

# H F S A

## HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

**Ahmet Emin AKIN** • J.W. Howard'ın Tehlikeli Söylemin Denetlenmesi Hipotezinin Sosyal Medya Araçlarındaki İletişimin Denetlenmesi Bakımından Değerlendirilmesi

**Damla ALVER** • Feminist Metodoloji Tartışmaları ve Hukuk

**Caner BİRDAL** • İskoç Aydınlanmasında Toplumsal Sözleşme Teorisi Üzerine Görüşler ve Eleştiriler

**Güneş ÇAP** • Neden Hukuk Teorisi?: Alman Hukuk Teorisinin Dünü ve Bugünü

**Egemen Bahadır DURLUDAĞ** • Yapay Zekâ Etiğine İnsan Temelli Yaklaşımın Bir Eleştirisi

**Sedat ERÇİN** • Devletin Kökenine Dair Teorilerde Artı Ürünün Yeri

**Gözde ERKİN** • Kadının Biyolojik Hallerinin Akıl Hastalıkları ile İlişkilendirilmesi

**Mehmet Eren GEDİKLİ** • İnsandaki Adalet Duygusunun Evrimsel Kökeni

**Yahya Berkol GÜLGEÇ** • Otoritenin Direktiflerinin Normatif Gücü: Epistemolojik Şart, Olasılıksal Bilgi ve Tekrar Ağırlıklandırma Sebepleri

**Hüseyin GÜNAL** • Thomas Hobbes'un Common Law Eleştirisi

**Hüseyin GÜNAL** • Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Yaptırımın Niceliği mi? Kemal Gözler'in "Hukuka Giriş" Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştiri

**Altan HEPER** • Triyaj, Olağanüstü Hallerde Müdahale Önceliği

**Yasemin İŞIKTAÇ** • Adalet Sadece İntikam Almak Değildir

**Aydın Furkan KAYNAK** • Ceza Sömürgesi'nde Hapishanenin Doğuşu

**Muharrem KILIÇ** • Ayrımcılığın Normatif Temellendirimi Sorunsalı: Eşitlik Paradoksu ve Ayrımcılık

**Yılmaz KURBAN** • Bilinç ve Yapay Zekâ

**Cengiz OTACI** • Suçu Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi

**Ceren ÖZBEK** • Dijital Hümanizm Çağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Suçsuzluk Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı

**Emre PARTALCI** • Orta Çağ'da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme

**Osman SÜMER** • Mağduru Suçlamak Faili Aklamak: Mağdura Yönelik Yüklemeler Üzerine Bir Değerlendirme

**Pirali Çağrı ŞENSOY** • Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme

**Emre ŞİMŞEK** • Bernard Edelman'ın Hukuk Anlayışı

**Özgür TAŞDEMİR** • Ceza Yargılamasına Epistemoloji Penceresinden Bir Bakış: Maddi Gerçeğin Keşfi ve Geçmişin Yeniden İnşası

**Serap TEPE** • Pozitif Hukukun "Ama" ile İmtihanı: Tarih Özbilgen Perspektifinden Etiyoloji- Aksiyoloji Gerilimi Üzerine Bir Tartışma

**Mehmet Akif TUTUMLU** • Yargıç ve Empati

# 30

### Hazırlayanlar

*Zeynep İspir, Emre Şimşek, Yılmaz Şahin, Selvi Müleyke Şen, Yusuf Enes Karataş*



**İSTANBUL  
BAROSU**



# H F S A

## HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

**“Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - X Sempozyumu”**

İstanbul Barosu-HFSA Bildiri Kitabı

7-9 Eylül 2022, İstanbul

İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Fuat Sezgin Kongre Kültür Merkezi

### 30. KİTAP

Editörler

Zeynep İspir, Emre Şimşek, Yılmaz Şahin,  
Selvi Müleyke Şen, Yusuf Enes Karataş



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2024

ISBN: 978-625-6233-01-0  
Yayıncı Sertifika No: 12457

## **HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**

### **İstanbul Barosu Yayınları**

İstiklal Cad. Orhan A. Apaydın Sk. No.2 Beyoğlu-İST.  
Tel: (0212) 393 07 00 Belgeç (Fax): (0212) 293 89 60  
www.istanbulbarosu.org.tr  
dergi@istanbulbarosu.org.tr

Kapak Karikatürü  
Honoré Daumier

Elektronik ortamda iletilen imla ve dizgi hataları  
yazarın / çevirmenin sorumluluğundadır.

### **Baskı**

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.  
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047  
Ataşehir - İstanbul  
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05  
www.egebasim.com.tr  
Matbaa Sertifika No: 45604  
Ağustos, 2024

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile  
1000 adet basılmıştır.

Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin  
5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir.

## SUNUŞ

HFSA'nın 30. kitabı, 7 Eylül 2022 - 9 Eylül 2022 tarihleri arasında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi ev sahipliğinde gerçekleştirilen ve HFSA ile İstanbul Barosu işbirliğiyle düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – X" Sempozyumu'nun bildirilerinden oluşmaktadır.

HFSA ile İstanbul Barosu işbirliğiyle düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – X" Sempozyumu, 2021 yılında kaybettiğimiz İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı emekli öğretim üyelerinden Prof. Dr. Tarık Özbilgen'in anısına ithaf edilmiŐti. Hocamızı bir kez daha saygıyla anıyoruz.

HFSA Sempozyumunun düzenlenmesi ve kitaplarının yayımlanması aşamalarında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosu'na ve bu sayımızın yayıma hazırlama ve basım aşamalarında emeği geöen Ege Basımevi çalışanlarına teŐekkürlerimizi sunuyoruz.

Arkivimizin bu otuzuncu sayısını Cumhuriyetimizin kuruluşunun yüzüncü yılına armağan ediyoruz.

## İÇİNDEKİLER

J.W. Howard'ın Tehlikeli Söylemin Denetlenmesi Hipotezinin Sosyal Medya Araçlarındaki İletişimin Denetlenmesi Bakımından Değerlendirilmesi <b>Ahmet Emin AKIN</b> .....	7
Feminist Metodoloji Tartışmaları ve Hukuk <b>Damla ALVER</b> .....	21
İskoç Aydınlanmasında Toplumsal Sözleşme Teorisi Üzerine Görüşler ve Eleştiriler <b>Caner BİRDAL</b> .....	36
Neden Hukuk Teorisi?: Alman Hukuk Teorisinin Dünü ve Bugünü <b>Güneş ÇAP</b> .....	47
Yapay Zekâ Etiğine İnsan Temelli Yaklaşımın Bir Eleştirisi <b>Egemen Bahadır DUMLUDAĞ</b> .....	69
Devletin Kökenine Dair Teorilerde Artı Ürünün Yeri <b>Sedat ERÇİN</b> .....	81
Kadının Biyolojik Hallerinin Akıl Hastalıkları ile İlişkilendirilmesi <b>Gözde ERKİN</b> .....	91
İnsandaki Adalet Duygusunun Evrimsel Kökeni <b>Mehmet Eren GEDİKLİ</b> .....	102
Otoritenin Direktiflerinin Normatif Gücü: Epistemolojik Şart, Olasılıksal Bilgi ve Tekrar Ağırlıklandırma Sebepleri <b>Yahya Berkol GÜLGEÇ</b> .....	115
Thomas Hobbes'un Common Law Eleştirisi <b>Hüseyin GÜNAL</b> .....	139
Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Yaptırımın Niceliği mi? Kemal Gözler'in "Hukuka Giriş" Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştirisi <b>Hüseyin GÜNAL</b> .....	147
Trijaj, Olağanüstü Hallerde Müdahale Önceliği <b>Altan HEPER</b> .....	156
Adalet Sadece İntikam Almak Değildir <b>Yasemin IŞIKTAÇ</b> .....	172
Ceza Sömürgesi'nde Hapishanenin Doğuşu <b>Aydın Furkan KAYNAK</b> .....	189

Ayrımcılığın Normatif Temellendirimi Sorunsalı: Eşitlik Paradoksu ve Ayrımcılık <b>Muharrem KILIÇ</b> .....	199
Bilinç ve Yapay Zekâ <b>Yılmaz KURBAN</b> .....	243
Suçtu Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi <b>Cengiz OTACI</b> .....	250
Dijital Hümanizm Çağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Suçsuzluk Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenme Hakkı <b>Ceren ÖZBEK</b> .....	275
Orta Çağ'da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme <b>Emre PARTALCI</b> .....	303
Mağduru Suçlamak Faili Aklamak: Mağdura Yönelik Yüklemeler Üzerine Bir Değerlendirme <b>Osman SÜMER</b> .....	314
Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme <b>Pirali Çağrı ŞENSOY</b> .....	338
Bernard Edelman'ın Hukuk Anlayışı <b>Emre ŞİMŞEK</b> .....	370
Ceza Yargılamasına Epistemoloji Penceresinden Bir Bakış: Maddi Gerçeğin Keşfi ve Geçmişin Yeniden İnşası <b>Özgür TAŞDEMİR</b> .....	384
Pozitif Hukukun "Ama" ile İmtihanı: Tarık Özbilgen Perspektifinden Etiyoloji- Aksiyoloji Gerilimi Üzerine Bir Tartışma <b>Serap TEPE</b> .....	395
Yargıç ve Empati <b>Mehmet Akif TUTUMLU</b> .....	405





# J.W. Howard'ın Tehlikeli Söylemin Denetlenmesi Hipotezinin Sosyal Medya Araçlarındaki İletişimin Denetlenmesi Bakımından Değerlendirilmesi

Ahmet Emin AKIN<sup>1</sup>

## Özet

Sosyal medya araçları, son yıllarda özellikle sistematik yanlış bilgilendirme kampanyaları (*misinformation campaigns*) ve hızla yayılan sahte haberlerle (*fake news*) gündeme gelmektedir. Sayılan nedenler ve çeşitli birçok farklı yöntem aracılığıyla, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişim demokratik kurumlar üzerinde etkili olduğu gibi mülkiyet hakkından yaşam hakkına kadar birçok temel hak ve özgürlük üzerinde de etkili olmaktadır. Böylece, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişimin belirli değerlendirmelerden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Söz konusu değerlendirmeler insanlar aracılığıyla yapılabildiği gibi makine öğrenmesi, derin öğrenme vb. yapay zekâ teknikleriyle de yapılabilir. Böylece ifade özgürlüğünün denetlenmesi sorununa ek olarak, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişimin otonom yöntemlerle denetimi de çeşitli etik ve hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Bu bildiride, öncelikle ifade özgürlüğü kavramı kısaca tanıtılacak, sonra *J.W. Howard*'ın tehlikeli söylemin denetlenmesine ilişkin hipotezi tanıtılacaktır. Ardından, sosyal medya araçlarının ifade özgürlüğü kapsamında karşılaştığı sorunlara değinilecek ve sosyal medya araçlarının tehlikeli söylemin etkile-

rini artırıcı oldukları iddia edilen bazı özellikleri tanıtılacaktır. Söz konusu özelliklerin *J.W. Howard*'ın tehlikeli söylemin sınırlandırılmasına ilişkin hipotezinin sosyal medya araçlarında uygulanması bakımından geniş ölçülülük ve zorunluluk değerlendirmelerine katılabilecek faktörler oldukları belirtilecektir. Sonuçta, sınırlandırmanın uygulanıp uygulanmaması gereğine ilişkin sorun, sosyal medya platformlarının tehlikeli söylemin tehlikeliliğini arttırdığı iddia edilen etkilerinin de değerlendirmeye katıldığı geniş ölçülülük ve zorunluluk testlerini tatmin eden bir çözümü gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** sosyal medya araçları, ifade özgürlüğü, etik, algoritma, denetim

*“Yanlış bilgi için belirli bir ifade vardı: vakvak veya ördek. Belki de sahte sansasyonel haberler yaban ördeği avı gibi olduğu içindir. Bir olay yaratmak için, bir gazete herhangi bir dedikoduyu yazabilirdi. Gerçek ya da yalan, kimse öyle detaylar üzerinde kafa yormuyordu. Bu insanlar, yalan bir haberle bu yalan haberin reddinin iki farklı olay olduğunu anlamıştı. Umursanan tek gerçek satış rakamlarıydı. Yani yanlış bilgi ya da “ördekler” özgür hükümlerindeydi ve henüz yere çivilen-*

1 Avukat, İstanbul Barosu, Ankara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Yüksek Lisans Öğrencisi, E- posta: aeakin@ankara.edu.tr

memişlerdi. Üçkağıtçılar, tacirler, aktörler, yazarlar, politikacılar, tiyatrolar... Herkes pazarlık etmeye, makale siparişi etmeye, dedikodu pazarlamaya ya da rüşvet vermeye geliyordu. Editöryal basın ticari basın halini almıştı. Gazete artık topluma duymak istediklerini satan bir dükkân olmuştu. Artık aydınlatma yoktu, fikirleri yağlama vardı. Ya da fikir yaratılırdı. Haberler, tartışmalar ve düşünceler abonelere yutturulacak ticari değerler olmuştu. Yazarlar söz depoları, kelime dolandırıcıları, sanatçıyla toplum arasındaki simsarlar olmuşlardı.”

Illusions perdues  
(Giannoli, Xavier, 2021)<sup>2</sup>

## I. İfade Özgürlüğü

### A. Kavram ve Tarihçe

“İfade Özgürlüğü” terimi, hukuki bir kavramı ya da etik teoride bir hakkı ifade etmektedir.<sup>3</sup> Ne var ki, ifade özgürlüğüne ilişkin ne hukuki ne de etik anlamda bir görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün etik literatürde mutlak bir hak olmadığı çoğu yazar tarafından kabul edilmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğüne ilişkin tartışma ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.<sup>4</sup>

İfade özgürlüğüyle düşünce özgürlüğü idealleri, M.Ö. 3. yy.’da Budist İmparator Ashoka’nın, M.S. 16. yy.’da Moğol İmparator Akbar’ın politikalarına, Atina Demokrasisi’nin her erişkin özgür erkek vatandaşa senatoda tanıdığı eşit konuşma hakkına (*isēgoria* - *ἰσηγορία*), Aristoteles’in yakın arkadaşlar ve kardeşler arasında bulunmasını öğütlediği özgür konuşmaya (*παρρησία* - *parrhēsia*), Antik Yunan’da kinik filozoflara, yergi yazarı sanatçılara, tarihte çeşitli dönemlerde soytarılarla atıfla anılmaktadır.<sup>5</sup>

- 2 Xavier GIANNOLI & Yves STAVRIDES (Senaryo), *Illusions perdues* (Film). Curiousa Films & diğerleri, 2021.
- 3 Jeffrey W. HOWARD “Free Speech and Hate Speech”, *Annual Review of Political Science*, Cilt: 22 (2019), Sayı: 1, s. 95.
- 4 David van MILL, “Freedom of speech”, <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>, Erişim Tarihi: 30.08.2022.
- 5 Richard SORABJI, *Freedom of speech and expression its history, its value, its good use, and its misuse*, Oxford University Press, 2021, ss. 1-61; Vincent BLASI, “The Classic Arguments for Free Speech 1644–1927”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, ss. 20, 21.

