiyaçları dört kategoride toplamaktadır. Bunlar: (a) Diğer insan toplulukları tarafından dışarıdan gelecek saldırılara karşı koruma; (b) içeride bazı toplum üyelerinin diğerlerine karşı kaba güç kullanmasının önlenmesi; (c) uzlaşmazlıkların çözümü ve (d) öz değerlerin muhafazası olarak özetlenebilir.

Black bu dört kategoriden ilk üçünün bütün insanlar, insan toplumları için ortak ihtiyaçlar olduğunun altını çizmektedir. Özellikle ilk kategorideki

53 Miller (1976), s. 143-146.

54 Clark (1990), s. 39.

55 Clark (1990), s. 49.

56 "Ejderha" karşılığını sadece simgesel anlamda kullandık. Aynı kullanım için bkz. Güriz (1999), s. 194.

57 Bkz. Bay, C. (1990), "Taking the Universality of Human Rights Seriously", Burton, J. (Editör), Conflict: Human Needs Theory, St. Martin's Press 1990 içinde, s. 241.

58 Potapchuk, ihtiyaç perspektifinden hareketle bir yönetim sürecinin nasıl geliştirilebileceğini ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Bkz. Potapchuk, W. R. (1990), "Process of Governance: Can Governments Truly Respond to Human Needs", Burton, J. (Editör), Conflict: Human Needs Theory, St. Martin's Press 1990 içinde, özellikle s. 273 ve sonrası.

59 Black (1988), s. 95

dış güvenlik ihtiyacının farklı biçim ve tarzlarda da olsa her devletin genellikle yerine getirmekle yükümlü olduğu işlevlerden biri ve en önemlisi olduğunu belirtmektedir. Diğer ikisi (iç güvenlik ve uzlaşmazlıkların çözümü) ise, bu nitelikte olmasa da, yine de devletin faaliyetleri arasında sayılması zorunlu bulunan ihtiyaç kategorileri olarak belirtilebilir. Çünkü, bunlar doğrudan insanların geçimi ya da kültürel değerlerine ilişkin olmayıp, insanların hayatta kalması ve diğer faaliyetlerini yerine getirebilmeleri, farklı sosyal amaçları elde edebilmeleri için vasıta niteliğindeki ihtiyaçlardır. Dolayısıyla bunları yerine getiren siyasal organizasyon her nasıl teşekkül etmiş olursa olsun devlet olarak adlandırılır. Devlete özgü başka tür fonksiyonların bulunduğu da ileri sürülebilir. Ancak, devlete atfedilebilecek diğer fonksiyonlar ne olursa olsun yukarıda belirtilen fonksiyonlar her devlet tarafından mutlaka yerine getirilmelidir. Çünkü, bu fonksiyonlar sosyal gruplar ya da kültürel toplulukların ötesinde bir sosyal birliktelik, sosyal liderlik ve farklı siyasi ilişkiler kategorisinin ortaya çıkmasına yol açar.[60] Black analitik bir bakışla ele alındığında, koruma ve yargılama faaliyetlerinin tam anlamıyla devlete özgü faaliyetler olduğunu, devlet dışında hiçbir organizasyon tarafından yerine getirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Hatta, ona göre, ideal bir dünya anlayışında, devletin görevi sadece bu fonksiyonları yerine getirmekten ibaret olmalı, birey, grup ve kültürel birlikler diğer tüm bakımlardan özerk olmalıdırlar. Bu son yaklaşımın, bir bakıma bizim üçlü alan çerçevesinde bir adalet anlayışını geliştirme çabamıza paralel düştüğü rahatlıkla söylenebilir kanısındayız.

ALANLAR VE ADALET İLKELERİ

Son olarak, yukarıda önerilen üç farklı alana uygun adalet ilkelerinin neler olabileceğini tartışacağız. Buna geçmeden önce, tekrar edilmesinde fayda umulan nokta, belirlenecek ilkelerin evrensel nitelikte, her çağdaş topluma uygulanma kabiliyeti olan ilkeler olmadığıdır. Belirlenecek ilkeler sadece, yukarıda ana çizgilerini belirlediğimiz resme uygun düşen, kısaca çok kültürlü toplumlara uygulanma kabiliyeti olan genel ilkeler olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca bu çalışmada geliştirilen ve bu son bölümde ilkeleştirilen çoğulcu adalet anlayışının, geleneksel anlamda bir adalet anlayışı olmadığının altı çizilmelidir. Çünkü, burada geliştirilen adalet anlayışı daha çok tarihsel ve sosyolojik verilerden hareketle geliştirilmiş gerçekçi bir adalet anlayışı olmasının yanı sıra, onu diğer gerçekçi adalet anlayışlarından ayıran başka özelliklere sahiptir. Buradaki anlayış, ne tek bir temel değer üzerine kurulmuş evrensel nitelikteki bir düşünceyi temsil etmekte ne de belli tek bir kültüre özgü bir kavrayışın genelleştirilmesinden ibaret bulunmaktadır.

Herkes İçin Minimum İyilik Alanı ve Bu Alana Özgü Adalet İlkesi

Ancak insanın mevcut olduğu bir yerde adaletten bahsedilebilir. En asgari insani nitelikleri sağlamayı öngörmeyen bir hukuksal düzen ve sosyal yapının hakim olduğu yerde insanın varolduğundan bahsedilemeyeceği için adaletten bahsetme olanağı da kalmayacaktır. Yukarıda ihtiyaç kriterinden hareketle her bireyin insan olarak varlığını sürdürebilmesine imkan veren en asgari koşulların neler olduğunu tespit etmek suretiyle, herkese uygulanabilecek adalet ilke veya ilkelerine zemin teşkil edebilecek yaşam alanı belirlenmişti. Herkes için minimum iyilik alanı olarak nitelendirebileceğimiz bu alan, tüm adalet teorilerinde ortak olması gereken en asgari standartları belirleyebileceğimiz alandır. Diğer bir ifade ile bu alanda belirlenen insani niteliklere özgü sorunları, herkesi tatmin edecek bir çözüme bağlamayan bir yaklaşımın hangi türden olursa olsun (evrensel ya da yerel, idealist ya da realist, hak temelli ya da eşitlikçi, liberal, sosyalist ya da Marksist) bir adalet anlayışı ya da kavramı olduğundan söz edilemez.

Farklı sosyal gruplara mensup bireyler arasındaki farklılıklar ne olursa olsun, insan olmak bakımından herkes benzer bazı özelliklere de sahiptir. İşte biz bu alanda bu özelliklere uygulanabilecek bir adalet ilkesi belirlemeye çalışacağız. Cevap gerektiren temel sorun, tüm farklı insan toplumlarında adalet adına ahlaki (moral) bir tavır alışı gerektirecek ortak özellikler var mıdır? sorusudur. Bir başka ifade ile, acaba her toplumda, o toplum üyelerinin ahlaki, felsefi ve siyasi anlayışları ve kültürel değerlerinden bağımsız olarak adalet uygulamasına konu yapılabilecek özellikler nelerdir? Her insan toplumunda, o toplumu oluşturan bireylerin insan olmak sıfatıyla bazı ortak yaşamsal problemlerle karşılaşmaları kaçınılmazdır. Peki bu ortak problemler nelerdir? Bu konudaki en temel ölçüt, Philips'in daha önce de söz konusu edilen yaklaşımından çıkarılabilir. Philips'e göre tüm teori ve ideolojilerden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bu ortak problemler "her insan toplumuna özgü olan, insan olmamızdan, erkek ya da kadın insan olarak birbirimiz ve çevreyle olan ilişkilerde karşılaştığımız ortak unsurlardan doğan" problemlerdir. Diğer bir ifade ile, "bu problemler teorik kaynaklı değildir, yani, herhangi belirli bir teorik çerçeve ve pozisyondan bağımsız bulunmaktadırlar."[61] Başka bir ifade ile, bu problemler sadece insan (veya insan toplumunun) tabiatından kaynaklanan nitelikteki problemlerdir.

Burada karşımıza, adalet kavramı kadar olmasa da tanımlanması güç olan başka bir kavram çıkmaktadır. İnsan tabiatı kavramı. Ancak insan tabiatı kavramı gözleme elverişli somut bir görünüme sahip olmak bakımından bilimsel bir araştırmaya konu yapılabilir niteliktedir. Çoğu zaman basit bir gözlemle bile insan tabiatına özgü nitelikleri (örneğin belirli fiziki bir görünüm, anlayabilme ve konuşabilme yeteneği) belirleyebiliriz. Her şeyden önce, insan doğal bir varlıktır. Yani, sosyal bir varlık olmasının ötesinde, toplum dışında da asgari ölçülerde hayati-

60 Black (1988), s. 97-98.

61 Philips (1979), s. 2-3.

yetini devam ettirebilecek nitelik ve kapasiteye sahiptir. Nerede yaşarsa yaşasın her insan yer, içer, kendisini çevresel koşullardan koruyacak örtünme ve barınma ihtiyaçlarını karşılar. Dahası her insan çevresinde olup biteni algılayabilme, anlayabilme ve bunlar hakkında düşünebilme kapasitelerine de sahiptir. Özetle, toplum içerisinde yaşasın ya da yaşamasın her insan kendisini diğer canlı varlıklardan ayıran bir takım özelliklere sahip bulunmaktadır.

Bu özelliklerin neler olduğu Aristocu özcüler (Aristotelian essentialists) tarafından tatminkar şekilde ortaya konulmuştur. Biz de bundan sonraki açıklamalarımıza esas olmak ve herkes için minimum iyilik alanının sınırlarını belirlemek bakımından bu yaklaşımı ana hatlarıyla özetlemeye çalışacağız. Nussbaum'un da belirttiği gibi, elimizde "böyle bir döküm olmadan, sosyal adalet ve sosyal paylaşımın gayesine elverişli bir zeminden mahrum oluruz."[62] Aristocu özcülük, insan hayatının tanımında esas alınan en önemli insani fonksiyonları belirlemeye yönelik bulunmaktadır. Bu teoride, insan hayatının en önemli fonksiyonları belirlenirken amaç, modern toplumlarda sosyal ve siyasi kurumların bunlar hakkında ne yaptığını (ya da yapması gerektiğini) sorgulamaktır. Nussbaum'a göre, burada ortaya konulan iyilik kavramı ne önemli biçimde metafizik niteliktedir, ne de belirli bir metafizik ve dinsel geleneğe özgüdür." Daha ziyade, kültürel, metafizik ve dinsel uçurumları aşmayı hedefleyen evrensel bir kavram olarak tasarlanmış bulunmaktadır.[63] Zaten, bu açıdan bu kavram, bizim birinci alan için öngördüğümüz insana özgü evrensel niteliklerin belirlenmesinde esas alınabilecek bir nitelik taşımaktadır.

İnsan fonksiyonlarını iki temel gerçeklikten hareketle belirleyebilmek mümkündür. Bunlardan ilki, "yer ve zaman ayrımları olmaksızın diğerlerini insan olarak tanımamız"; ikincisi, "mahrum olunması, insan hayatının sonu anlamına gelecek özellikler hakkında yaygın kabul gören bir fikir birliğinin mevcut olması"dır. Bu gerçekliklerden hareket eden özcü yaklaşım, insani yaşamın genel bir çerçevesini çizmekte, bir yaşamı insan yaşamı haline getiren en temel özellikleri tanımlamaya çalışmaktadır.[64] Nussbaum, bunların, ölümlülük ve insan vücudu olduğunu belirtmektedir. Çünkü, ona göre, insanoğlu her şeyden önce ölümlü bir varlıktır. Ölümle karşılaşması kaçınılmazdır. Bununla birlikte ölümü sevmemekte, ondan kurtulmaya çalışmaktadır. Eğer biz insan biçiminde olmakla birlikte ölümsüz bir varlıkla ya da ölümlü olmakla birlikte ölüme hiç tepki vermeyen veya ölümden sakınmayan, kurtulmak için çaba harcamayan bir varlıkla[65] karşılaşırsak, her iki

62 Nussbaum, M. (1992), "Human Functioning and Social Justice In Defense of Aristotelian Essentialism", Political Theory, Cilt 20, Sayı 2 içinde, s. 205.

63 Nussbaum (1979), s. 214.

64 Nussbaum (1979), s. 214.

65 Burada, ölümün tek çare olduğu istisnai durumlar hariç tutulmakta, normal şartlarda ölümden kaçınılabilecek hallerde ölümden sakınmayan bir varlıktan bahsedilmektedir.

durumda da tespit ettiğimiz hayat biçiminin bizimkinden çok farklı olduğuna ve bu varlığın insan sayılamayacağına hükmederiz. Bunun ötesinde, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasın, hangi coğrafyada hangi kültürde olursa olsun tüm insanlar belirli bir vücut yapısına, belirli bir fiziki görünüme sahiptir. Bu bakımdan benzerlikler farklılıklarımızdan çok daha fazladır. Gerçi, vücudun kullanılması, yani insan davranışları kültürler tarafından belirlenebilir ama vücudun kendisi, beslenme ve diğer ilgili gereksinimler bakımından, kültürden kültüre, coğrafyadan coğrafyaya farklılaşma göstermez.[66] Bu anlamda, bütün insanların ortaklaşa sahip olduğu dört temel özellik sayılabilir: (a) Açlık ve susuzluk, yani yiyecek ve su ihtiyacı; (b) barınma ihtiyacı; (c) cinsel ihtiyaç ve (d) hareket ihtiyacı. Kanımızca bu listeye Nussbaum'un genel olarak kavrama yeteneği (cognitive capacity) dediği, yalnızca insanlara özgü, algılama, tasavvur etme ve düşünebilme niteliklerini de eklemek gerekir. Çünkü, Nussbaum'un da belirttiği gibi, "her insan, anlamasını ve ayrım yapmasını olanaklı kılan bir algılama duyusuna, tasavvur edebilme ve düşünebilme yeteneğine sahiptir ve bu yetenekler merkezi öneme sahiptir." Hatta, "üyelerinin algılama duyusundan, tasavvur etme, akıl yürütme ve düşünme yeteneğinden bütünüyle yoksun olduğu bir kabile tasavvur edilmesi halinde, burada yaşayanlar nasıl bir görünüme sahip olurlarsa olsunlar, ... bir insan kabilesi tasavvur etmiyoruz demektir."[67] Özetle belirtmek gerekirse, hem fiziki nitelikler hem de kavrama yetenekleri bir insan yaşamının ayrılmaz temel özellikleridir. Çünkü her ikisinin yokluğu da bir yaşamı insan yaşamı olmaktan çıkarır, insanı insandan başka bir varlık haline dönüştürür.

İşte bizim herkes için iyilik alanı olarak adlandırdığımız alan, belirli bir toplumda yaşayan herkese, Aristoteles'in fiziksel ve psikolojik mükemmellik dediği bir durumun sağlanmasına zemin oluşturmaktadır. Bu alana özgü özellikler, insan tabiatından mantıki bir zorunlulukla çıkarılmaları ve temel nitelikteki insani fonksiyonlara ilişkin olmaları açılarından insan ve insan toplumu için daha iyiyi önerdiği iddiasında olan hiçbir temel dünya görüşü tarafından göz ardı edilemez. Bu yüzden, yukarıda tespit edilen insani fonksiyonların yerine getirilmesini, yani insanca davranmayı mümkün kılan insan ihtiyaçlarının ya doğrudan doğruya devlet eliyle ya da dolaylı biçimlerde karşılanmasını maksimum düzeyde öngören bir toplum ve hukuk düzeni kurmak, çağdaş bir toplumun üyelerine karşı ahlaki nitelikte bir borcu olarak algılanabilir. Bunu tersinden söylemek gerekirse, ekonomik ve tabii kaynakları yeterli olduğu sürece üyelerinin tümünün, en azından yukarıda belirlenen türde bir insan yaşamını sürdürebilmesine olanak tanımayan bir toplum ve hukuk düzenini, ne ahlaki ne de adil bir düzen saymaya imkan vardır. Bunun anlamı, her insanın en

66 Nussbaum (1979), s. 216-217

67 Nussbaum (1992), s. 217-218.

azından, iyi bir hayat olmasa da basit (doğal) bir hayatı yaşamak konusunda içinde yaşadığı siyasal topluma yönelik bir talep hakkına sahip olduğudur. Bireysel kişiliğin oluşması ve devamına ilişkin en önemli değer, yaşam değeridir. Buradaki yaşam tabiri, insanın kendini geliştirebilmesi için gerekli olan tüm özellikleri ifade etmektedir. Fiziki sağlığa sahip olmak ve organik davranış bozukluğuna yol açacak acı, elem ve sakatlıklardan masun olma durumu bu kapsama dahildir.[68] Dolayısıyla, her şeyden önce insan yaşamının sağlıklı biçimde sürmesine imkan verecek, başta yaşam hakkı olmak üzere, bunun gerekli kıldığı, yani insanın tüm fonksiyonel kapasitelerini kullanmasına imkan sağlayacak her türlü temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması gereklidir. Çünkü, Aristocu özcülerin dediği gibi, bu kapasitelerden birinden yoksun olan bir hayat, "başka neye sahip olursa olsun insanlıktan yoksun olacaktır."[69]

Bu bakımdan herhangi gerçekçi bir adalet teorisi, ilk planda en azından yukarıda belirtilen temel insani fonksiyonların işlerliğini sağlayacak nitelikteki insan hak ve özgürlükleri üzerine inşa edilmek zorundadır. Burada bahsedilen insan hak ve özgürlükleri felsefi bir meşrulukla benimsenebilecek (yani varsayımsal bir durum tasavvuru ile rasyonel bir yoldan bulunabilecek) tüm hak ve özgürlükler olmayıp, yukarıda belirtilen insana özgü temel esaslardan, yani insan tabiatından mantıki bir zorunlulukla çıkarılabilecek hak ve özgürlüklerdir. Bu yüzden de bireye bağlı, vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedir ve hiçbir şekilde siyasi pazarlıklara da konu yapılamazlar. Bizim burada, ilk alan için adalete temel yapmak üzere ele aldığımız temel hak ve özgürlükler, hiç kimseye (onların doğal yeteneklerini esas alarak bile) bir ayrıcalık ya da avantaj sağlamak üzere kullanılabilecek haklar değildir. Bu haklar bireylere sadece yaşamlarını sürdürebilmelerine olanak sağlayacak oranda, yiyecek, içecek, fiziki ve psikolojik sağlık hizmetleri gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılanması hususunda eşit bir talep hakkı sağlamaktadır. Sınırını ise her insanın bu tür ihtiyaçları belirleyecektir. Dolayısıyla bu hak kategorisini evrensel olarak belirlemekte bir sakınca yoktur. Çünkü belirtilen nitelikleri ile toplumlara, sağlanması hususunda ahlaki bir yükümlük yükleyen bu haklar herkes içindir ve dolayısıyla herkesçe kabul edilmek zorundadır.

Buraya kadar söylenenlerden çıkarılabilecek sonuç, hangi tür bir siyasal örgütlenişe sahip olursa olsun bir toplumun, üyeleri arasında herhangi bir ayrım (din, dil, ırk, kültür, ideoloji vb.) gözetmeksizin onların fiziki ve psikolojik sağlıklarını muhafaza etmelerine imkan verecek toplumsal bir yapıyı kurmamış, en azından bunu sağlayacak hak ve özgürlüklere hukuk sistemi içerisinde yer vermemiş olursa, adil bir toplum sayılamayacağıdır. Young'ın ifadesiyle "bireyleri arasında, erişebilecekleri maddi şeylerin miktarı

68 Finnis, J. (1993), Natural Law and Natural Rights, Oxford 1993, s. 86.

69 Bkz. Nussbaum (1992), s. 222.

bakımından çok büyük farklılıklar olan, milyonlar açlıktan ölürken diğerlerinin istediklerini elde edebildikleri bir toplum veya dünyada, herhangi bir sosyal adalet anlayışı bu maddi şeylerin paylaşımını hedef almalıdır. Şu anda acı çeken insanların, ızdıraplarını dindirecek maddi imkanların sağlanması dünyayı daha adil yapmak isteyen herhangi bir programın birinci önceliği olmalıdır."[70]

Bu alan içerisinde herkese tanınması öngörülen hak ve özgürlükler hangileri olabilir? Bu konuda kapsayıcı bir liste vermenin imkanı yoktur. Bununla beraber yine de bu hakların belirlenmesi sanıldığı kadar da zor değildir. Çünkü temel ölçüt açıktır. İnsanların hayatta kalmasını sağlamak. İşte bunu eksiksiz sağlayabilecek ne kadar hak ve özgürlük varsa, hepsi bu kategoride değerlendirilebilir. En başta gelen hak yaşam hakkıdır ve buna bağlı olarak, insanın kişiliğini geliştirebilmesine, birey olarak toplumsal birlikteliklere katılabilmesine imkan sağlayacak diğer hak ve özgürlükler: saldırıya, işkence ve baskıya maruz kalmama, haksız tutuklanmama hakları, hareket, inanç, vicdan, düşünce ve ifade özgürlükleri vb. Adaletin önceliği, hangi tür bir toplum yapısı söz konusu olursa olsun toplumda yaşayan herkese, aralarındaki kültürel farklılıklara, toplum içerisindeki statüsüne, mensup olduğu gruba (azınlık ya da çoğunluğa mensup olup olmadığına) bakılmaksızın, belirtilen nitelikteki tüm bu hakların sağlanması olmalıdır.

Topluluk Üyesi Olarak Bireylerin İyilik Alanı ve Bu Alana Özgü Adalet İlkesi

Bu alan, bütün insanlardaki benzerliklerine ilişkin bir alan olarak değil, farklı toplulukların üyesi olarak, farklı dini, ahlaki ve felsefi görüşlere sahip bireylerin farklılıklarına (kültürel unsurlar tarafından belirlenen özelliklerine) ilişkin bir alan olarak düşünülmüştür. Daha teknik bir ifade ile, bu alan farklı insan gruplarının benimsemiş oldukları adalet anlayışlarındaki diğerlerinden farklı ve onlarla çelişen muhtevaların gerçekleşmesini olanaklı kılabilecek bir toplumsal alan olarak tasavvur edilmiştir.

İnsanı toplum içinde veya dışında insan yapan unsurları ona temin ettikten sonra, yani onları basit bir yaşam için gerekli asgari şartlarla donattıktan sonra, bu hayatın nasıl bir hayat olacağının belirlenmesi, insanların benimsedikleri değerlerce belirlenen kendi tercih ve seçimlerine bağlı olmalıdır. Yani, insanlara belirli bir yaşam tarzını veya belirli bir ilişki biçimini, belirli bir ekonomik düzey veya toplumsal statüyü ya da belli bir inanışı dayatmak adalete aykırı olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, bu noktada adaletin gereği, insanların seçtikleri yaşam tarzlarına uygun yaşamalarını temin edecek ortam ve şartları hazırlamak konusunda toplumda yaşayan her bireye aynı hak ve özgürlükleri tanımaktır. Bir başka söyleyişle, aynı toplumda yaşayan bireyler arasında farklı kültürlere mensup olmalarından doğan farklılıklar, onları farklı muameleye

70 Young, I.M. (1990), Justice and Politics of Difference, Gloucester 1990, s. 19.

tabi tutmanın gerekçesi yapılmamalıdır.[71] Buradaki cümle ilk bakışta amacı itibarı ile ters kurulmuş bir cümle olarak algılanmaya müsait bulunmakla birlikte, aslında ifade ettiği şey bağlamında dikkatle kurulmuş bir cümledir. Farklı muameleye tabi tutulmamak ifadesi hukuki düzenlemeler karşısında kayıtsız şartsız eşit sayılmak anlamında değil, tam da tersine hukuki düzenlemelerin, herkesin farklılıklarını eşit oranda gözeterek yapılması anlamına gelmekte, herkesin farklılıklarına rağmen aynı sosyal, ekonomik ve siyasal imkanlardan eşit düzeyde yararlanabilmelerine imkan verecek sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuki düzenlemelerin yapılması, kurumların oluşturulması gereğine işaret etmektedir.

Bu toplumsal yaşam alanı, insanın toplumdaki diğer insanlarla olan ilişkilerine özgü bir alandır. Dolayısıyla ele alınacak insana özgü fonksiyonel kapasite, ilk alanda belirlenenlerden farklı olarak, sadece toplum içerisinde geliştirilebilecek, insanın hayatını belli biçimde organize etmesine imkan veren ve rasyonel teorilerden çok, içinde yaşadığı kültüre özgü belli norm ve uygulamalar (ahlaki, dini ya da felsefi düşünceler, inanışlar, gelenek ve görenekler) tarafından belirlenen özelliklere ilişkin bulunmaktadır. Zira, insanoğlu sadece doğal ya da biyolojik bir varlık değildir, aynı zamanda sosyal ve kültürel bir varlıktır da. Bu niteliği gereği, bir topluluk içerisinde yaşamak ve yaşamını anlamlı kılacak bazı faaliyetlerde bulunmak ihtiyacı içerisindedir. İlk alanda belirtilenlerden farklı olarak, burada öngörülen insani fonksiyonlar, ancak diğer insanlarla etkileşim içinde bulunulan bir ortamda kullanılabilir, yani ancak bir grup içerisinde yaşayan bir insan için bu kapasitelerin varlığından ve geliştiğinden söz edilebilir. İnsan çok farklı nedenlerle ve farklı şekillerde sosyal yaşantıya ihtiyaç duyar. Hatta Black'e göre, devletin ötesinde, küçük veya büyük belli tipte gruplar olmaksızın insanların yaşaması bile mümkün değildir. Çünkü diğer insanlar olmaksızın bireylerin, kendilerini mutlu eden bir hayatı yaşayabilmesi, kendilerine anlamlı gelen, hayatlarını yaşanır kılan faaliyetlere iştirak etmeleri mümkün değildir.[72]

Bir insanı sosyal bir varlık olarak anlamanın en iyi yolu, onu içerisinde yaşadığı yani kendisini ait hissettiği kültürel grubun gelenekleri ve benimsediği etik değerler (ahlak, din kuralları ve benzeri etik normlar) çerçevesinde düşünmek ve değerlendirmekten geçer. Bu yüzden de, kısaca topluluksal iyilik alanı olarak adlandırabileceğimiz bu alanda, bireyler çeşitli tarihi, kültürel, dinsel grupların üyeleri olarak algılanmalıdır. Yani bir bakıma insanın kültür tarafından belirlenen özellikleri bu alandaki adalet ilkelerinin konusu olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, aynı toplum içerisindeki her farklı kültürel grup, kendi bireylerinin birinci alanda belirlenen nitelikteki haklarını tanımak ve kendisi dışındaki diğer grupların varlığını tehdit etmemek koşuluyla, hangi tür bir sosyal amacı benimsemiş olursa olsun, kolektif bir kişilik olarak tanınmalı ve bu varlığını sürdürebilmesine olanak sağlayacak, kendisini dışardan gelen saldırılardan koruyacak hak ve özgürlüklerle donatılmalıdır.

Bu çerçevede Kymlika, iki tür kolektif hak kategorisinden bahseder. Bunlardan ilki iç-sınırlama hakkı, diğeri ise dış-korunma hakkıdır. İç-sınırlama hakkı, tıpkı siyasi otoritelerin, bu otoriteye tabi olanların hak ve özgürlüklerini kısıtlaması gibi, her grubun kendi varlığını ve değerlerini muhafaza etmek adına kendi üyelerinin hak ve özgürlüklerini sınırlamasıdır. Örneğin bir grubun kendi üyelerinin, boşanmasını, evlilik dışı cinsel ilişkilerini yasaklaması, belli tarzda giyime izin vermemesi gibi sınırlamalar bu türden sayılabilir. Böyle bir grubun bağımsız bir devlet olması durumunda (örneğin, İran) bu sınırlamalara dışarıdan müdahale edilemeyeceği açık bulunmaktadır. Ancak çok kültürlü toplumlarda acaba bu sınırlamalar ne kadar ileriye götürülebilir? Bu noktada ciddi bir problem olduğu kabul edilmelidir. Ancak problemin ciddi olması çözümsüz olduğu anlamına gelmemektedir. Kanımızca, bu sınırlamaların sınırı, bizim birinci alanda her bireye sağlanması gereken hak ve özgürlüklerin üst sınırı olarak kabul edilmelidir. Çünkü, ancak bu sayede bir insan toplumundan bahsedilebileceği için, üyelerinin hak ve özgürlüklerini, ilk alanda belirtilenden daha fazla sınırlayan bir gruba devlet müdahalesi sadece meşru bir müdahale değil, ayrıca ahlaki bir yükümlülük olarak da değerlendirilebilir. Farklı gruplara tanınması gereken ikinci tür kolektif hak kategorisi olan dış-korunma hakkı, gruplar arası ilişkilere ilişkin bulunmaktadır. Buradaki korunma hakkının kanımızca iki veçhesi vardır. Birincisi grubun, baskıya, kültürel asimilasyona karşı kendi kolektif kişiliğinin devlete karşı korunması talebi, diğeri de bir grubun aynı durumdaki diğer bir grubun saldırısı ve tecavüzüne karşı korunması talebidir. Her iki durumda da grubun kendi kolektif varlığını her türlü dış baskıya karşı korumak arzusu söz konusudur.

Kymlika'ya göre "her iki hak kategorisinin bir arada görülmesi gerekmez. Bazı etnik ya da ulusal gruplar, kendi üyelerine yasal olarak dayatmacı iç kısıtlamalar koymayı istemeden de, büyük toplum karşısında dış koruma önlemleri peşinde olabilir. Başka gruplar, büyük toplum karşısında herhangi korunma istemez, ancak kendi üyelerinin davranışları üzerinde yaygın güç kullanma isterler. Bu çeşitlemeler azınlık hakları konusunda temelden farklı anlayışlara yol açar ve bu yüzden bir grubun ne tür bir hak ta-

71 Kymlika, bu konudaki taleplerin çoğunun farklı kültürlerin dinsel pratikleri temelinde bu kültürlere mensup bireyleri dezavantajlı duruma düşüren yasalar ve düzenlemelerden muaf tutulmak olduğuna işaret etmektedir. "Örneğin, Britanya'daki Yahudi ve Müslümanlar pazar günleri işyeri kapatma ve hayvan kesim düzenlemelerinden muaf tutulmak istiyorlar; Kanada'da yaşayan Sihler yalnızca kendi türbanlarını giyebildikleri için, motosiklet kaskı takma zorunluluğundan ve polisin resmi kıyafet giyme kurallarından kendilerinin muaf tutulmalarını istiyorlar; Amerika'daki Ortodoks Yahudiler askeri hizmetleri süresince yarmulka giyme hakkı talep ediyorlar ve Fransadaki kız çocukları başlarını örtmek zorunda olduklarından okul kıyafet yönetmeliklerinden muaf tutulmak istiyorlar." Kymlika (1998), s. 67.

72 Black (1988), s. 130.

lebinde bulunduğunu belirlemek önemlidir."[73]

Acaba bir siyasi toplum içerisindeki farklı grupların talepleri sadece yukarıda belirtilenlerden mi ibarettir? Şüphesiz hayır. Farklı toplumlardaki tarihsel uygulamalara bakıldığında, azınlık kültürlerinin bağımsızlık taleplerinden, özerklik talebine kadar pek çok başka talepleri olduğu gerçeği ile karşılaşmak olasıdır. Ancak bu tür taleplerin hepsinin temelinde de kendilerine uygulanan baskıcı, asimilasyonist ve ayrımcı politikalara, kültürel yaşamlarına yönelik saldırılar, kültürel kimliklerinin yok edilmesine yönelik uygulamalara karşı tepkilerin yattığını görmek mümkündür. Yani adaletsizlik ve eşitsizliklere karşı bir tepki söz konusudur. Dolayısıyla, üyelerinin birinci alandaki bireysel hak ve özgürlükleri garanti altına alınan ve buna ek olarak kendisine az önce belirtilen kolektif hak ve özgürlüklerin tanındığı bir siyasi birliktelik içerisinde, grupların bu taleplerin önemli ölçüde zaten karşılanmış olacağı görülecektir.

Burada bizim amacımız açısından önemli olan aynı toplum içerisindeki bu kültürel farklılıklardan doğan farklı adalet taleplerinin nasıl karşılanacağı sorunudur. Eğer bu tür sorunlar, kültürler arasında bir uzlaşma ile çözülemez nitelikteyse, işte ikinci alan her topluluğa üyeleri arasında kendi adalet anlayışını hakim kılabileceği bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu alan içerisindeki karar mercii grubun önde gelenleridir. Belirlenen sınırlar dahilinde bu alana özgü toplumsal mal ve hizmetlerin paylaşımından, topluluk üyelerinin davranışları, hayat tarzlarına kadar pek çok şeye grup içerisinde karar alınmakta ve grup üyelerinin bu kararlara uyması beklenmektedir. Dışarıdan gelecek baskı ve telkinler çoğunlukla, hem grubun kolektif kişiliği ve hem de kendisini grup normları ile bağlı hisseden bireylerin kimlikleri için bir tehdit olarak algılanmaktadır. Burada paylaşıma tabi olacak sosyal mal ve hizmetler, ilk alana özgü olanların dışında kalanlarla sınırlı olduğu gibi, ayrıca kıt olmayan şeylerdir. Yani dini pratikler, sevgi, ailenin değeri, kutsal günlerin kutlanması ve boş vakitlerin değerlendirilmesi faaliyetleri gibi faaliyetler grup içinde planlanabilir. Bunun dışında siyasal gücün kullanımı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, hayat kurtarıcı tıbbi yardım, temel gıda maddeleri gibi birinci ve üçüncü alanın kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki mal ve hizmetlerin toplumun diğer üyeleri ile (farklı gruplara mensup olsalar da) eşit şartlarda kullanımı gerekmektedir. Her bireyin gerek bireysel, gerekse grup üyesi sıfatıyla bu ikinci alan dışında, toplumdaki diğer tüm bireylerle eşit hak ve özgürlüklere, eşit imkanlara sahip olması adaletin bir gereği olarak belirtilebilir. Siyasal hakların kullanılması, devlet memurluğu, eğitim, sağlık, adalet hizmetlerinden yararlanmak bakımından toplum bireyleri arasında kültürel farklılıklarına dayanan ayrımlar yapılmamalıdır.

Daha önce de kısaca değinildiği gibi grup üyeleri arasındaki ilişki biçimleri, mal ve hizmetlerin paylaşımı gibi sorunlar (eğer birinci ve ikinci alanda belirlenen asgari koşullara aykırılık teşkil etmiyorsa) sosyal adaletin kapsamı dışındadır. Bu alan için adaletin gereği, farklı kültürlerin çatışan değer ve talepleri arasında bir uzlaşma zemini bulmak, eğer bu mümkün olmaz ise, kültürleri kendi iç bütünselliği içerisinde özerk kabul etmektir. Özetle, buradaki sosyal adalet ilkesi, grup kimliğinin muhafazasını sağlayacak, grup değerleri ile çoğunluk değerlerinin çatıştığı durumlarda grubun varlığını sürdürmesine olanak sağlayacak bir ilke olmak durumundadır. Bu nedenle bu alanda birinci alan için öngörülene benzer özlü bir adalet ilkesi belirlemeye imkan yoktur. Belirlenecek ilke kültürel farklılıkları muhafaza edecek, farklı adalet muhtevalarının eşit olarak gerçekleşmesi ve muhafazasını temin edebilecek nitelikte genel bir kalıptan ibaret olmak zorundadır. Bu ise kısaca kültürel özerklik ilkesi olarak adlandırılabilir.

Belirtildiği üzere kendisini bir grup üyeliği çerçevesinde tanımlayan bireyin sosyal yaşantısının tatminkar bir yaşantı olarak sürmesi, mensup olduğu grubun, toplumdaki diğer kültürel gruplarla aynı olanaklara sahip olarak varlığını devam ettirmesine bağlıdır. Dolayısıyla bunu sağlayacak ilk ilke, kendine yeterli her bir kültürel sistemin özerk bir kolektif kimliğe sahip olduğunun kabul edilmesi ilkesidir. Buradaki özerk bir kolektif kimlik tabiri, daha önce de açıklandığı üzere, her kültürel grubun siyasal ya da coğrafi bakımdan otonom olacağı anlamına gelmiyor. Buradaki özerklik, bizim ikinci alanımız kapsamına girecek kültürel norm ve uygulamalar bakımından grupların içsel bir özgürlük alanına sahip olması gerektiği anlamına geliyor. Çünkü, burada birinci alandakine benzer şekilde, yine bireyin mutluluğu için, bireyin toplumsal yönünü belirleyen, kendisini normları ile bağlı hissettiği kolektif bir kimliğin (asgari koşullarda da olsa) mevcudiyetini sürdürmesi söz konusudur.

Geleneksel toplum ve siyaset teorileri (özellikle evrensel nitelikteki teoriler, örneğin, liberalizm) aslında böyle bir özerklik alanı öngörmekle birlikte, bunu kamusal alan-özel alan ayrımı içerisinde değerlendirmekte ve özel alanın buna elverişli olduğunu savunmaktadır.[74] Oysa, bireyin başlı başına bir amaç olduğu olduğu temel tezini esas aldıkları ve onun hayatını anlamlı kılan kolektif kimlik olgusuna yeterince önem vermedikleri için sağlanan özerklik alanı da kolektif amaçların tatmini için elverişli bir saha bırakmamaktadır. Uygulamada da liberal devletin sosyal devlete dönüşmesi ile birlikte kamusal alan toplumsal hayatın neredeyse bütününü kapsamakta,[75] kültürel farklılıkların yaşanması (örneğin resmi dilden farklı bir dilde eğitim alabilmek, hakim din dışındaki dinlere ait bayramları kutlamak) için yeterli genişlikte özel alan bırakma-

73 Kymlika (1998), s. 75.

74 Yayla, A. (1998), Siyaset Teorisine Giriş, Ankara 1998, s. 172.

75 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tatminkar bir argüman için bkz., Habermas, J. (1997), Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çeviren: T. Bora, M. Sancar, İstanbul 1997, (özellikle) s. 365-383.

maktadır. İşte bizim ikinci alanımız bu boşluğu dolduracak şekilde kamusal alan ile özel alan arasında, sivil (siyasalın karşıtı olarak) bir kamusal alan olarak düşünülebilir.

Böyle bir adalet alanına uygulanacak genel ilke ise daha önce de açıklanmaya çalışıldığı gibi kendine yeterli kültürel sistemlerin özerkliği prensibi olarak formüle edilebilir. Çünkü bu alan çatışan değerlere, çatışan adalet taleplerine ilişkin bulunmakta ve geleneksel yöntemlerle çözülemeyen problemlerin doğmasına yol açmaktadır. Bu durumda bu alandaki taleplerin, bazılarını (özellikle çoğunluk kültürünün ya da ona paralel olanları) karşılarken, diğerlerini görmezden gelmek, yok saymak adaletle bağdaştırılamaz. Yani, aynı toplum içerisinde çoğunluk kültüre mensup bir aile içerisinde doğan bir çocuk ile, hemen kapı komşusu olup da azınlık kültüre mensup bir çocuk arasında doğumundan ölümüne toplumsal hayatın nimetlerinden yararlanmak bakımından bir fark olmamalıdır. Her ikisi de ailesinden, ailesinin mensup olduğu grubun değerlerinden ve geleneklerinden etkilenerek oluşan birey kimliğiyle, toplumsal yaşama eşit koşullarda katılabilme şansına sahip olmalıdır. Her ikisi de ana dilini kullanabilmeli, bu dilde eğitim talep edebilmeli, kültürel kimliklerini muhafaza ederek kamu hizmetlerinin yürütülmesinde rol alabilmeli, dini vecibelerini yerine getirebilmeli, dini ve kültürel etkinlikleri kutlayabilmesine olanak sağlayacak izin ve tatil olanaklarına sahip olabilmeli, seçmen ve aday olarak siyasal karar alma sürecine katılabilmelidir.

Bunlardan bir kısmı, liberal teorisyenlerin savunduğu eşit vatandaşlık ilkesi çerçevesinde gerçekleşebilecek nitelikte görülebilir. Ancak, kendilerini kolektif bir kimlik çerçevesinde tanımlayan bireylerin talepleri ancak mensup olduğu kültürel grubun, daha büyük gruptan (siyasal toplumdan) farklı olarak algılanması sayesinde mümkün olabilir. Köchler de bu noktanın altını çizmekte ve kültürlerin bir kimsenin kimliğini tanımlamasında gerekli bir kaynak noktası olduğuna işaret ederek, bu bakımdan insanlık için asıl ve gerçek gelişimin her bir farklı grup üyesinin bir diğerinin kültürü ve değer sistemini tanıması ve buna karşı hoşgörülü olmasından geçtiğini söylemektedir. Temel çatışmaların ancak etno-merkezci (belli etnik kimliği ön planda tutan anayasal vatandaşlık) bir yaklaşımı terk ederek, kendi kültürümüz dışındaki kültürlerin varlığını kabul etmeyi öğrenmek sayesinde çözümlenebileceğini ileri sürmektedir.[76]

Bu anlayışta, bireysel hayatın biçimlenmesine esas olan en genel normatif ilkenin kolektif hayatın şekillenmesinde de geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Yani ben-bilincinin oluşmasında etken olan şeyin, ulusal sosyal ve kültürel değer sistemlerinin gerçekleşmesi için de geçerli olduğu kabul

76 Köchler, H. (1995), "The Concept of Nation and the Question of Nationalism: The Traditional Nation State versus a Multicultural 'Community State'", Dunne, M. / Bonazzi, T. (Editör) Citizenship and Rights in Multicultural Societies, Keele 1995 içinde, s. 46-47

edilmektedir. Köchler'e göre, bir kimsenin kendi kültürel değer sistemini anlaması, bu konuda bir bilince erişmesi aslında diğer benzer değer sistemlerinin varlığını kabul etmesine bağlı bulunmakta, hatta bu kabulü zorunlu kılmaktadır. Bir kültürel sistemin bütün olarak hayatiyet bulması, bunun diğer bir sistemden bağımsız olarak gerçekleşmesi ile mümkündür[77]. Bu anlamda, Bohman'ın da işaret ettiği gibi, bazılarına belki çok iğrenç gelen, dini pratik, kurban kesimi konusundaki çatışma din özgürlüğü kapsamında bir çözüme kavuşturulabilir.[78] Ancak, buradaki din özgürlüğü, sadece bireysel bir özgürlük olarak görülemez. Bu ilke ancak, daha genel olan kültürel ve dini değer sistemlerinin bir bütün olarak özerkliği ilkesinden çıkarılabilecek bir ilkedir.

Vatandaş Olarak Bireylerin İyilik Alanı ve Bu Alana Özgü Adalet İlkesi

Bu son alan genel olarak toplumsal iyilik alanı olarak da adlandırılabilir. Bu alanda toplum üyelerini artık sadece biyolojik ve kültürel varlıklar olarak değil aynı zamanda siyasal varlıklar olarak değerlendirilir İnsanın toplumsallığı olgusunun en üst düzeyde gerçekleşmesi ancak belli bir siyasal toplumda yaşamak, belli siyasi sistemin hakim olduğu bir toplumun üyesi olmakla mümkündür. Buradaki bireysel kimlik artık siyasal nitelik taşımaktadır ve vatandaşlık statüsü olarak somutlaşmaktadır. Daha başlangıçta, vatandaş olmak bakımından toplumdaki her bireyin bu alanda eşit hak ve özgürlüklere sahip olması adaletin bir gereğidir demekte bir sakınca yoktur.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle, çağdaş bir toplumda, devletin, belli bir grubun (genellikle çoğunluk kültürün) avantajına hizmet edecek şekilde organize olmasının adalete aykırı olacağı söylenebilir. Klasik liberal teori de aslında bu temel düşünceyi benimsemiş olmakla birlikte, bunun ancak bireysel özgürlüklerin savunulması ile sağlanabileceğine inanmakta ve toplum üyelerinin grup temelinde tanımlanması ve bu kimlikleri ile siyasal karar alma mekanizmalarına katılmalarına sıcak bakmamaktadır. Onlara göre aksi bir yaklaşım, önünde sonunda, belli bir grubun sosyal alandaki gücünü siyasal alana aktarmasına yol açma riski taşımaktadır[79]. Ancak kanımızca, farklılıkları muhafaza ederek herkese eşit vatandaşlık hakları tanımak açısından liberallerin bu bakışı elverişli değildir. Çeşitli biçimlerde değinildiği gibi, kamusal alanı kültürel etkilere kapatmak, bireylere belli gruba aidiyetleri dolayısıyla sahip oldukları kimliklerden arınarak siyasal karar alma sürecine katılmalarını söylemektir ki, teorik olarak mümkün görünse de pratikte bunun neredeyse hiçbir anlamı yoktur. Dahası, geleneksel, kamusal-özel alan ayrımı çerçevesinde farklı kültürlere mensup bireylerin kültürel yaşantıları-

77 Köchler (1995), s. 46.

78 Bohman, J. (1995), "Public Reason and Cultural Pluralism", Political Theory. Cilt 23, Sayı 2 içinde, s. 257.

79 Bkz., Yayla (1998), Siyaset Teorisi, s. 139-146.

nı özel alanda gerçekleştirebilmelerine de, yukarıda değinildiği üzere imkan yoktur.

Bu nedenle biz devletin, ülkesinde yaşayan farklı sosyal grupların kolektif amaçlarını, eğer bu amaçlar diğer grupların varlığını ortadan kaldırmaya yönelmemişse, elde etmelerini garanti etmek durumunda olduğuna inanmaktayız. Bu son söylenenler sadece ahlaki geçerlilik taşıyan önermeler olarak alınmamalıdır. Ayrıca zaten, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve çağdaş devletlerin hukuk sistemlerinde de bu yönde düzenlemeler yapılmaktadır. Bir başka ifade ile, hangi tür ahlaki, felsefi, dini inanışa sahip olursa olsun, hangi kültürel gruba (etnik ya da ulusal) mensup olursa olsun, aynı siyasal toplumun bir üyesi (devletin vatandaşları) olmak bakımından belli bir ülkede yaşayan tüm insanların, bu sıfatları gereği eşit haklara sahip oldukları gerçeği ve buna paralel olarak siyasal karar alma sürecine eşit şartlarda katılmalarının kabulü, hem ahlaki ve hem de sosyolojik bir zorunluluk olmasının ötesinde giderek hukuksal bir ödev haline de dönüşmektedir.

Biliyoruz ki, çağdaş toplumlardan neredeyse hiç biri homojen bir insan topluluğundan oluşmamakta, heterojen bir kültürel yapı arz etmektedir. Böyle olmakla birlikte, Kymlicka'nın da açıkça işaret ettiği gibi, siyasal yaşam kaçınılmaz olarak ulusal bir boyut taşımaktadır. Sınırların çizilmesinden, siyasal gücün paylaşımına, eğitim, mahkemeler ve bürokrasi diline karar verilmesi ya da resmi tatil günlerinin seçimine kadar pek çok şey ulusal düzeyde belirlenmektedir. Dahası siyasal yaşamın bu kaçınılmaz özellikleri, azınlık kültüre mensup olanları sisteme yabancılaştırırken, çoğunluğu oluşturan ulusun üyelerine çok büyük avantajlar sağlamaktadır.[80] Çünkü, yönetimler bu hususlardaki (örneğin, resmi dil veya diller, ülke içi sınırlar, resmi tatil günleri ve devlet sembollerine ilişkin) kararlarında ve tercihlerinde ister istemez, belli etnik ve dini grupların kimlikleri ve ihtiyaçlarına uygun hareket etmek durumundadır. Böylece devletler, kaçınılmaz olarak belli kültürel kimlikleri arka çıkmakta, diğerlerini ise dezavantajlı bir duruma düşürmektedir.[81]

Bu yüzden, biz üçüncü alanın belirlenmesinde, özellikle pratikte azınlıkları dezavantajlı konuma düşüren, homojen bir ulusal (-siyasal) kimlik tanımı yerine, çeşitli kültürel/siyasal kimliklerin[82] bir toplamından oluşan heterojen bir siyasal kimlik tanımını esas almak gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü ancak böyle yapmakla, farklı kolektif kimlikler taşıyan bireylerin, farklılıklarını muhafaza ederek, ortak bir siyasal kimliği kabul etmeleri ve bu kimlikleri gereği ortak bir amaç etrafında birleşmeleri mümkün olabilir. Bu ortak amaç ise, bütün olarak toplumun ve dolayısıyla tüm üyelerinin iyi-

80 Kymlicka (1998), s. 293.

81 Kymlicka (1998), s. 173.

82 Bu kavramlar hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Preston, P.W. (1997), Political/Cultural İdentity, London 1997; Ayrıca Giroux, H.A. (1995), "National İdentity and Politics of Multiculturalism", College Literature, Cilt 22, Sayı 2 içinde.

liğidir. Bu amaca ulaşmanın yegane yolu da farklı kültürlerin barış içinde birlikteliğini sağlamaktan geçer. Bu bağlamda çok kültürlü bir toplumda devlet üyelerinin hem otonom bireyler olarak, hem de kültürel grupların üyesi olarak, çok farklı türlerdeki hedef ve değerleri elde etmek üzere hareket etmelerine imkan sağlamalıdır. Özetle, Plant'ın da dediği gibi, "siyasal teoride ağırlık merkezi ... devletin meşruluğunun, onun insanlar için temel bazı hedefleri [refah, eşitlik, özgürlük, temel insan hakları gibi] koruyup koruyamadığı meselesi olarak görülmesinden, bireylerin kendi iyiliklerini kendi bildikleri yoldan elde etmelerinin şartlarının hazırlanıp hazırlanmadığında aramaya dönüşmüştür."[83]

Bugün artık kültürlerin bir başka kültür içerisinde bütünüyle eriyip yok olduğunu (Sovyetler Birliği, Yugoslavya deneyimleri) ya da birbiriyle kaynaşıp bir üst kültür haline dönüştüğünü (Amerika örneği) söylemek tarihsel ve sosyolojik gerçekliklerle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bir devletin politikası azınlık kültürleri asimile etmek ya da bütün kültürlerden başka, sözde nötr ya da tarafsız bir kültürü toplumda kabul ettirmeye çalışmak olarak belirlenemez. Örneğin, çok kültürlü ülkede eğitim sistemi, öğrencileri heterojen bir kamusal kültürle sosyalleştirerek vatandaşlığa hazırlayacak şekilde düzenlenmelidir. Yani, eğitim sistemi, belli tek bir kültürü, bunun dilini, değerlerinin bilgisini herkese empoze edecek şekilde veya "sadece farklılıkları, kültürler arasında çatışmalara yol açmak pahasına, belli kültürler içerisindeki bağlılık duygularını güçlendirecek biçimde ön plana çıkaracak şekilde belirlenemez."[84] Burada, birlik ve farklılık arasında iki taraflı bir karşıtlık ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Hatta siyasal toplumun birliği ile küçük kültürel grupların çokluğu ve bütünlüğü birbiriyle çelişme gösterebilir. Ancak, yine de birini diğerine tercih etmekle çok kültürlü ülkelerdeki adalet sorunlarını çözmenin olanağı yoktur. Örneğimize geri dönecek olursak, bu sorunu çözmenin ideal yolu, Giroux'ın belirttiği gibi, müfredat belirlenirken, çok kültürlülüğü ülke birliğine karşıymış gibi veyahut ta farklılığı destekler biçimde tanımlamak yerine, eğitimcilere düşen, içerisinde demokratik temsil, siyasal katılım ve vatandaşlığın yeni formlarının, farklılıkları göz ardı etmeden birliği sağlama forumu olarak anlaşılacağı, farklılık içinde birlik (unity-in-difference) konumunu, anlayışını geliştirmektir. Bu halde, farklı kültür ve kimliklerin karşılıklı ilişkileri ara sınırlar, karşılıklı geçiş noktaları, pazarlık, dönüşüm ve diyalog için vesile olacaktır.[85]

Niçin sosyal adalet adına böyle bir çabaya gerek duyulur? Cevap sanıldığı kadar karmaşık değildir. Çünkü, devletin gayesi, hatta meşruluk temeli toplumda barış sağlamaktır. Adil bir toplumsal yaşam için, dış ve iç güvenlik kadar toplumsal barış da önem taşı-

83 Plant, R. (1991), Modern Political Thought, Oxford 1991, s. 253.

84 Bohman (1995), s. 257.

85 Giroux, H.A. (1992), "Curriculum, multiculturalism, and the politics of identity" Nassp Bulletin, Cilt 76, Sayı 548 içinde

maktadır. Üstelik her aklı başında insan da toplumsal çatışmaların olduğu bir yerde yaşamaktansa barış içerisinde bir toplumsal yaşamı tercih eder. İşte bunu sağlamanın en iyi yolu da, toplumdaki farklı kültürlere mensup bireylerin her birine kendi dilediklerî gibi yaşayabilecekleri ve siyasal karar alma sürecinde seslerinin duyulacağı ve saygı göreceği teminatının verilmesinden geçer. Kişisel kanaatimiz odur ki, böyle bir yaklaşım aynı zamanda etno-politik ve diğer türden çatışmaların (ülkemizdeki tabiri ile, bölücü faaliyetlerin) ortaya çıkması riskini azaltıcı bir özellik de taşımaktadır. Çünkü, hangi kültürel gruba mensup olup olmadığına bakılmaksızın herkese fikirlerini özgürce kamusal tartışma alanlarına ve siyasal karar alma süreçlerine taşıma olanağının verilmesi ve ayrıca benimsedikleri hayat tarzına uygun bir sosyal yaşamı sürdürebilmelerine, kendi geleneklerini, kültürel ve etik değerlerini (ikinci alan için öngörülen özerklik prensibi çerçevesinde) muhafaza edebilmelerine imkan tanınması halinde, ortada, diğer gruplarla bir çatışmaya girmeleri ya da devletin bütünlüğüne karşı tavır almalarını gerektirecek (meşru) sebep kalmayacaktır.

Williams'ın da işaret ettiği gibi, günümüzde, pek çok hukuk ve siyaset felsefecisi, sahte bir tarafsızlığın tuzaklarından kurtulmanın yolunun, azınlık grupların görüşlerinin, adaletin tanımlanması, uygulanması ve (deyim yerindeyse) dayatılmasına (enforce) aracılık eden kurumsal alanlara doğrudan yansıtılmasından geçtiğini kabul etmektedirler. Ona göre, böyle grupların görüşlerinin, gruba mensup olmayan biri tarafından temsil edilmesi (pek çok batılı ülkede ve bizdeki demokratik temsil sisteminde olduğu gibi), bu görüşlerin muhtemelen hasarlı lensler aracılığı ile yansıtılması anlamına gelecektir. Bu ise bizi, tarafsızlık eleştirisinden hareketle, sesleri uzun süre adalet hakkındaki tartışmalardan hariç tutulmuş grupların uzlaşmak zorunda olmadan spesifik kendini-temsil hakkına sahip oldukları argümanını kabule götürecektir.[86] Eğer niyetimiz azınlık gruplarının çıkarları ve bakış açılarını dışlamayan bir adalet anlayışına ulaşmaksa, Williams'ın da dediği gibi, bu anlayışımızı felsefi bir tartışma süreci içerisinde olduğu kadar siyasal (uzlaşmayı arayan gerçekçi) bir süreç içerisinde geliştirmek zorundayız.[87] Bir başka açıdan söylemek gerekirse, farklı kültürlere mensup birey ve topluluklardan oluşan bir toplumda, hem ahlaki bir değer hem de hukuk ideali olarak adaletin gereği, toplumu, kurum ve kurallarıyla, her bir moral kimliğe (birey ya da grup) kendi amaç ve çıkarlarını elde etmek konusunda eşit şans tanıyacak şekilde organize etmektir.

Bu bağlamda, bu alan için aramamız gereken ilke, farklı kültürlerin barış içerisinde bir arada yaşabilmesini olanaklı kılacak bir ilke olmalıdır. Bunun yolu siyasal gücün baskıcı kullanımından geçmez. Rousseau'nun çok

86 Williams (1995), s. 79.

87 Williams (1995), s. 79.

haklı olarak belirttiği gibi, "bir kimse ne kadar güçlü olursa olsun, gücünü hakka, itaati ödeve dönüştürmediği sürece asla sürekli efendi kalacak kadar güçlü değildir."[88] Bu, tüm siyasal örgütler ve sosyal gruplar için de geçerli bulunmaktadır. Siyasal gücün kullanımını meşrulaştırmaya çalışmayan ya da paylaşmaya yanaşmayan bir toplumsal örgütlenmenin iktidarını sürekli ayakta tutabilecek kadar güçlü kalmasına imkan yoktur.

Biz bu alanı, bireylerin vatandaş, tüm kültürel grupların da kolektif siyasal/kültürel kimliğe sahip kapsayıcı sistemler olarak anlaşıldığı kamusal alan (siyasal alan) olarak tahayyül ediyoruz. Temel işlevi, bir yandan ilk iki alanda tanınan bireysel ve kolektif hak ve özgürlükleri garanti altına almak, diğer yandan da farklı kültürel sistemlerin bir arada barış içerisinde gerçekleşmesini sağlayacak adil kararlar almak, düzenlemeler yapmak için elverişli bir zemin sağlamaktır. Bu alana uygulanacak adalet prensiplerin bir defada ve her zaman için geçerli olacak şekilde belirlenmesine imkan yoktur. Çünkü, değişen dünya görüşleri, sosyal, siyasal, ekonomik ve hatta teknolojik gelişmeler zaman zaman toplumsal yapının yeniden gözden geçirilmesini, gerekirse revize edilmesini gerektirebilir. Bu yüzden bu alanda belirlenecek adalet ilkesi de içerikli bir ilke olamaz. Sadece bir prosedür belirleyebiliriz. Kanımızca bu prosedür, demokratik bir işleyişi, toplumun tüm üyelerinin kendilerine atfettikleri kimliklerle temsil edilebilecekleri bir demokrasiyi sistematize eden bir işleyişi öngörmelidir. Çünkü, Erdoğan'ın Mayo'ya referansla haklı olarak belirttiği gibi, demokrasi adaleti en iyi sağlayacak sistemlerin başında gelmektedir. Dahası, zaten adalet demokrasinin değerlerinden biri olarak görülmektedir. Gerçekten de, "adaletsizlik ihtimalinin en düşük olduğu rejim demokrasidir. Demokrasilerde adaletsizlik ihtimali, siyasi özgürlüklerin baskı altına alındığı sistemlere nispetle çok daha azdır. Çünkü, demokrasi toplumdaki önemli grup ve çıkarların temsilini sağlamak suretiyle, onların çıkarlarının zedelenmesi durumunda seslerini yükseltmelerine ve siyasal kararları etkilemelerine izin verir." Erdoğan'a göre, "Burada sözkonusu olan, "adaletin" demokrasinin çoğulcu anlayışıyla bağlantılı olduğu açıktır."[89]

Özetle liberaller, bu ve benzeri gerekçelerle demokrasinin tek çözüm tarzı olduğu konusunda fikir birliği içindedirler. Ancak demokratik kamu kurumlarının soyut bir akıl yürütme süreci ile belirlenen, (örneğin Rawls'un ilk durum dediği varsayımsal bir sosyal sözleşme) rölatif olmayan, moral düşünceler ve belirli kültürel geleneklerden bağımsız ve tarafsız ilkelerin önderliğinde kurulması gerektiğini savunurlar. Diğer bir ifadeyle, demokratik kurumlar "paylaşılan içerikli bir ahlaki uzlaşma varsayımı üzerine kurulamaz." Gerçekten de

88 Rousseau, J.J. (1947), "The Social Contract", Barker, Sir E. Editor), Social Contract: Essays by Locke, Hume and Rousseau, Oxford University Press 1947 içinde, s. 172

89 Erdoğan, M. (1999), Anayasal Demokrasi, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 227.

özellikle Rawls, son yazılarında bu görüşün güçlü bir savunusunu yapar, ancak bununla beraber giderek artan kültürel çatışmaların kamusal karar sürecine katılma taleplerinin, bu ilkelerle belirlenen kurumlar vasıtasıyla nasıl çözüleceğine ilişkin bir yaklaşım da üretemez.[90] Onun anlayışına göre, vatandaşlar kamusal karar mekanizmasını, birbirlerine savundukları politikaların sebeplerini açıklamak suretiyle birlikte kullanırlar. Ancak Rawls, bir nedenin iyi olup olmadığını tespit etmek için tarafların, kendi ileri sürdükleri görüşler dahil, bütün gerekçeleri tarafsız ve kamusal bir bakış açısından test edip, bunların içerisinden tüm vatandaşlar tarafından onaylanacağı umulanların hangisi olacağına karar vereceklerini beklemektedir. Kanımızca, kamusal karar mekanizmasının bu şekilde anlaşılması, açıkça siyasal yaşamı düzenlemek bakımından tek bir bakış açısının geçerliliğinin kabulü, bununla çatışan diğer tüm fikirlerin reddedilmesi anlamına gelmektedir[91]. Ayrıca, kamusal karar sürecini bu şekilde algılamak, ilk olarak, geleneksel kamusal-özel alan ayrımının tartışmasız olarak toplumda yaşayan herkes tarafından benimsenmiş olduğunu, ikinci olarak da, kamusal karar sürecine katılan herkesin gerekirse kendi fikirlerini revize etmeye, örneğin kendi iyi anlayışından vazgeçmeye hazır olduğunu varsaymak anlamına gelmektedir. Halbuki, Rawls'un geliştirdiği bu ideal sınırlamaların resmi ve biçimsel karakteri böyle bir dönüşüm varsayımını destekler nitelikte olmadığı gibi, gerçek anlamında düşünüldüğünde, tarafsızlık ilkesi de herkesin tek bir bakış açısını benimsemesini gerektirmez. Bu hem tarafsızlık prensibini yanlış yorumlamak, hem de farklı kültürler arasında özde çatışan unsurları bütünüyle kamusal karar alma sürecinin dışında bırakmak anlamına gelmektedir.

Bohman'a göre, birey veya gruplar kamusal bakış açılarını kendi değer yargılarından ayrı belirleseler bile, çoğulcu toplumlarda pek çok tarafsızlık standardının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bir kimsenin bakış açısından yapılacak soyutlama neyi gerektirirse gerektirsin, bu, potansiyel tercihler, normlar ve değerlerin çokluğu(nu göz ardı etmek) pahasına yapılamaz. Eğer bir toplum kültürel bakımdan çoğulcu ise, sadece bir kamusal alandan bahsetmek imkansızdır. Sadece tek bir kamusal alan değil, kamusal alanların çokluğu söz konusudur. En azından farklı kültürlerin ve alt grupların kendi kamusal alanları vardır.[92] Yine, Bohman'a göre, demokratik bir tartışma (karar alma süreci) platformu, eğer demokratik vatandaşlık ideali tarafından yönlendirilen çoğulcu kamusal bakış açılarının dinamik kullanımı tarafından karakterize edilirse makul, akla uygun bir karar mekanizması olarak kabul edilebilir. Çünkü, böyle bir tartışma platformundan çoğulculuğun moral çatışmalarını çözmeye elverişli, yeni işbirliği biçimleri, kurumsal farklılaşma ve moral uzlaşmaları içeren pek çok çözüm üretilebilecektir.[93] Ancak, belirtilmelidir ki, kamusal alandaki çoğulculun kabul edilmesi, bir siyasal toplumun birliğini tehdit eder bir yaklaşım olarak algılanmamalıdır. Çünkü, Bohman'ın da ifade ettiği gibi, siyasal birlik tek bir bakış açısını esas almayı zorunlu kılmamaktadır. Daha ziyade, süregiden bir kamusal fikir birliğinin (konsensüs) temel çerçevesini oluşturma sürecinde, çoğulcu kamusal karar mekanizmasının uygulanabileceği gerçek bir moral uzlaşmayı gerektirmektedir. İlk planda bu, "işbirliğini sürdürme iradesi" olarak kabul edilebilir.[94] Çünkü, bu minimum koşul bile, farklı grupların birlikte tek bir demokratik kamusal alana kendi farklılıklarını taşıyarak katılması ve buradaki kararlara iştirak etmesi için gerekli rasyonel zemini sağlamaktadır. Bütün bu tartışmalardan Bohman'ın çıkardığı, bizim de katıldığımız, sonuç şöyle özetlenebilir:

İyi bir demokratik düzenleme veya sınırlama, müzakere özgürlükleri ve diyalogda karşılıklılık şartlarını teminat altına almakla çoğulculuğun moral çatışmalarına çözüm üretebilir. Bunlardan ilki (müzakere özgürlüğü), siyasal ve temel haklara sahip vatandaşlar arasında eşitliğin sağlanmasının aracıdır. Bu ilke belirtilen hakların farklı olarak paylaşımı ya da oylama sürecini, çoğunluk kuralını azınlıkların eşitsiz durumunu dikkate alacak biçimde genişletmek konusunda uzlaşmalara imkan verebilir. İkincisi ise, farklılıkları bir araya toplamak suretiyle ortak vatandaşlığın çerçevesinin genişletilmesini sağlar. Çoğulcu demokratik ülkelerde, ancak tarafsızlık, oy birliği ve teklik sınırlamalarının ötesine geçilmek suretiyle kamusal karar mekanizması ilkesel çatışmaların çözümüne hizmet eden bir norm haline dönüştürülebilir. Eğer müzakereci demokrasiler bu tür çatışmaları çözmenin bir yolunu bulamazsa, kültürel çoğulculuk gerçekten de kamusal karar mekanizmasının kullanılması üzerinde bir sınırlama haline gelir. Fakat bu sorunları hakkaniyete uygun moral uzlaşmalar yoluyla çözen demokrasilerde, canlı bir çoğulculuk, akla uygun ve her şeyi içeren kamusal kararlar alınması potansiyelini artırır.[95]

Daha genel terimlerle ifade etmek gerekirse, demokratik kamusal alan, birey ve farklı kültürlere mensup gruplara kamusal karar sürecine katılmak, kararları müzakere etmek, seslerini duyurup kolektif amaçlarını elde etmek ve moral değerlerini korumak bakımından açık kanallar sağlamalıdır.

90 Bkz. Bohman (1995), s.274.

91 Rawls, J. (1993), Political Liberalism, New York 1993, s. 220. Rawls, aslında demokratik bir toplumda pek çok farklı (siyasal) bakış açısının varlığını reddetmemekte ama bunları kamusal olmayan fikirler (nonpublic reasons) olarak nitelendirmekte, ona göre sadece bir tane kamusal fikir (public reason) vardır. Bir grup olarak, akla uygun ve sorumlu davranış, neyin yapılacağı konusunda akla (reason) başvurmakla mümkündür. Rawls'a göre bu tür bir akıl yürütme, grup üyeleri bakımından kamusaldır, ancak siyasi toplum ve genel olarak vatandaşlar bakımından kamusal değildir. Bununla birlikte kamusal olmaması özel olduğu anlamına da gelmemekte, Rawls bu karar alma sürecinin de kesinlikle sosyal bir süreç olduğunu belirtmektedir. (1993), s. 220.

92 Bohman (1995), s. 260.

93 Bohman (1995), s. 274.

94 Bohman (1995), s. 263.

95 Bohman (1995), s. 274.

Ne var ki, yukarıdaki tartışmalardan da anlaşılacağı gibi, liberaller tarafından geliştirilen anayasal temsili demokrasi anlayışı bu amaca hizmet etmeye elverişli bulunmamaktadır. Çünkü, Parekh'in de belirttiği gibi, "anayasal temsili demokrasi, liberalizm ve demokrasinin mahir bir bileşimi üzerine temellenmiş karmaşık bir teorik ve siyasal yapıya referansta bulunmaktadır. Liberalizmin sınırları çerçevesinde yapılanmış ve kavramsallaştırılmış bir demokrasidir."[96] Liberal demokrasinin ortaya koyduğu kamusal karar mekanizmasının kültürel çatışmalardan doğan sorunları çözmek konusundaki yetersizliğine yönelen bu ve benzeri eleştiriler, alternatif demokratik model arayışlarına yol açmıştır. Günümüzde pek çok alternatif demokrasi modeli önerilmektedir. Bunlardan en yaygın olarak savunulan ve kayda değer modeller, kurumsal (Hirst)[97], müzakereci (Cohen, Fishkin, Taylor, Gutmann, Miller, Mandsbridge, Thompson) ve kozmopolit (Held)[98] demokrasi modelleridir. Burada bu modellerinin her birini ayrıntılı olarak tartışmak için ne çalışmanın kapsamı, ne de zaman elverişlidir. Bu yüzden biz sadece bizim geliştirdiğimiz adalet anlayışını gerçekleştirmek açısından daha elverişli olduğunu düşündüğümüz müzakereci demokrasi modeli üzerinde kısaca duracağız. Çünkü, "bu anlayışta temsili demokrasinin geleneksel kurumları yetersiz görülmekte ve demokrasinin ancak bütün yurttaşların aktif katılımına dayanan bir kamusal tartışma zeminine oturması gerektiği kabul edilmektedir."[99]

Bu bağlamda, "çatışan moral ve siyasal perspektiflerin karar alması için en iyi kurumsal mekanizma" olarak adlandırılan bu modelin en güçlü savunusu Cohen tarafından yapılmıştır. Cohen'e göre, "müzakereci demokrasi, faaliyetleri, üyelerinin kamusal tartışmaları ile yürütülen ve siyasal tartışmanın alternatif iyi anlayışları etrafında organize edildiği bir birlikteliktir." Cohen, müzakereci demokrasinin, vatandaşlar arasında, onların farklı moral ve kültürel şartlarına bakılmaksızın açık ve sınırsız bir eşitliği gerekli kıldığını ve onların kendilerine saygı duymaları (farklı iyi kavramlarına sahip olmak bakımından) ve bir adalet anlayışı geliştirebilmeleri için zemin oluşturması gerektiğini ileri sürer.[100] Cohen'in temel düşüncesi taraflar arasındaki farklılıkları vurgulamak değil,

96 Parekh, B. (1993), "Cultural Particularity of Liberal Democracy", Held, D. (editör), Prospects for Democracy, Polity Press 1993 içinde, s. 165. Parekh'e göre, "liberalizm devletin niteliğini (resmi ve soyut), yapısını (otonom sivil toplumdan ayrı olarak, kamusal özel alan arasında açık bir ayrım) ve onun temel ünitelerini (grup ya da topluluklar yerine birey) belirler. Demokrasi ise, meşru hükümeti kimin kuracağı ve otoriteyi kimin kullanacağını (seçilmiş temsilciler), bu kimselerin otoriteyi nasıl ele geçirecekleri (serbest seçimler, partiler arasında tercih) ve onu nasıl kullanacaklarını (kamu oyu ile açık bir uyum içerisinde) belirtir. (1993), s. 165. Demokrasi ve liberalizm arasındaki farklarla ilgili olarak ayrıca bkz. Güvel, E.A. (1998), "Demokrasi, Piyasa Ekonomisi ve Liberal Düşünce Geleneği", Liberal Düşünce,Cilt 3, Sayı 12, Güz 98 içinde, s. 107-109.

97 Hirst, P. (1994), Associative Democracy: New Form of Economic and Social Governance, Cambridge 1994.

98 Held, D. (1995), Democracy and Global Order, Cambridge 1995, özellikle Bölüm 12.

99 Erdoğan (1999), s. 280

100 Bkz d'Entrèves, M.P. (1996), "Justice, Multiculturalism and Deliberative Democracy", 18-19 Eylül 1996 da İngilterede, Bristol'da yapılan "Justice and Post-Politics" Konferansına sunulan yayınlanmamış tebliğ, s. 8

onlara bu farklılıklar konusunda, siyasal alanda hakkaniyete uygun şartlar çerçevesinde bir tartışma zemini sağlamaktır. Çünkü, onun yaklaşımında siyasi toplumun tüm vatandaşları, demokratik toplumun eşit üyeleri olarak kabul edilmekte ve onların kültürel bir gruba veya çeşitli farklı topluluklara üye olmaları vatandaş olarak haklarını kullanmak bakımından önemli görülmemektedir. Bir başka ifade ile, Bohman'ın da ayrıca işaret ettiği gibi, "kültürel üyelik hakları ortak vatandaşlık için gerekli olan hakları, [bu arada] kesinlikle ifade hürriyetini, ortadan kaldırmaz."[101]

Demokratik bir toplum, bütün üyelerine özel şartlarına bakmaksızın eşit vatandaşlar olarak kamusal karar mekanizmasına katılma ve siyasal gücü paylaşma hakkı vermelidir. Hatta, Cohen'e göre siyasal güç ve imkanların kullanımı, bireylerin ekonomik ve sosyal pozisyonlarından bağımsız olmalı ve bu gerçek, vatandaşlar tarafından da bilinmelidir.[102] Bunu sağlayabilmek için Cohen, eşit vatandaşlar arasında yapılacak kamusal tartışma aracılığı ile bir meşruiyet fikrini yakalayacak ideal bir müzakere süreci öngörür. Ona göre, bu süreç müzakereci kurumlar için bir model teşkil edecektir. Yani, onun ifadesiyle, "ideal bir müzakere süreci, kurumlar için, içerisinde [siyasal] örgütlenmenin koşullarının belirlendiği (seçildiği) bir ön durumu karakterize etmeyecek ve fakat bunu aksettirecek bir model sağlayacaktır.[103]"

d'Entrèves'ye göre, Cohen'in müzakereci demokrasi modeli niteliği itibarıyla normatif yapıdadır. Böyle bir normatif teorinin bizim buradaki amacımız için önemi, rekabet içindeki kolektif kimlikler ve çatışan iyilik anlayışları arasında adil bir tartışmanın şartlarını belirlemiş olmasında yatmaktadır. Çünkü adil bir müzakere süreci sonrasında elde edilecek sonuçlar, eşitler arasında özgür ve akılcı bir uzlaşmaya konu olacağından, demokratik açıdan meşruluk taşıyacaktır. Sonuç olarak, Cohen'in amacı, bizimkine paralel olarak, sosyal ve siyasal kurumları özgür kamusal müzakerelere daha açık hale getirebilmenin yollarını göstermek, kısaca toplumun genel iyiliği konusunda çatışan moral anlayışların birlikte bir karara varabilmesi için en adil şartların neler olduğunu tespit etmeye çalışmaktır.[104]

SONUÇ

Dünyamız, geçtiğimiz asır içerisinde kültürel farklılıklar ve bundan doğan baskılar, eşitsizlik ve adaletsizliklere tepki niteliğinde ortaya çıkan çatışmaların yoğun olarak yaşandığı bir yer olmuştur. Bu çatışmalar pek çok ülkede iç savaşa dönüşmüş pek çok cana mal olmuştur. Etnik çatışmaların savaşa dönüştüğü, hatta ülke topraklarının parçalanmasıyla son bulduğunu görebilmek için çok uzaklara ya da es-

101 Bohman (1995), s. 271.

102 Cohen, J. (1991), "Deliberation and Democratic Legitimacy", Hamlin, A./Pettit, P. (Editör), Good Polity: Normative Analysis of the State, Oxford 1991 içinde, s. 18

103 Cohen (1991), s. 19.

104 bkz. d'Entrèves (1996), s. 9-10.

kilere bakmaya gerek yoktur. Eski Yugoslavya'da yaşanmış ve şimdi Sovyetler Birliği'nde yaşanan iç çatışmaları, özellikle Çeçenistan'ı son Çeçen eylemlerini hatırlamak, Filistin'de halen yaşananlara bakmak yeterli olacaktır. Yalnız buradan aceleci bir bakışla, bu sorunlar demokratik olmayan ülkelere özgüdür, oysa demokratik olan ülkelerde bu tür sorunların çıkması söz konusu değildir yargısına kapılmamak gerekir. Daha önce de belirtildiği gibi, 1993'te ve daha yakın tarihlerde yapılan ampirik çalışmalar, demokratik olsun olmasın çağdaş toplumların hemen hepsinde bu türden çatışmalarla karşılaşıldığını ortaya koymuştur. En çarpıcı örneği ise, "demokrasinin beşiği" olarak adlandırılan İngiltere'nin IRA ile yaşadığı problem ve bu paralelde, İrlanda ve Büyük Britanya'da pek çok cana mal olan katolik-protestan çatışmasıdır. Yine Kanada'da Quebec sorunu da bu bağlamda ele alınabilir.