Bugünkü anlamıyla “ifade özgürlüğü”, birinci kuşak haklarla ilişkili bir şekilde düşünce özgürlüğü, inanç özgürlüğü, basın ve yayın özgürlüğü gibi kazanımları içeren bir mücadele- nin ürünüdür. Buna göre, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin mücadele, 17. ve 18. yy.’ın düşünce çevrelerinde gerçekleşmiştir. *Spinoza’nın* düşünce özgürlüğü (*libertatis philosophia*) iddiası, *Kant’in* bir ‘bilginin’ (*Gelehrter – Scholar*) okuyucuları karşısında “*aklı her yönüyle ve her bakımdan çekinmeden kitlenin önünde apaçık olarak kullanmak özgürlüğü*”nü aydınlanmanın şartı olarak belirlemesi kavramın tarihselliğini ortaya koyan örneklerdir.<sup>6</sup> Bunun gibi, *John Milton’un Areopagitica’sı* da basın özgürlüğüne ilişkin bir mücadelenin ürünüdür. *Milton*, dönemindeki iç savaş sırasında getirilen sansür yasağına bağımsız düşünceyi önceleyerek doğrunun aşkın üstünlüğü nedeniyle yanlışa üstün geleceği iddiasıyla karşı çıkar. İlaveten, *Milton*, sansürün pratik işlevselliğinin olmayacağını ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında devlete yetki verilmesinin engellenemeyecek bir yozlaşmaya neden olacağı argümanlarıyla sansür yasasına karşı çıkar.<sup>7</sup>

*J.S. Mill’in “Özgürlük Üzerine”-sininse ifade özgürlüğünün bilinen en iyi felsefi savunması olduğu söylenmektedir.<sup>8</sup> Mill’in ifade özgürlüğüne ilişkin savunması, “Özgürlük Üzerine”nin ikinci bölümünde üç argümanla sunulur. Bunlar; “φ bir önerme olmak üzere, ‘φ doğruysa insanın yanılabilirliği (*fallibilism*) gereği ifade özgürlüğü herhangi bir fikrin doğruluğunun meşru bir şekilde varsayılmasının koşulu olduğundan φ önermesinin ifadesinin yasaklanmaması gerekir’, ‘φ yanlışa φ önermesinin ifadesinin yasaklanması doğruyu ‘ölü bir dogma’ haline getireceğinden faydalı değildir’ ve ‘φ kısmen doğruysa φ önermesinin ifadesinin yasaklanması tam doğruya ulaşmak bakımından karşıt koşullar oluşturacağından faydalı değildir’” olarak sıralanabilir.<sup>9</sup> *Mill’in* ifade özgürlüğüne ilişkin savunmasının “zarar ilkesi”yle ilişkisi veya ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin görüşleri bu bildirinin konusunu aşan zengin bir tartışmanın konusudur.<sup>10</sup>*

6 Frederik STJERNFELT & Anne Mette LAURITZEN, *Your Post Has Been Removed*, Springer International Publishing, 2020, ss. 9-17; Immanuel KANT, *Seçilmiş Yazılar* (Çev.: N. BOZKURT). Remzi Kitabevi, 1984, ss. 215, 216.

7 BLASI, 2021, ss. 21-24.

8 Cristopher MACLEOD, “Mill on the Liberty of Thought and Discussion”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, s. 3.

9 MACLEOD, 2021, s. 11; BLASI, 2021, s. 29.

10 MACLEOD, 2021, ss. 3-19.

## B. Tehlikeli Söylem

*Benesch*, “nefret söylemi” kategorisi yerine herhangi bir ifadenin zarara sebep olma kapasitesiyle belirlenen “tehlikeli söylem” kavramını önerir.<sup>11</sup> Buna göre, “tehlikeli söylem”, “iletişimin alıcı veya alıcılarında (audience), bir gruba karşı şiddet uygulanmasına veya şiddetin onaylanmasına yönelik riski artıran herhangi bir tür (örneğin: söz, yazı ya da görsel medya) ifade”dir.”<sup>12</sup> *Benesch*, gerek *Maynard*'la birlikte geliştirdiği bağlam ve içerik temelli analiz metoduyla gerekse yürüttüğü “Tehlikeli Söylem Projesi” (Dangerous Speech Project) kapsamında yayınlanan rehber metinde tehlikeli söylemin tespitine ve önlenmesine yönelik ampirik kategoriler önermiştir.<sup>13</sup> Bahsi geçen rehber metinde tehlikeli söylem için “ileti, bağlam, konuşmacı, alıcılar (audience) ve iletim aracı olmak üzere beş parçalı bir iskelet yapı öngörülür. Buna göre tahrik edici ileti ve etkilenmeye açık kitleler tehlikeli söylemin tespiti için olmazsa olmazdır. Bununla birlikte, iletişim aracı olarak sosyal medya platformlarının kulla-

nılması, sosyal medya platformlarının yankı odaları oluşturarak kullanıcıları radikalleştirme, yayılımı kolaylaştıran imkanlar sağlamaları vb. özellikleri nedeniyle tehlikeli söylemin etkilerini artıran sonuçlara neden olabilir.<sup>14</sup>

*Howard* ise “tehlikeli söylem”i “tehlikeli bir şekilde, başkalarının etik anlamda haklarının tartışmasız ihlalini tahrik eden ifadeler” olarak tanımlar. *Howard* da *Benesch* gibi tehlikeli söylemi kapsayan ifadeleri, “ihlali tahrik eden” veya “ihlalin haklılığını savunan” ifadeler olarak belirler. Bu anlamda her iki yazar da gerek ihlale doğrudan teşvik etmeyi gerekse hak ihlalinin kabullenilmesine yönelik ifade içerikleri bakımından tehlikeli söylemi benzer bir şekilde tasvir ederler.<sup>15</sup> Buna karşılık, *Benesch*'in araştırması birincil olarak ampirik bulgularla ilgilendirirken, *Howard*'ın normatif bir soruya cevap araması “tehlikeli söylem” tanımlarını farklılaştırır. *Howard*'ın, tehlikeli söylem tanımında “tartışmasız hak ihlali” ve “tehlikeli bir şekilde” tahrik eden ifadeleriyle *Benesch*'in

11 Susan BENESCH & Diğerleri, “Dangerous Speech: A Practical Guide Dangerous Speech Project”, <https://dangerousspeech.org/wp-content/uploads/2020/08/Dangerous-Speech-A-Practical-Guide.pdf>, Erişim Tarihi: 23.09.2022, s. 8.

12 BENESCH, Guide, s. 5.

13 Jonathan LEADER MAYNARD & Susan BENESCH, “Dangerous speech and dangerous ideology: An integrated model for monitoring and prevention”, *Genocide Studies and Prevention*, Cilt: 9 (2016), Sayı: 3, ss. 70-95; BENESCH, Guide, ss. 9-26.

14 BENESCH, Guide, ss. 10-20; STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 201-203, 212, 213.

15 Jeffrey W. HOWARD, “Dangerous Speech”, *Philosophy & Public Affairs*, Cilt: 47 (2019), Sayı: 2, s. 214; BENESCH, Guide, ss. 12-20

betimsel tanımından ayrılır.<sup>16</sup> Nitekim “tartışmasız hak ihlali ifadesi”, normatif değerlendirmeye konu aldığı etik süjeye ilişkindir. “Tehlikeli bir şekilde” ifadesiyse tehlikeli söylemin yanlışlığının şartıdır.

### **C. Howard’ın Tehlikeli Söylemin Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmesi**

#### **Genel Olarak**

*Howard*, “tehlikeli söylemin sınırlandırılması” probleminin, tehlikeli söylemin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmaması gerektiği sorunu ve ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların uygulanıp uygulanmaması gerektiği sorunu olarak iki aşamada incelenmesinin ifade özgürlüğü tartışmasına terminolojik bir açıklık getireceğini öne sürer.<sup>17</sup> Bunun yanında, ifade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen bir tehlikeli söylemden kaçınma ödevi olduğunu iddia eder.<sup>18</sup> Buna göre, *Howard*, öncelikle tehlikeli söylemin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığını ifade özgürlüğüne ilişkin argümanlar çerçevesinde değerlendirir. Ardından tehlikeli söylemin

sınırlandırmasının uygulama koşullarını dar ve geniş ölçülülükle zorunluluk koşulları olarak belirler. Ancak sınırlandırmaların uygulanmasına ilişkin tartışmayı geniş ölçülülüğe ilişkin sorunların çoğunlukla ampirik olduklarını belirterek ucu açık bırakır.<sup>19</sup>

### **A. Howard’ın Argümanları**

#### **i. Tehlikeli Söylemden Kaçınma Ödevi**

*Howard*, kişinin “yeterli gerekçe olmadan başkalarını tehlikeye atma” genel ödevinden türeyen “tehlikeli söylemde” ya da “bir başkasının haklarının tartışmasız ihlalinin tehlikeli bir şekilde tahrik eden ifadelerde” bulunmaktan kaçınma ödevi olduğunu iddia eder.<sup>20</sup> Bununla birlikte, *Howard*’ın normatif tezinin tehlikeli şekilde tahrik etmenin kişilerin hak ihlallerinin oluşma ihtimallerinin artmasına neden olacağı ampirik önermesinin kabulüne dayandığı belirtilmelidir.<sup>21</sup> Nitekim, *Howard*, “tehlikeli söylem”in etik anlamda yanlışlığının, *tehlikeli bir şekilde* tahrik etmekten kaynaklandığını vurgular.<sup>22</sup> Öyle ki, aradaki kişinin

16 HOWARD, “Free Speech”, 2019, s. 104.

17 HOWARD, “Free Speech”, 2019, ss. 94, 95; HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 210, 211.

18 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 211.

19 HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 210-213.

20 HOWARD, “Free Speech”, 2019, s. 104; HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 214, 216, 217.

21 HOWARD, “Free Speech”, 2019, s. 104

22 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 215.

otonomi sahibi bir süje olması ödevin ihlalinin oluşması bakımından önem taşımaz.<sup>23</sup> İlâveten, *Howard*, tehlikeli söylemden kaçınma ödevini ihlal eden kişinin, tehlikeli söylemin konusu hakkın olası ihlali bakımından da iştirakçi niteliğinde olacağını iddia eder.<sup>24</sup> Ek olarak, Amerikan doktrinindeki ifade özgürlüğünün sınırlanması konusundaki sınırlandırmaya konu ifadenin “pek yakın tehlike” (*imminent danger*) oluşturması şartı, *Howard*'ın “tehlikelilik” şartının gerçekleşmesi bakımından aranmaz. Buna göre, internetteki tehlikeli söylem gibi yayınlandığı veya ifade edildiği anda “pek yakın tehlike” oluşturmasa da tehlikeli söylem niteliğinde olan ifadeler sınırlandırılabilir.<sup>25</sup> Nihayet, *Howard*, ödevin sınırlarını tehlikeli söylemi gerçekleştirmeye yönelik yeterli bir gerekçenin bulunması olarak gösterir. Örneğin, tehlikeli söylemin kendisinin, oluşturduğu etkilerin istenmeyen ve ölçülü bir yan etki olarak meşru sayılmasına yetecek etik değerde olması, tehlikeli söylemin ifade özgürlüğü olarak korunmasını gerektirebilir.<sup>26</sup>

## ii. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

*Howard*'a göre tehlikeli bir şekilde tahrikten kaçınma ödevi gereği ne tehlikeli söylem kapsamındaki ifadeler ifade özgürlüğü olarak korunabilir ne de ifade özgürlüğüne ilişkin menfaatler ödevin uygulanmasına karşı yanlış yapma hakkı niteliğinde bir bağımsızlık sağlar.<sup>27</sup> *Howard*, mezkûr tezini, dört kategoride incelediği ifade özgürlüğü argümanları üzerinden değerlendirir. *Howard*'ın belirlediği ifade özgürlüğü argümanları kategorileri şunlardır; “etik kapasitelerin gelişimi ve pratiğine ilişkin argümanlar”, “zihinsel erişim argümanı”, “demokrasi argümanı” ve “dinleyici otonomisi argümanı”.<sup>28</sup>

Bunlardan, “etik kapasitelerin gelişimi ve pratiğine ilişkin argümanlar”, etik kapasitelerin gelişimi ve pratiğine değer verilmesine ilişkin nedenlerin ifade özgürlüğünün korunmasını gerektirdiğini iddia ederler. *Howard*, öncelikle, *Rawls*'un “iyi anlayışı”na ilişkin ikinci etik kapasitesiyle ilişkili herhangi bir etik hakkın liberal adalet ilkelerine uygun “izin verilebilir anlayışlar” (*permissible conceptions*) kapsamında olmasını şart olarak öngördü-

23 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 216.

24 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 217.

25 HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 213, 241.

26 HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 217,218.

27 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 219.

28 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 219.

günü hatırlatır.<sup>29</sup> Buna göre, *Howard*, “X kişinin doktrini gereği Y grubundaki kişilerin öldürülmesi” tehlikeli söyleminin ikinci etik kapasiteyle ilişkisi kapsamında ifade özgürlüğünün koruduğu bir hak olarak değerlendirilemeyeceğini iddia eder. Daha sonra, *Rawls*’un birinci etik kapasitesi olan “adalet anlayışı”na ilişkin, “ifade özgürlüğünün kişilerin adalet anlayışlarını geliştirmeleri ve gerçekleştirmelerinin değeri gereği korunması gerektiği” argümanını inceler. *Howard*, kişilerin adalet anlayışlarını, adalet anlayışıyla ilişkili ödevlerine ilişkin “uygun” muhakeme sonucuyla uyumlu davranışlarla gerçekleştirebileceklerini söyler. Uygun muhakemeyse liberal teorideki her iki tarafın da ikna edici argümanlarının olduğu “makul anlaşmazlık” kavramının sınırları içerisinde değerlendirilebilecek muhakemeyi ifade eder.<sup>30</sup> Buna göre; “tartışmasız” hak ihlallerine ilişkin tehlikeli söylemin uygun muhakemenin şartlarını taşıdığını söylemek güçtür. Bir diğer iddiaysa “tehlikeli söylemde bulunmanın kişinin adalet anlayışını geliştireceği” iddiasıdır. *Howard*, kişilerin yanlış yaparak erdemlerini geliştirebilecekleri varsayılsa dahi erdemini geliştirilmesine ilişkin öngörülen yararın söz konu-

su yanlış pratikten kaynaklanan zararı aşmaması gerektiğini öne sürer.<sup>31</sup> Buna göre, tehlikeli söylemin erdemini geliştirilmesine ilişkin yararı aşan nitelikte bir zarara sebep olacağını savunarak kişilerin tehlikeli söylemde bulunmakta korunabilir bir hakları olmadığını iddia eder. Dinleyici menfaatinin merkezine alan argümanlar arasında “yanlış maruz kalmanın etik kapasitelerimizi geliştirerek yanlış yapma ihtimalimizi azaltacağı” iddiasını, tehlikeli söylemde bulunan kişinin kabiliyetsiz olmasını gerektireceğini öne sürerek reddeder.<sup>32</sup> Tehlikeli söylemin epistemik menfaate ilişkin “yanlış maruz kalmanın anlayışımızı kuvvetlendireceği” iddiasınınsa, dinleyicinin menfaati olsa bile bunun konuşmacının menfaati olmayan bir tehlikeli söylemde bulunma hakkını sağlayamayacağını savunur.<sup>33</sup>

Düşünür-merkezli yaklaşım veya “zihinsel erişim yaklaşımı”nın temsilcisi *Shiffrin*, kişinin zihninin özgür gelişimi ve işleyişinin korunmasındaki menfaatinin ifade özgürlüğünün korunmasını gerektirdiğini iddia eder. Buna göre, kişinin zihinsel süreçler sonucu engelleyici etkilerden bağımsız olarak zihinsel içerikler oluşturması

29 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 221.

30 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 222.

31 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 224.

32 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 225.

33 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 227.



gerekir. *Shiffirin*'e göre sosyal iletişim kişinin etik süje olma, kendi ve çevresi hakkında doğru inançlar oluşturulabilme gibi zihinsel kapasitesini geliştirmesinin aracıdır. Konuşma formundaki ifadeyse diğer ifade formları arasında, kişinin zihnini başkalarıyla paylaşmasının birincil aracı olarak ayrıcalıklı bir yeri vardır. Nihayet, ayrıcalıklı bir zihinsel erişim aracı olan konuşmak bahsi geçen engelleyici etkilerden korunmalıdır.<sup>34</sup> *Howard*, *Shiffirin*'in yalan söylemeye ilişkin görüşlerini ifade özgürlüğüne ilişkin görüşleriyle birlikte değerlendirerek *Shiffirin*'e teorisinin bir yorumuyla karşılık verir.<sup>35</sup> Buna göre, *Howard*, *Shiffirin*'in korunmasını öngördüğü sosyal iletişime konu ifadenin doğru verilmiş ifadeyle (*veridical testimony*) sınırlı olduğunu ifade eder.<sup>36</sup> İlaveten, *Howard*, *Shiffirin*'in iletişimin “etik gereklilikler çerçevesinde kötü bir sonuca katkı yapmak için makul olarak kullanılamayacağı”na yönelik ifadesine konu katkının “iştirak niteliğinde bir yardımda bulunma”yı ifade ettiğini belirtir. Böylece, “iştirak niteliğinde sorumluluğu” gerektirecek doğru bir

ifade olarak tehlikeli söylem de ifade özgürlüğü çerçevesinde korunmamalıdır.<sup>37</sup>

“Demokrasi argümanı”, vatandaşların demokratik yönetime ilişkin menfaatlerinin ifade özgürlüğünün korunmasını gerektirdiğini iddia eder. *Howard*, demokratik yönetime ilişkin olası üç menfaatten bahseder. Bu menfaatler, maddi menfaatler, eşit etik süjeliğe ilişkin menfaatler ve eşit ilişkilerin olduğu bir toplumda yaşamaya ilişkin menfaatler olarak belirtilebilir. Araçsal argümanın korunmasını öngördüğü maddi menfaatler, demokrasiyle gerçekleştirileceği varsayılan adil politikalarla ulaşılabilecek maddi menfaatlerdir. *Howard*, tersine tehlikeli söylemin yasaklanmasının bahsedilen maddi menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet edeceğini iddia eder.<sup>38</sup> Eşit etik süjelikteki menfaatlere ilişkin argümanınsa, makul anlaşmazlık sınırlarının dışındaki görüşlerin korunmasını gerektirmeyeceğini iddia eder.<sup>39</sup> Kişilerin eşit ilişkilerin olduğu bir toplumda yaşamaya ilişkin menfaatlerinin, herkese eşit yasaların uygulanacağı tehlikeli söylemden kaçınma

34 Catriona MACKENZIE & Denise MEYERSON, “Autonomy and Free Speech”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, ss. 72-74.

35 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 228.

36 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 229.

37 HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 229, 230.

38 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 231; HOWARD, “Free Speech”, 2019, s. 99.

39 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 232.



yasağı tarafından ihlal edilmeyeceğini belirtir.<sup>40</sup> Diğer yandan, iktidarın meşru otoritesini ele alan bir diğer görüş, vatandaşların temel özgürlüklerinin politik süreçlere katılımlarını engelleyecek şekilde sınırlandırılmamasını gerektirdiğini iddia eder. *Howard*, iktidarın otoritesinin meşruiyetini sağlayan normatif şartın doğal adalet ödevi olarak kabul edilmesi halinde tehlikeli söylemin yasaklanmasının meşruiyeti ihlal etmeyeceği görüşündedir.<sup>41</sup>

Nihayet, “dinleyici otonomisi argümanı”, dinleyicilerin otonomisinin korunmasının ifade özgürlüğünün korunmasını gerektirdiğini ifade eder. Dinleyicilerin otonomisinin korunması gerekliliği, otoritenin meşruluğuna ilişkin deontolojik bir gereklilik ya da devletin vatandaşlarına sorumlu etik sùjeler olarak davranması gerekliliği olarak ortaya koyulmuştur. *Howard*, otonomi sahibi kişilerin ifade özgürlüğüyle diğer menfaatler arasında bir değerlendirme yaparak ifade özgürlüğünü sınırlandırabileceklerine yönelik literatürdeki itirazı tekrarlar. Bununla birlikte, dinleyicinin menfaatinin konuşmacının menfaati olmayan bir tehlikeli söylemde bulunma hakkını sağlayamayacağı iddiasını yineleyerek “dinleyici otonomisi argümanını” reddeder.

### iii. Tehlikeli Söyleme İlişkin Sınırlandırmaların Uygulanma Koşulları

Buna karşılık, tehlikeli söylemin sınırlandırılıp sınırlandırılmaması gerektiği sorunu ikinci bir tartışmayı gerektirir. *Howard*, sınırlamanın devletin kuvvet kullanımına ilişkin bir sorun olduğunu tespit eder. Buna göre, sınırlamanın uygulandığı kişinin sınırlanmaya maruz kalmasının haklılığına ilişkin dar ölçülülük ve sınırlamanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerine ilişkin geniş ölçülülük koşullarının sağlanması ve sınırlamanın zorunlu olması gerekir. *Howard*, tehlikeli söylemden kaçınma ödevinin kişileri sınırlamaya maruz kalma bakımından sorumlu hale getirdiğini belirterek sınırlandırmanın dar anlamda ölçülülüğün ihlali sonucunu doğurması gerektiğini ifade eder. Ardından sınırlamanın üçüncü kişilere etkilerine ilişkin iddiaları üç başlık altında inceler. Bunlar; “karşit etkiler oluşturacağına ilişkin iddialar”, “‘caydırıcı etki’ye (*chilling effect*) neden olacağına ilişkin iddialar” ve “kötüye kullanılacağına ilişkin iddialar”. Birinci gruptaki iddialara göre tehlikeli söyleme ilişkin sınırlandırmalar, tehlikeli kişilerin tespitini zorlaştırır ve bu kişileri daha tehlikeli hale getirebilir. İkinci gruptaki iddialar, gereğinden fazla kapsayıcı düzenlemelerle korunması gereken bir konuşmanın da yasaklanabileceği ve kişileri oto-sanşüre itebileceği yönündedir. Üçüncü

40 HOWARD, “Dangerous”, 2019, ss. 232, 233.

41 HOWARD, “Dangerous”, 2019, s. 234.

gruptaki iddialarsa devletin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından güvenilemez olduğunu öne sürer. *Howard*, tüm bu iddiaların ifade özgürlüğünü değil, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sorununu ilgilendirdiğini belirtir. İlâveten, geniş ölçülülüğe ilişkin değerlendirmelerin, sınırlandırmanın yapılıp yapılmayacağına ilişkin olumlu veya olumsuz bir yanıt vermenin ötesinde sınırlandırmanın nasıl yapılacağına ilişkin yol gösterici olabileceğini vurgular. Buna göre, örneğin, kapsam bakımından dar olan, belli istisnalar getiren ya da ceza hukuku araçlarını kullanmayan sınırlamalar yapılması mümkündür. Dahası, geniş anlamda ölçülülüğün sağlanamaması halinde, söz konusu etik anlamda yanlış ifadeler için hukuki koruma sağlayacak haklar oluşturulabilmesi de mümkündür.<sup>42</sup>

Zorunluluk şartıysa bir tehlikenin engellenmesi için zorunlu olandan fazla kuvvet uygulanmamasını öngörür. *Howard*, kullanılabilecek farklı araçların başarı ihtimallerinin ve kuvvet kullanılan kişi dışındaki üçüncü kişiler üzerinde oluşturacakları zararın tehlikenin engellenmesi için zorunlu kuvvetin belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken unsurlar olduklarını belirtir. Buna göre, sınırlandırma dışındaki bir yöntemin başarı olasılığının zayıf olması halinde kuvvet kullanma tercih edilebilir. Bunun gibi, kuvvet kullanılmaması halinde üçün-

cü kişiler üzerinde oluşabilecek zarar kuvvet kullanımını gerektirebilir. Örneğin, *Howard*, karşıt-söylem yönteminin (*counter-speech*) sınırlandırma yöntemine göre hem etkisiz olabileceği hem de üçüncü kişiler üzerine fazla yük bindirebileceğini belirtir. *Howard*, ampirik sorunları da içeren geniş ölçülülüğe ilişkin yukarıdaki tartışmaların sonucunu açık bırakarak tehlikeli söyleme ilişkin sınırlandırmaların uygulanıp uygulanmaması gereğine ilişkin değerlendirmesini tamamlar.<sup>43</sup>

## II. Sosyal Medya Platformlarında Karşılaşılan Sorunlar

### A. Genel Bir Bakış

İnternet teknolojileri, eğitim, bilgiye erişim, entelektüel gelişim, iş birliği gibi konularda sağladıkları sayısız imkanlar karşısında çözümünü bekleyen sayısız sorunlar da getirmişlerdir. Yalnızca sosyal medya platformlarının ifade özgürlüğüne ilişkin sorunlarına örnek olarak takip eden sorunlar sayılabilir; sahte haberlerin yaygınlaşması, sistematik yanlış bilgilendirme kampanyaları, mikro hedefli reklamlar aracılığıyla seçmen yönlendirmesi, sosyal medya platformlarının kullanıcılara ilişkin gruplandırmalarının potansiyel olarak devlet istihbarat kuruluşları tarafından suiistimal edilebilme ihtimali, sosyal medya platformlarının otoriter hükümetlerin ifade özgürlüklerini ihlal

42 HOWARD, "Dangerous", 2019, ss. 242-248.

43 HOWARD, "Dangerous", 2019, ss. 248-254.

etmelerine rağmen karşıladıkları talepler, sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların platformların “Hizmet Şartları” vb. kanuniliği olmayan dev şirketlerin tek taraflı düzenlediği belgelere referansla yapılması, sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğü sınırlandırmalarına ilişkin değerlendirilmelerin kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmemesi, sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğü sınırlandırmalarına ilişkin değerlendirme yetkisinin özel şirketlere bırakılabilmesi, doğrudan sansür uygulayabilen yapay zeka programlarının kullanımı.<sup>44</sup>

*Stjernfelt ve Lauritzen*, internetin bugünkü sorunlarının kaynaklarını, internetin ticarileşmesi ve internetin ticari, politik, dini ve devlet aktörlerinin mevcut iktidar mücadelelerinin bir forumu haline gelmesi olduğunu iddia ederler.<sup>45</sup> İnternetin ticarileşmesiyle ilgili iki tekniği ise 2000’lerin başından itibaren teknoloji devlerinin reklam gelirlerini önceleyen bir işletme modeli benimsemeleri ve 2010’lardan itibaren büyük-verinin teknoloji devlerinin kullanıcı davranışlarını analiz etme gücünü fazlasıyla geliştirmiş olması olarak gösterirler.<sup>46</sup>

## **B. Sosyal Medya Platformlarının Tasarımı**

### **a. İşletme Modeli**

#### **I: Filtreleme Baloncukları**

Sosyal medya platformları bağlamında “algoritma” platformların kullanıcıların verilerini toplarken eş zamanlı olarak arama hizmetini yöneten, arama sonuçlarının sıralayan (Google), arkadaş ve takipçi ağlarıyla belli bir ağdaki veri akışını yöneten (Facebook, Twitter) yazılımlar olarak anlaşılabilir.<sup>47</sup> 2009 yılının sonlarından itibaren, Google, objektif ilgiye göre arama sıralaması yapan PageRank sistemini bırakıp arama sonuçlarında subjektif ilginin de değişken olarak kullanıldığı algoritmalara göre sonuç veren “kişiselleştirme” sistemiyle hizmet vermeye başladı. Bu her kullanıcının internetin kişiselleştirilmiş bir versiyonuna erişmesi anlamına geliyordu. Bu süreçte, Google kullanıcıların coğrafi verileri ve demografik verileri de dahil kapsamlı veri toplamayı sürdürdü. Bunun gibi, Facebook ve Twitter’ın da “beğenme butonu” vb. özelliklerle kişilere ilişkin detaylı veri topladığı söylenmektedir.<sup>48</sup>

Reklam gelirlerini önceleyen işletme modeli, Google tarafından

44 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 1-261.

45 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 25, 26.

46 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 26-28, 30.

47 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, s. 31.

48 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 32, 33.

2000'lerin başında arama geçmişi verilerine göre kullanıcıya reklam içeriği sunulması şeklinde gerçekleşiyordu.<sup>49</sup> Ancak, yukarıda tarif edilen kişiselleştirme algoritmalarının tanıtımı ve kişiselleştirme algoritmalarının büyük veriyle güçlendirilmiş kullanımları sonucunda platformlarda önce hedef-kitleye yönelik reklamlar, sonra kişiye özel haberler sunuldu, sonrasında tüm bilgi akışı kişiselleştirilmiş hâle geldi. Bu nedenle, sosyal medya platformları, kullanıcıların filtreleme baloncuklarıyla (*filter bubbles*) sarılı hale geldikleri yönünde eleştirilmektedirler. Filtreleme baloncuklarının, kendi-kendini doğrulama yanlıgısını güçlendirebileceği gibi aşırılaşmaya yol açabilecekleri savunulmaktadır.<sup>50</sup> Bununla birlikte, filtreleme baloncuklarının, kullanıcının bilgi yoğunluğu karşısında kendi bilgisinden şüphe ederek çoğunlukla uyumlu davranışı benimsediği bilgi çağlayanlarına (*information cascades*) ve kişinin hatalı bir şekilde topluluk tarafından kabul edildiğini sandığı davranışı benimsemiği çoğulcu cehalete (*pluralistic ignorance*) neden olarak toplumsal iletişim ortamını dönüştürecekleri iddia edilmektedir.<sup>51</sup> Sonuçta, sosyal medya

platformlarının tasarımlarının filtreleme baloncuklarına neden olarak tehlikeli söylemin tehlikeliliğini artıran bir etkiye sahip oldukları iddia edilebilir.

## b. İşletme Modeli II: Viraller

*Berger & Milkman*, reklamcılık alanındaki bir çalışmalarında, *New York Times* gazetesinin internet üzerindeki hangi içeriklerinin gazetenin en çok e-posta üzerinden paylaşılanlar listesine girme ihtimali olduğunu tespit etmeyi amaçlarlar. *Berger & Milkman*'a göre "eyleme geçirici duygular" (*activity mobilising emotions*) uyandıran içerikler, bu özelliklere sahip olmayan içeriklere göre en çok paylaşılanlar listesine girmeye veya sosyal yayılabilirliğe (*social transmissibility*) yatkındırlar.<sup>52</sup> Diğer yandan, kullanıcıların platformlarda geçirdikleri sürelerin artması, platformların reklam gelirlerini önceleyen iş modellerini desteklemektedir. Bu nedenle platformlar, algoritmalarında "etkileşime geçirici içeriğe" (*engaging content*) öncelik vermektedirler.<sup>53</sup> "Eyleme geçirici duygular uyandıran" bir içerik türü olarak tehlikeli söyleme öncelik verilmesinin tehlikeli söylemin etkilerini artırabileceği söylenebilir. Örnek olarak Hindistan'da Whatsapp grupları aracılığıyla yapılan yanlış bilgilendir-

49 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, s. 26.

50 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 29-42

51 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 201-203, 212, 213

52 STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 55, 56

53 Örneğin: "Facebook News Feed Algorithm History", <https://wallaroomedia.com/facebook-newsfeed-algorithm-history/>, Erişim Tarihi: 30.10.2022.

me kampanyaları sonucu 2013-2017 arasında en az 43 kişinin linç edilmesi ya da Myanmar'daki Rohingya katliamı sırasında Facebook'un kullanımı gösterilebilir.<sup>54</sup>

### III. Sonuç

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması problemi, ABD ve dünyanın kalanında farklı değerlendirilmektedir. Literatürde ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, çeşitli dayanaklara göre temellendirilerek reddedilmektedir. *Howard*, ifade özgürlüğüne ilişkin argümanları değerlendirerek tehlikeli söyleme konu ifadelerin ifade özgürlüğüne kapsamına girmediğini ve ifade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen bir tehlikeli söylemden kaçınma ödevi olduğunu iddia eder. Böylece tehlikeli söylemin sınırlandırılması etik anlamda kişilerin ifade özgürlüğüne zarar vermez. Buna karşılık, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların uygulanması zorunluluk ve geniş ölçülülük prensiplerine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirir. Buna göre internetteki tehlikeli söylem niteliğindeki içerikler de zorunluluğun ve geniş ölçülülüğün gereklerini sağlama- ları halinde sınırlandırılabilir. İlaveten, sosyal medya platformlarının tasarımlarının, filtreleme baloncuklarını des-

tekleyen kişiselleştirme algoritmaları ve “eyleme geçirici duygular” uyandıran içerikleri öne çıkaran özellikleriyle polarizasyona, radikalleşmeye, tehlikeli söylemin yayılımını artırma gibi tehlikeli söyleme neden olan veya tehlikeli söylemin tehlikeliliğini artıran etkileri olduğu iddia edilmektedir. Sosyal medya platformlarının tehlikeli söylemin tehlikeliliğini artıran söz konusu etkileri, *Howard*'ın tehlikeli söylemin sınırlandırılması hipotezinin uygulanmasında geniş ölçülülük ve gereklilik değerlendirmelerine katılabilecek etkenler teşkil eder. Buna karşılık, sosyal medya araçlarının tehlikeli söylemin tehlikeliliğini artırdığının ampirik olarak tespiti dahi, doğrudan internetteki tehlikeli söylemin sınırlandırılmasını gerektirmez. Örneğin, tehlikeli söylem vb. ifadelerin tespitinde kusurlu olduğu kabul edilen yapay zekâ teknolojileriyle yapılacak bir sınırlandırma fazla kapsayıcı olacağından uygulanmaması gerekebilir.<sup>55</sup> Diğer yandan, gerek kişiselleştirme algoritmalarının gerek “eyleme geçirici duygular” uyandıran içerikleri öne çıkaran algoritmaların etkilerine karşı özellikteki etik tasarım önerileri doğrultusunda sınırlamalar yapılabilir.<sup>56</sup> Sonuçta sınırlandırmanın uygulanıp uygulanmaması gereğine ilişkin sorun

54 Prabhir Vishnu PORUTHIYIL, “Case study: A dangerous speech that triggered lynchings in India (2013-2018)”, <https://dangerousspeech.org/case-study-a-dangerous-speech-that-triggered-lynchings-in-india/>, s. 2; STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 199, 200.