Çoğulcu toplumlarda ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde, geleneksel yöntemler dışında, tarafların eşit tatminine yönelik bir çözüm arayışı gerekli bulunmaktadır. Bu çözüm, her şeyden önce bu türden uzlaşmazlıkları önlemeyi hedef almalı, buna rağmen çıkan uyuşmazlıklarda ise, uyuşmazlığı genel ilkeler çerçevesinde, tarafların politik ya da ekonomik güçlerini hesaba katmadan çözmenin yolunu bulmalıdır. Ancak bu halde, yani, (hukuki çerçevede düşünüldüğünde, ulusal ve uluslararası düzeyde kabul gören, meşru kabul edilebilen) bir takım genel ilkelerin varlığı sayesinde, siyasal, ekonomik ya da askeri gücü bulunmayan azınlıkların zararına işlemeyecek ve gerektiğinde yapılacak ulusal ve uluslararası müdahaleleri haklı kılacak, meşrulaştıracak çözüm üretmek mümkün olabilir. Bu bakımdan, Connolly'nin, kimlik ve farklılık sorununu ele alırken ulaştığı sonucu alkışlamak gerekmektedir. Ona göre, "demokratik siyaset ya küresel meselelerin içerisine sokulmak ya da insanların en temel hayati sorunların ülke-devletin sınırları içinde çözülebileceğine inandıkları bir geçmişe duyulan kurumlaşmış bir nostalji biçiminde dejenere olmak durumundadır. Belki de çağdaş gereksinim ülke temelli demokrasinin yapılarına küresel meselelerin ülke dışı demokratikleş-tirilmesi siyasetiyle meydan okumak ve destek vermektir."[105]

Bu çözüm için aslında fazlasıyla idealist bir çerçeve çizmeye de gerek yoktur. Her geçen gün geliştirilen ve gittikçe çağdaş toplumların hukuk sistemlerinde geniş bir yer kaplayan insan hakları doktrini ve bu çerçevede kurulmuş ve faaliyet gösteren uluslararası organizasyonlara ve bu konuda yine çağdaş demokratik ülkelerdeki hukuk pratiğine bakmak yeterlidir. Özetle söylemek gerekirse, bizim yukarıda çizdiğimiz teorik çerçeve aslında çağdaş demokratik toplumlardaki pratiğin bir yansıması, onun teorik temeli, bir yön gösterici çaba olarak da yorumlanabilir. Amerikan ordusundaki Müslüman askerlerin dini vecibelerini yerine getirebilmelerine olanak sağlanması, İngiltere'de dini okulların açılmasına izin verilmesi ve bunlara mali yardımda bulunulması, kamusal alanlarda geleneksel giyime müdahale edilmemesi; Almanya'da yabancıların vatandaşlık işlemlerinin giderek kolaylaştırılması, seçme seçilme haklarının tanınması ve diğer demokratik ülkelerin pek çoğunda da benzer nitelikte karar ve uygulamalara bakıldığında zaten artık, Amerikanın yıllarca denediği ama bir türlü başarıya ulaşamadığı, kültürlerin kaynaştırılması yönündeki çözüm arayışlarından vazgeçilerek kültürlerin muhafazasını öngören bir çözüm arayışına doğru yol alındığı görülecektir. İşte bu çalışmada bu çözümün nerede bulunacağına ilişkin teorik bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

105 Connolly, W. E. (1995), Kimlik ve Farklılık: Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri, Çeviren: F. Lekesizalın, İstanbul 1995, s. 275.

Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi

Ahmet Ulvi Türkbağ[*]

Makul bir hukuk araştırması için... geleceğin araştırmacısı bir istatistik adamı ve ekonomi üstadı [olmalı]dır.[1]

...[S]on beş yılda çağdaş haksız fiil hukukuna ilişkin olarak yazılanların içinde, bu yeni hukuk yaklaşımını dile getirmeyen hiçbir önemli makale yoktur... birinin çağdaş haksız fiil hukukunu ekonomik sonuçlarının analizini ciddiye almadan yeterince anlayacağına inanabilecek, hiçbir müstakbel avukat, akademisyen, hakim bulunmaz.[2]

1- Hukuk mu, ekonomi mi?

Hukuk ve ekonomi,[3] her ikisi de başlı başına çok geniş kapsamlı olan bu iki disiplinin (bilimin) ilişkisi tarihsel süreçte hep ilgi çekmiştir. Ancak yüzyılımıza yakın denilebilecek dönemde bu ilişki, daha önce görülmedik ölçüde büyük bir önem kazanmış, gittikçe daha çok vurgulanır olmuştur.

Bu vurgulamanın kuşkusuz iki nedeni vardır: Siyasi alanda yaşanan gelişmeyle birlikte iktidarlar karşısında İnsan'ın ve onun haklarının öne çıkması ki, bu hukukun eskisinden çok daha önemli bir sosyal kurum haline gelmesine yol açmıştır. Diğer yandan ise, önce coğrafi keşiflerle ticari gelişimin ivme kazanması ve ardından yaşanan teknik ilerlemeyle birlikte dünya nüfusunun bilinen tarihte eşi ve benzeri görülmedik biçimde artması, kıt kaynakların bulunduğu bir ortamda ekonomiyi eskisinden çok daha dikkate değer bir bilim haline getirmiştir.

Bu iki yönlü tarihsel süreç herhangi bir biçimde kuramsallaştırılırken ya da yorumlanırken, iki ana gelişme çizgisini bir neden-sonuç bağlantısı içinde düşünmek oldukça kolaydır. Bu kolay yol izlendiğinde –ki, tüm kolay yollar gibi izleyicisi oldukça fazla olmuştur- hukuk ya da ekonomi bir diğerinin ağırlığı altında ezilmiş, olgu boyutundaki varlığını, realitesini yorum alanında, kuramsal bağlamda kaybetmiştir. 1789 Hukuka ağırlık verirken ekonomik gerçekliği ve bizzat kendi oluşumundaki olağanüstü katkısını görmezden gelmeyi başarabilmiştir. Ardından 1848'le somutlaşan süreçte ise bu kez hukuk ekonomik realite ve daha sonra da ekonomi kuramının altında ezilmiş, ve hukukun kendi varlığından ekonomi uğruna feragat etmesi sağlanmıştır.

Hukukun konusu gereği ekonomi ile daima iç içe olduğu tarihsel bir realitedir. Yaşamı düzenlemeye çalışan hukukun, yaşamın temelini oluşturan maddi gereksinimlerin elde ediliş, değiş tokuş ve tüketimini düzenlemesi doğaldır. Ayrıca gerçekçi bir hukuk kuramı oluşturmak için uygulanan çoğu hukuk kuralının kişiler arasında şeylerin, yani maddi yararların yeniden dağılımı ve dağıtımıyla sonuçlandığını da unutmamak gerekir.[4] Ancak bu yönü, hukukun ekonomi tarafından ele geçirilmesini de o denli kolaylaştırmaktadır. Öyle ki, hukukta bundan öte bir alan göremeyen sözcüğün en geniş anlamıyla ekonomistler, hukuku genellikle ekonomikleşmekte gecikmiş bu nedenle de sorunları çözmede yetersiz bir disiplin olarak görmektedirler.

Ancak son kırk-elli yıl içinde yaşanan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan gelişme, yukarıda değinilen iki ana çizgiden bir ölçüde farklıdır. Farkı belirtmeden önce benzerliklere değinmek gerekirse: Hem yukarıda sözü edilen ekonomik alandaki gelişmenin hem de hukukun ekonomik analizinin kökeni İskoç Aydınlanmasıdır. Bunu izleyen dönemde ekonomi kuramının hızlı gelişimi ve ekonominin yüksek düzeyde matematikleşebilmesi, aynı zamanda kişisel ve toplumsal olayları açıklamaktaki başarısı; ekonomiyi bir tür üstünlük saplantısına, kendi alanını aşarak tüm toplumsal olayları açıklama girişimine götürmüştür. Ama burada belirtilmesi gereken, genelde sol düşüncenin özelde ise Marksizm'in ekonomiye verdiği ağırlığa benzer bir ağırlık veren ve Hukukun Ekonomik Analizi ya da Hukuk ve Ekonomi Akımı denilebilecek hareketin tümüyle kapitalist bir ekonomik sistem içinde ortaya çıkıp gelişmiş olmasıdır. Ancak bu görüş de ekonomi merkezlidir, çünkü ekonominin düşünce biçimini ve terminolojisini başta hukuk olmak üzere diğer alanlara da uygulamak istemektedir. Önde gelen temsilcisi R. Posner'a göre bu anlayış: "Ekonominin, kuramları ve deneysel yöntemlerinin hukuk sisteminin merkezi kurumlarına uygulanmasından" ibarettir[5]. Dahası Hukuk ve Ekonomi tüm bu farklı ve ayrı alanların sorunlarının bu biçimde çözüleceğine, ya da en azından çözme yönünde bir ilerleme sağlanacağına inanmaktadır. Akım siyaset bilimi, hukuk kuramı, tarih ve sosyoloji gibi geleneksel olarak ayrı olduğu düşünülen alanlara 'ekonomik akıl yü-

(*) Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 O. W. Holmes'un ifadesi için bkz. Ejan Mackaay, History of Law and Economics, http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf 1.10.2002.

2 (George Priest, The Inevitibilty of Tort Reform)'dan nakten Dennis Patterson (Ed.)., A Companion Philosophy of Law and Legal Theory, içinde J. D. Hanson and M. R. Hart'a ait makale "Law and Economics" ss. 311-331, Blackwell Pub., Oxford 1999, s.311 (vurgu bana ait).

3 Tüm çalışma boyunca iktisat ve bu sözcüğün farklı biçimleri (iktisadi, iktisatçı) yerine ekonomi ve onun çeşitli biçimleri (ekonomik, ekonomist) kullanılacaktır. Seçimin tek nedeni günümüzde, her nedense, bu tarzın daha yaygın olarak kullanıldığının düşünülmesidir.

4 Marx da hukuktan ekonomiye ve sosyalizme aynı süreçle varmış görünmektedir. Engels'in 5.4.1893 tarihli mektubunda belirttiğine göre, orman kaçakçılığı ve Mosel köylülerinin hukuki durumuyla ilgili yasalarla uğraşırken Marx, hukukta ekonominin ağırlığını fark etmiş ve sosyalizme varmıştır. bkz. Karl Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, Çev. Sevim Belli, 5. Basım, Sol Yayınları, Ankara 1993, E. Bottigelli'nin önsözü s.7.

5 Patterson (Ed.)., s.311.

rütmenin' uygulanması gereğini vurguladığı, ekonomiye merkezi bir rol verdiği için 'Ekonomik Emperyalizm' anlayışıyla birleştirilmiştir[6].

Böyle bir görüşün araştırılması ya da daha alçak gönüllü bir deyimle tarif edilmeye, tanımlanmaya, açıklanmaya çalışılması ancak ve öncelikle ekonomik akıl yürütmenin yani ekonomik yöntemin ve bu yöntemin terminolojisinin ne olduğunun saptanmasıyla olanaklıdır. Tüm bunların ardındansa, ekonomi terminolojisinin belirleyicileri ve kullanıcılarından biri olan Hukuk ve Ekonomi anlayışının temel özellikleri ortaya konulabilir.

2- Ekonomide Yöntem Sorunu

Bir bilimsel kuram açıklamaya çalıştığı deneyim kargaşası içinden seçme durumundadır ve sonuçta eylemsel koşullarla karşılaştırıldığında zorunlulukla 'gerçekçi' değildir. Örneğin Newton'ın cisimlerin düşme yasasının, tüm cisimlerin boşlukta düştüğü temel varsayımı gerçek dışıdır ancak, yine de kullanışlı bir kuramdır çünkü gerçek Dünya'da pek çok düşen cismin hareketini, tam bir kesinlikle olmasa da, yeterince öngörür.[7]

Her bilim ya da disiplin için yöntem daima sorun olmuştur ve ne yazık ki ekonomi de bu talihsizlikten kurtulabilmiş değildir. Ekonomistlerin hem başarısının yani uygulanabilir ekonomik modeller kurabilmelerinin ve hem de eleştirilmelerinin nedeni aşağıda açıklanmaya çalışılan kullandıkları yöntemleridir. Ekonomistler sorunları çözmek için varsayımlar ileri sürerler. Bu varsayımların gerçek ya da gerçekleşebilir olmaları şart değildir. Gerekli olan sorunun içindeki unsurların, sorunun bileşenlerinin ayrı ayrı rollerinin saptanmasına ve sorunun basitleştirilip çözülmesine olanak sağlamalarıdır. Ancak burada, varsayım oluştururken dikkat edilmesi gereken nokta bu varsayımların önemsiz ya da çok saçma olmamasının sağlanmasıdır. İşte bu nedenle ekonomi: "Açıkça önemsiz olmamalarına dikkat ederek, kesin özelliklerini daha iyi anlamak için bir sorunu yeterince basitleştirecek varsayımlar derleme sanatıdır."[8]

Yöntemin hukuk içinde sayısal yönü olmayan bir örnekle açıklanması, doğru saptanması açısından daha yararlı olacaktır. Örneğin bir boşanma davasına bu yöntem uygulandığında, öncelikle olayla ilgili olguları saptayıp sonra bunlardan bazılarını yok varsayarak diğerlerinin gerçek değeri ve olayın nihai biçimini almasındaki etkileri bulunabilir. Şimdi, boşanma nedeni 'evlilik birliğinin temelinden sarsılması (MK166)' olarak gösterilmiş olsun. Gerekçelendirmek için davacı eş tarafından ileriye sürülen olaylarsa: (i) Son bir yıl içinde davalının iş değiştirmesi ve yeni işinin eve geliş saatlerini belirsizleştirmesi, (ii) daha önce ayrı

6 Hukuk ve Ekonomi Akımı'nın kaynağı olan Chicago Okulu için bkz. http:/cepa.newschool.edu/het/profiles/The Chicago School maddesi 3.3.2002.

7 (R. Posner, The Analysis of Law)'dan naklen Gary Minda, Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century's end, NY University Press, New York 1995, s. 94.

8 Mitchell A. Polinsky, An Introduction to Law And Economics, 2nd Ed., Aspen Law & Business (Basım Yeri Yok), 1989, s.4.

oturan davalının annesinin 1 ay önce hastalık gerekçesiyle (ya da bahanesiyle) eşlerin birlikte oturdukları eve taşınması, biçiminde olsun.

İleri sürülen bu iki olgudan –iş değiştirme ve kaynananın ortak eve taşınması- hangisinin davacı eş açısından gerçek ya da ağırlıklı boşanma nedeni olduğunun saptanması için yapılacak olan, teker teker bu iki olgudan birini yok varsayarak soruna yaklaşmaktır. Yani, eğer kaynana ortak eve taşınmasaydı boşanma talebi ortaya çıkmayacaksa ya da en azından davalı, hoşnutsuzluğuna rağmen daha belirsiz bir süre eşinin eve düzensiz gelişine katlanabilecek idiyse (ki, olayda bir yıl katlanmıştır) asıl veya ağırlıklı neden 'kaynananın ortak eve taşınması' olgusudur. Sonuçta eğer kaynana herhangi bir yolla ortak evden gönderilirse (bekar bir kardeşin yanına ya da bir bakım kurumuna) evlilik devam ettirilebilecektir. Bu durum varsayımları oluştururken seçilen olguların doğru olduğunu gösterir. Varsayımlar olay açısından önemli olan noktalara ilişkin olarak oluşturulmuştur.

Acaba olaya ilişkin başka varsayımlarda bulunulamaz mıydı? Örneğin eşlerin toplumsal düzeylerini eşit varsaymak olay açısından önemli olabilir miydi? Toplumsal düzeyin boşanmalarda ciddi rol oynadığı düşünülürse, yalnızca yukarıdaki iki neden irdelenirken toplumsal düzeyin eşit olduğu ya da bu anlamda sorun olmadığı varsayılabilir. Yine davalı eşin saatleri daha düzenli bir iş bulacağı varsayımı da sorunun çözümü açısından yararlıdır. Yani davacı eş böyle bir iş bulunması olasılığında boşanmadan vazgeçebilir. Ancak bu olayda örneğin, davalı eşin piyangodan büyük ikramiye kazandığını ve böylece saatleri belirsiz işi bırakabileceğini varsaymak pek de mantıklı değildir. Bunun üzerine kurulacak bir çözüm önerisi (matematiksel olarak olası olmakla birlikte) gerçekleşme olanağından yoksun olduğu için pek kullanılabilir değildir.

İşte ekonomistlerin sorunları çözerken ve kuramlar oluştururken kullandıkları varsayımlar zaman zaman yukarıdaki son varsayıma benzer oldukları için eleştirilmektedirler: Yani gerçekleşme olasılıkları çok düşük ve konunun özüne olan uzaklıkları çok fazladır. Yine de ekonomi bilimi bu varsayımları kendi temel kavramları, terminolojisi içinde bazen büyük bir başarıyla kullanarak yoluna devam etmektedir. Terminoloji ise, ekonomi biliminde en az varsayımlar kadar önemli bir yer tutar.

3- Hukuk ve Ekonomi Anlayışı'nın Temel Varsayım ve Kavramları

Temel Kavramlara geçmeden önce tam da bu noktada ekonomistlerin son derece alçak gönüllü(!) bir tarzda, aslında tüm hukuku tek bir ilke ile açıklamaya çalıştıklarını unutmamak gerekir. Bu ilke etkinliktir. Adaletin hukuk felsefesi tarihi içindeki yıpranmışlığına, 'mutluluk matematiğinin: Mümkün olan en çok sayıda insanın, mümkün olan en büyük mutluluğu'nun getirdiği hayal kırıklığına, 'toplam faydanın' tarihi yanlışlarına karşılık, et-

kinlik el değmemiş bir mücevheri andırmaktadır.

Hukuk ve Ekonomi anlayışına göre bundan böyle hukukun ereği toplum içinde etkinliği sağlamak olmalıdır. Etkinlik; hukuk açısından ikili bir göreve sahiptir. Etkinliği amaçlayan Hukuk ve Ekonomi'nin de bu nedenle hem pozitif, analitik ve açıklayıcı hem de normatif, değerlendirici ve yol gösterici olmak üzere iki yönü vardır[9]. Pozitif kuram da kendi içinde iki soru ile uğraş alanını belirler:[10]

- Bir politikanın davranışsal etkileri nelerdir ve bu politika etkin sonuca götürebilir mi?
- Eğer tek amacı etkinlik olsaydı hukuk neye benzerdi ve gerçekte hukuk buna benziyor mu?

Normatif kuramın da iki sorusu vardır:

- Etkinlik hukukun amacı olabilir mi?
- Eğer olabilirse, hukuk bu amaca en iyi biçimde hizmet etmek için nasıl bir reforma tabi tutulmalıdır?

Yukarıdaki soruların da gösterdiği gibi pozitif kuram, hukukun uğraş alanının adalet sorunlarından ziyade, kaynakların etkin tahsisine ilişkin sorunlarla belirlendiğini göstermeye çalışmaktadır. Normatif kuramsa, yasa koyucu ve yargıçların etkinlik amacını ilerletecek biçimde yasa yapma ve davalara karar vermelerini sağlayacak bir kuramsal yapı hazırlama uğraşı içindedir.[11]

Ancak burada asıl önemli olan merkez kavramın yani etkinliğin tanımlanmasıdır. Ama bu hiç de kolay değildir. Onun için basitten karmaşığa ya da günlük dilden teknik-matematik terminolojiye doğru ilerlemek gerekir. En yalın ifadesiyle etkinlik: "Bir durumun toplam karları ile yine aynı durumun toplam maliyetleri arasındaki ilişkiyi ifade eder".[12] Her işlemin ardından duruma bakıldığında eğer toplam kar-masraf tutarında pozitif bir artış görülürse, o işlemin etkin olduğu söylenebilir. Bu hukuk normları açısından düşünüldüğünde; bir hukuk normu olaya uygulandığı zaman (kendi uygulanma ve eğer gerek kalmışsa zorla yerine getirme –cebri icra- masrafları dahil olmak üzere) toplam karmasraf tutarında pozitif bir sonuç veriyorsa o normun etkinlik ölçütüne uygun olduğu söylenebilir. Şimdi, örneğin bir A durumunda toplam masrafların 100TL, karlar toplamınınsa 120TL olduğu varsayılırsa bir K işleminin ya da bir H normunun uygulanmasının ardından toplam masraflar yine 100TL ve karlar 140TL ise (işlemden önceki kar masraf tutarı 120-100=20, ve işlemden sonraki tutar 140-100=40 iki sonuçtan 40>20 olduğundan) K işlemi ya da H normunun ekonomik açıdan etkin sonuç verdiği söylenebilir

9 Polinsky, s.xiv-xv.

10 Patterson (Ed.)., s.311-312.

11 Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman; Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, Westview Press, Colorado 1990, s.181-182.

12 Polinsky, s.7.

Ancak etkinliğin belirlenmesi için bu açıklamalar henüz yeterli değildir. Hukuk ve Ekonomi akımın en önemli adı Posner için etkinlik: Toplumsal refahın azamileştirilmesidir. Toplumsal refahın azamileştirilmesi ise, toplumsal ödeme iradesinin (willingness-to-pay) azamileştirilmesi anlamına gelmektedir.[13] Burada ölçüt iki tür fiyat arasındaki ilişkiyle belirlenir: Bunlar talep edilen (satıcının malı için istediği) fiyat ile teklif edilen (alıcının bu mal için ödemeye hazır olduğu) fiyattır.[14] Örneğin A'nın otomobiline 10 milyar istediği kabul edildiğinde bu otonun A için değeri 10 milyardır. B, böyle bir oto için 11 milyar ödemeye hazırsa onun için de otonun değeri 11 milyardır. Posner'a göre bu işlem gerçekleştiğinde toplumun refahı artmaktadır. Çünkü işlemden önce, A'nın 10 milyarlık bir otosu, B'nin de 11 milyar nakdi vardır. Talep edilen ve teklif edilen fiyatların toplamı 10+11=21 milyardır. İşlemden sonra ise A'nın 11 milyar nakdi, B'nin ise 11 milyar değerinde bir otosu vardır yani toplam bu kez 11+11=22 milyardır, sonuçta toplam toplumsal refah 1 milyar artmıştır (22-21=1). İşte bu işlem yani A ile B arasındaki oto satımı etkin bir işlemdir, çünkü talep edilen fiyat ile teklif edilen fiyat toplamını, yani toplumsal ödeme iradesini, yani toplumsal refahı arttırmıştır.

Dahası etkinlik parasal olabilir, ama yalnızca parasal da değildir. Örneğin günümüzde çok tartışılan kişilerin ellerindeki paraları bankacılık sistemine vermelerini sağlayacak kurallar konulması gereksinimi bir etkinlik talebidir. Çünkü 'yastık altındaki' para atıl bir kaynaktır ancak, çok farklı bir alanda olmakla birlikte düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamaların kaldırılması da bir etkinlik talebidir. Çünkü, düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamalar kaldırıldığında insan potansiyeli kendini yaratıcı biçimde ortaya koyabilecektir.[15]

Etkinliğin bu tanımları, yararcı tanımları çağrıştırmaktadır ve kuşkusuz onlar için ileri sürülen sakıncalara sahiptirler ki, bunların başında belirsizlik ve görecelik gelmektedir. Şimdi, bu sakıncaları aşmak ve tam bir kesinlik sağlamak için, etkinliğin ileri sürülen son tanımı ise adını ünlü İtalyan bilim adamından alan (Vilfredo Pareto 1848-1923) Pareto etkinliği (Pareto efficiency) ya da Pareto optimalliği (Pareto optimality) ve Pareto üstünlüğü (Pareto superiority) kavramlarına dayanmaktadır. Pareto'nun bu tanımları etkinliği tümüyle matematiksel bağlamda ifade ederek nesnelliği sağlamayı amaçlamaktadırlar:[16]

- Eğer bir durumda, herhangi bir kişiyi daha iyi kılmak, ancak ve ancak bir başkasını kötüleştirmekle müm-

13 Lewis Kornhauser, "Legal Philosophy: Economic Analysis of Law", Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2001 Edition), Edward N. Zalto (ed.), URL= http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/ 1.11.2002.

14 Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Massachusetts 1993, s.356.

15 Karl-Dieter Opp, The Economic Theory of Social Norms, ARSP vol. 1981 LXVII/4 ss.344-359, s.345 ve toplumsal ödeme iradesinin azamileştirilmesinin salt parasal olmayışıyla ilgili bkz. Posner, s.356 vd.

16 Polinsky, s.7 dn.4; Murphy-Coleman, s.182 vd.

künse bu durum Pareto etkinliğine sahiptir ya da kısaca Pareto optimaldir.

• Eğer D1 durumunda, D durumundaki hiç kimse daha kötü olmayacaksa ve en azından bir kişi daha iyi olacaksa; D1 durumu, D durumuna göre Pareto üstünlüğüne sahiptir.

Pareto etkinliğini ya da optimalliğini yukarıdaki tanımların ardından şöyle ifade etmek de mümkündür: Eğer bir D durumuna göre Pareto üstünlüğüne sahip bir Dn durumu yoksa D durumu Pareto etkinliğine ya da optimalliğine sahiptir.

Etkinlik böylece saptandıktan sonra geriye bu çalışmayla ilgili saptanması gereken son iki kavram daha kalmaktadır: Harici etkiler yani harici masraflar (external effects, external costs) ve marjinal masraf ya da kar. Kişilerin toplum içindeki davranışları hem kendileri hem de kendileri dışındaki kişiler, hukuki bir ifadeyle üçüncü kişiler üzerinde çeşitli ekonomik etkiler doğurmaktadırlar. Örneğin köyün kenarından geçen dereye bir su yolu açarak kendi tarlasına su getiren köylü, diğerlerinin de bu sudan yararlanma olanağını azaltarak onlara ekonomik açıdan olumsuz etki etmektedir. Yine etrafı kirleten fabrika çevre sakinlerine olumsuz etki etmektedir. İşte bu dış etkiler negatif yöndeyse harici masraflar ya da kısaca hariciler (externalities) adını almaktadırlar. Bunlara toplumsal masraflar ya da toplumsal bedeller de (social costs) denilebilir. Ancak Hariciler daima olumsuz olmazlar. Eğer bir kişinin davranışı diğerleri açısından masrafa değil de kara yol açıyorsa pozitif harici etkilerden söz edilir. Yukarıdaki örnek biraz değiştirildiğinde pozitif haricilere uyacaktır. Köyün biraz uzağından geçen dereye, kendi tarlasına su getirmek için bir yol yapan ve böylece derenin yatağını değiştirerek onun diğer tarlaları da sulamasına yol açan köylünün davranışıyla tarlası sulanan diğer köylülerin durumu pozitif harici etkilere örnek gösterilebilir.

Gerek pozitif gerekse negatif hariciler, dahilileştirilebilirler (internalizing). Genel olarak haricilerin dahilileştirilmesi (internalizing externalities): "Harici ya da toplumsal masrafların (bedellerin), bir kişinin özel masrafı haline sokulma sürecidir."[17] Örneğin yetiştirdiği hayvanları çevredeki tarlalara zarar veren çiftlik sahibinin bu zararı tazmin etmesi (yani genel olarak tazminat) haricileri dahilileştirmenin yollarından biridir. Pozitif hariciler de dahilileştirilebilirler yani bir kişinin özel karı, üçüncü kişilerin de yararlanmasına açılabilir.

Buna örnek olarak da idare hukukunda idari makamların, genelde belediyelerin 'şerefiye' adı altında aldıkları para gösterilebilir. Belediye yetki alanındaki herhangi bir yere daha geniş bir cadde yaparak oradaki taşınmazların değerinin artmasına yol açtığında, bina sahiplerinden bu artışa karşılık şerefiye adıyla bir para alır. İşte şerefiye de pozitif haricilerin dahilileştirilmesinin yollarından biridir.

Son bir terim olarak marjinal masraf, maliyet ya da kara gelince, bu da basit ifadesiyle en son üretilen ürün ya da yapılan davranışın, gerçekleşen

17 Murphy-Coleman, s.189.

olayın getirdiği kazanç ya da kaybı ifade eder. Örneğin ilk dükkanından yılda 30 milyar kazanç sağlayan bir esnafın ikinci bir dükkan açarak bundan da 25 milyar ve üçüncü bir dükkandan da 20 milyar kazanç sağladığı varsayılırsa; birincinin marjinal karı 30, ikincinin 25 ve üçüncünün 20'dir. Ekonomi kuramı içinde kar ve zarardan söz edildiğinde kural olarak marjinal kar ve zarar kastedilir.[18]

Tüm bu saptamaların ardından artık, Hukuk ve Ekonomi anlayışı'nın ilk başlıkta anlatılan varsayımları ve kendi nesnel tanımlamalarını kullanarak hukuki sorunlara getirdiği somut çözümler incelenebilir.

3- Coase Teoremi

Chicago Okulu'nun Nobel ödüllü (1991), ünlü ekonomistlerinden Ronald H. Coase, 1960 yılında Hukuk ve Ekonomi'nin temellerinden birini oluşturacak The Problem of Social Cost (Toplumsal Bedel Sorunu) adlı makalesini Journal of Law and Economics'te yayınladı.[19] Bu makale aslında, Pigou'nun (Arthur Cecil Pigou 1877-1959) Refah Ekonomisi düşüncesi bağlamında ileri sürdüğü: Bireysel ve sosyal marjinal kazanç ve masrafların arasında ayrım yapılması ve, devletin vergiler ve sübvansiyonlar (örneğin tarımı desteklemek için yaptığı destekleme alımları gibi) karışımı yoluyla pazardaki hataları düzeltmesi yani haricileri dahilileştirmesi anlayışına, tam bir karşı çıkıştır.[20]

Makalede Coase, sorumluluk ya da haklılığa ilişkin hukuki saptamanın ekonominin kaynakların etkin tahsisine ilişkin temel yaklaşımına etkisini araştırmaktadır. Ancak bunu yukarıda değinildiği gibi varsayımsal bir ortamda incelemektedir. Onun makaledeki temel varsayımı işlem masraflarının '0' (sıfır) olması durumunda, yani işlem masrafı bulunmayan bir ortamda yukarıda sözü edilen ilişkinin incelemesidir.

Bu ilişki bir örnek üzerinde gösterilebilir:[21] Yakın çevreye çıkardığı dumanla zarar veren bir fabrika ve 5 çevre sakini vardır. Fabrikanın bacasından çıkan dumanlar çevre sakinlerinin kurumak için asılan çamaşırlarını kullanılmaz hale getirmekte ve adam başı 75 milyon TL zarara yol açmaktadır. 5 Çevre sakini bulunduğu için zarar toplamı 375 milyon TLdir. Fabrikanın bu dumanı engellemesi için bir duman filtresi (ya da perdesi) taktırması yeterlidir ki, bunun maliyeti de 150 milyondur. Eğer sakinler çamaşırlarını evde kurutmak için elektrikli kurutucu almak isterlerse kurutucunun tanesi 50 milyon TL ve 5 sakin için toplam masraf 250 milyon TLdir. Şimdi, onun varsayımları tam bu noktada devreye girmektedir:

• İlk varsayıma göre, hem sakinler hem de fabrika yetkilileri yukarıda anlatılan tüm bilgilere masrafsız sahip olabilmekte ve yine aralarındaki iletişim ve ulaşım masrafsız yapılmaktadır ('0' işlem masrafı varsayımı).

18 Murphy-Coleman, s.188.
19 R. H. Coase'nin kısa biyografisi için bkz. http://cepa.newscholl.edu/het/profiles/coase.htm 3.3.2002.
20 http:/cepa.newscholl.edu/het/profiles/pigou 3.3.2002.
21 Polinsky, s.11-12.

• İkincisi varsayıma göre ise, taraflardan hiç biri stratejik davranışta bulunmamakta yani daha üstün bir konum elde etmek için pazarlıkta diretmemekte hatta, kapris dahi yapmamaktadır.[22]

İşte bu iki varsayımın geçerli olduğu bir ortamda çevre sakinleri ve fabrikanın mahkemede karşı karşıya geldiği düşünüldüğünde Coase teoremine göre, mahkeme kimi haklı bulursa bulsun; yani hukuki düzenlemeden bağımsız biçimde, ekonomik olarak etkin sonuç gerçekleşecektir. Olasılıklar şunlardır. Mahkeme çevre sakinlerini haklı bulur ve fabrikanın çevreye verdiği zarara son vermesine karar verir. Bu durumda fabrikanın 3 seçeneği vardır: (i) 375 Milyonu öder ve dumana engel olmak için hiçbir şey yapmaz. (ii) Toplam 250 Milyona sakinlere birer elektrikli kurutucu alır. (iii) 150 Milyona bir duman filtresi alır. Doğal olarak fabrika son seçeneği tercih edecektir. Buna karşılık mahkeme fabrikayı haklı bulursa yani fabrikanın bu dumanı çıkarmasını engelleyecek herhangi bir hukuki düzenleme bulunmadığına karar verirse, çevre sakinlerinin de üç seçeneği vardır: (i) Sakinler sessizce 375 milyonluk zarara katlanırlar. (ii) Birer tane kurutucu alırlar ve toplam 250 milyon öderler. (iii) 150 Milyon ödeyerek fabrikaya bir duman filtresi alırlar. Çevre sakinleri de son seçeneği yeğ tutacaklardır. Sonuç etkin sonuçtur ve mahkeme kimi haklı bulursa bulsun ya da hukuki düzenleme nasıl olursa olsun değişmeyecektir.

Coase benzer bir durumu biri mısır diğeri ise sığır yetiştiren iki komşu arasında düşünmektedir. Bu kez duman değil sığırlar, mısırlara zarar vermektedir. Coase hukuksal düzenleme ya da mahkeme kararının, kaynakların etkin tahsisi sonucunu (varsayımları altında düşünüldüğünde) değiştirmemesini şöyle yorumlar:

Eğer sığır olmasa, mısır zararının olmayacağı doğrudur. Mısır olmasa, mısır zararı olmayacağı da eşit olarak doğrudur...eğer sorunu neden olma alanında tartışacaksak, her iki taraf da zarara neden olmuştur. Eğer kaynakların optimal tahsisine varmak istiyorsak, sonuçta her iki taraf da davranış tarzlarına karar verirken zararlı etkileri...dikkate almalıdırlar.[23]

Burada hukuki düzenleme kaynakların etkin tahsisini etkilememektedir. Ancak etkilediği bir alan vardır: Zarara kimin katlanacağını, paranın kimin cebinden çıkacağını hukuki düzenleme belirlemektedir. İlk örnekte sakinlerin haklı bulunması durumunda zarara fabrika, fabrikanın haklı bulunması durumundaysa sakinler katlanacaktır.

Son olarak belirtilmesi gereken nokta, yukarıda kısaca değinilen Pigou'nun düşünceleriyle makale arasındaki ilişkidir. Pigou negatif harici etkilerin, harici masrafların ya da en geniş ifadesiyle toplumsal bedellerin dahilileştirilmesi için devletin vergi ve

22 Polinsky, s.s.18 vd.

23 (R. H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 J. L.& Econ. 1 1960)'tan naklen Howard Devies, David Holdcroft; Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995 s.396.

sübvansiyon yoluyla piyasaya müdahale etmesi gerektiğini ileri sürerken; Coase yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı gibi belirli koşullar altında etkin kaynak tahsisi için piyasaya hiçbir müdahale edilmesine hatta, hiçbir hukuki düzenleme yapılmasına gerek olmadığını anlatmaya çalışmıştır. Coase daha liberal bir ekonomiden yanadır.

4- Sonuç

Hukuk ve Ekonomi'nin değindiği noktalar ve hukuka ilişkin saptamaları tabi ki bunlarla sınırlı değildir. Akımın 1960'taki biçimi esas alındığında bile 43 yıllık bir tarihe sahip olduğu görülebilir. Özellikle Posner'ın 1973 tarihli The Economic Analysis of Law (Hukukun Ekonomik Analizi) adlı yapıtının ardından, bu yapıtta ileri sürdüğü aşağıdaki tezler:[24]

• Common Law kuralları ekonomik etkinliği sağlamaktadır. Common Law uygulamasında hakimler başka gerekçeler ileri sürseler de verdikleri kararlar ekonomik etkinliği sağlama sonucuna götürmüştür. Bu konuda tutarlı bir içtihat birliğinden söz edilebilir;

• Hukuk kuralları ekonomik etkinliği sağlamalıdır, büyük bir hararetle tartışılmıştır. Hukuk ve Ekonomi'ye getirilen eleştiriler çok yönlü ve kapsamlıdır.[25] Ancak genelde hukukun felsefesini yapmaya çalışanlar, Hukukun Ekonomik Analizi'ne pek iyi gözle bakmamaktadırlar. Onda gizli ve tatsız bir ideoloji bulunduğunu düşünenlerin sayısı hiç de az değildir.[26] Bunun nedeni ekonomik analizin, mevcut bir piyasadaki dengesiz (adaletsiz) dağılıma kendisini teslim ettiğinin düşünülmesidir. Bu düşünceye göre Ekonomik Analiz verimlilik bahanesiyle sürekli piyasadaki mevcut adaletsizlikleri sürdürecek, özetle zenginleri daha da zengin edecektir.

Bu itirazların temel nedeni hukukun amacı olarak etkinliğin, zaman zaman adalet ya da hakkaniyetle çatışması gerçeğidir.[27] Çünkü hoş bir benzetmeyle, etkinlik pastanın büyüklüğü, adaletse onun nasıl paylaştırılacağıyla ilgilidir ve pasta büyüdükçe herkese düşen dilimin kalınlaşacağı savının pek de doğru olmadığı çoktan anlaşılmıştır.[28]

Bibliyografya

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

Dworkin R., A Matter of Principle, Harvard U. N., Mass. 1985.

Law's Empire, Fontana Pres London 1991,

Karl Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, Çev. Sevim Belli, 5. Basım, Sol Yayınları, Ankara 1993.

24 Kornhauser, http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/ 1.11.2002.

25 Özellikle hukukun amacı olarak refah ve etkinliği tartışması için bkz. Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Harvard U. N., Mass. 1985, ss.237-292; Law's Empire, Fontana Pres 1991, ss. 276-312.

26 Murphy-Coleman, s.213 vd.

27 Etkinlik hakkaniyet çatışması için bkz. Polinsky, s.7-10.

28 Etkinlik adalet çelişkisi için bkz. Ahmet U. Türkbağ, "Pasta Tarifleri Üzerine Bir İnceleme: Küreselleşme ve Adalet", Doğu Batı S. 18, Şubat-Nisan 2002, ss.227-236, FSK Yayınları Ankara.

Minda, Gary, Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century's end, NY

University Press, New York 1995.

Murphy, Jeffrie G., Jules L. Coleman; Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, Westview Press, Colorado 1990.

Opp Karl-Dieter, The Economic Theory of Social Norms, ARSP vol. 1981 LXVII/4 ss.345-359.

Patterson, Dennis (Ed.)., A Companion Philosophy of Law and Legal Theory, içinde J. D.

Hanson and M. R. Hart'a ait makale "Law and Economics" ss. 311-331, Blackwell Pub., Oxford 1999.

Posner, R. A., The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Massachusetts 1993.

Polinsky, A. Mitchell, An Introduction to Law And Economics, Aspen Law & Business 2nd Ed. (Basım Yeri Yok), 1989.

Türkbağ Ahmet U., "Pasta Tarifleri Üzerine Bir İnceleme: Küreselleşme ve Adalet", Doğu

Batı Dünya Neyi Tartışıyor? -1 Küreselleşme, ss.227-236,s. 18, F. S. K. Yay., Ankara 2002.

Elektronik Bibliyografya

Coase, Chicago Scholl ve Pigou, http:/cepa.newscholl.edu/het/profiles/coase.htm 3.3.2002.

Kornhauser, Lewis, "Legal Philosophy: Economic Analysis of Law", Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2001 Edition), Edward N. Zalto (ed.), URL= http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/ 1.11.2002.

Mackaay, Ejan, History of Law and Economiscs, http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf 10.7.2002.

Küreselleştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri

Vahap Coşkun(*)

BİR "MODERN DEVLET KURUMU" OLARAK HAPİSHANELER

Hapishaneler modern devlet içinde ortaya çıkan ve gelişen bir kurumdur. Bu nedenle, hapishanelere ilişkin günümüzdeki tartışmaları daha iyi okuyabilmek için, modern devlet olgusuna bir kez daha bakmak yararlı olabilir. Modern devlet, özü itibariyle modernlik/modernite sürecinde görülen devlettir. "Modernlik" ve "modernite" kavramlarına, halkın ve akademik dünyanın verdiği anlamlar farklıdır. Halk, "modern" derken, "güncel" ve "çağdaş" olanı anlar ve bunu olumlu bir olgu olarak görürken; akademik dünyada ise, modernitenin/modernliğin kullanımı ve sonuçları hakkındaki yargılar oldukça muğlaktır. Akademik tartışmada modernite, Pierson'un ifadesiyle, "ayrı (süreksiz) bir tarihsel değişimle çok daha güçlü özdeşleştirilmeye başlanmış ve buna uygun olarak da çok daha zayıf bir 'kalıcı şimdi' olma anlamı edinmiştir.(1)"

Modernitenin algılanma farklılığı bu yazının konusu değildir, bu nedenle bu konunun ayrıntılarına girilmeyecektir. Ama algılama da farklılıklar olsa da, modernitenin yandaşlarının da karşıtlarının da üzerinde hemfikir olduğu, iki önemli özelliği vardır : İlki, modernitenin belli bir coğrafyada, yani Avrupa kıtasında, ortaya çıkması ve bu coğrafyadaki devletlerin zamanla gelişip yayılmasıyla bütün dünyayı kaplamasıdır. İkincisi, modernitenin belli bir zaman diliminde, 16. ve 18. yüzyıllar arası bir dönemde, ortaya çıkması, zamanla kendine özgü bir toplumsal düzeni oluşturması ve kendinden önceki toplumsal düzenle çatışmasıdır. Sosyal hayatın pek çok alanında devrimci denebilecek değişimleri yaratan bir süreç olarak modernite, insanlığın olağanüstü hızlı ve ciddi bir dönüşümünü ifade eder. Modernleşme sürecinin demokratikleşme, sanayileşme, demografik dönüşüm, kentleşme, sosyal işbölümünün büyümesi, bilimsel düşünce tarzının gelişmesi, iletişim imkanlarının artması ve buna benzer ana öğelerini sadece başlık olarak sıralamak bile, modern sosyal düzenin ortaya çıkışıyla özdeşleştiregelmiş değişimlerin ne kadar önemli ve ne kadar geniş kapsamlı olduğunu anlamamızı

(*) Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

1 Pierson, s.64-65 Modernlik olgusu üzerinde odaklanan akademik tartışmalar bu yazının konusunu teşkil etmediğinden, bu konuya girilmeyecektir. Ama modernlik olgusunu bir "ütopya" ve "ilerleme" olduğunu savunanlar ile modernliğin "karşı ütopya" ve "barbarlık" olduğunu düşünenlerin temel argümanları için bkz : Pierson, 67-69

sağlayacaktır.[2] İşte modern devlet, bütün insanlığın sosyal ve siyasal konumlarında ciddi dönüşümlere yaratan Avrupa menşeli modernlik sürecinin bütün dünyaya yayılmasını sağlayan taşıyıcı unsurlardan biridir ve bu süreçle birlikte evrensel bir model haline gelmiştir.[3]

Modern devlet, Avrupa'da feodal parçalanmışlığın coğrafi ya da siyasi merkezileşme yoluyla aşılması sonucu ortaya çıkan ve feodal siyasi örgütlenme biçiminden esasta açıkça farklılaşan bir devlet tipidir.[4] Bir başka ifadeyle modern devlet, feodalitenin çok merkezli ve çoğulcu iktidarlar yapısının, bölünmemiş bir sosyal düzende hüküm süren tek (mutlak) bir iktidar merkezine evrilmesini ifade etmektedir.[5] Vulgarize ederek söylersek, modern devlet; farklı iktidar odaklarına olanak tanımayan, iktidarı tek bir elde toplayan, iktidarı merkezileştiren devlettir.

İktidarın merkezileştirilmesinden güdülen amaç; öncelikle toplumsal yaşamın süreğenliği içinde birbirinden farklı amaç ve menfaatlere sahip bireyler/gruplar/sınıflar arasındaki ilişkileri yatıştırmak ve daha sonra da yatıştırılan toplumu denetim/kontrol altına almaktır. Devlet iktidarının bu amaçlarına ulaşabilmesi, yani toplumdaki ilişkileri yatıştırarak toplumu bütünüyle kontrol edebilmesini sağlayacak en uygun araç ise, şiddet tekelidir. Bu bağlamda modern devlet; meşru şiddet tekeline sahip devlettir.

Bu yaklaşım, en yetkin ifadesini Weber'de bulur. Weber, sosyolojik olarak devletlerin amaçları açısından tanımlanamayacağını, bütün siyasal birlikler gibi modern devletin de sosyolojik olarak ancak kendine özgü araçları açısından tanımlanabileceğine işaret eder. Weber'e göre, modern devletin alamet-i farikası olan araç ise fiziksel güç ve şiddet kullanımıdır. Şiddet kullanmasını bilen sosyal kurumlar olmasaydı "devlet" kavramının ortadan kalkacağını ve sözcüğün tam anlamıyla "anarşi"nin doğacağını belirten Weber, şiddetin devletin olağan ya da tek aracı olmadığını ama şiddet kullanımının devlete özgü bir araç olduğunu ifade etmektedir : "Bugün devlet ile şiddet ilişkisi özellikle yakın bir ilişki haline gelmiştir. Geçmişte çok çeşitli kurumlar fiziksel şiddet kullanımını oldukça normal saymışlardır. Fakat bugün şunu kabul etmek zorundayız : Devlet, belli bir arazi içinde, fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran insan topluluğudur."[6]

Bu ifadeden, modern öncesi "devletlerin", şiddet araçları üzerinde hiçbir denetime sahip olmadıkları anlamı çıkarılmamalıdır. Modernlik sürecinin öncesine denk gelen geleneksel devlet yapılanmalarında da (imparatorluklar, feodal devletler, mutlakıyetçi devletler) siyasal iktidarın şiddet araçları üzerinde belli bir denetimi, elbette ki vardı. Ama bu geleneksel devletler ile

2 Pierson, s.65-66
3 Sancar, s.26
4 Sancar, s.26
5 Pierson, s.28
6 Weber, s.132

modern devletler arasındaki en önemli fark, ikincilerin kendi egemenlikleri altındaki topraklarda şiddet araçları üzerinde sürekli ve tekelci denetimi gerçekleştirme gücüne sahip olmalarına karşılık; birincilerin, olağanüstü keyfi ve despot olmalarına rağmen, bu tür bir denetimi sağlayabilecek güçten yoksun olmalarıdır.

Şiddet araçları üzerinde devletin tekel yetkisinin kurumsallaşmasının en önemli sonucu, gündelik hayattaki şiddet oranında bir azalmanın meydana gelmesidir.[7] Modern devlete bu tekel, şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etmesi veya toplumsal ilişkilerde şiddet kullanımını en aza indirmesi karşılığında verilmiştir. Bir başka deyimle, "fiziksel şiddet üzerindeki devlet tekeli, sosyolojik meşruluğunu toplumsal barış ve güvenliği gerçekleştirme hedef ve işlevinden alır."[8] Bu meyanda denilebilir ki; modern bir devletin halk nezdinde meşruluğunu maksimize edebilmesi için gerçekleştirmesi gereken ilk koşul gündelik hayatta şiddeti minimize etmesidir.

Burada bir noktaya dikkat çekmek gerekir : Şiddetin azalmasını sağlayan en önemli unsur, devletin etkin bir şekilde yararlanabildiği yeni gözetim ve denetim araçlarının, hem nicelik hem nitelik olarak, gelişmesi ve artmasıdır. Yani şiddet araçlarının sayısı ve etkinliği çoğaltılarak, çok daha büyük ve yaygın bir şiddet kullanma korkusu yayılarak, şiddetin günlük hayatta kullanılması en aza indirilmiştir. Bu da, bir yandan Baumann'ın işaret ettiği gibi, ulusal ve uluslararası ilişkilerde tam bir militaristleşmeye neden olmakta,[9] diğer yandan devletin askeri ve siyasi gücünü, sıradan bir vatandaş için, karşı konulmaz bir şekilde artırmaktadır. Böylece şiddet tekeli, bir yandan şiddetin gündelik yaşantıda kullanılmasını asgarileştirerek toplumsal barışı sağlamakta; öte yandan her an bir Leviathan'a dönüşme olasılığı bulunan otoriter bir devletin kurulmasına elverişli zemini ve imkanı hazırlamaktadır.

Şiddet tekelini elinde bulunduran ve gitgide güçlenen modern devlet, modern öncesi öncüllerinden farklı olarak yurttaşların hayatlarına müdahale edebilmekte, gündelik hayatı en ince ayrıntısına kadar düzenleyebilmekte, biçimlendirebilmektedir. Biçimselleşme, "dünyayı yeniden yorumlamak ve yönetilebilirliği artırmak kaygısıyla dünyayı oluşturan öğeleri sınıflamanın yoludur."[10] Her zaman sınıflandırıcı ve indirgeyici bir yol olan biçimlendirme; gerçekliği, tayin

7 Pierson, s.28 Ancak bu teze şiddetle karşı çıkanlar da vardır. Bunların başında gelen Baumann'a göre; modern dönemde şiddetin azaldığı iddiası, Batı'nın kendi uygarlığını meşrulaştırmak için ileri sürdüğü, gerçekleri yansıtmayan bir iddiadır. Baumann, her ne kadar gündelik hayatta şiddetin azaldığını kabul etse de; bu sonucu, bireylerin şiddete başvurmaları halinde daha büyük ve karşılık veremeyecekleri bir şiddetle karşılaşacakları korkusuna bağlar. Modernleşme sürecinde şiddetin varlığına son verilmediğini, yalnızca gözden uzaklaştırıldığını savunan Baumann, şiddetin toplumsal yaşamdan çıkarılması adına toplumların giderek militaristleştiklerini ve son iki yüzyılda şiddetten zarar gören insanların sayısının giderek arttığını belirtmiştir. Baumann'ın modernite ve şiddet bağlantısı hakkındaki görüşleri için bkz : Baumann, s.131-145

8 Sancar, s.28
9 Baumann, s.132
10 Wagner, s.55

edici niteliklere indirgeyerek kavranır ve muktedir kılmaktadır. Herhangi bir gerçekliği muktedir kılma işlemi ise, bireyleri yeniden ve sürekli olarak şekillendirme özelliğine sahip olan kurumlar tarafından (veya kurumlar aracılığıyla) yapılmaktadır.[11] Wagner'in "alışkanlık haline gelmiş pratikler" olarak adlandırdığı kurumlar, insanların içinde bulundukları zamandan önce kurulmuş olsalar da, ancak bir insan eylemi ile yaratılıp, tekrar tekrar yaratıldıkları için varlıklarını idame ettirirler. Modern devlette üç tür kurumdan bahsedilebilir : Maddi tahsisat kurumları, buyurgan iktidar (tahakküm) kurumları ve anlamlandırma kurumları[12]. İşte hapishaneler, modern devletin buyurgan iktidar kurumlarından biri, belki de en önemlisidir.

Hapishanelerin, ceza çektirmek maksadıyla ne zaman ve ne şekilde kullanılmaya başladığı konusunda çeşitli tarihler olmakla birlikte, suçluyu toplumdan tecrit etmeyi esas alan bir kurum olarak ilk hapishanenin Hollanda'da kurulduğu konusunda bir mutabakat vardır.[13] Hollanda-Amsterdam'daki bu ilk hapishanede, suçlular ilk olarak toplu halde bulunmakta iken, sonradan 1603'ten itibaren, geceleri ayrılmışlar, gündüzleri çalışmak üzere bir arada bulundurulmuşlardır. Hollanda'nın cezalandırmayı kurumsallaştırması, kısa sürede diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır. 1667'de Filippo Franci adında bir İtalyan rahibi Floransa'da bir müessese kurmuş, 1703 yılında Papa XI Clement bir çocuk ıslah evi, XII Clement bir kadın hapishanesi inşa ettirmişlerdir.[14]

Modern devletin bir kurumu olarak hapishanelerin ortaya çıkmasının en önemli nedeni, iktidarı ellerinden bulunduran kesimlerin toplumu denetleyerek kendi iktidarlarını daim kılma düşüncesidir. Şöyle ki; modernleşme sürecinin gelişmesi ile birlikte, toplumun ekonomik ve siyasal yapısı büyük bir dönüşüme uğramış, bu hızlı dönüşüm bazı toplumsal kesimler için çok büyük sıkıntılar üretmiştir. Örneğin köylüler, kapitalizmin gelişmesiyle birlikte, topraklarını yitirmeye başlamışlar ve kentlere göç etmek zorunda kalmışlardır. Kentlere gelip iş bulamayan, insani olmayan koşullarda çalışmak zorunda bırakılan, en temel ihtiyaçlarını dahi karşılamayacak kadar düşük bir ücretle çalışan, çoğu zaman aç ve işsiz kalan kişilerin sayısının artması, siyasal iktidar için büyük bir tehdit oluşturmuştur. Çünkü bu işsiz ve "serseri" takımının her zaman iktidar sahiplerine karşı çıkması, onların mülklerini ellerinden alması, onlara isyan etmesi söz konusu olabilirdi. Bu durumda onların tehdit olmaktan çıkarılması için gözetim ve denetim altına alınmaları gerekiyordu. Bu denetim ve gözetimin en iyi uygulanacağı kurumsal yapı ise hapishanelerdi.

11 Wagner, s.46

12 Wagner, s.48

13 Foucault, gözetleme ve denetleme kurumu olarak ilk hapishanenin, Amsterdam'da, 1596 yılında açılan Rasphuis olduğunu belirtir. (Foucault, s.189;) Dönmezer-Erman ,bu tarihin 1556 olduğunu ifade ederken (Dönmezer-Erman, s.621), Cinmen ise bu tarihi 1588 olarak zikretmiştir. (Cinmen, s.136)

14 Donmezer-Erman, s.621-622

Böylece hapishaneler, siyasal iktidarın toplumu denetlenmesini ve kendi iktidarını idame ettirmesini sağlayan en önemli kurumlarından biri olarak ortaya çıkmış, zamanla yaygınlığı ve etkinliği artmıştır.

Gerek ıslah, gerek bir cezalandırma mekanı olarak hapishaneler, toplumun disiplin altına alınmasını sağlayan araçlardan ve iktidarın işleyiş biçimlerinden biridir. Bu iktidar ilişkisi, toplumda hakim olan sosyal, ekonomik ve politik faktörlere ve ilişkilere bağlıdır ve bunların değişmesine bağlı olarak çeşitli dönemlerde yeniden yapılandırılmıştır. Örneğin 18. yüzyılda ceza sistemlerinde görülen reform girişimleriyle; cezanın "insancıllaştırılması", "yumuşatılması" gibi amaçlara yönelindiği, daha "insani"cezaların verilmesinin hedeflendiği ileri sürülmüştür.[15] Keza 19. yüzyılda cezai hapsetme, sadece bireyi özgürlüğünden yoksun bırakmaya değil, aynı zamanda "ıslah" edilmesine de yönelmiştir. Cezalandırma iktidarının yeni biçimi olan "ıslah" işleminin ilk adımı; bireyin, otoritenin denetlemediği veya hiyerarşi içinde düzenlenmemiş, her türlü eylem ve ilişkisine son vermektir. Bu nedenle otorite mahkumu cezaevine kapatmakla yetinmeyerek, onun yatma, kalkma, yeme, içme, dinlenme, tuvaleti kullanma, konuşma gibi en temel insani ihtiyaçlarını ne zaman, nasıl gidereceğini belirleyip denetlemeye de çalışır. "Başka deyişle otorite için kişiyi hapishaneye kapatmak, dört duvar arasında tutmak değildir. Önemli olan duvarlar arasında yaşamanın koşullarını belirlemektir. Çünkü ancak o zaman iktidar olunur."[16]

Bütün bunlar gösteriyor ki, ceza sistemlerinde ve cezalandırma mekanlarında gerçekleştirmek istenen tüm reformlar, her seferinde birtakım insani değerler temelinde hareket etmekle birlikte, gerçekte toplumsal koşullarda meydana gelen değişimlere bağlı olarak iktidarı yeniden düzenlemeyi amaçlayan arayışlardır. Modern devletin iktidar ilişkilerini ve kurumlarını köklü değişimlere uğratması muhtemel olguların baş gösterdiği dönemlerde, bu arayışların hız kazanması da son derece doğaldır. Bugün dünya böyle bir dönemden geçiyor; küreselleşme olgusu, bir bütün olarak modern devletin yapısını köklü bir dönüşüme uğratma potansiyelini bünyesinde taşıyor. Modernitenin tüm kurumları, küreselleşme nedeniyle yeniden yapılanmaya gidiyor veya en azından böyle bir yapılanmanın zorunluluğunu hissediyor. Durum böyle iken, modern devletin en önemli kurumlarından biri olan hapishanelerin, bu gelişmelerden azade kılınması ve yeniden yapılanma tartışmalarından uzak tutulması mümkün değil. Nitekim bugün tüm dünyada, küreselleşme ekseninde, hapishanelerin ıslah edilerek kalite ve verimliliğinin artırılmasına ve cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin insanca koşullarda yaşayabilmesinin sağlanmasına yönelik çalışmalar yapılmakta, bu konuda yoğun tartışmalar yürütülmektedir. Bu tartışmalar içinde en önemli-

15 Özdek, s.22

16 Kaptanoğlu, s.32

lerinden biri, hiç kuşkusuz cezaevlerinin özelleştirilmesidir.

KÜRESELLEŞME ve ÖZELLEŞTİRME

Küreselleşme veya globalleşme, basitçe, "serbest pazar ekonomisinin prensiplerinin geniş alanlara yayılmasıdır."[17] Küreselleşme olgusu, sadece ekonomik boyutlu bir olgu değildir; küreselleşmenin ekonomik, siyasal ve sosyo kültürel olmak üzere üç önemli boyutu vardır. Bu bağlamda küreselleşme; ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda yerleşmiş yargıların ve kurumsal yapıların ülkelerin sınırlarını aşarak dünyaya yayılması ve böyle bir boyutta kabul görerek ilgili alanlarda tüm dünyaca benimsenen normların ortaya çıkma süreci olarak tanımlanabilir.[18]

Küreselleşme, günümüz dünyasını ciddi değişim ve dönüşüme uğratan en önemli kavramlardan biridir. Uluslararası ilişkilerin girift problemlerinden gündelik yaşantımızda karşı karşıya kaldığımız en basit sorunlara kadar küreselleşmenin etkisini hissetmek mümkün. Özellikle son on yıllarda ulaşım ve iletişim teknolojisinde yaşanan olağanüstü gelişme sayesinde, o çok bilinen deyimle, "dünya küçük bir köye dönüşmüştür." Küreselleşme politikalarıyla, ülkeler arasındaki ekonomik ve siyasal sınırlar eski belirginliklerini kaybetmiş; ekonomiler birbirlerine daha bağımlı hale gelmiş; ulusdevletler, dünya siyasetinin tek aktörü olmaktan çıkmış; kültürel, sosyal ve siyasal alanda benzeşme yaşanmış ve dünyanın hemen her bölgesinde özgürlükçü eğilimler güç kazanmıştır. Bugün gelinen noktada şu belirleme rahatlıkla yapılabilir : Küreselleşmeye yandaş olmak da, ona karşı durmak da, küreselleşme sürecinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Küreselleşme aleyhtarı gösterilerden aşinayız; yüzbinlerce insan, internet adı verilen küresel bir ağ üzerinden küreselleşmenin getirdiği sorunları tartışmakta ve ortak bir tepki belirlemektedir. Bu, küreselleşmenin kendisine karşı olan tavırları da küresel sürecin içine katan ve protestolara küresel bir nitelik veren bir olgu olduğunu çok açık bir şekilde ortaya koyar. Böylece küreselleşmenin yarattığı olanaklar, hem taraftarları hem de aleyhtarlarınca sürekli kullanılmakta, bu durumdan da güçlenen küreselleşme sürecinin kendisi olmaktadır.

Küreselleşmenin üç boyutu olmakla birlikte, son yıllarda en büyük ilerleme ekonomik boyutunda görülmüştür. Nitekim, özellikle karşıtları, küreselleşme denildiğinde sadece ekonomik küreselleşmeden söz etmektedirler. Ekonomik açıdan küreselleşmenin bu denli ağırlık kazanmasının nedeni; Sovyet Bloğunun yıkılmasının ardından ülkeler arasındaki ekonomik kalkınmışlık farklarının daha belirgin hale gelmesi ve ülkeler arasındaki yarışın, güvenlik değil, ekonomik alanda olması gereğinin açıkça ortaya çıkmasıdır. Bu durum, göreli olarak daha fazla ekonomik refah yaratan piyasa kurallarının

17 Barry, s.7
18 B. Saraçoğlu'dan nakleden : Acar, s.14

yaygın olarak benimsenmesine yol açarak ekonomik küreselleşmeyi hızlandırmıştır.[19] Ekonomik küreselleşmenin belirleyici vasfı ise, devlete ait ekonomik işletmelerin hızla özelleştirilmesidir.

Drucker, "özelleştirme" kavramını, 1969 yılında yayınlanan The Age of Discontinuity adlı kitabında ilk kez kendisinin kullandığını belirtir. Drucker, "uydurduğu" bu kavramı, yönetimlerin kamuya ait şirket ve sanayileri elden çıkarmaları anlamında kullandığını söyler. Drucker'ın kitapta savunduğu tez son derece yalındır : Devlete ait olmayan kuruluşlar tarafından, devletten dahi iyi ya da onun kadar iyi olarak yapılabilecek ne varsa, bunlar hiçbir zaman devletçe yapılmamalıdır. "Burada önemli olan, yapılacak etkinliğin amacı kar etmek olan veya karın en azından bir ölçü sayıldığı "ticari bir iş" olarak düzenlenip düzenlenmemesi değildir; burada önemli olan, bu işin devlet tarafından yürütülmemesidir."[20] Çünkü bir iş devlet tarafından yapıldığı zaman, iktidarı ellerinde bulunduranların siyasal amaçlarına hizmet eder hale gelir ve yozlaşmaya başlar. Kitabın yayınlanmasından sonra The Economist, bu kitapta dile getirilen "özelleştirme" kavramını, "düpedüz saçmalık ve gerçekleşmesi hiçbir zaman mümkün olmayacak bir şey" diye niteler ve Drucker ile, bir nevi, alay eder.[21] Ancak, önceleri dalga geçilen bu kavram, ortaya atılmasının üzerinden 20 yıl geçtikten sonra, özellikle 1989'da Sovyet Bloğunun çökmesinden sonra, dünya çapında bir olgu olmuştur. G. Mulgan, dünyada 1980'ler boyunca özelleştirilen varlıkların yaklaşık 185 milyar dolar civarında olduğunu tahmin etmektedir ve bunun dünyada "devlet ve piyasa sınırlarının, gelmiş geçmiş en hızlı yeniden çizilişi"ni oluşturduğunu söylemektedir[22]

Gerçekten de 1970'lerde başlayan özelleştirme uygulamaları, 1980'ler ile birlikte artmaya başlamış, 1990'lara gelindiğinde ise, hani neredeyse önünde durulamaz ve tartışılamaz bir kavrama dönüşmüştür. Devletlerin daha önce kıskançlıkla sahip çıktıkları ekonomik işletmelerin mülkiyetlerini özel sektöre devreder hale gelmesinin üç önemli nedeni olduğunu söyler Drucker : İlk neden, 2. Dünya Savaşı'ndan bu yana devlet programlarının ve devlet uygulamalarının uğradıkları başarısızlıktır. İkincisi, vergilendirme ve harcama yoluyla elde edilebileceklerin bir sınırı olduğunun artık idrak edilebilir olmasıdır. Son olarak da, devletin gelir yaratma yeteneğinin sınırlarının olduğunun artık bilinmesidir.[23] Pierson'a göre de özelleştirmelerin artmasının en önemli nedeni; kendilerini seçmenlerine artan bir hizmet verme baskısı altında ama sınırlı bir kaynak temelinde bulan hükümetlerin, girdileri sabit tutarak daha fazla mal ve hizmet çıktısı sağlamak iste-

19 Toprak-Demir, s.118
20 Drucker, s.70
21 Drucker, s.62-63
22 Pierson, s.159
23 Drucker, s.63

meleridir. Bu amacı gerçekleştirmek için devletler hemen her yola başvurdular. Ekonomik faaliyetin kamudan özel sektöre toptan aktarımını temsil eden özelleştirme de, bu yollardan biridir ve bu geçtiğimiz on yılda dünya ölçüsünde bir olguya dönüşmüştür.[24]

Özelleştirme, birçok siyasi hedefe yönelik olarak yapılır. Özelleştirme ile, özelleştirilen şirketlerin rekabeti artırması ve ekonomik verimliliği teşvik etmesi; yeni yatırımların finansmanının özel para piyasalarından karşılanması; kamunun varlıkların satışıyla devlet için çok gerekli gelirlerin sağlanması; kamu sektörü sendikalarının gücünün dizginlenmesi ve hisse ortaklığının yaygınlaşması beklenir. Özelleştirme, özellikle büyük sanayi şirketlerinin satışı nedeniyle, devletin "sahip-üretici" olarak ekonomik yaşamdaki rolünü hızlı ve önemli bir oranda azaltmaktadır. Ancak bu değişimlerin niteliğinin de fazla abartılmaması gerekir. Pierson, "özelleştirmenin en gayretkeşlikle ve coşkuyla gerçekleştirildiği yer olan Birleşik Krallık'ta" 1990'ların ortalarına gelindiğinde kamu hizmetlerin satışının halk katındaki cazibesinin söndüğünü; sanayi alanında, devletin üretici olarak rolü radikal biçimde azaltıldığını ama buna karşılık öteki hizmetlerin, özellikle de sosyal yardım hizmetlerinin üretiminde, devletin son derece önemli (ve bazı bağlamlarda neredeyse tekel) üretici olmaya devam ettiğini belirtir.[25] Ayrıca, "devletin geri çekilmesinin çok az etkili olduğu, özelleştirme politikalarının sirayet etmediği bazı stratejik devlet faaliyetleri alanlarında, örneğin askeri ve milli güvenlik konuları gibi, devletin yetkilerini ve gücünü "yırtıcı bir kıskançlıkla" elinde tuttuğunu da belirtmek gerekir. Held'in belirlemesiyle denilebilir ki : "Modern devlet hala, ilke olarak, insanların hayat şanslarının –yaşam ve ölüm sorununun- en temel yönlerini belirlemeye muktedirdir."[26]

Halen hayatımızı belirleme yetkisini, öyle ya da böyle, elinde tutan modern devlet, askeri ve milli güvenlik konularında olduğu gibi, hapishaneler üzerindeki tekel yetkilerine de, her zaman için, son derece kararlı bir biçimde sahip çıkmıştır. Özellikle 2. Dünya Savaşı'nın ardından refah devleti anlayışının yaygınlaşmasıyla, hapishanelerin "sahibinin" devlet olduğu/olması gerektiği inancı hem devlet iktidarını ellerinde tutanlarda hem de toplumsal kesimlerde öylesine köklü bir şekilde yer etmiştir ki, bu kurumların özel sektör tarafından işletilmesi, yani devletin hapishaneler üzerindeki sahipliğinin sınırlanması düşünülemez olmuştur. Hapishaneler, devletin sarsılmaz bir kurumuydu; o tartışılamaz, devletin yetki ve etki alanından alınamazdı. Ancak küreselleşme ve ona eşlik eden özelleştirme; ekonomik, siyasal ve toplumsal ilişkileri dünya çapında dönüştürünce, hiçbir zaman devletin dışında düşünülemeyen hapishanelerin de, özelleştirilmesi gündeme gel-

24 Pierson, s.307
25 Pierson, s.159-160
26 Pierson, s.297

di. Hapishanelerin özelleştirmesi konusunda, çarpışma halindeki iki başat düşüncenin varlığı göze çarpmaktadır: İlki, küreselleşmenin kitleleri yoksullaştırdığını ve hapishanelerin özelleştirilmesiyle de bu yoksullaşan kitlelerin kontrol edilmesinin amaçlandığını söyleyerek, hapishanelerin özelleştirilmesine karşı çıkan "özelleştirme karşıtı cephe (red cephesi)"; ikincisi de hapishanelerin devlet tarafından işletilmesinin son derece kötü sonuçlara yol açtığını, hapishanelerin tamamen ya da kısmen özelleştirilmesiyle hapishanelerin veriminin artacağını ve buradaki sorunların bir kısmının giderileceğini iddia ederek hapishanelerin özelleştirmesine onay veren "özelleştirmeci cephe".

ÖZELLEŞTİRME KARŞITI CEPHENİN ARGÜMANLARI

Anti-globalistler, son yirmi yıldır dünya çapında uygulanan ve uluslararası ekonomilerde klasik liberal ilkelere yeniden geri bir dönüşü ve piyasa ekonomisinin evrenselleştirilmesini amaç edinen küreselleşmenin; sosyal devlet modelini tasfiye ettiğini, yoksulluğu derinleştirdiğini ve ülkeler arasındaki zenginlik farkının artmasına neden olduğunu ifade etmektedirler. Bu yaklaşımda, küreselleşme "yeni bir mülksüzleştirme ve yoksullaştırma sürecidir" ve bu süreçte yoksulların kontrolünün önemi gittikçe artmakta, yoksulların ve dışlanmışların sıkı denetimi için devlet kurumları yapısal reformlara tabi tutulmaktadır. İşte çeşitli ülkelerde gündeme gelen ceza reformu ve hapishanelerin özelleştirilmesi de, yeni toplumsal kontrol politikalarının hukuksal alandaki bir izdüşümü olarak gündeme gelmektedir.[27]

Özdek, ceza yasalarındaki reform ve hapishanelerin yapılandırılması bağlamında değerlendirildiğinde, küreselleşmenin siyasal, sosyal ve ekonomik alanlarda, birbiriyle bağlantılı, önemli sorunlara yol açtığını öne sürmektedir. Özdek'e göre, siyasal anlamda yarattığı en önemli sorun, sosyal devletin çökmesine neden olmasıdır. Sosyal devletin tasfiyesi, işsizlik ve açlığın küresel boyutlarda yayılmasına neden olmuş, yoksulluğu derinleştirmiştir. Bu durum ise, mevcut siyasal düzenler için ciddi bir potansiyel tehdit niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle küreselleşme taraftarları, kendi iktidarlarını tehdit eden yoksulların tepkilerini önlemek, bastırmak ve onları kontrol altına almak için, daha sert cezalandırma yollarına başvurmak zorunda kalırlar. Kısacası, "sosyal devlet politikalarından sosyal kontrol politikalarına doğru bir geçiş süreci yaşanmaktadır ve bu süreçte cezalandırma iktidarı, yeni koşullara uygun düşecek biçimde, toplumun itaatini, uysallaştırılmasını ve disiplin altına alınmasını güvenceye alacak şekilde dönüştürülmektedir."[28]

Özdek, küreselleşmenin en önemli sosyal sonucu olarak, hapishanelere gönderilen insan sayısının giderek artmasını göstermektedir. Küreselleşme-

27 Özdek, s.22-23; Elben, s.54
28 Özdek, s.23-24

nin sebebiyet verdiği işsizlik ve yoksulluk, toplumun geniş kesimlerinin suça itilmesine, bu durumda cezalandırma kapsamına giren nüfusun katlanmasına yol açmaktadır. Hapishanelerdeki insan sayısının artması ise, bir yandan hapishane sayısının artmasına, öte yandan da hapishanelere ayrılan mali kaynakların çok büyük oranda büyümesine neden olmuştur. Verilecek bir rakam, olayın boyutunun daha iyi kavranmasını sağlayabilir : ABD'de 1982'de devletin cezalandırmaya harcadığı pay 9 milyar dolar civarında iken, 1996'da 41 milyar doları aşmıştır.[29] Cezalandırma için harcanan paranın bu kadar artmasına paralel olarak özel sektör de hapishanelere yatırım yapmaya başlamıştır. Dolayısıyla, küreselleşmenin cezalandırma politikalarıyla ilgili olarak yarattığı ekonomik sonuç; cezalandırmanın bir "endüstri" olarak ortaya çıkması ve sermayenin karlı bir yatırım alanına dönüşmesidir. Bir başka ifadeyle, küreselleşme, kendi ürettiği ceza ve suçlardan kar sağlamayı amaçlayan bir sürece girmiştir. Bu süreçte hem hapishaneler özelleştirilmekte, hem de hapishanelerdeki insanların emekleri sömürülerek "en ucuz" ve "en disipline edilmiş emeğin" kullanımı sayesinde maksimum kar hedeflenmektedir.[30] Bütün bu söylenenleri özetlersek, küreselleşme karşıtlarını fikirlerini şöyle sistematize etmek mümkündür :

*Küreselleşme, sosyal devleti tasfiye etmektedir. (Siyasal sonuç)

*Sosyal devletin tasfiyesi, gelir dağılımını bozmakta, yoksulluğu ve buna bağlı olarak toplumdaki suç oranını artırmaktadır. (Sosyal sonuç)

*Suç oranın artması, hapishanelerin sayısını artırmakta ve hapishanelere ayrılan mali kaynakları büyütmektedir. Bu büyüyen pastadan pay kapmak isteyen özel sektör, cezalandırma alanına giderek daha fazla yatırım yapmakta ve hapishaneler kamu sektörünün elinden alınarak özelleştirilmektedir. (Ekonomik sonuç)

Bu ve benzeri küreselleşme karşıtı değerlendirmelerin haklılık payı içerdiği yadsınamaz. Küreselleşme, diğer bütün büyük çaptaki sosyal olgular gibi, ekonomik, sosyal ve siyasal boyutlarda çeşitli sorunlar oluşturmakta; yeni haksızlık, adaletsizlik ve sömürü biçimleri getirmektedir. Dengesiz gelişen bir süreç olarak küreselleşme, yeryüzündeki bütün insanlar için mutlak ve kesin bir kazanım getirmemektedir. Örneğin emek ve sermaye hareketlerin önündeki engellerin kalkması, rekabet gücü düşük ülkelerin ve kesimlerin gelirlerinde ciddi azalmalara yol açmaktadır. Hızlı ve yerel koşullardaki değişimlere karşı aşırı duyarlı sermaye hareketliliği, tüm ekonomileri daha kırılgan hale getirmektedir. Böylece "ulusal ekonomiler"in başka ülkelerde meydana gelen olumsuz ekonomik ve siyasi gelişmelerden zarar görme riski artmaktadır. Meydana gelen finansal krizlerin yükünü büyük ölçüde düşük gelir gruplarında yer alan insanlar çekmek zorunda kalmak-

29 Hapishanelerin, hapishanelerdeki insan sayısının ve hapishanelere ayrılan mali kaynakların artışıyla ilgili ayrıntılı rakamlar için bkz : Özdek, s.33-37

30 Özdek, s.24

tadır. Ayrıca devletlerin, uluslararası antlaşmaların bağlayıcı hükümleri nedeniyle korumacı politikalara başvurarak ülke çıkarlarını koruma esneklikleri azalmaktadır. Dünya ekonomisindeki gelişmelerin ülke aleyhine apaçık sonuçları olması durumunda bile ülkeler buna tepki veremez duruma düşmüşlerdir.[31]

Küreselleşme politikaları, karşıtlarının da kabul edeceği gibi, tartışma götürmeyecek kadar büyük bir ekonomik refah artışına yol açmıştır. Ancak bu sürecin nimetlerinin dağıtımından herkes eşit ölçüde veya eşite yakın bir ölçüde faydalanamamıştır. Örneğin, dünyalıların yıllık geliri son 50 yılda, satın alma gücü paritesi ve kur değerleri dikkate alındığında, 2.500 dolar civarından 4.850 dolar seviyesine yükselmiştir. Fakat dünyada hala günde 2 dolardan az bir parayla geçinen 2.8 milyar insan var. Bunların 1.2 milyarı ise, günde 1 doların altında bir günlük geçim kaynağına sahip. Dünya Bankası verilerine göre, fakirlik sınırının çok altındaki insanların yarıya yakını Afrika'da, bir o kadarı Asya'da. Küçük bir grup da Latin Amerikalılardan oluşuyor.[32]

Küreselleşme, ekonomik birtakım sorunlara yol açtığı gibi, siyaset ve demokratik yapı için de birtakım tehlikeler içermektedir. Küreselleşme sürecinde, bir ülkenin ekonomik ve siyasal yapısıyla ilgili yaşamsal önemi haiz kararlar, belirli mahfillerde verilebilmekte, ama kararların sonuçlarına katlanacak olan geniş halk tabakaları, bu kararların alınmasında herhangi bir etkide bulunabilme şansına sahip olamamaktadır.[33] Bu durumda, bir yönetimin demokratik olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan, yönetilenler ile yöneticilerin "mekansal birliktelik"i ortadan kalkmakta, demokrasinin ve daha genel olarak siyasetin üzerinde temellenebileceği bir mekan yok olmaktadır.

Küreselleşmenin bu tür problemleriyle mücadele etmek ve onları bertaraf edebilmek için bu sorunlara dikkat çekmek, küreselleşmeyi bütün boyutlarıyla tartışmak gerekir. Ancak küreselleşme tartışmasında, üç önemli noktaya dikkat edilmelidir :

a. Küreselleşme, geri döndürülemez bir süreçtir: Küreselleşmenin en önemli dinamiği, kitle iletişim araçlarıdır. Sayıları ve nitelikleri her geçen gün artan bu araçlar, insanlar arasındaki sınırları asgariye indirmekte; dünya üzerindeki herkesin birbirinden haberdar olmasını olanaklı kılmaktadır. İletişim araçlarının yön ve hız verdiği küreselleşme; sosyal, siyasal ve ekonomik yapılarda önemli değişimleri gerçekleştirmiştir. Küreselleşme sayesinde bir yandan dünyanın çeşitli bölgelerinde yaşayan insanlar arasında düşünsel ve kültürel benzeşme meydana gelirken; diğer yandan da kapalı siya-

31 Toprak-Demir, s.119; Acar, s.26

32 Kaleağası, Radikal, 01.06.2002

33 Çok yakın tarihten bir örnek vermek gerekirse, IMF'nin, Türkiye'ye kredi açmak için, TBMM'den 15 günde 15 yasanın çıkarılmasını talep etmesi örneği verilebilir. Burada siyaset tamamen ekarte edilmiş ve Amerikan merkezli bir ekonomik yapının direktifleri, Meclis'te, neredeyse,tartışılmadan yasalaştırılmıştır. . (Bu yasaların doğru olup olmadığı, Türkiye halkının çıkarına olup olmadığı tartışma dışıdır; burada önemli olan bu yasaların demokratik bir siyasi yapının ürünü olmamasıdır.)

sal ve ekonomik sistemler dışa açılmak zorunda kalmışlardır. Otoriter ve totaliter yönetimlerin kendi halklarına karşı daha dikkatli davranmak zorunda kalmalarında ve "insan hakları", "demokrasi" gibi kavramların bütün dünyada görülmedik bir itibar kazanmasında, küreselleşmenin çok büyük payının olduğunu teslim etmek gerekir.

Dünyanın sosyal, siyasal ve ekonomik çehresini değiştiren küreselleşmenin sonuçlarından kaçınmak veya bu süreci geriye döndürmek, iki nedenden ötürü, mümkün değildir : İlki, küreselleşme ile birlikte, özellikle siyaset vç hukuk alanındaki bazı kavramların, tüm insanlığın kazanımı haline gelmiş olmasıdır. "Demokrasi", "insan hakları", hukukun üstünlüğü" vb. gibi kavramlar; bir yönetimin meşruluğunun asgari şartları haline gelmiş ve yönetilenlerce daha fazla talep edilir olmuşlardır. Artık hiç kimse; insan haklarına, demokrasiye, hukukun üstünlüğüne yer vermeyen bir rejimde, başkalarıyla iletişim kurmayan dünyadan tecrit edilmiş bir ülkede yaşamak istemiyor.

Küreselleşmeden kaçınmayı imkansız kılan ikinci neden ise, bu sürecin bir veya birkaç devletin, kişinin ya da grubun denetleyebildiği, kontrol altına alabildiği, yönlendirebildiği bir süreç olmamasıdır. Küreselleşme; birbirinden farklı düşüncelere, amaçlara, dillere, dinlere, mesleklere ve yeteneklere sahip milyarlarca insanın içinde bulunduğu ve herkesin kendi çapında katkı sunduğu devasa bir değişim ve gelişim sürecidir. Bu süreci hiç kimse tek başına kontrol etmeye muktedir değildir; ama herkes bu sürecin sonuçlarından, olumlu ya da olumsuz bir şekilde, kaçınılmaz olarak etkilenmektedir. O halde küreselleşme tartışmaları bağlamında sorulması gereken asıl soru; küreselleşmeden kaçınmanın, bu süreci tersine çevirebilmenin mümkün olup olmadığı sorusu değildir. "Doğru soru tek başına kontrol edemediğimiz, ama kaçınılmaz sonuçlarından da etkilendiğimiz küreselleşmenin getirebileceklerinden optimum ölçüde nasıl yaralanmak mümkündür sorusudur. Bir diğer deyişle asıl önemli soru, küreselleşmenin risklerini en aza nasıl indirip, kazançlarından ya da fırsatlarından en fazla nasıl yararlanabileceğimizdir."[34]

b. Küreselleşme süreci, getirdiği sorunlar ve yarattığı imkanlarla birlikte değerlendirilmelidir: Küreselleşme, ona iman edenlerin inandıkları gibi "dikensiz bir gül bahçesi" değildir; ama aynı zamanda yeminli karşıtlarının iddia ettikleri gibi her türlü kötülüğü bünyesinde taşıyan şeytani bir süreç de değildir. Küreselleşme, olumlu ve olumsuz yanları bulanan, tamamlanmamış bir süreçtir. Bu gerçeğin kabul edilmesi önemlidir; zira ancak bu sayede, bu konudaki tartışmalar daha dengeli, daha anlamlı ve de daha yararlı olabilir.

İnsanlık için hem ilerlemeye yönelik ufuklar açmak, hem de kabullenilmesi zor sorunlar üretmek, sadece küreselleşmeye has bir özellik değil. Dünya tarihinde yapısal değişiklikleri yaratan diğer bütün olguların da bu

34 Acar, s.25

özelliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir. Hatırlayalım : Modernite, bir yandan "akıl" ve "bireyi" merkezi almıştır, ama öte yandan insanlığın başına totaliterizm gibi bir belayı sarmıştır; sanayi devrimi, uzun erimde insanlığın kalkınmasını ve refaha ermesini sağlamıştır ama önceleri emekçi kesimleri gayri-insani koşullara mahkum ettiği de unutulmamalıdır; bilimin/teknolojinin müthiş gelişiminin hayatımızı inanılmaz ölçüde kolaylaştırdığı bir gerçektir, ama aynı bilim/teknoloji çok defa insan hayatına kasteden ölümcül bir silaha dönüşmüştür; sosyalizm, evet, "vahşi kapitalizm"in aşırılıklarını törpülemiştir, fakat toplumsal kurtuluş adına insanları özgürlüklerinden mahrum etmiş ve ardında, başta Stalin olmak üzere, diktatörlerin zulmüne maruz kalmış milyonlarca insan bırakmıştır...

Hoşumuza gitmese de, şunu kabul etmek zorundayız : Dünya tarihinde, sorunlardan azade bir zaman dilimi yoktur; dünya, her zaman türlü olumsuzluklar ve sorunlarla doludur. İnsanlar yaşamlarını olanaklı kılmak için, bu sorunları 'çözmek' zorundadırlar; ama bir sorunu çözmek amacıyla yapılan şey, tutulan yol veya bel bağlanan düşünce, başka sorunlara vücut verebilir. Bu bağlamda, birbiriyle iletişimi bulunmayan, tamamen içine kapalı ülkelerden/toplumlardan müteşekkil bir dünyanın sorunlarına çare olmak adına önerilen ve ülkeler/toplumlar arasında sürekli iletişimi öngören küreselleşme politikalarından da birtakım problemlerin neş'et etmesini doğal karşılamak gerekir. Bugün küreselleşen bir dünyada yaşıyoruz ve bu nedenle küreselleşmenin sorunlarıyla karşı karşıya kalmaktayız. Eğer küreselleşmeyen bir dünyada yaşıyor olsaydık, o zaman küreselleşmeyen dünyanın, sorunlarıyla boğuşacaktık. Ve muhtemelen o dünyanın sorunları, bugünkü dünyanın sorunlarından daha ağır olacaktı.

c. Küreselleşmenin ekonomik performansı hakkında ümitvar olmamızı sağlayacak birtakım olumlu ekonomik göstergeler vardır: Küreselleşmenin ekonomik alandaki performansı, muarızların iddiaların aksine, her zaman olumsuz verilerle dolu değildir; gelecekte daha iyi olabileceğine dair umutlarımızı ayakta tutmaya yarayabilecek birtakım olumlu göstergeler de vardır.

Barry, küreselleşmeye muhalefet edenlerin hiçbir yeni argüman ortaya koymadıklarını belirterek, küreselleşme karşıtlarının pazar karşıtı dogmalardan başka bir fikri mühimmatlarının olmadığını savunur.[35] "Küreselleşme ile gelir dağılımı arasında sistematik bir ilişkinin bulunduğu ve küreselleşme politikalarını uygulayan ülkelerde gelir dağılımının bozulduğu" dogması, serbest piyasa karşıtı dogmaların en önemlisidir. Bu konu Foreign Policy Magazine'nin Eylül 2001 sayısında, "Küreselleşmeyi Ölçmek" başlıklı bir araştırmasında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Araştırmada, "Bu iddia, konunun yalınlığı içerisinde düşünüldüğünde incelikli olmakla birlikte, çok sayıda diğer önemli faktörü görmez-

35 Barry, s.11

sal ve ekonomik sistemler dışa açılmak zorunda kalmışlardır. Otoriter ve totaliter yönetimlerin kendi halkalarına karşı daha dikkatli davranmak zorunda kalmalarında ve "insan hakları", "demokrasi" gibi kavramların bütün dünyada görülmedik bir itibar kazanmasında, küreselleşmenin çok büyük payının olduğunu teslim etmek gerekir.

Dünyanın sosyal, siyasal ve ekonomik çehresini değiştiren küreselleşmenin sonuçlarından kaçınmak veya bu süreci geriye döndürmek, iki nedenden ötürü, mümkün değildir : İlki, küreselleşme ile birlikte, özellikle siyaset ve hukuk alanındaki bazı kavramların, tüm insanlığın kazanımı haline gelmiş olmasıdır. "Demokrasi", "insan hakları", hukukun üstünlüğü" vb. gibi kavramlar; bir yönetimin meşruluğunun asgari şartları haline gelmiş ve yönetilenlerce daha fazla talep edilir olmuşlardır. Artık hiç kimse; insan haklarına, demokrasiye, hukukun üstünlüğüne yer vermeyen bir rejimde, başkalarıyla iletişim kurmayan dünyadan tecrit edilmiş bir ülkede yaşamak istemiyor.

Küreselleşmeden kaçınmayı imkansız kılan ikinci neden ise, bu sürecin bir veya birkaç devletin, kişinin ya da grubun denetleyebildiği, kontrol altına alabildiği, yönlendirebildiği bir süreç olmamasıdır. Küreselleşme; birbirinden farklı düşüncelere, amaçlara, dillere, dinlere, mesleklere ve yeteneklere sahip milyarlarca insanın içinde bulunduğu ve herkesin kendi çapında katkı sunduğu devasa bir değişim ve gelişim sürecidir. Bu süreci hiç kimse tek başına kontrol etmeye muktedir değildir; ama herkes bu sürecin sonuçlarından, olumlu ya da olumsuz bir şekilde, kaçınılmaz olarak etkilenmektedir. O halde küreselleşme tartışmaları bağlamında sorulması gereken asıl soru; küreselleşmeden kaçınmanın, bu süreci tersine çevirebilmenin mümkün olup olmadığı sorusu değildir. "Doğru soru tek başına kontrol edemediğimiz, ama kaçınılmaz sonuçlarından da etkilendiğimiz küreselleşmenin getirebileceklerinden optimum ölçüde nasıl yararlanmak mümkündür sorusudur. Bir diğer deyişle asıl önemli soru, küreselleşmenin risklerini en aza nasıl indirip, kazançlarından ya da fırsatlarından en fazla nasıl yararlanabileceğimizdir."[34]

b. Küreselleşme süreci, getirdiği sorunlar ve yarattığı imkanlarla birlikte değerlendirilmelidir: Küreselleşme, ona iman edenlerin inandıkları gibi "dikensiz bir gül bahçesi" değildir; ama aynı zamanda yeminli karşıtlarının iddia ettikleri gibi her türlü kötülüğü bünyesinde taşıyan şeytani bir süreç de değildir. Küreselleşme, olumlu ve olumsuz yanları bulanan, tamamlanmamış bir süreçtir. Bu gerçeğin kabul edilmesi önemlidir; zira ancak bu sayede, bu konudaki tartışmalar daha dengeli, daha anlamlı ve de daha yararlı olabilir.

İnsanlık için hem ilerlemeye yönelik ufuklar açmak, hem de kabullenilmesi zor sorunlar üretmek, sadece küreselleşmeye has bir özellik değil. Dünya tarihinde yapısal değişiklikleri yaratan diğer bütün olguların da bu

34 Acar, s.25

özelliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir. Hatırlayalım : Modernite, bir yandan "akıl" ve "bireyi" merkezi almıştır, ama öte yandan insanlığın başına totaliterizm gibi bir belayı sarmıştır; sanayi devrimi, uzun erimde insanlığın kalkınmasını ve refaha ermesini sağlamıştır ama önceleri emekçi kesimleri gayri-insani koşullara mahkum ettiği de unutulmamalıdır; bilimin/teknolojinin müthiş gelişiminin hayatımızı inanılmaz ölçüde kolaylaştırdığı bir gerçektir, ama aynı bilim/teknoloji çok defa insan hayatına kasteden ölümcül bir silaha dönüşmüştür; sosyalizm, evet, "vahşi kapitalizm"in aşırılıklarını törpülemiştir, fakat toplumsal kurtuluş adına insanları özgürlüklerinden mahrum etmiş ve ardında, başta Stalin olmak üzere, diktatörlerin zulmüne maruz kalmış milyonlarca insan bırakmıştır...

Hoşumuza gitmese de, şunu kabul etmek zorundayız : Dünya tarihinde, sorunlardan azade bir zaman dilimi yoktur; dünya, her zaman türlü olumsuzluklar ve sorunlarla doludur. İnsanlar yaşamlarını olanaklı kılmak için, bu sorunları 'çözmek' zorundadırlar; ama bir sorunu çözmek amacıyla yapılan şey, tutulan yol veya bel bağlanan düşünce, başka sorunlara vücut verebilir. Bu bağlamda, birbiriyle iletişimi bulunmayan, tamamen içine kapalı ülkelerden/toplumlardan müteşekkil bir dünyanın sorunlarına çare olmak adına önerilen ve ülkeler/toplumlar arasında sürekli iletişimi öngören küreselleşme politikalarından da birtakım problemlerin neş'et etmesini doğal karşılamak gerekir. Bugün küreselleşen bir dünyada yaşıyoruz ve bu nedenle küreselleşmenin sorunlarıyla karşı karşıya kalmaktayız. Eğer küreselleşmeyen bir dünyada yaşıyor olsaydık, o zaman küreselleşmeyen dünyanın, sorunlarıyla boğuşacaktık. Ve muhtemelen o dünyanın sorunları, bugünkü dünyanın sorunlarından daha ağır olacaktı.

c. Küreselleşmenin ekonomik performansı hakkında ümitvar olmamızı sağlayacak birtakım olumlu ekonomik göstergeler vardır: Küreselleşmenin ekonomik alandaki performansı, muarızların iddiaların aksine, her zaman olumsuz verilerle dolu değildir; gelecekte daha iyi olabileceğine dair umutlarımızı ayakta tutmaya yarayabilecek birtakım olumlu göstergeler de vardır.

Barry, küreselleşmeye muhalefet edenlerin hiçbir yeni argüman ortaya koymadıklarını belirterek, küreselleşme karşıtlarının pazar karşıtı dogmalardan başka bir fikri mühimmatlarının olmadığını savunur.[35] "Küreselleşme ile gelir dağılımı arasında sistematik bir ilişkinin bulunduğu ve küreselleşme politikalarını uygulayan ülkelerde gelir dağılımının bozulduğu" dogması, serbest piyasa karşıtı dogmaların en önemlisidir. Bu konu Foreign Policy Magazine'nin Eylül 2001 sayısında, "Küreselleşmeyi Ölçmek" başlıklı bir araştırmasında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Araştırmada, "Bu iddia, konunun yalınlığı içerisinde düşünüldüğünde incelikli olmakla birlikte, çok sayıda diğer önemli faktörü görmez-

35 Barry, s.11

den gelmektedir. Bir ekonomin barındırdığı gelir eşitsizliği, küreselleşmesi veya ticari özgürleşmeye verdiği önemden çok, tarihi, ekonomik gelişimi, ücret ve gelir kontrolleri, refah ve eğitim programlarıyla ilgili olabilir." denilmektedir. Nitekim araştırmanın elde ettiği deneysel veriler, gelir eşitsizliği ve küreselleşmenin öyküsünü, küreselleşme karşıtlarının ileri sürdüğünden çok daha farklı biçimlerde ortaya koymaktadır. Küreselleşme seviyeleri yüksek gelişmekte olan ülkeler (Polonya, İsrail, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti gibi), küreselleşme İndeksi'nin alt sıralarında yer alan ülkelere göre (Rusya, Çin, Arjantin) çok daha fazla eşitlikçi bir gelir dağılımına sahiptir. Bazı istisnalar yok değildir; örneğin Malezya, Polonya'ya oranla daha fazla küreselleşmiş olmasına rağmen, Polonya, Malezya'dan daha eşitlikçi bir yapıya sahiptir. Fakat gerek gelişmiş ekonomilere, gerekse gelişmekte olan pazarlara sahip olan ülkelerin pek çoğu için geçerli sayılabilecek genel tablo daha yüksek küreselleşmenin daha eşitlikçi bir gelir dağılımı ile birlikte bulunduğudur.[36]

Küreselleşmeye yönelik, ikinci büyük bir eleştiri, küreselleşme politikalarının dünya çapında yoksulluğa yol açtığı, yoksulluğun küreselleştiği ve toplumsal refah artışın düştüğü iddiasıdır. Bu konuda başvurulması gereken en önemli veri, nüfus değişimlerini de dikkate alan kişi başına düşen gelirlerdeki büyüme oranıdır. Dünya Bankası verilerine göre; 1970-1998 yılları arasındaki yaklaşık otuz yıllık dönemde kişi başına düşen gelirde ortalama yıllık büyüme oranları, bölgesel olarak en yüksek düzeyde sırasıyla Doğu Asya'da ve yeni sanayileşmiş ülkelerde %5.6, Güney Asya'da %2.5, gelişmiş ülkelerde %2.2, Ortadoğu ve Avrupa'da %0.9 düzeyinde gerçekleşmiştir. Ağır borç yükü altındaki ülkelerde kişi başına düşen gelirde ortalama sıfır büyüme kaydedilirken, Afrika'da yıllık bazda ortalama büyüme oranı eksi %0.2 oranındadır.[37]

Düşük ve orta gelirli ülkelerde yoksulluk sınırına yaşayan nüfus oranında, ümit verici düşüşlerin yaşandığı görülmektedir. 1987-1998 yılları arasındaki verilere göre; gün başına 1 dolar gelire sahip nüfus oranı 1987'de düşük gelirli ülkelerde %40, orta gelirli ülkelerde %11 iken, bu oranlar 1998'de sırasıyla %36 ve %9 olarak gerçekleşmiştir. Yine kişi başına günde 2 doların altında gelire sahip nüfus oranı 1987'de düşük gelirli ülkelerde %80, orta gelirli ülkelerde %35 iken, 1998 yılında söz konusu oranlar %72 ve %28 olarak gerçekleşmiştir. Tedrici de olsa yoksulluğun hafifletilmesinde olumlu gelişmeler söz konusudur.[38] En yoksul gruba dahil olan insanların sayısında son 10 yılda %10'a yakın bir düşüş sağlanmıştır. Bu düşüşün 2015 yılına kadar %50 oranına ulaşabileceği öngörülmektedir. En önemli yoksulluk sorunu olan açlık, son 30 yılda yarı yarıya azaltıldı. Dünya yiyecek üretim son 50 yılda, kalkınmakta olan ülkelerde üç kat arttı, fiyatlar da aynı oranda indi. Ancak bu ülkelerde nüfusun %18'inin asgari beslenme sorunu yaşamaya devam ettiğini belirtmek gerekir. Çocuk ölümlerinin sayısında 2/3'lük bir düşüş gerçekleşmesine rağmen, en yoksul ülkelerde her 5 çocuktan biri ne yazık ki, 5 yaşına erişemiyor[39].

36 Aktaran : Acar, s.24

37 Toprak-Demir, s.136-137

38 Toprak-Demir, s.138-139

Bu rakamlar yoksulluk ve açlık ile mücadelede hepimize derin bir oh çektirecek düzeyde çarpıcı sonuçlar ortaya koymuyor elbette; ama en azından bu mücadelede tedrici bir ilerlemenin var olduğunu gösteriyor. Geçmiş deneyimlerimiz ve ekonominin geleceğine tutulan projeksiyonlar, yoksulluğu yenmenin ve toplumsal refaha ulaşmanın doğru yolunun, ekonomik özgürlüğü temel alan bir yaklaşım olduğunu gösteriyor. Toprak-Demir'in verdiği rakamlar bu gerçeği daha net ortaya koyuyor :

*Dünya Bankası'nın 1999 kalkınma göstergelerine göre; ekonomik özgürlüğün fazla olduğu ülkelerde refah yüksek, düşük olduğu ülkelerde ise paralel olarak düşüktür. 2001 yılında ekonomik özgürlük endeksi hesaplanan 123 ülke içerisinde ekonomik özgürlük ve gelir düzeyinin birbiriyle ilişkisine bakıldığında, yüksek bir doğrusal korelasyon göze çarpmaktadır. En baskıcı ülkelerde gelir düzeyi en düşükken, en zengin ülkelerin özgürlük düzeyleri de en yüksektir.

*Ekonomik olarak en baskıcı ülkelerde, ekonomik büyüme oranı da en düşük düzeydedir. 1990'dan bu yana ekonomik büyüme oranları, özgürlük düzeyiyle negatif yönde güçlü bir korelasyona sahiptir. Aynı şekilde ekonomik özgürlüğü en fazla olan ülkelerde yozlaşma en düşük, özgürlüğün en az olduğu ülkelerde ise yozlaşma en yüksek düzeylerdedir.

*Ekonomik özgürlük endeksi ile birlikte düşünüldüğünde, ekonomik özgürlüğün en düşük olduğu ülkelerde, yoksulluk endeksi en yüksek değerini, ekonomik özgürlüğün en yüksek olduğu yerlerde ise yoksulluk endeksi en düşük değerini almaktadır. Her iki endeks arasında güçlü bir negatif korelasyon mevcuttur.[40] Bu veriler ışığında şunu söyleyebiliriz: Küresel politikaların sürekli olarak yoksulluğu yaygınlaştırdığı, yoksullaştırdığı kesimleri suça ittiği ve ürettiği bu yoksulluktan para kazanmak için de hapishaneleri özelleştirme yoluna gittiği iddiası, kategorik bir gerçeği yansıtmamaktadır. Bu iddiayı daha dikkatli dile getirmek gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken asıl önemli husus, genelde tüm küreselleşmeye, özelde de hapishanelerin özelleştirilmesine karşı çıkanların, devlet hapishanelerinde yaşanan sorunların çözülmesi için bir alternatif göstermemeleridir. Özelleştirme karşıtı düşünce; hapishanelerin özelleştirilmesini bir tür "ahlak sorunu" haline getirmekte, devletin hapishaneler üstündeki sahipliğini tartışmasız bir veri olarak kabul etmekte ve hapishanelerin her hal ve şart altında mutlaka dev-

39 Kaleağası, Radikal, 01.06.2002

40 Rakamlar ve tablolar için bk : Toprak-Demir, s.125-128

let tarafından işletilmesini zorunlu saymaktadır. Ancak bu yaklaşım hapishanelerdeki sorunları çözmüyor; dünyanın her yerinde devlet hapishaneleri bir sorunlar yumağıdır. Devletin etki ve denetimi altındaki hapishaneler, çoğu zaman asgari yaşam koşullarının sağlanmadığı ve insan haklarının sıklıkla ihlal edildiği mekanlar olarak marufturlar. Gelişmiş, gelişmekte olan veya gelişmemiş olsun, tüm ülkelerdeki mahkumlar, hapishane koşullarından yakınmakta ve bazı zamanlar bu yakınmalar isyan boyutuna varmaktadır.

Devlet hapishanelerindeki sorunları somuta indirgemek ve bu yaranın devasa boyutlarını daha iyi görmek için, Amerika ve Türkiye'deki hapishanelerin temel sorunlarına bakmak yeterli olacaktır. Amerikan hapishanelerinde yaşanan temel sorunlar şöyledir :

*Kadın hapishanelerinde erkek gardiyanların çalıştırılmakta ve kadın mahkumlar giyinirlerken, duş alırlarken ve tuvalet ihtiyaçlarını giderirlerken erkek gardiyanlar tarafından izlenmekte, cinsel istismara ve saldırılara uğramaktadırlar.

* "Maksimum Güvenlik (supermax)" hapishaneleri olarak adlandırılan, genellikle ölüm cezası mahkumları ve tehlikeli sayılan mahkumların kapatıldığı hapishanelerde, mahkumlar, gardiyanlar tarafından dövülmekte ve ırkçı saldırılara maruz kalmaktadırlar.

*ABD'nin Supermax dışında kalan birçok yerel hapishanesi, pis, güvenliksiz, havalandırma ve fiziksel aktivitelerin yapılmasına uygun olmayan ortamlar olarak bilinmektedir.

*Cezaevi personeli genellikle eğitimsizdir. Nedense bütçelerde, personelin eğitimi için her zaman çok az para bulunmaktadır.

*Mahpusun kendisinin ve çevresinin güvenliği için, ancak zorunluysa kullanması gereken kelepçe, pranga ya da deli gömleği gibi "kısıtlama araçları"nın sırf cezalandırma amacıyla kullanıldığı durumlara yaygın olarak rastlanmaktadır. Bu vakaların pek çoğunda mahkumların sakat kaldığı hatta öldükleri saptanmıştır. Ayrıca çok sayıda kadın mahkumun, insan onuruna aykırı bir şekilde, doğum sırasında kelepçelendikleri rapor edilmiştir.[41]

*ABD'de bazı hapishanelerde mahkumlara çalışmaları karşılığı hiçbir ücret ödenmemekte, ücret ödenen hapishanelerde ise bu ücret oldukça düşük tutulmaktadır. Örneğin, federal düzeyde kabul edilen çalışma programlarına göre, yiyecek hizmetlerinde çalışan, boyacılık yapan, temel bakım hizmetleri sunan, su tesisatçılığı gibi işlerde çalışan mahkumlara verilen saatlik ücret, 12-40 cent arasındadır. Federal mahkumların fabrikalara gönderilen %25'lik kısmı, metal, mobilya, elektronik, tekstil ve grafik sanatları gibi alanlarda çalıştırılmaktadır ve saatte 23 cent-1.5 dolar arasında para kazanmaktadırlar. Tüm bu ücretler ABD'deki asgari ücretin oldukça altındadır.[42]

Dikkatimizi ABD hapishanelerinden Türkiye'ye çevirdiğimizde, yaşanan sorunların çok daha ağır olduğu görmekteyiz : Kuşkusuz, Türkiye'de hapishanelerindeki en büyük sorun, temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlalidir. Türkiye'de devlet, siyasi mahkumları salt hapsetmiş olmakla yetinmemiş; onları her zaman bir "düşman" konsepti içinde değerlendirmiştir. Bu nedenle "siyasi mahkum, hasımdır, düşmandır. Siyasi mahkumun bedeni, cezanın nesnesidir. Acımasızca kafalar ezilir, kol koparılır.[43]" Bu anlayışın doruk noktası 12 Eylül'dür; 12 Eylül döneminde devlet, düşman olarak bellediği siyasi mahkumların yaşam haklarını ellerinden almakta hiçbir beis görmemiştir. Bu nedenle, siyasi mahkumları toplu öldürmeye yönelik "olay"lar bu dönemde sıklaşmıştır. İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi'nin hazırladığı kapsamlı "cezaevleri" raporuna göre, 1981-1995 döneminde hapishanelerde 50'yi aşkın insan hayatını kaybetmiştir :

-12 Eylül dönemindeki açlık grevlerinin sayısını kesin olarak saptamak mümkün olmamakla birlikte, Metris'te 1981'deki 18 günlük, 1982'deki 28 günlük açlık grevleri, Metris ve Sağmalcılar'daki 1983'teki 26 günlük açlık grevi, 1984'teki 75 günlük ölüm orucu, Diyarbakır'daki 43 günlük ölüm orucu ve Mamak'taki 432 günlük açlık grevi en uzun olanları olup, bu olaylarda 12 insan hayatını kaybetti.

-1989'da Eskişehir Özel Tip Cezaevi'nde bir tünel bulunması üzerine bütün mahkumların şiddetli bir baskı altına alınması sonucu başlayan 52 günlük açlık grevi. Bu açlık grevinin 35. gününde mahpuslar zorla Aydın'a sevk edilmiş ve bu sırada iki insan ölmüştü.

-1995'te, başka yerlerin yanı sıra Yozgat'ta 48 günlük, Konya'da 36 günlük, Diyarbakır'da 50'li günlere varan açlık grevleri yapıldı.

-1996 Temmuz/Ağustos'ta 52 hapishanede 69 gün süren ölüm orucunda 12 insan hayatını kaybetti.

-1998'de Erzurum'da yapılan 55 günlük bir açlık grevi var. Bütün bu soğuk rakamlar Türkiye hapishanelerinde yaşanan zulmün, insanları nasıl da yaşamlarına kıymak zorunda bıraktıklarını net bir şekilde gösteriyor. Bora'nın yetkin ifadesiyle "hapishanelerde zulmün oluşturduğu basınç, 12 Eylül döneminden beri ara ara açlık grevleriyle, ölüm oruçlarıyla infilak ediyor. Mahkumların ve tutukluların seslerini duyurmak için başvurabildikleri son çare bu. Yirmi yıldır defalarca başvurulan ve insanları hayatlarından vazgeçme noktasına getiren bir son çare.[44]"

*Türkiye hapishanelerinde işkencenin sistematik bir olgu olduğu, artık uluslararası metinlere de girmiştir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi tarafından 23 Şubat 1999'da yayınlanan Türkiye raporu, Mersin E Tipi Cezaevi, İzmir Buca Cezaevi ve Ünye Kapalı Cezaevinde yapılan incelemeler sonucu tespit edilen çeşitli sorunları içermektedir. Şöyle ki; mahkumlara fi-

41 Elban, s.53-54
42 Özdek, s.39-40
43 Kaptanoğlu, s.32
44 Bora, s.17

ziksel kötü muamele ve sözle tecavüz uygulamaları İzmir Buca Cezaevi'nde tespit edilmiştir. Kötü muamele şartlarının sayısı hakkında Hükümetten bilgi istenmiş, ancak Hükümet tarafından cevapta, bu sayının tespitinin mümkün olmadığı, kötü muamele şikayeti üzerine haklarında takibat yapılan personelin sayısının tespitinin mümkün olduğu bildirilmiştir. Buna göre, 1997 yılında 10 farklı cezaevinde 96 cezaevi personeli hakkında 10 dosya şeklinde kovuşturma başlatılmıştır.

*Türkiye'deki hapishanelerin sağlık hizmetlerinin son derece yetersiz olduğu bilinmektedir. Gerekli tedavileri yapılmadığı için sağlıklarını kaybeden veya koruma sağlanamadığı için hastaneye götürülmeyen veya götürülmesi geciken mahkum haberleri, sıklıkla basına yansımaktadır. Bunun en önemli nedeni, hapishanelerdeki sağlık personelinin yetersizliğidir. Aynı şekilde, hapishanelerin hijyenik koşulları da tatmin edici olmaktan uzaktır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin yukarıda anılan raporu; bu olumsuzluğa vurgu yaparak, Türkiye'ye, temiz yatak sağlanmasını ve hijyenik şartların iyileştirilmesini, çamaşırhanelerin geliştirilmesini, temizlik bölümünün tamiratlarının daha seri yapılmasını ve mahkumların kişisel eşyaları için kilitli dolap temin edilmesini tavsiye etmiştir.[45]

*Hapishanelerdeki eğitim hizmetlerinin manzarası da çok kötüdür. Eğitim hizmetleri kadrosunda çalıştırılan personelin sayısı çok düşüktür. 1999 sonu itibariyle hapishanelere tahsis edilen toplam 422 öğretmen kadrosundan sadece 116'sı dolu bulunmaktadır. Burada ilginç bir nokta var : Hapishanelerde eğitim ve sağlık alanında yeterli sayıda personel bulunmamaktadır, ama genel olarak bakıldığında hapishanelerde aşırı istihdamın varolduğu görülecektir. 1987-1993 yılları arasında cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü sayısı %40 azalırken, cezaevlerindeki kadrolu personel sayısı %100 civarında bir artış göstermiştir. Hükümlü ve tutuklu sayısının 28270 olduğu dönemde personel sayısı 23639 kişiye ulaşmıştır. Nerede ise cezaevinde barınan her bir kişiye, bir personel düşmektedir. Cezaevlerinin dış korumasından sorumlu olan jandarma sayısının da dikkate alınması durumunda, cezaevlerinde istihdam edilenlerin sayısı, cezaevlerinde bulunan kişilerin sayısını geçmektedir. Ancak istihdam bu derece artarken, gerçekten ihtiyaç duyulan eğitim ve sağlık alanlarında personel sayısında bir artış söz konusu olmamıştır. Sadece bu veri bile, devletin hapishanelerde etkin ve verimli bir istihdam politikasını oluşturamadığını kanıtlamaktadır.[46]

*Fiziki şartlar bakımından oldukça kötü bir sicile sahip Türkiye hapishanelerindeki bir diğer önemli sorun, çocuk suçluların yetişkinlerle birlikte aynı mekanı paylaşıyor olmalarıdır. Her ne kadar, çocuk suçlular ile yetişkinler farklı bölümlerde barındırılıyorlarsa da; çocukların yetişkinlerle aynı kurallara tabi olmaları, çocukların gelişimin

45 Bıçak-KSÖS, s.202

46 Bıçak-KSÖS, s.201

olumsuz yönde etkilemektedir. Hapishanelerde sosyal faaliyetlerin az olması, fiziksel ve düşünsel gelişim çağındaki çocuklarda daha büyük tahribatlar yaratmaktadır.[47]

Bu, mevcut ve yakıcı, sorunlar listesini uzatmamız mümkün. Ancak bu kadarı bile, devletin, hapishaneler konusunda başarısız olduğunu ortaya koymaya yetmektedir. Bütün dünyada devletler, hapishanelerin yönetimi konusunda bir açmazla karşı karşıya kalmışlardır; çünkü devletin hapishaneleri işletmesi altından kalkılamaz sorunlara yol açmıştır. Bu durum, hapishane sorununu enikonu tartışılmasını ve hapishanelerin mutlaka devlet tarafından işletilmesi gerektiği yönündeki düşünceden farklı bir perspektif sunulmasını sağlamıştır. Bu konuda en radikal görüş, hapishanelerin özelleştirilmesidir

ÖZELLEŞTİRMECİ CEPHENİN ARGÜMANLARI

Drucker, herhangi bir etkinliğin uzunca bir süre devlet tarafından gerçekleştirilmesi halinde, bu etkinliğin neredeyse "ahlaki" bir nitelik kazandığını ve bu nedenle devletçe yürütülen etkinliklerin; kamu hizmetleri ve bir amacın elde edilmesinde kullanılan birer araç olarak değil, aksine birer sembol gibi ve kutsal nitelikli bir şey olarak görülmeye başlandığını ifade eder :"Bunlardan sonuç alınmaması "Farklı bir şey yapsak daha iyi olmaz mı ?" sorusuna yol açmaz. Bunun yerine, harcanan çabanın iki katına çıkarılmasına yol açar; sonuç alınmaması, yalnızca şer güçlerinin ne kadar etkin olduğuna işaret etmektedir."[48] Bu saptama, eğitim, ulaşım, sağlık, haberleşme, vb. alanlarda da geçerlidir ama, devlet-hapishane ilişkisinde bu saptamanın daha bir yerine oturduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de, hapishanelerin devletçe işletilmesi insanların zihinlerinde o kadar yer etmiştir ki; bunun aksi bir fikir serdetmek, adeta "kutsal"a saldırmak gibi algılanmakta; özellikle hapishanelerin özel sektöre devri fikri tepki ile karşılanmaktadır.

Ancak mevcut aşırı merkeziyetçi ve ayrımcı hapishane rejimi etkin ve verimli değildir; hapishaneleri insan haklarının yoğun bir şekilde ihlal edildiği ve mahkumların isyan ettiği bir mekana dönüştürmüştür. Yaşanan/yaşanmakta olan sorunlar, hapishanelerin devletçe işletilmesini tartışılmaz bir veri olmaktan çıkarmış, "kutsal"ı aşınmış ve hapishanelerin özel sektöre devrinin mümkün olup olmadığının tartışılmasını sağlamıştır. Bu tartışmanın öncülüğünü ABD yapmış, daha sonra Avustralya, Yeni Zelanda ve İngiltere'de, hapishanelerin özel sektöre devrinin olabilirliği üzerinde çalışılmaya başlanmıştır.[49]

Hapishanelerin özelleştirilmesini savunanların temel argümanı şudur : Özelleştirme ile, daha önce devletin tekel yetkisi altında olan kimi hizmetler özel sektöre devredildi ve bunlar-

47 Bıçak-KSÖS, s.201-202

48 Drucker, s.65-66

49 ABD'de 1990 yılı sonu itibarıyle, yetişkinlere yönelik 44 hapishane, özel sektör tarafından işletilmektedir. Buralarda barınan insan sayısı 15.000.'dir. ABD'de toplam 4900 cezaevi bulunmaktadır. Bu durumda, özel sektörce barındırılan mahkumların, toplam mahkumlara oranı %2'dir. Bıçak, s.203

dan başarı sağlandı. Aynı şekilde hapishaneler daha işlevsel mekanlar haline getirilebilir ve yaşanan sorunlar, en azından kısmen, giderilerek buralarda barınmak zorunda olan insanlara daha iyi yaşam koşulları sunulabilir. Hapishanelerin özelleştirilmesiyle ilgili olarak, hemen ilk etapta yanıtlanması gereken sorular vardır :

1. Akla gelen ilk soru bu kurumların ne şekilde özelleştirileceğidir. Bugüne kadar ki uygulamalar göz önüne alındığında, hapishanelerin, üç şekilde özelleştirilebileceği görülmektedir. Birincisi, hapishanelerin yapımının ve işletmesinin tamamen özel sektöre devridir. İkincisi, mahkum ve tutukluların barındırılması, iaşelerinin sağlanması, eğitim, sağlık, kültürel ve sosyal ihtiyaçlarının giderilmesi gibi hizmetlerin devlet memurları tarafından değil de, özel şirketler tarafından yerine getirilmesi biçimindeki sınırlı bir özelleştirmedir. Üçüncü ise, cezaevlerindeki işgücünün özelleştirilmesi yoluna gidilmesidir. Örneğin İngiltere'de futbol kulüplerinin kale arkası ağı ihtiyacının %60'ı mahkumların üretimleri ile karşılanmaktadır.[50]

2. Hapishanelerin özel sektöre devri halinde, devletin bu kurumlarla ilişkisinin ne şekilde cereyan edeceği ve özel şirketlere hangi bütçeyle nasıl bir uygulamayla ödeme yapılacağı sorulabilir. Devletin temel işlevi denetim olacaktır. Cezaevlerinin işletilmesinin sözleşmede öngörülen standartlarla uyum içinde olup olmadığı kamu makamlarınca denetlenecektir. Adalet Bakanlığı'na bağlı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü sözleşmede mahkum başına öngörülen meblağı, barındırılan mahkum ve hükümlü sayısına göre belli aralıklarla firmaya ödeyecektir.[51]

3. Özel sektörün, kar etmeyi amaçladığı, karını maksimize etmek amacıyla hapishanelerin standartlarını düşürebileceği ve bu durumda mahkumların haklarını ihlal edeceği ileri sürülmektedir. Bu argüman tamamen haklıdır ve böyle bir riskin gerçekleşme olasılığı her zaman vardır. Ancak bu durumda görev devlete düşmektedir. Bütün hapishaneleri denetlemeye yetkisine sahip olan devlet; özel hapishaneleri kurallara uymaları konusunda sürekli gözetim altında tutmalı, kurallara uymayan ve standartları ihlal eden firmalar için ağır cezalar öngörmeli ve gerektiğinde sözleşmesini feshetmelidir.[52] Kanımızca, hapishanelerin devlet tarafından işletilmesi halinde, bunların devlet görevlileri veya devlet dışı organla tarafından denetlenmesi yerine, hapishanelerin özel sektöre devredilerek bunun denetiminin devletçe yapılması, içerdeki insanların haklarının korunması açısından daha sağlıklı bir yol olacaktır.

4. Hapishanelerde devlet işletmeciliğine son vermenin tek alternatifinin, bunları kar amaçlı özel şirketlere tamamen devretmek olup olmadığı da sorulabilir. Hapishanelerin tamamen devlete bırakılması veya bütünüyle özel sektöre devredilmesi, ekstrem önerilerdir. Bu ikisinin arasında, değişik çareler de bulunabilir. Örneğin hapishanelerin korumasının ve dış güvenliğinin devlet tarafından sağlanması, ama içerdeki hizmetlerin bu alanda çalışan ve kar amacı gütmeyen gönüllü kuruluşlara, özel kurumlara ya da sivil toplum örgütlerine de devredilmesi düşünülebilir.

50 Bıçak-KSÖS, s.203
51 Bıçak-CÖ, s.49
52 Bıçak-CÖ, s.50

5. En önemli sorulardan biri de, hapishanelerin özelleştirilmesinden ne gibi yararların sağlanacağıdır. Bıçak'a, göre hapishanelerin özelleştirilmesinin başlıca dört önemli faydası vardır :

a. Modern toplumda suç olgusunun çok hızlı bir şekilde arttığını ve bu nedenle modern toplumların daha fazla hapishaneye ihtiyaç duyduğunu belirten Bıçak, hapishanelerin özelleştirilmesi halinde öncelikle, ortaya çıkan yatak talebinin hızlı bir şekilde karşılanacağını belirtir.

b. Devletin yaptığı kamu harcamaları azalacaktır. ABD'deki uygulamalar, hapishanelerin özel sektöre devrinin, maliyeti düşürdüğünü açıkça ortaya koymuştur. Bu durum, diğer ülkelerin de, düşük maliyet beklentisiyle, hapishaneleri özelleştirme yoluna gitmelerine sebebiyet vermiştir.

c. Etkin bir kamu denetimi sağlanacaktır. Hapishanelerin yönetimi ile denetiminin ayrılması, denetimin daha etkin şekilde gerçekleştirilmesine olanak verecektir. Özelleştirmenin kamuya daha fazla denetim imkanı vereceği beklentisi sözleşmenin bazı dinamiklerine dayanır. Öyle ki, ilk önce, rekabet baskısı kamu sektörünce geliştirilen çalışma kurallarının yeniden gözden geçirilmesine, değiştirilmesine zemin hazırlar. Etkin olmayan, verimsiz uygulamaları zaman içerisinde ortadan kaldırır. İkinci olarak, sözleşme yazılı olarak önceden belirlenmiş performans standartları ve amaçları ortaya koymaya kamu makamlarını iter. Üçüncü olarak kamu tarafından belirlenen standartlara uyulmadığını, özel firma tarafından işletilen cezaevlerinde ortaya koymak daha kolaydır. Dördüncü olarak, özelleştirme, yöneticilerin sonuç kalitesi üzerinde daha fazla yoğunlaşmalarına neden olur. Son olarak, siyasi iradenin ve yüksek kademe idarecilerinin alt seviyede görev yapanları kontrol etmede güçlük çektiği durumlar olabilir. Özelleştirme ile performansla ilgili amaçlara ve genel politikalara daha büyük oranda uyum söz konusu olacaktır. Örneğin, 1970'de Massachusetts'deki bir çocuk rehabilitasyon merkezi uygulamalarında reform yapmak üzere bir yönetici atanmış, ancak bu yönetici mevcut personelin alışılmış uygulamalarını değiştirememiştir. Bunun üzerine bu yönetici, eğitim kurslarını bir gecede kapatmış, çocukların eğitim konusunda bazı özel firmalarla sözleşme imzalamış ve sonuçta reform amaçlarını daha süratli bir şekilde gerçekleştirmiştir. Kamu yönetiminde personelin mevcut kültürünü değiştirmek güçlük arz etmektedir; oysa özel sektör yenilikleri ve çağın felsefesini yakalamaya daha yatkındır.

d. Devletin yıpratılması önlenecektir. Bıçak'a göre, hapishanelerdeki uygulamalar, standartların yerinde olup olmadığı tartışmaları ve hizmetin sunulmasındaki bazı kusurlar, personelin

kusuru olarak kabul edilmek yerine devleti yıpratmaya yönelik olarak kullanılmaktadır Oysa özelleştirmeyle, devlete bu şekilde yöneltilecek eleştiriler ortadan kaldırılabilecek; hizmetin sunulmasında kusuru görülen şirkete, ihlalin ağırlığa göre para cezası ya da sözleşmenin feshi gibi yaptırımlar uygulama imkanı doğacaktır.[53]

Özelleştirme ile, hapishaneler üzerinde etkin bir denetimin sağlandığı ve kamusal harcamaların azaldığı; bu yola başvuran ülkelerde elde edilmiş yararlardır. Bunda bir şüphe yok; ancak modern toplumda suçların sürekli artığı iddiası tartışılması gereken bir iddiadır. Suç artışını toplumsal ve siyasal yapıdan izole eden bu bakış açısı, suç oranı ile toplumsal yapı arasındaki bağlantıyı göz ardı etmektedir. Modernleşme derecesi ne olursa olsun bütün toplumlarda, toplumsal yapıda meydana gelen bazı değişkenlere bağlı olarak suç oranı artabileceği gibi azalabilmektedir. Örneğin gelir dağılımın nispeten düzeldiği ve istihdamın arttığı dönemlerde suç oranını azalırken, yoksulluğun yükselişe geçtiği zaman kesitlerinde de suç oranı artabilmektedir. Dolayısıyla, suç ve suçluluk olgusuna, modern toplumun zorunlu bir sonucu olarak bakmamak lazım gelir.

Aynı şekilde, suç ve suçluluğun artmasının belirleyici unsurlarından birinin, siyasal rejimlerin tutumu olduğu da unutulmamalıdır. Bilindiği gibi ceza yargılaması; bir yandan özgürlüklerin korunmasını, diğer yandan toplumsal düzenin sağlanmasını amaçladığından, devlet ile birey daima karşı karşıya geldiği bir hukuk alanıdır. Birey özgürlük alanını genişletmek, devlet ise kendini korumak ister. Otoriter siyasal rejimlerde devlet kendini korumak için, bireyin özgürlük alanını alabildiğince daraltır ve bu alanın dışında kalan her talebi "suç" ve bu talepleri dile getirenleri de "suçlu" olarak algılar. Bu nedenle, otoriter bir devlette suç ve suçlu sayısı alabildiğine artmaktadır.[54] Bu gerçekler ışığında; modern toplumda suç oranın artışını bağımsız bir veri olarak almaktansa, suç artışın içinde bulunulan toplumun toplumsal ve siyasal yapıyla açıklamak daha yararlı sonuçlara ulaştırabilir.[55]

Hapishanelerin özelleştirilmesi düşüncesini temellendirirken, başlıca kaygının devletin şikayetlerden kurtarılması değil; hapishanelerde bulunan insanların insan hakların nasıl daha iyi koruruz anlayışı olması gerektiği de, üzerinde durulması gereken bir diğer önemli noktadır. Aksi takdirde, özelleştirilen hapishanelerde devleti şikayetlerden kurtarmak mümkün olabilir ama insan hakları ihlalleri devam eder. Herhalde özelleştirmeden beklenen bu değildir.

Hapishanelerin özelleştirilmesinde asıl düşünce, insan haklarını korumak olmalıdır. Hukuki altyapısı güçlü bir özelleştirme bu imkanı sağlayabilir. Şöyle ki, devlet hapishanelere hükmettiğinde, hapishaneleri ya devlet görevlilileri ya da devlet dışı kuruluşlar (ki buna izin verecek olan da devlettir) kuruluşlar denetleyecektir. Devlet görevlilerinin denetlemelerinde her zaman objektif olacakları garanti edilemez. Hele, "güçlü devlet" anlayışının hakim olduğu ülkelerde, devletin sebep olduğu ihlallerin, "devleti zaafiyete uğratır" endişesiyle, görevlilerce gündeme getirilmemesi uzak bir ihtimal değildir. Öte yandan bağımsız kuruluşların ne kadar sağlıklı bir görev yapacağı ise devletin takınacağı tutuma bağlıdır. Güçlü devlet, son derece sınırlı bir denetleme imkanlarını son derece sınırlandırabilir ve hatta Türkiye'de olduğu gibi hapishaneleri gözetlemek amacıyla kurulacak örgütlere kimin katılacağını belirleme hakkını da kendinde görebilir. Her iki olasılıkta da, mahkumların haklarını korumak oldukça güç olacaktır.

Oysa özel sektör elindeki hapishanelerin devlet tarafından denetlenmesinde böyle bir güçlük arz etmez. Devlet her yerde, özel sektörden daha kuvvetlidir, daha büyük imkanlara sahiptir. Devletin, ciddi biçimde denetlemek isteyip de denetlemeyeceği bir hapishane söz konusu olamaz. Güçlü bir hukuk devleti için, bütün hapishanelerde mahkumların haklarının korunup korunmadığını denetlemede ciddi bir sıkıntı doğmayacaktır. Bu, mahkumların insan haklarının devlet hapishanelerine oranla daha bir güvence altına alır. Ayrıca, mahkumların en önemli sıkıntılarını teşkil eden iaşenin sağlanması., eğitim, sağlık, temizlik ve sosyal faaliyetlerin sağlanması konusunda denetim altındaki bir özel sektör, devlete oranla, mahkumlar için daha faydalı olabilecektir.

SONUÇ

Dünya, kimsenin yetişemediği bir, hızla değişiyor; bugün "yeni" bilinen, yarın hemen "eski"ye dönebiliyor. Değişim, olumlu ve olumsuz unsurları birlikte ihtiva ediyor; kimi sorunları çözerken, kimi sorunları azıtıyor ya da yeni sorunlara sebebiyet veriyor. Eski yaklaşımlarla bir türlü çözüme kavuşturulamayan bu sorunlar karşısında, herkes kendi "doğru"larını test etme zorunluluğunu duyuyor.

Nesnel bir değişim süreci olan küreselleşme, "etkin ve itibarlı olmayan her düzeydeki organizasyonu tasfiye etmektedir"[56] Bu nedenle, devletler de; küreselleşme sürecinde tasfiye olmamak ve yeni düzene ayak uydurabilmek için kendilerini yeniden yapılandırmak mecburiyetindedirler. Bu süreçte öne çıkan devlet, "üretimden

53 Bu konuda bkz : Bıçak-CÖ, s.49-50; Bıçak-KSÖS, s.204-205; Bıçak-CAYK, s.216-217; Bıçak, Radikal, 08.01.2001

54 Siyasi rejimler ile hukuki düzen bağlantısı için bkz : Yurtcan, s.4-6; Soyaslan, s.3-4

55 Siyasal rejimlerin tutumuyla, suç oranın artması arasındaki bağlantıyı gösteren, ülkemizin yakın zamanlarına dair iki örnek vermek, konuyu daha somuta indirgeyebilir : Anayasal bir hak olan dilekçe hakkını kullanan öğrenciler, siyasal iradenin konjüktürel tercihi nedeniyle "suçlu" olarak görülmüşler ve binlerce öğrenci gözaltına alınıp haklarında davalar açılmıştır. Aynı şekilde TCK'nın 169. maddesi, uzun yıllar boyunca, neredeyse herkesi "yardım-yataklıktan" mahkum edecek biçimde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Hatta bu öylesine abartılmıştır ki, en sonunda devlet bile, binlerce insanın boş yere hapishanelere tıkıldığına kanaat getirmiş ve 169. maddeyi "af" yasasının kapsamına almıştır. (23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun; Kanun No : 4616, Kabul Tarihi : 21.12.2000, www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4616.html) Bu örnekler çoğaltılabilir; örneğin, 141, 142 ve 163. maddelerin, kaldırılmadan önce ne tür uygulama facialarına yol açtığına işaret edilebilir. Durum bu iken, modern toplumdaki suç oranın artışında, siyasal rejimlerin direkt etkisini mutlaka dikkate almak gerekiyor.

56 Toprak-Demir, s.140

dağıtıma her şeyi kendi yapmaya çalışan, özgürlüklerin sınırını dar tutup baskı politikaları izleyen devlet değil, tersine piyasanın tek başına altından kalkamayacağı alanlarda görev üstlenen küçük ama etkin hizmetkar devlettir."[57] Küreselleşme sürecinde, devletin yetkilerini aşındırılmıştır ama, hala ekonomik ve siyasal yaşamın en önemli aktörünün devlet olduğu tartışılmazdır. Küreselleşme sürecinde önemli olan nokta; yapısal değişimlerin sonucu olarak, bu güçlü aktörün diğer güçlü araçlarla birlikte çalışmaya kendini hazırlamak zorunda olmasıdır. "Başarılı olmak için devletin artık özel şirketlerin temsil ettiği güçten yararlanmaya, onlarla birlikte çalışmaya muktedir olması ve keza birçok supranasyonal organla çalışması gerekiyor. Kısaca devlet artık gücünü paylaşmak zorundadır."[58]

Devletin gücünü paylaşması gereken alanlardan biri de hapishanelerdir. Hapishaneler, uzunca bir süredir, kalitesizlik, verimsizlik ve hak ihlalleriyle maruf mekanlar olmuşlardır. Denilebilir ki; devlet hapishaneleri insanları özgürlüğünden etmekle yetinmemekte, mevcut standartlarıyla adeta ikinci kez cezalandırmaktadır. Bu nedenle günümüz dünyasında hapishaneler, bu mekanlardaki standartlardan müşteki mahkumların eylemleri/ayaklanmaları nedeniyle, en önemli toplumsal tartışma konularından birini oluşturmakta ve buralardaki mutlak devlet hakimiyeti sorgulanır olmaktadır.

İlk bakışta devletin hapishaneler üzerindeki yetkilerin kısıtlamak, hapishaneleri ve burada yürütülen bazı hizmetleri kar amacını güden özel firmalara devretmek, gayri-ahlaki bir tutum olarak değerlendirilebilir. Ancak hapishanelerin mutlaka devletçe yönetilmesini gerekli kılan özel veya ahlaki bir durum söz konusu değildir. Özel hapishanelerin varlığı 19. yüzyıl ortalarına kadar, endüstrileşmiş ilkelerde bir norm idi. mahkum işçilere getirilen kısıtlamalar ve bu hapishanelerdeki kötü şartlar sonucu yaşanan skandallar, devletin hapishaneleri özel sektörün elinden almasına neden olmuştur. Günümüzde yeniden başlayan özelleştirme hareketini, 19. yüzyıl şartlarına basit bir dönüş olarak algılamamak gerekir. Tamamen farklı bir bağlamda gerçekleşen yeniden özelleştirme hareketinin amacı, hapishanelerin nasıl daha etkin bir hale getirileceği ve kamu ile özel sektör arasında bir işbölümünün mümkün olup olmadığı hususlarındaki arayışlardır.[59]

Tarihsel süreç içerisinde, ceza-infaz hukukunun ve hapishanelerin önemli bir ilerleme kaydettiğini teslim etmek gerekir. "Suç" un bireyselleşmesi ve "suçlu"nun idam ve işkence gibi bir infazı beklediği ya da suçun karşılığı olan bedeli ödediği kadar kapatıldığı feodal zindanlardan, hapishane gibi giderek standartlaşan, süre ile ölçülen bir ceza-hapis-infaz kurumuna geçilmiştir. Ceza-infaz mekanizmalarının modernleşmesinin ilk adımını teşkil eden bu önemli gelişmeden sonra, zamanla dikkatler sadece suç ve hapis olgusu üzerinde değil, suçun ve suçlunun oluşumunda hangi etmenlerin rol oynadığı üzerinde yoğunlaşmaya başlamıştır. Bu ise, suçun infazından gözetilen amacın, salt bir "cezalandırma" olmaktan çıkmasına, bir "ıslah" ve "yeniden topluma kazandırma" olarak algılanmasına neden olmuştur. Böylece başlangıçta mahkumu toplumun normal faaliyetlerinden neredeyse tamamen tecritli kılarak uygulanan hapis cezası, giderek mahkumun eğlence dahil, birçok toplumsal etkinlikten yararlanabildiği bir ortamda çekilir hale gelmiştir.

Bugün yapılması gereken, ceza-infaz mekanizmalarının/mekanlarının insancıllaştırılmasını bir adım daha öne götürmektir. Bunun için de, hapishanelerin, fizik şartlarından sunulan imkanlara kadar, yeni bir anlayışla yapılandırılması büyük bir önem taşımaktadır. Bu noktada, özellikle işlerin sağlanması, sağlık, temizlik, eğitim ve sosyal hizmetlerin sunumu gibi konularda, özel sektörün sahip olduğu olanaklardan ve dinamizminden faydalanılmalıdır. Özelleştirilen hapishanelerden beklenilenin elde edilebilmesinde, devlete ve toplumsal kesimlere önemli görevler düşmektedir. Hiç kuşkusuz, özel sektör hapishaneleri kar etmek amacıyla devralmaktadır. Devletin ve toplumsal kesimlerin ödevi, özel sektörün, bu kar amaçlı faaliyetini yürütürken insan haklarına uymasını sağlayacak bir denetimi gerçekleştirmektir. Bu amaca binaen devlet, öncelikli olarak yapılması sağlam, net ve üstün bir hukuksal çerçeve inşa etmelidir. Günümüz infaz sistemi, cezalandırmanın vazgeçilmez unsurunun, hukuk devleti ilkesini şiar edinen çağdaş bir hukuk düzeni olduğunun altını çizmektedir.[60] Ancak tek başına, hukuk devleti ilkesi yeterli güvenceyi sağlayamaz. Sancar'ın işaret ettiği gibi, modern devletten kaynaklı sorunların çözümünü üçlü bir kombinasyon içinde değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda, "hukuk devleti ve kavramı altında toplanan kural ve mekanizmalar önemli bir ilk adım oluşturmalarına rağmen, bu işi tek başına yapabilme yeteneğine sahip değildirler. Bu noktada hukuksal kurum ve mekanizmaları etik değerlere bağlayacak bir referansa ihtiyaç vardır. Bu referans da, bugün için en genel ifadesini "insan onuru" ve "insan hakları" kavramlarında bulur. Öte yandan "etkili toplumsal denetim" olmaksızın bu mekanizmaların işlevsiz kalması ve etik referansın bir kenara bırakılması da zor olmaz. Etkili toplumsal denetim için ise, bir model olarak "çoğulcu demokrasi" en etkili çerçeve gibi görünüyor."[61]

Kısacası, hapishanelerin özel sektöre devrini engelleyen herhangi bir hukuki, ahlaki ve ekonomik neden söz konusu değildir. Ancak bu işlemin umulan sonucu doğurabilmesi için; bir hukuk devletine uygun faal bir hukuksal yapıya, bütün hapishanelerde insan hakları ilkelerini üstün kılacak mekanizmalara ve bunların denetimini etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine

57 Acar, s.25
58 Erdoğan, s.55
59 Bıçak-KSÖS, s.203

60 Cinmen, s.63
61 Sancar, s.44

olanak tanıyacak çoğulcu bir demokrasiye ihtiyaç vardır. Hukuk devleti, insan hakları ve çoğulcu demokrasi ilkelerinin yaygınlaşıp evrenselleşmesi ise ancak küresel dinamiklerle gerçekleştirilebilir. Özgürlük ve açıklık savunucularının, küreselleşmeyi savunmalarını bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

KAYNAKLAR

ACAR Mustafa: Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme : Tehdit mi, Fırsat mı ?, Liberal Düşünce, Sayı 25-26, Kış-Bahar 2002

BARRY Norman: The Promise of Globalisation, Liberal Düşünce, Sayı 25-26, Kış-Bahar 2002-08-22

BAUMANN Zygmunt: Modernite ve Holocaust, Çeviri : Süha Sertaboğlu, Sarmal Yayınları, İstanbul, 1997

BIÇAK Vahit : Hürriyeti Bağlayıcı Cezaları İnfaz Sistemi : Kamu Sektörü-Özel Sektör İlişkisi, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2001 (Metinde, "Bıçak-KSÖS" olarak gösterilmiştir.)

BIÇAK Vahit :Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik, b.y :Kamu Yönetiminde Kalite, Editör : Ö. Peker, 1999 (Metinde, "Bıçak-CAYK" olarak gösterilmiştir.)

BIÇAK Vahit : Cezaevleri de Özelleştirilmeli, Liberal Düşünce, Sayı 12, Güz 1998 (Metinde, "Bıçak-CÖ" olarak gösterilmiştir.)

BIÇAK Vahit : Cezaevleri Özelleşebilir, Radikal, 08.01.2001

BORA Tanıl : Hapishane Rejimi : Bir "Seri Katil" Zihniyeti, Birikim, Sayı 136, Ağustos 2000

CİNMEN Ergin: Tecrit Politikası, F Tipi Cezaevi ve Tutukevi, Birikim, Sayı 136, Ağustos 2000

DÖNMEZER S.-ERMAN S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Beta Yayınları, İstanbul, 1997

DRUCKER Peter F.: Yeni Gerçekler, Çeviri : Birtane Karanakçı, T. İş. B. Yayınları, 1994, Ankara

ELBAN Hasan Kemal: Amerikan Rüyasının Arka Sokaklarında Cezaevi Gerçeği ve Biz, Birikim, Sayı 136, Ağustos 2000

ERDOĞAN Mustafa: Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye, Liberal Düşünce, Sayı 25-26, Kış Bahar 2002

FOUCAULT Michel: Hapishanenin Doğuşu, Çeviri : Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitapevi, Ankara, 2000

KALEAĞASI Bahadır: Küreyi Saran Yoksulluk, Radikal, 01.06.2002

KAPTANOĞLU Cem: Panapticondan F Tipine Tecrit, Birikim, Sayı 136, Ağustos 2000

ÖZDEK Yasemin: Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler, Amme İdaresi Dergisi 33/4, Aralık 2000

PIERSON Christopher: Modern Devlet, Çeviri : Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul, 2000

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Yayınları, Ankara,1999

SANCAR Mithat: Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu-Batı Sayı 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001,

TOPRAK M.- DEMİR Ö.: Özgürlük, Ekonomik Gelişme ve Küreselleşme, Liberal Düşünce, Sayı 25-26, Kış-Bahar 2002

YURTCAN Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Basım-Yayım, İstanbul, 1994

WAGNER Peter: Modernliğin Sosyolojisi : Özgürlük ve Cezalandırma, Çeviri : Mehmet Küçük, Sarmal Yayınları, İstanbul, 1996

WEBER Max: Sosyoloji Yazıları, Çeviri : Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002

Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde "Neminem Laedere" İlkesi

Alman Hukukunda üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlalleri problematiğine ilişkin bir dogmatik diskur

Osman Can[*]

1. Kavram, gelişim ve bugünkü anlamı

Günümüz literatüründe "Neminem-laedere" ilkesinin içeriğini ve anlamını yansıtan farklı kavramlar ve tamlamalar kullanılmaktadır. Birkaçını saymak gerekirse:

- Genel zarar verme yasağı (alterum non laedere / Allgemeines Schädigungsverbot)[1],
- İhlal etmeme sınırı (Nichtstörungsschranke)[2],
- İhlal etmeme yükümü (Nichtstörungspflicht)[3],
- İhlal yasağı (Störungsverbot) ...

Neminem-laedere ilkesi sözcük anlamı olarak "kimseye kötülük yapmamak" anlamına gelir[4] ve dar anlamıyla hiç kimsenin başkalarının haklarını ve temel haklarını ihlal etme hakkına sahip olmadığını anlatır. Çünkü bir kişinin özgürlüğü başkasının özgürlüğünün başladığı yerde son bulur.

Tarihi gelişime baktığımızda Justinian'ın Kurumlar (Institutionen) 1. Başlık, 1. Kitabında (Adalet ve Hukuk üzerine) şu ifadeleri görürüz: "Hukukun gerekleri şunlardır: onurlu yaşamak, başkasına zarar vermemek, herkese hakkını vermek/tanımak"[5]. Corpus Iuris Civilis'te adı geçen bu temel ilke üç "praecepta iuris"ten biri olarak kabul edilir. Bu ilke sonraları çoğu kez bağımsız olarak algılanır ve "Neminem-Laedere" olarak daha dar bir biçimde formüle edilir. Bu temel ilke daha sonra Ulpian tarafından "lex iuridica" (asli pozitif-hukuksal yasa) konumuna yükseltilir[6].

Zaman içinde "genel zarar verme yasağı" biçiminde zamanlar üstü bir hukuksal ilke –doğal hukuk ilkesi – yerine üç basamaklı bir gelişimin varlığı hissettirdiğini görürüz: Antik dolus yasağı, istisnasız/boşluksuz hukuk sisteminin çıkış noktası olarak rasyonel-hukuksal ihlal yasağı (Grotius[7], Puffendorf[8] ve Kant[9]) ile kısmen antik döneme başvuran, yine de kusur ilkesinin hakimiyetindeki Pandekt bilimcilerin/hukukçuların ve BGB hazırlayıcısının yaklaşımı.

Neminem-laedere ilkesinin günümüzdeki yansımasını yasal düzlemde BGB'nin 823/1 maddesinde görürüz[10]. Bu maddeye göre, her kim kasten ya da taksirle başkasının yaşam, beden, sağlık, özgürlük, mülkiyet ya da diğer bir hakkını hukuka aykırı bir biçimde zarara uğratırsa, mağdura bu eyleminden kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu maddeden anlaşılacağı üzere, liberal hukuk düzeni, bireylerin özgürlüklerini birbirlerinden öyle bir tarzda ayrıştırır ki, birinin hukuksal çıkarlarına başka birinin müdahalesi, ancak çıkar sahibi bireyin onayıyla mümkün olabilmektedir. Demek ki liberal hukuk düzeni içinde yabancı hukuksal yararların ya da bu yararlar üzerindeki diğer tasarrufların kullanılması, tüketilmesi veya bunların ihlal edilmesine olanak tanınmaz[11].

Neminem-laedere ilkesi anlamını ve önemini her ne kadar borçlar ve sözleşme hukukunda kazandıysa da, kamu hukukunda ilk önce uluslararası hukukta[12], sonra ise ceza hukukunda hukuka aykırılığın tespitinde uygulama alanı buldu. Günümüzde ise Neminem-laedere ilkesinin üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerinin anayasaya aykırılıklarının tespitinde rol alıp alamayacağı tartışılmaktadır.

2. Doğal düzende (Doğal hukuka göre) "başkalarının hakları"

Temel hak sınırlamalarının meşruluk dayanağını oluşturan "başkalarının hakları" kavramının içeriğini anlayabilmek için öncelikle temel hak anlayışı açısından önem arz eden sınırlama nedeninin doğal hukuksal kökeninin açıklanmasında yarar var.

Locke'a göre doğal düzen bir kararsızlık (Ambivalenz) durumudur. Doğal düzen bir yandan insanların doğal yasaların çizdiği sınırlar içinde kendi eylemlerini düzenleme ve kendi mülkiyetleri ve kişilikleri üzerinde kendi

(*) Yrd. Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü

1 Schiemann, Gottfried, Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere", JuS 1989, 345 vd; Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Cilt 5, 1992, s. 190.

2 Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Cilt III-2, 1994, s. 311vd.

3 Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1, in: Maunz-Herzog-Dürig, Grundgesetzkommentar, Kn (Kenar No): 70vd.

4 http://www.psycho.uni-osnabrueck.de/~suck/script/eth.ps (19.09.2002)

5 "haec sunt praecepta iuris: honeste vivere, neminem laedere; suum cuique tribuere", bkz. http://home.snafu.de/christian.goerlitz/Sprichwoerter_und_Zitate.htm (19.09.2002)

6 Schiemann, Gottfried, a.g.e., s. 345 vd.

7 Grotius genel ihlal yasağını, başkasının kusurlu her türlü zarar verme (maleficium) eyleminde devreye girer biçiminde formüle eder. Grotius'un bu yaklaşımı ihlal yasağını ussal hukukun (doğal hukuk) kapsamlı ve temel bir ilkesi haline getirmektedir, bkz. Schiemann, Gottfried, Das allgemeine..., s. 348.

8 Puffendorf açıkça Grotius'a katılmakta, ancak görüşünü daha da ilerletmektedir. Puffendorf genel ihlal yasağı kavramına kusurlu eylem (maleficium) kavramının tanımından ulaşmamaktadır, o daha çok "alterum non laedere" kavramının 'toplum içindeki insan'ın yükümlülükleri sisteminde taşıdığı anlamdan hareket eder. Schiemann, Gottfried, Das allgemeine..., s. 349.

9 Kant yükümlülükleri dağılımında ihlal yasağına merkezi bir önem verir. Schiemann, Gottfried, a.g.e.

10 Picker'e göre "neminem laedere" Antikten Kant'a kadar ve aynı biçimde positiv talep ihlali ve culpa in contrahendo'nun meşruiyet kaynağı olmasına kadar zamanlar üstü bir hukuksal yargının ifadesi olarak geçerliliğini korumuş ve korumaya da devam etmektedir. Schiemann, Gottfried, Das allgemeine..., s. 346'e atfen.

11 Murswieck, Dietrich, Private Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, DVBl 1994, s. 80.

12 Bu Grotius'un "Über das Recht des Krieges und des Friedens" adlı ve ilk defa 1625 yılında basılan eserinde dile getirilmektedir. Bkz., Schiemann, Gottfried, a.g.e., s. 348.

arzularına göre tam bir tasarruf etme özgürlüğü tanıyan bir durumdur, ancak bunun da ötesinde aynı zamanda diğer insanlarla eşit olma durumudur. Buradan ise herkesin eşit özgürlüğü biçimindeki doğal hukuksal konsepsiyondan, herkesin eşit ve bağımsız olmasından dolayı hiç kimsenin diğerinin yaşam ve mülkiyet, sağlık ve özgürlüğüne zarar veremeyeceği biçimde bir bireysel özgürlük sınırlaması çıkmaktadır[13]. Locke'a göre birey başkasının keyfi egemenliği altına giremez... ve doğal yaşamda başkasının yaşam ve mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf hakkı ancak doğal hukukun ona kendi yaşamını koruması için zorunlu olduğu kadar vardır[14]. Christian Wolff'da da tüm insanların doğa gereği eşit ve özgür olup devredilmez/vazgeçilmez insan haklarına sahip olduklarını görürüz. Bu hakları şöyle sıralayabiliriz: Eşitlik, özgürlük, güvenlik ve meşru müdafaa ve zarar verenin/hakları ihlal edenin cezalandırılmasını talep etme hakkı[15]. C.G. Svarez, doğal özgürlüğü sınırlayan, hiç kimseye hakaret etmeme ve herkese kendisine ait olanı bırakma biçimindeki ödevin türetildiği "ihlal etmeme yükümü"nden soyut olarak söz etmektedir[16]. O halde başkalarına zarar vermeye yönelmemiş bireysel yararların tümü, o bireyin doğal haklarıdır ve bu nitelikleriyle doğal düzende ihlal edici özgürlük kullanımlarının sınırı olarak etki doğurur. Buna karşın K. A. Bettermann'a göre üçüncü kişilerin yaşadığı basit menfaat ihlali, basit zarar ya da mağduriyet yeterli değildir. "Neminem laede" dediğimiz özgürlüğün sınırlarını aşma yasağı yalın "neminem noce"[17] ya da "neminem tange"[18] ile eşdeğer değildir[19].