55 Yapay zekâ teknolojilerine ilişkin eleştirilere bir örnek için bkz. STJERNFELT & LAURITZEN, 2020, ss. 99-101.

56 Luke MUNN, “Angry by design: toxic communication and technical architectures”, *Humanities and Social Sciences Communications*, Cilt: 7 (2020), Sayı: 1, s. 3.

sosyal medya platformlarının tehlikeli söylemin tehlikeliliğini arttırdığı iddia edilen etkilerinin de değerlendirmeye katıldığı geniş ölçülülük ve zorunluluk testlerini tatmin eden bir çözümü gerçekleştirilmektedir.

### KAYNAKÇA

- BENESCH, Susan & Diğerleri, “Dangerous Speech: A Practical Guide Dangerous Speech Project”, <https://dangerousspeech.org/wp-content/uploads/2020/08/Dangerous-Speech-A-Practical-Guide.pdf>, ss. 1-38.
- BLASI, Vincent, “The Classic Arguments for Free Speech 1644–1927”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, ss. 20-43.
- GIANNOLI, Xavier & STAVRIDES, Yves (Senaryo), *Illusions perdues* (Film). Curiosa Films & diğerleri, 2021.
- HOWARD, Jeffrey W., “Free Speech and Hate Speech”, *Annual Review of Political Science*, Cilt: 22 (2019), Sayı: 1, ss. 93-109.
- HOWARD, Jeffrey W., “Dangerous Speech”, *Philosophy & Public Affairs*, Cilt: 47 (2019), Sayı: 2, ss. 208-254.
- KANT, Immanuel, *Seçilmiş Yazılar*. (Çev: N. BOZKURT). Remzi Kitabevi, 1984.
- LEADER MAYNARD, Jonathan & BENESCH, Susan, “Dangerous speech and dangerous ideology: An integrated model for monitoring and prevention”, *Genocide Studies and Prevention*, Cilt: 9 (2016), Sayı: 3, ss. 70–95.
- MACLEOD, Cristopher, “Mill on the Liberty of Thought and Discussion”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, ss. 3-19.
- MACKENZIE, Catriona & MEYERSON, Denise, “Autonomy and Free Speech”, *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* içinde (Derleyenler: A. STONE & F. F. SCHAUER), Oxford University Press, 2021, ss. 61-81.
- VAN MILL, David, “Freedom of speech”, <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>.
- MUNN, Luke, “Angry by design: toxic communication and technical architectures”, *Humanities and Social Sciences Communications*, Cilt: 7 (2020), Sayı: 1, ss.1-11.
- PORUTHIYIL, Prabhir Vishnu, “Case study: A dangerous speech that triggered lynchings in India (2013-2018)”, <https://dangerousspeech.org/case-study-a-dangerous-speech-that-triggered-lynchings-in-india/>, ss.1-13.
- SORABJI, Richard, *Freedom of speech and expression its history, its value, its good use, and its misuse*. Oxford University Press, 2021.
- STJERNFELT, Frederik & LAURITZEN, Anne Mette, *Your Post Has Been Removed*, Springer International Publishing, 2020.
- WALLAROO MEDIA, “Facebook News Feed Algorithm History”, <https://wallaroomedia.com/facebook-newsfeed-algorithm-history/>.



# Feminist Metodoloji Tartışmaları ve Hukuk<sup>1</sup>

Damla ALVER<sup>2</sup>

## Özet

Feminist metodoloji, ilk olarak, toplumsal cinsiyetlendirilmiş yaşamları hesaba katmadan yürütülen araştırmalara eleştirel bir şekilde yaklaşmış ve araştırmaların feminist bir bakışla yapılmasının imkanını sorgulamıştır. Bu bağlamda, feminist araştırmalar, hukukla ilgili yapılan araştırmalarda da hukuktaki toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin görünür kılınması ve dönüştürülmesi açısından önem kazanır. İkinci olarak ise, hukuk metodolojisine feminist bir yaklaşımla farklı bir bakış sunmaya çalışır ve asıl olarak, hukuk uygulamasındaki değer yargılarını ve hukuk ve politika ilişkisini ortaya koymayı amaçlar. Feminist hukuk metodolojisi, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin hukuktaki yansımalarının ve böylece de hukukun toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin sürdürülmesindeki rolünün farkına varmak, bu rolü açıklamak ve bu eşitsizlikten kaynaklanan adaletsizliklerin dönüştürülmesi için çaba sarf edilmesini amaçlar. Bu anlamda da mevcut hukuka ve hukuk uygulamalarına karşı eleştirel bir duruşa sahiptir. Bu çalışmada feminist metodolojinin genel özellikleri, feminist etiğe uygun olma ile konumsallık, kadın deneyimlerine yer verme, kesişimsellik ve düşünümsellik olarak ortaya konulacaktır. Ayrıca Katherina Bartlett'in feminist hukuk metotları olarak ortaya koyduğu kadın soruları sorma, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltme de incelenecektir. Feminist hukuk metodolojisi, hukukun toplumsal cin-

siyet eşitliğini sağlamak için dönüşebileceği kabul edildiğinde, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine yol açan veya eşitsizliklerin sürdürülmesine sebep olan mevcut normların, hukukî kurumların ve hukuk uygulamalarının bir eleştirisini sağlamada ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik normların oluşturulmasında önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** feminist araştırma, feminist hukuk metodolojisi, kesişimsellik

## GİRİŞ

Kadın hakları mücadelesi içinde 1970'li yıllardan itibaren geleneksel yöntemlerin kullanılması sorgulanmaya başlanmış ve feminist metotların, feminist bir metodolojinin imkanları tartışmaya açılmıştır. Bunun sebebi, geleneksel yöntemlerle kadın deneyimlerinin ve sorunlarının görmezden gelindiği, tarafsızlık ve nesnelliğin aslında eril bir bakışı yansıttığı, bu durumun kadınların ikincil konumlarının sürdürülmesine hizmet ettiği ve kadın deneyimlerinin merkeze alındığı, kadın bakışının yansıtıldığı yeni bir anlayışa ihtiyaç duyulduğunun ileri sürülmesidir. Marie Mies bunu “Yeni şarap eski şişelere doldurulmamalıdır”

1 Bu yazı 2017 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında tamamlanan “Türkiye’de Yapılan Kadın Haklarıyla İlgili İki Araştırmanın Feminist Metodoloji Açısından İncelenmesi” başlıklı yüksek lisans tezinden hareketle hazırlanmıştır.

2 Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi, E-posta: alver.damla@gmail.com

cümlesiyle ortaya koymaktadır.<sup>3</sup> Bu yüzden mevcut sınırların içinde kalarak yapılan araştırmalarla ve bilimin tarafsızlığının ve nesnellüğünün sorgulanmadığı bir metodolojiyi benimseyerek, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacının tam olarak gerçekleştirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Feminist bir metodolojiye olan ihtiyacın ortaya konulması, feminist metodolojinin nasıl olması gerektiği sorusunu da beraberinde getirir. Feminist bir metodolojinin neyi gerektirdiği, feminist bir araştırmacının nasıl yürütülmesi gerektiği çokça tartışılmış ve ilk olarak kadınlar tarafından, kadınlar hakkında ve kadınlar için yapılan araştırmalar olarak ortaya konan düşünceler<sup>4</sup>, feminist araştırmaların yalnızca kadınlar tarafından yapılmasının zorunlu olmadığı, kadınlar hakkında yapılan her araştırmacının toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya hizmet etmeyeceği (örneğin kadınlar hakkında yapılan bir araştırma kadınların çalışma hayatına uygun olmadığı sonucuna varıyorsa) ve yalnızca kadınlar hakkında yapılmak zorunda olmadığı eleştirileriyle değişmiştir. Buna örnek olarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğini temele

alan erkeklik çalışmaları gösterilebilir. Ancak feminist araştırmaların kadınlar için yapılan ve toplumsal cinsiyet eşitsizlikleriyle mücadele ederek güç ilişkilerini açığa çıkarmaya çalışan araştırmalar olduğu kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Bu yazıda feminist metodoloji hakkındaki tartışmalara iki bakımdan yer verilmesi amaçlanmaktadır. İlk olarak, feminist metodoloji mevcut metodolojilerle yürütülen araştırmalara eleştiri getirmekte ve feminist araştırmaların nasıl yapılabileceği hakkında yol gösterici olmaktadır. Bu ise, hukukla ilgili araştırmalarda da benimsenebilir. İkinci olarak ise, feminist metodolojinin bakış açısını da benimseyen bir feminist hukuk metodolojisi imkânı bu tartışmalar ışığında ele alınabilir.

### Feminist Metodoloji Tartışmaları

Feminist bir metodolojinin nasıl olması gerektiğiyle ilgili birçok fikir ileri sürülmüştür. Ancak bu tartışmalardan önce, feminist metodolojinin öneminden bahsedilebilir. Feministler, çalışmalarını feminist bir bakış açısıyla gerçekleştirirken birtakım yenilikleri de beraberlerinde getirmişlerdir. Sally L. Kitch ve Mary Margaret Fo-

3 Marie MIES, “Feminist Araştırmalar için Bir Metodolojiye Doğru”, Çeviren: Ayşe Durakbaşa, Aynur İlyasoğlu, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 48.

4 Andrea DOUCET, Natasha S. MAUTHNER, “Feminist Methodologies and Epistemology”, *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.andreadoucet.com/wpcontent/uploads/2010/11/Doucet-Mauthner-2005-Feminist-Methodologies-and-Epistemologies.pdf*, Erişim Tarihi: 16.3.2023, s. 37, Liz STANLEY, Sue WISE, “Feminist Araştırma Sürecinde Metot, Metodoloji ve Epistemoloji”, Çeviren: Füsün Şaşmaz, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 67-68.

5 Caroline RAMAZANOĞLU, Janet HOLLAND, *Feminist Methodology: Challenges and Choices*, Sage Publications, London 2002, s. 16.



now, Amerika'daki kadın çalışmaları doktora programları kapsamında yazılan tezleri incelerken bu çalışmaların birçok yönden yenilik getirdiklerini ve hatta devrimci olduklarını belirtmişler ve bu yeniliklerin en can alıcı noktalarının ise, geleneksel disiplinlerin incelemediği konuları ele almaları ve kendilerine ait bir terminoloji geliştirmeleri olduğunu ileri sürmüşlerdir. "Feminist araştırma akademik çevreye girmeden önce, şu anda çok yaygın olan ve bir zamanlar ne kadar devrimci olduğunu unutmuş olabileceğimiz cinsel taciz, kadına karşı şiddet, flört tecavüzü (date rape), cam tavan (glass ceiling) ... gibi birçok başka analiz terimi ve formunu anlamak için hiçbir bilgi çerçevesi yoktu."<sup>6</sup> Feminist metodolojinin neyi gerektirdiğiyle ilgili olarak ise, Sandra Harding gibi Caroline Ramazanoğlu ve Janet Holland da feminist yöntem diye belirli bir yöntemin olmadığını ileri sürmektedirler. Ancak Ramazanoğlu ve Holland feminist metodolojinin ayırt edici özelliği olarak vurguladıkları niteliklerin feminist teori, politika ve etik ve kadın deneyimleri tarafından temellendirilme olduğunu belirtmişlerdir. Feminist araştırmalar, kadın deneyimlerine yer verir ve kadının toplumsal cinsiyetin belirlediği ilişkilerdeki konumunu anlamaya çalışır.<sup>7</sup> Brooke Ackerly ve

Jacqui True ise benzer şekilde birtakım metodolojik ve normatif bağlılıklara yer vermişlerdir. Bu bağlılıkları feminist araştırma etiğine uygunluk çerçevesinde ele almışlar ve feminist araştırma etiğinin iki boyutundan bahsetmişlerdir. Feminist araştırmanın normatif boyutunu, feminist araştırmaların toplumsal cinsiyet eşitsizliğini temele alan, bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için hem eşitsizliklerin var olduğunu göstermeyi ve bu eşitsizlikleri açıklamayı hem de bu eşitsizliklerin yaşanmaması yönünde toplumu dönüştürmeyi amaçlayan araştırmalar olduğuna dair bir kabul oluşturur. İkinci olarak ise feminist araştırmalar, epistemolojinin gücü, araştırmacının konumu ve araştırma sürecinde karşılaşılabilecek sınırlara karşı bir farkındalığa ve bu konuda bir metodolojik bağlılığa sahip olmayı gerektirir. Buna göre, epistemolojinin araştırmacının konumunu gizlemeye ve güç ilişkilerini yeniden üretmeye yol açmasına karşı dikkatli olmak gerekir. Örneğin kavramları öznel-nesnel, kamusal-özel, kadın erkek gibi ikili karşıtlık içinde ele almak bizim anlayışımızı belirleyen epistemolojik bir güçtür. Feminist araştırmalarda araştırmacının konumunun tarafsız ve nesnel bir gözlemciden ibaret olmadığını ve araştırma sürecine etkisinin olduğunu farkında

6 Sally L. KITCH, Mary Margaret FONOW, "Analyzing Women's Studies Dissertations: Methodologies, Epistemologies and Field Formation", *Signs*, Volume 38, No.1, The University of Chicago Press, 2012, s. 110, 113.

7 RAMAZANOĞLU, HOLLAND, 2002, s. 15-16. Sandra HARDING, "Feminist Yöntem Diye Bir Şey Var mı?", Çeviren: Zelal Ayman, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 34.

olmak gereklidir. Araştırma sürecinde hiyerarşik ilişkilerin oluşmamasına da dikkat edilmelidir. Ayrıca mevcut eşitsizliklerin sürmesine hizmet eden kavramsal sınırlara ve çalışılan disiplinden kaynaklanan sınırlara karşı da dikkatli olunmalıdır.<sup>8</sup>

Feminist metodolojinin temel unsurlarını, Ackerly ve True'nun belirttikleri feminist araştırma etiğinin normatif boyutunu ve metodolojik boyutunu kapsayacak şekilde ve feminist metodoloji üzerine yapılan tartışmaları da göz önünde bulundurarak dört özellik çerçevesinde ele almak mümkündür. Bunlar, araştırmacının konumuna karşı dikkat, kadın deneyimlerine yer verme, kesişimsellik ve düşünsel-liklidir.

Feminist araştırmalarda araştırmacının konumu iki temel problemde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak araştırmacının nesnel ve tarafsız olması ve araştırma sürecine etkide bulunmaması gerektiği iddiası tartışmaya açılmıştır. Feministler, tarafsızlık iddiası aracılığıyla erkek egemen görüşlerin meşrulaştırıldığını ileri sürmüşlerdir. Araştırmalarda tarafsız olunamayaca-

ğını ve araştırmacının kendi politik, kültürel, kişisel, sosyal kimliğinin araştırmanın her aşamasında etkisinin olacağını iddia etmişlerdir. Örneğin Sandra Harding araştırmacının tarafsız olamayacağını ve araştırmaya mutlak etkisinin olacağını ileri sürmüş ve araştırmacının bu taraflılığını ortaya koymasının tarafsızlığı sağlamak için önemli olduğunu dile getirmiştir.<sup>9</sup> Benzer şekilde, Mies de bilinçli taraflılığı savunmuştur.<sup>10</sup> Bunun yanı sıra toplumsal cinsiyet ilişkilerinin toplumun her alanına yayıldığı ve araştırmacının toplumsal cinsiyete sahip olarak sosyal ilişkiler içinde varolduğunun ve bunun araştırmaya etki edeceğinin farkında olunması gerektiği de belirtilmiştir.<sup>11</sup> Araştırmacının araştırmacının her aşamasında araştırmaya nasıl etki ettiği üzerine düşünmesi feminist araştırmacılar tarafından savunulmuştur. Araştırmacının konumuyla ilgili ikinci mesele, araştırma sürecinde hiyerarşik ilişkilerin oluşmaması yönünde bir dikkatle ilgilidir. Hiyerarşik ilişkilerin oluşması doğrudan araştırmacının tarafsızlığı tartışmalarıyla da kesişmektedir. Araştırmacının tarafsız ve nesnel olması gerektiği anlayışı araştırmacı-

8 Brooke ACKERLY, Jacqui TRUE, *Doing Feminist Research in Political and Social Sciences*, Palgrave Macmillan, China 2010, s. 1-7, 24-39, 122.

9 HARDING, 1995, s. 42-43.

10 MIES, 1995, s. 52. Marie MIES, "Women's Research or Feminist Research? The Debate Surrounding Feminist Science and Methodology", Çeviren: Andy Spencer, *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 69-70.

11 Mary Margaret FONOW, Judith A. COOK, "Back to the Future: A Look at the Second Wave of Feminist Epistemology and Methodology", *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 6.

nın özne ve araştırılanın nesne olarak görülmesiyle ilgilidir. Feminist araştırmacılar bu türden bir hiyerarşiye karşı çıkmaktadırlar. Örneğin Mies, araştırılana karşı yukarıdan bakışın yerini aşağıdan bakışın alması gerektiğini söylemekte ve kendisi araştırmalarını buna uygun şekilde gerçekleştirmektedir.<sup>12</sup>

Kadın deneyimlerine yer verme de feminist araştırmalarda oldukça önemli görülmektedir. Kadın deneyimlerine yer verme, eril anlayışın egemen olduğu bilimde kadın deneyimlerinin yanlış yorumlanmasına ve bazı kadın deneyimlerinin de görmezden gelinmesine karşı bir gereklilik olarak ortaya konmuştur. Kadınların deneyimlerine yer verme ile ayrıca bu deneyimlerin toplumsal ilişkilerdeki yerinin ne olduğu, bu ilişkilerin altında yatan güç ilişkileriyle ilgisi ve ataerkil sistemin devamına nasıl katkı sağladığının da açığa çıkarılması amaçlanmaktadır. “Açıklanması gereken kadınların gündelik yaşamlarında aslında ne olduğu ve bunun nasıl deneyimlendiğidir. O zaman, biz kadının sıradan yaşamıyla başla-

rız.... Mesele, yalnızca günlük deneyimler değildir, altında yatan ilişkiler ve ikisi arasındaki ilişkidir.”<sup>13</sup> Kadının deneyimlerinin paylaşılması, kadınların yaşadıkları ev-içi şiddet gibi olayların kişisel değil, toplumsal bir mesele olduğunun ortaya çıkmasında da önem kazanmaktadır.<sup>14</sup> Deneyimlere yer verme, yalnızca araştırılanların deneyimlerine, araştırılanın bakış açısından yer verilmesi olarak anlaşılmamaktadır. Aynı zamanda araştırmacının araştırma konusunu kendi deneyimlerinden yola çıkarak belirlemesinin de mümkün olduğu kabul edilir.<sup>15</sup>

Feminist araştırmaların bir özelliği olarak yer verilen kesişimsellik ise oldukça yeni bir kavram olarak karşımıza çıkmasına karşın feminist araştırmalarda ortaya çıkan en önemli unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Bunun sebeplerinden birisi ise feminizme yönelik bir eleştiriyle, kadınlar arasındaki farklılıkların görülmemesiyle ilgili olmasıdır.<sup>17</sup> Kavramı ilk kez kullanan Kimberle Crenshaw makalesinde üç ayrı davadan örnek vererek kesişimsel bakışın gerekliliğini ortaya

12 MIES, 1995, s. 52-53.

13 Joan ACKER, Kate BARRY, Johanna ESSEVELD, “Objectivity and Truth: Problems in Doing Feminist Research”, *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 135.

14 MIES, 1995, 51, 56-61, Marie MIES, “Liberating Women, Liberating Knowledge: Reflections on Two Decades of Feminist Action Research”, *Atlantis*, Volume 21 No. 1, 1996, s. 13-14.

15 FONOW, COOK, 1991, s. 12.

16 KITCH, FONOW, 2012, s.102, 107.

17 Çiğdem YAZICI, “Felsefede Toplumsal Cinsiyet ve Feminizm”, *Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları* içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yayınları, Ankara 2016, s. 77.

koymaya çalışmıştır. Ele aldığı davalardan birisi bir fabrikanın siyah kadınları işe almaması nedeniyle kadınların ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla açılmıştır. Ancak mahkeme fabrikada beyaz kadınların ve siyah erkeklerin işçi olarak çalıştırıldığı, dolayısıyla ırk ya da cinsiyet yönünden bir ayrımcılığın söz konusu olmadığını ileri sürerek davayı reddetmiştir. Kadınların iddiası ise siyah ya da kadın olarak değil, siyah kadınlar olarak ayrımcılığa uğradıklarıdır. Diğer iki davada da, siyah kadınların tüm kadınları ya da tüm siyahları temsil edemeyecekleri kararı veren mahkemeler tarafından belirtilmiştir. Crenshaw, buradan yola çıkarak dezavantajlı konumların keşiştiği durumlarda yaşanan ayrımcılığın görülmesini sağlamak ve meseleyi ayrımlık-farklılık yaklaşımından başka türlü ele almak gerektiğini düşündüğünden keşişimsellik kavramını kullanmıştır.<sup>18</sup> Keşişimsellik feminist metodolojide ayrıca bir kişinin, grubun ya da durumun ancak bütünlüğü ile ele alındığı takdirde anlaşılabilirliği şeklinde de ele alınmaktadır.<sup>19</sup> Keşişimselliği, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kişilerin

koşullarına göre farklı şekillerde yaşanabileceği ve başka türden baskılarla keşişebileceğini hesaba katma gerekliliği olarak anlamak mümkündür. Keşişimselliğin önemi keşişen adaletsizliklerin görünür kılınmasını sağlamada ortaya çıkmaktadır.<sup>20</sup>

Son olarak düşünömsellik, araştırmacının araştırma sürecinde kendi konumu üzerinde düşünmesiyle ilgilidir. Ayrıca güç ilişkilerinin araştırmaya etkisini ve araştırma sürecinde gücün kullanımının açığa çıkarılmasının sonuçlarını da dikkate alır.<sup>21</sup> Düşünömsellik bilginin neye bağlı olduğu, araştırmacının nasıl konumlandığı, araştırma sürecinin nasıl oluştuğu gibi sorulara eleştirel bir gözle bakabilmeyi gerektirir. Yalnızca feminist araştırmaların bir özelliği olmamasına rağmen, feminist araştırmalarda düşünömsel yaklaşım merkezi bir öneme sahiptir, çünkü feminist düşünömsellik, araştırma sürecinde altta yatan cinsiyet ilişkileri hakkındaki varsayımların iç yüzünü anlamaya çalışarak bir adım öteye gider.<sup>22</sup> Ramazanoğlu ve Holland düşünömselliğin etkili bir pratik

18 Kimberle CRENSHAW, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, *Feminist Theory and Antiracist Politics* içinde, University of Chicago Legal Forum, Volume 1989, s. 141-150. Issue 1, Article 8, s. 139-167.

19 ACKERLY, TRUE, 2010, s. 30.

20 Catharine A. MACKINNON, "Intersectionality as Method: A Note", *Signs*, Volume 38, No.4: Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory, The University of Chicago Press Journals, 2013, s. 1020.

21 RAMAZANOĞLU, HOLLAND, 2002, s. 118-119.

22 FONOW, COOK, 1991, s. 2-4. RAMAZANOĞLU, HOLLAND, 2002, s. 118.

strateji olarak kullanılabilmesi için dört aşamanın gerekliliğinden bahsetmektedirler. Bunlar, güç ilişkileri ve bunun araştırma sürecine etkisinin tanımlanması, güç ilişkilerinin kavramsallaştırılmasını sağlayan bir güç teorisinin ortaya konması, politik yargılar ve değerlerle ilişkisinde ahlâki düşüncelerin belirtilmesi, araştırmanın olası zararlarının ve bunların nasıl engellenebileceğinin düşünülmesi ve son olarak da üretilen bilginin hesabının verilebilmesidir.<sup>23</sup>

### **Feminist Hukuk Metodolojisi Hakkında Düşünceler**

Buraya kadar feminist araştırmalar üzerine söylenenlerin feminist bir bakış açısıyla yapılan hukuk araştırmaları için de geçerli olduğunu iddia etmek mümkündür. Bunun hukuk açısından önemi ise, özellikle feminist hukuk teorilerinin ortaya koymaya çalıştığı hukukun eril yapısını ve toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinden kaynaklanan adaletsizliklerin ortaya çıkarılmasındaki rolüyle ilgilidir. Feminist hukuk teorilerindeki tartışmaların başında kamusal-özel alan ayrımı gelmektedir.<sup>24</sup> Kamusal alanın erkeklerle, özel alanın kadınla birlikte düşünülmesi

kadının kamusal alandan dışlanması sonucunu doğurmuştur.<sup>25</sup> Ayrıca kadının yaşamının büyük bir bölümünün geçtiği ve yaşadığı eşitsizliklerin bir bölümünü kapsadığı alanın özel alan olarak tanımlanması bu alanın hukuk dışı alan olarak görülmesine neden olmuştur. Bu nedenle feministler “özel olan politik”tir diyerek bu ayrıma karşı çıkmışlardır. Bir diğer tartışma konusu ise aynılık-farklılık üzerinden yapılmaktadır. Bu tartışmanın temelinde, özellikle feminist hareketin ilk dönemlerindeki kadınlara erkeklerle eşit haklar verilmesi gerektiği düşüncesi vardır. Ancak kadınlara eşit haklar verilmesinin onlar için yeterli olmadığı, dezavantajlı konumları sebebiyle onlara verilen eşit hakların fırsat eşitliği söz konusu olmadıkça istenilen amacı gerçekleştirmeyeceği ilerleyen dönemlerde dile getirilmiştir.<sup>26</sup> Kadınlara verilen eşit haklar; hukukun yapısının, hukukî kurumların ve hukuk uygulanmasının temelindeki anlayış değişmediği sürece toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin giderilmesinde tam olarak etkili olamayacaktır, çünkü hukuk da toplumda kabul edilen yaygın anlayışları yansıtan bir işlev görmektedir bu anlamda da toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin sürmesinde bir pay

23 RAMAZANOĞLU, HOLLAND, 2002, s. 119.

24 Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY, “Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, s.29. Ülker YÜKSELBABA, “Feminist Perspektiften Hukuk” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Sayı 1, 2016, s. 37-38.

25 YÜKSELBABA, 2016, s. 124-125.

26 Martha FINEMAN, “Feminist Legal Theory”, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Volume 13:1, 2005, s. 15-16. ÇAĞLAR GÜRGEY, 2014, s. 32- 33.

sahibi olmaktadır.<sup>27</sup> Bunların ortaya konulmasında ise feminist hukuk araştırmalarının yapılması önemlidir. Bu noktada feminist metodolojinin yanında feminist araştırmaların normatif boyutuna bağlılığın da önemli olduğunu söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra, hukukun uygulanmasında da feminist hukuk metodolojisine başvurmak mümkündür.

Feminist metodolojinin hukukî yargıların nasıl oluşturulacağıyla ilgisinde ele alınan hukuk metodolojisinde bir yeri olup olmadığı bu noktada tartışılabilir. Burada ilk olarak Katharina Bartlett'in feminist hukuk metodolojisi hakkındaki görüşlerine bakılabilir. Bartlett, üç tane feminist hukuk metodundan bahseder. Bunlar, kadın soruları sorma, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltmedir. Feminist hukuk metodolojisi, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin hukuktaki yansımaları ve böylece de hukukun toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin sürdürülmesindeki rolünün farkına varmak, bu rolü açıklamak ve bu eşitsizlikten kaynaklanan adaletsizliklerin dönüştürülmesi için çaba sarf edilmesini talep eder. Bu anlamda da mevcut hukuka ve hukuk uygulamalarına karşı eleştirel bir duruşa sahiptir. Feminist hukuk metodolojisi,

asıl olarak, hukuk uygulamasındaki değer yargılarını ve hukuk ve politika ilişkisini ortaya koymayı amaçlar.<sup>28</sup>

Bartlett feminist hukuk metodolojisinde, geleneksel metotların yanı sıra farklı olarak üç metot önermektedir. Bunlardan ilki kadın soruları sormaktır. Kadın soruları sormak, kadın deneyimlerini görünür kılmak ve hukukun toplumsal cinsiyet bakımından tarafsız olmadığını ortaya koymak açısından önemlidir. Harding, kadın deneyimlerine yer vermenin meselelerin kadınların bakış açısıyla yeniden değerlendirilmesinin, kadınlar hakkındaki yargıların değişmesinin ve kadınların deneyimlediği ancak problem olarak görülmeyen birçok problemin görünür kılınmasını sağlayacağını söylemektedir.<sup>29</sup> Hukukta da kadın soruları sormak, kadın deneyimlerinin hukukta nasıl görmezden gelindiği ve hukukun kadınlara zarar verip veremeyeceği meselelerini gündeme getirmektedir. Bu sorular kadın deneyimlerine hukukta ne kadar yer verildiği, hukukta kadın ve erkek deneyimlerine dair varsayımlarının ne olduğu, kadınların gündelik deneyimleriyle hukuktaki varsayımlar arasındaki farkların yarattığı uyumsuzlukların neler olduğu, bu uyumsuzlukların hangi ataerkil amaç-

27 Gülriz UYGUR, "Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Hukuk Adaletsizdir", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2015, s. 121-124, 130.

28 Fehmiye Ceren AKÇABAY, "Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde (Editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 23.

29 Sandra HARDING, 1995, s. 39.

lara hizmet ettiği, hukuk alanında bu konuda ne gibi reformların yapılabileceği, ideal bir dünyada kadınların yaşamlarının nasıl olabileceği ve bulunduğumuz noktadan bu ideal dünyaya nasıl varılacağı gibi sorulardır. Hukukta kadın soruları sormak, rıza kavramının sorgulanması gibi meselelerin ele alınmasını sağlamaktadır.<sup>30</sup>

İkinci metot, feminist pratik akıl yürütmedir. Pratik akıl yürütme, soyut ilke ve kurallara uymayan durumların istisna olarak ele alınmasından kaçınılmasını amaçlar ve her durumun kendi bağlamı içinde ele alınmasını, yalnızca problemin nasıl çözüleceğinin değil, neyin problem olarak ele alınacağına da durumun kendine özgü özellikleriyle belirlenmesini sağlamaya çalışır. Pratik akıl yürütme, sorunları çatışan ikilemler ve soyut ilkelere göre değil, belirli bağlamları dikkate alarak ve bütünlük içinde çözmeye çalışır. Ancak bu türden bir bağlamsallığı dikkate alması, kuralları reddettiği anlamına gelmemektedir. Fakat yeni durumların belirli koşullarının, kuralların farklı yorumlarını gerektirebileceğini kabul eder. Feminist pratik akıl yürütme ise, pratik akıl yürütmenin kadın sorusu sorma metodu ve diğer feminist metotlardaki eleştirel bakışın ortaya ko-

nularak yeniden oluşturulmasını ifade eder.<sup>31</sup>

Üçüncü metot ise, bilinç yükseltmedir. Bilinç yükseltme kişilerin deneyimlerini paylaşarak bu deneyimlerin toplumsal anlamına dair bir bakış oluşturmayla ilgilidir. Bu metotla kadınlara tahakkümün bireysel değil, toplumsal olduğunun anlaşılması ve bu sayede toplumun ataerkil yapısının ortaya konması sağlanabilir. Bilinç yükseltmeyle kadına karşı şiddet gibi konuların ataerkil toplumdaki yeri ortaya çıkar. Bu yüzden de bilinç yükseltmenin hukukun oluşturulmasına ve uygulanmasına etkisinin olduğu görülebilir.<sup>32</sup>

Ann Scales ise, feminist hukuk metodu olarak, hukukî bir sorunun pratik analizine karşılık geldiğini söylediği sekiz adımı önermektedir. Bunlardan ilki, geleneksel politik ayrımların batığına saplanmamaktır. Bu şekilde, hukukta ve toplumdaki adaletsizliklerle mücadele etmede belirli politik konulara sıkışıp kalmak yerine amacı gerçekleştirmeyi odağa almak mümkün olacaktır.<sup>33</sup>

30 Katherina T. BARTLETT, "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review*, Volume 103, n. 4, 1990, s. 836-838.

31 BARTLETT, 1990, s. 850-855.

32 BARTLETT, 1990, s. 863-865.

33 Ann SCALES, *Hukuki Feminizm. Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı*, Çeviren: Fehmiye Ceren Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019, s. 150-153.