Temel hakların devlet öncesi doğal hukuktan kaynaklanan geçerliliği temel hak normunun belki moral sorumluluk etkisi ve sosyal-etik geçerliliği olarak kabul edilebilir, ancak temel hakkın pozitif hukukça garanti edilmiş geçerliliği anlamına gelmemektedir. Bu tür geçerlilik için işleyen bir hukuksal koruma mekanizmasının –yani devletin- o temel hak normunun geçerliliğini sağlaması gerekir[20]. Kısaca pozitif bir hukuk düzeninde "başkalarının hakları" geçerliliklerini doğal hukuktan almaz, bilakis devlet erki tarafından yasal olarak düzenlenir ve belirlenirler.

3. Neminem laedere-ilkesinin kaynağı olarak "başkalarının hakları"?

Alman Anayasasında genel eylem özgürlüğü olarak da adlandırılan "kişiliği özgürce geliştirme hakkı"nın sınırlarını çizen Md. 2/1'deki "başkalarının hakları", temel hakların sınırı olarak dikkati çekmektedir[21]. Bu maddedeki düzenleme, kapsamı genişleyen bir temel hak sınırlamasını gün ışığına çıkarmaktadır: Neminem-laedere-ilkesi[22]. Bir temel hak kullanımı başkalarının temel haklarına ve anayasaya uygun yasalarda varlığını bulan hukuk düzenine riayet etme yükümü altındadır[23]. Metinlerinde herhangi bir sınırlama kuralına yer verilmeyen temel haklar dahi genel kanıya göre anayasal koruma altındaki hukuksal değerlerle sınırlıdır. Pratik bir sonuç olarak bu tez Alman Anayasa Mahkemesinin görüşüyle[24] uyum içindedir[25]. Bu bakımdan her bir temel hak sahibi, anayasal değerleri ihlal etmeme yükümü altındadır. Buna rağmen ihlal ediyorsa kolluk güçlerinin müdahalesiyle ya da cezai yaptırımlarla karşılaşır. Bu yüküm şüphesiz, anayasaya uygun yasal sınırlamalara ve kamu yararının ifadesi olarak anayasal korumadan yararlanan anayasal düzeydeki diğer hukuksal yararlara dayandıkları ölçüde, aynı zamanda bir temel yükümlülüktür. Ancak Neminem-laedere ilkesinin bir temel yükümlülük olarak Alman Anayasasının Md. 2/1'deki sınırlama üçlüsünden çıktığı iddiası sorunlu gözükmektedir. Çünkü Alman Anayasası açıkça yalnızca devlet erkinin temel haklarla bağlılığını öngörmektedir, buna karşın üçüncü kişilerin bağlılığından söz etmemektedir[26]. Bu bağlılık her ne kadar temel hakların üçüncü kişilerin temel haklara bağlılığını kabul eden Üçüncül Etki Teorileri (Drittwirkungstheorien) yoluyla sağlanabiliyorsa da, esasen İhlal etmeme yükümünün (Nichtstörungspflicht) böyle bir temellendirmeye gereksinimi de yoktur. Isensee'nin haklı olarak belirttiği gibi, bu yüküm zaten devlete dönük karışmama/dokunmama nitelikli temel hak korumasının negatif yüzünden çıkmaktadır. Ona göre temel hak koruması, eğer bu temel haklar üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı korunamayacaksa anlamsız hale gelecektir. Bir kişinin diğerine isteklerini

13 Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Cilt III-2, München 1994, s. 304.

14 Locke, John, Two Treatises on Government, Chapter 11, Sec.135, http://history.hanover.edu/early/locke/j-l2-016.htm, (16.09.2002)

15 Wolff, Christian, Institutiones Juris Naturae et Gentium, 1752, § 95'den aktaran, Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 12. Bası, München 1994, s. 326.

16 Stern, Klaus, a.g.e., s. 305.

17 "kimseyi huzursuz etme!" olarak çevrilebilir.

18 "kimseye dokunma!" olarak çevrilebilir.

19 Bettermann, K. August, Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968, s. 10.

20 Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 12. Bası, München 1994, s. 326 vd.

21 Bettermann, K. August, a.g.e., s. 9.

22 Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983, s. 44. Buna benzer olarak Dürig de "Neminem laedere" ilkesinin Md. 2/1'deki "sınırlama üçlüsü"nde ifadesini bulduğunu belirtmektedir, Dürig, Art. 2 Abs. 1 Kn. 22.

23 Örnek olarak "Neminem-laedere" ilkesinin genel eylem özgürlüğünün sınırı olarak Bayern Anasasının 10. maddesinde düzenlenmesi gösterilebilir: "Herkes yasalar ve ahlak çerçevesinde başkalarına zarar vermeyecek her şeyi yapma özgürlüğüne sahiptir."

24 BVerfGE 30, 173 (193): "Sanat ve din özgürlüğü gibi kayıtsız olarak garanti edilen temel haklar, anayasal değerler düzeni ve bu düzene temel oluşturan değerler sisteminin dikkate alınmak suretiyle yalnızca anayasanın kendisi tarafından sınırlandırılabilir."

25 Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit..., s. 45, Dipnot (dn). 105.

26 Alman anayasasının Md.1/3, takip eden maddelerdeki temel hakların doğrudan doğruya geçerli hukuk olarak yasamayı, yürütmeyi ve yargılamayı bağlayacağından söz etmekte, ancak kişileri de bağlayacağına ilişkin açık bir hüküm öngörmemektedir. Oysa ki Türk Anayasasının Md. 12/2 açıkça temel hak ve özgürlüklerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı hak ve sorumluluklarını da içerdiğini kabul etmektedir. Anayasamızdaki bu düzenleme hak-yükümlülük sorunsalının çözümünü ve yine alman kaynaklı "Drittwirkung" tartışmalarını da sonuca bağlamayı kolaylaştırmaktadır.

zorla kabul ettirmesi ve bu şekilde onun hukuk sahasını ihlal etmesine ilişkin yasak, özel hukukta kişi özerkliğinin doğal bir sonucudur. Ancak bu aynı zamanda temel hak sisteminin de zorunlu bir ön şartıdır. Kişi özerkliği hukuksal eşitlik koşullarında, ancak tüm kişilerin karşılıklı olarak birbirlerinin iradesine saygı duymaları, hukuksal yararlarına saygı göstermeleri, yine zor, tehdit ve hileden ve aynı şekilde zora dayanmayan yöntemlerle ihlalden kaçınmaları durumunda sağlanabilecektir[27]. Neminem-laedere ilkesi, temel hak koruma yükümünün aynı zamanda bu temel haklarla bağlı olan bütün erkler için geçerli olduğu düşüncesinden de pekala çıkarılabilir[28].

O halde kendi istek ve arzularını başkalarının iradesi hilafına zor kullanarak kabul ettirmek biçiminde bir özgürlük söz konusu olamaz. Kişinin özgürlüğü diğerinin özgürlüğünün başladığı yerde biter. Bu durumda hukuk devleti bireyler için, herkese özgürlüğünü yaşayabilecek eşit hukuksal çerçeve koşulları sağlayan koordinatör olarak işlev görür. Neminem-Laedere ilkesi bu çerçeve koşulların en temel unsurudur[29]. Alman anayasasının Md. 2/1'deki "başkalarının hakları" biçimindeki kavramsal nitelendirme şüphesiz Neminem-Laedere ilkesi için önemli çıkış noktasıdır[30].

4. "Neminem laedere yasağı" ve temel hakların sınırı

İnsanların hukuksal olarak düzenlenmiş her tür yanyanalık ve birarada-lığında bireyin hakları bir biçimde sınırını başkalarının haklarının korunmasında bulur. Bunların korunması temel hakların sınırlanması için öteden beri ve günümüzde çeşitli dönemlerin temel hak koruması formülasyonlarında çok çeşitli biçimlerde yansımasını bulan merkezi bir öneme sahiptir. Alman anayasasında Md. 2/1'deki "başkalarının hakları" niteliği ve anlamına göre temel hak sınırlaması olabilecek niteliktedir. Zaten başkalarının temel hakları özellikle anayasal koruma yükümü objesi olarak aynı zamanda sınırlandırma açısından da önemlidir[31]. Nitekim Stern başkalarının haklarını ihlal etme yasağını temel hak sınırlamalarının meşruiyet kaynağı olarak görmektedir[32].

Bu bağlamda ihlal etme yasağı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen temel hak ihlallerinin anayasaya aykırılığının tespiti için akla gelmektedir. Anayasaca onaylanmamış müdahale anayasaya aykırıdır. Normatif unsur açısından önemli olan yalnızca hukuka aykırı müdahaledir. Peki ceza hukuku ya da idare hukuku açısından

27 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht ..., s. 198.

28 Stern, Klaus, a.g.e., s. 1029.

29 Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 197.

30 Kriele, Martin, Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, in: Recht-Vernunft-Wirklichkeit, Berlin 1990, s. 622.

31 Devletin koruma yükümünü devreye sokan temel haklara özellikle yaşam ve vücut dokunulmazlığı hakkını örnek verebiliriz.

32 Stern, Klaus, a.g.e., s. 302.

hukuka aykırı olan bir müdahale acaba aynı zamanda anayasaya da aykırı olur mu? Anayasaya aykırılık tek başına alt hukuktan çıkarılamaz. Alt hukuk anayasal aykırılık yargısı yaratamaz, ancak bunu somutlaştırır ve uygulanabilir hale getirir. Anayasal aykırılık yargısı doğrudan doğruya anayasal kriterlerden çıkmaktadır: Güç kullanma yasağı ve Neminem-laedere ilkesi gibi[33]. Bu ilkeler, üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı koruma normları koyma ve –yasal dayanağa sahip- müdahale savma yoluyla somutlaşır. Devlet temel hak ve özgürlüklerin kendisine yüklediği koruma yükümünü bu biçimde yerine getirir.

4.1 Neminem laedere-ilkesi ve yasa kayıtlı temel haklar

Başkalarının basit yasa kayıtlı temel haklarına üçüncü kişilerden kaynaklanan müdahalelerin, ihlal edenin savma (Abwehrrechte) hakkı kapsamına girdiğini söylemek zordur. Hukuk düzenince onaylanan bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan üçüncü kişi müdahalesi, Neminem-Laedere kuralını ihlal eder. Bu tür müdahaleler sınırlarını yasalarda ya da yasalara dayalı olarak yapılan idari işlemlerde bulurlar[34]. Bununla birlikte yasa koyucunun sınırlama yetkisinin yanında öncelikle bir tanımlama/düzenleme yetkisi de vardır. Alman Anayasa Mahkemesi düzenleme ile sınırlandırma arasındaki farkı, birincisinde temel hakların "içten" yani kendi yapısından hareketle belirlenmesi, ikincisinde ise ilgili temel hakka dışarıdan sınır çizilmesi biçiminde açıklamaktadır[35].

Üçüncü kişi kaynaklı müdahale bir özgürlük kullanımı biçiminde gerçekleşirken bunun yanında da başkalarının haklarını ihlal ediyorsa, bu durumda müdahale –dar normatif unsur teorisi[36] kabul edilirse – özgürlüğün normatif unsurunu gerçekleştirmez ve anayasal dayanaktan yoksun olur. Çünkü çağdaş bir hukuk düzeni çerçevesinde, yabancı hukuksal değerlerin kullanılması, tüketilmesi, yok edilmesi ya da bunlar üzerindeki benzeri tasarruflar özgürlük kullanımı kapsamında değerlendirilemez. Özgürlükler bireylere siyasal iktidar kaynaklı özgürlük sınırlamalarını savma hakkı verirler, ancak devletten, kendilerini başkalarının haklarından yararlanma ve o haklara sahip kılmasını talep etme hakkı vermezler[37]. Ceza hukuku düzeninde konusu suç olan eylemler gerçekleştirmek de özgürlük kullanımı olarak nitelendirilemez[38]. Hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleşen ve hukuka uygunluk nedenine dayanma-

33 Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 190.

34 Başkasının yaşam ya da vücut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmesi durumunda ihlal eden, mağdurun kendisini hukuksal olarak ilgilendirmeyen ve onu yükümlülük altına sokmayan temel hakkıyla çatışma içine girmez. Buna karşın fail bu davranışıyla devlet tarafından başkalarının temel haklarını koruma yükümünü yerine getirme amacıyla çıkardığı basit yasal normları, yani medeni hukuk, ceza hukuku, kolluk hizmetleri düzenine ilişkin normları ihlal etmiş olur, Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 147.

35 Alfen Schnapp, Friedrich E., Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, s. 731.

36 Bkz., başlık 4.2.1.2.

37 Murswieck, Dietrich, Private Nutzen..., s.81

38 Dürig, Günter, Art. 2 I..., Kn. 76.

yan başkalarının yaşam ve sağlığına yönelik müdahaleler anayasal meşruiyetten yoksundurlar. Benzeri değerlendirmeleri "hırsızlık, icbar ve mala zarar verme vb. hakkı (!)" için de geçerlidir. Başkalarının haklarının bu tarz açık ihlali apriori temel hak kullanımı kapsamına girmez.

4.2. Neminem laedere-ilkesi ve kayıtsız temel haklar

4.2.1. Genel olarak

Alman Anayasası sınırlandırılabilir temel hakların yanında eşitlik ilkesi (Md. 3/1), inanç, vicdan ve kanaat özgürlüğü (Md. 4/1), sanat, bilim ve öğretim özgürlüğü (Md. 5/3) ve sığınma hakkı (Md. 16/2) gibi çok sayıda açıkça sınırlandırma nedenine yer vermeyen temel hak öngörmektedir. Bu durumda hemen akla gelen soru, bu kayıtsız temel hakların bir sınırının olup olmadığı, varsa nasıl ve ne oranda sınırlanabileceğidir. Genelde temel hakların bu biçimsel sınırsızlığının, maddi bir sınırsızlık ayrıcalığının kabulü, yani söz konusu temel hakların mutlak sınırsızlığı ve maddi sınırlandırılamazlığı anlamına gelmediği konusunda görüş birliği vardır[39]. Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) ikna edici bir biçimde kanıtladığı gibi[40], anayasanın temelinde izole edilmiş bağımsız bir insan portresi yoktur, aksine temel haklar sosyal bir toplumda yaşayan insana tanınmıştır. Bireysel özgürlük ancak başkalarının hakları tarafından sınırlandırılmış, sosyal nitelikli bir özgürlük olarak düşünülebilir[41].

Değer-tarafsız bir hukuk düzeni olmak istemeyen Alman Anayasası kendi özgürlük sisteminde temel hakların geçerliliğine yapılan ilkesel vurgunun ifadesini bulduğu objektif bir değerler düzeni yaratmıştır. Özgürlük bir yandan tekil temel hak maddelerince korunmakta, diğer yandan da üzerine anayasanın inşa edildiği temel değeri oluşturmaktadır[42]. Neminem-laedere ilkesi bu temel değerin bir görünüşüdür.

Başkaların hakları yasa ya da yasaya dayalı bir idari işlem biçiminde özgürlüklerin sınırı olarak değerlendirilebildiğinden[43], Neminem-laedere ilkesinin nitelikli yasa kayıtlı temel hakların sınırlandırılmasında anayasal bir kriter olarak kullanılması söz konusu olabileceği genellikle kabul edilmektedir. Hakim görüşe göre başkalarının temel haklarının -ve ondan türetilen neminem-laedere ilkesinin- temel hak kullanımının sınırı olarak ele alınabileceğinden şüphe bulunmamaktadır. Çünkü temel haklara ilişkin koruma yükümleri -ki bireylerin temel haklarının korunmasını bu kapsamda değerlendirmek gerekir- devletin temel görevlerindendir. Devletin bu gö-

39 v. Pollern, Hans-Ingo, Immanente Grundrechtsschranke, JuS 1977, s. 644.

40 BVerfGE 30, 1(20); 33, 303(334).

41 Brugger, Winfried, (Çev. Can, O.) E-Akademi, Sayı 3, Mayıs 2002, Prg. 8-9 vd., http://www.e-akademi.org/makaleler/can2.htm (07.09.2002)

42 Bethge, Herbert, Mephistos Beitrag zur Erhaltung der Kunstfreiheit, ZUM 1989, s. 497.

43 Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit..., 1983, s. 45.

revi yerine getirmesi için başkalarının temel haklarını ihlal eden üçüncü kişilerin (failin) ilgili temel hakkına müdahale etmesi gerekecektir[44].

Esas tartışma, başkalarının temel haklarını ihlal etme yasağının tüm temel hak kullanımlarının ön şartı olup olmadığı, başka bir anlatımla, bunun tüm temel haklar için apriori geçerli bir sınır olup olmadığı ya da çatışan temel hakların yorumunda –gerektiğinde- özgürlüğü sınırlayıcı bir kriter olarak uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yaşanmaktadır. Bu tartışma kayıtsız bir biçimde garanti edilen temel hakların sınırlanması durumunda daha da önem kazanmaktadır. Acaba ihlal eden kişinin eylemi kayıtsız temel hak uygulamasının koruma kapsamında değerlendirilebilir mi? Temel hakların koruyucu etkisi kişinin başkalarının temel haklarına yaptıkları müdahaleleri de kapsar mı? Diğer bir anlatımla başkaların temel hakkına yapılan müdahale normatif/anayasal unsur yönünden bir özgürlük kullanımı olarak değerlendirilebilir mi? Bu sorular yanıtlanmadan önce, bu soruna ilişkin yönü bulunan iki teorinin incelenmesinde yarar vardır: yararlar tartımını öngören geniş normatif unsur teorisi ve neminem-laedere ilkesinin ister yasa kayıtlı isterse de yasa kayıtsız tüm temel hakların apriori içkin bir sınırı olduğunu savunan dar normatif unsur teorisi.

4.2.1.1. Geniş normatif unsur teorisi

Bu teori temel hak kullanımı ve korunması lehine olan tüm olguları temel hakkın nesnel koruma alanına dahil etmektedir. Yani nesnel koruma alanı hakka ilişkin tüm olguları bütünüyle kapsar[45]. Birincisi normatif unsura altlamak (subsumtion) için yeterli olabilecek bir nitelik gösteren her şey -başka niteliklerine bakılmaksızın- hakkın normatif unsuru/nesnel koruma kapsamında kabul edilir. İkinci olarak da normatif unsur kavramının semantik hareket alanlarında geniş yorum gereklidir[46]. Normatif unsurlar, öldürme, gasp, ırza geçme özgürlüğünü de kapsarlar. Nitekim şiddet kullanılan toplantılar da Alman Anayasasının Md. 8/1 kapsamında değerlendirilir[47]. Sınırlamalar daha çok özgürlüklere dıştan[48], sınırlamanın zorunlu kıldığı ölçüde ve süre için uygulanmalıdır.

Ancak normatif unsur ne kadar geniş olarak tespit edilirse, temel hak normunun ilgili olabileceği olayların sayısı ve bununla birlikte temel hak çatışmaları da o kadar çok artar. Bu durumun ise diğer hukuksal yararlar

44 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht..., s. 180.

45 Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 2. Bası., Frankfurt am Main 1994, s. 291.

46 Örnek olarak Alexy "basın" kavramı için Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararına dayanır: "Basın" kavramı geniş ve biçimsel olarak yorumlanmalıdır; bu kavram tekil basın ürününün –hangi ölçütlere göre yapılmış olursa olsun- değerlendirilmesine bırakılamaz. "Basın özgürlüğü" yalnızca "ciddi" basınla sınırlı değildir. Alexy, Robert, a.g.e., s. 291.

47 Alexy barışçı ve silahsız kavramlarının toplanma özgürlüğünün ön koşulu olarak kabul edilmesini ne kavramsal olarak zorunlu, ne de sonuçları itibariyle arzulanır olarak kabul etmemektedir, Alexy, Robert, a.g.e., s. 259.

48 Bleckmann, Albert, Staatrecht. II. Die Grundrechte, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1989, s. 333.

49 Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, Heidelberg/Karlsruhe 1980, s. 30

için tehdit oluşturması kaçınılmaz[49]. Geniş unsur teorisi ayrıca sınırsız bir yararlar tartımı sorununu da beraberinde getirir. Sonuçta genellik, eşitlik ve hukuk güvenliği açısında sakıncalı olur. Çünkü korunacak yararların konum ve önemini tartacak olan makamı keyfilik ve rastlantı etkisindeki sübjektif nitelendirmeden sakındıracak ve objektif bir değerlendirme yapmasını sağlayacak anayasal bir kriter yoktur[50].

4.2.1.2 Dar normatif unsur teorisi

Friedrich Müller'e göre hiçbir hak sınırsız garanti edilmez[51]. Bu, tek gerçek içkin sınırlamadan, yani temel hakkın kendi hukuksal niteliğinden çıkmaktadır. Bununla birlikte hukuksal nitelik kaydı, tüm temel hakların yazılı ya da yazısız sınırlar içerdikleri anlamına gelmez, aksine temel hak garantilerine nesnel sınırlar çizildikleri anlamına gelir. Bu nedenle Müller tarafından temel alınan norm anlayışına göre nesnel temel hak garantilerin sınır tayininde esas olan, kuralın lafzınca formüle edilmiş, ima yoluyla ya da açıkça öngörülen norm alanının nesnel ve normatif kapsamıdır[52]. Ona göre birincil soru bir temel hakkın ne ile sınırlanacağı değil, bilakis o hakkın norm alanı analizinden ve norm programıyla ilişkisinden çıkarılıp geliştirilen geçerlilik özüdür[53]. Bu durumda dört yolda tablo yapmak, ayin gereği öldürme veya tiyatro sahnesinde cinayet Alman Anayasasının Md. 5/3, 1. cümlenin norm alanına girmez[54].

Dar normatif unsur teorisini başka bir biçimi, genel yasaları[55] temel hakların nesnel koruma alanlarının sınırı olarak kabul eder. Bettermann'a göre "genel yasalar" sınırı kayıtsız garanti edilen temel haklar için de geçerli olmalıdır: Tüm bireyler için bağlayıcı olan, sanatçı ve bilim adamlarını da bağlayabilmelidir. "Herkes" için yasak olan, sırf araştırma, öğretim ya da sanatsal veya bilimsel faaliyet yoluyla işlendiğinden dolayı serbest hale gelemez. Aynı durum gösteri yürüyüşü ve dernekleşme özgürlüğü için de geçerlidir[56].

"Genel yasalar" Häberle'ye göre anayasaca ilgili temel hakka göre eşit ya da üstün olarak değerlendirilen yasalardır[57]. "Genel yasalar" kaydı "Değerler ve hiyerarşi düzenine" işaret eder[58]. Smend'e göre bir yasa ancak özellikle düşünce özgürlüğüne ilişkin özel nitelikli sınırlandırmalar içermediği sürece "genel"dir[59]. Bu genel ya-

50 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht..., s. 236.

51 Müller, Friedrich, Positivität der Grundrechte, 2.Aufl., Berlin 1990, s. 41.

52 a.g.e. s. 32.

53 a.g.e., s. 87; krşl. Schnapp, Friedrich E., Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, s. 730.

54 Müller, Friedrich, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969, s. 59.

55 Alman Anayasasının 5. maddesinde düşünce özgürlüğünün sınırı olarak kabul edilen "genel yasalar" kavramıyla doğrudan doğruya belirli bir özgürlüğün sınırlanmasını hedef almayıp çeşitli temel hakların korunmasına yönelik çıkarılmış yasalar anlatılmak istenmektedir. Örneğin "sövme" eylemini yaptırım altına alan cezai düzenleme düşünce özgürlüğünün sınırlanması için değil, ancak bireylerin kişilik haklarının korunması için konmuştur.

56 Bettermann, K. August, a.g.e., s. 26 vd.

57 Häberle, Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetzes, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Bası, Heidelberg 1983, s. 32

58 a.g.e.

59 Smend, Rudolf, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 1928, s. 96.

salara aykırılık oluşturan özgürlük kullanımı bu durumda ilgili temel hakkın koruma kapsamı dışında kalacaktır. Bu teorinin daha özenli bir versiyonu Rüffner tarafından temsil edilmektedir. Ona göre bir temel hakka dayanma, bireye hukuk düzeninde diğerlerine karşı bir ayrıcalık tanımaz; genel yasalara o temel hakkın kullanımında da saygı gösterilmelidir. Genel yasalar ilgili temel hakkın kullanımıyla ilişkili olmamalı, ve yalnızca bu temel hakkın koruma alanına taşan eylemleri hedef almalıdır. Bundan dolayı bir tartım ne gereklidir ne de böyle bir tartıma izin verilmelidir. Hukuku yorumlayanın en önemli ve zor ödevi bu tür olaylarda yalnızca temel hakkın koruma/garanti alanını doğru olarak belirlemektir[60].

Geniş unsur teorisiyle karşılaştırıldığında, dar unsur teorisi yararlar tartımının zorluklarını ortadan kaldırmaktadır. Dar unsur teorisi hukuksal ihlalin belirli biçimlerini baştan itibaren (apriori) temel hakkın koruma kapsamından çıkarmaktadır: Başkalarının temel haklarının özellikle üçüncü kişilerce zor kullanılarak açık ve belirgin bir şekilde ihlal edilmesi bu bağlamda ele alınabilir. Normatif unsurun sınırları yorumla tespit edilmeli, yararlar tartımına başvurulmamalıdır[61].

Son olarak Dürig'in İçkinlik teorisinden (Immanenzlehre) de kısaca söz etmek gerekir. Dürig'e göre "başkalarının hakları" lehine öngörülmüş ihlal yasağı tüm temel haklara içkin bir sınır özelliğini taşır. Bu, maddelerinde herhangi bir sınırlama kaydı öngörülmediğinden en fazla korunan özgürlükleri de göreceli hale getirir; bu göreceleştirme hem özel hukuktan hem de başkalarının temel haklarından çıkmaktadır. Başkalarının hakları lehine öngörülen ihlal etmeme yükümü, insanların biraradalıklarını düzenleyen yasal taleplerin, tüm temel hakların baştan beri var olan (apriori) hak daralmalarının yalnızca deklaratif tespiti olduğunu gösterir[62]. İhlal yasağı bu bakımdan temel hakların içkin sınırını oluşturmaktadır[63].

Bu teori Alman Federal İdare Mahkemesi (BVerwG) yargılamasında da ifadesini bulmuştu[64]. Mahkemeye göre insanların barış içinde birlikte yaşamlarının önkoşulunu ortadan kaldıran temel hak kullanımlarının engellenmesi ve önüne geçilmesi biçimindeki hukuksal önlem, kurucu nitelikli temel hak sınırlaması değildir. Bu tedbirler yalnızca ihlal edeni baştan beri zaten var olan sınırları içine çekerler, ancak onun zaten sahip olduğu her-

60 Rüfner, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Hrsg. Christian Starck,Cilt 2, Tübingen 1976, s. 456.

61 Hofmann'a göre geniş unsur teorisi mülkiyet, yaşam ve vücut dokunulmazlığı gibi hakların, inanç ve sanat özgürlüğü gibi kayıtsız temel hakların geniş yorumlanması yoluyla zarara uğramasına neden olur. Ona göre inanç ve sanat özgürlüğünün norm alanının kendi yapısından dolayı sınırlı olarak eş değerdeki diğer anayasal normların geçerlilikleriyle biçimlenmesinin daha kabul edilebilir ve norm yapısına daha uygun olduğunu ve temel hakların geçerlilik alanlarının tayininin, tekil olayda temel hakların tartıya gelmez tartıcı tasnifine teslim edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir, Hofmann, Josef, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, s. 243.

62 Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1..., Kn. 73 b.

63 A.g.e., Kn. 73.

64 Son olarak BVerwGE 5, 158.

hangi bir hakkı elinden almış olmamaktadırlar[65].

4.2.1.3. Kanaatimiz

Dar normatif unsur teorisi kabul edildiğinde ulaşılan sonuç, neminem-laedere ilkesi, barış yükümü ve zor kullanma yasağının temel haklara uygulanan sonradan sınırlamalar değil, aksine o temel hakların bir ön koşulu olduğudur. Bu bakımdan başkalarının yaşam, vücut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkına[66] yönelik müdahaleler -ihlal eden bir temel hak kullanımına dayansa bile- temel hak korumasından yararlanamayacaktır. Kayıtsız garanti edilen bir temel hak kullanımı da aynı şekilde hırsızlık, ihtilas, yaralama, eşyaya zarar verme, haneyi ihlal, icbar ve hürriyetten alıkoyma eylemine meşruluk kazandıramaz. Nitekim başkalarının BGB (Alman Medeni Yasası) Md. 823/2 yanında ceza hukukunca da ayrıca korunmuş mülkiyet ve benzeri bir hakkını ihlal eden kişi kayıtsız bir biçimde öngörülen sanat ya da bilim özgürlüğüne sığınamaz. Alman Anayasasının 2. maddesinde ifadesini bulan "başkalarının hakları" kavramı bunun açık bir belirtisidir. Alman Anayasasının Md. 2/1'deki sınırlama üçlüsü[67] diğer tekil temel hakların nitelikleri nedeniyle bunlara uygulanamasa bile, yine de hakların, başkalarının haklarıyla sınırlı olduğu biçimindeki hukuk ideşinin, yani neminem-laedere ilkesine uyulmasının anayasaya içkin olduğunu söylemek gerekir.

Bu çözüm ihlal edilen hukuksal yararın bir eşya mülkiyeti, başkalarının özel hayatı, yaşam ve vücut tamlığı hakkı olması durumunda çok sorun çıkarmaz. Ancak bunun yanında özgürlük kullanımının başka hukuksal yarar -entelektüel özgürlükler[68]- alanlarının olası bir ihlali olmaksızın gerçekleşmesinin çok zor olabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Ancak, yalnızca evde hazırlık ve alıştırma yapabilen buna karşın maddi durumunun sadece kiralık bir eve olanak verdiği bir müzisyenin durumu örnek verilebilir. Daha sorunlu örnek olarak sosyal ve politik yaşamımızda sıkça rastladığımız kişilik hakları-sanat ve basın özgürlüğü çatışması verilebilir. Hangi noktadan itibaren politik yergi ya da karikatür meşruluğunu kaybeder? Görüşümüze göre, eylemle kişilik haklarının bilinçli ve açık ihlali amaçlanmadığı durumlarda dar normatif unsur teorisi çözüm sunamamaktadır. Bu tür kaçınılması zor olduğundan dolayı "gerçek" temel hak çatışması durumlarında -Denninger'in ifadesiyle[69]- Alman Anayasa Mahkemesinin Mephisto Kararında[70] işaret edilen ve diğer kayıtsız temel haklar için de onaylanan -ve şüphesiz zahmetli ve zor- doğrudan anayasal değerler tartımından ayrılmamak gerekir.

Diğer taraftan temel hak unsurunun sübjektifleştirici ve objektifleştirici

65 Dürig, Günther, a.g.e., Kn. 82.
66 Detaylı bilgi için bkz. Başlık 4.2.3.
67 Bunlar "başkalarının hakları", "anayasal düzen" ve "ahlak kuralları"dır.
68 Krşl. Schmieder, Hans-Heinrich, Kunst als Störung privater Rechte, NJW 1982, s. 628.
69 Denninger, Erhard, Freiheit der Kunst, in HStR, Cilt IV, §146, Kn. 41.
70 BVerfGE 30, 173 (185 vd).

norm niteliği arasında ayrım yapmak gerekir. Birinci yaklaşım temel hakkın yorum yetkisini tamamen temel hak süjesinde kabul eder[71]. Bu yaklaşım, anayasal ölçüt olarak normatif karakterin kaybolup sübjektif keyfilik fonksiyonuna dönüşmesine yol açabilir[72]. Temel hak süjesinin özgürlük algılaması bu özgürlüğün temel hak unsuru çerçevesinde nasıl kullanılacağını belirler; ancak temel hak unsurunun çerçevesini belirleyemez[73]. Aksi taktirde ihlal edenin temel hak anlayışı ile mağdurun ki birbirleriyle çatışır. Oysa ki taraflardan hiçbirinin devleti belirli bir eyleme zorlama yetkisi olamaz; zorlama yetkisi yalnızca anayasal objektif hakka aittir[74]. Hiçbir temel hak süjesinin kendi özgürlüğünün sınırlarını aşarak başkalarının özgürlüklerine -ve bunu da kamunun/genelin koruma yükümünün harekete geçmesini talep etmek yoluyla- müdahale hakkına sahip değildir[75]. Burada elbette -anayasanın diğer normlarında zorunlu olduğu biçimde- objektifleştirici yaklaşım tarzına üstünlük tanımak zorunludur[76].

4.2.2. Neminem laedere-ilkesi ve Sanat özgürlüğü

Neminem-laedere ilkesinin anayasal kriter olması özellikle sanat özgürlüğü gibi kayıtsız temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırma çabalarında önem kazanır.

Sınırlama kaydı öngörülmeksizin garanti edilen inanç, vicdan ve sanat özgürlüklerinin garanti kapsamları, devlet müdahalesi, yani yasa koyucu müdahalesi yoluyla daraltılmasına elverişli değildirler. Bu sonuç zorunlu olarak ilgili temel hakkın anayasada yer aldığı biçimiyle lafzından çıkmaktadır. Ancak özgürlük, karşıtının olmadığı yerde anlamsızlaşır. Bir hukuk düzeninde özgürlük -dışa bir biçimde yansıdığı sürece- sınırsız ve mutlak olamaz. Sanat özgürlüğü dahi kendisini garanti eden hukuk sistemi içinde bir anlama ve fonksiyona sahiptir. Bu veriler her bir temel hakkın biri birleriyle sıkı ilişkili iki argümana dayanan ilkesel iki sınırını ortaya çıkarır; birinci argüman, "diğer hukuk süjelerinin durumlarına saygı göstermeksizin sınırsız bir özgürlük kullanımı toplumsal yaşamı olanaksız kılar (neminem-laedere ilkesi) ve çözümü olanaksız çatışmalara yol açar", ikincisi de "bireysel temel haklar, tüm özgürlük kullanımların varlık koşulu olan demokratik-siyasal düzeni tehlikeye düşüremez (barış ve güvenlik ilkesi)". O halde başkalarının haklarını ihlal eden ve kamu düzeni ve güvenliğini bozan[77]

71 Yani toplanma özgürlüğüne dayanan temel hak kullanıcısının kendisi davranışının bu özgürlük kapsamına girip girmediğini belirlemeli, sanatçı ya da bilim adamının kendisinin yarattıklarının sanat ya da bilim olup olmadığına karar vermelidirler. Daha detaylı bilgi için bkz., Denninger, Erhard, a.g.e., Kn. 1 vd.
72 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht.., s. 173 vd.
73 a.g.e, s. 174.
74 a.g.e.
75 a.g.e.
76 a.g.e.
77 Kamu düzenini ve güvenliğini bozmak baştan (apriori) özgürlüğe ait olmadığından bu bozma eylemine karşı girişilen savma eylemi iddia edilen özgürlüğün özüne müdahale sayılamaz; bu nedenle Anayasanın 19/2. maddesinde öngörülen temel hakların özüne dokunma yasağı bu savma niteliğindeki kolluk faaliyeti için söz konusu olmayacaktır, Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1..., s. 97.

temel hak kullanımları ilgili temel hakkın garanti kapsamında değerlendirilemeyecektir[78].

Sınırlama sorununa ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi sanat özgürlüğü için "kayıtsız, ancak sınırsız değil" biçiminde kolay anlaşılabilir ve etkili bir formül geliştirmiştir: Yalnızca başkalarının çatışan temel hakları ve anayasal düzeydeki hukuksal değerler, anayasanın bütünlüğü ve anayasaca korunan bütün değerler düzeni göz önünde bulundurulmak koşuluyla istisnai olarak kayıtsız garanti edilen temel hakları bazı yönlerden sınırlayabilme yeteneğine sahiptir[79].

Bu durumda anayasaca da kabul edilen toplum içinde anlam ifade eden birey anlayışı kayıtsız olarak kabul edilen temel haklara da belirli istisnai sınırlar çizilebilecektir. Herhangi bir kaydın öngörülmemiş olması gerçeği karşısında Md. 5/3'teki (sanat ve bilim özgürlükleri) garantilerin yasa koyucu tarafından ne genel hukuk düzeni, ne de -anayasal dayanak ve yeteri hukuksal güvenlik sağlamadığından siyasal toplum için zorunlu değerlerin tehdidine olanak tanıyan- belirsiz bir değerler tartımı nedenlerine dayalı olarak rölative edilmesi mümkün değildir.

Md.2/1, genel eylem özgürlüğünü sınırlayan "başkalarının hakları" ile karşılıklı saygıya dayanan bir düzen olan hukuk için tipik bir formül benimsemektedir; bu formül hukuksal anlayışına göre Md. 5/3'te de dikkate alınması gerekir. Bu bakış tarzı "Tüm bireylere özgürlük garanti eden kurum" olarak modern devletin tarihsel kökenine uyduğu gibi, aynı zamanda yine devletin "3. kişilere karşı organize olmuş bir özgürlük güvencesi" biçimindeki güncel ödevine de uymaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre değerler tartımını baştan olanaksız kılacak derecede çatışan ağır anayasal değerlerin zarar görmesi söz konusu olduğunda tartım yoluna başvurulmaz[80]. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi Anayasanın Md. 1/1'ce korunan insan onurunun özüne yapılan bir müdahalenin, hiçbir biçimde sanatsal eylem özgürlüğünce korunamayacağına ilişkin örnek bir karar vermiştir[81]. Gerçi Anayasa Mahkemesi neyin iyi ya da kötü ve neyin daha üstün ve bayağı sanat olduğuna ilişkin karar veremez, ancak sanat ile sanat olmayan arasında bir ayrımı pekala yapabilir. Eğer sanatsal eylem "sanat olmayan" olarak nitelendirilebilecek derecede başkalarının temel haklarının zedelenmesini karakterize ediyorsa, ne iş ne de etki alanında koruma göremeyecektir[82].

78 BVerfGE 81, 278; BVerfG , 7.3.1990 tarihli, 1 BvR 266/86, 913/87 Kararı; açıklamalar için bkz. Hufen, Friedhelm: Verunglimpfung der Bundesflagge durch künstlerische Darstellung, NJW 1990, 1982 vd.

79 Vurgu bana ait.

80 Henschel, Johann F., Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 1990, s. 1942.

81 BVerfGE 67, 213(228)

82 Federal Anayasa Mahkemesi yargılamasında sanat özgürlüğü hem sanatın iş hem de etki boyutunu garanti kapsamına alır. İş boyutunda söz konusu olan sanatın yaratılması yani, tüm unsur ve detaylarıyla birlikte sanatın ortaya çıkış sürecidir. Buna karşın sanatın etki boyutunda ise ortaya çıkan sanatın yayılması, özellikle sanatın muhatabı olan kitlelere ulaştırılması anlatılmak istenmektedir, BVerfGE 77, 240, (250), bkz., Sachs, Michael, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin-Heidelberg... 2000, s. 317

Mahkemeye göre sanat özgürlüğü kesin nitelikli başka sınırlamalara da elverişlidir. Örneğin Md. 5/3'de kayıtsız güvenceye sahip olan sanat özgürlüğü ilke olarak başkasının mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunmaya izin vermez. Buna yakından bakmakta yarar vardır.

4.2.3. "Zürih'li Spreyci" Olayı

İsviçreli sanatçı Naegeli kamuoyunda "Zürih'li Spreyci" olarak nam salar. Sanatçı İsviçre'de, sanatsal olarak nitelendirilen figürlerini malik rızası olmaksızın ev duvarlarına spreyle resmettiğinden dolayı aleyhine açılan ceza davasında mala zarar verme suçundan mahkum olur. Ardından da Almanya'ya sığınır. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, Almanya'da bulunan Naegeli'nin İsviçre'ye cezasını çekmek üzere iade edilmesini onaylar. Eyalet Yüksek Mahkemesi kararına karşı sanatçı tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan anayasa şikayeti, yeterli düzeyde başarı şansının bulunmaması (kabul edilebilir olmaması) nedeniyle ön inceleme komisyonu tarafından esas incelemesine alınmaz ve geri çevrilir.

Anayasa şikayetinde sanatçı özellikle Anayasanın Md. 5/3'de kayıtsız güvence altına alınan sanat özgürlüğüne dayanır. Anayasa Mahkemesi Eyalet Yüksek Mahkemesine "Anayasanın 5/3. maddesinin 1. cümlesinin bir sanatçıya başkalarının mülkiyet hakkını ihlal etme hakkını tanımaz... Bu özgürlüğü anayasa kayıtsız bir biçimde öngörmüştür; ancak bu özgürlüğün geçerlilik alanı apriori olarak başına buyruk bir şekilde sanatsal gelişim (sanatın ister iş isterse de etki alanı) amacıyla yabancı mülkiyet haklarının ihlalini ya da bu haklar üzerinde tasarrufu kapsamaz" gerekçesiyle hak verir[83]. Üçlü komisyon bu argümana ayrıca mülkiyet hakkının da anayasaca korunan bir temel hak olduğu argümanını ekler; ancak bu, mala zarar vermeyi cezalandıran ceza yasasının temel haklara içkin olan bir sınırı somutlaştırdığı biçimindeki temel karar gerekçesi için destekleyici bir argümandır[84].

Anayasa Mahkemesinin bu kararı öğretide farklı tepkilere yol açar:

Denninger'e göre bu, liberal mülkiyet düzeninin bünu koruyan cezai güvencesiyle birlikte -tekil durumda anayasal değerler tartımı yapılmaksızın- sanat özgürlüğünün apriori içkin sınırını oluşturduğu biçiminde anlaşılmasına neden olabilir: "Bu görüş genelleştirerek sonuna kadar götürüldüğünde, bu durumunda genel sınırlama hükmü olarak kabul edilmeyen Md. 5/2'deki 'genel yasalar' -yani doğrudan doğruya sanatı hedef almayıp başkalarının haklarının korunmasına hizmet eden normlar- sonuçta yine sanat

83 BVerfG, 19. Mart 1984 tarihli 2. Daire (Üçlü Komisyon-Ön inceleme komisyonu)kararı, EuGRZ 1984, s. 271; Detaylı bilgi için bkz., Hofmann, Josef, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, s. 237; Henschel, Johann F., a.g.e., s. 1937; Kriele, Martin, a.g.e., s. 623.

84 Kriele, Martin, a.g.e.

85 Denninger, Erhard, a.g.e., s. 872; Würkner, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, München 1994, s. 156.

özgürlüğünün 'zaten içkin' sınırlarını belirlemiş olur"[85].

Henschel, durumu tartışmalı olarak nitelendirmekte ve sorunun daha çok temel hakların koruma alanına ilişkin bir sorun olabileğini söylemektedir; çünkü bir sanat eseri ortaya çıkarmak için başkalarının mülkiyet hakkına yapılan müdahale klasik özgürlüğün savma (negatif statü) karakterini aşan bir pozitif statü talebi niteliğindedir[86].

Mülkiyet hakkı her ne kadar temel hak katalogunun sonunda bulunmaktaysa da buradan bu hakkın sanat özgürlüğü karşısında hiyerarşik açıdan daha düşük bir konuma sahip olduğu sonucu çıkarılamaz[87]. Bunun yanında mağdur mülkiyet sahibinin agressif (müdahale eden) sanatçıya karşı kendi özel alanında eylem özgürlüğü vardır; kendi mülkiyetini istediği biçimde kullanma ve bu hak üzerinde başkalarının tasarrufuna izin vermeme biçiminde kişisel bir özerkliği vardır. Mülkiyet hakkı sahibinin bu konumu anayasal değerler düzeni için en az sanat özgürlüğü kadar önemlidir. Sanatsal tasarruf alanı, başkalarının anayasaca korunmuş bireysel tasarruf ve koruma alanlarına müdahale edecek kadar geniş olamaz.

Naegeli'nin eylemi Alman Ceza Yasasının duvarlara sprey tablo yapma eylemini değil ancak başkalarının eşyasına zarar vermeyi cezalandıran 303. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkına zarar vermeyi cezai yaptırıma bağlayan yasalar sanat özgürlüğünün anlamına aykırı değildir. Bu tür ceza yasaları lafız ve amaçları itibariyle genel olarak sanat özgürlüğünün içeriğini etkilemez. Sanat icrası yoluyla mala zarar verme eylemi, Alman Anayasasının Md. 5/3 için nesnel olarak spesifik değildir, aksine figür spreyleme eylemiyle sanat özgürlüğünün norm alanı nesnel olarak spesifik olmayan bir ilişki içindedir[89]. Başka bir anlatımla sanatsal sprey eylemi, başkalarının mülkiyetine zarar verdiği sürece sanat özgürlüğünün norm alanı dışına çıkar. Sanat özgürlüğünün kayıtsız olarak güvence altına alınmış olması bir şey değiştirmez. Çünkü -Mahkemenin ifadesiyle- "bu özgürlüğün geçerlilik alanı apriori olarak başına buyruk bir şekilde sanatsal gelişim (gerek sanatın iş gerekse de etki alanı) amacıyla yabancı mülkiyet haklarının ihlalini ya da bu haklar üzerinde tasarrufu kapsamaz"[90].

5. Sonuç

Neminem-laedere ilkesi temel hakların geçerlilik alanının sınırını somutlaştırır. F. Müller'in haklı olarak tespit ettiği gibi, norm alanının nesnel geçerlilik alanının sona erdiği ya da geçerlilik alanının ek bir sınırının özgürlüğün tanımında -Md. 8/1 de (barışçı ve silahsız olarak toplanma hakkı)- açıkça yansımasını bulduğu yerde, temel hak tarafından nesnel spesifik olarak 'korunan' sona erer, yani geçerlilik özü son bulur[91]. Başkalarının haklarını koruyan cezai ya da hukuksal norm temel hakkın geçerlilik özünün nesnel-normatif sınırını belirginleştirir, ancak ilgili temel hakka bir müdahale oluşturmaz ya da onu sınırlamaz[92].

Başkalarının yaşam, sağlık ve mülkiyet gibi değerlerine dönük üçüncü kişi müdahalesi kural olarak devletin koruma yükümünü harekete geçirmek için yeterlidir. Böyle bir müdahale hak sahibinin izni olmaksızın gerçekleştiği ve meşru müdafaa gibi istisnai bir durum söz konusu olmadığı sürece şiddet/güç kullanma yasağını ihlal eder ve anayasaya aykırı olur[93]. Üçüncü kişi müdahalesi kayıtsız bir temel hak kullanımı biçiminde başkalarının temel haklarını somutlaştıran yasak normlara aykırılık oluşturduğunda, eylem kayıtsız temel hakkın nesnel-normatif sınırını aşmış olur. Ancak bu durumda devlet mağduru koruyucu işlemi/eylemiyle failin temel hakkının geçerlilik alanına müdahale edemez, çünkü bunu haklılaştıracak sınırlama nedeni yoktur. Üçüncü kişi müdahalesinin nitelikli yasa kayıtlı bir özgürlük kullanımı biçiminde ortaya çıktığı durumda devlet mağduru koruma amaçlı olarak failin temel hakkına -yasayla ya da yasaya dayalı alt idari işlemle- ve temel hakkın özünü zedelememek koşuluyla müdahale edebilir. Bu durumda başkalarının hakkının, temel hak sınırı olarak etki doğurması için yasaca korunmuş olması yeterlidir.

Ancak kişilik hakları ile sanat ve basın özgürlüğü arasındaki çatışmalarda, aynı zamanda kişilik haklarının ihlali niteliğine sahip bazı eylemlerin kesin olarak sanat ya da basın özgürlüğünün koruma kapsamından apriori çıkarılması gerektiğini söylemek zordur. Bu sorunun çözümünü Alman Anayasa Mahkemesin yerleşik yargılamasındaki anayasal yararlar tartımı sunmaktadır[94]. Ancak açıkça iftira, küçük düşürme ya da şeref ve haysiyetle oynamayı amaçlayan eylemlerin özgürlüğün kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir.

Gerek tüm temel haklara apriori içkin bir sınır, gerekse de çatışan bir hakkın korunması olarak değerlendirilsin, "başkalarının temel hakları" ve bunu yansıtan Neminem-laedere ilkesi tüm temel hakların sınırlarını somutlaştırmaktadır, yararlar tartımına gidildiğinde bunun anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu bakımdan Neminem-laedere ilkesi mağrur lehine ve ihlal eden aleyhine anlam kazanan devletin anayasal koruma yükümünün temelini oluşturmaktadır. Anayasal koruma yükümünün konusu erga omnes (herkese karşı) korunması gereken temel hak öğeleridir.

O halde temel hak rejiminin, ancak ihlal edenle birlikte mağdurun statüsünü kavrayıp, hukuk devletini yalnızca negatif yönden sınırlama gereği olarak değil, ama aynı zamanda pozi-

86 Henschel, Johann F., a.g.e., s. 1942.
87 Schmieder, Hans-Heinrich, Kunst als Störung privater Rechte, NJW 1982, s. 630.
88 Hofmann, Josef, a.g.e., s. 238.
89 Müller, Friedrich, Die Positivität..., s. 57; eleştirel yaklaşım için bkz., Hofmann, Josef, a.g.e., s. 239 vd.
90 BVerfG, 19. Mart 1984 tarihli 2. Daire (Üçlü Komisyon-Ön inceleme komisyonu)karan, EuGRZ 1984, s. 271 vd.
91 Müller, Friedrich, a.g.e., s. 56.
92 Müller, Friedrich, a.g.e., s. 57.
93 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht ..., s. 194.
94 BVerfGE 7, 377 (405); 28, 243 (261 vd).

tif bir amaç olarak algıladığı ve hukukun yalnızca özgürlük sınırlaması olarak değil aynı zamanda özgürlüğün önkoşulu olarak bildiği ölçüde bir dengeye oturabildiğini söyleyebiliriz[95]. Bunun temel koşulu ise Neminem-laedere ilkesinin anayasal bir temele sahip olduğu ve üçüncü kişilerden kaynaklanan anayasa aykırılıkların tespitinde ölçüt olarak kullanılabileceğinin kabulüdür.

95 Isensee, Josef, a.g.e., s. 188.

Ceza Hukukunda Hukuksal Değer(*)

Yener Ünver(**)

Çeviren: R. Barış Erman (***)

Giriş

Bu tebliğin konusunu, hukuksal değerlerin korunması öğretisinin anlamı özellikleri ve ceza kanunkoyuculuk faaliyeti açısından işlevleri oluşturmaktadır. Hukuksal değer kavramının anlamı sorununda, ceza hukukunun amacının incelenmesinden yola çıkılmalıdır. Sizlere bu kısa tebliğde öncelikle öğretiyi genel olarak açıklayacak ve sonra yeni bir hukuksal değerlerin korunması öğretisine ilişkin kendi tezimi aktaracağım. Son olarak da Türk pozitif normlarından ve içtihadından bazı noktaları örnek göstereceğim.

Bilindiği gibi, hukuksal değerlerin korunması öğretisi ve kavramı çok tartışmalı bir konu olup, öğretide çeşitli türevleri olmuştur ve günümüzde de çeşitli yandaşları olan bu öğretinin kökenleri, farklı bir yapı içinde Birnbaum'a (1834) dayanmaktadır. Hatta, bazı yazarların görüşüne göre Beccaria, Montesquieu ve Voltaire'e kadar geri gitmektedir. Korkunç nasyonal-sosyalist dönem dışında bu öğreti çeşitli türev ve işlevlerle Kıta Avrupası'nın ceza hukuku dogmatiğinin merkezinde yer almıştır.

Hukuksal değer öğretisi bugün ceza hukukunda temel öneme sahip bir konudur. Bununla birlikte bilimsel açıdan tartışmalı olması da başlıca özelliklerindendir. Öğretide, koruma objesinin çok görünümlü karakterini gösteren çeşitli yorumlar, hukuksal değerin kavramsal olarak saptanmasını etkilemektedir.

Burada karar verilmesi gereken nokta şudur: Hukuksal değerler kime aittir? Tabii bu bağlamda hukuksal değer sahibi ile hukuksal değer taşıyıcısı kavramlarının eşanlamlı olup olmadığı üzerine de düşünülmesi gerekmektedir. Burada bütün bu sorulara değinerek kendi yorumumu aktarmaya çalışacağım.

Tezlerim (Hukuksal Değerin Korunması Hakkında Kendi Görüşüm)

I. Kanımca çağdaş bir hukuksal değerlerin korunması öğretisi açısından kişilerin özgürlüğü ve bağımsızlığı ve bireyin kendini geliştirme özgürlüğü temel bir noktadır. Hukuksal değer kavramı ve hukuksal değerlerin korunması öğretisi insan ve serbest gelişimi ile gerekçelendirilmelidir.

(*)Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 2001, No. 50, c. 33'te yayımlanan "Das Rechtsgut im Strafrecht" başlıklı makalenin çevirisidir.

(**) Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(***) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

II. Hukuksal değerler, hukukun meşru olarak koruduğu değerler ve (toplumsal açılardan) hukuksal güvenceye muhtaç değerler olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukuku değerleri, diğer hukuksal değerler arasından cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık ölçütlerine göre saptanırlar.

III. Hukuksal değer kavramı doğru olarak açıklanmak istendiğinde, öncelikle hukukun ve ceza hukukunun görevleri açığa kavuşturulmalıdır. Genel olarak hukuk ve aynı zamanda ceza hukukunun tek görevi, hukuksal değerleri korumaktır. Tabii, ceza hukukunun alanı hayli kısıtlıdır, zira buna temel olan iki ilke olan "cezaya liyakat" ve "cezaya muhtaçlık", kanunkoyucuyu, ceza hukukunu en son araç olarak kullanmaya zorlar (Ultima-ratio ilkesi, orantılılık ilkesi ve ikincillik ilkesi olarak da anılır).

IV. Bu kısa açıklamalar dahi, ceza normlarının çok önemli olmakla birlikte, her zaman uygulanamayacağını göstermektedir, zira hukuksal konuları korumayan ceza normları meşru kabul edilemez. Ayrıca, ceza hukuku araçları her türlü hukuksal konunun değil, ancak en önemli, birincil hukuksal değerlerin korunması için devreye sokulabilir. Kanımca hukuksal değerlerin korunmasına hizmet etmeyen veya zaman içinde hukuksal değer niteliklerini yitiren ceza normlarının meşruluğu kabul edilemez. Bu pozitif düzenlemelerin kaldırılması gerekir. Kanunkoyucu bu normları zaman içinde bu ölçüte göre gözden geçirmelidir. Ceza hukuku her şeyi koruyamaz. O yalnızca bir ultima ratio, devletin norma aykırılıklara tepkisi veya devlet yönlendirmesinin en keskin kılıcıdır. Ceza hukuku, hukuk devletinden kaynaklanan bağlılıkları ve damgalayıcı sonuçları nedeniyle ancak toplumsal birlikte yaşama yönelik en önemli ihlallere tepki vermek için kullanılabilir. Öbür yandan devletin, bir hukuksal değeri zedeleyen eylemleri cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık ölçütlerine göre tartarak ceza hukuku alanına alması gerekmektedir.

V. Ceza hukukunun ödevini bu şekilde saptadıktan sonra, şu sorular karşımıza çıkmaktadır: Devlet gerçekte nedir ve ona neden ihtiyacımız vardır? Devletin işlevleri vedir? Ve aslında devletin de kendine özgü sübjektif hakları var mıdır?

Benim bakış açıma göre devlet başlı başına bir amaç değil, yalnızca insanın yararlanmasına açık bir araçtır. Devlete ihtiyaç vardır ve bu kurum barış ve özgürlük içinde birlikte yaşam için büyük bir avantaj sağlar. Ancak, devletin kendine özgü hakları yoktur ve bu bağlamda dört konuya değinmek gerekir:

1) Devletle kişi arasında hak veya hukuksal değer çatışmaları bulunmaz. Devlet kişiye hizmet etmelidir ve taşıyıcısı devlet olan hukuksal değerler de kişiye ait olup onlar da hizmet etmelidir.

2) Devlet yalnızca sınırlı bir kuvvet kullanabilir ve bunu da ancak insanın çıkarına olarak yapabilir. Devletin kendine özgü sübjektif hakları veya çıkarları yoktur ve bu nedenle yalnızca kendi adına kuvvet kullanamaz.

3) Devletin bütün alanlarda, özellikle de ceza hukuku alanında yalnızca sınırlı bir gücü ve yetkisi vardır. Bu nedenle çağdaş anayasalar da devlet gücünün her toplumdaki olanaklarını ve yetkilerini mümkün kılar ve sınırlar. Çağdaş anayasalar devletin kişilere karşı kötüye kullanma sınırlarıdır, yani anayasalar 1982 Türk Anayasası gibi devleti vatandaşa karşı değil, vatandaşı devlete karşı korurlar.

4) Devlet salt ahlaka aykırılıkları, dine aykırılıkları ve toplumsal geleneklere veya toplumda çoğunluk tarafından savunulan görüşlere aykırılıkları suç tipi haline getiremez. Diğer koşullar yanında her suçun en azından bir hukuksal değeri zedelemesi gerekir.

VI. Bu noktada, toplum hukuksal değerler açısından tek önemli kaynak olduğu halde, devletin ve toplumun kendilerine özgü hukuksal değerleri bulunmadığı saptanmalıdır. Bununla kastedilen, bütün hukuksal değerlerin, devlete, topluma veya başka devlet organlarına değil, insana ait olduğudur. Devlet, devlet organları vs. hukuksal değer sahibi olamazlar. Onlar yalnızca bazı hukuksal değerlerin taşıyıcısıdırlar. Bir yarar hem kişiler ve hem de kişilerin içinde birlikte yaşadıkları toplum için çok önemli ve değerli olduğunda, bu yararın korunması için hukuksal güvenceye ihtiyaç var demektir. Koruma kural olarak diğer hukuksal araçlar ve ultima ratio olarak da ceza hukuku tarafından gerçekleşir. Yarar açısından ön koşul veya birincil zorunluluk, hukuksal değer niteliğine sahip bulunmaktır.

VII. Bu nedenle, mantıklı ve tutarlı olan, en azından ceza hukuku normları açısından bu ölçüte dayanan anayasal bir denetim mekanizması getirmektir. Türkiye'de anayasa mahkemeleri şimdiye kadar yalnızca anayasal düzenlemelere veya çok genel hukuksal ilkelere dayanarak denetim yapabilmiştir. Maalesef dünyanın bütün anayasaları çağdaş anlamda düzenlenmiş değildir. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi'nin hiçbir hukuksal değere hizmet etmeyen suç tiplerini iptal etmesi mümkün olabilirdi.

VIII. Kanımca hukuksal değerlerin üç farklı özelliği veya karakteri vardır. Bunlar değişkenlik, hiyerarşi ve soyut-ideal değerdir.

1) Hukuksal değerler değişkendir. Yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlük veya malvarlığı gibi değerler binlerce yıldır çok önemli olsalar da, hukuksal değerlerin değişken bir karakteri vardır. Çok basit sözcüklerle ifade etmek gerekirse, ölürler, doğarlar, değerlerini yitirirler veya değer kazanırlar. Bunlar topluma, toplumun kültürel özelliklerine, gereksinimlerine ve toplumsal yaşama bağlıdır. Örneğin geçmişte adap veya vücut bütünlüğü, tıp ve uyuşturucu hukukunda çok önemli hukuksal değerlerdi. Yakın zamanlarda ise memurlara rüşvet verilememesi veya insan onuru değer kazanmıştır. Aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesi, zati uyuşturucu kullanımı, ötanazi veya devlete karşı işlenen suçlar da toplum içindeki önemlerini yitireceklerdir ve gelecekte yeni hukuksal değerlerle karşılaşacağımız da kesindir.

2) İkinci özellik, çeşitli hukuksal değerler arasındaki hiyerarşidir. Bu ifade ile vurgulanmak istenen, hukuksal değerlerin toplumdaki öneminin zaman içinde değiştiği ve bazı hukuksal değerlerin çok önemli hale geldiği kabul edildiğinde, pozitif normların bu hiyerarşiye göre düzenlenmesi gerektiğidir. Cezalar ve cezai önlemler orantılı olmalıdır. Tabii, hukuksal değerin ceza açısından tek ölçüt kabul edilmesi mümkün değildir. Bu alanda failin kusuru, hukuksal değerin ihlal şekli gibi unsurlar da rol oynar.

3) Hukuksal değerin üçüncü özelliği onun ideal, soyut, yani pozitif öncesi karakteridir. Bilindiği gibi, hukuksal değerlerin pozitif, maddi, somut nesneler mi, ideal, soyut, pozitif öncesi nesneler mi oldukları konusunda pek çok görüş bulunmaktadır. Hatta Türkiye ve İtalya'da bazı yazarlar üçüncü (telifçi) bir görüşü savunmaktadırlar. Onlara göre, (yaşama karşı suçlar gibi) bazı ceza normlarında hukuksal değer somut, maddi bir nesneyken (onur, kamu düzeni gibi) diğer bazı hukuksal değerler soyut, ideal nesnelerdir.

Kanımca bütün hukuksal değerlerin pozitif öncesi, ideal, soyut bir karakteri vardır.

IX. Görüşüme göre hukuksal değer kavramı çok genel ve önemli bir hukuksal varlık olup yalnızca ceza hukukunun genel hükümlerinde değil, aynı zamanda özel hükümlerde, hatta ceza usul hukukunda dahi farklı bir rol oynamaktadır. Çok genel olarak hukukla, suç tipleri ile, devlet, toplum, birey ve norm sisteminin ilişkileri ile yakından bağlantılıdır.

Kanımca, bu işlevlerin en önemlilerini altı başlık altında toplamak mümkündür:

- Kanunkoyucunun hukuk politikası etkinliklerine ilişkin işlevler
- Eleştirel işlevler (normların yeniden düzenlenmesi veya kaldırılmasında)
- Suç tiplerinin sınıflandırılmasında
- Ceza yaptırımlarında
- Yorumda
- Tipe uygun eylemlerin "maddi hukuksal değer ihlalleri anlamında" tespitinde.

1) Hukuk politikasına ilişkin işlevlerde hukuksal değer, kanunkoyucunun ceza normu yaratmasının ön koşulunu oluşturur. Bu eylemler cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık ölçütleri açısından değerlendirilir. Suç tiplerinin penalizasyon ve dekriminalizasyon çalışmalarında suç tiplerinin hukuksal değerlerin korunması öğretisine göre sınanması gerekir.

2) Eleştirel işlev açısından hukuksal değer kavramı, kanunkoyucunun sınırlandırılmasında, yönlendirilmesinde ve denetlenmesinde rol oynar. Bu rol yeni düzenlemelerde büyük önem taşır: Bir hukuksal değer bulunduğunda ve bu değerin yukarıdaki ölçütlere göre ceza hukuku koruması altına alınması gerektiğinde, kanunkoyucunun ya tamamıyla yeni pozitif normlar yaratması ya da özel bölümün eski normlarını kaldırması söz konusu olur. Bu durum yalnız ceza kanununun özel bölümü için değil, teşebbüsün cezalandırılması, haklı savunma (örn. mala karşı suçlarda) ya da yurtiçi hukuksal değerlerin yurtdışında da korunması gibi, genel bölüme ilişkin konularda da geçerli olabilir. Bu bağlamda Türkiye'de çevre, internet, gen teknolojisi ve kültürel miras alanlarında yeni suç tiplerine ihtiyaç vardır.

Öbür yandan kanunkoyucunun bazen bu işlev gereği genel veya özel bölüme ya da uluslararası hukuka ilişkin bir hükmü kısmen veya tamamen kaldırması da gerekir. Bu görevlerin dayanağı Anayasa dışında uluslararası andlaşmalar da olabilir. Örneğin bu nedenle "Adnan Kahveci yasaları" olarak adlandırılan düzenlemelerle birçok kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

3) Kanımca, hukuksal değer kavramı, suçların sınıflandırılmasında en iyi ölçüttür; yani hukuksal değerin sistematik işlevinin, ceza hukuku dogmatiğinin yapısının ana unsuru olarak hukuksal değerin anlaşılması ve özel kısımdaki cürümlerin metodik sınıflandırmasında temel ölçüt olarak değerlendirilmesi açılarından özel bir önemi bulunmaktadır. Her ne kadar çağdaş ceza yasalarının çoğunun kanunlaştırma aşamasında bu ölçüt ciddiye alınmışsa da, yanlış düzenlemeler nedeniyle zaman içinde bazı suçların ceza yasasının doğru bölümünde düzenlenip düzenlenmediği sorusu ortaya çıkmaktadır (TCK m. 509 veya 500 gibi). Bunun dışında söz konusu işlev, tek bir hukuksal değeri değil, birden fazla hukuksal değeri aynı anda koruyan suçlar açısından büyük önem taşımaktadır. Bu suçların, ceza yasasının hangi bölümünde düzenlenmesi (ve belki de bu suç tiplerine hangi cezaların öngörülmesi) gerektiği, bu işleve göre değerlendirilmelidir.

4) Hukuksal değerlerin hiyerarşik karakteri nedeniyle, cezalar ve tedbirlerin de bu hiyerarşi ile orantılı olmaları gerekir. Hukuksal değerlerin yanlış değerlendirilmesi veya pratik nedenlerle kimi zaman bazı cezalar indirilmekte veya ağırlaştırılmaktadır (örn. TCK m. 456 [kasten müessir fiil] ile TCK m. 495 vd. [yağma] suçlarının cezaları arasındaki orantısızlık].

5) Ceza normlarının yorumunda ratio legis ölçütü yanında hukuksal değer kavramı da teleolojik olarak veya teleolojik yorum şeklinde kullanılabilir. Tezimin ana çıkarımı, normu uygulayanın her somut olayda şu sorunun cevabını araması gerektiğidir: Uygulanacak düzenleme ile korunması gereken hukuksal değer fail tarafından zedelenmiş veya tehlikeye sokulmuş mudur? Bunun dışında hukuksal değerin korunması öğretisi tehlike suçlarını "ihlal" kavramı ile kesin bir şekilde açıklamayı, somut olayda, somut normun koruma alanını saptamayı ve tehlike anlamında bir hukuksal değer ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemeyi olanaklı kılmaktadır.

6) Hukuksal değer kavramını, "tipik eylemler"in değerlendirilmesinde de kullanmaya çalışacağım. Gerçekte bu işlev, yorum işlevinin bir alt kümesini oluşturmaktadır. Kanımca, (zedeleme ve tehlikeye sokma anlamında) "ihlal" kavramını yalnızca doğal nedenselliğe göre değerlendirme-memiz gerekir. Ratio-legis ölçütü de her zaman yeterli olmayacaktır. Özellikle tehlike suçlarında, düşüncenin ifadesine ilişkin

suçlarda ve mala karşı işlenen suçlarda suç tipinin "gerçek ihlal nedenselliği"nin tespitinde hukuksal değer kavramını da değerlendirme ölçütü olarak kullanmamız gerekir. Bu nedenle eylemi elverişsiz olduğunda veya somut olayda mutlak olarak elverişsiz bir obje bulunduğunda failî cezalandırmak mümkün değildir.

Hukuksal değerin korunması öğretisine göre kabul edilemez pozitif normlara örnekler

1) TCK m. 463: Hukuksal değerin ihlaline katkısı kanıtlanmadan sanığı cezalandırmayı mümkün kılmaktadır.

2) TCK m. 578: Maliki olduğu kanıtlanamayan eşyanın bulundurulması suçu.

3) 1998 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda öngörülen zina suçu.

4) TCK m. 414 ve 416'da (ırza tecavüz suçu) mağdurun bakire olması ağırlatıcı nedendir.

5) Irza tecavüz suçlarında mağdurun evli bir kadın olması ağırlatıcı nedendir.

6) TCK m. 453'e göre annenin "yeni doğmuş bir çocuğu", "namusunu kurtarma" saikiyle öldürmesi cezayı büyük ölçüde hafifleten bir neden olarak öngörülmüştür.

7) 1998 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda yeni bir suç tipi vardır: 15 ile 18 yaş arasındakilerle cinsel ilişki olmadan, cinsel eylemlerde bulunmak cezalandırılmaktadır. Geçerli bulunan TCK'da bu eylemler suç değildir.

8) TCK'daki devlete karşı suçların çoğu (m. 125 vd.) İtalya'daki 1936 tarihli "Rocco değişiklikleri"nden iktibas edilmiştir. Suç tiplerinin sayısı çok fazla, kapsamları çok geniş, cezaları da çok yüksektir. Türk Ceza Kanunu'nun özel bölümdeki Birinci Babı, "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" başlığını taşımaktadır. Bu babın ilk faslında devletin arsıulusal şahsiyetine karşı cürümler yer almaktadır. Terörle Mücadele Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu gibi yan kanunlar hariç olmak üzere, bu Babda devletin şahsiyetine karşı yaklaşık 53 suç tipi öngörülmüştür. Bazı suç tiplerinin cezaları ise hayli düşüktür.

9) Türk Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası kaldırılmalıdır, zira bunun kapsamında korunmaya muhtaç yabancı (uluslararası alanda korunan) bir hukuksal değer söz konusu değildir. Burada konu, bir Türk veya yabancının işlediği, yabancı ülke vatandaşına, elçisine, konolosuna veya bayrağına hakaret suçudur.

10) Birkaç yıl öncesine kadar, organize suçluluk şeklinde ortaya çıkmayan uyuşturucu suçluluğu da TCK m. 4/1 bağlamında yabancı (veya uluslararası) hukuksal değer kapsamında korunmaktaydı.

11) Türk Ceza Kanunu'nun zati uyuşturucu kullanımına 2 yıl özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören 404'üncü maddesinin 2'nci fıkrası kaldırılmalıdır, zira bu alanda cezaya liyakat ve muhtaçlık bulunmamaktadır.

İçtihattan, hukuksal değerlerin korunması öğretisiyle bağdaşmayan örnekler

1) TCK'nun eski 438'inci maddesine ilişkin karar: Bu madde, fahişe bir kadının ırzına geçilmesi halinde cezanın ciddi bir şekilde indirilmesini öngörmekteydi. Türk Anayasa Mahkemesi aykırılık iddiasını reddetmişti[1]. Gerekçe genel olarak şöyleydi:

" (a) Devletin ceza kanunu çıkarmak konusunda sınırsız bir sübjektif hakkı vardır ve

" (b) Fuhuş yapan kadınlarla diğer kadınlar arasında hukuksal değer açısından bir farklılık vardır."

2) Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nda ırza tecavüzü "evlilik dışı" durumlarla sınırlayan açık bir düzenleme bulunmasa da, failî mağdurun eşi olduğunda cezalandırılmamaktadır. Buna karşın, koca, eşini ters ilişkiye zorladığında Yargıtay'ın görüşü, akrabaya kötü davranmaya ilişkin başka bir maddedeki (TCK m. 478) suçun oluştuğu yönündedir[2]. Evlilik içi ırza tecavüzün cezasız kalması, kocanın karısı üzerinde belirli bir cinsel belirleme hakkı bulunduğu gerekçesiyle açıklanmaktadır.

3) Yargıtay'ın bir suç örgütü oluşturma veya buna üye olma suçlarından sanıkların, ortada hukuksal değere yönelik tipe uygun bir eylem bulunmadığı halde cezalandırılmasına ilişkin pek çok kararı vardır.

4) TCK'da (piramit oyunları olarak da anılan) kartopu sözleşmeleri için özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Türk ceza mahkemeleri bu gibi hallerde dolandırıcılık suçundan (m. 503 ve 504) ceza vermişler ve bu kararlar Yargıtay tarafından da onanmıştır[3].

Yeni düzenlemelerin 90'lı yıllarda yürürlüğe girmesinden önce telefon (konuşması) ve enerji hırsızlığı ile otomatların, otellerin, taksilerin veya restoranların karşılıksız kullanımı da hırsızlıktan kıyas yoluyla cezalandırılmaktaydı.

Pozitif hukuksal kurallar olmadan hukuksal değerlerin ceza hukukunun araçlarıyla kullanılması mümkün değildir.

5) Yakınlarda Türk Anayasa Mahkemesi, Terörle Mücadele Kanunu'nun şu şekildeki bir maddesini iptal etmiştir[4]: "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler". Daha önce bu madde Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygun görülmüştü ve Anayasa Mahkemesi'nin bu eski yorumunun meşruiyeti bulunmamaktaydı.

Kısaca söylemek gerekirse:

"Hukuksal değer koruması olmadan ceza hukuku normu olmaz, in dubio pro libertate(*) ve şüphe halinde ceza verilmez".

1 Bu madde daha sonra 21.11.1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

2 Bkz. 4. CD. 19.12.1990 tarihli ve 5557/7044 sayılı kararı, in: Savaş-Mollamahmutoğlu-Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3.b., Ankara 1999, s. 515-518.

3 Bkz. CGK 24.11.1998 tarihli ve 9-280/359 sayılı kararı, in: Savaş-Mollamahmutoğlu-Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3.b., Ankara 1999, s. 5475-5479.

4 Bkz. AYM, 06.01.1999 tarihli ve E. 1996/68, K. 1999/1 sayılı kararı (RG. 19.1.2001, No. 24292).

(*) Lat.: "Şüphe halinde özgürlükten yana" (ç.n.)

Doğru Hukukun Bilgisi(*)

Hayrettin Ökçesiz(**)

I

"Bilgi ve değer" ilişkisinde hukukta "değerden bağımsız" bir etkinlik beklemek asla mümkün değildir. Hukukun etik değerle bağlılığı elbette, onun normatif özelliğinden kaynaklanmaktadır. Normatifliğin bizatihi etik bir alan olduğunun anımsanması gerekir. Şu halde hukukun diğer sosyolojik ve dogmatik geçerlilikleri yanında ayrıca bir etik geçerlilik boyutu vardır. Hukukun "asgari bir ahlaki meşruluk"[1] anlamında ele alınan bu geçerliliği, onun bağlayıcılığının insandaki içsel kökenini göstermektedir.

"Doğru hukuk" kavramını Stammler'den ödünç almaktayım. "Doğru Hukuk", O'nun 1902'de yayımlanan hukuk felsefesi kitabının hemen başlığında yer verdiği bir kavramdı: "Doğru Hukuka Dair Öğreti"[2]... O'na göre "doğru hukuk" "konmuş hukukun özgün bir türüdür". "Yani irade içeriğinin doğruluk niteliği taşıdığı bir konmuş hukuktur." Somut bir hukuk normunun hukuk idesi ile örtüşmesini Stammler, hukukun doğruluğu olarak anlamaktadır. Ona göre hukuk idesi "koşulsuz geçerli bir prosedür fikrinin, mümkün amaçların ve araçların içeriğinin bütünlük içerisinde belirlenmesi" olmaktadır. Bu dahi gerçekleştirilmesi gereken ideal bir durum, yükümleyici ideal bir içerik olmayıp, belirli yüksek hedeflere yönelmiş bir isteme olarak tüm hukuksal istemeyi kendi kılgısal hedeflerinin birliği altında kavramayı mümkün kılan bir süreç olmalıdır. Hukuk idesi ona göre "özgür istençli insanlar topluluğu", "safi bir topluluk", ve aynı zamanda bir "sosyal ideal"dir. Doğrulukta sözkonusu olan,

(*) Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümünün 16-17 Mayıs 2002 tarihlerinde düzenlediği "Bilgi ve Değer" konulu sempozyumda sunulmuştur.

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

1 "Hukuk, devlet olarak örgütlenmiş ya da devletlerarası bir normlar sisteminin anayapısına ait normların tamamıdır. Ancak bu sistem genellikle sosyal etkili olmalı ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneği taşımalıdır. Hukuk ayrıca bu anayasaya göre konmuş normların da bütünüdür. Ancak bunların da asgari bir sosyal etkililiğe ya da sosyal etkililik şansının bulunması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneğini taşıması gerekir" Ralf Dreier, Recht – Staat – Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/M, 1991, s.116

Rudolf Stammler, Die Lehre vom Richtigen Rechte (1. Baskı 1902). Stammler'in burada kısaca verdiğim görüşleri için bkz.: Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. baskı, Berlin New York 1976, s. 70 vd.; Karl Larenz, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, Münih 1979, s. 12 vd.; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 5. baskı, Ankara 1999, s. 383 vd.

formal bir süreçtir. Mantıksal bir biçime geri dönüştür. Belirli ahlaki içeriklere uygunluğun denetlenmesi değildir. Tüm bu kısa alıntılarda Kantçı düşüncenin izlendiğini görüyoruz: Hukuk insanın bir "dış özgürlüğü"dür. Bu özgürlük insana özerk ahlaki karar vermesini mümkün kılmaktadır. Bu tanımlarda hem doğruluk, hem de konmuşluk ön plana çıkmaktadır. Stammler bu çalışmasıyla hem doğal hukukçu hem de pozitivist görüşlerin çıkmazlarından kurtulmaya çalışıyor olmalıdır. Hukuka "doğru" nitelemesini getirmesi, bir üçüncü yolun varlığını bulup göstermeye yönelik bulunmaktadır.

Aslında hukuk için düşünülmesi gereken değersel bağlılık, "adalet" iledir. Bir pozitif hukuk normunun, adil olup olmadığını sorgularız. Hukuku tanımlarken onun adalet değerine yönelmiş bir toplumsal düzen olduğunu vurgularız. Adaleti hukukun "idesi" olarak görürüz. Hukuka "doğru" nitelemesi getiriliyorsa, bu onun adalet kalitesi ile birlikte pozitivistlerin tartışma bağlamına da bir uygun kavramla yaklaşmak için olabilir. Çünkü pozitivistler her türlü anlam içeriğinin, bir pozitif hukuk normu olabileceğini söylerler. Ahlaki boyutun, hukuk normu olmak özelliğini kazanması bakımından dikkate alınmasının gerekmediğini, onun bu durumu ile de bir "doğru" hukuk olabileceğini ileri sürerler. İşte "doğru hukuk" deyimi pozitivistlerle de bir tartışmaya girebilmek için uyarlanmış bir etik ölçüt olmak anlamını taşımaktadır.

Ben "Doğru Hukukun Bilgisi"nde adil olmak değeri atfedilen her hukuk düzeninde ve her pozitif hukuk normunda ya da düşüncesinde bu kaliteyi ortaya çıkaran ya da onlara bu değeri veren koşulları araştırmak, en azından onlara işaret etmek istiyorum.

Burada ilk önce epistemolojinin sorularını Stammler'in yukarıdaki yaklaşımını da içeren ve fakat daha geniş bir açıyla, hukuk için de sormalıyız: "Doğru hukuk"un bilgisi mümkün müdür? Mümkünse, bu bilgiye nasıl ulaşabiliriz?

II

Bu iki kademeli soru için aşağıdaki savları biraraya getiriyorum:

1) "Hukuk" bir sosyal olgu ve normatif bir dizge olmak yanında "doğru" olmak gibi bir nitelemeye de gerek duyar. Bir hukuksal yargının geçerliliğini, "doğru" olmasıyla da sağlamaya çalışırız.

2) "Doğru" bulmak hukuk'ta, yalnızca monolojik bir "kanıtlama" ya da bir "tanıtlama"dan ziyade süreçsel bir "temellendirme" işlemidir.

3) Hukuku doğru kılan temeller nedir? Bunlar, mantıksal doğruluk yanında – çünkü, mantık hatası hukuksal hata olarak anlaşılır (negatio conclusionis est error in lege) - duygusal ve duyuçsal, törelbilinçsel bir doğruluğu da içerir (cum vitia prosunt, peccat qui recte facit – eğer hata yardımcı oluyorsa, kurala uygun davranmakla haksızlık edilmiş olur. Ya da summum ius summa iniuria – hukukta ifrata kaçmak en büyük haksızlıktır).

4) Tüm hukuk bilimi bu "doğru hukuk"un bilgisine ulaşmak ve bu bilgi-

nin "doğru"luğunu temellendirmek çabasıdır (juris-prudentia). Bu sırada kozal (natura rei) ya da final (ius naturae) açıklamalara başvurmak hukukun doğruluğunun temellendirilmesi girişiminde yarışan seçeneklerdir.

5) Bunların dışında başka bir hukuk daha vardır ki bu, aslında doğruluğunu aramaz. Şiddetini daha güçlü kılabilmek için doğru bulunmaya çabalar. Onun "temellendirilme"sinde her yol ve yöntem mubahtır.

Özetle; yukarıdaki çerçevede kalmak üzere doğru hukukun bilgisinin üretim ve varlık alanlarını; ilkönce içerik olarak, ardından metodolojik olarak, daha sonra yargıç kimliğinde, yine ardından hukuk ve dil ilişkisinde, son olarak da demokratik ögenin hukuka etkisi ve (insan hakları – eşyanın tabiatı gibi) demokrasi üstü yaklaşımda aramak gerekmektedir. Madalyonun öteki yüzüne bakmak da bu yukarıda sayılan alanların gerçek varlık ve işleyiş tarzlarını bilmek bakımından önem taşımaktadır: Bu yüzde, doğru olarak dayatılmak istenen bir sahte hukukun gerçekliği yer almaktadır.

III

Doğru hukuku içerik olarak belirleyen bilgi alanları herşeyden önce ahlak sistemleridir. Dinler ve ideolojiler bunların içerisinde sayılırlar. Her doğal hukuk görüşü bunların içerisinde veya çevresinde varlık gösterir. Bu alan makro düzeyde bir çatışmayı sergiler. "Uygarlıklar Çatışması" kavramı, bir hukuk düzenini temellendirmek bakımından girişilen çekişmede anlamlı bir çözümleme olarak anlaşılabilir. "Uygarlıkların uzlaşması" da aslında böylesine kıyasıya bir çatışmayı örtmek ve gidermek arzusunu ve belki de bir müstakbel başarıyı dile getirmektedir. Mekan ve zamanda her değişime, bir doğru hukuk arayışı eşlik etmektedir. Her siyasal dönüşüm bir doğru hukuk tasarımının güdümünde vücut bulurken, her toplumsal değişim bir başka hukuk tasarımını doğru kılmaktadır. Bu dönüşümler ve değişimler arasındaki istikrar dönemlerinin düzenleyicisi ve bekçisi, hep bir doğal hukuk düşüncesince temellendirilen hukuksal pozitivizmlerdir. Ancak bunlar bir taht kavgasını sonsuza değin çözebilmek için, doğdukları bu batını hemen karanlığa gömmek isterler. Çünkü bir hukuksal pozitivizmi temellendiren her doğal hukukçu görüş, ileri sürdüğü düşüncelerde bu defin işlemini de öngörür.

Tüm bu söylenenlere göre bir pozitif hukukun "ratio juris"ini onu doğuran ve sarmalayan tüm gerçeklik bilgilerini göz önünde bulundurarak anlayabileceğiz. Bu bilgi, bir pozitif hukuk normunun "ratio legis"ini ortaya çıkarabilmek için birinci derecede önemlidir. Bu geçişle doğru hukukun bilgisine mikro düzeyde ulaşabilmenin köprüsünü kurmuş oluyoruz. Çünkü yukarıdaki tartışma aslında, trajik dava dosyalarının tüm sayfalarında gizli bulunmaktadır. Belki o dosyaların sayfalarını sarartan ve yıpratan da bu makro düzeydeki kavgadır.

Bu noktada doğru hukuku telaffuz edecek olan yargıca ve onun metodolojisine ulaşmış bulunuyoruz. Roma hukukundan beri hukukçular bir kilit taşından söz ederler: Iura novit curia.

Hukuku mahkeme bilir. Bu ilke bize, doğru hukukun yalnızca yargıç tarafından dile getirilebileceğini söylemektedir. Bugün yasaları parlamentoların, hukuku da yargıçların yaptığını söylüyoruz. Bu sözle ikinci bir noktaya gelinmiş olmaktadır: Doğru hukukun demokratik boyutu yanında demokrasi üstü bir boyutunun, bir içtihat; inanış, görüş hatta bir önyargı ve ideoloji boyutunun bulunduğunu görüyoruz. Siyasal ve sınıfsal olmak kınamasından yargı bir türlü kurtulamıyorsa bunun nedeni; demokrasi ötesi şiddet seyrinin, doğru hukukun yargıç eliyle temellendirilmesinden bir meşruluk beklentisinde olmasında yatmaktadır. Bunun da nedeni çok açıktır: Çıplak gücün bir meşruluk giysisine ihtiyacı vardır. Gördüğü toplumsal işlevi bakımından Yargıç çoğu zaman iyi bir terzidir.

Biraz önce sorduğumuz "doğru hukukun bilgisi mümkün müdür?" sorusuna tüm bu kinik ifadelere rağmen, demokratik bir yasakoyucu ile bilge bir yargılayıcı arasında gerçekleşecek gerilimde ortaya çıkarılabilmesi mümkün bir bilgi olarak olumlu bir yanıt verebileceğiz. Buradaki hukukun "doğru"luğu artık entelektüel bir ilginin ulaşacağı safi bir yargı olmayıp, siyasal iktidarın yeniden oluşturulması ve olumlanması anlamında herşeyin karışımıyla yoğunlaşmış bir doğruluktur.

IV

Biraz önce sözünü ettiğim yasakoyucuyu demokratik ve yargıcı bilge kılan birkaç önemli kaldıraca değinmek isterim. Onlar olmaksızın bu her ikisi hukuk kültürünün taşıyıcısı olan halkın gözünde sakınılması ve bir an evvel kurtulunması gereken sömürgenler düzeyinde yozlaşırlar.

"Doğru hukuk"un bilgisine bizi ulaştıracak kaldıraçlar şunlardır:

1. Devletin tüm kurum ve kuruluşlarıyla bir "Hukuk Devleti" olarak tasarlanmış olması

2. Siyasal sistemin bütünüyle demokratikleştirilmesi

3. İnsanın direnme hakkının hukukun özü olarak kavranması

Bunların her üçünün birlikte yarattığı sinerji ile mikro düzeyde, pozitif hukuk normlarının konması ve eleştirilmesi bakımından bir "doğru hukuk" bilgisine ulaşabilmek mümkündür.

Bu bilgi süreci görülüyor ki, Kaufmann'ın deyimiyle bir Real Diskurs'ta gerçekleşirken, Habermas'ın İdeal Diskurs'unun koşullarına da ihtiyaç duymaktadır. Yukarıda ileri sürdüğüm koşullar bu her iki diskurs modelinin[3] ortak çıkış noktaları olarak görülmek değerindedir.

Kasıtla birbirine karıştırmak dışında, herbirinin yerini ve işlevini iyi belirlemek ve çok iyi kavramış olmak durumunda bulunduğumuz şu iki latince deyişin yine doğru hukukun bilgisine ulaşmak bakımından olumlu katkısını gözardı etmemeliyiz:

Argumente non sunt numeranda sed ponderanda (Argümanları saymamalı, tartmalıdır.)

3 Arthur Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, b.y.: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (haz.: A. Kaufmann / W. Hassamer), 5. baskı, Heidelberg 1989, s. 141

Numerantur sententiae, non ponderantur (oylar sayılır, tartılmaz.)

Etik değerle iç içe bulunan hukukun bilgisinde hem içeriksel ve hem de biçimsel bir "doğru"ya ulaşabilmenin mümkün olabileceğini düşünüyorum. Ancak bu "doğru"nun adil olmak için gerekenden daha fazla bilgiye ve bilince ihtiyaç duyduğunu görüyoruz.

V

Buraya kadar koşullarını ve alanını belirlemeye çalıştığım "doğru hukuk"un bilgisine ulaşmada en yetkin ve en soyut normatif metin bu bilginin ulaşılmak istendiği siyasal sistemin, devletin Anayasasıdır. Bu metin artık bugün eski deyimiyle sadece, devletin bir "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu" değildir. Toplumun ve bireyin devlet karşısında ve tüm bunların birbirleriyle birlikte oluşturmayı amaçladığı kamusal alanın bir ana yasasıdır. Bu kamusal alanın bizim buradaki konumuz bakımından amacı, bu "doğru" hukuku bilmek olmaktadır. Bilmek yalnızca bireyin bir zihinsel etkinliği olduğuna göre, kamusal alanın doğru hukuku bilmek yönünde oluşturulup donatılmasında ilk öngörebileceğimiz koşul insan bireyinin özgürlüğüdür:

"Hukuk Devleti" düşüncesini borçlu olduğumuz Kant'ın Fransız Devrimine karşı çıkanların, -insanların ve toplumun henüz bu özgürlüklere hazır olmadığı- itirazı üzerine söylediği şu sözü:

"Bu koşullarda özgürlük asla gerçekleşmeyecektir. Çünkü hiç kimse özgürlük ortamına yerleştirilmeden, özgürlük için yeterli olgunluğa erişemez"[4] sözünü her türlü "hacir" gerekçesi için bir çürütme argümanı olarak alıyorum.

"Doğru hukuk"un bilinmesinde bir ülkede en önemli sorun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin mahiyetidir. Bu ölçütlerin doğru hukuku bilmemiz için ne denli yetenekli ve yeterli olduklarını da irdelemek burada bir başka açıyı oluşturmaktadır. Demektir ki, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin yetersizliği ve isabetsizliği bir ülkede hukukun büsbütün yozlaşmasının ana nedenlerinden biri olarak görülebilecektir. Çünkü hukukun yozlaşmasının önemli bir kaynağı, daha yetkin hukuk tasarımlarına götürebilecek yolların tıkanmasıdır. Bu yolları tıkayan etkenler diskur ortamını zorlaştıran nedenlerle özdeş bulunmaktadır.

Bu düşüncenin ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin 40. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda ileri sürdüğüm ve "doğru hukuk"un bilgisine ulaşmada kendilerinde bir altyapı özelliği gördüğüm; Temel Hakların ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Temel Alınabilecek Bazı Önemli Nirengi Noktaları'na burada da kısaca değinmek istiyorum:

1. Tarihsel ve güncel bağlamlarında "devlet"i sınırlayan temel hakların ve özgürlüklerin devlet tarafından sınırlandırılmasında, bu mutlak güç rövanşını her zaman büyük bir başarıyla oynamaktadır. T. C. Anayasası'nın yeni

4 Bkz. Iring Fetscher, Immanuel Kant und die Französische Revolution, b.y.: Materialien zu Kants Rechtsphilosophie (haz.: Zwi Batscha), Frankfurt/M 1976, s. 273

13. madde değişikliğinde, bir dokunulamaz "öz"ün tekrar Anayasa metnine dönmüş olması, bu mücadelede başlangıç noktasının gerilerine düşmeyi engelleyecek mütevazı bir güvenceyi oluşturmaktadır. Ancak 15. madde örneğinde görüldüğü üzere, gerektiğinde bu güvencelerin dahi güvence altında olamayacağı imasını bir gölge gibi taşıyan bu diyalogda "sade yurttaş"ın, bu özün dokunulamaz olmasını anlayabilmesi her zaman pek kolay görünmemektedir. Bu üslup ona korku ve güvensizlik duygusu vermektedir.

2. Oysa, özgürlük alanı genişledikçe ve korundukça kamusal alan yetkinleşir.

3. Daha çok özgürlük, kamusal ve resmi alanlarda daha çok saydamlık demektir.

4. Özgürlükler ancak, saydamlık talebinin en az düzeyde ileri sürülebileceği "özel alan" karşısında, en haklı sınırlandırılma durumuyla karşılaşır. "Kamusal alan" için aleniyet ne ise, özel alan için de mahremiyet odur. Özel alanın gereklerinden hareket ederek kurgulanan bir kamusal alanın ilkeleri asla özel alanın tahribine yol açmaz.

5. Özgürlükleri; insanın "dirimsel", "tinsel" ve "duyuçsal" bütünlüklerinin yetkinliğe ulaşabilmeleri için taşıdıkları anlam bakımından, "yaratıcı" ve "tüketici" özgürlükler olarak sınıflandırmak eşyanın tabiatına uygun düşmektedir. Yaratıcı özgürlükler insan onurunun kurucu ögeleridir.

6. Tüketici özgürlükler ile yaratıcı özgürlüklerin sınırlandırılmasında aynı ölçütleri kullanmak, yaratıcı özgürlüklerin özüne dokunmak anlamına gelmektedir. Yaratıcı özgürlüklerin tek sınırlandırılma ölçütü insanın kişilik haklarına tecavüzden korunması olmalıdır.

7. Özgürlükleri sınırlandırma ölçütleri, yetkin bir biçimde tasarlanan bir "hukuk idesi" alanından çıkarılmalıdır. Bu çaba gerçekçi bir "insan idesi" tasarımına dayanmalıdır.

8. Daha üstün bir temel hakkın veya özgürlüğün korunması amacıyla bir ultima ratio olarak girişilebilecek bir "prima facie sivil itaatsizlik" eyleminin anayasal meşruluğunun sonradan yargı organınca tanınabilme yolunun açılması, temel hakların ve özgürlüklerin ölçüsüz biçimde sınırlandırılma tehlikesi karşısında önemli bir demokratik güvence oluşturacaktır.

9. Dostoyevski'nin "Suç ve Ceza"da Raskolnikov'a söylettiği ünlü sözüne bir nazire olarak, hukuk devletinin Temel Haklar ve Özgürlükler kurgusunda anlamlı bulduğum bir paradoksu şöyle ifade etmek istiyorum: Özgürlük yoksa herşey mubahtır!

Doğru hukukun bilgisinin çağdaş söylemlerdeki aranma yöntemine en güncel bir örnek olarak Habermas'ın geçen günlerde Boğaziçi Üniversitesinde verdiği konferansında izlediği yolu gösterebiliriz. Habermas bir gazete haberinde şunları söylüyor:

"(...) kişi özerkliğinin yurttaş özerkliği ile güvence altına alınması gerekir. Demokratik süreçlerin oluşturulması iki şeyi birden güvence altına almayı gerektirir: Yurttaşların siyasal katılımı ve özel (kişisel) alanın hukuk devletince korunması" "(...) Demok-

ratik anayasal devletin meşruiyetini insan hakları ve halkın egemenliği gibi iki farklı kaynaktan aldığının altını çizen Habermas, 'öyleyse sorun, iki ögeden hangisinin temellendirme sırasında öncelik taşıdığı. İnsan haklarıyla uyuşma içinde yürütülen hukukun egemenliği mi, yoksa demokratik niteliği anayasanın kendisi de dahil herşeye meşruiyet kazandıran, egemenin kendisine yasa koyma süreci mi? Liberaller ve cumhuriyetçiler önceliği, modernlerin özgürlüğüne mi, eskiçağın özgürlüğüne mi vermeli diye tartışır'[5].

Habermas'ın söylediklerini bir hukuk normunda şöyle somutlaştırabiliriz. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" denmektedir. Bu, burada söylenenler çerçevesinde bir doğru hukuk bilgisidir. Bu hükmü aynı pozitif hukukun ratio juris'ine göre "kimse başkalarının özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" diyerek de okuyabiliriz. Bu da bize aynı nedenlerle aynı değerde bir başka doğru hukuk bilgisi olarak gelebilir. Yalnız bu ikincisinde dayanışmacı bir duruş, bu doğru hukukun bilgisini getirmektedir. Özel alanın nasıl kamusal alanın; özerk bireyin nasıl özerk yurttaşın kaynağına dönüştüğünü bu uyarlamada görebiliriz.

VI

Buraya kadar olan açıklamalarımda vermeye çalıştığım çerçevede hep koşut bir olasılık olarak görünen şey, sahte bir "doğru" hukuk bilgisinin, iktidar ilişkilerinin yöneldikleri irrasyonel hedeflerin gerçekleştirilmesinde bir "uygun" hukuk bilgisi olarak arandığıdır.

"Doğru hukuk" arayışında sahteciliğe karşı bir uyarı olması anlamında, Gustav Radbruch'un "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adlı metninin "ikinci dakika"sını okuyarak sözlerimi bitirmek istiyorum[6]:

"Yukarıdaki ilk tümce –asker için emir emirdir. Hukukçu da yasa yasadır, der- başka bir tümce ile değiştirilmek istenmiştir: Hukuk halka yararlı olan şeydir.

Demektir ki, keyfilik, sözleşmeyi çiğnemek, yasaya aykırılık, halka yararlı iseler hukuktur. Bu sonuçta şu demektir: Devlet gücünü elinde tutanın kamuya yararlı saydığı her şey, despotun aklına gelen her fikir, onun her hevesi, kanunsuz ve yargısız ceza, hastaların katli, hepsi hukuktur. Bu şu anlama gelebilir: Egemenlerin kendi çıkarları kamusal çıkar olarak görülecektir. Ve böylelikle hukukun, öyle sanılan ya da söylenen halk yararıyla çakıştırılması bir hukuk devletini bir haksızlık devletine dönüştürebilir.

Hayır, halka yararlı olan her şey hukuktur, denilmemelidir. Daha çok bunun tersi söylenmelidir: Yalnızca hukuk olan şey halka yararlıdır."

5 Cumhuriyet, 8. 5. 2002, s. 4

6 Gustav Radbruch, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, çev.: H. Ökçesiz, b.y.: Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997, s. 66

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları(*)

Yasemin Işıktaç(**)

Güncel hukuk sosyolojisi ve felsefesi literatürü tarandığında ilginin büyük oranda hukuk-ekonomi ilişkisi ve yönteme ilişkin yeni arayışlara kaydığını görüyoruz.

İnsan hakları öğretisinin cazibe merkezi olmayı korumasına rağmen özellikle pozitif hukuk metinleri ve uluslararası belgelerle insan haklarının kabulü bu felsefi sorunun daha çok sınırlarının geliştirilmesi ve uygulamada aldığı biçimle sınırlı kalmasına yol açmaktadır[1]. İnsan hakları kavramının hukuk ahlak ilişkisi içinde en fazla iç içe geçmiş alan olduğunu da gözden kaçırmamalıyız. Sorun elbette bir ahlak sorunudur. "İnsan"ın ne olduğundan başlayarak "hukukun varoluş sebebi"ne kadar genişleyen bir alan içinde konuyu ele almak gerekir. Aslında bu konferansta ikinci gün bu konuların daha çok üstünde durulacağı anlaşılmaktadır.

Ben daha çok hukuk-ekonomi ilişkileri ve yöntemsel çalışmaları üzerinde durarak yeni gelişmeleri ve hukuk uygulamalarını irdelemek düşüncesindeyim.

Toplum halinde yaşayan insanlar, sosyal ve ekonomik problemlerinin çözümünde, ister ilkel toplumlardaki gibi sadece gelenek ve göreneğe, isterse modern bir toplumda olduğu gibi gelenek ve görenek yanında yazılı hukuk kurallarına dayansın bir sosyal organizasyona gereksinim duyar. Hukuk, toplumsal bir ürün ve sosyal bir organizasyondur. Bireyleri, istemi doğrultusunda zorlar ve davranışları düzenleyici etken konumundadır. Bu açıdan ele alındığında sosyolojik olarak "hukuksal" olanın belirlenmesi kolay görünmektedir. Yasa, hüküm ya da idari işlemin hukuksal nitelikte olduğu açıktır. Ancak bu teknik alanın dışında açık ya da örtülü hukuksal alanla bağlantılı birçok konu bulunmaktadır.

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

(**) Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Örneğin düşünce özgürlüğü kişiler arasında dile getirildiğinde bir "düşünce açıklama hakkı", "düşünce özgürlüğü hakkı"dır. Kişilerin bu haklarının korunduğu yerde, yani "kamu düzeninin, orada yaşayan bütün kişilere (yurttaş olsun olmasın), insan türüne özgü bir olanağın gerçekleşip gelişmesine götüren insansal etkinlikleri gerçekleştirebilme koşullarını" sağladığı yerde, o ülkede, söz konusu özgürlük yani düşünce özgürlüğü var demektir. Ioanna Kuçuradi "Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?" Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz Afa Yay., İstanbul 1998, s. 24

Mülkiyet, sorumluluk, aile, yabancılık ve yeni tip sözleşmeler gibi.

En geniş anlamda hukuk sosyolojisinin konusunu şu başlıklar altında toplayabiliriz:

- siyasal sistemin norm çerçevesi,
- toplumsal çatışmaların çözümlenmesi olarak hukuk ve hukukun içselleştirilmesi süreçleri,
- uygulama olarak hukuk, yargılama ve infaz uygulamaları.

Siyasal sistemin norm çerçevesi başlığıyla yapısal sorunların çözümünde hukuk sosyolojisi olanakları araştırılmaktadır. İktidar, iktidarın sosyolojik kabulü, sistemin devam olanağı olarak hukuk, hukuk süjesi-hukuksal materyal ilişkisi, uygulama olarak hukuk gibi alanlar doğrudan hukuk sosyolojisi içindedir. Ancak yeni eğilimlerin, daha çok toplumsal çatışmaların çözüm olanakları ve hukukun içselleştirilmesi süreçleriyle, yargılama olarak hukuk, uygulama, infaz ilişkilerine kaydığını görüyoruz. İçeriksel bu değerlendirmelerin yanında dünyadaki genel eğilime paralel olarak ortaya çıkan ekonomi yaklaşımları hukuk sosyolojisi alanına da yansımıştır. İktisat-sosyoloji ilişkisinin yakınlığı, iktisat-hukuk sosyolojisi alanında da görülmektedir. Bu alandaki gelişmeler üzerinde özel olarak durmak gerekir. Ampirik verilere önem verme sosyolojinin merkezinde olan metodolojik bir zorunluluktur, ama veriler, evrensel sosyal yapıların ve süreçlerin yansımaları ya da örnekleri olarak ele alınır. Temelde odaklanılan nokta, tikel sosyal kurumlardan çok insan varoluşunun bütünlüğü üzerindedir. Hem Bentham hem de Austin, hukuk düzenini bir egemenlik silahı olarak gördüklerini belirtmişlerdir. Aynı yaklaşımın Max Weber sosyolojisi ile geliştirildiğini görüyoruz. Ancak sosyal gelişmelerin devam edegelen çizgisi, bu durumu hukukun özü olarak belirlemeyi oldukça güç hale getirmiştir. Diğer yandan hukuku ekonomik yapının pasif bir yansıması olarak gören yorumlar, ya sosyal gelişmeyi tek boyutlu "ilerleme" kavramına indirgerler ya da hukuku, ilgilendiği konuyla sınırlarlar. Hukukun bazı bölümleri, örneğin ceza hukuku gibi alanlarda "adam öldürmenin yasaklanması" "mülkiyete karşı eylemlerin yasaklanması" vb. belirlemeler, kültürlerüstü bir alan olarak görülürken, diğer pek çok ceza hukuku olgusu yerellikle açıklanabilir. Gelişmiş ülkelerde, hukuk formunun ekonomik ilişkilerin "meta biçimi"ni yansıttığı ileri sürülmektedir[2]. Bu düşüncenin açılımı, ekonomik ilişkilerin, bireye, emek ya da borsa piyasasının birimlerinin ekonomik sahibi gibi muamele etmesine benzer biçimde, hukuksal ilişkinin öznesi, hakların bireysel sosyal sahibi olarak anlaşılmasıdır[3]. Bireyin toplum içinde bu konumuyla algılanması hukuk-ekonomi ilişkisini merkeze koyar. Diğer yandan bu tarz yorumların hukuk ve hukuksal düşüncenin ideolojik etkisine daha fazla önem verdiğini de görüyoruz.

2 E. B. Pashukannis, Law and Marxism, London, Ink Links 1978, s. 67 vd.

3 E. B. Pashukannis, s. 35 vd.

Hunt, hukuk-ekonomi ilişkisinde aşağıdaki çıkarımları yapıyor[4]:

- Hukuk politiktir.
- Hukuk-devlet bağlantısı belirleyicidir.
- Hukuk egemen ekonomik ilişkileri yansıtır, aynı zamanda hukuksal form, ekonomik ilişkilerin formunu taklit eder.
- Hukuk potansiyel olarak zorlayıcıdır; devletin cebir tekelini açığa vurur.
- Hukuk, iktidar blokunun yansımasıdır.
- Hukuk siyasi iktidarın değerlerinin meşrulaşmasını sağlar.

Bu saptamalara rağmen, hukukun hem bir yansıma hem de bir etken olduğu açıktır. Toplumsal yapı sosyal formları olanaklı kılan üretici güç ve sosyal formların bir ürüne dönüştüğü karmaşık bir süreçler dizgesini içerir. Hukuk, sosyal koşullar ve yapılardan meydana gelir ve diğer sosyal koşulları ve belirli etkileşimleri yaratır. Tarihsel olarak, toplum belirli bir gelişme düzeyine ulaştığında, üretim, dağıtım ve değişimin günlük yenilenen faaliyetleri için genel bir düzenleme yapma gereksinimi doğar. Bu sistem bütünlüğü için de bir zorunluluktur. Toplumsal gelişimle, hukuk daha ayrıntılı bir hal alacaktır. Bu karmaşıklığın ekonomi açısından okunuşu, yasaların aynı zamanda ekonomik yaşam koşullarının bir açıklaması oluşudur.

Hukukçuların hukukun sosyal realitesini unutma eğilimi, hukuku belirli bir soyutluk içinde ele almaya yol açar. Yapısal bir bütün olarak siyasal sistemin işletim alanı olarak hukuk, sistemin değerlerini meşrulaştırmaktadır. Liberal toplum modelinde bireyler hukuk düzenince bahşedilen hakların sahibidirler. Bu haklar onların çevrelerindeki sosyal alanı kişisel projelerine göre şekillendirmek için kendi kaderlerini elde etmelerini sağlar. Özel-kamu alanı ayrımları açısından liberal modelin çizmiş olduğu bu ayrımda kamu alanı problematik bir durum kazanmaktadır. Bireyin kendi seçişleri doğrultusunda oluşturdukları beklentiler diğer bireylerin alanlarıyla çatışma haline girer. Aslında bir başka açıdan kamu alanı ve kamu alanı dışı birbirine geçer. Üretim, değişim ve tüketim alanları kamu alanı haline dönüşür. Bu alandaki haklar daha çok negatif özgürlükler alanıdır. Hukuk rejimi, kişiye, sahip olduklarını serbest piyasa çerçevesinde değiş tokuş etme garantisi olarak görünürken, sahip olmayanlar açısından dar bir pozitif faydaya dönüşür. Hukuk daha detaylandırıldığında, haklar sosyal gerçekliği örter; sanal bir tablo yaratabilir. Liberal ilişki, özel formlarla biçimlendiğinden, sözleşmeye gereksinim duyar ve kişinin sosyal bütünün bir birimi olmasından daha çok bir birey olarak göründüğü bir öznelliği gerektirir. İşte hukuk asıl bu öznelliği kurar ve ekonomik yapıyı olanaklı kılar. Geleneksel toplumsal yapıların çözülmesi "soyutlanmış birey"i yaratmıştır. Bu birey, hem hak sahibi hem de tüketicidir. Böylece birey artık "hukuki bir kişiliktir"[5]. Bu

4 M. A. Hunt, "The Ideology of Law", Law and Society Review, No: 19, s. 23, New York 1985

5 W. Morrison, Jurisprudence, Covandish Pub. Ltd. Reprinted, London 2000, s. 247

aynı zamanda imtiyazlı bir dünyadır. Privilage (imtiyaz), "priva" ve "lege", açılımı private law yani "özel hukuk"tur. Yasallık, hukuksal gelişim, hakların ve görevlerin sosyal bir alanını biçimlendiren yaratım, bürokratik ilişkiler ağı içinde çağdaşlık ontolojisinin özünü oluşturan bir epistemolojik alan yaratır[6]. Liberal ekonomik modelde mülkiyet hukukundan sözleşme hukukuna geçiş gerçekleşmiştir. Daha derin eşitlik çağrışımı yapan bir adalet yerine hukukun formalizminden kaynaklanan biçimsel adalet ön plana çıkmıştır. Felsefi açıdan da bu ayrım önem taşımaktadır. Eşit haklar verildiğinin kanıtı olarak ilan edilen hukuksal haklar, büyük oranda biçimsel hukukun ürünüdürler ve sosyal haklara dönüşme güçlüğü taşırlar. Gerçek işlevsel sosyal hakların, "yaşamın yeniden üretimine katkı" biçimine dönüşmesi gerekir. Gerçekte siyasal ve hukuksal haklar talep eden soyut birey simgeseldir, ideal bir öznedir; hukuksal çerçevedeki etik konular da bu ideal özne için çizilir. Böylece hukuk düzeni gerçek koşullar ve ilişkilerin aynadaki yansımasına dönüşür.

Drucker[7] gibi bazı güncel yorumcular, post-modern dünyada belirleyici olanın sermayeden bilgiye kaydığını belirtiyor. Post-modern toplum, işgücünün korunduğu araçların üstün olduğu bir üretim ilişkisi kurmuştur. Bilgisel gelişim yani enformasyon, globalleşme ile birlikte bütün toplumsal sınıflar için etkileyici yeni bir profil çizmektedir. Bu değişimle birlikte sosyal düzen ve insancıl bir sosyal yaşamın nasıl süreceği sorununun çözülmesi gerekir. Tüm dünya gözönüne alındığında, zengin ve fakir kesimler arasındaki uçurum hiç olmadığı kadar büyümüştür. Bu yapılanma kuzey-güney çatışkısı olarak isimlendirilmiştir. Zengin kuzeye karşı yoksul güney, yeni bir ayrım olarak globalleşmeyle daha belirgin bir hal almıştır. Genel şema bu olmakla birlikte modern toplumun hukuku, yerellik düzeyinde de hukuk-ekonomi ilişkilerini temel alan yeni bir yörüngeye girmiştir. Bugün için pozitif hukuk alanının en teknik ve geniş bölümünü ekonomik ilişkiler oluşturur. Medeni hukuk, borçlar hukuku, iş hukuku, mali hukuk, uluslararası hukuk gibi alanlar bunun en tipik göstergeleridir.

Marx'ın açık olarak dikkatimizi çektiği gibi üretim ilişkilerindeki değişim bir üst yapı kurumu olan hukuku da doğrudan etkiler. Bunun anlamı pazar ekonomisinin değişmesidir; ulus devletle biçimlenen üretim biçiminin bugün globalleşme adı altında tümüyle değiştiğini görmekteyiz. Özetle, giderek serbest dolaşım olanağına kavuşan sermayeye karşı bağımlı emeğin biçimlendirdiği yeni bir üretim modeli. Kuşkusuz bu üretim ilişkisinin sonuçları, sermaye sahibi güçlü ekonomilerin giderek daha da güçlü hale gelmesi, emeğin fiyatını belirlemede serbest olma ve dünyanın tümünü "pazar" kılabilme olanağıdır.

Sözü edilen ilişkilerin hukuka yansıması, bu genişlikteki serbestliğin

6 W. Morrison, s. 273

7 P. Drucker, Post-Capitalist Society, Oxford, Butterworth, Heinmann 1993, s. 12 vd.

sağlanabilmesi için; "Teknik ancak daha kısa sürede çözüm üreten, her yanda aynı olabilen bir hukuksal çerçeve oluşturmak" standart olarak belirlenmiştir. Elbette üretim ilişkisini salt firma politikasına indirgeyerek müdahale edilemez geniş bir serbest alan sağlaması da bu genel çerçeveye eklenecektir. Global anlamdaki üretim ilişkilerine pratikte giderek artan hukuk-ekonomi ilişkisi eşlik etmeye başlamıştır. Öyle ki, bugün siyasi bir birlikteliğe gittiği düşünülen Avrupa Topluluğu tam da söylediğimiz gibi, yola bir ortak pazar olarak başlamıştı. Bu gelişmelere karşı anti-globalizm eleştirileri de başlamıştır. Ancak güç dengeleri açısından bu karşı akımın gücü, globalleşme karşısında çok zayıf kalmaktadır. Birçok hukuk sosyolojisi çalışmasıyla bu noktalara dikkat çekilmekte, hukuk standardı oluşturmanın sağlayacağı avantajlar kadar, üretim ilişkilerinin farklılığı dolayısıyla ortaya çıkabilecek sorunlara cevap aranmaktadır. Sınırlı iktisat bilgisiyle donatılan hukukçular ile sınırlı hukuk bilgisiyle donatılan iktisatçılar bu alanları öğrenme gayreti içine girmiştir. Son derece karmaşık bir yapı olan uluslararası piyasayı kavramak özel bir uzmanlık alanı olarak hem hukuksal bilgiyi hem de iktisadi bilgiyi zorunlu kılmaktadır.

Hukuk-ekonomi ilişkisinde ikinci önemli alan, sui generis sözleşmeler dediğimiz yeni tip sözleşmelerdir. Yeni ekonomik ilişkiler yeni sözleşme tipleri yaratır. Yeni ekonomik ilişkilerin ortaya çıkarttığı bu tip sözleşmeler henüz yasal düzenlemeler yapılmadan da piyasa için iş görür hale gelmiştir. Ülkemizde bu tip sözleşmelere örnek olarak "leasing", "joint-venture", "factoring" ve "know-how" tarzı sözleşmeleri ve "consignie" satış sözleşmelerini gösterebiliriz.

Bir üçüncü boyut olarak genel sosyolojinin sıklıkla kullandığı istatistik ve örnek tarama yöntemlerinin hukuk alanına da yansıdığını görüyoruz. İstatistik bilgi, hukuk sosyolojisi alanında sıklıkla ve başarıyla kullanılmaktadır. Ancak burada sözü edilen, belli anahtar kavramlardan hareketle söz konusu metinlerin ideolojik sınıflandırılması veya çeşitli değer atıfları açısından ele alınmasıdır. Bu tür uygulamaların başarısı ancak örneklemede seçicilikle sağlanabilir. Diğer yandan ülkemiz gibi "dilsel kırılma" yaşamış toplumsal ortamlarda salt kelimesinin eskilik veya yeniliğine yüklenecek anlamla sonuç almaya çalışmak her zaman doğru olmayabilir.

Kanun yapma teknikleri açısından sosyolojik materyalin kullanılması da oldukça yeni gelişmelerden sayılabilir. Özellikle adalet bakanlıkları nezdinde kurulan bu tür birçok çalışma birimiyle kamuoyu araştırması, beklentiler, uygulanma olanağı ve mevcut durum taramaları sosyal kabulün daha başarılı sağlanabildiği "yasalar yapma" açısından kullanılmaktadır. Bu alanın da hukuk sosyolojisi için çalışma alanı olduğu açıktır.

Hukuk sosyolojisi açısından ana başlıklarıyla ele aldığımız bu eğilimlerin yanında özellikle hukuk felsefesi açısından da şu noktalar üzerinde durulabileceği kanısındayım:

Hukukun ne işe yaradığı sorusunun cevabının, en basit biçimde hukuksal sorunu çözmek olduğu söylenebilir. Toplumsal yaşam bir zorunluluk olarak algılandığına göre, bu zorunluluğun kaçınılmaz sonucu bir düzen olarak hukukun zorunluluğudur. Hukuk, toplumsal yaşamın barış içinde devamını garanti edecektir. Bir yandan bencil ve özgecil duygularla donanmış olan insanın karmaşık yapısı, diğer yandan dünya nimetlerinin sınırlı, isteklerin sınırsız oluşu, bize, toplumsal yaşamın bir düzen içinde kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini gösterir. Dünya-insan ilişkisindeki geniş ölçekli değişim iki temel gelişime yol açmıştır: "Bazı değerlerin evrenselleşmesi" ve "yeni uluslararası birliklerin oluşturulması." İnsan hakları teorisinin evrenselleşmesi, insanlık suçu kavramının netlik kazanması, uluslararası ceza hukukuna ve mahkemelere ilişkin gelişmeler, terörizm karşıtlığı, ırkçılık, cins ve etnik köken ayrımcılığının reddi, uyuşturucu, insan ve silah ticaretinin engellenmesi gibi konular üzerinde durulmaktadır. Aslında tarihi gelişim içinde basitten karmaşığa doğru giden hukuk sistemi başarılı bir toplumsal yaşamı diğer norm kategorileriyle birlikte garanti etmeye çalışmaktadır[8]. Her sosyal kümelenmenin mutlaka kurduğu yasa-uygulama ilişkisi, aynı zamanda hukuksal, siyasal ve sosyal bir ilişki olduğu için, kurumsallaşmış siyasi iktidar tipi olarak devlet düşüncesi, ancak hukuksal bir ortak model üzerinde, "bir hukuki düşünme biçimi" olarak okunabilir. Devlet kudretinin sınırlanmasına hizmet edecek biçimsel önlemler arasında, devletin üstün bağlayıcılıkla, güce sahip bir hukuk metni yani temel norm olarak anayasa ile çerçevelenmesi, devlet kudretinin değişik organlar arasında paylaştırılması (kuvvetler ayrılığı ilkesi) bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun egemenliği ve hukuksal güvenlik ilkeleri) ve bu bağlılığın bağımsız yargı organlarınca yürüyecek bir yapısal denetime tabi olması, sayılmaktadır[9]. Bu yapısal model üzerine kurulu hukuk devleti, yapıyı özel niteliklerle biçimlenmiş hukuk normları aracılığıyla koruyacaktır. Günümüzde büyük oranda hukukun "genel, soyut, hiyerarşik ilişkiler içinde yazılı, iç ve dış dinamiklerle güvenceye alınmış" hukuk normlarına dönüştüğünü görüyoruz. Bu model, işletilebilmesini "yorum" yeteneği çerçevesinde kurabilir. Modern hukuk sistemlerinde neredeyse tüm hukuksal faaliyetleri yorum içinde ele alabiliriz. O nedenle yoruma ilişkin çabalar, teorik hukuk çalışmaları için de temel sorun olarak gözükmektedir. En geniş anlamda doğal hukuk okulu-pozitif hukuk okulu çatışkısının, hukukun yumuşak karnı olan yorum çerçevesinde şekillendiğini söyleyebiliriz.

Çağdaş gelişmeler içinde "dil felsefesi"ne ilişkin gelişmelere paralel olarak yorumda da yeni çözüm arayışlarının ortaya çıktığını görüyoruz. Ancak

8 Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı, S. 13 (Kasım, Aralık, Ocak 2000-2001 Ankara)

9 Habermas, Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çev.T.Bora – M. Sencer, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 47 vd.

dile sahip olmamız sebebiyle dünyayı yorumlayabiliriz. Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normlarının da taşıyıcısıdır. Hukuk-dil ilişkisinde karşımıza iki ana sorun çıkmaktadır. İlki, hukuk normlarının nasıl yorumlanıp anlaşılacağı ve uygulanacağıdır. Diğeri, bir hukuk ya da hukukçular dili ve uygulaması karşısında hukukun tipik muhatabının durumudur[10].

Yazıya dönüşmüş her dilsel ifadenin, söz sahibine yabancılaşmasından başlayarak dildeki metaforik zenginliğin giderek terminoloji adı altında bitirilmesi, hem dili hem hukuk kuralını kupkuru bir ifadeye dönüştürmektedir. Bir yandan hukuksal malzemenin giderek artışı, diğer yandan bu dilsel güçlükler, klasik yorum yöntemlerinin yenilenmesi gereksinimini doğurmuştur. Hukukun yorumlanması konusunda yeni yaklaşımlar olarak yapısalcılık, göstergebilim ve söylem analizi çalışmaları bulunmaktadır. Her üç yaklaşım da "hukuk söylemi" kavramı merkezlidir. Hukuk söylemi, hukuku her türlü yargısal faaliyet, hukukçu davranışı ve taraflar açısından değerlendirmelere kadar uzayan çok geniş bir alan olarak ele alınmaktadır. Bu anlam üzerinde duran göstergebilimin kurucusu Greimas'a göre, dil aynı zamanda kendi içinde gelişen ikincil göstergeler sistemi ile birlikte gelişir. İkincil gösterge olarak hukuk son derece tipik bir örnektir. Yani dil üstüne yeni bir dil olarak varlığını ortaya koyar, hem aittir hem de farklılaşmıştır. Olivercrone, "bütün hukuksal işlemlerin, yargısal yorumların, sözleşmelerin ve diğer hukuksal eylemlerin amacı, insanın davranışlarını etkilemek ve onları belirli yollara yöneltmektir. Hukuk dili öncelikle bu amaca giden bir araç olarak düşünülmelidir. O sosyal kontrol ve sosyal ilişkinin bir aracıdır" demektedir[11]. Hukuksal ilişkide hakim bir "meta-dil" taşıyıcısı olarak temel figürdür. Göstergebilimsel yaklaşım bunu bir sübjektivite olarak değerlendirmez. Aksine inceleme konusunu metafizik bir bütün olarak gördüğü hukuk sistemini değil, üzerinde çalışma yapılabilecek somut hukuk metinlerini seçmiştir[12]. Göstergebilim çalışmaları yapısalcılığa dayanır. Yapısalcılıkta ise iki temel nokta belirlenir: "uygun yapı ayrımları yapabilmek" ve "yapısal iç bütünlüğü kurmak." Gerek yapısalcılık gerekse göstergebilim çalışmaları ele alınan konu açısından pozitivisttir. Sınırlar konusunda işlevsel olan bu iki yaklaşımın, içeriksel değerlendirme yapan söylem analizi ve hermenötikle desteklenmesi gerekir. Analizleri, nitelik ve nicelik analizleri olarak ayırabiliriz. Nicelik analizleri "anlık" durumu ölçerken, nitelik analizleri "süreç" açıklayıcı özelliğe sahiptir[13]. Hukuk, toplumda ileride ortaya çıkabilecek olayları önceden tasarlayarak bunlar için düzenleme yapmak gibi bir işleve sahip olduğu için, bu tartışmaların gerek kanunlaştırmada gerekse yorumda öncelikle dikkate

10 Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yay. İst. 1997, s. 473

11 Bernard Jackson, Semiotics and Legal Theory, Deborah Wiltshire, 1997, s. 24, 25

12 Jackson, s. 32

13 Edibe Sözen, Söylem, Paradigma Yayınları, İstanbul, 1999, s. 104

alınması gerekir. Özellikle yorumda eylem-anlam ilişkisinin açıklanması göstergebilimle uyum içindedir.

Bir metnin çözümlenmesi sadece dilsel çözümleme değildir; yüzeysel anlamın üstündeki örtüyü kaldırmayı da içerir. Bunun için de özgün koşullar, hukuk geleneği, sosyolojik, siyasi ve ekonomik çerçevenin de bilinmesi gerekir. Diğer yandan, örneğin bizim hukukumuz gibi resepsiyon geçirmiş hukuklar için, bu alanın çok daha geniş bir hal alacağı açıktır. Bu tutum, hukuk kuralları ile toplumun kültürel yapısının çatışmaması için ya da sosyal kontrol aracı olarak kullanılması düşünülen hukukun, bu işlevi yerine getirirken bürünmesi gereken görünümünün belirlenmesi için de zorunludur.

Aslında yorum yöntemleri içinde tüketilebilecek olan argümantasyon teorisi üzerinde de özel olarak durmak gerekir[14]. Argümantasyon, hukuksal bir tartışmada kanıt getirilerek karşı tarafı ikna edilmesi ancak nihayetinde tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teoridir[15]. Herhangi bir diyalogsal ilişkiden farklı olarak argümantasyonun kalkış noktası muhataplar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu uzlaşma taraflardan biri diğerini ikna edince sağlanacaktır. Argümantasyonun teorik dayanağı olan "iletişim birliği" de önemli bir kavramdır; eşitlik ve demokrasi kavramlarına dayanır. Hukuk mantığı alanının genişletilmesi olarak argümantasyonun farklı bir bakış yakaladığı açıktır. Argümantasyonla, "iletişim birliği", "evrensel dinleyici" gibi kavramlarla hukuksal sorunun çok boyutlu kavranışı ve hukuk öncesi çözüm arayışları açısından kullanılma olanakları üzerinde de durulmaktadır. Argümantasyonun söylem ve tartışma pratiği ile olan ilişkisi, ikna edilebilirlikle hukuksal çözüm üretme arasında bir bağlantı kurmaktadır. İletişimsel ilişkinin diyalektik doğasının, tıpkı hukuksal sorundaki taraflararası ilişki olarak okunduğu ve tarafsız izleyici olarak bir yandan demokratik ortamın diğer yandan görevli-tarafsız hakimin pozisyonları ile yeni bir ilişki biçimine çevrildiği görülmektedir. Bu tür bir tutumun hukuksal sorunun çözümlenmesinde son derece geniş olanaklar sunacağı açıktır.

KAYNAKÇA

Drucker, P.: Post-Capitalist Society, Oxford, Butterworth, Heinmann 1993

Habermas, J.: Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çev. T.Bora-M. Sencer, İletişim Yayınları, İstanbul 1997

Hunt, M. A.: "The Ideology of Law", Law and Society Review, No.19, New York 1985

Jackson, B.: Semiotics and Legal Theory, Deborah Wiltshire 1997

Kuçuradi, I.: "Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?", Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998

Metin, S.: "Hukuk Metninin Yorumu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002

Morrison, W.: Jurisprudence, Covandish Pub. Ltd. Reprinted, Londan 2000

Ökçesiz, H. : Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yayınları, İstanbul 1997

Pashukannis, E.B. : Law and Marxism, London, Ink Links 1978

Sancar, M. : "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı, S.13

Sözen, E. : Söylem, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999

14 Sevtap Metin, "Hukuk Metninin Yorumu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002), s. 122 vd.

15 Bkz. Sevtap Metin, s. 127, dipnot 155

alınması gerekir. Özellikle yorumda eylem-anlam ilişkisinin açıklanması göstergebilimle uyum içindedir.

Bir metnin çözümlenmesi sadece dilsel çözümleme değildir; yüzeysel anlamın üstündeki örtüyü kaldırmayı da içerir. Bunun için de özgün koşullar, hukuk geleneği, sosyolojik, siyasi ve ekonomik çerçevenin de bilinmesi gerekir. Diğer yandan, örneğin bizim hukukumuz gibi resepsiyon geçirmiş hukuklar için, bu alanın çok daha geniş bir hal alacağı açıktır. Bu tutum, hukuk kuralları ile toplumun kültürel yapısının çatışmaması için ya da sosyal kontrol aracı olarak kullanılması düşünülen hukukun, bu işlevi yerine getirirken bürünmesi gereken görünümünün belirlenmesi için de zorunludur.

Aslında yorum yöntemleri içinde tüketilebilecek olan argümantasyon teorisi üzerinde de özel olarak durmak gerekir[14]. Argümantasyon, hukuksal bir tartışmada kanıt getirilerek karşı tarafı ikna edilmesi ancak nihayetinde tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teoridir[15]. Herhangi bir diyalogsal ilişkiden farklı olarak argümantasyonun kalkış noktası muhataplar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu uzlaşma taraflardan biri diğerini ikna edince sağlanacaktır. Argümantasyonun teorik dayanağı olan "iletişim birliği" de önemli bir kavramdır; eşitlik ve demokrasi kavramlarına dayanır. Hukuk mantığı alanının genişletilmesi olarak argümantasyonun farklı bir bakış yakaladığı açıktır. Argümantasyonla, "iletişim birliği", "evrensel dinleyici" gibi kavramlarla hukuksal sorunun çok boyutlu kavranışı ve hukuk öncesi çözüm arayışları açısından kullanılma olanakları üzerinde de durulmaktadır. Argümantasyonun söylem ve tartışma pratiği ile olan ilişkisi, ikna edilebilirlikle hukuksal çözüm üretme arasında bir bağlantı kurmaktadır. İletişimsel ilişkinin diyalektik doğasının, tıpkı hukuksal sorundaki taraflararası ilişki olarak okunduğu ve tarafsız izleyici olarak bir yandan demokratik ortamın diğer yandan görevli-tarafsız hakimin pozisyonları ile yeni bir ilişki biçimine çevrildiği görülmektedir. Bu tür bir tutumun hukuksal sorunun çözümlenmesinde son derece geniş olanaklar sunacağı açıktır.

KAYNAKÇA

Drucker, P.: Post-Capitalist Society, Oxford, Butterworth, Heinmann 1993

Habermas, J.: Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çev. T.Bora-M. Sencer, İletişim Yayınları, İstanbul 1997

Hunt, M. A.: "The Ideology of Law", Law and Society Review, No.19, New York 1985

Jackson, B.: Semiotics and Legal Theory, Deborah Wiltshire 1997

Kuçuradi, I.: "Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?", Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998

Metin, S.: "Hukuk Metninin Yorumu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002

Morrison, W.: Jurisprudence, Covandish Pub. Ltd. Reprinted, Londan 2000

Ökçesiz, H. : Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yayınları, İstanbul 1997

Pashukannis, E.B. : Law and Marxism, London, Ink Links 1978

Sancar, M. : "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı, S.13

Sözen, E. : Söylem, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999

14 Sevtap Metin, "Hukuk Metninin Yorumu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002), s. 122 vd.

15 Bkz. Sevtap Metin, s. 127, dipnot 155

Hukuksal Argumentasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü(*)

Sevtap Metin(**)

A. Teorinin Genel Özellikleri

Günümüzde hukuk genel teorisindeki daha yeni yaklaşımlar hukuka "taraflar arasında gerçekleşen hukuki bir tartışma (diskur) zeminine oturmuş argümantasyon süreci" şeklinde yaklaşmaktadırlar.[1]

Kavram karşılığı olarak argümantasyon; gerekçelendirme, kanıt getirme, bir tezi destekleme ya da onunla savaşmaya kalkan, bir kararı haklı gösterme veya eleştirme olanağı veren uslamlamaların bütünü olarak kabul edilmektedir.[2] Pratik bir tartışmanın zeminini teorik bir altyapı üzerine kuran argümantasyon; hukuki bir tartışmada kanıt getirerek karşı tarafı ikna etmeyi ancak nihayetinde tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teoridir.[3]

Teorinin ayrıntılarına geçmeden önce hukuk alanındaki uğraşısı ve amaçları üzerinde biraz daha durabiliriz.

Toplumsal yaşamdan kaynaklanan bir zorunluluk olarak biz hukuku fonksiyonları ile tanımlayabiliriz. Bunlar sosyal olgu, düzen ve adalet olup bütün bunları kapsayan bir hukuk tanımı olarak "hukuk; adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir" diyebiliriz. Bir gerçeklik faktörü olarak ortaya çıkan "sosyal gereksinimlerin karşılanması yani hukukun sosyal fonksiyonu" olan pratik yarar, gereksinimleri değerlendirirken hukukun adalet anlayışını kullanmakta, eşitliğin sağlanabilmesi için de herkes için uygulanabilir bir normatif düzen yaratarak hukuk güvenliği çerçevesinde bir sistem oluşturmaktadır. Bu içeriksel olarak hukukun karşılaştığı ve "dinamik bir denge" içinde çözmesi gereken en temel sorunlardan birisidir. Hukukun tarihi gelişimi içerisinde çeşitli görüşler hukuka yukarıda tanımda yer alan unsurların yalnız bir veya bazen ikisi ile bakmakla yetinmişlerdir.[4] Buna karşın argümantasyon teorisi aklı sosyal olgu ve somut durumun gereklerine uyarlamakta başarılı bir alet olarak görmüştür. Hukuki anlamda yapmaya çalıştığı şeyin sosyal ihtiyaçları her zaman gözeterek öncelikle somut olay adaletini akıl ve düzenle kaynaştırabilmektir.[5]

Argümantasyon teorisi; mantıklı ve iyi bir uygulamayı tanımlamaya çalışırken[6] aynı zamanda eski retorik delillendirme sanatını yeniden canlandırma çabasındaki pratik bir felsefedir. Bu yüzden yeni retorik olarak da adlandırılır. İletişim, argümantasyon teorisinin temel konusudur ve uzlaşma varsayımı esastır. Dinleyiciler ise hukukçular, davanın tarafları ve halktan oluşan kuşatıcı bir kavramdır. Bu iletişim dinleyiciler tarafından kabul edilmiş bazı değerler merkez alınarak kurulmuştur. Bu nedenle iletişimin taraflarının yüklediği anlam da iletişim ortamı açısından önem taşır.[7]

Argümantasyon tek bir kişiye ve onun düşüncelerine dayandırılamaz. Değişik teorik görünümleri olmakla beraber burada konu bir miktar daraltılıp Perelman ve Alexy eksen alınarak açıklamalar yapılacaktır.

Argümantasyon teorisini olan ve olması gereken arasındaki ayırımı koruyarak kuran Alexy, bir çıkarıma ilişkin uygulamada, uygulamanın kendiliğinden rasyonel olup olmadığının "gerçekte olan" ile "makul olan" arasındaki karşıtlık nedeniyle yalnızca uygulamadan çıkarılamayacağını dile getirmektedir. Alexy, bu nedenle bu teorik dayanağı aynı zamanda Apel ve Habermas'ın temel kriteri olan ideal iletişim birliğini kabulde bulmuştur.[8] Fakat akıl ile bağlantı kurmaksızın argümantasyonun dilin ve iletişimin etkin bir aracı olacağı düşünülemez. Bu dil aynı zamanda sosyal bir geleneğin ürünüdür ve hem günlük dili hem de bir meslek ya da disiplinin üyeleri arasındaki ortak dili yani dilin teknik kullanımını içine alır.[9]

Perelman ise; teorisinin daha çok mantık alanına ait olduğunu ifade etmektedir. Perelman'ın argümantasyon yaklaşımı; olması gerekeni ifade eden hukuk normlarının ne saf ampirik gözlemlerle ne de bir tür kendinden apaçık olduğu sezgisiyle doğrulanamayacağıdır. Ampirik deney ve mantıki dedüksiyonların ötesinde rasyonel argüman yani akla uygun bir tartışma zemini vardır. Bu görüş Aristo ve Çiçero'ya kadar giden bir göndermedir. Yargıcın dayanacağı norm ne kutsal ne de mutlaktır. Çünkü her normatif sis-

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

(**) Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Michael Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002

2 Chaim Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı",Çev: Tuğba Ballıgil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan), Sayı: 1-4, İstanbul 1987, s.702-703.

3 Jurgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, Çev: Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2001, s. 42. Ayrıca bkz; Peter Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, The Macmillan Press, Reprinted 1990 in Hong Kong, s.115 -116.

4 Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s.15-16.

5 Chaim Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, Translated by: John Wilkinson and Paul Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1958, s.157.

6 Ralf Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", Çev: Yasemin Işıktaç, Kamu Hukuku Arşivi, Editör: İlyas Doğan, C: II, Sayı: 3, Ekim 1999, s.267.

7 Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, s.111, 116-117.

8 Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", s.267.

9 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s.157.

tem özünde yasa koyucunun tesadüfi ve gelişigüzel iradesi ürünüdür. Argümantasyon teorisi psikolojik öğeler içeren bir teori olarak araştırılabilirse de Perelman; belli argümanların nasıl etki yaptığı ve sonuçlarının gözlemlenmesi üzerinde durmamıştır. Yeni retorik formel mantığın yerini almayı amaçlamaz. Değişik argümantasyon durumlarının mantıksal analizi bunların psikolojik etkinliğinin araştırılmasının önünde gelmelidir.[10]

Argümantasyonda hukuksal uslamlamanın yeri çok önemlidir ve bununla yasanın uygulanması niyet ediliyorsa en açık örneği yargı organlarının görüş ve kararlarıdır. Mantıkçılar hukuka özgü ayrı bir mantığın varlığını kabul etmemektedirler. Mantığın biçimsel akıl yürütme yasaları ve yöntemleri bütün bilimler için ve her zaman geçerli olan evrensellik özelliğine sahiptir ve böylece sadece formel mantık ve tümdengelimle özdeşleşen bu mantığın konusu herhangi bir disiplin tarafından sağlanmış olabileceğine göre bağımsız bir hukuk mantığından da söz edilemez. Tıpkı bağımsız bir biyoloji, kimya mantığından söz edilemeyeceği gibi. Biçimsel mantığın yasalarına uygun tümdengelime dayanan kanıtlamalar karşısında eğer öncüllerin doğruluğu tartışma konusu değilse, sonuç öncüllerden zorunlu olarak çıkacaktır.[11]

Diyalektik argümantasyon alanına gelindiğinde; burada her yerde ve her zaman geçerli olan zorunlu önermeler yoktur. Ancak somut bir ortamda ve farklı sosyal veya tarihi bağlam içinde kabul edilmiş bu önermeler her zaman her yerde geçerli olan zorunlu önermelerle örtüşmeyebilir. Bu temel önermeler, çoğu kez tümdengelimin aksiyomları olarak değil, bir kimsenin ileri sürmek gayretinde olduğu diğer tezleri destekleyen argümanlar olarak hizmet edecektir. Kanıtlayıcı delil hiçbir zaman karşıt yönde kanıt getirmeyi dışta bırakmaz.

Ulaşılan sonuçlar, ne apaçık kesin, ne de hayal ürünüdür. Somut bir ortamda, karşılıklı tezlerin ortaya konulması ve sonuçta bu düşüncelerden birinde tarafların birleşmesi ile onun "en sağlam" olduğu kabul edilir. Bu durum diyalektik argümantasyonda muhataplara yalnız kendi görüş açılarını açıklayan kişiler olarak değil, kendi toplumlarının "makul" fikirlerini ifade eden kimseler olarak bakabilmeyi sağlar. Burada makul olanın ne olduğuna gelince, bu tümdengelim ile sınırlandırılmış değildir. Bunun kapsamı insanın yetiştiği ve bildiği toplumda genel kabul görmüş olanlardan başlayarak ileri sürebileceği her tezi içine alacak şekilde genişletilebilir. Akıl yürütmenin tarihi gelişimi onun geleneğin bir parçası olduğunu göstermektedir.[12]

Perelman retorik olarak adlandırdığı tartışmada makul olanın temel bir rol oynadığını ancak bunun akılcı olandan ayrıldığını söylüyor. Akılcı

10 Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification (Translated by Ruth Adler and Neil MacCormik), Clarendon Press, Oxford 1989, s. 155.

11 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s.701-703.

12 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.167.

olan ebedi ve değişmez olduğu söylenen hakikatlere, evrensel yasa ve ahlâki ilkelere, sisteme ulaşmak için en iyi araçların kullanımına başvururken makul olanın içeriğini bir toplumun kültürü, tarih ve gelenekleri belirler ve içeriği daha değişken bir kavramdır.

Çünkü konu insan ve insan ilişkileri ile ilgili yargılar olduğunda sezgiye ya da tartışılmaz bir kanıta dayalı yegane çözümü bulmak kolay değildir. Pratik akıl alanında yalnızca makul bir çözüm sağlayacak olan diyalektik tezlerin ötesinde bir mutlak çözüme sahip değiliz.[13] Biçimsel mantığın hukuk problemlerini çözmek bakımından yeterli bir araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle mantık alanında biçimsel mantığın yanı sıra pratik insani sorunlarla uğraşan, makul (akla uygun) olanın mantığı denilen bir diğer mantık alanı daha vardır. Akla uygun olanın mantığı insan faaliyetleriyle ilgilenirken bunların yol açtığı sorunların anlamını bulmaya çalışmakta ve değer yargılarına varmakta ve bu konuda yetersiz kalan biçimsel mantığı tamamlamaktadır. Toplumsal gerçekliğin düzenlenmesinde elverişli görülen araçların etkinliği, ahlâkiliği ve amaca uygunluğu; değerleri ve değerlendirmeleri davet eder. Bu bağlamda hukuk mantığı, biçimsel mantıkta olduğu gibi sistematik bir düşünceden ibaret kalamaz ve hayat ve tarih deneyimlerinden elde edilen bilgileri de nazara alan, akla dayalı bir düşünceyi deyimler.[14] Akla uygun delillendirmede mantığın kesin kanıtlama gücü olmaksızın da tezi olanaklı kılan ve akla yatkın yapan nedenlerin açıklanması söz konusu olur. Ancak ne teori ne de uygulamada her şey kanıtlanabilir değildir.[15]

B. Argümantasyonun Diğer İkna Etme Yöntemlerinden Ayrılması ve "Uzlaşım" Sorunu

Argümantasyon teorisi retorik söyleme dayanan bir temele otursa da; retoriğin ne olduğunu kısaca ortaya koyduğumuzda farklı oldukları görülecektir. Retorik bir yandan düşüncelerin sözle yönlendirilmesinin bir aracı olarak kullanıldığında ona şüpheyle bakılmaktadır diğer taraftan inanç birliğine ulaşmayı amaçlamış rasyonel bir konuşmanın eşsiz bir modeli olarak düşünülmektedir.

Retorik; ne pratik davranışa dayanan ve yüksek ahlâki değerleri gerektiren argümantasyon teorisi ne de politik bir söylemin içinde yer alan karmaşık bir dil kullanımı örneğidir. Genellikle konuyla ilgili değişik çıkarları temsil ederek ve edinilmiş farklı tecrübelerle kamuya hitap etmektir. Güzel ve belagatli konuşma sanatı olarak nitelendirilse de retoriğin kalkış noktası bireyin özgür eylem ve düşüncesinde yatar. Retorik söylem Antik Yunan filozoflarınca sonraki çağlara devredilmiştir. Özellikle Platon, sofistlerin yorumladıkları şekliyle retoriğin; "sabır-

13 Chaim Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", Çev: Murat Önderman, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s.388, 392.

14 Selahattin Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Kitabevi, Ankara, 1981, s.77-78.

15 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s.391.

sızca çabucak sonuç çıkarma, önceden ciddi araştırma yapma zahmetine girişmeden bir düşünceyi formüle etmek için kullanılmış teknik bir araç" olarak ele alınmasına karşı sert eleştiriler getirmiştir. Ancak Platon'un eleştirisi retoriğin reddi anlamında değildir ve bugün argümantasyonda retoriğin kullanımı antik tanımından daha öte bir anlam taşımaktadır.[16] Aristo'da ise retorik daha geniş bir temel üzerinde yer alır. Aristoteles ikna etme ve ikna olma arasındaki bağlantıyı yadsımaz. Retorik, teorik bir tasarımdan çıkmamıştır. Söylem ve tartışmadaki pratiğin bir ürünüdür. Bu yönüyle de argümantasyon teorisinden ayrılmaktadır. Çünkü argümantasyon pratiğe yönelik bir hukuksal söylem üretse de aynı zamanda teorik bir altyapı kurmaya çalışmıştır.[17]

Bir diyalogda birbirine muhalif tezlerin karşılaşması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Retorik kanıtlardan eristik ve hatta sofistik kanıtlamalara geçebiliriz. Çünkü retorik argümanların sahip olduğu bazı değerler kötüye kullanılabilir. Sofistik argümanlar dürüst olanlardan kötü niyetle kullanıma elverişli olmalarıyla ayrılır.

Karşı taraf her ne olursa olsun iddiayı kazanmak arzusuyla muhalifinin zihnini karıştırıp şaşırtmak ve kendi görüşünü egemen kılmak üzere hareket ediyorsa bu eristik diyalog olarak isimlendirilir. Eristik tartışmanın tek amacı kendine muhalifinden daha iyi bir durum sağlamaktır. Öyle ki bu hakikate tamamıyla kayıtsız kalan bir tavırdır. Eristik bir diyalogu tanımamızı sağlayan bir başka ölçüt de bu tartışmada hasmın değil yargıcın ikna edilmesinin amaçlanmasıdır.

Böyle bir diyalogdan faklı olan argümantasyonun kalkış noktası muhataplar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıdır.[18] Teorik bir çerçeve oluşturmayı hedeflemesi nedeniyle retorikten farklılaştırılsa da argümantasyon bu uzlaşmayı gerçekleştirirken yine retoriğe başvurmaktadır. Argümantasyon teorisinde kullanıldığı şekliyle retorik; geleneksel olarak zorlayıcı akıl yürütme araçlarıyla çözülemeyen sorunlar üzerine uzlaşım (konsensus) oluşturma sanatıdır ve yalnızca "muhtemel" şeyler alanını temsil eder. Retorik araçlarla ulaşılmış konsensusa bağlı inandırma ve ikna etme yeteneği, öncelikle gündelik dil ortamında bilgi (enformasyon) değiş-tokuşuna olanak sağlamakla kalmaz. Aynı zamanda gündelik dil içinde eyleme yönelik tutumların biçimlendirilerek değiştirilmesinin de mümkün olduğu yolunda bir felsefi hermenötik kavrayış sunar. Felsefi hermenötik de konuşmacıların iletişime yeterli ve dilsel yeteneklere sahip olduğu kabulü üzerine kuruludur.[19] Ancak buna ek olarak uzlaşıma baskı ve tahrifattan uzak

16 Waldemar Schreckenberger, "Rhetoric and Law", ARSP, Vol: 82, Heft: 4, 1996, s. 453; Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s.139.

17 Schreckenberger, "Rhetoric and Law", s. 455-456.

18 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.164-167.

19 Jürgen Hebermas, "Hermeneutiğin Evrensellik Talebi", Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayınları, İstanbul 2002, s. 233, 235.

bir dil geleneği içinde ulaşılabilecektir. Rasyonel söylem ilkesi gereği hakikat, yalnızca tahakkümden bağımsız ve sınırsız iletişim koşullarında gerçekleşen bir uzlaşma türüyle garanti altına alınabilir.[20] İletişim birliğini engelleyen toplumsal baskı; çalışma, güç ve dil boyutları arasındaki bağlantıyı değiştirerek dili çarpıtmaktadır ve topluluk üyeleri bu çarpıtmanın farkında değildir.[21] Rasyonel uzlaşıma, yalnızca daha iyi olan argümanın gücüyle ulaşılabilir. İdeal konuşma durumunda, hiçbir dış zorlama olmadan konuşmaya katılanlar kanıt ve argüman ortaya koyabilir ve her bir birey tartışmaya katılmada eşit ve açık bir şansa sahiptir. Tekil bir konuşma, bireylerin birbirleriyle karşılıklı özgür, açık ve eşit bir iletişim içinde yaşadıkları bir toplumsal hayat biçimi olasılığına dayanır. Bunun sonucunda ideal konuşma durumu, toplumsal kurumların var olan biçimlerinin yetersizliğine ilişkin eleştirel bir ölçüt sağlamaktadır. Geleneğin etkisine ya da iktidar ve egemenliğin kullanımına dayanan bir uzlaşım rasyonel bir uzlaşımdan sapmadır.[22] Gelenek içerisinde sağlanmış bir uzlaşımın zorlama ve çarpıtma olmaksızın başarılı olması gerekmektedir. Toplumda ve tarihte bazı baskılayıcı güçler gündelik iletişimi çarpıtmaya uğratabileceğinden öznelerarası uzlaşma da tahrifata uğrayabilir. Eleştiri; çarpıtmaların açıklandığı bir bilimdir ve yanlış anlamaların üstesinden gelme tekniklerini içerir.[23] Bir önerme veya eylemin rasyonel olduğunu dile getirmek, prensipte bunların argümantasyon prosedürleriyle doğrulanabileceğini iddia etmektir.[24]

Rasyonel uzlaşımın hukuksal argümantasyon alanına aktarımına gelirsek bu alanda varılan konsensus, tartışılan meseledeki görüşlere katılımın genelleşmiş bir ifadesidir. Bir kez daha vurgulayalım ki bu uzlaşma taraflardan biri diğerini ikna edince sağlanacaktır ve tarafların bu açık mutabakatı her adımda kaçınılmazdır.[25] Sosyal çatışmalar içindeki taraflar kendi haklarını; birbirlerine karşı kendi tezlerini iyice belirlemek suretiyle, karşılıklı olarak birbirlerini ikna etmeye çalışarak koruyacaklardır.[26] Argümantasyon teorisi görüldüğü üzere; tarafların yargı önünde karşılıklı tez ve anti-tezlerle fikirlerinin ortaya konması ve daha sonra bu tezlerden birinin diğer tarafın kurmuş olduğu iddia ve gösterdiği delillerle yani argümanlarla çürütülmesi ve buna diğer

20 A.e. , s.253-254.

21 Erol Göka, Abdullah Topçuoğlu, Yasin Aktay: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme, 2.Basım, Vadi Yayınları, Ankara,1999.s.160.

22 Anthony Giddens, "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, Quentin Skinner, Çev: Ahmet Demirhan, Vadi Yayınları, Ankara 1997, s.168-169.

23 Göka, Topçuoğlu, Aktay: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme,s.137,162

24 Giddens, "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, s.168-169.

25 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.164-167.

26 Wim Klever, "A Draft for Juridical Epistemelogy" ARSP, Supplementum III, 1988, (Theory and System of Legal Philosophy, IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 45.

taraf ve yargıcı ikna etmesi ile somut kararın doğruluğuna inanç sağlanacağı görüşünü ileri sürmektedir.[27]

Konuşmacının inanmadığı ve doğruluğunu kabul etmediği bir şeyi de ileri sürebileceği iddiası teori tarafından ihtimal dışı bırakılmıştır. İdeal iletişim birliğini[28] gerçekleştirebilmek için hiçbir konuşmacı kendisi ile çelişkiye düşmemeli ve her konuşmacı yalnızca kendisinin inandığı şeyleri iddia etmelidir. Tartışmanın dürüstlüğüne ilişkin bu kural iletişim için belirleyicidir.[29]

Bu durumda samimiyet ve ciddiyetin var olduğu bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Herkesi ikna etmek isteyen kimse her kim olursa olsun tarafsız olmak ve herkesin kabul edebileceği normlar önermek zorundadır. Argümantasyon dinleyicilerin de sağduyusuna güvenir.[30]

Tarafların ileri sürdükleri tezlerle yargıcın da ikna edilmesi gerekir. Çünkü hukuki tartışmanın taraflarınca ileri sürülen ve birbiriyle yarışan hukuk önermeleri ya da bunların yorumu arasında seçimi yapacak olan yargıçtır.[31] Ama yargıç da başkalarını kararının rasyonel olduğuna inandırmak zorundadır. Dinleyici kitlesi üzerinde başarısı, verimi onlarda yaptığı etkiye bağlı olduğundan yargıcın tarafsızlığı, onların taraf tutmasını önlemek ayrı bir önem kazanır. Bu nedenle tabii yargıç ilkesi de önemlidir. Olağanüstü yargı yolları bir demokratik rejimde geniş tutulamaz, yasaklanmaya çalışılmalıdır.[32]

C. Hukuk Uygulamalarında Argümantasyon Teorisini Ortaya Çıkaran Gereksinimler

Önermelerin argümantasyonda birincil rol oynamasının nedeni benzer durumlara eşit davranılmasını sağlamasıdır. Var olan önermeler bize şimdi karşılaştığımız durumların geçmişte meşgul olduklarımızla ne şekilde benzer olduğunu öğretir. Bu önermeler aynı zamanda toplumun kültürel geleneğinin bir parçasını oluşturur.