İkincisi, tarafsızlıktan sakınmaktır. Feminist teoride, tarafsızlık ve nesnellik idealleri, eril çıkarları koruyan düşünceleri maskeleyiği ve meşrulaştırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu nedenle feminist metodolojide tarafsızlık yerine bilinçli taraflılık gibi metotların kabulü söz konusudur. Tarafsızlık iddiası konularla ve perspektiflerle çelişmektedir. Tarafsızlık maskesi altındaki önyargıların farkına varabilmek için çaba gösterilmelidir.<sup>34</sup> Martha Fineman, feminist metodolojilerin toplumsal cinsiyet açısından tarafsız olmadığını ve tarafsızlık ve nesnellik ideallerinin aslında erkek bakışını meşrulaştırmaya yaradığını bu bakışın maskelenmesini sağladığının açığa çıkarılmasının önemli olduğunu belirtmektedir. Tarafsızlık maskesi altındaki önyargıların farkına varabilmek için toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakışa sahip olmak gereklidir.<sup>35</sup> Hukukî feminist yorumlamada da yorumu kimin yaptığının önemli olduğu kabul edilir. Feminist hukukçular tarafsız kanunlar ve prosedürlerin karar vericinin önyargılarını gizlemeye hizmet etmesinin adaletsizliğe yol açtığını kabul

ederek hukukî akıl yürütmenin altında yatan politik ve ahlâki etkileri açığa çıkarmaya çalışır. Bunu yapmanın bir yolu da farklı toplulukların yorum meselesine nasıl yaklaştıkları konusunda açık görüşlü olmaktır.<sup>36</sup>

Üçüncüsü suni gereklere meydan okumaktır. Scales suni gereklerin arasında nesnellik ve tarafsızlığın yanında suni ikilikler ve kaygan zeminin de yer alabileceğini belirtmiştir. Suni ikilikler feminizmde geniş ölçüde eleştirilmektedir.<sup>37</sup> Hukukta özellikle feminist hukuk teorisindeki önemli noktalardan birisi kamu ve özel ayırımının eleştirilmesidir ve feminist hukukî yorumlamada da bu eleştiri göz önünde bulundurulur.<sup>38</sup> Kamunun erkeğe ve özel alanın kadına ait olarak bölümlenmesinin, kadınların karşılaştıkları eşitsizliklerde bir payı olduğu ileri sürülür. Buna örnek olarak, kadının ev içi emeğinin ekonomik değerinin görmezden gelinmesi gösterilebilir. Kaygan zeminde ise, dar olarak öngörülmüş bir kuralın, amaçlandığının dışında, geniş bir ölçüde kullanılması ihtimaline açık olması söz konusudur. Scales kaygan

34 SCALES, 2019, s. 153-157.

35 Martha FINEMAN, "Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship", *Feminist Legal Theories* içinde (Editör: Karen Maschke), Garland Publishing, America 1997, s. 59.

36 Kim BROOKS, "Feminist Statutory Interpretation", *Pittsburgh Law Review*, Vol. 16, 2019, s. 126-127.

37 SCALES, 2019, s. 158-159.

38 BROOKS, 2019, s. 131.



zeminlerin varlığını kabul etmesine rağmen, her davanın zor dava olmadığını söylemektedir.<sup>39</sup>

Dördüncüsü statükonun bilgi düzeyinde yapıbozuma uğratılmasıdır. Bilgi iddialarının sorgulanması feminist hukuk metodunda önemli bir yer almaktadır.<sup>40</sup> Feminist yorumlamada da kelimelerin anlamının bağlama ve farklı kültür veya gruplara göre farklı şekillerde inşa edilebileceği kabul edilmekte ve bu yaygın anlamların nasıl oluştuğu ve farklı grupların yorumlarının nasıl farklılaştığının ortaya konulması gerektiği ileri sürülmektedir. Feminist yorumlamada da, gruplar arasındaki güç ilişkilerine dair bir farkındalığa sahip olunması gerektiği söylenebilir.<sup>41</sup>

Beşincisi aşağıdan bakışın benimsenmesidir. Aşağıdan bakış feminist metodolojide var olan hiyerarşilerin görünmez kılınmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Aşağıdan bakış, ilk olarak, bazı grupların tarihsel olarak bazı epistemolojik ayrıcalıklara sahip olduğunu kabul eder. İkinci olarak, ayrıcalıklı konumda bulunanların epistemolojik ayrıcalıklarını, ayrıcalıklı

olmayanların bakış açıları lehine bırakmaları gerektiğini söyler. Üçüncüsü ise, bu epistemolojik yeniden dağıtımın hukukî olarak uygun olduğu kabul edilir. Aşağıdan bakış, tarihsel olarak kimin bakış açısının susturulduğuna bakmayı gerektirir.<sup>42</sup>

Altıncısı şimdiye kadar verilen en doğru yanıtı bulmaktır. Bu metotta, bir durumu çözmeye, mümkün olduğunca çok sayıda farklı çözümler üretmeyi ve bunlar içinde mevcut en iyi seçeneği seçmeyi gerektirir.<sup>43</sup>

Yedincisi dayanışma göstermektir. Dayanışma gösterme, hukukî kararların toplumdaki insanları nasıl etkileyeceği üzerine düşünmek anlamına gelir. Scales, dayanışma göstermenin hukukçuların hukuk uygulamasında, örneğin bir avukatın bir müvekkilini savunurken hukuku başkaları için bir engel haline getirmemesi konusunda bir dikkati gerektirdiğini söylemektedir.<sup>44</sup>

Sekizincisi de hukuka doğru bir perspektiften bakmaktır.<sup>45</sup>

Bu metotların yanında, feminist yorumlamanın, mahkemedeki tarafla-

39 SCALES, 2019, s. 160-163.

40 SCALES, 2019, s. 163.

41 BROOKS, 2019, s. 128-132.

42 SCALES, 2019, s. 164-168.

43 SCALES, 2019, s. 168-169.

44 SCALES, 2019, s. 169-171.

45 SCALES, 2019, s. 172-173.

rın birer insan olduğunun her zaman farkında olmayı gerektirdiği söylenebilir.<sup>46</sup> İnsanı görmek için, onun görülmesini neyin engellediğini bilmek, bunun için de onun koşullarını bilmek gerekir. Adaletsizliği önlemek için adaletsizliğe neden olan görünmez koşulların görünür kılınması gereklidir. Bunun için de dertlenerek ilgilenmek gerekir.<sup>47</sup>

Son olarak, kesişimsel bir bakışın benimsenmesinin, mevcut adaletsizliklerin özel bir vurguyla görünür kılınmasına imkân sağlayacağı söylenebilir. Aynı zamanda, bu adaletsizliklere karşı çıkabilmek için de, hukukta kavramsal bir zemin sağlamaktadır. Catherine MacKinnon, kesişimselliği feminist araştırmalarda rolünün dışında hukuk uygulamalarında da kullanılabilir bir hukuk metodu olarak ortaya koymuştur. Onun bu konuda verdiği örneklerden birisi Kanada’da yerli bir topluluktan olan Sandra Lovelace’ın yerli olmayan birisiyle evlenmesi sonucu yerli statüsünü kaybetmesi ve boşandıktan sonra bu statüyü geri kazanmak için dava açmasıyla ilgilidir. Kanada yargısı kadının talebini haklı bulmayınca başvurduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Lovelace’ın kendi kültürünü yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Oysa MacKinnon, kesişimsel düşü-

nülmesi gereken bu davada erkeklerin yerli olmayan bir kadınla evlenmesi durumunda bu statülerini kaybetmediğini Lovelace’ın cinsiyeti sebebiyle kültürel ayrımcılığa maruz kaldığını söylemiştir. Onun verdiği ikinci örnek ise, Bosnalı kadınların uğradığı tecavüzün basitçe tecavüz suçu olarak değerlendirilemeyeceği, yapılanın soykırım suçunun bir topluluğa ait olan kadınlara yönelik cinsel saldırı yoluyla gerçekleştirilmesidir. Kesişimsellik burada soykırımın kendisini anlamayı sağlamaktadır.

Rosemary Hunter ise, feminist bir hakim nasıl davranmalı sorusuna, Bartlett’a atıfta bulunarak belirli yollar önermektedir. Bunlardan ilki kadın soruları sormaktır. İkincisi, kadınları dahil etmektir. Kadınların dahil edilmesi, hem eril bir bakışı benimsememeyi hem de kadınların yaşamlarını dinlemeyi, onların hikayelerine kararlarında yer vermeyi içerir. Bu sayede toplumsal cinsiyetlendirilmiş deneyimler hukuk söylemine dahil edilecektir. Üçüncüsü, toplumsal cinsiyet önyargılarıyla mücadele etmektir. Bartlett’ın feminist pratik akıl yürütme metoduna denk gelecek şekilde, dördüncü olarak, bağlamsallık, tikelle ilgilenme ve dikkati ortaya koymaktadır. Bağlamsallığı her durumda kadınların deneyimlerine odaklanmak ve soyut olandansa somut

46 BROOKS, 2019, s. 129.

47 Gülriz UYGUR, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2016, s. 40,44-46

olana ve insanların deneyimlerine öncelik vermek olarak tanımlamaktadır. Buna tarafların koşulları ve hukuk kurallarının oluşturulduğu toplumsal bağlamın da dahil edilebileceğini belirtmektedir. Hunter, tikelle ilgilenmenin ve tarafları kişi olarak görmenin Carol Gilligan'ın ihtimam etiğiyle bağlantılı olduğunu söylemektedir. Bununla birlikte bu görüşü kadına dair önyargıları pekiştirdiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bu nedenle de tikelle ilgilenme ve dikkat göstermenin daha uygun olduğunu belirtmektedir.<sup>48</sup> Ancak Gilligan'ın *farklı sesini* Gülriz Uygur'un da belirttiği üzere, toplumsal cinsiyet önyargılarının ve yapısal adaletsizliğin farkında olarak, “mevcut adaletsizlikler içinde duyulan ses” olarak anlamak mümkündür.<sup>49</sup> Hunter beşinci olarak, adaletsizlikleri giderme, kadın deneyimlerini geliştirme ve maddi eşitliği geliştirmeye yer vermektedir. Bunun yanında feminist seçimlerde bulunmanın tam zamanlı feminizmin ve son olarak da diğer kadınları desteklemenin önemine de değinmektedir. Bunlar, kendi koşullarında farklı kararlar veren kadınları yargılamaya karşı temkinli olmak, verilecek kararlar üzerinde dikkatlice düşünmek ve feminist yazımı güncel olarak takip etmeyi, yalnızca belirli konularda değil, her konuda fe-

minist değerlere bağlı olmayı gerektirmektedir.<sup>50</sup>

## SONUÇ

Feminist metodoloji, mevcut anlayışların yetersizliğine karşı eleştirel bir bakış ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. Feminist araştırmalarda kullanılmak üzere uygulanacak feminist bir metodun varlığı konusunda fikir birliği olmasa da feminist bir metodolojinin varlığından bahsetmek mümkün görünmektedir. Bu çalışmada, feminist metodolojinin özellikleri, feminist bir araştırma etiğine uygunluk ve araştırmacının konumuna karşı eleştirel bir duruş, kadın deneyimlerine yer verme, kesişimsellik ve düşünömsellik olarak ortaya koyulmuştur. Hukukî yargıların oluşturulmasında başvurulabilecek feminist hukuk metotları ise, Bartlett tarafından kadın soruları sorma, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltme olarak belirtilmektedir. Hukukun adaletsiz olmasına karşılık, kesişimsel dezavantajlı konumları da dikkate alarak, kullanılabilir feminist metotların arasına, Scales'in sekiz maddesini de eklemek mümkündür. Bunun yanı sıra, feminist bir hakimin ne yapması gerektiği sorusuna da Hunter'ın görüşlerine yer verilerek cevap aranmaya çalışılmıştır. Toplumsal cinsiyet ön-

48 Rosemary HUNTER, “Can Feminist Judges Make a Difference?”, *International Journal of the Legal Profession*, 15: 1-2, 2008, s. 10-13.

49 UYGUR, 2015, s. 129.

50 HUNTER, 2008, s. 13-14.

yargılarının yol açtığı adaletsizliklerle mücadelede bu görüşlere başvurmak eşitsizliklerin önüne geçmede bir yol olabilir. Feminist metodolojinin hem hukuk araştırmalarında hem de hukukun uygulanmasında, hukuk kurallarının oluşturulmasında, hukukun ataerkil yapısının görülmesinde, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin ortaya çıkarılmasında ve bu eşitsizliklerden kaynaklanan adaletsizliklerin giderilmesinde başvurulabilecek eleştirel bir bakış ve yöntemler sağladığını söylemek mümkündür. Hukukun bu eşitsizliklerin sürdürülmesindeki etkisi de göz önüne alındığında bu türden bir yaklaşımın önemi daha da ortaya çıkmaktadır.

#### KAYNAKÇA

- ACKER Joan, BARRY Kate, ESSEVELD Johanna, “Objectivity and Truth: Problems in Doing Feminist Research”, *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 133-153.
- ACKERLY Brooke, TRUE Jacqui, *Doing Feminist Research in Political and Social Sciences*, Palgrave Macmillan, China, 2010.
- AKÇABAY, “Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde (Editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 19-67.
- BARTLETT Katherina T., “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, Volume 103, n. 4, 1990, s. 829-888.
- BROOKS Kim, “Feminist Statutory Interpretation”, *Pittsburgh Law Review*, Vol. 16, 2019, s.125-133.
- CRENSHAW Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine”, *Feminist Theory and Antiracist Politics* içinde, University of Chicago Legal Forum, Volume 1989, s. 139-167.
- ÇAĞLAR GÜRGEY, “‘Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, s. 28-44.
- DOUCET Andrea, MAUTHNER Natasha S., “Feminist Methodologies and Epistemology”, *chromeextension://efaidnbmnnnibpajpcgclefindmkaj/https://www.andreadoucet.com/wpcontent/uploads/2010/11/Doucet-Mauthner-2005-Feminist-Methodologies-and-Epistemologies.pdf*, Erişim Tarihi:16.3.2023, s. 36-42.
- FINEMAN Martha, “Feminist Legal Theory”, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Volume 13:1, 2005, s. 13-23.
- FINEMAN Martha “Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship”, *Feminist Legal Theories* içinde (Editör: Karen Maschke), Garland Publishing, America 1997, s. 53-73.
- FONOW Mary Margaret, COOK Judith A., “Back to the Future: A Look at the Second Wave of Feminist Epistemology and Methodology”, *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 1-15.

- HARDING Sandra, “Feminist Yöntem Diye Bir Şey Var mı?”, Çeviren: Zelal Ayman, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 34-37.
- HUNTER Rosemary, “Can Feminist Judges Make a Difference?”, *International Journal of the Legal Profession*, 15: 1-2, 2008, s. 7-36.
- KITCH Sally L., FONOW Mary Margaret, “Analyzing Women’s Studies Dissertations: Methodologies, Epistemologies and Field Formation”, *Signs*, Volume 38, No.1, The University of Chicago Press, 2012, s. 99-126.
- MACKINNON Catharine A., “Intersectionality as Method: A Note”, *Signs*, Volume 38, No.4: Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory, The University of Chicago Press Journals, 2013, s. 1019-1030.
- MIES Marie, “Feminist Araştırmalar için Bir Metodolojiye Doğru”, Çeviren: Ayşe Durakbaşa, Aynur İlyasoğlu, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 48-64.
- MIES Marie, “Liberating Women, Liberating Knowledge: Reflections on Two Decades of Feminist Action Research”, *Atlantis*, Volume 21 No. 1, 1996, s. 10-24.
- MIES Marie, “Women’s Research or Feminist Research? The Debate Surrounding Feminist Science and Methodology”, Çeviren: Andy Spencer, *Beyond Methodology* içinde (Editörler: Mary Margaret Fonow, Judith A. Cook), Indiana University Press, America 1991, s. 60-84.
- RAMAZANOĞLU Caroline, HOLLAND Janet, *Feminist Methodology: Challenges and Choices*, Sage Publications, London, 2002.
- SCALES Ann, *Hukuki Feminizm. Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı*, Çeviren: Fehmiye Ceren Akçabay, Dost Kitabevi, Ankara 2019.
- STANLEY Liz, WISE Sue, “Feminist Araştırma Sürecinde Metot, Metodoloji ve Epistemoloji”, Çeviren: Füsün Şaşmaz, *Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem* içinde (Yayına Hazırlayanlar: Serpil Çakır, Necla Akgökçe), Sel Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 67-98.
- UYGUR Gülriz, “Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Hukuk Adaletsizdir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2015, s. 122-132.
- UYGUR, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2016.
- YAZICI Çiğdem, “Felsefede Toplumsal Cinsiyet ve Feminizm”, *Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları* içinde (Hazırlayan: Feryal Saygılıgil), Dipnot Yayınları, Ankara 2016, s. 67-85.
- YÜKSELBABA Ülker, “Feminist Perspektiften Hukuk” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Sayı 1, 2016, s.123-138.

# İskoç Aydınlanmasında Toplumsal Sözleşme Teorisi Üzerine Görüşler ve Eleştiriler

Caner BİRDAL<sup>1</sup>

## Özet

Toplumsal sözleşme, bir toplumda yaşayan bireylerin toplumsal yaşamın devamı amacıyla bazı normlara uyma konusunda anlaşmaları, haklarının bir kısmını bir üst otoriteye devretmeye razı olmaları şeklinde bireyler arasında gerçekleştirilen bir sözleşmedir. Toplumsal sözleşme teorisi, devletin meşruiyetinin kaynağını açıklamaya, insanların çeşitli haklarından vazgeçerek bir üst otoriteye itaat etmelerinin ardında yatan saike ulaşmaya çalışır. Bu teori esasen bir varsayımdan ibaret olup doğa durumu varsayımından hareket ederek başta bir devlete sahip olmayan insanların kendini koruma doğal hakkından feragat ederek kendilerini bir yaptırım gücüne bağlamalarını ifade eder. İskoç Aydınlanması ise 18. yüzyılda İskoçya'da gerçekleşen entelektüel ve bilimsel hayatı ifade eder. Bu incelemede İskoç Aydınlanma düşünürlerinin görüşlerinden hareketle toplumsal sözleşme teorisine yönelik görüşler ve eleştiriler irdelenecektir.

İskoç Aydınlanması düşünürleri, kendilerinden önceki toplumsal sözleşme teorisi düşünürlerini eleştirmiş; toplumsal sözleşme teorisi ile devletin doğuşunun ve meşruiyetinin anlaşılamayacağını ortaya koymuşlardır. Doğal hukuk düşüncesinden ayrılarak devletin doğuşunu ve toplumu ampirik verilerle açıklamaya çalışan bu dönem düşünürleri için doğal olarak devletin doğuşu da tarihsel deneyim yoluyla elde edilebilecek bilimsel verilere dayanmalıdır. İncelememizde kendi-

lerinden sonraki dönemleri de derinden etkilemiş bu dönemin üç önemli isminin görüşlerinden yararlanılacaktır. Bu isimler David Hume, Adam Smith ve Adam Ferguson'dır.

David Hume'a göre tüm yönetimler başlangıçta ya bir ayaklanma ya bir fetih ya da her ikisi üzerine kurulmuş olup bu toplumlarda insanların rızaları yahut gönüllü boyun eğmeleri gibi bir durum söz konusu olmamıştır. Tüm yönetimler güç ve şiddet vasıtasıyla doğduklarından bir anlaşma temelinde dayanan toplumsal sözleşme düşüncesi anlamsızdır. Adam Smith de benzer şekilde sözde toplumsal sözleşme kurucularının sözleşmeyle hiçbir alakaları olmadığını, sözleşmenin varlığından haberdar olmadıklarını ileri sürer. Smith'e göre itaat yükümlülüğünü sağlayan şey toplumsal sözleşme varsayımı değil, otorite ve yararlılık prensipleridir. Adam Ferguson'a göre ise toplumsal sözleşme bir kaynaktan doğan iddianın diğerinden geliyormuş gibi sürdürüldüğü teorik olarak yalnızca bir kurgudur. Ferguson, toplumsal sözleşmecilere şüpheyle yaklaşır; zira sözleşme varsayımı temelsizdir. Sözleşme bir soyutlama, bir spekülasyondur. Doğa durumuna dair ön kabuller yerinde değildir; zira doğal durum kuramcıları tarihsel bir bakış açısından uzak hareket ederek insanoğlunun durumunu ve şartlarını göremezler.

**Anahtar Kelimeler:** toplumsal sözleşme, İskoç aydınlanması, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson

1 Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: canerbirdal@istanbul.edu.tr

## GİRİŞ

Toplumsal sözleşme teorisi, sosyal bilimlerde devletin kökenini ve meşruiyetinin kaynağını açıklamak için başvurulan teorilerden biridir. Bir toplumda yaşayan bireylerin bazı normlara uymaya ve haklarının bir kısmını bir üst otoriteye devretmeye razı olmaları şeklinde gerçekleşen toplumsal sözleşme, bilhassa İngiliz siyaset felsefesinde güçlü bir konuma sahip olmuştur. Özellikle Thomas Hobbes ve John Locke gibi İngiliz filozofların on yedinci yüzyılda ortaya koyduğu düşüncelerin, İskoç Aydınlanması olarak adlandırılan ve zaman olarak on sekizinci yüzyıla tekabül eden yüzyılda da etkisini koruduğu görülmektedir.

On sekizinci yüzyılda İskoç Aydınlanmasının doğuşunu sağlayan ve ona özgün konumunu veren, bu aydınlanma geleneğinin düşünürlerinin aklı toplumsal örgütlenmeleri ve kurumları anlamada farklı bir şekilde kullanarak yeni bir paradigma yaratmaları olmuştur. İskoç Aydınlanması düşünürleri artık farazi bir sözleşme yerine empirik verilerden hareketle toplumu ve devletin kökenini incelemeye başlamışlardır. Toplumun da tıpkı fizik bilimlerinde olduğu gibi deneysel verilerle incelenebileceği düşüncesi, toplumsal sözleşme teorisine dair eleştirilerin doğmasını sağlamıştır.

On sekizinci yüzyıl, İskoç toplumu için tarımsal kapitalizmden ticari

kapitalizme geçiş aşaması olarak görülebilir. Bu geçiş İskoçya yönetiminin merkezi edimiyle tamamlanmaya çalışılmıştır. Değişen toplum, yeni bir paradigma ortaya koyma düşüncesini getirmiştir. Buna göre artık piyasa ilişkilerinin ortaya çıkması ve sivil toplumun gelişimi, bu dönemin düşünürlerini varsayımlardan uzaklaşmaya yönlendirmiştir. Toplumun ve devletin kökeni, otoriteye itaat edilmesinin nedeni tarihe, ilkel toplumlara, insanın sahip olduğu ahlaki duygulara bakılarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmada İskoç Aydınlanmasının üç önemli düşünürünün görüşleri çerçevesinde toplumsal sözleşme teorisine yönelik eleştirileri incelenmiştir. Bu üç düşünür David Hume, Adam Smith ve Adam Ferguson'dur. Üç düşünür de çeşitli eserlerinde toplumsal sözleşme teorilerini eleştirerek toplumun ve devletin doğuşuna dair yeni bir açıklama ortaya koyma gayreti içinde olmuştur. Bu nedenle çalışmamızda bu üç düşünür seçilerek düşünürlerin görüşlerine yer verilmiştir.

### I. Toplumsal Sözleşme Teorisi

Toplumsal sözleşme, bir toplumda yaşayan bireylerin toplumsal yaşamın sağlıklı bir şekilde sürmesi amacıyla bazı normlara uyma konusunda anlaşmaları, sahip oldukları hakların bir kısmını bir üst otoriteye devretmeye razı olmaları şeklinde bireyler arasında gerçekleştirilen bir sözleşmedir.



Toplumsal sözleşme teorisi, bir otorite olan ve kurumsallaşmış bir yapıya sahip olan devletin meşruiyetinin kaynağını açıklamayı amaçlar. Bunu yaparken bireylerin neden çeşitli haklarından vazgeçerek bir üst otoriteye itaat ettiklerinin sebebini de insan doğası üzerinden açıklamaya çalışır.

Teorinin kökenleri Antik Yunan'a kadar uzansa da toplumsal sözleşme teorisi denince kastedilen dönem on yedinci ve on sekizinci yüzyıllar yani modern felsefe dönemidir. Modern felsefe dönemi içerisinde Thomas Hobbes, John Locke ve Jean Jacques Rousseau'nun görüşleri toplumsal sözleşme teorisinin şekillenmesini sağlamıştır. Toplumsal sözleşme teorisi, devletin nasıl oluştuğunu açıklamaya çalışırken bir varsayımdan hareket eder. Bu varsayım kabaca, doğa durumunda insanların çeşitli haklarını kendi rızalarıyla bir üst otoriteye devretmeleridir. Peki bir varsayımdan hareket eden bu teori neden felsefe tarihi içinde büyük bir iz bırakmış, yoğun eleştirilere maruz kalmış ve günümüzde dahi önemini korumaktadır? Bunun ilk sebebi akılcı düşüncenin gelişmesi ve temellendirmenin seküler bir zemine oturtulmasıdır. Bilhassa on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda gelişen akılcı düşünce, kendinden önceki din ve Tanrı merkezli anlayışı ortadan kaldırmıştır.

Dogmaların yerini alan rasyonel düşünce, toplumun da eski geleneksel tasavvurunu ortadan kaldırarak rasyonel bir açıklama ortaya koyma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İşte toplumsal sözleşme teorisinin ortaya çıkmasındaki sebeplerden biri de artık devleti ve toplumu Tanrısal bir iradeyle açıklamak yerine dünyevi bir temelde ortaya koyma çabasıdır. Toplumun varoluşu ve adalet insan yaratımıdır ve bunlar herkesin çıkarlarına hizmet ettiğinden herkesin onun ilkelerine uyması gerekir.<sup>2</sup> Akılcı düşünce, adalet idesini de aklın muhakemesine tabii kılar. Başka bir deyişle, akılcılıkla sonradan İskoç aydınlanmacılarında göreceğimiz ahlaki duygulardan bağımsız, bencil çıkarların üstünde ve böylece herkesin menfaatine hizmet edecek bir adalet anlayışına da ulaşılır.

Toplumsal sözleşme teorisinin büyük etkisinin bir diğer sebebi rızaya başvurusudur. Bireylerin birbirleriyle yaptıkları bir sözleşme ancak buna rıza göstermeleri ile geçerliliğe kavuşabilir. Toplumsal sözleşmede de adalet yasalarına uyulacağına ve bunların kabul edileceğine dair bir rıza vardır.<sup>3</sup> Rızanın olması bir taraftan devletin insan yaratımı olduğunu gösterirken bir taraftan da devleti ve otoriteyi meşrulaştırır. Bir üst otoriteye çeşitli hakların devredilmesi ve karşılığında toplumsal

2 Robert C. SOLOMON, *Adalet Tutkusunu: Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular*, (Çev. Ertuğ ALTINAY), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 81.

3 SOLOMON, 2004, s. 81.



barışın elde edilmesi, devletin sözleşmeyi akdedenlerden sonraki nesiller için de bağlayıcı olması gerektiği anlamını taşır. Devlet rızayla sözleşmeye dayalı olarak kurulduğu için bu meşru otoriteye itaat edilmelidir.

Toplumsal sözleşme teorisi, sivil toplumla olan bağı açısından da değerlendirilmelidir. Teori, sivil toplum için bir geçiş arama talebi olarak görülebilir<sup>4</sup>; zira on sekizinci yüzyıldan önce sivil toplum, devlet ve siyasal toplumla benzer anlamlara sahiptir. Toplumsal sözleşme teorileri, değişen bir toplumsal yapı tasavvurunun izdüşümünü oluşturur. Artık feodal toplumsal yapı yerine ortaya çıkmaya başlayan yeni bir toplumsal yapının temellendirilmesi ihtiyacı, teorinin ortaya çıkma sebeplerindedir. Bu yeni toplumsal yapı da sivil toplum düşüncesinde vücut bulur. Sivil toplum, tıpkı sözleşmecilerin iddia ettikleri üzere bir uzlaşma kültürüne<sup>5</sup> sahip olan toplumdur. Feodal bağların çözülerek modern devlet olgusunun ortaya çıktığı bu zaman dilimi için artık sivil toplum, kendinden önceki toplumun zıttı bir oluşum sürecini yansıtır.

Toplumsal sözleşme teorisinin ilk savunucularından olan Hobbes, toplumsal birlik için bir devlet iktidarını

arar. Locke, devlet iradesini kabul etmekle birlikte devletin rolünün kısıtlanmasını savunur. Rousseau ise yine devletin rolünü kısıtlayarak devlet iradesini bireyle toplum arasındaki bağa indirger. Hobbes'ta devletle sivil toplum daha özdeşken, Locke ve Rousseau'da yumuşak bir ayırım vardır. Ancak her üç düşünür de sivil toplumu, devlet ve birey arasında bir alan olarak değil, zaman zaman devletle özdeş bir alan olarak düşünmüşlerdir.<sup>6</sup> Toplumsal sözleşme teorisi, bu sivil toplum anlayışının temellendirilmesini sağlar; artık birey öne çıkmıştır. Toplumdaki ekonomik ilişkilerin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesinin koşulu, rızaya dayalı bir uzlaşma kültürü içinde toplumsal barış ortamının sağlanmasıdır. Eşitlik, özgürlük, mülkiyet gibi hakların doğal hak olarak kabul edilmesi, liberal kamusalın inşa edilerek tarımsal kapitalizmden ticari kapitalizme geçişte kuramsal bir olanak alanı yaratır. İşte toplumsal sözleşme teorisi de bu alanı inşa eden bir teori olarak karşımıza çıkar.

## II. Toplumsal Sözleşme Teorisine Dair Görüşler ve Eleştiriler

Aydınlanma geleneği içinde kendine özgün bir yer bulan İskoç Aydınlanması, bu özgün konumunu,

4 Yasemin İŞIKTAÇ, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, 2. Baskı, s. 242.

5 İŞIKTAÇ, 2014, s. 241.

6 Caner BİRDAL, *Sivil Toplum ve Pozitif Hukuk: Adam Ferguson'ın Sivil Toplum Yaklaşımının Modern Toplumda Hukuk ve Politika İlişkisinin Şekillenmesindeki Rolü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 74.

akılcılığın diğer aydınlanma geleneklerinden farklı şekilde kullanılmasıyla elde eder. İskoç Aydınlanmasında akıl, toplumsal örgütlenmeleri ve kurumları anlamada kullanılarak toplumun incelenmesi sağlanır ve topluma ilişkin yeni bir paradigma yaratılır.<sup>7</sup> İskoç düşünürler insanı tarihsel bir gelişimin ürünü olarak değerlendirerek sabit bir insan tasarımı yerine değişen ve evrilen bir insan anlayışı ortaya koyarlar.<sup>8</sup> Epistemolojik sürecin empirik temellerden hareketle açıklanacağı anlayışı, toplumun deneysel bir yöntemle incelenebileceği düşüncesini doğurur. Bu düşünce, tarihsel çalışmaların da önünü açar. Artık insan doğasına dair varsayımlardansa insanın ve toplumun tarihsel gelişimi öncelenir.

### A. David Hume'un Görüşleri ve Eleştirileri

İskoç Aydınlanması düşünürlerinden David Hume (1711-1776), yönetimin kökenini açıklarken toplumsal sözleşme teorisini eleştirir. Hume'a göre gönüllülük ve uzlaşmayla kurulan bir toplumsal sözleşme düşüncesi, o sözleşmeyi akdedenlerden sonra gelen nesillerin de o sözleşmeyle bağlı olması gerektiği sonucunu doğurur.

Hume, tarihin ve deneyimin bilgisinden hareketle bu bilginin hiçbir çağda ve hiçbir yerde bunu doğrulamadığını iddia eder.<sup>9</sup> Bunun yerine tüm yönetimler başlangıçta ya bir ayaklanmayla ya bir fetihle ya da her ikisiyle birlikte kurulmuştur. Yönetimler kurulurken bireylerin rızası ya da gönüllülüğü aranmamıştır. Bir ordunun ya da grubun başındaki becerikli ve cesur bir liderin bazen şiddet bazen yalanlarla kendini destekleyenlerden yüz kat daha kalabalık bir halk üzerinde hakimiyet kurmakta zorlanmadığını ileri sürer.<sup>10</sup> Düşünür, itaatın rızaya dayanmadığını ortaya koyduktan sonra halkın yönetime itaatini neyin sağladığını açıklar. Bu, korku ve zorunluluktur. Tüm yönetimlerde ilk temel şiddetle atılır. Şiddetle atılan bir temel doğal olarak korkuyu doğuracaktır. Yönetimin temeli atıldıktan sonra, sonraki nesiller hükümdarın meşruiyetini uzun zamandır işbaşında olmasından aldığını düşünerek zorunlulukla itaat eder. Başka bir deyişle, alışkanlık ve zorunluluk halk cephesinden hükümdarın meşruiyetini sağlar. Bireyler itaat alışkanlıklarını sürdürürler ve bunu bir zorunluluk olarak addederler. Otorite kendini varsayımsal bir sözleşme

7 Mustafa ERDOĞAN, "Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm", *Demokrasi Platformu*, Cilt 1 (2005), No: 3, s. 67.