Yeni bir olayı eskisi ile kaynaştırmak için benzerliklerin üzerinde durur ve farklılıkları göz ardı ederiz. Eğer bu kaynaşma gerçekleşmiyorsa argümantasyon kaçınılmaz olacaktır. Çünkü bir karar benzer olaylara benzer işlem yapılmasını gerektiren formel adalete uyuyorsa adaletlidir.[33] Hukukçuların meşru olmadıkça bir değişikliği kabul etmemeleri hukukun güvenilirliği ve güvenliği gibi önemli değerlere katkıda bulunur. Belirli ilke ve kurallara, değerlere bağlandığımızda onlara uyan her durum için gerekçe göstermek zorunluluğunun önüne geçilmiş olur. Bunun temelinde kollektif ve zımni bir uzlaşma vardır. Bu uzlaşımlardan ilki "Pacta sunt servanda", ikincisi uzun süredir adil olduğu inancı ile uygulanıyor görünen "geleneklere uygun davranış"tır. Üçüncüsü toplumun adil olduğu inancı taşıdığı kabul edilen bağlayıcı kuralları koyma yetkisinin verildiği "otoriteye duyulan güven"dir.[34]

Geçmişte kabul edilmiş bir düşünce yeterli neden olmaksızın terk edilmemeli, değişimin gerekliliği doğrulanabilir olmalıdır. Perelman'a göre bu prensip bizim entelektüel ve sosyal hayatımızın istikrarı için gereklidir. Bu hem hukuk biliminde hem etik alanda önermelere ve kabul edilmiş normlara başvurulmasının dayanağını oluşturur. Elbette bunlar sonsuza kadar değişmeden kalacaktır diyemeyiz. Her şeyi doğrulamak, ispatını yapmak gerekmez ancak şüpheye konu olan şeyler için gerekçeler verilmesi zorunludur.[35]

Belirtmiş olduğumuz gibi her keyfi ve meşruluk kazanmamış değişiklik adaletsizdir. Oysa yasa koyucunun yaptığı kural, genel bir düzenleme olarak ve somut olanı atıp benzerlere eşit işlem uygulayarak yalnızca biçimsel adaleti gerçekleştirebilir. Tüm bu durumlar sadece alışılagelen koşullara uygulanacaktır. Olağanın dışında ve yasa koyucunun öngöremediği yeni bir durumla karşılaştığında veya alışılageldik yaşam olaylarındaki değişik görünümler karşısında yargıç hakkaniyete dayanarak yazılı hukukunkinden daha adil ve soruna daha iyi uyan bir çözümü aramak zorunda kalacaktır. Gerektiğinde yasaya uygun davranma şeklindeki adaletin karşısına hakkaniyete uygun daha üstün bir adaleti[36] koymak gerekir. Yani kanuni adaletin üstünde kanun üstü adalet gelecektir. Ancak bu kural yeniden gözden geçirilebilir. Mevcut kuralı değiştirmek için gerekli nedenler olabileceğini yine de bu nedenlerin nadiren herkesi bağlayabileceğini, çoğunluk oyunun da bağlayıcı bir yöntem olduğunu kabul etmemiz gerekir. Önyargı mevcut olanın yanındadır, ancak değişim her

27 Kathleen Freeman and Arthur M. Farley, "Argumentation and Its Application to Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.7-43.

28 "Tahrif edilmemiş iletişim"konuşmacıların tüm geçerlilik iddialarını savunabilecekleri dil kullanımıdır. Bu dil kullanımında söylenilen şey, anlamlı, doğru, doğrulanmış ve samimidir. Söz konusu geçerlilik iddialarından birincisine göre, söylenilen şey belirli sentaktik ve semantik kurallara uyar ve bu sayede diğerlerince anlaşılabilir bir anlam ortaya çıkarır. İkincisi, söylenilen şeyin "önermesel içeriği" yani konuşmacının bir şey söylerken yaptığı olgusal iddialar doğrudur. Üçüncüsü ise ; konuşmacı söylediği şeyde samimidir ve dinleyeni aldatmayı amaçlamaz. Giddens, "Jürgen Habermas",s.163-165.

29 Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", s.268.

30 Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s. 169-170.

31 Neil MacCormik, "On the Interpretation and Understanding of Case-Law", ARSP, Supplementum III, 1988 (IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 137.

32 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s.705.

33 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.157-158.

34 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s. 390-391.

35 Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s. 171-172.

36 Perelman'ın adalet fikri Kant'ın kategorik emperatifine dayanmaktadır. Adalet düşüncesini; "Sanki sen; kararını gerekçelendirmek için bütün insanlık adına geçerli ve değerli bir prensibi keşfeden bir yargıç gibi davranmalısın" biçiminde açıklar. Buna uygun olarak, evrensel dinleyicinin uzlaşması "tüm makul insanların" fikir birliğine varmasıdır., Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s. 162.

zaman her şeyde daima haklı kılınmalıdır.[37]

Böylece anlaşılmaktadır ki; hukuk normunun uygulanabilme kabiliyeti sorunu da bulunmaktadır. Bununla anlatılmak istenen geçerli ve yürürlükte olan bir yasanın somut hukuki sorun için adil bir çözüm üretip üretmediği problemidir ve değerlendirici bir bakış açısını gerektirir. Burada özellikle yasanın somut olaya uygulanması sırasında, normun anlamının belirsiz ve açık olmadığı ya da yasanın içerisinde yer alan bazı sözcüklerin birden fazla anlama gelmesi halinde yargıcın karşılaştığı yorum sorunu gündeme gelmektedir. Çünkü geçmiş bir zamanda yasa koyucu tarafından yapılan yasa geleceğe yönelik olmak zorundadır ve bu nedenle şimdiki zamanın ihtiyaçlarına ve toplumun dinamik gelişmelerine uyum sağlamak zorundadır. Yasa; yasa koyucudan daha akıllı olduğuna göre onun şu anda ne anlama geldiği, yürürlüğe girdiği anda yaptığı düzenlemeden daha önemlidir. Bu konuda özellikle sosyal, ekonomik ve politik değişim ve ihtiyaçlar yasanın yapıldığı andakinden aradan geçen zaman faktörü yüzünden değişik olması hiç de şaşırtıcı olmaz. Kesin ve güvenilir olmak özelliklerini taşıyan hukuk kuralları toplumsal değişimin hızı ile karşılaştırıldığında durağan kalmakta, yavaş değişime uğramaktadır. İşte bütün bu koşullar altında yargıç yasayı nasıl uygulayacaktır? Burada hukukun yorumlanması kaçınılmaz bir gerekliliktir olmaktadır. Bu alanda da toplumsal yararın karşılanması ihtiyacı, hukuk normlarının kesinlik ve hukuk güvenliği gereği genel ve soyut olmaları ile yine bir gerilim ilişkisi içerisine girmektedir. Adil bir kararın yalnız hukuk normunun benzer bütün olaylara aynı şekilde uygulanması ile değil somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, yargıç tarafından hakkaniyet gereği ortaya çıkabileceğine olan inanç ve eğilim artmaktadır. Böylece hukuk düzeni ile toplumsal hayatın çabuk gelişme ve değişkenliği arasındaki kopukluğun ve hukukun bu toplumsal gelişmelere ayak uydurmada geç kalışının zararlı sonuçlarının giderilmesi umulmaktadır.

Somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi değer-sosyal olgu bütünleşmesini de sağlayacaktır. Gerek yasa yapılırken gerek somut duruma uygulanması sırasında değerlendirilirken hukukun ve uygulamacının görevi toplumsal çıkarları doğru belirlemek ve bunları uzlaştırmak yoluyla toplumsal barışı gerçekleştirmektir. Toplumsal çıkarların nedenini oluşturan toplumsal olguları doğru ve yerinde belirlemek hem yasa koyucu hem de yasayı uygulayan için bir gerekliliktir. Böylece hukukun uygulanması sırasında somutlaşması da hukuki bir sosyal olgu olarak gözlemlenebilir.

Hiç kimsenin yadsıyamayacağı ve kendine göre yorumlamayı aklından geçiremeyeceği hukuk kuralları vardır. Bunlar emredici biçimde düzenlenmiştir ve sözü itibariyle de yeterince açıktır. Örneğin usul hukuku ve sürelerle ilgili hükümler, ispat vasıtaları böyledir. Bunun yanı sıra, her hukuk

37 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s.388.

sistemi belirsiz, bulanık öğeleri da bünyesinde içerir ve yargıcın kişiliği davanın gelişiminde ve sonucunda kimi zaman geniş ama her zaman rol oynar. Yorum sorunlarının mantığa yabancı olduğu düşüncesi mantığın biçimsel mantıkla özdeş kılınması halinde haklıdır. Ancak hukuk mantığı, uslamlamanın biçimsel görünümleri ile yetinemez.[38] Bu bağlamda hukuk kurallarının bizzat kendileri de argümanlaşmanın konusu olabilirler.

Bunun yanısıra hukuk kurallarının geçerliliği ve somut durumda uygulanabilir olup olmadığı da araştırılmaya muhtaçtır ve tartışma yaratabilir. Bunun da en tipik örneği norm çatışkıları ve varsa bir istisna hükmünün mevcudiyetidir.

Hukukta analojik akıl yürütme, davalarda kullanılan hukuki yöntemlerin başında gelenlerindendir. Fakat bilindiği gibi analoji (örnekseme); hakkında yasal düzenleme olmayan hukuki ilişkiye, benzer ve ortak özellikler taşıdığı için var olan bir başka hukuk kuralının uygulandığı durumlarda söz konusudur. Ayrıca mahkeme kararları da analoji yoluyla örnek alınabilir. Ancak iki hukuki ilişki veya olay ya da dava ne zaman benzerdir? Eğer yalnızca ratio decidendi (gerekçe) bağlayıcı ise bu gerekçe hangisidir? Emsal teşkil eden davadaki kararı destekleyen gerekçeler hukuken hâlâ geçerli midir? İşte bu gibi sorunlar argümantasyon yöntem ve süreci içinde çözümlenebilir.[39]

Son sözler olarak ekleyebileceğimiz; diyalektik akıl yürütmeye dayalı argümantasyon teorisinin hukuki uygulamaya bir diğer yansımasının da tahkim mahkemelerinin itibarlarının ve sayılarının artmasıdır. Çünkü hakemlerin, hukuksal kararı etkileyecek girdileri ayrıntılı bir şekilde ve daha süratli inceleyebilecekleri kabul edilirse, argümantasyon teknikleri en verimli etkilerini bu alanda gösterebilecektir.

D. Yargılama Sürecinde Örneklerle Argümantasyon Yönteminin İşleyişi

Yöntemin yargılama sürecinde nasıl işlediğine ait teknik açıklamalara geçmeden önce hukuksal bir tartışmada (diskur) diyalektik argümanların mücadele edeceği kimi varsayımsal kimi gerçek uyuşmazlıklarla konuyu örneklendirebiliriz.

Örneğin; özel hayatın korunması ilkesine göre özel hayata ait bilgi ve haberin neşri ve yayılması yasak iken, basın özgürlüğü prensibine göre, kamusal bir öneme sahipse bu tür bilginin yayımlanmasına izin verilmiştir. Söz konusu çatışkıda, eğer bu özel şahıs politikacı ise ve onun hakkındaki özel bilgi kendisinin politik fonksiyonunu etkileyebilecek durumdaysa basın özgürlüğü tercih edilmelidir. Burada hukuk sistemindeki iki hukuk normu ya da hukuk kuralı-prensip çatışması gündeme gelmektedir.[40]

38 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s.705, 708.

39 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi)http// www. google.com., 30.09.2002.

40 H. Prakken, G. Santor, "A Dialectical Model of Assesing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Santor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s. 179-180.

Bir diğer örnek; Anglo-Amerikan hukuk sisteminde çok bilinen Riggs v. Palmer davasında[41]; vasiyetnamede mirasçı olarak gösterilen ve mirası elde etmek için kendi vasiyet bırakanını öldüren bir kimsenin mirastan faydalanamaması kararı verildiğinde gerekçe olarak var olan bir hukuk kuralına değil prensibe dayanılmıştır. Bu maxim; "hiç kimsenin kendi hileli davranışından kazanç sağlamasına veya kendi yanlışından avantaj elde etmesine, kendi işlediği suç vasıtasıyla mülk edinmesine ya da kendi fesadına dayanarak iddiada bulunmasına izin verilmemesi" dir. Hukuk normu davayı ya tam olarak kontrolü altında bulundurur yani uyuşmazlığı çözmek için elverişlidir ya da dava için uygun değildir. Hukuk kuralı davaya "ya hep ya hiç" tarzında yön verir. Buna karşın hukuk normunun sustuğu, çözüm getiremediği zor davalarda hukuk prensipleri hukuk normunun yerini alabilir. Zor davalarda yargıç, hukuk kurallarını tüketmiştir. Bu noktada hukuk normunun yapamadığını hukukun genel prensipleri yapar ve hukuki yükümlülükler yükler. Ancak yine de hukuk prensipleri bir problemin hukuki sonucunu doğrudan ve otomatik olarak belirlemez.[42]

Kanımca var olan pozitif bir hukuk kuralının birbirine zıt ve fakat birbiriyle yarışan alternatif yorumlara ve uygulamalara yol açmaya elverişli olduğu durumlarda da bu normu prensipler ışığı altında hukuksal tartışma içine alabiliriz. Şöyle bir farazi yorum problemi yaratabiliriz hatta bunu bizim anayasamız için kurgusal olsa da başka ulusların anayasalarında yer alan bir hükme dayandırabiliriz:

"Herkes sahip olacağı çocuk sayısını serbestçe ve sorumluluğuna bilinçli bir tutum içinde kararlaştırmak hakkına sahiptir".

Bu anayasal düzenlemenin ardından yasa koyucu ceza yasanında yaptığı düzenleme ile kürtajı yasaklarsa bu anayasada yer alan ve yukarıda adı geçen bireysel hakka zarar vermiş midir?

Bu olasılıkta birbiriyle rekabet eden iki yoruma da gidilebilmesi pekala mümkündür. Birincisi "anayasada dayanağını bulan, kürtajın yasaklanmış olduğudur"şeklinde düşünebilirsiniz. İkincisi "kürtaja anayasal olarak izin verilmiştir ve bazı koşullar altında bu alandaki gelişmelere bağlı olarak yasa koyucu kürtajı serbest bırakmaya yetkili kılınmıştır" da diyebilirsiniz.

Öncelikle doğru bir argüman yani tez ile işe başlamalıdır. Örnekte ileri sürülebilecek tezlerden bir tanesi kadının kendi bedeni üzerinde karar vermek hakkına sahip olduğudur. Diğeri kürtajın yasaklanması yüzünden ehliyetsiz ellerde yapılan operasyonun kadın için önemli sağlık problemleri doğuracağıdır. Ancak bu tür ilkelerle tez oluştururken dikkatli davranmak zorunludur. Eğer kadının kendi bedeni üzerine mutlak hak sahibi olduğu ilkesini genişletirsek bunu diğer durumlara örneğin ötenazi gibi hassas bir konuya uygulamada sorunlarla karşılaşılabilir.[43] İki

41 Riggs v. Palmer,115 N.Y.506, 22 N.E..188 (1889).

42 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Clarendon Press, Oxford 1977,s. 22-28.

43 Agustin Carrillo Perez,:"Understanding and Legal Interpretation", ARSP, Supplementum III, Yıl:1988, (12.th World Congress,Athens 1985), s.152-156.

insan aynı şey üzerinde birbirini zıt yargıda bulunursa üçüncü halin olanaksızlığı ilkesine göre ikisinden birinin yanıldığı kesindir. Ancak ikisinden biri, açık ve seçik bir görüşe sahip olup da, bunu hasmına gösterebilir ve tartışma hasmının inancını, kanısını değiştirmesi ile sonuçlanacak olursa yanılan taraf kendisi olmayacaktır. Bunun için yeni tez ileri sürme ve kanıtlama, bunu ileri sürenin savunduğu tezlere katılmasını sağlamak aynı zamanda ikna etmek, inandırmak zorunda olduğu bir dinleyici kitlesine seslenir.[44]

Konuşmacının kendi tezleriyle etkilemeyi dilediği dinleyicinin konuşmacının niyetini anlaması ve bilmesi beklenmektedir. Örneğin parlamento üyesi bir konuşmacının dinleyicileri; onun üyesi bulunduğu siyasi partinin parlamentodaki temsilcileri ya da tüm parlamenterler veya ulustur. Konuşmacı ve dinleyici bu konuşmada birbirleriyle buluşabilmelidirler.

Burada dinleyicinin rolü, argümantasyonu ispat etmekten (demonstration) ayırmaktadır. Perelman'ın ispat etmekten anladığı mantıksal tümdengelimdir. Mantıksal delillendirme; verili bir aksiyomdan mantık kurallarına uygun olarak yapılan sonuç çıkarmadır.

Bir argümanın önermeleri dinleyenleri tatmin etmeyi hedeflemelidir. Doğrulamanın temelleri dinleyicilerin rıza ve hoşnutluğu esası üzerine kuruludur. Sonuçlar önermelerden mantıki olarak çıkarılamaz. Belirli bir hükümet modelinin iyi olduğu değer yargısını haklı çıkarmak için örneğin bu hükümet biçiminin bireysel özgürlükleri maksimum düzeyde güvence altına aldığı iddia edilebilir. Ancak birincisi ikincisinden mantıksal bir zorunluluk olarak çıkarılamaz.

Argümanların etkisine ilişkin bu gözlemler; psikoloji ya da sosyo-psikolojinin verileriyle yapılabilir, bu onların işidir. Perelman, analitik mantık modelden hareket edilmesi ve ilerlenmesi taraftarıdır. Yine de O'na göre bir argümanın değeri dinleyicileri ikna etmekteki başarısıyla ölçülür ve bu; dinleyicilerin sadece rasyonel argümanlarla, tezlerle ikna edilebildiği normatif bir teoridir.[45] Soru ve cevap şeklinde ilerleyen diyalektik yöntemde hiç

44 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s. 704.

45 Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s.157-160.

Bu ideal dinleyici evrensel dinleyici olarak tanımlanır ve problematiktir. Habermas'ın yaptığı gibi bir konuda herkesin fikir birliğinin sağlanamayacağı kabul edilmelidir. Bütün dinleyicilerin ileri sürülen tezleri anlayacakları ve bunların bilgisine varacakları ancak bir varsayım ve ön kabuldür. Perelman'ın düşüncesine göre; ideal dinleyici kompozisyonunun oluşturulması onların aynı karakter ve farklı sosyal-kültürel koşulların içinden gelmeleri şartına bağlıdır. Bir norm ancak onların norm olduğunu kabul ettiği şeydir.

Evrensel dinleyici insan varlığının tümünü içine alan aydınlanmış insandır. Bu nitelik insanları makul kılan bir şeydir. Bu "aydınlanmış" ve "makul (reasonable)" insandan ne anlaşılacağı, insan varlığının tümünden oluşan evrensel dinleyici tanımı ile bu niteliklerin nasıl bağdaştırılacağı sorularını doğurur. Perelman'ın teorisinde adaleti sağlayacağı kabul edilen varsayım şudur: Argümantasyon oyununa katılan ve girenler aydınlanmış ve makul kimselerdir. Bununla kabul edilen temelde her insanın iletişim yoluyla bilgi edinme ve bu iletişim yeteneğini geliştirme kapasitesine sahip olduğudur. Elbette, aynı bireysel çaba ve gösterilen nesnel yardım çabalarına karşın değişik insanlar farklı argümantasyon yeteneği geliştirebilirler. Ancak ortalama herhangi bir kimse de bu oyuna katılabilir.

Evrensel dinleyici varsayımsaldır. Bununla niyet edilen ideal bir dinleyici, onun akli yapılanmasıdır. Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s.160-163.

kimse bir iddiadan diğerine öncelikle muhatabın onayını almadan geçemez. Diyalektik sanat bu onayı elde etmeksizin başarılı olamaz.[46]

Kanımca argümantasyon teorisinin diyalektik akıl yürütme ilkesi demokrasi kavramı ve uygulamaları ile de bağdaşmaktadır. Eşitlik ve özgürlük "özgür ve demokratik bir toplumun" temel prensipleridir. Demokrasi; kamu düşüncesi ve iradesinin serbest ve açık bir süreç içinde meydana gelmesini gerektirir. Yarışan ve birbiriyle değiştokuş edilen düşünceler toplumsal organizasyonun sosyal deneyimlerini şekillendirir. Anayasalar da temel sosyal kanaatler üzerine temellendirilerek fonksiyonlarını yerine getirir. Bu temel sosyal inançlara örnek olarak insan hakları veya temel adalet kavramları örnek olarak verilebilir.[47] Bu diyalog yöntemi aslında sözlüdür ve en azından iki kişinin katılımını gerektirir. Ancak yöntemin yazılı metinlerin üzerinde yapılan tartışmalarda da kullanılmaması için bir neden yoktur.[48]

Bir değer veya sorumluluk eğer herkes onun üzerinde aynı kanıya varıyorsa rasyonel olarak doğrulanmış olacaktır. Evrensel dinleyicinin rızasını sağlamak gereklidir. Buna karşın belirli, özel bir dinleyici için kabul edilen argümanın etkin ve etkili olmasıdır. Perelman ikna etmek ve inandırmak (kandırmak) arasında keskin bir ayırımın olmadığını vurgulamaktadır.[49] Yeni retorikte Perelman, ancak gerçeklik hakkındaki önermelerin evrensel dinleyiciler önünde geçerlilik iddiasında bulunabileceği görüşündedir. Buna karşın değerler, hiyerarşiler ve topikler sadece belirli ve özel nitelikte dinleyicilerin rızasını kazanabilir. Daha sonraki çalışmalarında tercih edilebilirlik ile ilgili pratik yani değer yargısı verilmesini gerektiren sorunların da evrensel dinleyici önünde tartışılmaya yatkın olduğunu düşünmeye başlamıştır. Evrensel ya da özel bir dinleyici önünde yapılan argümantasyon arasında fark olmamakla birlikte evrensel dinleyici karşısında konuşmacı herkesin rıza gösterebileceği tezlerle hareket etmeye dikkat etmelidir. Habemas'ın da işaret ettiği gibi her argüman kendi tarihi ve sosyal bağlamında gerçekleşir. Bu özellik de konuşmacının konsensus (herkesin fikir birliğinin sağlanması) durumuna kesin olarak ulaşılamayacağı görüşünü destekler. Çoğu durumda bir çözümü biricik doğru bir çözüm olarak nitelendirmek olanaksızdır. Yine de, Perelman'a göre bu vazgeçmek için bir neden değildir. Bir konuşmacı sonuçta ulaşılamasa da evrensellik için çaba harcamalıdır. Rasyonel yani akılcı bir argümantasyonun (tartışmanın) karakteristik özelliği evrenselliği amaçlamış olmasındadır. Ancak bu hedefin gerçekleşebilmesi garanti edilmiş değildir.[50]

46 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s. 162.

47 Schreckenberger, "Rhetoric and Law", s. 458.

48 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s. 162.

49 Alexy, ATheory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s.164, 170.

50 Alexy, ATheory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification, s.165 -166, 170 -171.

Herhangi bir dinleyici, olgu, hakikat, varsayım veya değer olarak adlandırılan belirli grup verileri kabul eder. Argümanda olgu önemlidir. Çünkü evrensel uzlaşmanın konusunu oluşturur ve herkes tarafından kabul edilmelidir. Eğer bir kimse "Ben bu kitabı açtım" diyorsa biz bu olgusal ifadeyi anladığımızdan şüphe etmemeliyiz. Ancak "Hayır, kitap başkası tarafından açıldı", "Kitap kendi kendine açıldı", hatta "Orada açık bir kitap yok, yalnızca açık sayfalar var" türünde itirazlar yükselebilir. "Olgu" daima yeniden gözden geçirmenin konusu olur. Bu uzlaşma sorgulanmadığı sürece kimse onun doğrulanmasını talep etmez ve uzlaşma devam ettikçe daha ayrıntılı başka argümanların çıkış noktası olmaya hizmet eder. Örneğin "Kitabı açtım böylelikle onu okumak niyetindeydim" gibi.

Dinleyiciler değerleri de kabul eder. Onların bir bölümü evrensel değerler olarak düşünülür. Diğer bazı değerler ancak belirli bir özel grup dinleyici tarafından genel olarak kabul edilmiştir. Gerçekte dinleyiciler olgu ve değerleri değil, değerlerde hiyerarşiyi, gerçekliğin yapılanmasını, olgu ve değerler arasındaki bağlantıları da kabul ederler.[51]

E. Teorinin Yeni Gelişmelerin Işığında Yeniden Ele Alınışı

Klasik hukuksal uslamlama mantığının ve argümantasyon teorisinin biçimlendirme çalışmaları uzun süre birbirinden farklı yollar izlemiştir. Hukuk mantıkçıları bir hukuksal kararın doğrulamasını yapmak için tümdengelim yapılandırılmasının üzerinde durmuşlar ve diyalektik yöntemi göz ardı etmişlerdi. Diğerleri ise bunun yerine hukuksal uslamlamanın iki kutuplu ve takdire dayalı doğasına, alternatif seçimlerin akla uygun değerlendirilmesine ve analojik akıl yürütmenin kullanımına vurgulama yapmaktaydı. Bununla birlikte son zamanlarda yapay zeka ve hukuk alanındaki gelişmeler bu ayırımın üstesinden gelmeye çalışmaktadırlar. Diyalektik ve analojinin formel olmayan açıklamaları ve argümantasyona doğru kapsama alanı genişleyen mantık; bilgisayar programlarının yapılandırılmasında esas alınmıştır. Bu oluşum hukuki argümanların diyalektik ve mantıksal açıklamaları ile işbirliği yapmayı böylece de insan unsuruna yer bırakarak hukuki tartışmalara yardım ve arabuluculuk yapacak olan bilgisayar programları için formel bir temel sağlamayı gerektirmektedir. Esasında hukukta yapay zekaya ilişkin yapılan sistem çalışmaları en çok pozitif hukuk kurallarını esas alan pozitivist hukuk teorisi paradigmalarına başvurmaktadır. Oysa hukuksal pozitivizm eksiklikler taşımaktadır. Yine de eksikliklerine rağmen hukuk kuralları argümanların oluşturulmasında kullanılan elemanlardır. Alexy de en azından bir tümel (universal) önermenin, hukuksal bir argümanın doğrulanmasını yaparken işin içine katılması gerektiğini düşünmektedir.[52]

51 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s.169 -178.

52 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence",(Çevrimiçi) http// www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002

Mantıksal bakış açısından, hukuksal argümantasyon konusunda yapılan çalışmalar birbiriyle çatışan argümanların değerlendirilmesine yarayan topiklerin yanısıra akıl yürütmelerin de değerlendirilmesini, bir diyalog oyunu olarak hukuksal tartışmaları modellemeyi, ispat yükünün rolünü, prensipler, hukuk kuralları ve olgular ayrıca dedüktif ve dedüktif olmayan argümanlar arasındaki ilişkileri kapsamına alır.

Argümantasyonun temel çerçevesinin geliştirildiği yapay zeka, daha çok monotonik (tekdüze, tek değerli) olmayan akıl yürütmenin yeniden yapılandırılmasıdır. Monotonik olmayan akıl yürütme ya da çürütülebilirlik; argümanların daha güçlü bir karşı-argüman tarafından çürütülebilir olması olgusundan doğmaktadır. Zaten argümantasyon yöntemine ilişkin modeller; "argüman", "karşı argüman", "çürütme" gibi mantıksal kavramlar etrafında kurulmuştur.[53] Kural temelli sistemler hukukta monotonik mantığı kullanır. Bu durumda hukuk kuralının büyük önermesi yani kanuni olay gerçekleşmişse hukuksal sonuç bunu zorunlu olarak izler. Ancak bu mantık türü hukuk kuralları arasındaki çelişmelerin üstesinden gelemeyebilir. Eğer iki hukuk kuralı birbirine zıt sonuçlara yol açıyorsa, sistem bundan her ikisinin de aynı derecede eşit olduğu sonucunu çıkarır. Buna karşın hukuksal argümantasyon teorisi birbirine muhalif argümanları kendisine konu edinen hukuki bir model arayışı içindedir. İşte monotonik olmayan mantığa dayalı akıl yürütme bunu sınırlı bir kapsamda da olsa başarma çabasındadır. Söz konusu akıl yürütme türünde büyük önerme, hukuksal sonucu otomatik olarak harekete geçirmez. Eğer bir başka kuralın sonucu daha güçlü ise ilk hukuk kuralının neticesi gerçekleşmeyecektir. Bu diyalektik sistem birbiriyle tutarlı olmayan argümanlarla akıl yürütebilir ve bu tutarsız sonuçlar için bunların birbirlerine karşı ağırlığını değerlendirebilir.

Monotonik olmayan akıl yürütme aracılığıyla hukuksal argümanların doğasına uygun bir biçimleştirme sağlanmaya uğraşılmaktadır. Ancak bu formelleştirmelerin tanım ve ayrıntıları birbirinden farklıdır.[54]

Argümantasyonun yapısı beş unsuru içerir: Mantıksal bir dilin temelini meydana getirmek, bir argümanın tanımlanarak belirlenmesi, argümanlar arasındaki çatışma ve argümanların çürütülmesi, nihayet argümanların değerlendirilmesi.[55] Ancak birbiriyle yarışan argümanları değerlendirip tartmak ve aralarında seçim yapmak hukuksal uslamlamanın bilgisayara aktarımında karşımıza çıkan birincil problemdir. O halde birbiriyle yarışan tezler olduğunda bu durum nasıl çözümlenecektir?

Argümanlar birbiriyle çatıştığında bunlar prensipler, değerler, hukuksal amaçlar çerçevesinde birbirleriyle karşılaştırılacaktır. Bunlar meta-standartlar olarak isimlendirilir. Hukuksal uslamlama yapmak durumunda kalacak bir bilgisayar sistemi bunları hesaba katmak zorunda kalacaktır.

Argümanlar arasındaki çatışkı ayrıca meta-normlara göndermede bulunularak da çözülebilir. Bunlara da örnek olarak; lex superior (normlar hiyerarşisinde üstte bulunan norm alttakine tercih edilir), lex specialis (özel hüküm genel hükümden önce gelir), lex posterior (sonraki tarihli yasa öncekini ilgâ eder) kurallarını verebiliriz. Ancak bu meta-normlara yapılan atıf da beraberinde yeni bazı problemler getirecektir ve bu problemler de yine argümantasyon yönteminin konusuna girer. Meta-normların neler olduğunun tanımlanması, hangisinin bir argümanı desteklediği, meta-normlar arasındaki çatışma teori tarafından belirlenir.

Halihazırdaki bilgisayar sistemleri şu an çok sınırlı sayıda meta-norm ile hukuksal akıl yürütme yapabilmektedir. Meta-normlar arasında a priori bir hiyerarşik sıralamanın var olup olmadığı da tartışılmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi prensip ve politikalar, hukuki amaçlar önceden peşin olarak bir davanın sonucunu belirleyemez. Meta-standartlara geldiğimizde, bilgisayar sistemleri sınırlı sayıda meta-normları kullansa bile meta-standartlara yani prensip, politika veya değerlere bu yolla yapılabilen bir referans yoktur. Bunlar elbette hukuksal uslamlamada kullanılmaktadır. Fakat söz konusu standartlar var olan bilgisayar programları çerçevesinde henüz icra edilememektedir.

Yine de tüm bu eksikliklerine rağmen yapay zeka konusunda umut vaat eden çalışmalar sergilenmektedir ve bunlar heyecan verici gelişmeler şeklinde nitelendirilmektedir.[56]

F. Teori Hakkındaki Genel Değerlendirmeler

Argümantasyon; ileri sürülen bir iddiayı destekleyecek her türlü makul akıl yürütme ve delili içine aldığından pratik akıl yürütme alanında değer ve değerlendirmeleri de davet eder. Ahlâki argümanların haklılaştırılması ise bir başka problemi yani yapılan değerlendirmelerde, karmaşık bir bilişsel süreç olan sezginin yeri ve güvenilirliğini tartışmaya açmaktadır. Bir kimse bir şeyi sezgisel olarak niçin ve nasıl anlar veya bazı şeyler niçin sezgisel olarak görünür türünden sorulara cevap aranmak gerekecektir.[57]

Buna bağlı olarak getirilen bir diğer eleştiri de şudur: Herhangi bir yasal uyuşmazlıkta sezgiye dayalı rasyonel türetme süreciyle sonuca varmak, yürürlükteki pozitif hukuk tarafından oluşturulmuş değerlerin yeniden üretilmesi ve korunması için sınırlanmış hukuk ilmini çok tepkimeci bir duruma getirecektir. Bu durumda hukuksal yorum yöntemleri şüpheli bir siyasi eğilim kazanmaktadır. Klasik akıl yürütme modelleri yerine önerilen ve adı "makul", "diyalektik" ya da ne olursa olsun diğer yeni mantık yöntemleri

53 Prakken, Santor, "A Dialectical Model of Assesing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", s.176.

54 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence",(Çevrimiçi)http// www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002.

55 Prakken, Santor, "A Dialectical Model of Assesing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", s.177.

56 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence",(Çevrimiçi)http//www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002.

57 Bernard S Jakson, "Conscious and Unconscious Rationality in Law and Legal Theory", Legal Philosophical Library: Reason in Law, Vol: III, Milano, Yıl:1988, s. 292.

hukukun özüne yabancıdır. Bu tür yumuşak mantık yaklaşımları hukuka ahlakın bir türü gibi yaklaştıklarından verilecek kararlar öncelikle yorumcunun sezgisel kapasitesine bağlı kalacaktır. Bunlar hukuksal pozitivizm tarafından uygun bulunmayan araçlar olarak nitelendirilmektedir.[58]

Argümantasyonun teorik dayanağı olan "iletişim birliği" hermenötiğe ait olan bir kavramdır. Tarafların dili anlama ve iletişime yatkın olma yeteneğiyle, samimiyet ve ahlâki dürüstlüğüne güvenen bu model aslında adlandırıldığı gibi bir ideal, hedef olarak kalmaktadır. Özellikle hukuki tartışmada davanın taraflarından birinin iddiasının ya da savunmasının makul olduğuna diğer tarafı ikna etmesi ve diğer tarafla fikir birliğine varması esas alınmaktadır. Elbette sonuçta yargıç diyalektik tartışmada tez ve antitez şeklindeki iddia ve savunmanın hiç birinden ikna olmayıp, usul kurallarının sınırları çerçevesinde alternatif bir çözüme de yer verebilir. Bu olasılıkta ya da taraflardan birisinin tezi üzerine kararını temellendirdiğinde yargıç bu kararlarının doğruluğuna en başta tarafları inandırmak zorundadır.[59] Ancak belirttiğimiz gibi bu bir ideal olarak hedef gösterse de somut durumlarda davayı kaybedenin gerçekten haksız olduğu ve iddia ya da savunmasını makul şekilde ortaya koyamadığı için davayı kaybettiğine samimiyetle inandığını söylemek somut gerçekliğe uymamaktadır.

KAYNAKÇA

Aikenhead, Michael: "A Discourse on Law and Artificial Intelligence",(Çevrimiçi)http// www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002

Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification (Translated by Ruth Adler and Neil MacCormik), Clarendon Press, Oxford 1989.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously, Clarendon Press, Oxford 1977.

Freeman, Kathleen and M. Farley, Arthur : "Argumentation and Its Application to Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.7-43.

Giddens, Anthony: "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, Quentin Skinner, Çev: Ahmet Demirhan, Vadi Yayınları, Ankara 1997, s.156-177.

Goodrich, Peter: Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, The Macmillan Press, Reprinted 1990 in Hong Kong.

Göka, Erol; Topçuoğlu, Abdullah ; Aktay Yasin: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme,2.Basım, Vadi Yayınları, Ankara,1999.

Gröschner, Ralf : "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", Çev: Yasemin Işıktaç, Kamu Hukuku Arşivi, Editör: İlyas Doğan, C: II, Sayı: 3, Ekim 1999, s.267-272.

Habermas, Jurgen : İletişimsel Eylem Kuramı, Çev: Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2001.

Hebermas, Jürgen : "Hermeneutiğin Evrensellik Talebi", Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayınları, İstanbul 2002, s.231-258.

Işıktaç, Yasemin: Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

Jakson, Bernard S.: "Conscious and Unconscious Rationality in Law and Legal Theory", Legal Philosophical Library: Reason in Law, Vol: III, Milano, Yıl:1988, s.281-299.

Keyman, Selahattin: Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Kitabevi, Ankara, 1981, s.77-78.

Klever, Wim: "A Draft for Juridical Epistemelogy" ARSP, Supplementum III, 1988, (Theory and System of Legal Philosophy, IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 41-48.

MacCormik, Neil: "On the Interpretation and Understanding of Case-Law", Archiv für Recths und Sozialphilosophie, Supplementum III, 1988 (IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 134-144.

Perelman, Chaim: The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, Translated by: John Wilkinson and Paul Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1958.

Perelman, Chaim: "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı",Çev: Tuğba Ballıgil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan), Sayı: 1-4, İstanbul 1987, s.702-703.

Perelman, Chaim: "Yeniden Soruşturulan Adalet", Çev: Murat Önderman, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s.388-392.

Perez, Agustin Carrillo: "Understanding and Legal Interpretation", ARSP, Supplementum III, Yıl:1988, (12.th World Congress,Athens 1985), s. 152-156.

Prakken, H.; Santor, G.: "A Dialectical Model of Assesing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.175-211.

Schreckenberger, Waldemar: "Rhetoric and Law", ARSP, Vol: 82, Heft: 4, 1996, s. 453-459.

Vernengo, Roberto J.: "On the Logical Interpretation of Legal Sentences", ARSP, Sayı: 17, Yıl: 1993, s. 1-15.

58 Roberto J. Vernengo, "On the Logical Interpretation of Legal Sentences", ARSP, Sayı: 17, Yıl: 1993, s. 3 -5.

59 MacCormic,"On the Interpretation and Understanding of Case-Law", s. 137.

Yargıda Gerekçe Sorunu(*)

Çetin Aşçıoğlu(**)

GİRİŞ:

Özgürlük sizin dilerseniz " yargının onca sorunu varken neden gerekçe?" diye sorabilirsiniz. Yargının "onca sorunu "ve "ya tuz da kokarsa çığlıklarının sağır sultana bile ulaştığı" bir olgu. Ancak toplumu ve devlet düzenini ilgilendiren bazı kavramların dış görünüşüne bakarak onlara değer biçmek çoğun yanıltıcı olmaktadır. Gerekçe, üzerinde duyarlılık içi boş biçimlik gibi anlamsız bir tutku değil; bir çok sorunun, eleştirinin kaynağı olan temel bir sorun niteliğindedir.

Yargı' nın odaklaşmış temel sorunu üç beşi geçmez; bunlar içinde gerekçe de vardır. Bu temel sorunları çözebilirsek yargı beş yıl içinde düziüğe çıkar; ikincil sorunların çözümü de temel kavramların bilinci ve bilgisiyle çözülecektir. Bu nedenle, gerekçe; bilim ve yargı alanında özel bir duyarlılıkla ele alınması gereken bir kavramdır.

1- Gerekçe Kavramının Kaynağı:

Gerekçe 1789 Fransız başkaldırımı (ihtilâli) ile gelişen özgürlükçü düşünce akımının temel birikiminin ürünüdür. Ancak tarihsel açıdan kökleri, insanoğlunun " bilme istenci" bilincine varmaya başladığı dönemlere kadar iner.

Mantık, gerekçenin diğer bir kaynağıdır. Doğada olduğu gibi düşünce alanında da her yargının (hükmün) bir nedeni olmalıdır. Mantık alanında öngörülmüş "doğru ve sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için varolan her şeyin neden var olduğunun gerekçelendirilmesini önerir ve bekler" biçiminde açıklanan düşünce yasası; bir düşüncenin ancak yeter nedenlere (neden olan diğer düşüncelere) indirgendiği ölçüde anlaşılabilir ve geçerli olacağını önerir.

Gerekçe ile etik (ahlâk) arasındaki ilişki de göz ardı edilemez. Çünkü "bilgi verme yükümlülüğü" de aynı zamanda etik ilkesinin gereğidir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin gereği olarak; Anayasa başta olmak üzere yürürlükteki hukuk (normatif- doğmatik), gerekçenin buyurucu kaynağını oluşturur. Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" (Anayasa 141 / 3). Anayasaya koşut olarak HUMK.

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

(**) Yargıtay Onursal Üyesi

388 ve CMUK 260 maddelerinde de gerekçe konusunda buyurucu kurallar öngörülmüştür. Bir iç hukuk kuralı niteliğinde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' nin (İHAS) 6. maddesinde açıkca yer almasa bile; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi(İHAM) kararlarında gerekçeyi " doğru ve güvenli-adil-yargılanma hakkının temel bir unsuru olarak nitelendirmektedir [1].

2- Uygulamadaki Görünüm

Anayasa ve yasaların gerekçe konusundaki buyurucu kurallarına karşın; hukukun bu buyruğunun yargı kararlarının büyük bir çoğunluğunda güncelleşmediği bir olgu.

Yargıda gerekçe adına yazılanlar, çoğun, "olayın oluş biçimine"; bilirkişi raporundaki açıklamalara", "tanık anlatımlarına göre suçun unsurlarının gerçekleştiği", "sanığın geçmişteki ve yargılamadaki durum ve kişiliği", "yanların sosyal ve ekonomik durumana" gibi soyut ve genel, yuvarlak sözcüklerle yapılan açıklamalarla sınırlıdır. Hak aramanın son kapısında niye hakkını alamadığını, yargıcın hangi nedenlerle karar verdiğini anlayamayan bireylerin sızlanmalarını ve giderek artan güvensizlik inançlarını öncelikle yargıçların değerlendirmesi gerekir.

Çelişkinin nedeni; özellikle avukatıyla yargıcıyla, özelde gerekçe kavramının özü, içeriği ve yararlarının bilinmemesi; genelde yaygın bilgi ve özekin yoksunluğudur. Bu bağlamda özellikle yargıçlarımızı eleştirebiliriz. Araştırmanın, sorgulamanın, düşünmenin, bilgiye tutkunun kimsenin tekelinde olmadığı düşünülürse böyle bir yargı haksız da sayılmaz. Yargıçları, bilgiye ulaşmanın olanaksızlığı nedeniyle, eleştirmeyi aşırı bulabilirsiniz; bilgi olmadan gerekçe bilincine ulaşmanın zorluğunu da göz ardı etmeden bu bağlamda yargı da gerekçe bilincinin yalnız yerel mahkeme yargıçlarında olmadığını söylemek de haksızlık olur; Yüksek Mahkeme yargıçları da gökten zembille inmediler ya. Yargıtay ve Danıştay'ı iş yoğunluğu nedeniyle hani biraz hoşgörsek bile ya Anayasa Mahkemesi' ne ne demeli? Gerekçe adına yazılanlardan, çoğun, hukuk adına olumlu yargılara varmak hemen hemen olanaksız.

Parti kapatma davalarında "odak noktası kavramının tanımını yapmadan buyruk oluşturan özünü, içeriğini tartışmayan yüksek mahkemenin gerekçe anlayışı bilinci" tartışılmalı, sorgulanmalıdır. Kaldı ki; Anayasa Mahkemesi, kararlarının bir bölümünün üç- beş senede zor yazıldığı ve yazılanların Anayasaya uygunluk denetimi yerine çoğun "yerindenlik denetiminin yapıldığı" izlenemini vermesi de gerekçe bilincinin yerleşmemiş olduğunun kanıdır.

3- Sorun Yalnız Yargının Değil

Gerekçe yalnız yargının değil tüm toplumun sorunudur:

"Antalya Film Festivali'ndeki arkadaşlara hep gerekçe yayınlamalarını söyledim. Malesef yaptıramadım. Jüri bir filme neden ödül verdiğini açıklamalı. Birinci filmi neden seçtik, şunu

1 Hadjianastassiou - Yunanistan; Higgins - Fransa; De Moor-Belçika vd. kararları

niye seçtik. Bunların gerekçelerini yazsalar, bir açıdan topluma bakış açılarının dünya görüşlerinin, sanat görüşlerinin, estetik görüşlerinin hesabını da vermiş olacaklar. İşte o zaman daha sağlıklı bir tartışma ortamı doğabilir[2]. Film yönetmeni ve yapımcısı Atıf Yılmaz' ın bu eleştiri ve açıklamasındaki değer yargılarını yargıda olduğu gibi kullanmaya ne dersiniz?

Bilim adamı Hayrettin Ökçesiz' in sapına kadar doğru yargısını paylaşmamak olanaksız:

"Devlet eylem ve işlemlerinde en az gerekçe ile yetinmekte, gerekçelendirme kalitesi en düşük düzeyde bulunmaktadır. Hukuk kültüründe görülen bu erozyonun somut tezahürleri ve nedenlerinden biri de gerekçesizliktir [3].

Diğer yandan avukatlar da; sav ve savunma, ilgili işlem ve eylemlerinde "hukuk ve olgu sorunlarının nedenlerini" yargıç gibi nesnel olmasa da, gerekçelendirmekle yükümlüdürler.

Yargılama çalışmasında işlemlerini gerekçelendiren "hak savunucusunun davayı kazanması" daha önemlisi "doğru ve güvenli -adil- yargılanmanın gerçekleşmesine katkı" olasılığı güçlüdür. Çünkü gerekçeli çalışmanın özünde araştırma, sorgulama, tartışma ve us (akıl) vardır. Dava, kaybedilse bile; hem kendi kişiliğine hem de çalışma alanına karşı güven korunmuş olur. Giderek yaygınlaşan "her şeyi yargıca bırakan avukat tipi" öncelikle kendini sorgulamalı sonra da; gerekçesiz karar yazan, işlem yapan, tüm hukuk ve olgu sorunlarını bilirkişiye çözdüren yargıçları...

4-Gerekçenin Etkinliği

A-Amaçları

a- Doğru ve sağlıklı düşünme:

Yargıcın, yargılamada güncelleşen hukuk ve olgu sorunlarıyla ilgili değerlendirme ve yargılarının anlaşılabilir, onaylanabilir nitelikte olması; doğru ve sağlıklı düşünmeye bağlıdır. Doğru ve sağlıklı düşünme ise özde "değerlendirme ve yargıların yeterli ölçüde nedenlerinin ve neden olan olan diğer düşüncelerin açık ve seçik olarak açıklanmasına bağlıdır; yani gerekçelendirmeye.

b- Etik yükümlülük:

Doğru ve gerçek olduğu ileri sürülen değerlendirme ve yargıların nedenlerinin açıklanması "etik (ahlâk) açıdan bilgi verme yükümlülüğü"nün de gereğidir. Kişi, yargı buyruğunun (hükmü) dayandığı nedenlerini bilmek istemesinin gücünü; yasalardan önce ahlâki değer yargılarından alır. Bu nedenle gerekçeli karar, yargıç için etik yükümlülüktür.

ç- Gerçeğe, yol ve yöntemine aykırıkları kendince (keyfi) davranışları önleme.

Yargıçlar da insandır; gerçeğe, yol ve yöntemine aykırı (keyfi) yargı ve buyruklar oluşturma olasılığı göz ardı edilmemeli. İşte gerekçe, yargılanan bireyler için bu olumsuz olasılığa karşı bir güvencedir. Çünkü:

2 Atıf Yılmaz;Türk sinaması üzerine bir söyleşi;Cumhuriyet 5:9 ,16 Ekim 2000

3 Hukuk ve adaletten imdat haykırışı Cumhuriyet Bilim Teknik eki 23 Eylül 200 safa.12-13

Gerekçelendirme işlemi bilgi, özekin (kültür) ve bir ölçüde yetenek işidir. Bu niteliklerin yardımıyla, yanların sav ve savunmalarını mantıki ve yargılamanın sıkı düzeni (disiplin) içinde kendini bile sorgulayarak tartışarak, gerekçelendirerek buyruğunu açıklayan yargıcın: Gerçeğe ulaşamama, yol ve yöntemine aykırı kendince (keyfi) bir tutum içinde olma olasılığı oldukca azdır. Olsa bile denetleme kolaylığı vardır.

Tersi durumda, gerekçesiz yargı buyrukları (kararları) yargılanan bireyler için gizil (potansiyel) bir tehlike oluşturur.

d- Nitelikli yargıç yetiştirme.

Gerekçe; bilgili, özekinli (kültürlü) yaşamı bilen yargıç kimliğinin ve tipinin oluşmasının ve yaygınlaşmasının sağlanmasında da etkili bir araçtır. Çünkü yargıç, gerekçe yazmak için var olan bilgisini araştırarak yenilemek için okuyacak, tartışacak, düşünecek ve kendi değer yargılarını bile sorgulayacaktır. Bilgili ve yaşamı bilen yargıç yetiştirme açısından da, gerekçe olmazsa olmaz nitelikte bir kavramdır.

e- Güven inançlarını güçlendirme ve koruma.

Bireylerinin yargıya karşı güven duygu ve inançlarının yüksek olduğu toplumlarda; hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi gelişir ve korunur. Çünkü hukuk düzeninin son kapısı yargıdır. Elinden değirmenini almak isteyen Krala, ihtiyar değirmencinin "...ama Berlin' de yargıçlar var" sözlerini korkmadan söyleten; yargıya ve yargıçlara karşı duyulan güven inancıdır.

Yargı buyruğunun, sav ve savunmanın kanıtlarıyla birlikte tartışılarak açık ve inandırıcı gerekçelerle yazılması davayı kaybeden yanda bile bir güven duygusu oluşturur. Neden hakkını alamadığını ya da suçlu sayıldığını anlayamayan kişinin yargıya ve yargıca karşı kuşku ve güvensizlik duyması kaçınılmazdır. Bu nedenle gerekçe yargıya güven inaçlarının da önemli bir aracıdır..

f- Yargısal denetimde sağlıklı savunmayı kolaylaştırma.

Bir yargı buyruğunun yanlışlığını ortaya koyabilme, çelişkisiz savunma yapabilme; tüm değerlendirmelerin, yargıların nedenlerini duraksamaya meydan vermeyecek biçimde açıklanmasına , gerekçelendirilmesine bağlıdır. Temyiz denetiminde nedenlerini bilmeden savunma yapma olanaksız olmasa da hem zor hem de risklidir. Bu nedenle gerekçesiz yargıç buyruğunun, savunma hakkını kısıtladığı da bir olgudur.

g-Temyiz denetimindeki önemi.

Sağlıklı gerekçeler, yüksek mahkemelerde denetiminin kısa yoldan ve doğru yapılmasına da önemli ölçüde yardımcı olur.Bu nedenle bir çok ülkede temyiz denetimi gerekçe denetimiyle başlar; gerekçesizlik başlı başına ve öncelikli olarak bozma nedenidir.

Yargıtay' da çalıştığımız yıllarda, gerekçe noksanlığının işimizi zorlaş-

tırdığını ve az da olsa yanlış yorumların değerlendirmelerin kaynağı olduğuna tanık oldum. Yargıcın neden bu sonuca ulaştığını anlamadan ya da kestiremeden yorum yapmanın zorluğu riski azımsanmamalı. Bir ilçede yargıç olarak çalıştığım dönemdeki bir anımı kanıt olarak değerlendirebilirsiniz:

Milli Eğitim Bakanlığı, ABD yardımı olarak dağıtılan süt tozlarının öğrencilere bisküvi ve diğer nesnelerle değiştirilmeden içirilmesi konusunda okullara duyuruda bulunmuş. Ancak görev yaptığım yörede, sekiz kadar köy ilkokul müdürü, bakanlığın buyruğuna aykırı olarak, "kısırlık yapar vd. söylenti ve kaygılarla içilmeyip dökülmesi nedeniyle köy ihtiyar kurulunun oluru ve denetiminde süt tozları ile değiştirilen bisküvileri" çocuklara yedirmişler. Bu nedenle de "üstünün yasaya uygun buyruklarını geçerli neden olmadan yapmadıkları (TCK.230) suçlamasıyla" görevi savsama suçundan yargıç karşısına çıkmışlar.

Davaya bakan ceza yargıcı, bir dosyayı okul müdürünü suçlu bularak karara çıkartmış ve pilot dosya Yargıtay denetiminden geçerek onanmış.Tam bu sırada yargıç başka yere atandığından yetkili olarak diğer dosyaları karara çıkartma hukuk yargıcı olarak bana kalmıştı.

Dosyaları incelediğimde suçun özellikle maddi unsurunun oluşmadığı (geçerli neden olgusu açısından) kanısa vardım; ancak Yargıtay'ın aynı eylemi suç sayan kararı onaması da söz konusu idi, savcı da örnek onama kararından söz ederek mahkümiyet kararı istiyordu. Ancak onanan kararda olaya neden olan olgular hemen hemen hiç, hukuki sorun ise yüzeysel olarak gerekçelendirilmişti.

Yargıtay'ın onama kararına karşın dosyaların tümünü okul müdürlerini aklayan (beraet) bir buyrukla sonuçlandırdım. Gerekçede, Yargıtay'ca onanmış kararın tersine (ondan söz ederek) eyleme neden olan tüm olgulara ve bunlarla ilgili değer yargılarıma ve hukuk sorunu için de hukuk öğretisinden yararlandığım yorumlara yer verdim.

Sonuçta Yargıtay sanıkları aklayan kararımı da onadı. Önceki onama kararını ekleyerek temyiz yoluna başvuran savcı, bu dosyaların da onanması üzerine ve çelişki karşısında " ... Yargıtay okumadan onamış..." yargısında bulunmasına karşın; ben ise, Yargıtay' ın ilk onama kararının ve çelişkinin nedenini gerekçeye bağlıyordum. Gerekçesizlik, pilot davada Yargıtay denetiminin hatalı yapılmasının nedeni olmuştu.

h- Yansızlığı kanıtlama

Yargı bağımsızlığı, yargıçlara yansızlıklarını sürdürmeleri ve korumaları için verilmiş güçlü güvenceler bütünüdür. Başka bir anlatımla hiç bir kamu görevlisine tanınmayan böyle bir bağımsızlığın, verilen güçlü yetkilerin en önde gelen bedeli yansızlıktır. İşte gerekçe, yargıçların yansızlıklarını kanıtlama olanağı sağlayan, yargıç onurunu koruyan bir araç olarak da değerlendirilmelidir.

B-Korunan hak.

Gerekçe, olmazsa olmaz nitelikte "doğru ve güvenli- adil- yargılanma hakkının" güvencesidir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı'nın 12 Temmuz 1973 günlü öneri niteliğindeki kararında yargılanan kişinin" gerekçeli karar hakkı" bulunduğu açıklanmıştır.

Gerekçesiz bir yargı buyruğu, kişinin maddi (yaşamı- sağlığı), tinsel (onuru, saygınlığı, özgürlükleri. giz alanı...) değerlerinin çiğnenmesiyle eş değerdedir. Başka bir anlatımla gerekçesiz buyruğunu açıklayan yargıç, hak arayan bireyin kişilik hakkını çiğneyen kişi konumundadır. Daha yalın bir anlatımla; kişinin onur ve saygınlığına sözle yapılacak bir saldırı (sövme hakaret) ile gerekçesiz buyrukla bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkının çiğnenmesi arasında hukuki değerlendirme ve sorumluluk açısından bir ayrım söz konusu değildir.

Yargıçlar için ağır bir sorumluluk gündeme getirse de, yargılamanın sanat olarak nitelendirilmesinin başka bir yolu yoktur. Yargılamanın bir sanat olduğunu, yargıçların da memur olmadıklarını övünerek onurla dile getiriyorsak; zorluklara ve sorumluklara katlanacağız: hani gülü seven dikenini katlanır denir ya...

3-Genel Değerlendirme

A- Tanı

Gerekçe, yargı düzeninin olmazsa olmaz nitelikte bir temel sorunudur. Gerekçesiz yargı kararlarının, bireyin kişilik hakkını çiğnemesi yanında; hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları üzerindeki olumsuz etkisi de göz ardı edilmemelidir. Gerekçenin, yargıya ve yargıca karşı güvensizlik inançlarının yaygınlanmasında başat durumunda olduğu tanısı, abartılı bir yargı olarak nitelendirilmelidir

B-Çözüm önerileri

Şimdi şu soruya yanıt alayabiliriz: Gerekçe sorunu, yasa buyruklarına karşın bir olgu olduğuna göre sorun nasıl çözümlenecektir?

Eğitim, bilgi ve denetim sorununun üç temel yanıtıdır:

a- Eğitim:

Yargıçların , gerekçe konusunda bilinçli olmaları öncelikle bir eğitim sorunudur. Bu konuda, evren kentlerde (üniversiteler) işe başlamak gerekir Böylesine önemli bir kavram, hukuk fakültelerinde, çoğun, işlenmemektedir. Ankara Hukuk Medeni Hukuk Yargılaması Ana Bilim Dalı' nda, bir süredir, çalışma yapılması sevindiricidir. Ancak tüm fakültelerde yaygınlaştırılmadıkça, uygulamalı olarak çalışmalar yapılmadıkca beklenilen sonuçlar için yeterli olmadığı inancındayız.

Yirmi yıla yakındır yargıç adaylarının eğitiminde görev üstlenen "Hakim Eğitim Merkezi" yetkililerin verimli çalışma yaptığı söylemlerini duysak da; abartılı olduğu inancındayım. Bir çalıştay da, gerekçeyi incelerken (yargıç etiği ve bilirkişi konusunu da), izleyen 15 kadar yargıç adayına özel olarak eğitim merkezinde bu konularda bilgi verilip verilmediğini sorduğumda olumlu yanıt alamadım; hani olumlu yanıt beklemediğim için şaşırmadım da.

Hakim Eğitim Merkezi' nin, yargıç adaylarına yanlışları ağır basan saçak bilgiler verecek düzeydeki eğitiminden bilimsel bir eğitim düzenine geçmesi gerekçe sorununu ve de diğer sorunları için önemli bir adım olacaktır. Adalet Bakanlığı eğitim konusuna öncelikle eğilmelidir; umutsuz da olmak istemiyorum, ancak üç yıl Adalet Bakanlığı koltuğunda oturan bilim adamı Sayın Hikmet Sami Türk' ün ilgisizliği düşündürücüdür.

b-Bilgi ve bilgiye ulaşma:

Gerekçe konusunda Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü' nün IX. bilgi şöleninde (sempozyum) benim verdiğim yalın ancak bir başlangıç niteliğindeki bir bildiri dışında çalışma yapılmamıştı. Daha sonra Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi öğretim Üyesi Doç. Mustafa Alp' ın çalışmasını okuyunca mutlu oldum.

Yargıyı ve yargıçları ne denli eleştirirsek eleştirelim; gerekçe konusunda bilgi ve özekinlerini geliştirecek kaynaklara ulaşma olanakları olmadıkca sağlıklı sonuç alınması beklenmemelidir.

Bu nedenle bilim adamlarımızın, gerekçe konusunda çok yönlü çalışmalar yapmalarını, üretken olmalarını beklemekteyiz. Gerekçe sorunu, yalnız içeriği, özü, önemi, çeşitleri ve sorumluluk açısından değil gerekçede kullanılacak dil, biçim ve biçem (üslüp) açısından da hukuk öğretisinin ilgisini çekeceği beklentisi umarım en kısa sürede gerçekleşir.

c-Denetim

Denetim, konumları ne olursa olsun bireylerin özenli ve sağlıklı çalışmalarını sağlayan etkin bir yöntemdir. Yargıçlarda insandır; hukuk, yasa ve etik buyruk ve değerlere aykırı davranışlarını denetimle önlemek önemli bir yöntemdir. Ancak denetim denince usa şimdiki gibi yargıçları memurlaştıran denetim biçimleri (not düzeni- müfettiş denetimi gibi) usa gelmemelidir.

aa-Yargısal denetim:

Gerekçe konusunda denetimin en sağlıklı yeri yüksek mahkemelerdir (Yargıtay Danıştay). Yüksek mahkemelerin yerel mahkeme kararlarının denetimine gerekçe denetimiyle başlamaları kavramın gelişme ve güçlenmesine önemli katkısı olacaktır. Bu nedenle gerekçesiz yargı kararları işin özüne girmeden bu nedenle bozulmalıdır.

Böyle bir denetim, yargıçlarda gerekçe bilincinin yerleşmesi açısından etkili bir yöntem olacaktır. Yargıç bu konuda deneyimsiz, bilgisiz olsa bile başını gözünü yara yara hem bilinçlenecek hem de gerekçeli karar yazmayı öğrenecektir.

bb-Yönetsel denetim:

Yargıçların yönetsel açıdan işlem ve eylemleri hem yargısal denetim sırasında kendilerine verilen notlar hem de memurlara özgü yapılan denetimlerle (müfettiş) yapılmaktadır. Bunların her ikisinin de yararı olmadığı, beklenilen amaçları açarak yargıç kimliğini bozduğu bir gerçektir.

Yönetsel açıdan bilinçli ve sağlıklı olarak yapılacak gerekçesizlik denetimi kanımca daha yararlı olacaktır. Ancak kendini yargıçların üzerinde gören müfettiş hakimlerle değil; yurttaşların başvurusu üzerine bağımsız bilgisi, deneyimli kişilerce yapılmalıdır. Örneğin; yetiştirilmeleri kaydıyla emekli yüksek yargıçlardan ve öğretim üyelerinden yararlanılabilir. Böyle bir denetimde öğretim üyelerinin görev almasının, hukukun gelişmesine dolaylı olarak da olsa katkısının olacağı inancındayım; bir de "nasıl hukukçu yetiştiriyoruz" diye kendilerini sorgulama alanı bulmaları açısından.

cc-Toplum adına denetim:

Yargıç, ulus adına ve hiç bir kamu görevlisine tanınmayan yetkileri kullanan ve güvencelerle donatılmış kişi olduğu düşünülürse; toplum adına gerekçe denetimi yapma yükümlülüğünden de söz edebiliriz. Bu bağlamda barolar, basın, kendi çalışma alanı ve üyelerini ilgilendiren konularda sivil toplum örgütleri gönüllü olarak görev üstlenebilirler. Özellikle Barolar Birliği'nin etkinliğinde baroların çalışma yapmalarının, nesnellikten ayrılmamak koşuluyla, yararlı olacağı inancındayım.

SONUÇ:

Yargı buyruklarının gerekçeli olmasının önemi, yerindenliği ve sorunun nedenleri ile çözüm önerileri konusunda düşüncelerimi açıklamaya çalıştım. Gerekçenin, çağdaş yargının olmazsa olmaz nitelikte bir aracı olduğunu sizlerin de paylaşacağından kuşkum bulunmamaktadır. Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arkivi' nin (HFSA) yaptığı verimli olduğuna inandığım bu toplantının yarınlarda daha kapsamlı ve özlü çalışmalara da önderlik edeceği inancını da paylaşmanızı dilerim.

Konumuz gerekçe kavramıyla ilgli olmakla birlikte bu çalışmamızdan ülke açısından değerlendirilebilecek bir sonuç da çıkarabiliriz: Bir kavramı, kurumu, ilkeyi yasalarda, Anayasa' da isteğiniz kadar özenli ve içerikli düzenlerseniz düzenleyin; insan unsurunu ve onu bilinçlendirecek bilimi, özekini göz ardı ettiğimiz sürece her şey boşuna (nafile).

Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi(*)

Mustafa Tören Yücel(**)

Hukukta fazlaca deneysel ve esnek mantık, sosyal olduğu kadar entelektüel de bir gereksinmedir. Diğer bir gereksinmede kararları gerekçelendirmektir. Kişi aldığı kararları açıklamak zorunda olmasaydı, mantıki işlemler hiç gelişmeyerek kararlar salt sezgi, izlenim ve duyguların ürünü olmaktan kurtulamayacaktı. İşte kararlar için gerekçe ve açıklama ihtiyacı ve bunu elde edinceye dek tatmin olmayacak insanların varlığı ile insanlık gerekçelendirme alanında epeyce deneyim kazandı. Genelde silojizm ve özelde adli silojizm gelişme kaydetti. İşte adli kararlarda keyfi diktaya yegane seçenek, hakimin otoritesi veya prestiji nedeniyle ihtilafa taraf olanlarca kabul edilen temelleri formüle eden bağlayıcı veya mantıki linkleri ortaya koyan rasyonel bir anlatımdır.

Kararın alınmasında ağırlığı olan ve sorgulandığında yerindeliğine işaret edilen olgusal ve hukuksal mülahazalar gerekçe (reasons) olmaktadır[1]. Bunlar yeterli ölçüde genel terimlerle ifade edildiğinde de "ilke" olarak adlandırılmaktadır.

Gerekçe bağlamında en önemli sorulardan biri hüküm vermenin, seçilen sonucu takip eden gerekçelendirme ürünü olup olmadığıdır. Posterius'mu yoksa prius'mu olduğudur. Bilim adamları gibi hâkimler de keşfi gerekçeden ayırmaktadırlar. Ne var ki, sosyal bilim adamlarından çok azı, nihai sonuca erişmede giderilen tüm kuşkuları ve potansiyel kusurları sıralamaktadır. Aynı saptama hukuki karar ve görüşler için de geçerlidir. Bu psikolojik gerçeği vurgulayan B.Cardozo, düşünce ve eylemsel tutarlılık ve yön göstericilik açısından hepimizde var olan bir eğilime işaret etmektedir: "Tüm ölümlüler gibi hâkimler de bu eğilimden kaçamamakta; onların tanımadığı veya adlandıramadığı-doğal dürtüler, geleneksel inanç ile kazanılmış değersel- güçler onları yaşamları süresince etkilemektedirler. Sonuçta oluşan yaşama bakış perspektifi, gerekçelerin güzelce dengelenmesi halinde yapılacak seçimi belirlemektedir." Ne var ki, mahkemece verilen ve tefhim edilmeyen kararın değişebilirliği ilkesinden hareketle, gerekçelendirmede mantıki ilişki ve tutarlılık sağlanamadığında kararın değiştirilmesi kadar normal ve onurlu bir davranış olamaz. Yargıtay Başkanlarından M. Uygun, kendi meslek yaşamında bu tür karar değişiminin azımsanmayacak sayıda olduğunu belirtmiştir(Özel söyleşi, 3/09/2002).

Gerçekte karar verilmesi sürecinde, hakim yasalardaki ratio legis'i keşfederek önündeki davaya ilişkin uygulanacak hukuku saptamalı ve bu uygulamayı yaparken âdil davranmalı, ciddi/belirgin nitelikte bir hata yapmamalıdır. Bu aşamada verilen kararın belli bir hukuki gerekçeyi de içermesi gereklidir. Bu şekilde, hakim de facto hukuk yaratmaktadır; bilimsel soyutluluğu somutlaştırmaktadır. Öte yandan, toplu mahkemelerdeki müzakere süreci, hukukun öngördüğü biçimde hâkimi gerekçelendirmeye yöneltmektedir. Kuşkusuz, hakim, kendisinin yaptığından emin olmak üzere, var olan teknikler içinde biçimlendirilen nedenlerin diğerlerine bildirimini gerektirmektedir. "Yargılanmasına izin verilmeyen nasıl hakim olabilir? "Siz hâkimler, bütün olup bitenleri, tam bir aydınlık içinde görmeden, incelemeden nasıl adil olabilirsiniz?" (H.Cibran) İşte gerekçe bunun testine olanak sağlamaktadır. Ancak bu gerekçenin de kanun hükümlerinin sadece kanunun lafzına değil, hem lafzına ve hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, hukuk bilim ve pratiğinin ana kaidelerindendir hükmünü havi İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edildiği üzere kanunun hem lafzına ve hem de ruhuna uygun olması, ve hatta lafzından çıkan anlamın hükmün konuluş amacı ile çelişmesi halinde ruhundan çıkan anlama göre oluşturulması gereklidir[2]. Bir başka deyişle yargı kararının hukuki gerekçeden yoksun olması halinde, indi ve zihnen kuşkulu görülmesi gündeme gelecektir. Kuşkusuz, her karar açısından bu anılan irdelemenin yapılması gereklidir.

Gerekçelendirme Zorluğu

Özgün ve girift bir davada kolaylıkla karar veren bir hakimin gerekçe yazmaya geldiğinde ne kadar zorlandığına tanık olmaktayız. Taraflar ve kamu oyu önünde rasyonel olduğu kadar yasaların ruhunu da yansıtacak gerekçe için hakimlerin ne çetin bir savaş verdiği; ve Anayasa Mahkemesince karar gerekçelerinin aylar sonra (Adalet Bakanlığı atamalarına "By Pass Yasası"nın iptaline ilişkin gerek-

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

(**) Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

1 Aristotales- Retorik, (Türkçe tercümesi Yapı Kredi Bankası yayınıı:Retorik ikna edebilme sanatıdır. Akli yetenekleri kadar duygulara hitap edebilme gücü bakamından kişilerdeki önemli farklılıklar göz önüne alındığında, iyi bir belâgatçının aynı zamanda adil bir insan da olması gerekmektedir. IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumuna sunulan "Yargı Kararlarında Gerekçe" adlı Çetin Aşçıoğlu'nun tebliği; Y. Karayalçın. Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod (Genişletilmiş 5. Bası) Ank., 2001, ss.144-146; S. Selçuk, 30.6.1995 tarih ve 1/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına yazılan karşı oy- YKD Kasım 1995, sayfa 1722-1739; N.MacCormick. Legal Reasoning and Legal Theory Oxford, 1994.

2 Aynı paralelde iki İçtihadı Birleştirme Kararı:E.19, K6 , Yayın T. 4/02/1959 ; ve E.22, K.2, Yayın T. 9/03/1955

çeli karar da 2.5 yıl süre ile yayınlanmamıştı) yazıldığı profesyonel hukukçularca bilinmektedir. "Hindistan'da yerliler arasındaki ihtilafları çözmekle resmen görevlendirilen bir halk adamına ait şu hikaye ilginçtir: Danıştığı hukukçu arkadaşı kendisine sağ duyuyu esas almasını ve vardığı sonucu kararlılıkla ifade etmesini öğütlemiş; ekseri davalarda doğal olarak vereceği kararların adillik ve makullük açısından yeterli olacağını ifade etmiştir. Arkadaşının şunu da eklediği görülmüştür: "Gerekçe göstermeye yeltenme, çünkü bunlar genelde yanlış olacaktır"(J.Dewey)[3]. İşte bu saptama gerekçelendirmenin ne derece zorlu bir olgu olduğuna işaret etmektedir. Genelde bu gereksinme sosyo-kültürel bir olgu olarak varlık göstermelidir. Ne var ki, ülkemizdeki çoğu yarışma jurileri kararlarını bildirirken genelde gerekçe göstermezler. Hocalar,- hukuk fakültesi hocaları-, yazılı kağıtlarını değerlendirirken gerekçeye yer vermezler.

İşte Max Weber'in (1864-1920) biçimsel/rasyonel karar tipolojisindeki en önemli ve en tipik göstergelerden biri kararların gerekçeli olmasıdır. Kararın sebeplerini ve doğruluğunu gösterme, ceza (32 ve 308/7 maddeleri) ile hukuk (381,388, 486/6 ve 489 maddeleri) usulü yasalarında kararın gereklerinden biri olarak belirtilmiştir. Ülkemizde kararların gerekçeli olması Anayasanın 141/3. maddesindeki "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" normu ile pozitivist Hart'in ifadesiyle bir tanıma kuralı haline dönüşmüştür(1961 tarihli Anayasa m.135,f3).

Gerekçeli kararın temel işlevi açıklayıcı olmaktır-pedagojik işlev. Gerekçeli karar, her şeyin üstünde, kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile olabildiğince ikna edici olma girişimidir-psikolojik işlev. İşte karardaki adaleti vurgulamak ve kaybeden tarafa kararın, zulmedici ve keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu göstermek üzere gerekçeye yer verilmektedir. Gerekçe zaman zaman kaybeden taraf avukatına, dikkatinden kaçmış olan def'ileri görebilmesine ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir. Karardaki gerekçe, hâkimin hatalarını gösteren bir ayna gibidir. Temyize başvuru hazırlığı için kararı inceleyen bir avukat, gerekçeye özenle eğildiğinde, her paragrafını, cümle cümle, kelime kelime didikleyip, temyiz usturası ile tüm yapıyı baş aşağı edebilecek derecede tek bir kelime veya gramer yapısında saklanmış bulunan mantıksal devamlılıktaki bir anlık kopukluğu/iç gerekçe noksanlığını/çelişkiyi saptayabilir-adli işlev[4]. Bu bağlamda gerekçeli karar ve temyiz incelemesinin paralel kurumlar olduğu; temyiz başvurusunun bir eleştiriyi öngördüğü de belirtilebilir.

3 Cornell Law Quarterly, Vol.10, 1924, p.17; J. Hall. Readings in Jurisprdence ,1938 p.343.

4 2001 yılı verilerine göre, Yargıtay 'da bozma oranları (%) şöyledir:Hukuk Daireleri (11.0) Hukuk Genel Kurulu (65.6)/ Ceza Daireleri (34.3)Ceza Genel Kurul (22.0) Ayrıntılı sayısal profil için bk. M.T.Yücel. Türkiye'de Yargının Etkinliği, Ank., 2001.

Gerekçe, gerçekte kararın mantıksal niteliğini belgeleyen bir ispat vasıtasıdır. Adli silojizm hukuk teorisinde yer almadan önce, gerekçe vardı ve karara rasyonel çerçevesini sergileyen bir tür mantıksal röntgen filminin eşlik etmesi usul yasalarında yer etmişti.

Konuya psikoloji ve adli mantık açısından yaklaşıldığında ise, kararların sezgi/ uygulama refleksi ile verilirken, gerekçesinin sonradan kaleme alındığı görülmektedir[5]. Gerçekte bu durum, kararı bir tür silojizme (tasımlamaya) indirgeyen teorilerin yetersizliği ve yapaylığını yansıtmaktadır. Aritmetik toplama işleminde, toplanacakları bilmeden toplamı belirlemeye teşebbüs etmek saçma olacaktır. Bu bağlamda hukuk bu teoriyle tezat konumdadır. Yargılama sonuncundaki karar işleminin (hüküm fıkrası ve gerekçe) aritmetik bir toplama işlemi olmadığı bilinmelidir. Adli karar, oldukça girift ve gizemli bir süreç sonucu oluşan, ahlâki vicdanda kök salmış ve sayısal soyutlamalara indirgenemez bir işlemdir. Öte yandan, gerçek hüküm verme sürecinde, gerekçenin, kararı takip eden, kararın hazırlanması yerine onu açıklayan, kararın dayanağı olan gerçek faktörleri gizleyen bir perde olabileceği; ve hâkimi karara götüren gerçek saiklerinde pek ortaya çıkmayacağı da bilinmelidir. Öte yandan belli bir karar zorunlu olarak belli bir gerekçenin ürünü olmayabilir. Mantıksal yol haritasında Ankara'ya giden birden fazla yol bulunabilir. Aşağıda bunun analitik göstergesine yer verilmiştir. Alman hukukçu Ludwig Bendix'in (1927) gerekçede yer alan nedenlerin gerçek saikleri yansıtmadığını gösteren çok sayıda karar analizini içeren çalışması gerekçedeki anlatımın "tarafgirliği/indiliği" perdelemesi riski bulunduğuna işaret etmektedir.

Sanal Yasa /Madde

Bu konunun irdelenmesi benimsenen hukuk felsefesi akımına göre farklılık gösterecektir. Erlich, bir asır kadar kitaplarda saklı kalan geçerli pozitif hukuk kuralının bir kararı gerekçelendirmek üzere kullanılması halinde, bu kurala "karara dayanak kural" etiketini koyabilmiştir. Ne var ki, biçimsel bir kural olma ötesinde hukuk olma niteliğini sosyolojik anlamda yitirmiş bir kuralın gerekçede dayanak olarak kullanılması akılcılıkla bağdaşmamaktadır. Bu yaklaşımın "hukukunun umursanmazlığı" riskine gebe olduğu da göz ardı edilmemelidir. Öte yandan ceza yaptırımlarına ilişkin uygulamalarda "yasal gerekçe" adına yasa maddesinde yer alan ifadenin örneğin "cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat getirilmediğinden istemin reddi gibi tekrarlar anılan maddeyi sanallaştıracaktır. İşte 1976 yılı öncesi gerekçe olarak algılanan bu örnekteki pratiğin yasal gerekçe olmadığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile hüküm altına alınmıştır(E.

5 J. Aomi "Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi" (Çev. A.U. Türkbağ) HFSA 4 İst. Barosu, 2002 ss.115-117.

1976/3-4, K. 1976/3, K.g.7.6.1976). Ne var ki, bu durumda da sanık hakkında psiko-sosyal biyolojik bir rapor hazırlanması söz konusu olmadığından anılan madde ceza sınırları bakımından el verdiğinde erteleme otomatiğe bağlandığından erteleme kurumunun amaç işlevinden uzaklaşılmaktadır. İşte yasa ve maddelerin de facto varlık göstermeleri için altın üçgende yer alan yasa, insan ve malzeme öğeleri işlevsel birlikteliği kavuşturulmalıdır.

Sosyolojik Faktör

Maddi gerçeğin ispat vasıtası olacak veriler kadar gerekçenin de rasyonel, gerçekçi olduğu kadar hukuki olması gündeme gelmektedir[6]. Kuşkusuz, doğru hukuk/adaletli hukuk anlayışında; keyfilik, düzen ve adalet düşüncesi ile bağdaşmaz. Yukarda belirtildiği üzere, mahkeme kararlarındaki gerekçeler tarafları tatmin edici nitelikte olmalıdır. Bilinmelidir ki, mahkemeler itimat telkin ettiği sürece vatandaş kendini güven içinde bulacaktır. Hukuk, kavramlar ve soyutlamalarla dile getirilmekte, gerekçelendirilmekte ve somutlaştırılmakta ise de, kurallarından biri ihlâl edildiğinde cezalandırılan ve cezaevine konulanın bir kavram değil, bir insan olduğu unutulmayarak; gerekçeler bireysel varlıklar/olası iş yükü üzerindeki etkileri de düşünülerek oluşturulmalı; ve salt hukuk bilgisinin, uğruna hukuk yaratılan kişiler/toplum göz ardı edildiğinde, çok az şey ifade edeceği bilinmelidir. Hakim olayı yaşamalı ve her davadaki canlı varlıkları görmelidir. Yalnız bu yaklaşımın da bir sınırı olması gerektiği aşağıda yer alan ilk derece mahkeme kararlarında kendisini vurgulamaktadır:

- Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davası reddedilmiştir. Mahkeme evlilik birliğinin sürmesinin çocukların menfaatine daha uygun düşeceği görüşü ile davayı reddederken gerekçesinde; "karının sırtını sopasız, karnını sıpasız bırakma" halk deyişine de yer vermiştir.
- 1987 yılında ise, Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararda, evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında "karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği", "çevrenin sosyal özellikleri itibariyle halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu" gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir.

Kamuoyu

Kişilerin genelde dava sonucunda hükmedilen kararların gerekçelerine bakmak yerine yalnızca sonuçlarına bakmak eğiliminde oldukları; kitle iletişim açısından, köşe yazarları dışında

6 YCGK, 19/04/1993, E.6-79 K.108 Yargıtay Kararlar Dergisi (Ekim 1993), s.1564 vd.; Gerekçe, hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde, geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır...Keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek ve denetimde kolaylık sağlamak için hükmün gerekçeli olması gerekir.

haber olarak hükmün gerekçesine pek yer verilmediği; ve bu olguyu etkileyen unsurlar arasında mahkemelerce gerekçeli kararın sonradan yazılmasının yer aldığı görülmektedir. Bu saptama ayrık olmak üzere, önemli davalarda kamu oyunun karar ve gerekçelendirme sürecinde etkisi de yadsınamaz. Karar ve gerekçe, yukarda belirtildiği üzere, mesaj amaçlı olmakta ve kamuoyu ile karşılıklı etkileşim içinde bulunmaktadır. Nitekim, salt işin esasına/özüne/dosyanın gereğine ilişkin olma ötesinde "tribün" için karşı oy izhar edenlere de tanık olunmaktadır.

Refleks Düşünce

Gerekçe, adalet duygusunun rasyonelleştirilmesi, hâkimlerin kendilerini rahatlatmaları kadar taraflara huzur sağlayan, bir bakıma deneyimli hâkimlerin kendi refleks düşüncelerini destekleyen bir işlemdir. Hukukçu olmak ise, zamanla, yılların pratik tecrübesiyle kazanılan bir duygudur. Hukuk duygusu çok iyi geliştiğinde, gerekçeler fazla çaba harcanmaksızın gelmektedir.

Toplu Mahkeme Sistemi

Toplu mahkemelerde karar gerekçelerinin farklı olmasının çıkarımı, verilen kararın tek bir gerekçeden neşet etmediği şeklindedir. Yalnız toplu mahkeme olmasının doğasında saklı olan ve güvence oluşturan bu durumun realize edebilmesi için üyelerinin kapasiteli olması gereklidir. Aksi takdirde, zaman zaman tanık olduğumuz Mahkeme başkanın egemen olduğu "sözde toplu mahkeme" görüntüsü sergilenecektir.

Gerekçede Risk ve Kriz

Hâkimler, hukuku uygularken her defasında kendileri de yavaş yavaş hukuku şekillendirmekte ve geliştirmekte; boşluk olduğunda kendisini yasa koyucu yerine koyarak hukuku oluşturmaktadırlar. Bu hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yansıtmayan kural koyulması ve gerekçenin perdelenmesi riski vardır. Öte yandan, oldukça basit ve belirgin davalar dışındaki hemen her davanın makul hukuki gerekçelerle şu veya bu şekilde sonuçlandırılması olası ve mümkündür. Tüm sorun hakimlerin kendilerini yeterli görmesi kadar yetenekli olmasında saklı bulunmaktadır.

Gerekçe konusunda var olan diğer görüntü de, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet duygusu arasında beliren uçurum sonucu hakimin olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hakimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir.

Sayısal Görünüm

Kurul halinde çalışan mahkemelerde muhalif kalan üye veya üyeler kendi hukuk anlayışlarının ekseriyetteki-ler kadar tutarlı olduğunu kamuoyuna duyurmaya çalışırlar. Türkiye genelin-

de hukuk/ceza davalarında yetki alanları ve mahkeme türleri itibariyle verilen kararlardan ne kadarının muhalefet şerhli olduğu konusunda ise henüz yapılmış sayısal bir saptama yoktur. Yargıtay bakımından ise; bazı Dairelere özgü muhalefet şerhleri içeren yıllık karar oranı belirlenmiştir[7]. Ne var ki, "Hak aramanın son kapısı yargıdan sızlanmaların başta gelen nedenlerinden biri, kararların büyük bir çoğunluğunun ya gerekçesiz ya da yetersiz gerekçeli olmasıdır" (Ç.Aşçıoğlu).

Yargıtay Başsavcılığı 2. Bölüme gelen temyiz dosyalarının% 20'sinin, karar ve gerekçelerin irdelenmesi amacıyla değil de, hakimlerimizin not alma saikiyle ve avukat meslekdaşlarımızın gayretleri sonucu Yargıtay'a gönderilen dosyalardan oluştuğu belirtilmektedir. Metropol ve küçük mahal Sulh Ceza hâkimleri, gerekçeden yoksun, sanki "kadı" gibi karar vermektedirler. Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr. A. Çınar'ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: Kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür.

Muhalefet Şerhi (Karşı Oy Yazısı)

Muhalefet şerhi, sonuca katılmayan azınlıktaki hakimlerin gerekçesidir. Çoğunlukla verilen, muhalefet şerhi bulunan mahkeme kararlarında hakim hakime karşıdır ve bu olgu işin tabiatı gereğidir[8]. Bu konudaki örnek bir düzenleme, Ceza davalarında karşı oy nedenlerinin tutanakta gösterilmesi ceza usulü hükmüdür (CMUK .32, 256/ f2). Yine ceza kararlarına karşı oy gerekçesinin yazılması ve gerekçeli kararda o görüşün de tartışılması gerekmektedir. Bu normatif yaklaşım Anayasada yer alan tanıma kuralı gereğidir. Anılan tanıma kuralına uyarlı CMUK paralelindeki bir düzenlemede, Anayasa Mahkemesi kararlarında karşı oy verenlerin karşı oy nedenlerini açıklamaları ve kararların ilgililerin karşı oy yazısı ile birlikte tebliğ edilmesi şeklindedir.

Gerekçe ve Muhalefet Şerhlerinin Bir Diğer İşlevi

Gerekçeler ve muhalefet şerhleri hukuk tüketicilerinin verilecek kararları doğru tahmin edebilmelerini sağlamak bakımından önemli dayanaklardır. Yalnız bu tahmin işleminin şu kayıtlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir:

Yargıtay kararları ciddi bir şekilde irdelendiğinde, yalnızca hukuk kuralları hakkındaki derinliğine bilginin, verilecek kararları tahminde yeterli olmayacağı görülecektir. Nitekim, karar verme sürecindeki matematik eşitlik

7 2000 yılı içinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesince verilen 16.328 karardan 1678'i (%10.2), 9 Hukuk Dairesinde ise verilen 17.700 karardan 672' si (% 3.7) muhalefet şerhlidir.

8 Y.Karayalçın. age., s.165.

formülü (Olgusal gerçek-O x Normatif kurallar -N= Karar -K) ele alınarak verilen karara 150 değer verildiğinde, bu sonucu verecek çeşitli kombinasyonlar saptanacaktır. Nitekim, şu üç kombinasyon da (N=10, O=15 veya N=30, O=5, veya N=25, O=6 değerleri çarpıldığında) hep aynı sonucu verecektir.

Bu duruma beş üyelik bir Yargıtay Dairesinde çoğunluk görüşü (4 üyenin katılımı) ile verilen bir kararda tanık olunabilir. Aynı görüşü paylaşan dört üyeden biri çoğunluk görüşünü kaleme alırken bir diğeri aynı görüşe katılmakla birlikte gerekçede muhalefet beyan edebilir. Öte yandan bu dört üyeyle aynı görüşü paylaşmayan beşinci üye de karşı oy açıklaması yapabilir.

Çoğunluk görüşünde olanların her birine özgü gerçek nedenler bir yana bırakıldığında, mutabakatlarını şu şekillerde ifade edebilirler:

a) Her biri N ve O üzerinde mutabıktırlar (N=25 ve O= 6 olarak kabul ederler).

b) N ve O üzerinde ayrı görüş belirtmelerine karşın K'de mutabıktırlar (Birincisi N=15, O=10, İkincisi, N=25, O=6, Üçüncüsü N=30, O=5, Dördüncüsü N=10, O=15 olarak görmektedir).

c) Dördü birden hesap hatası yaparak (N=15 ve O=9 olarak görüp 15 ile 9 çarptığında) 150'yi bulmaktadırlar.

Kararda karşı oy açıklaması yapan üye ise, aynı görüşü paylaşmayarak K'ya 100 değer vermektedir. Kararda çoğunluk görüşünde olanlarla muhalif kalan arasındaki farklılığın altında yatan gerçek nedenler bir tarafa bırakıldığında, görüş ayrılığına ilişkin farklılıklar şu dört halde toplanabilir:

a) Muhalif kalan, O için evet derken, N'de ayrılmaktadır (Her iki görüş, O=10 kabul ederken, çoğunluk görüşü N=15, buna karşın azınlık görüşü N=10 kabul etmektedir).

b) N'de birlik içindeyken, O'da ayrılmaktadırlar (Her iki görüşte N=25 iken, birinci görüşte O = 6 iken diğerinde O=4 olmaktadır).

c) O ve N üzerinde mutabık olmayabilirler (Birinci görüşte O=30, N=5 iken, diğerinde O=5 ve N=20 olmaktadır).

d) Her iki görüşte N ve O üzerinde mutabıkken, çarpmada farklılık göstermektedirler)[9].

Sonuç

Hukukun mantık ve "iyi duygu" arasındaki çatışmanın bir ürünü oluşuna "gerekçe"nin ex post facto sağladığı katma değer oldukça önemlidir. Gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların(üst mahkemeler/mesleki yayın-

9 İşte matematiksel değerlerle oldukça basite indirgenmiş karar parametrelerindeki analiz göstermektedir ki, kararların güvenli bir biçimde tahmin edilmesi aşağıdaki nedenlerle kesinlikten yoksun bulunmaktadır:

1) Mahkemenin uygulayacağı kural tahmin edilebilirse de, mahkemenin neyi sübut olarak kabul edeceğinde yanılgıya düşülebileceği;

2) Mahkemenin sübut işlemi tahmin edilebilirse de, seçeceği kuralda hata edilebileceği;

3) Kurallar ve sübut hakkında yanılabileceği; ve

Mahkemenin kuralın sübutla çarpımında hata yapabileceğidir.

lar/kamu oyu organları-sivil toplum kuruluşlarınca) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü sağlayan unsurlar olarak hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta[10]; ilkelerin oluşum potasını oluşturmaktadır. Yalnız gerekçe olgusunun toplumsal varlık ve etkinliği, yargı alanı dışında sosyal yaşamın diğer alanlarındaki gerekçeli yaşamanın varlık derecesiyle de yakından ilintili olduğu unutulmamalıdır.

10 Bilimsel görüşlerin/soyut kuralların olaya ve kişiye uygulanması halinde beliren sakıncalar karşısında gerekli değişim ihtiyacı belirdiği; ve bunun en belirgin kanıtına da Prof. N. Kunter'in eserinde tanık olunmuştur.

"Mukaddime"deki Barbar ve Uygar Toplumların Ahlaki Özellikleri Üzerine Düşünceler

Mustafa Koçak[*]

GİRİŞ

Toplumsal yaşam süren insanların bir takım kurallara uygun biçimde yaşadıkları, başlangıçta aynı nitelikte sayılıp zamanla türleri birbirinden ayrılmış olan bu kuralların hukuk, din, görgü (muaşeret) ve ahlak biçiminde gruplara ayrıldığı bilinmektedir.

Bunlardan "ahlâk"ın karşılığı sözlüklerde "huy, karakter, mizaç, tabiat" olarak verilmektedir[1]. Öte yandan ahlak, bir toplumda iyilik ve kötülük konusunda oluşan değer yargılarına göre yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünü biçiminde tanımlanabilir[2]. Ahlak deyimi bazen, toplumda kabul edilip benimsenen ve insanların davranışını düzenleyen kuralları anlatmak için kullanılır. Belli bir dönemde, toplumun hiç olmazsa çoğunluğunca benimsenen ve uygulanan ilkeler, ahlakın kapsamını meydana getirmektedir[3].

İbn Haldun, bedevi/hazeri (barbar/uygar) yaşam biçimleriyle ahlaki değerler arasında sıkı bir ilişki görmekte, birinden ötekine geçişte bu değerlerin de değiştiğine dikkat çekmektedir. Düşünür, göçebe, tarımcı göçebe ve kırsal kesim halkının(bedeviler), uygar yaşam sürdürenlere(hazerilere) göre daha ahlâklı olduğu sonucuna varmaktadır. Ona göre iyi huylar edinme konusunda göçebelik ve kırsal yaşam, kentsel yaşamdan daha elverişlidir[4].

Bu makalenin konusu İbn Haldun'un[5] "Mukaddime"sinin ikinci bölümünde incelediği "bedeviler"in, yani

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.*

1 Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı, Örnekleriyle Türkçe Sözlük 1 A-E, MEB yay., Ankara 1995, s.56.

2 BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

3 GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Dördüncü Baskı, AÜHF yay., Ankara 1996, s.13.

4 İBN HALDUN, Mukaddime I, Çev. Turan Dursun, 1. Baskı, Onur yay., Ankara 1977, s.299.

5 İbn Haldun (1332-1406). Asıl adı Abd al-Rahman İbn Muhammed olan İbn Haldun, İspanya'nın Sevile kentinden göç eden yüksek sınıftan bir ailenin çocuğu olarak Tunus'ta doğmuştur. Ataları, Yemenli Araplardan olup İspanya'nın İslâm egemenliğine geçtiği ilk yıllarda (8'inci yüz yılda) İspanya'ya yerleşmiştir. İbn Haldun fıkıh, hadis ve Arap dili ve edebiyatı ve akli bilimlerde geniş bilgi sahibi olmuş, ayrıca çeşitli idari görevler alarak tecrübelerini arttırmıştır. Onun "sosyoloji ve tarih biliminin babası ve kurucusu" olarak anılmasına neden olan ünlü "Mukaddime" adlı eserini 1378 yılında tamamlamıştır. Daha sonra Tunus'taki kütüphanelerden de yararlanarak (Kitab-el İber) adlı tarihini dört yıl içinde bitirmiş, 1382 yılında gittiği hacdan dönüşünde Mısır'a yerleşmiş ve (Kadılar Kadısı) olmuştur. 17 Mart 1406 yılında Kahire'de ölen ve orada toprağa verilen İbn Haldun'un yaşam öyküsü konusunda daha geniş bilgi için bkz. Encyclopedia of Islam, C.III,(London:Luczac and Co. 1971), s. 825-831; ROZENTHAL, Franz, "Ibn KHALDUN", New Catholic Encyclopedia, C.VII, (The Catolic University of America-Washington 1981), s.315-316; UNAT, Zakir Kadiri, "Önsöz", İbn Haldun, Mukaddime, C.I, MEB yay., İstanbul 1990, s.I-VI; FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, "Metodoloji Nazariyeleri", İçtimaiyat, C.II, 3. bası, İÜİF yay., s.55-58; HASSAN, Umar, İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi, 2.bası, Toplumsal Dönüşum yay., İstanbul 1998, s.122, dn.52; İBN HALDUN, Mukaddime, Çev. Turan Dursun, C.I, Onur yay., Ankara 1977, s.16 vd.; Encyclopedia Britannica, C.XI, İbn Khaldun maddesi; İBN HALDUN, Mukaddime, Hazırlayan Süleyman ULUDAĞ, C.I İstanbul 1982, s.17-68.

"barbarlar"ın ve dördüncü bölümde incelediği "hazeri" toplumların ahlaki özellik ve niteliklerine ilişkin görüşlerini incelemektir.

I- İBN HALDUN DÜŞÜNCESİNİN İKİ TEMEL KAVRAMI: BEDEVİLİK VE HAZERİLİK

İbn Haldun, toplum biçimlerini "bedevîlik" ve "hazerîlik" olmak üzere ikiye ayırmakta bunlardan bedevîlerin, övülmesi gereken ahlakî meziyetlere sahip olduğunu ileri sürmektedir. Hukuk felsefesi açısından "değer ahlakı", birbiriyle çatışan değerler arasında hangisinin diğerine oranla daha üstün olduğu konusunda bir yargıda bulunmak amacına hizmet eder[7]. İbn Haldun, bedevilerin hazerilere göre ahlaken daha üstün vasıflara sahip olduğunu söylemekle birbiriyle çatışan iki ahlak anlayışı arasında bir değer hükmü vermekte ve bedevilerin ahlaki değerlerini yüceltmektedir.

Bedevi ve hazeri toplumların ahlaki durumları ele alınmadan önce, İbn Haldun'a özgü "bedevî" ve "hazerî" kavramlarının açıklanması gerekir. Düşünür bedevi kavramını, "ilkel" toplumlar için kullanmaktadır. "Bedevilik", sadece göçebe yaşam biçimini değil, uygar yaşam öncesi tüm toplum biçimlerini kapsamaktadır[8]. İnsanın sınırlı ve gerekli ihtiyaçlarını tatmine yöneldiği toplumların tümü bedevi toplumlardır. Bu anlamda bedevilik, çöllerde dolaşan ilkel insanların yanı sıra, dağlarda ve mağaralarda, küçük köy ve kasabalarda yaşayan insanları da içine almaktadır[9]. Ekonomik dayanak açısından bakıldığında bedevilikte, tarım ve çobanlık faaliyetleriyle veya bunlardan herhangi biriyle uğraşmak esastır. Bu nedenle bir kültür aşaması olarak bedevilik "uygarlık"la ya da şehirlerdeki lüks, ileri teknik beceriler vs. ile karakterize edilen kültür ile karşılaştırılabilir.

"Hazeri"lik sözcüğü ise Mukaddime'de, "uygarlık" karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda hazerilik (uygarlık), sadece büyük kentlerdeki yerleşik yaşamı değil, fakat uygarlığın özelliklerine uygun yaşam biçimi sürdürülmesini ifade eder. Bu da, lüks üretim ve tüketime yönelme, karmaşık nitelikte bir sanatın yaratılması ve lüks derecede sofistike ilimlerin bilinmesidir[10].

İbn Halduncu düşünce açısından bu zorunlu kavramsal açıklamalardan sonra yazarın bedevi/hazeri yaşam-ahlâk ilişkisi konusundaki düşüncelerine açıklık getirilebilir. İbn Haldun, bedevi/hazeri yaşam biçimleri ile ahlaki değerler arasında sıkı bir ilişki görmektedir. Düşünür, göçebe, tarımcı

6 Mukaddime'nin değişik yayınevleri tarafından basılmış Türkçe çevirileri için bkz. dn.(1).

7 GÜRİZ 1996, s.15.

8 "Bedevi hayat tarzının ekonomik dayanağı, belirli üretim yordamlarına bağlı olmak biçiminde kendini göstermektedir. Bedevilikte, tarım ve çobanlık faaliyetlerinde, yada bunlardan herhangi bir tanesiyle uğraşmak esastır". Bkz. HASSAN 1998, s.227. Ayrıca bkz. KOÇAK, Mustafa, "İbn Haldun'da Devlet ve Toplumun Dönüşsel Özellikleri", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy. 2, Kocaeli 1998-1999, s.465-468.

9 İBN HALDUN 1990, I, s.297-298. Ayrıca bkz. AKAD, Mehmet-VURAL DİNÇKOL, Bilimlerin Genel Kamu Hukuku, Genişletilmiş İkinci Basım, Der yay., İstanbul 2002, s.68-69.

10 HASSAN 1998, s.225.

göçebe ve kırsal kesim halkının(bedeviler), uygar yaşam (hazeri) sürdürenlere göre daha ahlâklı olduğu sonucuna varmıştır. Ona göre, iyi huylar edinme konusunda, göçebelik ve kırsal yaşam, uygar yaşamdan daha elverişlidir[11].

Bilindiği gibi ahlak anlayışı zaman ve mekan değişkenlerine göre farklılıklar gösterir. Aynı zaman diliminde farklı coğrafyalarda yaşayan insanların ahlaki değerleri aynı olmayacağı gibi, aynı topraklarda farklı zaman kesitleri içinde yaşayan insanların değer yargılarında da farklılıkların bulunacağı kuşkusuzdur. Başka bir ifade ile ahlak, belli bir ülkede, belli bir dönemde toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen ve sosyal olarak nitelendirilebilecek bir anlayışı deyimler[12]. İbn Haldun'un incelediği, 13-14 ncü yüzyıllar Kuzey Afrika mekanında yaşamış bedevi ve hazeri toplumların çoğunluğunca kabul görmüş olan sosyal ahlaklarıdır.

II- AHLAKIN SEBEP-SONUÇ İLİŞKİLERİ İÇİNDE DETERMİNİST SÜREÇTE AÇIKLANMASI

İbn Haldun, sebep-sonuç ilişkisiyle zincirleme gelişen determinist süreci bütün yönleriyle ele almış, "diyalektik" terimi kullanmadan tarihin diyalektiğindeki kanunlulukları ortaya çıkarmak amacına yönelmiştir. Düşünür, kaynakları bilimsel eleştirilerden geçirdikten sonra elde ettiği verileri somut gözlemleriyle sentezleştirerek metodunu ve toplum-siyaset teorisini kurmuştur[13].

İbn Haldun'un tüm Mukaddime boyunca sürdürdüğü bu yöntemi, bedevi/hazeri toplumların ahlaki yapılarını ortaya koyarken de izlediği görülmektedir. Ona göre, iyi huylar edinme konusunda göçebelik ve kırsal yaşam, kentsel yaşamdan daha elverişlidir[14]. Düşünüre göre bunun nedeni, çölde, kırda yaşayanların sadece zorunlu ihtiyaçlarını karşılayacak ölçüde kazanabilmeleri, zenginliğin yol açtığı lüks yaşamın çekiciliklerine yönelmemiş olmalarıdır. Çölde-kırda yaşayıp doğa ile iç içe ilkel yaşam sürenler de kazanç elde etmeye yönelmekle birlikte, bunların kazançları bolluk ve zenginlik ölçüsünde olmayıp, zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kadardır[15]. Bedevilerin azla yetinmeleri ahlaki açıdan belki "kanaatkârlık" olarak da ifade edilebilir. Ancak buradaki aza kanaat olgusu, ferdin kendi iradesiyle ulaştığı bir ruh enginliği olmayıp zorunluluklarının, determinist bir sürecin eseridir.

İbn Haldun'a göre, zenginlikle birlikte gelen lüks yaşam, insan ahlakını bozucu, onları doğallıktan uzaklaştırıcı ortamın yaratıcısıdır[16]. Zenginliğin

11 İBN HALDUN 1977, I, s.299.

12 GÜRİZ 1996, s.14.

13 HASSAN 1998, s.154.

14 İBN HALDUN 1977, I, s.299.

15 İBN HALDUN 1977, I, s. 299.

16 Bazı yazarlar tarafından, "Şehir/uygar yaşamının insan ahlâkını bozduğu" yolundaki görüşleriyle İbn Haldun'un (1332-1406) Rousseau'yu (1712-1778) hatırlattığı, bu konuda iki düşünür arasında düşünsel bağlantı kurulabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin Hilmi Ziya Ülken (Bkz. İslam Düşüncesi Türk Düşüncesi Tarihi Araştırmalarına Giriş, Ülken yay, İstanbul 1995, s.258.), Ayferi Göze (Bkz. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 9.Baskı, Beta yay., İstanbul 2000, s. 100,101), Turan Dursun (İBN HALDUN, Mukaddime I, Çev. Turan Dursun, 1. Baskı, Onur yay., Ankara 1977, s. 12-13), Cemil Sena (Filozoflar Ansiklopedisi, C.III, Remzi Kitabevi, İstanbul 1976, s.14) bunlar arasındadır. Ümit Hassan, İbn Haldun'un pek çok düşünürle kıyaslandığına, karşılaştırıldığına ve benzetmelere konu olduğuna işaret ederek bunlar arasında Rousseau'nun da bulunduğunu yazmaktadır. Bkz. HASSAN 1998, s. 40, 42.

ölçüsü, insanların "değişik tat ve çekiciliklerin kaynaklarını ve yollarını elde etmeye yetecek kadar"lık miktardır. Bu durumu formüle etmek gerekirse bolluk, zenginlik ve lüks yaşam "sebep"tir, "sonuç" ise ahlakın bozulmasıdır. Böylesi bir yaşam şehirlerde bulunur.

İbn Haldun, şehir ile kenti de ayrı kavramlar olarak ele alır. Ümit Hassan, iki kavram arasındaki farklılığı şöyle açıklamaktadır:

"Yerleşikliğe geçmemiş bedeviler, göçebe-orta barbarlık- düzeyinde yaşadıktan sonra yerleşikliğe geçtiklerinde bedevilik özellikleri kaybolmayacaktır. Tarihsel gelişimin hazırladığı kent oturukluğu bir kez sağlandıktan sonra, bu kent hem kendi gelişmesini yürütür hem de çevre göçebeleri kente davet eder. Böylelikle, yukarı barbarlığın kenti uygarlığa geçiş birimi olmuştur. Kentin kendi iç ekonomik ve sosyal koşulları ile dış koşulların çevrelediği ortam uygarlığa doğru gidişi hızlandırmış, bu da bizzat kentin şehir niteliği kazanmasını, uygarlık birimi olmasını hazırlamıştır."[17]

Özetlemek gerekirse İbn Haldun'un sosyal-siyasal kuramında kent, bedevilikten hazeriliğe geçişte bir ara dönemi ifade etmektedir. Bu durumda "uygarlık", salt büyük kentlerdeki yerleşik yaşamı değil, uygarlığın özelliklerine uygun yaşam biçiminin sürdürülmesini anlatmaktadır. Uygarlığın temel göstergeleri ise, lüks üretim ve tüketime yönelme, karmaşık nitelikte bir sanatın yaratılması ve lüks derecede sofistike ilimlerin bilinmesidir[18].

İbn Haldun'a göre uygar yaşam sürenler, "çeşitli çekiciliklerle, bolluğamutluluğa ilişkin şeylerle iç içe bulundukları, dünyalığa yöneldikleri ve dünyanın çeşitli tatlarında alabildiğine kendilerini kaptırdıkları için, özbenlikleri kirlenmiştir.(...) Öyle zaman olur ki, bunların utanma izleri silinip gider.(...)Bunların çoğunu, bir araya gelip toplandıkları sırada, büyüklerinin ve saygı gösterilmesi gerekenlerinin yanında bile, çirkin sözler söyler bulursun. Konuştukları çirkin sözler bir utanma engeline çarpmaz"[19].

İbn Haldun'un sosyal-siyasal kuramındaki ilkel yaşamdan uygar yaşama geçiş süreci yeniden hatırlanırsa; her şeyden önce bedevilik, şehirlerin ve uygar yaşamın aslıdır. Bütün insanlar hazeri hayat yaşamadan önce bedevilik devresini geçirirler. Zenginlik ve lüksün bulunduğu şehir yaşamının temelinde bedevi yaşam biçimi vardır[20]. Bedeviliğin sertliği, uygar yaşamın inceliklerinden öncedir. Bedevinin amacı uygarlaşmaktır ve gelişme seyri uygarlaşmaya doğrudur. Bedevi, özlemini duyduğu bu uygar yaşama çalışarak ulaşacaktır[21]. Uygar yaşamda ulaşılan zenginlik ve lüks ise insan ahlakını bozmaktadır. Aynı anda varlıklarını sürdüren bu iki yaşam biçimi arasında determinist bir süreç izleyerek insanlar birincisinden diğerine

17 HASSAN 1998, s.289.
18 HASSAN 1998, s.225.
19 İBN HALDUN 1977,I, s.299.
20 İBN HALDUN 1990, I, s. 309.
21 İBN HALDUN 1990, I, s.308.

doğru yol alırlar ve her iki yaşam biçiminin belirlediği toplumsal ahlakı da zorunlu olarak yaşarlar.

Bu determinist süreç bedevilerin İbn Haldun'un ahlaki davranışlar olarak övgüye değer bulduğu diğer davranış ve yaşam biçimleri için de geçerlidir. Kısaca bunlarla ilgili birkaç örneğe bakmak yararlı olacaktır. Bunlardan birisi "yardımlaşma"dır. İlkel yaşam sürenlerde yardımlaşma duyguları oldukça güçlüdür. Çünkü; "Yardımlaşma ve birbirini korumaya hizmet eden" kan bağı, çöller ve sahraların ıssız köşelerinde ilkel bir yaşam süren Araplar ve onların benzerleri olan kavimler arasında korunması, "onların zor geçinmelerinden, darlık içinde yaşamalarından ve yurtlarının ekonomik durumundan ileri gelmiştir ki zaruret ve ihtiyaç onları bu tarzda yaşamaya mecbur etmiştir..."[22]. Özetle, bedevileri yardımlaşmaya iten ahlaki bir iç hesaplaşmadan çok darlık içinde yaşam sürdürmek, zorunluluk ve gereksinimlerin zorlamasıdır.

Bedeviler, şehir-uygar yaşam süren hazerilere göre "şerefli" ve "asil"dir. Düşünüre göre asalet; soyun sürekli olarak korunmuş olması, açık ve belli olmasıdır[23]. Şeref ve asalet, ahlaki açıdan iyi meziyetlerse, bu meziyetler de doğal yaşam içinde güçlü bir biçimde yaşamaya devam eder. İbn Haldun'a göre insanlar şeref ve asaleti, kavim ve nesilleri arasında saygı kazanmış şerefli baba ve atalara sahip olmakla kazanır. Bu babaların çocukları da, ancak onların fazilet ve üstünlükleri sayesinde şeref kazanırlar[24].

Kırsal yaşamı sürdüren insanların soyları da temizdir. Bu insanların "soylu" olmak gibi bir meziyeti vardır. Çünkü çöl "darlık ve kıtlık yöresidir. O yüzden kıtlık ve sıkıntı, çöl insanları için alışılagelen doğal bir şey olmuştur. Kuşakları, bu yaşam içinde büyüyüp yetişmiştir. Bu yaşam giderek mayalarına yerleşmiş bir nitelik durumuna dönüşmüştür. Öylesine ki, başka topluluklardan hiç biri onlara varıp da, onların sıkıntılarını paylaşamaz. Ve hiçbir topluluk onlarla uzlaşamaz. ..İşte bu nedenle onların soylarının karışmayacağına ve bozulmayacağına güvenilebilir"[25].

Uygar yaşam biçiminde ise bu ahlaki meziyeti bulmak güçleşir. İbn Haldun'a göre "şehirlerde yaşayarak şehirlerin yabancı kalabalıkları ile karışmış oldukları için, onlar bu asaleti kaybetmişlerdir. Yalnız bunların kalplerinde bu asaletin hülyası baki kalmış olduğundan, kendilerini bu eski asaletli sülalelerden sayarlar"[26].

İbn Haldun "gözü peklik", "bahadırlık" ve "yiğitlik" gibi meziyetlerin göçebelerde bulunabileceğini söyler. Düşünüre göre, kavimlerin üstün gelmeleri atılganlık ve bahadırlık ile olduğundan, bu kavimlerden hangisi daha göçebe ve daha vahşi yaşayışa alışmış ise o kavim, sayıları, güçleri ve yardımcılarının birbirine denk olma-

22 İBN HALDUN 1990, I, s.326.
23 İBN HALDUN 1990, I, s.327.
24 İBN HALDUN 1990, I, s.337-338.
25 İBN HALDUN 1977, I, s. 311; İBN HALDUN 1990, I, s.327.
26 İBN HALDUN 1990, I, s.340.

ları durumunda, diğer kavimlere üstün gelmeleri gerçeğe daha yakındır[27].

Düşünür, "atılganlık", "yiğitlik" ve "kahramanlık" gibi meziyetlerin uygar yaşam süren topluluklarda oldukça zayıfladığını, bunun sebebinin, uygar yaşam koşullarının insanların göçebe yaşamdaki gibi bizzat çalışmalarını gerektirmemesi olduğunu ileri sürer. İbn Haldun'a göre, zaman içinde göçebe yaşamın sertliği kaybolur, asabiyet, atılganlık ve yiğitlikleri zayıflar, uygar yaşam biçimi giderek onların doğaları haline gelir. Kendilerinden sonra gelenler artık atılganlık, kahramanlık gibi özelliklerini kaybederler. Genişlik, bolluk ve rahatlıkları ölçüsünde yok olup gitmeye mahkum olurlar[28].

İbn Haldun, bu iki farklı yaşam biçimini ve iki farklı toplumsal yapıyı ahlaki açıdan karşılaştırırken bedevilerin iyi alışkanlıklar edinmeye şehirde yaşayanlardan daha yatkın olmalarının, zenginlik ve lüks yaşam dışında başka bir nedenine de işaret eder. Başlangıçta insan nefsi, doğal hali ile, karşılaştığı her tür iyi-kötü etkiyi almaya hazırdır. Henüz iyiyi kötüden, kötüyü iyiden ayırabilecek ölçütleri yoktur. İnsan nefsi, iyi ve kötü huylardan hangisini ne kadar önce alırsa, öbüründen o kadar uzaklaşır ve diğer huyu alışkanlık edinmesi o ölçüde güçleşir. Öyleyse, iyiliğe yönelen kişi, iyiliğe ilişkin şeyleri önce edinir ve iyilik eğilimi kendisinde bir alışkanlık durumuna gelirse, kötülükten uzaklaşır. İbn Haldun'un dili ile "artık kötünün yolu ona zor gelir. Tıpkı bunun gibi, kötülüğe yönelmiş kişi de, kötülüğe ilişkin şeyleri önce edinirse, ona iyinin yolu zor gelir"[29].

Özetle; zenginlik ve lüks hazeri (şehir) yaşamında bulunur, bu yaşamın temelinde göçebeliğin sertliği yatmaktadır[30], şehir yaşamı iyiliğin kötülükten uzaklaşmasının son noktasıdır[31], yardımlaşma ve dayanışma gibi ahlaki meziyetler bedevilerde çok daha güçlüdür[32], "bedeviler" "hazeriler"e göre "hayır ve iyiliği kabule daha yakın" olurlar[33], "şehir ahalisi(hazeriler) her çeşit lezzetler, bolluk ve genişlik içinde yaşamaya alıştıkları, dünyanın ve kendi arzu ve heveslerinin düşkünü oldukları için şehirlilerin fena ve bozuk bir çok huy ve kötülükleriyle nefislerini lekelerler"[34], "vahşi hayvanlar gibi kaba kılıklı olmaları ayrık tutulursa, onlar kötü ahlaktan uzak bulundukları için "hak ve hakikati" çabuk kabul ederler ve hayrı kabule hazır bir haldedirler[35]. Bedeviler hazerilere göre daha yiğit ve yürekli (şecaatli)[36]; güçlü, kendine güvenen, yardım istendiğinde

27 İBN HALDUN, I, s.351.
28 İBN HALDUN 1990, I, s.356-357.
29 İBN HALDUN 1990, I, s.309; İBN HALDUN 1977, I, s.298.
30 İBN HALDUN 1990, I, s.308,309.
31 İBN HALDUN 1977, I, s.299.
32 İBN HALDUN 1990, I, s.326.
33 İBN HALDUN 1990, I, s.311.
34 İBN HALDUN 1990, I, s.310.
35 İBN HALDUN 1990, I, s.385.
36 İBN HALDUN 1990, I, s.314.

yardıma koşan, silah kullanmada becerikli[37], akrabalık bağına önem veren, akrabalık bağları güçlü ve akrabalarının başına bir kötülük geldiğinde ona engel olmaya çalışırlar. İnsanlarda doğal olarak var olan bu dayanışa duygusu göçebeler arasında çok güçlüdür[38]. İbn Haldun düşüncesinde her iki toplumsal yaşam biçimi de aynı anda birlikte vardır. Sadece insanlar bu yaşam biçimlerinin birinden (bedevi) diğerine (hazeri) geçerler. Bu toplumsal hareketlilik sürekli olarak sebep-sonuç ilişkisi içinde kendini tekrarlar.

III- ZORUNLU DAVRANIŞLARIN AHLAKİLİĞİ SORUNU

Görüldüğü gibi İbn Haldun, doğa olaylarının dışında sebep-sonuç zincirlemesi determinist sürecin toplumsal olaylarda da aynı gelişmeyi gösterdiğini[39] ortaya koymaktadır. Mukaddime'nin bütün bölümlerinde sosyal olaylar, nitelik ve özelliklerinin türdeşliğine göre ayrılmakta, sınıflandırılmakta ve çözümlenmektedir. İbn Haldun sonuçta, sosyal olayların kanunluluklarla belirlendiği görüşüne varmaktadır[40]. Olaylardan meydana gelen gerçeklik hem tarihte, hem toplumda ve hem de siyaset alanında aynıdır[41].

İbn Haldun'un olayları açıklamada izlediği yöntemiyle modern determinizm[42] arasında büyük ölçüde benzerliklerin bulunduğu söylenebilir. Gerçekten modern determinizm anlayışına göre, yeryüzündeki tüm olaylar birbirine bağlıdır. Modern determinizmin temel ilkesi, olayların birbirini belli etmesi, birbirinin neden ve sonucu olması düşüncesidir. Her olay nedenlerle izah edilir. İnsanın karar ve hareketleri de birer olay oldukları için, kendilerinden önceki maddi ve manevi olayların sonucu sayılmak gerekir. Modern determinizme göre, diğer olaylarda varlığı kabul edilen determinizmi insan olaylarında reddetmek için sebep yoktur[43].

Ahlakın sebep-sonuç ilişkisi içinde ve determinist bir süreç biçiminde açıklanması, bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Bedeviler dışarıdan ahlaki gibi görünen davranış biçimlerini, içinde bulundukları ekonomik-sosyal koşulların sonucu olarak, sebep-sonuç ilişkisiyle gelişen determinist bir süreçte sergiliyorlarsa o zaman bu davranışların ahlaki olduğu savı ileri sürülebilecek midir?

Ahlaka uygun görünen bir davranışın her zaman ahlâki sayılamayacağı, bu davranışın ancak manen de ahlâktan çıkıyorsa ahlâki olabileceği[44] hatırlandığında, zorunluluk nedeniyle be-

37 İBN HALDUN 1990, I, s.315.
38 İBN HALDUN 1990, I, s.323,324.
39 ÜLKEN, Hilmi Ziya, İlim Felsefesi I, Eğitim Fakültesi yay., Ankara 1969, s. 269; HASSAN 1998, s. 154.
40 Bkz. İBN HALDUN 1990, I, s.432-434.
41 HASSAN 1998, s.157.
42 "Tabiatta bütün olaylar arasında sıkı bir nedensellik bağının mevcut olduğu fikri modern bilime aittir. Eskiçağda Yunanlılar yıldızların hareketinde matematik bir düzenin varlığını savundukları halde, diğer fizik olayların ancak kısmen nedensellik kanunları tarafından düzenlendiğini zannediyorlardı." Bkz. GÜRİZ 1996, s.93.
43 GÜRÜZ 1996, s.94.
44 ÇAĞIL, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İÜHF yay., İstanbul 1971, s.60.

devilerin ahlaka uygun gibi görünen davranışlarının, gerçekte ahlaki olup olmadığı her zaman sorgulanabilecektir. Çünkü, eğer insanın eylem ve hareketlerinin dinamiği salt ahlak yasası karşısında duyulan saygı ise, salt vicdanın emrini yerine getirmek kaygısı ile hareket ediliyorsa, görev duygusunun sevki ile göreve uygun bir davranış gösteriliyorsa ahlaki hareket ediliyor demektir. Eğer gerçekten ahlak zorla meydana getirilemezse (istihsal)[45] bedevilerin ekonomik ve sosyal şartların sebep-sonuç ilişkisiyle zincirleme gelişen determinist süreçte ortaya çıkan ahlaka uygun davranış biçimlerine, sadece dış görünüşe bakarak ahlaki demek ne derece uygun olacaktır?

Öte yandan, Mukaddime'de yer alan bedevi/hazeri toplumların ahlaki değerlerine ilişkin düşüncelere yöneltilebilecek böylesi bir eleştiri, ancak günümüz bilimlerinin ulaştığı bu noktada olası görünmektedir. Halbuki, dikkate alınması gereken, İbn Haldun'un sosyal-siyasal düşüncelerini ortaya koyduğu dönemin özellikleridir. Mukaddime, İslâm uygarlığının altüst oluşlarının yaşandığı bir çağın - 14 ncü yüzyılın- ürünüdür ve o dönemde tasnif (classification) bilimi değil, birikim (accumulation) bilimi geçerlidir. Ahlak da dahil, neredeyse tüm bilimlerin o çağda teoloji ile iç içe bulunduğu hatırlandığında İbn Haldun'un çağının düşüncesinin çok ilerisinde bulunduğu kolaylıkla anlaşılır. O derece ki, belki de Machiavelli için söylenenler, İtalyan yazardan bir asrı aşkın bir zaman önce yaşamış olan İbn Haldun için söylenebilmelidir. Leo Strauss, Machiavelli için şöyle demektedir[46]:

"Machiavelli, klasik siyaset felsefesini ve bununla birlikte, sözcüğün geniş anlamında tüm geleneksel siyaset felsefesini bütünüyle gereksiz bularak reddetmektedir: Klasik siyaset felsefesi, "insan nasıl yaşamalıdır?"[47] sorusundan hareket eder; oysa, sosyal düzendeki adalet sorununa doğru çözümü bulabilmenin yolu, "insanlar gerçekte nasıl yaşıyorlar?" sorusundan hareket etmeyi gerektirmektedir."

İbn Haldun barbar ve uygar toplumların ahlaki özelliklerini ele alırken "insan nasıl yaşamalıdır?" sorusunu karşılayan dininin verilerini referans noktası olarak göstermemekte, "insanlar gerçekte nasıl yaşıyorlar?" sorusunun cevabını aramaktadır. Bunu yaparken de o, düşüncesini gerçekçilik temeline dayanan, gözlemlerden ve rasyonel eleştirilerden geçen kaynaklardan veri alan, süreklilik ve değişme olgularını kavramaya yönelik, sebep-sonuç dinamiği ile işleyen bir kavrayışla belirleyerek[48], Machiavelli'den çok önce ortaçağ düşüncesiyle bağı koparmayı başarmıştır, denebilir. Başka bir anlatımla İbn Haldun'un, barbar

45 ÇAĞIL 1971, s.61.

46 STRAUSS, Leo, "Tabii Hak ve Tarih", Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost yay., Ankara 2000, s.277.

47 Vurgular bize aittir (M.K.)

48 HASSAN 1998, s.195.

ve uygar toplulukların ahlaki özelliklerini incelerken bilimi teolojiden kurtarma yolunda temel bir aşamayı gerçekleştirdiği, bu açıdan modern düşüncenin de öncülüğünü yaptığı görülmektedir.

SONUÇ

Toplum biçimlerini "bedevîlik" ve "hazerîlik" olmak üzere ikiye ayıran İbn Haldun, bunlardan bedevîlerin, övülmesi gereken ahlakî meziyetlere sahip olduğunu söyleyerek iki farklı ahlak anlayışı arasında bir değer hükmü vermektedir (değer ahlakı). Ona göre, zenginlikle birlikte gelen lüks yaşam, insan ahlakını bozucu, onları doğallıktan uzaklaştırıcı ortamın yaratıcısıdır. Düşünür, aynı anda var olan iki değişik yaşam biçimi arasındaki ahlaki farklılığa, Mukaddime'de işlediği diğer konularda olduğu gibi, kaynakları bilimsel eleştirilerden geçirdikten sonra elde ettiği verileri somut gözlemleriyle de sentezleştirerek ulaşmaktadır.

İbn Haldun düşüncesinde "kent" ile "şehir" de farklı iki kavram olarak ele alınmakta, kent, bedevilikten hazeriliğe geçişte bir ara dönemi ifade etmektedir. Kentin şehir niteliği kazanması, uygarlık birimi olmasına bağlıdır. Bu durumda "uygarlık", salt büyük kentlerdeki yerleşik yaşamı değil, uygarlığın özelliklerine uygun yaşam biçiminin sürdürülmesini anlatmaktadır. Uygarlığın temel göstergeleri ise, lüks üretim ve tüketime yönelme, karmaşık nitelikte bir sanatın yaratılması ve lüks derecede sofistike ilimlerin bilinmesidir. İbn Haldun'a göre böylesi bir uygar yaşam insan ahlakını bozucu, erozyona uğratıcı niteliklere sahiptir.

Mukaddime'de bedevi ve hazeri ahlak değerlerinin sebep-sonuç ilişkisi içinde ve determinist bir süreç biçiminde açıklanması, bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Bedeviler dışarıdan ahlaki gibi görünen davranış biçimlerini, içinde bulundukları ekonomik-sosyal koşulların sonucu olarak, sebep-sonuç ilişkisiyle gelişen determinist bir süreçte sergiliyorlarsa o zaman bu davranışların ahlaki olduğu savı ileri sürülebilecek midir? Ahlaka uygun görünen bir davranışın her zaman ahlâki sayılamayacağı, bu davranışın ancak manen de ahlâktan çıkıyorsa ahlâki olabileceği hatırlandığında, zorunluluk nedeniyle bedevilerin ahlaka uygun gibi görünen davranışlarının, gerçekte ahlaki olup olmadığı her zaman sorgulanabilecektir. Ancak, iki farklı toplumun genel karakteristiklerini, davranış biçimlerini ve bu toplumları o şekilde davranmaya iten sosyal-ekonomik sebepleri inceleyen ve sonuçlar çıkaran bir eserde bu soru merkezi bir konumda olmayacaktır.

Sonuç olarak İbn Haldun, sadece bedevi ve hazerilerin ahlaki değerlerine ilişkin tespitlerine ulaşırken izlediği yöntemiyle bile, "insanlar nasıl yaşamalı?" sorusunu, "insanlar nasıl yaşıyorlar?" sorusuyla değiştirmiş, böylece ortaçağ düşüncesiyle bağı keserek modern çağın kapısını aralamış bir düşünür olma yargısını hak etmiş görünmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKAD, Mehmet-VURAL DİNÇKOL, Bihterin 2002. Genel Kamu Hukuku, Genişletilmiş İkinci Basım, Der yay., İstanbul.

DURSUN, Turan 1977. "Çevirenin Önsözü", İBNİ HALDUN, Mukaddime I, Çev. Turan Dursun, 1. baskı, Onur Yay., Ankara.

BİLGE, Necip, 2002. Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

ÇAĞIL, Orhan Münir, 1971. Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İÜHF yay., İstanbul.

FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, 1961. "Metodoloji Nazariyeleri", İçtimaiyat, C.II, 3. bası, İÜİF yayİstanbul.

GÖZE, Ayferi 2000. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 9. Bası, Beta Yay., İstanbul.

GÜRİZ, Adnan, 1996. Hukuk Felsefesi, Dördüncü Baskı, AÜHF yay., Ankara.

HASSAN, Ümit 1998. İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi, 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yay., İstanbul.

İBNİ HALDUN 1977. Mukaddime I, Çev. Turan Dursun, 1. baskı, Onur Yay., Ankara.

İBNİ HALDUN 1990. Mukaddime I, Çev. Zakir Kadiri Ugan, MEB Yay., İstanbul.

KOÇAK, Mustafa 1998-1999. "İbn Haldun'da Devlet ve Toplumun Dönüşsel Özellikleri", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy. 2, Kocaeli s.452-456.

MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI, 1995. Örnekleriyle Türkçe Sözlük 1 A-E, MEB yay., Ankara.

ROZENTHAL, Franz, 1981. "Ibn KHALDUN", New Catholic Encyclopedia, C.VII, (The Catolic University of America-Washington.

SENA, Cemil 1976. Filozoflar Ansiklopedisi, C.III, Remzi Kitabevi, İstanbul.

STRAUSS, Leo, 2000. "Tabii Hak ve Tarih", Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost yay., Ankara.

ÜLKEN, Hilmi Ziya, 1969. İlim Felsefesi I, Eğitim Fakültesi yay., Ankara.

ÜLKEN, Hilmi Ziya 1995. İslâm Düşüncesi Türk Düşüncesi Tarihi Araştırmalarına Giriş, İkinci Baskı, Ülken Yay., İstanbul.

"Hukuk Kültürü" Kavramının Problemleri

Murat Yüksel[*]

Giriş

"Hukuk kültürü" kavramı ilk kez Amerikan hukuk sosyoloğu Lawrance Friedman tarafından ortaya atılmış ve 1960 yılından günümüze kadar onun tarafından yoğun bir şekilde incelenmiş ve tartışılmıştır. Burada genel olarak kültür kavramının problemleri ile, Friedman tarafından çeyrek yüzyıldan fazla bir süredir kullanılan "hukuk kültürü" kavramına, bu kavramın değişik formüllerine ve bunların uygulamalarına ilişkin problemler incelenmiştir. Yine burada karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi içindeki "hukuk kültürü" kavramına karşı ileri sürülen itirazlar ve bu itirazlara karşı ileri sürülen savunma çabalarının incelenmesi üzerinde de durulmuştur.

"Hukuk kültürü" kavramının temel problemleri, ilk olarak "hukuk kültürü" kavramının tanımına, ikinci olarak "hukuk kültürü" kavramının çeşitliliklerine ve onların ilişkilerine, üçüncü olarak "hukuk kültürü" mekanizmasına ve nedensel öneme ilişkin problemler ve son olarak "hukuk kültürü" kavramının açıklayıcı önemine ilişkin problemlerdir. Bu problemlerin analiz edilmesi mukayeseli hukuk sosyolojisinin analitik çerçevesini belirlemek açısından son derece önemlidir[1].

1. Kültür Kavramının Problemleri

Kültür kavramının temel problemi, kavramın tanımına ilişkin belirsizliktir. Diğer bir deyişle sorun, kavramın açık bir şekilde tanımlanamayışındaki zorluktur. Kültür kavramının tarihi kullanımı, Kroeber ve Kluckhon (1952) ile Williams'ın (1958-1976) eserlerinde görülebilir. Kültür, bir işleme sürecinin adı olarak başlangıçta ürün yetiştirimi ve zihin yetiştirimine doğru anlamını genişleterek özellikle Amanca ve İngilizcede 17. Yüzyılın sonlarında belirli bir halkın yaşam biçimi demek olan bir tin konfigürasyonunun ya da genellemesinin adı olmuştur. Herder, kültür kavramını ilk olarak her çeşit tekil anlamdan ya da bugün söylediğimiz biçimiyle uygarlığı tek çizgili anlam olmaktan kurtararak bilinçli bir ayrımla anlamlı bir çoğulluk olarak kültürleri kastetmek üzere kullanılmıştır. Daha sonra kültür kavramı, özellikle 18.Yüzyıl'da antropolojinin gelişmesiyle geniş çoğulcu bir kavram olarak bütüncül ve ayrı bir yaşam biçimini ifade etme özelliğini

* Dr. Murat Yüksel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 David Nelken, Comparing Legal Cultures: An Introduction, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 15.

sürdürmüştür. Fakat bu ayrı kültürleri üreten oluşturucu ve belirleyici öğelerin doğası konusunda bazı sorunlar belirmiştir. Bu sorulara verilen alternatif cevaplar, hem antropoloji alanında hem de disiplinin genişlediği alanlarda etkili bir anlam skalası üretmiştir. Bu cevaplar ideal, dinsel ya da ussal düzeydeki bir bilgilendirme tinine yönelik eski vurgusundan şimdi ayrıca tasarlanmış toplumsal süreçlerin -bunlar çoğunlukla siyasal ve ekonomik düzeninin özel türleridir- ve diğer süreçlerin öncelikle belirlediği bir yaşanmış kültüre dönük daha çağdaş bir vurguya doğru gelişmiştir. Bu cevaplama aşamasında alışkanlık kazanan kültür, anlamlı bir bütün olmaktan bir kısmi başvuru boyutuna doğru değişen bir anlam spektrumuna oturmuştur[2].

En genel kullanımıyla kültür, Eskiçağdan (Antikçağ) beri "zihnin etkin olarak geliştirilmesi" ya da "ruhun işlenmesi", "cultura animi" deyimiyle karşılanmaktadır. Burada kültür kavramının değişik anlamları şu şekillerde kullanılmaktadır. Kültür kavramı, ilk olarak zihnin gelişken bir durumu, ikinci olarak kültürel etkinlikler kültürel ilgiler gibi, üçüncü olarak ise sanat olarak ve beşeri entelektüel çabalar olarak kullanılmaktadır. Bugün bu üçüncü anlam katmanı, diğerleri arasında en yaygın kabul görenidir. Ayrıca kavramın antropolojik ve geniş sosyolojik kullanımı ayrı bir halkın ya da geniş bir toplumsal grubun bütün bir yaşam biçimini kastetmektedir[3]. Kültür kavramına ilişkin olarak bütün bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere kavramın tanımına ilişkin zorlukların olduğu açıktır.

Kültür kavramının binlerce yıllık kullanımı olan tekil anlamının yanısıra 18. Yüzyılla birlikte beliren çoğul anlamların yanında 19. Yüzyılda uygarlık teriminin ortaya çıkması halen devam eden bir kavram ve terminoloji tartışmasına neden olmuştur. Örneğin Alman dilinde kültür terimi yeğlenmiş, hatta uygarlık terimine kültür teriminin uygunsuz ve kötü bir karşılığı olarak bakılmıştır. Buna karşılık Fransız ve ingiliz dillerinde kültür teriminin yerine uygarlık teriminin yerleştiğini görmekteyiz. Bu dillerde kültür bir yandan geleneksel tekil anlamıyla, diğer yandan ise bir toplumun maddi teknik birikimlerinin üzerindeki tinsel (manevi) özelliklerini belirtmekte kullanılır[4].

Kavramın tanımına ilişkin belirsizliğin nedenlerinden biri ise bu alanın sınırlarının kötü bir şekilde tanımlanmış olmasıdır. Zira bazı sosyal bilimciler toplum incelemesinin büsbütün kültür kavramına tabi kılınmasını gerektirdiğini ileri sürerken, bazıları ise kültürün toplumun geri kalanından ayrı tutulamayacağından ya da topluma dayatılamayacağından ötürü bu kavramın tamamen ortadan kaldırılması gerektiğini düşünür. Bu sorun, ayrıca kültür kavramının hangi bağlamda ideoloji kavramının yolunu açtığını ya da açmadığını da içerir. Zira toplumsal

2 Raymond Williams, Kültür, Çev. Suavi Aydın, Ankara 1993, s. 9.
3 Williams, s. 9-10.
4 Doğan Özlem, Kültür Bilimleri ve Kültür Felsefesi, Ankara 2000, s. 145.

hayatı etkileyen tüm inançlar ya da dünya görüşleri bu iki terimin birisi altında mı ya da her ikisi altında mı özetlenecektir; yoksa tüm değerleri kucaklayan ve böylece kültür kavramını gereksiz kılan (toplumsal sistem gibi) üçüncü bir kavram mı vardır? Bu noktada Weber'in kültür ve toplumsal hayat arasındaki karşılıklı ilişkiyi kavrayışı dar bir kültür görüşünün ötesine gider ve toplum bilimleri için önemli ve kapsamlı çerçeve sağlayacak bir toplumsal değişme teorisi oluşturur[5].

2. "Hukuk Kültürü" Kavramının Problemleri

Burada karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi içindeki "hukuk kültürü" kavramına karşı ileri sürülen itirazlar ve bu itirazlara karşı ileri sürülen savunma çabalarının incelenmesi üzerinde durulmuştur. "Hukuk kültürü" kavramının problemleri, genel olarak dört türdür. "Hukuk kültürü" kavramının temel problemleri, ilk olarak "hukuk kültürü" kavramının tanımına, ikinci olarak "hukuk kültürü" kavramının çeşitliliklerine ve onların ilişkilerine, üçüncü olarak "hukuk kültürü" mekanizmasına ve nedensel öneme ilişkin problemlerle son olarak da "hukuk kültürü" kavramının açıklayıcı önemine ilişkin problemlerdir. Bu problemlerin analiz edilmesi mukayeseli hukuk sosyolojisinin analitik çerçevesini belirlemek açısından son derece önemlidir[6].

Bir kurumsal süreçten kaynaklanan hukuki önem, hukuki olguyu seçmek için daima yeterli olmayabilir. Bir eylem sürecinin parçası olarak hukuk normlarını düşünmek için hukuki önem, sosyologlar için anlamlı olmak zorundadır. Sosyologlar, bu normlara büyük bir genişlik ve karmaşıklık atfeder. Bir anlam bağlamı içinde bu tarz sosyal eylemlerin ve bir kurumsal sosyal eylem sürecinin müşterek sonucu olarak hukuku yeniden inşa etmek sosyologlar için zorunludur. Bu ise, sosyolojik olarak hukuk olgusunu göstermenin tek yoludur.

"Hukuk kültürü" konusundaki ikinci sorun ise farklı kültürel bağlamda hukuki olarak tanımlanılan şey sorunudur. Burada basit olarak hukuk sistemleri içindeki farklı tanımlara bağlanılmama söz konusudur. Bu noktada eğer biz belli bir kültür içinde hukuki anlamların oluşturulduğu farklı kurumsal arenaları yeniden kurarsak bu tanımları biz her bir kültürel bağlam için yeniden düşünmeliyiz[7].

2.1. "Hukuk Kültürü" Kavramının Tanımına İlişkin Problemler

Friedman'a göre "hukuk kültürü", hukuk sistemine yönelik tutum ve davranış modellerine ve kamu bilgisine yöneliktir[8]. "Hukuk kültürü" bir bütüncül anlamda organik olarak kültürle ilişkili olan geleneğin parçalarındandır. Bu yönüyle "hukuk kültürü", kültürün bir parçasıdır. Genel olarak

5 Ralph Schroeder, Max Weber ve Kültür Sosyolojisi, Çev. Mehmet Küçük, Ankara 1996, s. 11.
6 Nelken, p. 15.
7 Carlo Penisi, Sociological Uses of The Concept of Legal Culture, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 111.
8 Lawrance M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, New York 1975, p. 193.

kültürün parçaları ise gelenek, fikir, düşünme ve davranış tarzlarıdır[9].

"Hukuk kültürü"nde vurgu, hem fikir hem de davranış modelleri kümesi üzerinedir. Ne var ki kavrama ilişkin son formülasyonlarda "hukuk kültürü" kavramsal bir şey olarak belirmekte ve davranışsal unsurların terkedilmiş olduğu görülmektedir.

"Hukuk kültürü" hukuk, hukuk sistemi ve onların değişik unsurları bakımından toplumda yer alan tutumlar, değerler ve fikirlerden oluşur[10]. Bu noktada hukuk kültürü, bazı toplumlarda hukuk ve hukuk sistemi alanında toplum tarafından savunulan değerleri içerir[11].

Roger Cotterrell, "hukuk kültürü" kavramını, Friedman'ın çalışmalarındaki "hukuk kültürü" kavramının değişik kullanımlarını ele almak suretiyle analiz etmiş ve eleştirilerde bulunmuştur. Roger Cotterrell, temel olarak Friedman'ın çalışmalarında kullanılan ve sürekli geliştirilen "hukuk kültürü" kavramının kesinlikten ve belirlilikten yoksun olduğunu ve ayrıca teorik olarak da tutarsız olduğunu ileri sürmüştür[12].

Roger Cotterrell, Friedman tarafından yıllardır terime verilen anlamların çeşitliliğinin hukuk sosyolojisi için kavramı daha az kullanışlı kıldığını bu yüzden de böyle bir terimi kurmanın zor olduğunu ileri sürmüştür. Cotterrell'e göre bu, Friedman'ın kullandığı "hukuk kültürü" kavramının bir hatasından değil, hukukun teorik analizinde açıklayıcı bir kavram olarak düşünülen kültürü kullanmadaki genel problemlerin yansımasından kaynaklanmaktadır[13].

Terime verilen anlamların çeşitliliği ve kavrama ilişkin formülasyonların belirsizliği, kavramın kesin olarak kapsadığı şeyi ve kavramın kendi alanı içinde yer alan değişik unsurların neler olduğunu görmeyi güçleştirmektedir. Dolayısıyla kavramın açıklayıcılığı "hukuk kültürü" kavramıyla bağlantılı kılınmadığı sürece "hukuk kültürü" kavramı, hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki düşünce, inanç ve değerlere ilikin işlevsiz bir kategori olarak kullanılmak zorunda kalmaktadır[14].

Friedman, genel kültüre ilişkin kimi tartışmalarda bu yaklaşımını sergilemiştir. Friedman'a göre kültür, belli bir çevredeki bireysel değişim alanına ilişkindir[15]. Mili kültür, bir nevi yığındır ve onu diğer yığınlarla kıyaslamak zordur[16]. Bundan dolayı kültür birçok özel, geniş ve muhtemelen ilişkisiz faktörün neden olduğu artık, "rastlantısal" hatta "keyfi" bir model olarak belirir. Bu bakış Friedman'ın amaçları

9 Friedman, p. 194.

10 Lawrence M. Friedman, Law and Society: An Introduction, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall 1977, p. 76.

11 Lawrence M. Friedman, The Republic of Choice: Law, Authority and Culture, p. 213.

12 Nelken, p. 2.

13 Roger Cotterrell, The Concept of Legal Culture, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 14.

14 Cotterrell, p. 15.

15 Friedman, The Republic of Choice:, p. 212.

16 Friedman, "Is There a Modern Culture", p. 209.

için yetersizdir. Friedman'a göre bu model, görünmez bir nesnenin gölgesi gibi bir şeyi yansıtmak için düzenlenmiştir. Bundan dolayı "hukuk kültürü", bir kümeden daha büyük öneme sahiptir[17].

Friedman için "hukuk kültürü", hukuki gelişimdeki nedensel bir faktör olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle "hukuk kültürü", hukuk sosyolojisindeki teorik açıklamalarda temel bir unsur olarak kabul edilmelidir[18]. Bu açıklamalar ise "hukuk kültürü" kavramının kesin olarak belirlenmesini gerektirir. Oysa Friedman tarafından kullanılan "hukuk kültürü" anlamının çeşitliliği, antropoljik çalışmalarda sıkça rastlanılan kültür teriminin kendisinin anlamının çeşitliliğini yansıtır. Diğer bir deyişle "hukuk kültürü" terimi, antropolojik çalışmalardaki kültür terimi gibi çok değişik anlamlarda kullanılmıştır[19].

Bununla birlikte Cotterrell'e göre, yeterli bir analitik kesinlik içinde bir "hukuk kültürü" kavramını geliştirmek imkansızdır. Yine Cotterrell'e göre hukuk sosyolojisindeki ampirik araştırmalarda bir açıklayıcı değişken olarak "hukuk kültürü" kavramını kabul etmek imkansızdır. Dolayısıyla günümüz karmaşık toplumlarında kavramı, bir ideal tip kategorisi olarak ele almak en iyi yoldur[20].

2.2. Kavramın Çeşitliliğine ve Onların İlişkilerine Yönelik Problemler

Friedman'a göre, soyut seviyede birçok "hukuk kültürü"nden söz etmek mümkündür[21]. Her bir ulus, bir "hukuk kültürü"ne sahiptir[22]. Yine Friedman'a göre "hukuk kültürü", bütün bir hukuk sisteminin temel özelliklerini (kendi temel kurallarını, kendi özgünlüğünü ve kendi tarzını) betimler[23]. Her bir ülke ya da toplum, kendi "hukuk kültürü"ne sahip olabilir. Fakat her ikisi de birbirine kesin olarak benzemez[24].

Diğer taraftan Friedman, birçok çağdaş toplumun karakteristik bir özelliği olarak varsaydığı çağdaş "hukuk kültürü" ya da çağdaşlığın "hukuk kültürü" olarak adlandırdığı şey üzerinde durmuştur[25]. Ayrıca Friedman, batı "hukuk kültürü"[26] üzerinde ve görünen dünya "hukuk kültürü" üzerinde yoğunlaşmıştır[27]. Yine Friedman, son çalışmalarında özellikle bir "hukuk kültürü" çoğulculuğu fikrini vurgulamıştır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde zenginlerin, fakirlerin, zencilerin, beyazların, asyalıların, erkeklerin, kadınların, çocukların vs bir "hukuk kültürü" vardır[28]. Bu yüzden

17 Friedman, The Republic of Choice:, p.196.

18 Friedman, The Republic of Choice:, p.197.

19 C. Geertz, The Interpretation of Cultures: Selected Essays, New York 1973, p. 4-5.

20 Cotterrell, p. 14.

21 Friedman, The Legal System:, p. 204; Friedman, Is There a Modern Culture, p. 120.

22 Friedman, The Legal System:, p. 209.

23 Friedman, The Legal System:, p. 15.

24 Friedman, The Legal System:, p. 199.

25 Friedman, The Legal System:, p. 204.

26 Friedman, The Republic of Choice:, p. 198-199.

27 Friedman, The Legal System:, p. 220.

28 Friedman, The Republic of Choice:, p. 213.

Friedman'a göre, her bir grup için özel bir "hukuk kültürü" modeli ayırmak mümkündür[29]. Karmaşık bir toplum, karmaşık bir "hukuk kültürü"ne sahiptir[30]. Örneğin Amerikan "hukuk kültürü", tekil bir kültürel yapıya değil, çoklu bir yapıya sahiptir. Nitekim Amerikan hukuku içinde muhafazakar hukukçular, liberal hukukçular, birçok gruplar ve alt gruplar vardır. Bu özel gruplar içinde "hukuk kültürü" ise özel tutumlardan oluşmaktadır[31].

Bununla birlikte "hukuk kültürü" kavramı, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılabilir. En geniş anlamda "hukuk kültürü", en geniş tarihi bağlar ya da gelişmelerin tanımı çerçevesinde milletlerin ya da devletlerin hukuk sistemlerinin sınırları içine sokulamayacak genişlikte kullanılan anlamdır. Dar anlamda "hukuk kültürü" ise hukuki plüralizmin bilinen konularını tanımlamaya dayanan anlamdır[32].

Cotterrell'e göre "hukuk kültürü", tek bir kavram olarak belirmez. Fakat "hukuk kültürü" büyük çok yapılı bir kaplamı, kültür bölgelerini, içerik, alan ve etkideki değişmeyi ve devlet hukuk sistemlerine ilişkin bilgileri, uygulamaları ve kurumları belirtir[33].

Yine Cotterrell'e göre "hukuk kültürü" ile devlet hukuk sistemlerinin özel unsurları arasındaki ilişkiler sorgulandığında, "hukuk kültürü"nün en yüksek esneklik fikri "hukuk kültürü"nün kendi teorik uygulaması için ciddi problemleri temsil eder. Bu noktada eğer "hukuk kültürü", birçok kültür seviyesine ve bölgesine ilişkinse karşılaştırmalı hukuk sosyolojisindeki teorik bir unsur olarak kavramın nasıl kullanılacağı bir problem olarak belirir[34].

Bununla birlikte Friedman, sürekli olarak "hukuk kültürü"nün temel bir ikiciliğini tanımlamış ve vurgulamıştır. Friedman, özel hukuk görevleri ifa eden toplum üyeleri ile diğer vatandaşların "hukuk kültür"lerini birbirinden ayırır[35]. Bu noktada Friedman, özel olarak önemli olduğunu düşündüğü meslekten hukukçuların "hukuk kültürü"nü içsel "hukuk kültürü"[36], bunun tersini ise dışsal "hukuk kültürü" olarak adlandırır[37]. Yine Friedman'a göre meslekten hukukçuların hukuk kültürü, evsiz barksızların ya da çocukların veya esnafın "hukuk kültürü"ne kıyasla daha özel önemdedir veya özel önemde olarak kabul edilmelidir[38]. Fakat Cotterrell'e göre Friedman, içsel ve dışsal "hukuk kültürü"

29 Friedman, "Is There a Modern Culture", p. 120.
30 Friedman, The Republic of Choice:, p. 96.
31 Lawrance M. Friedman, Legal Culture and Welfare State, Ed. G. Teubner, Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin 1986, p. 17.
32 S. E. Merry, "Legal Pluralism", Law and Society Review, 1988, N. 22, p. 869-896.
33 Cotterrell, p. 16-17.
34 Cotterrell, p. 17.
35 Friedman, The Legal System:, p. 233.
36 Friedman, The Legal System:, p. 194.
37 Friedman, The Legal System:, p. 223.
38 Friedman, The Concept of Legal Culture:, p. 36.

arasındaki ilişkiyi tam olarak kuramamıştır. Zira Cotterrell'e göre, "hukuk kültürü"nün niçin sosyolojik olarak özel önemde olduğu ya da niçin meslekten hukukçuların davranışlarının hukuk sistemi içinde özel bir etkiye sahip olduğu açık değildir[39].

Friedman'a göre avukatların hukuk düşüncesi zorunlu olarak kendi kültürlerine bağlıdır. Kültür, hukuk düşüncesinin değişebileceği sınırları belirler[40]. Bu noktada iç "hukuk kültürü" ise dış "hukuk kültürü"nün temel izlerini yansıtır. Bununla birlikte muhakeme tarzlarının farklılığının sosyal olarak önemli olduğu bir gerçektir. Örneğin hukuki muhakeme doktrini, bir yenilik eğiliminde olabileceği gibi yeniliğe karşı bir direnç eğiliminde de olabilir. Yasalaştırma, kıyas yoluyla muhakeme yapılması, hukuki varsayımlara güven, hukuk dilinin ve tarzının özel unsurları gibi hukuk sisteminin farklı konuları muhakeme türlerine göre yapılan sınıflandırma ile ilgili olabilir. Friedman bu konuları, iç "hukuk kültürü"nün bir ifadesi ya da ürünü olarak düşünür[41].

Yine iç "hukuk kültürü"nün, çağdaş avukatların bir hukuk sistemi ya da hukuk ailesinin türü olarak düşündüğü şeyden nasıl ayrıldığı açık değildir[42]. Nitekim Friedman'a göre hukuk aileleri fikri, hukuk sosyolojisi için faydalı değildir. Çünkü hukuk aileleri arasındaki tarz farklılıkları hukukun varlığının sosyo ekonomik koşullarındaki zıtlıklarla zorunlu olarak bağlantı kuramaz. Bundan dolayı Friedman, hukuk aileleri arasındaki tarz farklılıklarının "hukuk kültürleri" arasındaki farklılıklardan ayrı olarak sosyal anlamda görece bir biçimde önemsiz olduğunu ileri sürer[43].

Bununla birlikte Cotterrell, Friedman'ın kullanmayı sürdürdüğü "hukuk kültürü" kavramını çok geniş ve çeşitli şekillerde kullanmakta; iç ve dış "hukuk kültürü" arasındaki ilişkileri tam anlamıyla kuramamaktadır. Bu ilişkileri açıklamadaki açıklık eksikliği diğer bir deyişle belirsizlik, "hukuk kültürü" kavramının açıklayıcı faydalılığı için ciddi olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Dolayısıyla açıklık eksikliğinin nedeni ise kolaylıkla tanımlanabilir görülmektedir[44].

2.3. Kavramın Nedensel Önemine İlişkin Problemler

Friedman'a göre "hukuk kültürü", hukuk sisteminin işleyişindeki sosyal şartları belirlemede hayati bir öneme sahiptir. "Hukuk kültürü", toplumun hukuku, hukuki kurumları ve prosedürleri nerede, nasıl ve niçin kullandığının belirlenmesine katkıda bulunur. Bu noktada "hukuk kültürü", hukuka ilişkin herşeyi harekete geçirir. Ayrıca "hukuk kültürü" hukuki çalışmaları açıklamada esaslı bir değişkendir. Bu noktada Friedman'a göre "hukuk kül-

39 Cotterrell, p. 17.
40 Friedman, The Legal System:, p. 206.
41 Friedman, The Legal System:, p. 194.
42 K. Zweigert / H. Kötz, An Introduction to Comparative Law,p. 68.
43 Friedman, The Legal System:, p. 202; Friedman, Law and Society:, p. 75-76.
44 Cotterrell, p. 18.

türü", bir saati kurmak ya da makinaya fiş takmak gibidir[45]. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere Friedman için "hukuk kültürü" hukuk sisteminin işleyişi için son derece önem taşımaktadır.

Friedman'a göre "hukuk kültürü", hukuk sistemi çalışmalarını etkilemektedir. Sosyal güçler değişim için bir hız yaratır. Fakat sosyal güçler, hukuk sisteminde doğrudan doğruya işlemez[46]. Bu noktada Friedman'a göre hukuki yararlar, taleplere dönüştürülmek zorundadır. Talepler, hukuk sisteminde hukuki eylemleri üretmek için başarılı bir şekilde zorlanmalıdır. "Hukuk kültürü" ise yararların taleplere dönüşmesini başarır veya ona müsaade eder[47]. Zira "hukuk kültürü", talepleri biçimlendirmede son derece önemli bir fonksiyon ifa eder. Ayrıca "hukuk kültürü" (hem içsel hem de dışsal "hukuk kültürü"), hukuki yapıları inşa etmek için çalışır[48]. Hukuk sisteminin bu yapıları, hukuk kültürü etrafında işleyen güç ve etki gibi kurallar sistemidir. Bu noktada bu yapısal unsurlar, taleplere direnmek ya da taleplerle uzlaşmak biçiminde işlemektedir[49].

"Hukuk kültürü", çıkarların korunması ya da özel olarak problemlerin hukuki çözümleri için hukuk sisteminin önüne getirilen taleplerin üretim hızını kontrol eder. "Hukuk kültürü" aynı zamanda hukuki problemlerin çözümüne ilişkin olarak hukuk sisteminin aradığı cevaplarda belirleyici görünür. Bu noktada "hukuk kültürü", dış "hukuk kültürü"nün işlemesi yoluyla ve kısmen sistemin aradığı cevapları eşit olarak etkileyen güç ve etkinin sosyal dağılımını yansıtan iç baskı yoluyla kısmen hukuki yapılara biçim verir. Cotterrell'e göre, yukarıda açıklanan Friedman'ın görüşlerinin genel hatları yeterince açık olmasına rağmen burada önerilen "hukuk kültürü"nün nedensel mekanizmalarında açık ve kesin bir şekilde belirsizlik vardır[50].

Cotterrell'e göre "hukuk kültürü" mekanizması ve nedensel önemine ilişkin bu problem, göreli bir biçimde "hukuk kültürü"nün çeşitliliğine ilişkin problemlerin bir tekrarı olarak belirir. Daha önce tartışıldığı üzere "hukuk kültürü" kavramının çeşitliliğinin yoğun karmaşık etkileşiminin imajı ile hukuk sistemi üzerinde işleyen biçimleyici unsurlar arasındaki bağlantıyı kurmak zordur. "Hukuk kültürü", hukuk sistemi içersinde gerçekleşen ya da gerçekleşmeyen çok şeyi açıklar görünür. Bununla birlikte "hukuk kültürü" bir yandan çok şeyi çok fazla açıklar görünürken, diğer yandan açıklamalarında bir sığlık, diğer bir deyişle yetersizlik görünür. Zira "hukuk kültürü", başlı başına belirsiz bir unsurlar düzenini kapsadığında herhagi bir özel unsuru tanımlamada başarısızdır[51].

45 Friedman, Law and Society:, p. 76.
46 Friedman, The Legal System:, p. 15.
47 Friedman, The Legal System:, p. 150.
48 Friedman, The Legal System:, p. 209.
49 Friedman, The Legal System:, p. 156.
50 Cotterrell, p. 19.
51 Cotterrell, p. 20.

2.4. Kavramın Açıklayıcı Önemine İlişkin Problemler

Friedman, "hukuk kültürü" kavramının soyut ve kaypak olduğunu ileri sürerek "hukuk kültürü" kavramının belirsiz olduğunu kendisi de sıkça dile getirir[52]. Bu yüzden Cotterrell, Friedman'ın "hukuk kültürü" kavramı hakkındaki açıklamalarının zayıf delillere dayandığını ileri sürer. Bununla birlikte Cotterrell, Friedman'ın karşılaştırmalı "hukuk kültürü"ne ilişkin kimi çalışmalarında[53] birkaç önemli sistematik veriyi görmenin mümkün olduğunu ileri sürer[54].

"Hukuk kültürü" kavramı niçin tatmin edici değildir? Diğer bir deyişle "hukuk kültürü" kavramına güvenmeyi sürdürmek neden zordur? sorusuna karşı Friedman, çalışmalarında da sıkça dile getirdiği gibi, "hukuk kültürü" kavramı bilimsel bir fonksiyondan ziyade, sanatsal bir fonksiyon olarak işlev görmektedir. Bu noktada "hukuk kültürü" hakkında kabaca tarif edilen genel bağların açıklaması kabul edilir. Örneğin dava açma oranının sıklığı veya azlığı belirli ülkelerdeki hukuk kültürünün bir unsuru olabilir. Yine Friedman'a göre farklı ülkelerdeki özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki vatandaşların, hukuki müracaat yollarına başvurması ve buna ilişkin oranlamalar bir "hukuk kültürü" sorunu olarak sıklıkla işlenmiştir. Bu açıklamalar ve görüşler ister "hukuk kültürü" bir kavram olarak kabul edilsin isterse edilmesin, güçlü ve kabul edilmesi gereken ifadelerdir[55].

Günümüzde hukuktaki sosyal çalışmalar, özel olarak geleneksel bir sosyal bilim "fikrinin" deyişine gerek yok gibi. Ayrıca bu çalışmalar, uygun bir biçimde ve zorunlu olarak yorumlayıcı metotları kabul etme eğilimindedirler. Zira yorumlayıcı metot, bu çerçevede bilim teriminin birçok pozitivist kullanım şeklini açıkça reddeder.

Bu itibarla sosyal olgu yorumunda belirsiz kültür ve "hukuk kültürü" kavramlarına göreceli bir biçimde daha yoğun olarak dayanmak teşvik edilebilir. Bu konunun argümanı, bu tarz güvenin bir hata olabileceğidir. Bu noktada Friedman'ın hukuk kültürü kavramının kapsamının, uzun vadede ihtimamla hazırlanması muhtemelen kendi kullanımında birtakım problemleri açıklar[56].

Belirli çerçevede sosyal unsurların bir farksızlık kümesi fikri, belirli yer ve zamandaki müşterek temsili sosyal araştırmalarda faydalı, hatta zorunlu olabilir. Bu fikir, kültür kavramı içinde uygun bir biçimde açıklanır. Göreceli olarak özel sosyal bağlam çalışmalarında "hukuk kültürü" kavramı, devlet hukukunun işlediği bütün bir çerçevesel matrisi kuşatmak için geçici olarak faydalı olabilir[57].

Bu noktada daha genel olarak doğru ilişkilerin bilinemediği buna karşı-

52 Friedman, The Republic of Choice:, p. 95.
53 Friedman, The Legal System:, p. 209.
54 Cotterrell, p. 20.
55 Friedman, The Legal System:, p. 212.
56 Cotterrell, The Concept of, p. 29.
57 Cotterrell, The Concept of, p. 29.

lık kollektif öneminin tanımlanabildiği ve önemsendiği sosyal olgu kümelerine kültür bakımından atıf zorunlu ve uygun olabilir. Bu yolla belki hukuk doktriniyle ve uygulamalarının ideolojik önemi hakkındaki daha özel araştırmalar için bir başlangıç niteliğinde olmak üzere etnografik metotları kullanan sosyolojik çalışmaların tanımlanmaya çalıştığı inançlar, değerler, algılayışlar ve uygulamaların karmaşık ağını nitelendirmek mümkün olabilir[58].

3. "Hukuk Kültürü" ve Hukuk İdeolojisi İlişkisi

Cotterell'e göre "hukuk kültürü" kavramının kuşatacağı çoğu şey, ideolojik olarak düşünülmüş olabilir. Friedman'ın formülasyonunda "hukuk kültürü" gibi hukuk ideolojisi de bir bütün olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla "hukuk kültürü" kavramının tersine hukuk ideolojisi kavramı, hukuk doktrinine göreceli olarak özel bir bağla bağlı olarak düşünülebilir[59].

Cotterell'e göre hukuk ideolojisi, hukuk doktrini değildir. Fakat hukuk ideolojisi, bir hukuk sistemi içersinde hukuk doktrinini uygulayarak, yorumlayarak ve geliştirmek yoluyla biçimlenen, açıklanan ve varsayılan köklü fikirler ve değerler unsurlarının düzenlenmesi olarak göz önünde bulundurulabilir[60].

Hukuk ideolojisinin, önemli ölçüde hukukun mesleki uygulamalarından kaynaklandığı ve sürdürüldüğü ve etki yoluyla yayıldığı gözlenebilir. Ayrıca hukuk ideolojisi, kurumsallaşmış, mesleki olarak gelişmiş ve vatandaşların bilincindeki hukuk doktrini yoluyla uygulanmıştır. Cotterell'e göre, ideolojinin bu uygulamalardan ve doktrinin biçimlerinden kaynaklandığı iddia edilir. Zira hukuk doktrinin kendisi, zorunlu olarak kendisinin kontrol edemediği ideolojik eğilimleri yansıtır[61].

Hukuk doktrini anlayışının mesleki hukuk uygulamaları dışında bilgi ve inancın doğru olarak kabul edildiği sağduyu anlayışını biçimlendirme gücüne sahip olabilmesi entelektüel ve kurumsal mekanizmaları vurgulamak için önemli görünür. Bundan dolayı hukuk ideolojisi kavramı çok geniş ve bir ölçüde belirsiz uygulamalarda yer alan fikirler dizisini kuşatır. Bu noktada çağdaş koşullardaki hukuk doktrini tipik olarak geçici ve karmaşık bir şekilde parçalanır. Bu noktada hukuk doktrini, ek değişiklikler ve ıslah ile özellikle değişen politikaların ışığında sürekli olarak yeniden biçimlendirme sürecine girer. Hukuk ideolojisi ise hukuk doktrine zıt olarak -kendi teknik özelliklerine karşıt bir anlamda- bütün çağdaş hukuk doktrinlerinin imkansız söylemlerinin bir deposu gibi algılanır[62].

Hukuk ideolojisi kavramı; ideolojik düşünce içinde dönüşüme uğrayan hukuk doktrini ve bunların yanı sıra inançlar, tutumlar; değerleri ve sosyal anlayışı biçimlendirmeye, oluşturmaya yardım ettikleri için, bu bağlamda yapılan araştırmalara bakış açısı sağlama bakımından katkıda bulunur. Bu yönüyle hukuk ideolojisi, en aşırı düşünce ve inanç eğilimlerinin düzenli uygulamalara dönüştürülebilmesine aracılık eder[63].

Cotterell'e göre hukuk ideolojisi kavramını kullanmanın bir diğer avantajı da şudur: Özel ideolojiler ve ideolojik akımlar bakımından düşünmek ve birbiriyle bağdaşır akımları tanımlamak kolay görünür. Ayrıca hukuk ideolojisi, farklı sosyal uygulama türlerini yansıtır[64].

Terime verilen anlamların çeşitliliği ve kavrama ilişkin formülasyonların belirsizliği kavramın kesin olarak kapsadığı şeyi ve kavramın kendi alanı içinde yer alan değişik unsurların neler olduğunu görmeyi güçleştirmektedir. Dolayısıyla kavramın açıklayıcılığı "hukuk kültürü" kavramıyla bağlantılı kılınmadığı sürece "hukuk kültürü" kavramı, hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki düşünce, inanç ve değerlere ilişkin işlevsiz bir kategori olarak kullanılmak zorunda kalır[65].

Bununla birlikte Cotterrell'e göre, yeterli bir analitik kesinlik içinde bir "hukuk kültürü" kavramını geliştirmek imkansızdır. Yine Cotterrell'e göre, hukuk sosyolojisindeki ampirik araştırmalarda bir açıklayıcı değişken olarak "hukuk kültürü" kavramını kabul etmek imkansızdır. Dolayısıyla günümüz karmaşık toplumlarında kavramı, bir ideal tip kategorisi olarak ele almak en iyi yoldur[66].

Cotterell'e göre "hukuk kültürü" kavramı en azından Friedman'ın formülasyonunda, hukuk sistemi içersinde hukuki eylem üretimine tesir eden doğrudan doğruya bir unsurlar çeşitliliği hakkında odaklaşır görünmektedir. Ayrıca "hukuk kültürü" kavramı, bu sistemlerin niteliğindeki ve kökenindeki farklılıkları açıklamak için düzenlenir. Cotterell'e göre Friedman, daha geniş çerçevede tesir etmek için hukuk uygulamalarının gücü hakkında belirsiz ve bilinemez kalma eğilimindedir. Friedman, geniş anlamda bir hukuk belirleyicisi olarak bütün bir kültür çevresinin unsurları üzerinde odaklaşma eğilimindedir. Hukuk ideolojisi analizleri, "hukuk kültürü"nün tersi olarak genellikle devlet hukuk sistemlerinin mesleki uygulamaları anlamında değer, inanç ve daha geniş anlayış yapılarına hukuk yoluyla tesir etmesi ve güçlendirmesi için mekanizmaların ortaya çıkarılmasında daha uygun bir teorik görev sunabilir[67].

3.1.İdeal Türler Kullanımı

Hukuk ideolojisi kavramı, çağdaş hukuk sosyolojisinin bu özel görevlerine dönük nitelikli olmayabilir. Bu görevler, devlet hukuk sistemlerindeki özel farklılıkların ve uygulamadaki

58 Cotterell, The Concept of, p. 30.
59 Cotterell, p. 21.
60 Cotterell, p. 21.
61 Cotterell, p. 22.
62 Cotterell, p. 22.

63 Roger Cotterrell, Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective, Oxford 1995, p. 7.
64 Cotterell, The Concept of, p.23.
65 Cotterell, p. 15.
66 Cotterell, p. 14.
67 Cotterell, The Concept of, p.23.

farklılıkların sosyal belirleyicilerini dikkate almaktadır. Odaklaşma, hukuk sistemlerindeki çeşitliliğe ilişkin olduğu için araştırma, çağdaş hukuk ve hukuk sosyolojisi arasındaki ilişkiyi dönüştürür görünmektedir[68].

Bu çerçevede Mirjan Damaska'nınki gibi bir yaklaşım, hukuki prosedür modellerindeki farklılıkları açıklamadaki politik yapı ve politik ideoloji ile ilgili özel değişken etkileşimi üzerine odaklaşır. Bu yaklaşım, bir açıklayıcı araç olarak "hukuk kültürü" kavramının içerdiğinden daha umut verici olarak görülür. Damaska'nın analizi, hükümet yapısı ve resmi otorite ideal türlerine dayalıdır. Bu türler, Friedman'ın iç "hukuk kültürü" olarak adlandırdığı şeyin unsurlarını açıklamak için kullanılır. Bu türler, özellikle hukuki organizasyondaki ve bakıştaki farklılık türlerini açıklamak için kullanılır[69].

Damaska, hukuk ailelerinin çağdaş hukuk kavramının usul sistemlerinin farklı özelliklerini nitelendirmek için yetersiz olduğunu ileri sürer. Ona göre, burada iki neden vardır. İlk olarak uygulamaların çeşitliliği nedeniyle, ikinci olarak ise bir ya da diğer hukuk ailelerinin niteliği açısından usuli unsurlar arasındaki açık ilişki eksikliği nedeniyledir[70].

İdeal tipler kullanımı, çağdaş hukuk sosyolojisindeki iki hayati gereksinimi birleştirmek için önemli bir yol olarak görünür. Bunlardan ilki, bir kümeden ziyade bir birlik olarak kültürel düşünme tuzağına düşmeksizin "hukuk kültürü" olarak atfedilen binlerce unsurun tanınmasını olanaklı kılar. İkincisi ise ideal tipler kullanımının aynı zamanda kıyası kolaylaştırmasıdır[71].

3.2.Kültürel Kümeler Çalışması

Kültürel kümeler çalışması, "hukuk kültürü"nün diğer unsurlarından zorunlu olarak farksızdır ya da geçici olarak ve özel şekilde farklıdır. Bundan dolayı "hukuk kültürü", bir farksız küme olarak kültürün bir unsurudur. Bu noktada Cotterell'e göre, açık söylemek gerekirse bir "hukuk kültürü" yoktur. Sadece ve sadece gözlemciler için belirli bir hukuki bakış açısından kültürün görünmesi söz konusudur. Dolayısıyla "hukuk kültürü" alanı ile ilgili çözümsüz bir problem söz konusudur[72].

Bu fikirler, Kuzey Amerika ya da Avrupa gibi büyük ölçekli çağdaş toplumlar göz önünde bulundurulduğunda uygun değildir. Antropolojik çalışmalardaki hukuki plüralizm üzerine odaklaşma hukuk sosyolojisindeki bazı erken çalışmalardaki gibi (Eugen Ehrlich'inki gibi) kültürel değişme ile göreceli olarak kesin bir duyarlılığı içerir. Ehrlich'in çalışmalarında devlet hukuk sistemlerinin ötesinde hukuk düzeni sistemlerinin çoğulculuğu hakkında açıklamalar kesin olarak bu değişimi yansıtmaya niyet etmiştir. Yine

68 Cotterrell, The Concept of, p.23.
69 M.R. Damaska, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven 1986, p. 14.
70 Damaska, p. 15.
71 Damaska, p. 15.
72 Cotterrell, The Concept of, p. 26.

Ehrlich, gelenek, inanç, tutum ve değerlerdeki farklılıklarla ilgili çeşitliliği göstermeyi amaçlamıştır[73].

Kültür kavramı, özellikle etnografik araştırmalar için uygundur. Ayrıca kültür kavramı, köklü yapıların, değer ve inanç sistemlerinin, sosyal eylem modellerinin ve düzenleyici yapıların dokusunu resmetmeyi amaçlar. Bu noktada hukuk ya da kurumsal unsurlar üzerine farklı teorik bakışı muhafaza etmek zordur[74].

Sonuç

Friedman'ın "hukuk kültürü" görüşünün problemleri, temel olarak kültür kavramının kendisiyle ilgili zorlukları yansıtır. Bu zorluklar, bir karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi kavramının kullanışını sınırlar. Diğer bir taraftan kültür kavramı ve bir ölçüde "hukuk kültürü" kavramı kümedeki unsurlar arasında varolan doğru ilişkilerin açık olmadığı ve ilgili olmadığı yerde belirli sosyal çevrede bir arada varolan sosyal olgu kümelerine (düşünce, inanç modelleri, eylem ya da etkilerin modelleri, karakteristik kurumlar vs) bir atıf yolu olarak faydalılığını korur. Bu noktada kültür, hukukun varolduğu sosyal uygulamalar, gelenekler, anlayış ve değerlerin bir çerçevesine geçici olarak atıf yapan uygun bir kavram olarak görünür. "Hukuk kültürü", bu anlamda hukuk sosyolojisi için aynı öneme sahip olabilir. Nitekim "hukuk aileleri" fikri de karşılaştırmalı hukuk için aynı önemdedir.

"Hukuk kültürü" hakkındaki yansımalardan çıkarılan bir genel sonuç şudur: Kavram, çağdaş devlet hukuk sistemlerinde var olan bütün komplekste ve çeşitlilikte kendi vurguları için çok faydalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi "hukuk kültürü", biraz göreceli olarak bölgesel ve biraz da evrensel olarak uyum içinde olan kültürlerin bir geniş çeşitliliği olarak anlaşılabilir. Bu noktada hala birçok koşulda bir genel kültür kavramı üzerine güven özel olarak bir hukuk kültürünün teorik tanımı sorunludur[75].

"Hukuk kültürü" fikri, hukukun birçok yaşam alanına sızmakta ve "hukuk kültürü" hakkındaki bilinçlenme belirli ülkelerde özellikle batı ülkelerinde hızlı bir şekilde genişlemektedir. Bu ülkelerde toplum, büyük bir adalet beklentisini taşımakta ve bu beklenti sürekli canlı tutulmaktadır. Bu beklentiler, sosyal yaşamın bir parçası olarak hukukun, halkın düzenlenmesini beklediği bir kültür tercihini veya şahsi tercihleri açıklaması ve yerine getirmesidir. Bu yönüyle "hukuk kültürü" tartışması davranışsal ifadeleri açıklamaktan ziyade bir akıl yürütme ve teklif olanağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

73 Cotterrell, The Concept of, p. 27.
74 Cotterrell, The Concept of, p. 27-28.
75 Cotterrell, The Concept of, p. 29.

Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım(*)

Vural Fuat Savaş(**)

Giriş

Devlet Gücünü temsil eden kişilerden (politikacı ve bürokrat) bazılarını çeşitli yasa dışı yollarla kendilerine çıkar sağladıklarını gösteren skandalların artması, kamuoyunu ilgi ve dikkatini "Yozlaşma" (corruption) adı verilen bu konu üzerinde yoğunlaştırmıştır. Konu ile ilgili literatür, yozlaşmanın hem sebebini ve hem de çözümünü, genellikle devlet yapısındaki değişmelerde aramıştır. Devletin geleneksel görevine ek olarak, "refah devleti" kimliğinde doğan yeni görevler, devleti oluşturan kadroların (politikacı ve bürokratın, veya başka bir deyişle seçilmişler ile atanmışların) siyasi ve idari takdir yetkisiyle, zor kullanma gücünü arttırmış, bu artan gücün, kamuoyu tarafından gereği gibi kontrol edilmemesi nedeniyle de politikacı ve bürokratın çıkar aracı haline dönmüştür. Öte yandan bu gelişmenin doğal bir sonucu olarak siyasi ve idari yapı aşırı ölçüde merkezileşmiş ve geleneksel demokratik yöntemlerle kontrolü güçleşmiştir. Bu durum da yozlaşmanın bir başka sebebini oluşturmuştur. Bu satırların yazarının da aralarında bulunduğu bir grup sosyal bilimci, yozlaşmanın ana nedeni olarak devlet yapısındaki bu değişmeyi görmüş ve yozlaşmanın önlenmesini sağlayacak çareleri de bu yapının değiştirilmesinde aramıştır. Bunların başında siyasi iktidarın ekonomik yaşama müdahalesinin sınırlandırılması, bunun için de gerekirse anayasal bazı kuralların getirilmesi, özelleştirme yolu ile devletin "minimal devlet" konumuna dönüştürülmesi, devlet bütçesinin denk olmasını sağlayacak önlemlerin alınması, personel atamalarının ciddi standart ve yöntemlerle kavuşturulması gibi önlemler gelir. (Savaş, 1994, 1997/A) Bu önlemlerin gerekli ve yararlı olduğunda kuşku yoktur. Nitekim tebliğimizin sonunda yapacağımız önerilerin başında yine bu kurumsal öneriye yer verilecektir. Ancak biz bu tebliğimizde konunun bir başka yönüne ağırlık vermek çabasında olacağız. Bilindiği gibi devlet soyut bir kavram olup, siyasi ve idari gücü kullanan kişilerin davranışları ile şekillenir. Dolayısıyla devletin işleyişi ve bu

(*) "Yolsuzluk ile Savaşım Stratejileri / Uluslararası Sempozyum" "Anti - Corruption Strategies / An International Symposium" konulu, HFSA, "United States Information Service", "The British Council", "Goethe - Institut İstanbul", "Institut Italiano di Cultura Istanbul" "Goethe - Institut Istanbul", tarafından 29.09-3.10.1997 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirilen sempozyumda sunulmuştur.

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

işleyiş içinde bir takım yasa dışı faaliyetlerin bulunması, doğrudan doğruya devleti temsil eden ve devlet adına görev yapan kişilerin davranışından kaynaklanır. Bu nedenle devletteki yozlaşmayı incelemek ve önlemek için yukarıda kısaca açıkladığımız kurumsal yaklaşım yanında ve belki ondan önce "kişi davranışları "nı incelemek gerekir. Kişiler devlet adına davranırken ve devlet otoritesini kullanırken nasıl davranırlar? Devlet adına görev yaparken kişisel çıkarlarını niçin ve nasıl gözetirler? Yasa dışı bu gibi davranışlar nasıl önlenebilir? Kısacası, bireyin duygu ve davranışları nasıl şekillenir, bu duygu ve davranışların belli ahlâki normlar içinde kalması nasıl sağlanabilir? Bu tebliğimizde cevap arayacağımız konular bunlar olacaktır.

Böyle bir açıklamanın çeşitli bilim alanlarının ortak konusu olduğu açıktır. Başta ahlâk ilmi olmak üzere, sosyoloji, sosyal psikoloji, siyaset ilmi, ahlâk ilmi, felsefe, antropoloji ve tarih; insan davranışını belirleyen etkenlerin neler olduğu konusunda söylenecek çok şeyi olan bilim dallarıdır. Bu satırların yazarı bir iktisat öğrencisidir ve bu nedenle konuya iktisat ilminin çevresi içinde bakılacaktır.

İktisatta insan davranışlarını belirleyen etkenlerin önemli bir rolü vardır. Çünkü iktisatın temel amacı, diğer ilimlerde de olduğu gibi, "geleceği tahmin etmek"tir. İnsan davranışlarını belirleyen etkenlerin neler olduğunu bilmeden veya bu etkenlerin neler olduğu ile ilgili bazı varsayımlara başvurmadan, ekonomik olayların bugünden yarına nasıl bir seyir izleyeceğini, bugün alınan kararların kısa ve/veya uzun dönemde ne gibi sonuçlar ortaya koyacağını kestirmek, davranışlarını nasıl şekillendirmek gerektiği bilinemez. Bugün ile gelecek arasındaki bu karşılıklı etkileşim, insan davranışlarını belirleyen etkenleri bilmeyi, eğer kesin bir bilme söz konusu değilse, bu etkenleri tahmin etmeyi gerektirir.

Özetle belirtmek gerekirse; iktisat doğrudan doğruya insan davranışları ile ilgilenen bilimlerden biridir. Dolayısıyla insan davranışlarını belirleyen etkenlerin neler olduğu iktisat için özel bir önem taşır. Bu önem nedeniyledir ki iktisat, bir ilim olarak ortaya çıktığı günden beri insan davranışlarını belirleyen etkenlere özel bir önem vermiştir.

Günümüzde ortodoks iktisatın Neoklasik teori adı verilen ve büyük ölçüde birey davranışlarının ekonomik analizi ile ilgili dalı, insan davranışları konusunda birbirini tamamlayan iki varsayıma dayanır. Bunlardan birincisi, insan davranışlarına egemen olan, onlara yön veren etkenin "kişisel çıkar" içgüdüsü olduğu varsayımıdır. Buna göre kişiler, ister üretici ister tüketici olsun, daima kişisel çıkarını gözetecek ve bir ekonomik davranıştan elde edeceği kişisel yararı (faydayı veya kârı) maksimize edecektir. Bir başka tanımla kişi belli bir faydaya en az zahmetle, belli bir kâra da en az masrafla ulaşmayı amaçlayacaktır.

Neoklasik iktisat teorisinin insan davranışları ile ilgili bir diğer varsayımı "rasyonellik" varsayımıdır. Bir başka deyişle insanlar akıl ve mantık

kurallarına göre davranırlar. "Homo Economicus" (Ekonomik insan) kavramında somutlaşan bir varsayım ile kişisel çıkar içgüdüsü arasında sıkı bir ilişki vardır. Aşağıda inceleneceği üzere rasyonellik kavramının çeşitli tanımlarından bir tanesi kişisel çıkar içgüdüsüyle yapılan davranışları kapsar.

Bu kavramları, aralarındaki ilişkiye ve yozlaşma olgusunun analizinde nasıl yorumlanacaklarını daha sonraya bırakarak, iktisat teorisinin konumuz yönünden önem taşıyan bir başka özelliğine kısaca değinmek yararlı olacaktır. Yozlaşma ister kurumsal yönden isterse birey davranışı yönünden incelensin, bir ahlâk sorunudur. Ortodoks iktisat teorisi ise, hem neo klasik iktisat teorisi ve hem de makro iktisat ve onun içinde yer alan çeşitli düşünce okulları kendini "amoral" (ahlâk üstü, ahlâkla ilgili olmayan) bir bilim olarak tanımlar. Bununla kastedilen şey, iktisat teorisinin ekonomik olayların analizinde sadece "sebep-sonuç bağlılığı" üzerinde durduğu, bireylerin ahlâki değer yargıları ile ve davranışlarının ahlâki yönleri ile ilgilenmediğidir. Bu nedenle bir iktisatçının iktisat ilmini genel kuralları içinde, bireysel davranışların ahlâki olup olmadığı, ahlâki değilse nasıl ahlâki hale getirileceği ile doğrudan doğruya bir ilgisi yoktur.

Ancak insanın ekonomik davranışlarını belli amaçlara ulaşmayı mümkün kılacak şekilde düzenlemek söz konusu ise (örneğin yeni bir idari örgütlenmeye gidilmesi veya yeni bir yasa çıkarılması gibi) yapılacak düzenlemenin nasıl olması gerektiğini belirtmek de iktisatın ve iktisatçının görevidir. Çünkü yapılacak düzenlemenin etkinliği, yani hedeflenen amaca ulaşmadaki başarı derecesi; bu düzenlemenin insan davranışlarını belirleyen etkenlere uygunluğu ölçüsünde artar.

Bu nedenle iktisatçı, kendini ahlâki ilkeler ile ilgili saymayan bir bilim dalının öğrencisi olmakla birlikte; eğer insan davranışlarının belli amaçlara yöneltilmesi gereği doğarsa alınacak önlemlerin niteliğinin ne olması gerektiğini söylemek gücüne sahiptir. Tebliğimizin son konusunu oluşturan yozlaşmayı önleyici, en azından, azaltıcı önlemler konusundaki öneriler neoklasik iktisat teorisinin temel kavramları olan kişisel çıkar içgüdüsü ve rasyonellik kavramlarının analizine ve karşılıklı ilişkisine dayandırılmıştır; ve bu konuda yapılan bir ilk deneme niteliğindedir.

Nitekim son yıllarda öncülüğünü yargıç Posner'in yaptığı ve Coase Teoremi'ne dayanan "Hukukun İktisadi Analizi" adlı yeni bir bilim dalı hukukun bütün dallarında mevcut ilkelerin, neoklasik iktisat teorisinin insan davranışı ile ilgili temel varsayımlarına göre, yani kişisel çıkar ve rasyonellik ilkelerine göre, düzenlenmesi gerektiğini öne sürmüş ve büyük bir ilgi ile karşılanmıştır. (Posner, 1986; Cooter-Ulen, 1986 s. 10'dan)

Kişisel Çıkar İçgüdüsü

İncelememize iktisatın temel varsayımlarından biri olan "kişisel çıkar" (self-interest) içgüdüsünün nasıl ortaya çıktığı, ne anlam taşıdığı ve iktisatın temel ilkelerinden biri haline nasıl geldiği konusunu ele alarak başlamak yerinde olacaktır.

İnsan davranışlarını, "kişisel çıkar" içgüdüsünün yönlendirdiğini öne süren görüş, insan düşüncesinin yarattığı en eski ürünlerden biridir. Bu kavramın geçirdiği tarihsel gelişimi incelemek konumuz yönünden gerekli değildir. (Ayrıntılı tarihçe için bkz: Savaş, 1997/B. S.260 ve devamı). Tebliğin temel amacı açısından ve özellikle yozlaşmayı önleyici önlemlerin belirlenmesi yönünden üç iktisatçının görüşlerini kısaca ele almak yeterli olacaktır. Bunlar Adam Smith (1723-1790), Jeremy Bentham (1748-1831) ve John Stuart Mill (1806-1873) dir.

Kişisel çıkar dürtüsünün iktisat teorisine köklü ve kalıcı bir biçimde girişi Adam Smith'in ünlü eseri olan ve kısaca Ulusların Zenginliği diye anılan kitabıyla olmuştur. Ancak önemini belirtelim ki bu kavramın "Görünmez El" (Invisible Hand) kavramı ile birleştirip ayrıntılı bir biçimde açıklanması ise Smith'in bir başka önemli fakat ilki kadar tanınmamış kitabı olan Ahlâki Duygular Teorisi'nde gerçekleşmiştir.

Smith Ulusların Zenginliği'nde kişisel çıkar dürtüsünü literatürde çok sık aktarılan şu sözleriyle açıklamıştır:

"Akşam yemeğimizi; kasabın, biracının ve fırıncının, iyilik sever olduklarından dolayı değil, fakat kendi çıkarlarını düşündüklerinden dolayı hazır buluyoruz. Kendimizi onların insaniyetine değil fakat kendilerini sevmelerine bakıyoruz ve onlar kendi ihtiyaçlarımızdan değil, fakat onların çıkarlarından söz ediyoruz. " (Smith, 1937, s.13)

Smith'e göre kişisel çıkar peşinde koşma, her kişinin ekonomik ve sosyal durumunu iyileştirme istediğinden kaynaklanıyor ve ana rahminden mezara kadar insan yaşamının her alanında kendini gösteriyordu. Ancak Smith'in en önemli düşüncesi ve bizce liberalizmin temel taşını oluşturan ilkesi kişisel çıkar peşinde koşan insanların "hiç istemeden ve hiç farkında olmadan" toplumun refahını da artıracaklarını öne sürmüş olmasıdır. Smith "Görünmez El" (Invisible Hand) adını verdiği bu kavramı Ulusların Zenginliği'nde sadece bir defa ve ithal sınırlamaları ile kapital birikimi konusunu açıklarken kullanmıştır:

"Fert genellikle, ne toplumsal çıkarı teşvik etmeye niyetlenir ve ne de onu ne kadar teşvik ettiğini bilir. Yurtiçi sanayii yabancı sanayie karşı desteklenmekle fert sadece, kendi güvenliğini gözetir; ve sanayii üretimini en çoğa çıkaracak (maksimize edecek) şekilde yönetirken de sadece kendi kazancını düşünür ve fert bu durumda, diğer durumlarda olduğu gibi, bir GÖRÜNMEZ EL tarafından tasarıları içinde yer almayan bir amacı teşvik etmiş olur." (Smith, 1937, s.456 vurgulama bizim).

A. Smith "görünmez el" kavramının içeriğini ve toplumsal görevini Ahlâki Duygular Teorisi (The Theory of Moral Sentiments) adlı eserinde geniş biçimde açıklamaya çalışmıştır.

Heilbroner tarafından bir "şaheser"olarak nitelendirilen (Heilbroner,1986, s.57) bu kitabında Smith, bireylerin ahlâki yargılarını nasıl oluşturduklarını, "fazilet" ve "günah" kurallarını nasıl tanımladıklarını açıklamaya yönelmiştir. Kitapta ele alınan konuların ekseni, Smith'in "Görünmez El" adını verdiği kavram olup, Smith bu kavramı "Tanrı'nın insan faaliyetlerine yaptığı gizli müdahale" olarak tanımlanmıştır. İktisatçılar "Görünmez El"den genellikle serbest piyasa mekanizmasının kendi kendine düzenli bir biçimde işleyişini anlar. Oysa ki Smith'in teorisinde Görünmez El, bu düzenleme görevinin ötesinde çok daha önemli bir göreve sahiptir. Smith'e göre Görünmez El olmazsa ne ahlâktan ve ne de toplumsal düzenden sözetmek mümkün olur. Ayrıca "toplumsal düzenin istikrarı ve sahip olduğu hiyerarşik yapı", Görünmez El sayesinde sağlanır.

Ahlâki Duygular Teorisi'nin cevap aradığı ilk soru kendi çıkarını gözeten bireylerin nasıl olup da egoizmden sıyrılıp bazı ahlâki ilkeler oluşturabildikleridir. Smith, kitabının başında bu soruya şu cevabı verir:

"İnsan ne kadar egoist olursa olsun, doğasında mevcut bazı ilkeler onu başkalarının mutluluğunu görmekten, kendine hiç bir çıkar elde etmese de, mutlu olur." (Smith, 1790, s... Heilbroner 1986, s.65'den).

Bu sözler, ünlü "Sempati İlkesi" (sympathy principle)nin ifadesi olup, Smith'in ahlâk teorisinin temelini oluşturur. Smith'e göre sempati tek "orijinal tutku" olup ahlâki kuralların ana kaynağıdır. Çünkü sempati çevremizdeki insanların davranışlarını onaylayıp onaylamadığımızı gösteren bir kriter rolü görür.

Smith "sempati" ve "onay" ilkelerini (sempati zımni bir onaya dayandığı için sadece "sempati ilkesi"nden söz etmek daha doğru olacaksa da yozlaşma konusunun incelenmesinde ayrı bir öneme sahip olduğu için biz burada sempati ve onayı birbirinden ayrı ele almayı tercih ettik.) hem birey davranışlarında ahlâki duyguların oynadığı önemli rolü ve hem de toplum düzeninin istikrarının böyle bir tutumla sağlanacağını açıklamak için kullanmıştır.

Smith'in sempati anlayışı "dinamik" bir yaklaşımı yansıtır. Bir başka deyişle değişen koşullar, sempati duyulan veya duyulmayan davranışları da değiştirir. Smith'e göre bir toplumda bireyler geleneksel ahlâk kuralları ile sınırlı değildir. Aksine her birey yetenekleri ve tutkularına göre davranmakta serbesttir. Bu nedenle Smith "ahlâki duyguların insanlara verilmediği fakat insanlar tarafından yaratıldığını" söyler. Akla gelen soru ise şudur: Bu durumda toplum anarşiye ve bir ahlâk kaosuna sürüklenmezmi? Bu soruya Smith "Hayır" diye cevap verir; çünkü, kaçınılması mümkün olmayan sempati ilkesi, kişileri toplumun onayını elde edecek şekilde davranmaya zorlayacaktır. Bu durumda bireyin, yeni koşullar yeni sempati biçimleri oluşturmuş olsa dahi, diğer bireylerce onaylanacak davranışlar dışına çıkması mümkün olmaz. Bu durum sadece birey davranışının, günün "ahlâki normları" na uygun olmasını sağlamakla kalmaz, aynı zamanda, bu durumun bir sonucu olarak toplumda istikrar ve güven de sağlar.

Kişisel Çıkar-Görünmez El İlişkisi

Sempati İlkesi ile Görünmez El arasındaki ilişkinin açıklanması, kanımızca, Ahlâki Duygular Teorisi'nin en orjinal ve önemli katkısını oluşturur. Smith'e göre insan, doğası gereği, davranışlarının ne gibi sonuçlar yaratacağını, çok sınırlı bir alan dışında, önceden kestiremez. Öyleyse kişi nasıl bir davranışta bulunması gerektiğini nasıl bilecektir? İnsana görev duygusu ve vicdan gibi üstün ahlâki değerlerin Tanrı tarafından verildiğini savunan Smith, bu soruya da aynı yaklaşımla cevap vermiştir. Ona göre Tanrı, dünyayı yaratırken insana "akıldan daha güvenilir bir rehber" vermiştir. Bu da insanın "ihtirasları" (passion) dır. İhtirasların insan davranışlarını yönlendirici etkisi ve bu yönlendirmenin ortaya koyduğu sonuçlar "Görünmez El"i yaratır.

Smith'in sözleriyle; Görünmez El, "Doğanın Yaratıcısı" tarafından insana verilen ve insan aklının zayıflığına rağmen insanın Tanrı'nın istediği gibi bir yaşama ulaşmasını mümkün kılacak araçları ifade eder. Bu araçlar, Tanrı'nın insanın içinde yerleştiği güçlü içgüdüler ve dürtülerdir. İnsanlar bu içgüdü ve dürtülere, onların uzun dönemli toplumsal amaçlarının ne olduğunu bilmeden uymak zorundadır. Böylece acil isteklerimizin karşılanması için giriştiğimiz hareketler bizi "amaçladığımız ve farkında olmadığımız" sonuçlara yönlendirir.

Fakir adamın çocuğunun zenginin sahip olduğu olanaklardan nasıl etkilendiği ve servet sahibi olma büyüsüne nasıl kapıldığını anlatan Smith, Görünmez El'in oynadığı önemli rolü açıklar. Fakirin zengin olana hırsının insan doğasından kaynaklandığını belirttikten sonra "Doğanın bizi bu tür tutkularla donatması iyidir." Çünkü doğanın Yaratıcısı, bizi zenginliğin büyüsüne kaptırmakla, insan üstü gayretlere yönelmemizi sağlamıştır. Para kazanma duygusu ile koşuştururken "toprağı sürer, evler yapar, şehirler ve devletler kurar, Bütün bilimlerde ve sanatlarda yenilikler ve ilerlemeler sağlar..., İlkel ormanları hoş ve verimli ovalar haline dönüştürürüz." (Smith, 1790, Heilbroner, 1986, s.119-123).

Sadece kişisel çıkar için girişilen bu açıkgözlü davranışlar sonunda, zenginlik yaratan ve herkesin yararına olan toplumsal bir sonuç ortaya çıkar. Bu Smith'in Ulusların Zenginliği'nde savunduğu Görünmez El'in ekonomik yaşamdaki önemini gösterir.

Bentham ve"Utilitarianism"

"Kişisel Çıkar", "Görünmez El" ve "Özgür Birey" üçlüsünün gelişim sürecindeki ikinci aşama Faydacılık Doktrini'nin (Utilitarianism) kurucusu olan Jeremy Bentham'dır.

Eski Yunan Felsefelerinden biri olan Hedonizm'den kaynaklanan ve "Zevk (Haz) Psikolojisi" (Hedonistic Pyschology) adı verilen bir temele dayanan Bentham, Smith'in Ahlâki

Duygular Teorisi'nin son baskısı ile hemen aynı yıllarda (1789) yayınlanan "Ahlâk ve Yasama İlkelerine Giriş" (Introduction to the Principles of Morals and Legislation) adlı kitabında, "Doğa; insanı, iki bağımsız efendinin, acının ve zevkin yönetimi altına koymuştur." dedikten sonra bu iki efendinin; yanlışı ve doğruyu ve sebep-sonuç bağlılığını gösterecek tek ölçüt olduğunu savunmuştur:

Doğa insanlığı iki bağımsız efendinin yönetimi altına koymuştur: ACI ve ZEVK. Ne yapmamız gerektiğini ve ne yapacağımızı sadece bunlar gösterir. Bir taraftan doğru ve yanlışın ölçütü, diğer taraftan da sebep ve sonuç bağlılığı onların tahtına bağlanmıştır." (Bentham, 1970, s.1; Harris, 1980, s.37'den).

Bentham'a göre bir davranışın doğru ve yerinde bir davranış olması ancak "faydalı" olması koşuluna bağlıdır. "Fayda İlkesi" (Utility Principle) adını verdiği bu ilkeyi de şu sözlerle açıklamıştır:

"Fayda ilkesi ile kastedilen, her hareketin; söz konusu tarafın mutluluğu arttırıp azaltmasına göre, veya başka bir deyişle, mutluluğunu teşvik edip etmemesine göre onaylanıp onaylanmayacağı ilkesidir." (Bentham 1970, s.2; Harris, 1980, s.37-7'den)

Faydanın ölçülmesinin mümkün olduğunu öne süren Bentham'a göre hem birey davranışlarının ve hem de devlet faaliyetinin yanlış veya doğru olduğunun temel bir ölçütü vardır. "Temel Kural" adını verdiği bu ölçütü şöyle açıklamıştır:

"Yanlış veya doğrunun ölçüsü, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğudur."

Zevk Matematiği" (Felicif Calucus) diye adlandırılan bu düşüncelerden hareket eden Bentham "faydacı ahlâk" (Utilitarian Moral) ve "faydacı devlet " (Utilitarian State) kavramlarını yaratmıştır. İnsan davranışlarının sadece zevk ve acı ile yönlendiriyor olması, hem bireysel davranışlarda ve hem de devlet faaliyetinde "fayda prensibi" (utility principle)nin dikkate alınmasını gerektirir. Ferde fayda sağlayan faaliyet ise "istenmez" (kötü) ve "üzüntü verici"dir.

Bentham'a göre toplum hayali bir varlıktır ve ortak çıkar ancak bireysel çıkarın bilinmesiyle belirlenebilir. Çünkü toplum çıkarı denilen şey, "onu oluşturan bireylerin çıkarının toplamından meydana gelir." Ona göre devlet, zora dayanarak kurulmuş ve alışkanlıklarla devam ettirilmiştir. Bentham'ın bu görüşleri "bireycilik" (individualism)in ve liberalizmin temellerini oluşturmuştur.

Ferdin çıkarından başka gerçek çıkar olmadığını ve bunu da fertten başka hiç kimsenin bilmeyeceğini söyleyen Bentham, ulusal zenginliğin ve mutluluğun artması için "devletin hiçbir şey yapmaması ve sadece susması gerektiği"ni iddia etmiştir.

Smith'in kişisel çıkar dürtüsüyle hareket eden bireyin, onay ve sempati ile sınırlanması gerekeceğini düşünmesine karşılık Bentham, yukarıda kısaca belirttiğimiz devlet ile ilgili görüşleri ile tezat teşkil edecek bir tavır takınmış ve kişisel çıkar peşinde koşan kişilerin davranışlarına yasal yönden müdahale etmeyi ve bir ceza tehdidi getirmeyi savunmuştur. Ancak bu yasalar bireylerin kişisel çıkarlarını izleyen doğal davranışlarına ters düşmemeliydi. Doğal biçimde davranan insanlar, öyle bir kural ve yaptırımlar sistemi içinde yerleştirilmeliydi ki, kendi doğal davranışlarını takip ederek, hem kendilerini tatmin etsinler ve hem de "en büyük mutluluğu " yaratabilsinler. Bu nedenle Bentham, insanlığa yapılacak en büyük yardımın "iyi yasalar" yapmak olduğunu söylemiştir. İyi yasa yapmak için de iki ilkeye sadık kalmak gerekecekti. Birinci ilke "en çok sayıda insana en büyük faydayı sağlamak", ikinci ilke de "psikolojik hedonizm"e yani insanların zevke koşup acıdan kaçtıklarını söyleyen teoriye uygun davranmaktı. (Bentham'ın hukuk felsefesindeki yeri ve önemi için bkz: Güriz, 1992, s.255-286.)

J. S. Mill ve Aydınlatılmış Kişisel Çıkar

Üzerinde duracağımız üçüncü aşamayı John Stuart Mill temsil etmektedir. Mill, hem Bentham'ın "İspatın Mantığı" (Rationale of Evidence) adlı beş ciltlik kitabını yayınlamış ve hem de onunla birlikte "Radikal Filozoflar" adı verilen grupta yer almış olmasına rağmen Bentham'ın bazı görüşlerine karşı çıkmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz: 1997/B, s.441 ve devamı). Özellikle Bentham'ın insan davranışının sadece kişisel çıkar tarafından yönlendirildiği yolundaki görüşünü red etmiş, Smith'in vurguladığı sempati ve iyilikseverlik (alturism) gibi insancıl davranışlara yer vermediği için onu eleştirmiştir. Aynı zamanda faydacı teori'de zevkler arasında derecelendirme yapılmış olmasını, kişisel zevklerin birbirinden farklı olabileceğine yer verilmesini eleştirmiştir. "Tatmin edilmiş bir domuz olmaktansa tatmin edilmemiş bir insan olmak daha iyidir." demek suretiyle zevk ve mutluluğunu izafi (göreli) olduğunu belirtmiştir.

Ancak Mill'in bu eleştirileri Faydacı Teori'nin red edilmesinden çok bu teorinin ıslah edilmesine yönelikti. Çünkü Mill de bir "hedonist", yani kişi davranışında zevklerin ve duyguların ahlâki niteliğinin insanın mutluluğuna olan katkısı ile ölçülmesi gerektiğini düşünüyordu.

Faydacı Teori'ye Mill'in yaptığı katkı "Aydınlatılmış Kişisel Çıkar" (Enlightened Self-Interest) diye adlandırılan katkıdır. Gerçek yaşamda kişisel zevklerin arasında bir tercih sıralaması yapabilir, uzun dönemde daha çok zevk elde etmek için bugünkü zevkinden vazgeçebilir veya elindekileri kaybetmemek için, bazı kişi veya gruplara bazı ödünler verip kendi zevkinden fedakârlıkta bulunabilir. İşte Mill bu gibi durumları incelemeye yönelmiştir. Bunun için de "fayda" kavramını yeniden tanımlamış, objektif bazı kriterlere göre zevklerini sınıflandırmaya ve aralarındaki nitelik farklarını belirlemeye çalışmıştır. Buna göre bazı zevkler sahip oldukları nitelik nedeniyle diğerlerinden üstündür. Bazıları az sayıda kişi için zevk kaynağı olabilir, bazıları ise çok sayı-

da insana fayda verebilir. Zevkleri bu şekilde sınıflandırma söz konusu olunca karşımıza kaçınılmaz bir sorun çıkar: Zevkleri, arzu edebilirlik sıralamasına kim tabi tutacaktır? Bir "diktatör" mü, bir "filozof-kral" mı? Yoksa bireylerin kendi başlarına doğru tercihte bulunabileceklerini mi varsayacağız?

Bu önemli soruya Mill ve diğer faydacı düşünürler, "bireyin doğru tercihte bulunacağı" şeklinde cevap vermişlerse de, bütün ümitlerini bireyin eğitimine ve toplumun orta sınıfını oluşturan kimselerin, hırslarını kontrol altında tutmayı başaracak akıl ve basiret sahibi olmalarına bağlamıştır. "Aydınlatılmış kişisel çıkar" kavramı, kişisel çıkar dürtüsü ile hareket eden bireyin davranışlarının ancak eğitimi sayesinde diğer kişilerin onay ve sempatisini kazanacağını öne sürer (Macridis, 1986, s.32).

Buraya kadar anlatılanları ve Smith, Bentham ile Mill'in görüşlerini özetlemek gerekirse şunu söyleyebiliriz: İnsanlar kişisel çıkar içgüdüsü ile hareket ederler. Kişisel çıkar içgüdüsü ile hareket eden insanlardan oluşan bir toplumda, anarşinin değil, düzen ve istikrarın egemen olması ise, kişisel çıkar dürtüsü ile hareket eden insanların bu davranışlarının, bir taraftan kontrol altında tutulmasından (bu kontrol Smith'de sempati, Bentham'da yasa, Mill'de ise eğitim ile sağlanır.) diğer taraftan toplumun tümünü, bireyler farkında olmasa da, zenginliğini artırmasından kaynaklanır. Bu umulan olumlu sonucun ortaya çıkması ise, bireyin karar ve davranışlarında özgür olmasına bağlıdır. Liberalizmin benimsediği ve savunduğu insan davranışı ve insanlar arası karşılıklı ilişkiler, bu ilkelerden kaynaklanır.

Burada özenle altı çizilmesi gereken bir nokta vardır. Bu da "kişisel çıkar içgüdüsü" ile bütün insanlık tarihi boyunca, her türlü düşünce tarafından horlanan ve eleştirilen "açgözlülük" (avarice) kavramının birbirinden ayrı kavramlar olduğudur. Kişisel çıkar içgüdüsü insan yaşamının her alanında, ekonomide, siyasette, eğitimde ve sanatta "ideal"e ulaşma istek ve çabasını yansıtır. Bu nedenledir ki basit bir "açgözlü davranış" (tamah veya hırs kavramları da eş anlamlı) olmayıp "rasyonel" bir davranışı temsil eder. Kişisel çıkar dürtüsüne verilen bu anlam, bizi "rasyonel" kavramını incelemeye götürür. Aşağıdaki bölümde kısaca bu incelemeyi yapacağız.

Rasyonellik ve Kişisel Çıkar İçgüdüsü

Kişisel çıkar içgüdüsünü yukarıda belirttiğimiz niteliği kabul edince, rasyonellik ile arasındaki ilişkiyi ortaya koymak çok kolay olacaktır, çünkü aşağıda belirttiğimiz üzere kişisel çıkar dürtüsü ile rasyonellik tanımı arasında çok sıkı bir ilişki vardır.

Konu ile ilgili literatürde, rasyonellik iki şekilde tanımlanmaktadır. Bunlar "tutarlık" (consistency) tanımı ile "kişisel çıkar" tanımıdır. Tutarlılık tanımına göre, rasyonellik çeşitli alt kümelerden yapılacak bir tercihin birbiriyle tutarlı olması demektir; birbaşka deyişle x ve y elemanlarına sahip çeşitli alt kümelerin hepsinde ve daima x'in y'ye tercih edilmesi hali"dir. (Sen, 1987/A, s.69; Sen, 1987/B s.15 ve devamı) Bu tanımı günlük yaşama uygularsak; rasyonellik "belli koşullarda hep aynı davranışın tekrarlanmasını" gerektirir.

Rasyonelliğin ikinci tanımı ise doğrudan doğruya, kişisel çıkar içgüdüsüne dayanır ve rasyonel davranışı, "kişisel çıkarın optimizasyonu" olarak tanımlar. Sen'in belirttiği gibi, insan davranışını belirleyin başka etkenlerden söz etmek mümkün olsa dahi, "acımasız bir şekilde, kendi çıkarını gözeten "ekonomik adam" varsayımı iktisatta çok uzun süreden beri insan davranışını belirleyen bir rol oynamıştır." (Sen, 1987/A, s.69)

Neoklasik iktisatın temel konularını oluşturan "fayda maksimizasyonu" (Tüketici Dengesi) ve "kâr maksimizasyonu" (Üretici Dengesi) rasyonel bireyin ulaşmayı amaçladığı "ideal durum"ları gösterir. Bu ideal durumlara ulaşılması, ancak bireylerin kişisel çıkar dürtüsü ile hareket etmeleri halinde mümkündür. Çünkü ancak bu dürtü ile hareket eden bireyler arasında; "iş bölümü", rekabet ve gönüllü mübadele" mümkün olur.

Bu konuya son vermeden önce bir noktayı belirtmek gerekiyor. Kişisel çıkar dürtüsüne dayalı rasyonellik kavramı, çok çeşitli yönlerden eleştirilmiş olmasına rağmen iktisatın neoklasik iktisat adı verilen ve bugünkü ders kitaplarında "Fiat Teorisi" diye adlandırılan bölümünde temel yaklaşımı oluşturur. Keynesyen İktisat ile Moneterism'in bu yaklaşımı ile ilgisi ya hiç yoktur veya çok zayıftır. (Arrow, 1987, p.70). Son çeyrek yüzyılda ortaya çıkan ve Rasyonel Beklentiler Hipotezi'ne dayalı "Yeni Klasik iktisat" (New Classical Economics) teorisi "Fertler Optimize eder" ve "Piyasalar dengeye Getirir" İlkelerini Makro İktisat'a da uygulama gayreti içindedir. Yeni Klasik İktisat'ın yaygınlık kazanması haline kişisel çıkar dürtüsüne dayalı rasyonellik kavramı hem Fiat Teorisi'nin ve hem de Milli Gelir Teorisi'nin (eğer birey davranışlarından soyutlanmış böyle bir teori varlığını sürdürebilirse) temel varsayımı haline gelecektir.

Rasyonel Yaklaşımın Eleştirisi

Yukarıda açıklanan rasyonalite yaklaşımı çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin bir kısmı rasyonellik için öngörülen koşulların, gerçek dünyada bireyler tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı konusunda yoğunlaşmıştır. Homo economicus kavramında şekillenen ve bireyin, ilgilendiği konu ile ilgili tüm enformasyona (information) sahip olduğu ve bütün alternatifleri inceleyip değerlendirdiği varsayımı gerçekçi değildir. Kişiler bir konu ile ilgili tüm enformasyona her zaman sahip olmayacakları gibi, elde ettikleri bilgileri de her zaman mantık kurallarına uygun biçimde değerlendirmeyebilirler.

Rasyonellik yaklaşımına yöneltilen eleştirilerin diğer bir kısmı da bu yaklaşımın, sadece kişisel çıkar dürtüsünü insan davranışlarını etkileyen tek etken olarak ele alınmasına yöneltilmiştir. Bu görüşe göre insan davranışını etkileyen sayısız etken vardır ve

bu etkenlerin bir kısmı, örneğin elcillik (alturism); ihtiyaç içindeki kimselere sadaka verme ve yardım etme gibi, kişisel-çıkar motifine aykırı etkenlerdir. Dolayısıyla rasyonel davranışın sadece kişisel çıkar duygusuna, dayandırılması gerçekçi bir davranış değildir. (Bu eleştiri için bkz: Etzioni, 1988.)

Birinci grup eleştrilerinin, yani kişilerin karar vermek için gerekli tüm enformasyonu toplayamayacakları ve mantıksal biçimde değerlendiremeyecekleri eleştirisi tam rasyonellik yerine "sınırlı rasyonellik" kavramının (bounded rationality) öne sürülmesine neden olmuştur. (Bazen bu yaklaşıma "eksik rasyonellik" (imperfect rationality) adı da verilmektedir. Ancak böyle bir rasyonellik anlayışı da esas itibarıyla, kişisel çıkar-rasyonellik ilişkisini red etmemiştir.

Bireylerin kişisel çıkar dürtüsü yanında toplumda saygınlık kazanmak gibi manevi hazlar elde etmek veya diğer insanları mutlu etmek gibi elcil motiflerin de dikkate alınmasını savunanlar rasyonellik kriterlerinin genişletilmesini isterler. Bu tür bir yaklaşımın da "genişletilmiş rasyonellik" (extended rationality) olarak adlandırılır.

Bu tartışmalar, rasyonellik ile ilgili literatürde geniş bir yer tutar. Neoklasik iktisat teorisinin, kişisel çıkara dayalı rasyonellik kavramını savunanlar, bu eleştirilere hak vermekle birlikte; kişisel çıkar kavramının kapsamını çok geniş olduğunu; diğer etkenlerin de bu kavram içinde düşünülebileceğini öne sürmektedir. Örneğin başkalarının fayda ve mutluluğuna önem veren elcil (alturist) bir yaklaşım da , özünde o kişilerin sempatisini ve güvenini kazanmak gibi, tamamen kişisel çıkar dürtüsüne dayalı bir davranış olduğunu savunan düşünürler de vardır. (Hammond, 1975, s.115-132)

Birey Davranışı Üzerindeki Sınırlar ve Rasyonellik

Yukarıdaki açıklamalarımızda, rasyonelliğin; belli koşullar içinde bulunan bireyi "karar verme özgürlüğüne tam olarak sahip olduğu" bir durum için ele aldık ve bireyin, kişisel değerlendirmeleri dışında hiçbir sınırlamaya tabi olmadığını varsaydık. Böyle bir varsayım, hem yukarıda "kişisel çıkar-görünmez el" ilişkisi ile ilgili teorik açıklamalar yönünden ve hem de gerçek dünya koşulları yönünden gerçekçi değildir. Bireyler, davranışları ile ilgili kararları çeşitli sınırlamalar altında almak zorundadır.

İnsan davranışı üzerindeki bu sınırlamaları iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup sınırlamalara "bireyden kaynaklanan sınırlamalar" adını verebiliriz. Bu gibi sınırlamalar, büyük ölçüde Smith'in öne sürdüğü "sempati" ilkesinden kaynaklanır ve bireyin kendi düşünce ve inançlarına dönüşüp, davranışlarına yön veren "ahlaki ilkeler" halini alır. Mill'in büyük önem verdiği "eğitim"in, bu ilkelerin hem sayıca çoğalmasında ve hem de bağlayıcılıklarının artmasında etkin bir rolü vardır.

İkinci grup sınırlamalar ise Bentham'ın önemini vurguladığı türden sınırlamalar olup "kurumsal sınırlamalar" diye adlandırılabilir. Kurumsal sınırlamalar, birey davranışını diğer bireyler üzerinde olumsuz etkiler yapmasını engellemek amacıyla, bazı kurumlar tarafından getirilen sınırlar olup, bunların en önemlisi "yasalar"dır.

Bu iki grubun sınırlamanın rasyonellik ilkesi ile ilişkisi birbirinden farklıdır. Bireyden kaynaklanan ve kısaca "ahlâki ilkeler" diye adlandıracağımız sınırlar, rasyonellik ilkesi ile uyum içindedir. Çünkü ikisinin de ana kaynağı bireyin kendi düşünce ve çıkar sistemidir. Bireyin benimsediği bir ilke onun rasyonellik sınırlarını da çizeceği için, ikisi arasında herhangi bir çatışma söz konusu olmayacaktır.

Durum yasalar için büyük ölçüde farklı olacaktır. Yasalar, belli davranışları, devletin zor kullanma gücüne dayanarak sınırlayacak, hatta bazı hallerde tamamen imkânsız kılacaktır. Bu nedenle "rasyonellik" ile "yasalara uyum" arasında devamlı bir "gerginlik" söz konusu olacaktır. Bu durum yasaların yapılışı ve uygulanış biçiminin, toplumu oluşturan ve çeşitli çıkarları temsil eden birey tercihlerini yansıtmaması ölçüsünde daha da şiddetle kendini gösterecektir. Bentham'ın "iyi yasa" kavramını özenle neden vurguladığını, bu açıklamanın ışığında anlamak kolaydır.

Literatürde, yasalara uyum yönünden rasyonelliğin çeşitli tanımları yapılmışsa da (Hamlin, 1986, s.50-53) bu tanımların hiçbiri rasyonellikle yasaya uyum arasında bir çelişki olduğu gerçeğini göz ardı edememiştir. Biz bu tartışmalara girmeksizin doğrudan iktisat teorisinde konunun nasıl ele alındığına değineceğiz.

Yukarıda ayrıntılı biçimde incelediğimiz ve kişisel çıkar dürtüsüne dayanan Neoklasik iktisatın rasyonellik yaklaşımında bireyin yasa karşısında ne sorumluluğu ve ne de onlara uyma zorunluluğu vardır. Aksine yasa bireyin karar alma süreci üzerinde doğrudan hiç bir etkiye sahip değildir. Yasanın etkisi, dolaylı bir etki olup, bu da yasanın uygulanmaması halinde uygulanacak ceza tehdidini, birey davranışı "yasa dışı" kılmasından ve böyle bir davranışın maliyetini artırmasından ibarettir (Hamlin, 1986, p.53). Dolayısıyla neoklasik iktisatın rasyonellik yaklaşımına uygun davranan bir birey, yasaya değil, getirdiği ceza tehdidine önem verecektir. Böyle bir durumda da yasa, birey davranışını toplumca kabul edilebilir bir davranışa dönüştürecek bir sınırlama olmaktan çıkar ve alternatif davranışlarının biçimlerinin maliyetlerini (dolayısıyla fiatlarını) değiştiren bir unsur haline dönüştürür.

Özetlemek gerekirse, altı çizilmesi gereken sonuç şudur: Neoklasik iktisatın rasyonalite anlayışı doğrudan doğruya kişisel çıkar dürtüsüne dayanır ve yasalar birey davranışlarının sınırları olarak değil, bireysel karar alma sürecinde, sadece, alternatif davranış biçimlerinin nisbi maliyetlerini (dolayısıyla fiatlarını) etkileyen bir unsur olarak yer alır.

Yozlaşmanın İktisadi Analizi

Kendisini "amoral", yani "ahlâki değer yargıları ile ilgisiz" sayan bir bilim dalı, yozlaşmayı nasıl analiz

eder ve önlenmesi için ne gibi çarelere önerebilir.

Bu zor konunun incelenmesine önce yozlaşmanın, yani devlet parasını çalma (ihtilas), rüşvet alma (irtikap) ve adam kayırma (iltimas) gibi davranışların niteliğini ve taraflarını belirleyerek başlamak yararlı olacaktır.

Yozlaşma diye nitelendirilen herhangi bir davranış, herşeyden önce bir "değişim" (mübadele) (exchange) işlemidir. Olayda bir alan (müşteri) bir de satan (kamu gücünü temsil eden kişi) vardır. Ancak değişim işlemini, piyasada meydana gelen değişim işleminden ayıran bazı özellikler vardır. Bunun başında gizlilik gelir. Gerçekleşen değişimi, alan ile satan arasında hiç kimseye haber vermeden, gizli olarak yapılır. Dolayısıyla potansiyel alıcı ve satıcılar arasında herhangi bir rekabet söz konusu değiidir. Rekabet olmayınca, değişimin sayısal büyüklüğü (piyasa benzetmesini sürdürürsek, oluşan fiat) "karşılıklı monopol" (bilateral monopoly) piyasasında olduğu gibi belirsiz olup, tarafların pazarlık gücüne bağlı olarak şekillenecektir.

Söz konusu değişim bir "gönüllü değişim"dir. Bir başka deyişle gizlilik ve fiyatın belirsizliği özelliklerine rağmen yozlaşmayı yaratan değişim, tıpkı bir piyasada olduğu gibi tarafların isteği ile gerçekleşen bir alış-veriştir. Gerçi taraflardan birinin devlet gücünü temsil ettiği ve karşı tarafı bu güce dayanarak zorladığı düşünülebilirse de, karşı taraf istemezse, böyle bir işlem gerçekleşmez.

Bu gönüllü değişimde tarafların davranışı kişisel çıkar dürtüsü açısından benzerlik gösteriyorsa da, aslında durum böyle değildir. Alan taraf kişisel çıkar dürtüsüyle hareket etmekte ve rasyonel davranmaktadır. Çünkü alıcı, ödemeyi kabul ettiği fiyatının (yani devlet gücünü temsil eden bireyin davranışı "risk-yüklenen kişi" (risk-taker) davranışı olup rasyonellikten uzaktır. Yüklendiği risk "gizli" olan işlemin açığa çıkma riskidir. Böyle bir risk gerçekleştiğinde makamını kaybetmek, tazminat ödemek ve hatta hapse girmek tehlikesi vardır. Ancak neoklasik bir iktisatçı soğukkanlılığı ile şunu da eklemek zorundayı: eğer işlemin fiyatı bu riskleri de karşılayacak kadar yüksek tutulmuşsa, devlet gücünü temsil eden kişinin de rasyonel davrandığını söylemek gerekir.

Alan taraf ile satan tarafın davranışları arasındaki bir diğer fark da böyle bir işleme girişmekteki amaçları yönünden ortaya çıkar. Alan taraf, kişisel çıkar dürtüsünü kapsadığı bütün maddi ve manevi çıkarları (büyük kâr elde etmek, başarılı bir iş adamı olmak, yeni yatırımlar yapmak, toplumda saygınlık kazanmak vs. gibi) optimize etmek amacındadır. Onun için yapılan yolsuzluk, sorunu yasal yollardan çözmek mümkün olmuyorsa, kariyerinin bir gereğidir. Devlet gücünü temsil eden kişi için ise yolsuzluk bir açgözlülük davranışından ibaret olup, mesleki kariyerinin devamı için gerekli değildir. Bu bize kişisel çıkar dürtüsü ile açgözlülük arasında, yukarıda değindiğimiz, önemli farkı göstermektedir. İş adamı davranışının; koşulları bilenler tarafından sempati ile karşılanacağını ümit edebilirse de, devlet temsilcisinin böyle bir beklentisi olmayacaktır.

Burada sorulması gereken soru şudur: Eğer bir yozlaşma oluşturan davranış taraflar arasında meydana gelen gizli ve gönüllü bir değişim ise, diğer fertleri neden ilgilendiriyor ve neden bir toplumsal sorun haline geliyor veya getiriliyor?

Bu soruya verilebilecek birinci cevap, yozlaşmanın, üretilen mal ve hizmetlerin fiyatını artırmasıdır. Gerçekten de yozlaşmada alan taraf yozlaşmanın fiyatını (ödediği bedeli) ürettiği mal ve hizmetlerin piyasaya arz fiyatını yükseltmek suretiyle sağlar. Son günlerde IMF ve OECD gibi kuruluşların; ihracat, ithalat ve ihalelerde yıllardan beri süren gelen yozlaşmayı birden sorun haline getirmesi, uluslararası ticarette şiddetli bir rekabetin ortaya çıkması nedeniyledir. Çünkü yozlaşmaya ödenen fiyatı, mal ve hizmet fiyatlarına yansıtmak gittikçe güçleşmekte ve bu nedenle uluslararası iş yapan firmaların kâr marjları azalmaktadır.

Yozlaşmanın toplum dikkatini çekmesine neden olan bir başka yönü, bu tür ilişkilerin yarattığı fiili tekeller (monopoly) dir. İşlemin gizliliği, satın alan tarafın bir süre sonra ait olduğu üretim veya hizmet dalında monopol gücüne sahip olmasına yol açmakta, bu da monopolün bütün olumsuz yönlerinin (sınırlı üretim ve yüksek fiyat) doğmasına neden olmaktadır.

Normal düzeyinde daha yüksek fiyat ve monopol gücü, ulusal ve uluslararası ekonomide kaynakların optimal dağılımını da olumsuz yönde etkilemekte, yatırımların yönü ve miktarı, bu tür yozlaşmanın mümkün olduğu alanlara kaymaktadır.

Bu saydıklarımız ve bunlara eklenecek diğer sebepler (gelir dağılımının bozulması, bölgeler arası eşitsizliğin artması ve enflasyonist baskıların doğması gibi) yozlaşmayı, alan ve satanların dışında kalan bireyler için ciddi bir sorun haline getirmektedir.

Öyleyse, şimdi de, şu soruyu sormak gerekiyor: Yozlaşmayı önlemek için ne yapmak gerekir? Tebliğimizin başında belirttiğimiz gibi alınması gereken tedbirlerin en önemlisi devletin asli görevlerine (savunma, adalet ve polis hizmetleri) döndürülüp küçültülmesidir. Çünkü devleti temsil eden kişilere, bireylerin ekonomik davranışları ile ilgili izin, onay, mali yardım, teşvik, tahsis, kontrol ve benzeri takdiri yetkiler vermek, yozlaşmanın temel sebebini oluşturmakdır. Devlet faaliyeti, asli görevlerle (savunma, polis, adalet) sınırlandığında yozlaşmanın ana kaynağı kurutulmuş olacaktır.

Ana konumuz olan birey davranışları yönünden ise çözüm Smith, Bentham ve Mill tarafından yapılan önerilen bir sentezinden bulunacaktır. Bireylerin onay ve sempatilerini serbestçe ortaya koymalarına imkân verecek önlemler alınmalıdır. Bunların başında gizliliği ortadan kaldıracak önlemlerin alınması gelir. Bunun için basın, radyo ve TV özgürlüğünün tam olarak sağlanması gerekir. Son skandalların ortaya çıkarılmasında yazılı ve görsel basının yaptığı büyük hizmetler unutulmamalıdır. Gizliliği ortadan kaldıracak bir başka önlem, söz konusu yasa dışı değişimde satın alan tarafın, yolsuzluğu ihbarı halinde bu yasa dışı değişime konu olan çıkarın gü-

vence altına alınacağı yolunda bir yasal güvenceye kavuşturulması olabilir.

Özgürlük ile birlikte bireylerin eğitimi de ele alınmalıdır. İyi bir eğitim ile sadece eleştiren, soran ve sorgulayan bireyler değil aynı zamanda kendisine emanet edilen devlet gücünü yasal sınırlar içinde uygulayacak kamu görevlileri yetiştirilebilir.

Toplumsal düzenin sağlanmasında yasaların oynadığı önemli rol de unutulmamalıdır. Ancak yasaların, bireylerin özgür ve doğal davranışlarını çok iyi analiz etmesi ve bu davranışlara aykırılığı en aza indirilmiş yasalar olması gerekir.

Kaynaklar

Arraw, K.J.; "Economic Theory and the Hypothesis of Rationality" İç. J. Eatwell ve diğerleri (Eds.) The New Palgrave: A Dictionary of Economics, (London: The Macmillan Press: 1987) s.69-75

Cooter R.-T.Ulen Law and Economics, (Illions: Scott, Foresman and Co.,1986)

Eker, A. (Ed) Politik Yozlaşma ve Şeffaf Yönetim Sempozyumu (Dokuz Eylül Üni. İİBF. Maliye Bölümü, İzmir 1994)

Etzionni, A.; The Moral Dimesion: Toward a New Economics (New York, The Fre press, 1988)

Güriz, A.; Hukuk Felsefesi (Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını No.493,1992)

Hamlin, A.P.; Ethics, Economics and the state (New York: St. Martin's Press, 1986)

Hammond, p.;"Charity Alturism or Cooperative Egoism?" (İç,) E.S.Phelps (Ed.) Alturism, Morality and Economic Theory (New York: Russel Sage Foundation, 1975)

Harris, J.W.; Legal Philosophies, (London: Butterworths, 1980)

Heilbroner, R.L.; The Essential Adam Smith (Oxford University Press, 1986).

Macridis, R.C.; Contemporary Political Ideologies (Boston: Little, Brown and co., 1986)

Posner, R.; The Economic Analysis of Law (1986, 3. Baskı)

Savaş, V.F., "Politik Yozlaşma sürecinde Refah Devletinden Minimal Devlete" iç. Eker. A. (Ed) 1994. S.188-205.

Savaş V.F.; İktisatın Tarihi (İstanbul: Avcıol Mat., 1997/B)

Savaş V.F.; Politik Yozlaşma ve Şeffaf Yönetim Sempozyumu Dokuz Eylül Üni. İ.İ.B.F. Maliye Bölümü, İzmir 1994

Sen, A.; On Ethics and Economics (Oxford: Basil Black Well, 1987/B)

Sen, A.K.; "Rational Behavior" İç. J.Eatwell ve diğerleri (Eds) The New Palgrave: A Dictionary of Economics, (London: The Mavcmillan Press, 1987/a s.68-76).

Smith, A.; An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, E. Cannan (Ed) (New York: The Modern Library 1937).

Smith, A.; The Theory of Moral Sentiments ((London: A. Millar 1759). Biz bu kitabın Heilbroner, 1986 da verilen kısaltılmış baskısını kullandık. Metinde yer alan sayfa no. ları bu kısaltılmış metne aittir.