8 Gökhan MURTEZA, "İskoç Aydınlanmasını Konumlandırmak", *İskoç Aydınlanması* içinde, (ed. Gökhan MURTEZA), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 16.

9 David HUME, *Siyasi Denemeler* (Çev. İsmail Hakkı YILMAZ), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 341.

10 HUME, 2017, s. 342.

üzerinden değil, korku ve zorunlulukla tesis eder.<sup>11</sup> Artık böyle bir toplumun varlığının korunması için yönetime itaatin sürdürülmesi gerekir.

Toplumsal sözleşme teorisine göre insanın rasyonel bir varlık oluşu onun bir toplum haline gelmesini sağlar. Hume, bu düşüncenin imgesel olduğunu kabul edip bireylerin toplum haline geçmelerinin rasyonel bir kararla değil, duyumsanan bir durumla uyulaşimsal olarak meydana geldiğini ileri sürer.<sup>12</sup> Başka bir deyişle toplum, insanlar arasındaki toplumsal etkileşimden ortaya çıkmıştır. İnsanın rasyonel bir varlık olarak kabul edilmesi, seçimlerinde özgür bir birey olarak kabul edilmesini gerektirir. Hume, rasyonel bireylerden oluşan bir halkın onayını kabul etmekle birlikte bunun devletin ve toplumun kökenini açıklamada yetersiz kalacağını düşünür. Oysa toplum uyuşimsal olarak meydana gelmiştir, Hume bunu ahlaki görevler üzerinden açıklar. Toplumun varlığının korunması için insanların çeşitli ahlaki görevleri vardır. Hume bu görevleri ikiye ayırır<sup>13</sup>: Birinci tür ahlaki görevler bireylerin doğal bir içgüdüyle ya da anlık isteklerle gerçekleştirdikleri çocuk sevgisi, şükran duygusu, çaresizlere acıma duygusu gibi görevlerdir. Bunlar, insanın sahip olduğu ahlaki duy-

gularından ileri gelirler. İkinci tür ahlaki görevlerse zorunluluktan kaynaklanan adalet, başkalarının mülkiyetine saygı, sadakat, sözünü tutma gibi görevlerdir. Bu tür görevler doğal bir içgüdüden ileri gelmezler; ancak ihlal edildiklerinde toplumun varlığının etkileneceği düşüncesini yarattıklarından insanlar üzerinde bir otorite oluştururlar. Bireyler arası etkileşimde ahlaki duygular toplumsal bağları oluştururken zorunluluktan doğan ahlaki görevlerle otoriteye itaat sağlanır. Başka bir deyişle, hem toplum bu yolla kurulur hem de korku ve zorunlulukla doğan ve nesiller boyunca da devam edecek olan otoriteye itaat bu yolla sağlanır.

### B. Adam Smith'in Görüşleri ve Eleştirileri

Adam Smith (1723-1790) de tıpkı Hume gibi toplumsal sözleşme teorisini eleştirir. Smith, kamu görevlilerine itaatin sebebinin toplumsal sözleşme olmadığını çeşitli sebepleriyle ortaya koyar. İlk olarak düşünürü göre;

*“Orijinal sözleşme doktrini Büyük Britanya’ya özgüdür ama yönetim, bunun asla düşünülmediği yerlerde de hüküm sürmektedir, hatta ülkedeki insanların çoğunluğu için de bu hüküm geçerlidir. Bir hamala yahut günlük işçiye neden kamu görevlilerine itaat ettiğini soracak olursanız, doğru olanın böyle davranmak*

11 HUME, 2017, s. 345.

12 Mehmet TÜRKAN, “David Hume’da Doğal Hukuk ve Sözleşme Kuramının Eleştirisi”, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, Cilt 6 (2016), No: 2, s. 170.

13 HUME, 2017, s. 350.

*olduğunu söyleyecektir. Başkalarını da böyle davranırken görmüştür; böyle davranmayı reddederse cezalandırılacaktır. Hatta böyle davranmak Tanrı karşısında bir günah olacaktır. Fakat asla itaatinin temelini bir sözleşmenin oluşturduğuna dair bir şey duymazsınız.”<sup>14</sup>*

Smith, itaatin bilinçli ve rasyonel bir davranışla gerçekleştirilmediğine vurgu yapar. İnsanların itaati bir alışkanlıkla sürdürülür, insanlar bir sözleşmenin varlığından habersiz şekilde itaat ederler.

Diğer sebep ise sözleşmeyi akdeyenler sözleşmeyle bağlı olsalar bile sonraki nesillerin durumunun ne olacağıyla ilgilidir. Smith, bir toplumsal sözleşmeyle tüm nesillerin bağlı olmalarını kabul etmez. Sokrates’i hatırlatır ancak ondan farklı bir şekilde insanların her ne kadar o ülkede yaşamaya devam ediyor olsalar da bu sözleşmeye rıza gösterdikleri anlamına gelmeyeceğini ileri sürer. Sözleşmeye rıza gösterdiklerini ileri sürmenin, bir kişiyi bir gemiye götürüp gemi sahilden bir miktar uzaklaştıktan sonra gemide kalmaya devam etmesinin kaptana itaat etmek üzere bir sözleşmeyi kabul

ettiğini söylemekle benzer olduğunu öne sürer.<sup>15</sup>

Toplumsal sözleşme teorisini eleştiren Smith, sivil yönetimin ortaya çıkışını mülkiyete dayandırır. Zira mülkiyetin olmadığı bir yerde mülki idareye de ihtiyaç duyulmayacaktır.<sup>16</sup> Sivil yönetimin bir hiyerarşiyi gerektirdiğini iddia eden düşünür, hiyerarşiyi meydana getiren nedenler arasında kişisel özellikleri, yaşça büyüklüğü, servetçe üstünlüğü ve soy sop bakımından üstünlüğü sayar. Tüm bu nedenler var olan bir yönetime itaatin temelini oluşturur. Smith’te otoriteye itaatin sebebini hiyerarşiyi oluşturan olgusal üstünlükler oluşturduğu kadar bu üstünlüklerde ahlaki duyguların yeri de unutulmamalıdır. Düşünürü göre, zengin ve güçlü olanın tutkularına değer verilmesinin nedeni o kişinin mevkiine duyulan hayranlıktan ileri gelir.<sup>17</sup> Otorite dışında itaatin ardında yer alan ilke yararlılıktır. Yararlılık ilkesine göre bireyler, kamusal fayda düşüncesiyle iktidar mekanizmasına itaatin ona karşıtlık gütmekten daha yeğlenir olduğunu benimserler.<sup>18</sup> Ekonomik hayat içerisindeki birey, itaatin

14 Adam SMİTH, *Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler*, (Çev. Ahmet CELİLOĞLU), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, 2. Baskı, s. 52.

15 Smith, 2019, s. 52.

16 Adam SMITH, *Milletlerin Zenginliği*, (Çev. Mustafa ACAR), Liberus Kitap, İstanbul, 2020, 2. Baskı, s. 533.

17 Adam SMITH, *Ahlaki Duygular Kuramı ya da İnsanların Öncelikle Komşularının Sonra da Kendilerinin Davranışlarını ve Karakterini Doğal Olarak Değerlendirirken Temel Aldıkları İlkelerin Analizi Üzerine Bir Deneme*, (Çev. Derman KIZILAY), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, 2. Baskı, s. 80.

18 Muzaffer DÜLGER, “Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri”, *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi*, Cilt 1 (2021), No: 16, s. 68.

kamusal faydayı sağlayacağını ve bunun da bireysel fayda olarak kendine döneceğini düşünür.

### C. Adam Ferguson'ın Görüşleri ve Eleştirileri

İskoç düşünür Adam Ferguson (1723-1816), Thomas Hobbes'un insan doğası görüşünü eleştirir ve toplumsal sözleşmenin bir soyutlama, bir spekülasyon olduğunu ileri sürer. Ferguson, toplumsal sözleşmenin gerçekleşmiş olma ihtimalini kabul etmekle birlikte ilkel toplumları incelediğinde Hobbesçu perspektifin doğru olmadığını öne sürer. Zira ilkel toplumun her aşamasında ya da doğa durumunda insanın insanla savaşına rastlanmaz. İlkel toplumları inceleyen, yani empirik verilerden hareket eden düşünür, ilkel toplumlarda sıklıkla barış durumunun yaşandığını ortaya koyar. Buradan da Hobbes'un varsayımının temelsiz olduğunu iddia eder.<sup>19</sup>

Ferguson'ın Hobbes'a yönelik eleştirisinin çerçevesini, Hobbes'un varsayımlarının deneysel kanıtlarla desteklenememesi oluşturur. Düşünürre göre toplumsal sözleşme teorisi ortaya koyan düşünürlerin doğa durumu anlayışlarında hiçbir tarihsel kanıtın

yer almaması ve bunların varsayımlardan ibaret olması teorilerini saçma bir kurguya dönüştürür. Oysa bilimsel bir argümanın inşa edilebilmesinin yolu, tarihe bakıldığında insan toplumlarında apaçık görülebilecek insanlık durumu ve şartları oluşturmaldır.<sup>20</sup> Bu perspektiften tarihe bakan düşünür, doğa durumundaki insanların birbirleriyle etkileşim içinde olduklarından hareketle doğa durumunun toplumsal bir zemine sahip olduğunu düşünür. Düşünürre göre doğal olan ve deneysel verilerle kanıtlanan toplumsal yaşamın doğal olduğudur.

Ferguson'ın toplumsal sözleşme teorisine eleştirisinin bir diğer yönünü ise hak sınıflandırması oluşturur. Toplumsal sözleşmeden önce, bireylerin hiçbir hakka sahip olmadığını ileri sürmek, kendini savunma hakkını ve bu hakka tekabül eden zarardan kaçınma yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır.<sup>21</sup> Başka bir deyişle, düşünürün temel haklar ve sonradan kazanılan haklar ayrımı, toplumsal sözleşme teorisi kabul edilirse ortadan kalkacaktır. Oysa Ferguson, kendini savunma ve başkasına zarar vermemeyi temel haklar arasında saydığından ve bu hakları doğal haklar olarak kabul ettiğinden,

19 Adam FERGUSON, *Principles of Moral and Political Science*, Cilt 1 (1792), A. Strahan and T. Cadell, Edinburgh, s. 198.

20 Işıl ÇEŞMELİ, "Adam Ferguson: Ahlakın Temeli ve Doğal Toplumsallık Üzerine", *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi*, Cilt 1 (2021), No: 16, s. 8.

21 Adam FERGUSON, *Principles of Moral and Political Science*, Cilt 2 (1792), A. Strahan and T. Cadell, Edinburgh, s. 221.

sözleşme öncesi hakların olmadığı iddiası düşünür açısından yerinde olmayacaktır.

Ferguson'a göre devletlerin oluşumu, varsayıma dayanan bir sözleşmeye değil, toplumsal düzeni sağlayan kurumlara dayanır. Düşünüre göre siyasal kurumların ortaya çıkışı kendiliğinden gerçekleşir. Bu kurumlar, insanların rasyonel eylemlerinin sonucu olarak bilinçli şekilde inşa edilmemiş, rastgele ortaya çıkmışlardır. Bir topluluk içinde ortaya çıkan kurumların kaynağı, o topluluk içindeki bireylerin ortak rızalarına ya da anlaşmalarına dayanmaz. Hiçbir topluluk, eylemlerinde varacağı sonuçları öngöremez. Rastgele ve kendiliğinden ortaya çıkan siyasal kurumların temelini, insanın sahip olduğu içgüdüler ve ahlaki duygular oluşturur. Başka bir deyişle, doğal olan toplumsallık, içindeki her bireyin bir diğere karşı ahlaki duygulara sahip olmasını sağlayarak zamanla kurumların oluşumuna imkân verir. Ferguson'un şu sözleri onun bu bakış açısını açık bir şekilde ortaya koyar:

*“Yasalar ve kurumlar, her toplumda, kaynaklandıkları taraflar ve onlara katılan sonraki nesiller tarafından yapılan anlaşma maddelerini içerir; ancak bu anlaşmaların tamamı toplumun varlığından sonra gelir ve toplumun esasen ortaya çıktığı temeller değillerdir. İnsanların toplumdaki esas yükümlülükleri doğanın*

*onlar için yaptıklarında bulunur, onların kendi aralarında icra etme konusunda anlaşmalarında değil.”*<sup>22</sup>

Ferguson'a göre sivil toplum, bir sözleşme durumu olarak adlandırılmaz. Düşünüre göre bunun en önemli sebebi bireylerin toplumsal bir hayat inşa etmiş olmalarıdır. İnşa edilmiş bu toplumsal hayat içinde çeşitli gelenekler kökleşerek toplumsal pratiklere dönüşmüş, bu durum da o toplumda yaşayan bireylerin çeşitli hak ve yükümlülüklerle sahip olmalarıyla sonuçlanmıştır.<sup>23</sup>

## SONUÇ

Toplumsal sözleşme teorisi denince esasen kastedilen dönem, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllardır. Modern felsefe dönemi olarak adlandırılan bu dönemde Thomas Hobbes, John Locke ve Jean Jacques Rousseau'nun görüşleri toplumsal sözleşme teorisinin şekillenmesini sağlamıştır. Toplumsal sözleşme teorisine göre doğa durumunda insanlar bir araya gelerek toplumu ve devleti kurmuşlardır. Bu kuruluş aşamasında bireyler, kendi rızalarıyla çeşitli haklarından vazgeçmişler ve bunları bir üst otoriteye devretmişlerdir. Haklarından vazgeçmeleri ve çeşitli haklarını bir üst otoriteye devretmeleri, devletin meşruiyetinin temelini oluşturur. Teoriye göre önce-

22 FERGUSON, 1792, C. 2, s. 220.

23 BİRDAL, 2022, s. 98.



ki nesillerin rıza göstererek bir sözleşmeyle bağlı olma iradelerini ortaya koymaları, sonraki nesillerin de aynı otoriteyle bağlı olmaları sonucunu doğurmuştur. Burada sözleşmeyle bağlı olmayı kabul eden bireyin rasyonel bir varlık olarak ele alındığı görülmektedir; zira böyle bir sözleşme için rasyonel bir varlığın rızası ve onayı gereklidir. Aklın öne çıktığı ve bireycilik anlayışının geliştiği bir dönemin eseri olan toplumsal sözleşme teorisi, özellikle David Hume, Adam Smith ve Adam Ferguson gibi İskoç düşünürlerce eleştirilmiştir.

David Hume, tarihin ve deneyimin bilgisinden hareket edildiğinde sözleşme varsayımının hiçbir çağda ve zamanda doğrulanmadığını öne sürmüştür. Ona göre devletler varsayımsal bir sözleşmeyle değil, bireylerin rızasının ya da gönüllüğünün aranmadığı ayaklanmalar ve fetihlerle kurulmuştur. Bireyin otoriteye itaatini sağlayan şey korku ve zorunluluktur. Her yönetimde ilk temel şiddetle atılmıştır ve sonraki nesiller otoriteye artık bir alışkanlık haline gelen zorunlulukla ve korkuyla itaat ederler. Hume'a göre toplumun ortaya çıkışı da toplumda yaşayan insanların etkileşim içinde olmalarına dayanır. Her insanın ahlaki duygulara sahip olması, toplumsallığın zeminini tesis eder.

Adam Smith de Hume'la benzer şekilde otoriteye itaatin alışkanlıkla

sürdürüldüğünü iddia etmiştir. Kamu görevlilerine neden itaat edildiği sorusuna hiçbir bireyin buna cevap olarak sözleşme diyemeyeceğini söylemektedir. Smith, önceki nesillerin bir sözleşmeyle bağlanma niyetlerinin sonraki nesilleri de bağlayacağı düşüncesini anlamsız bulur. Toplumsal sözleşme teorisi yerine sivil yönetimin ortaya çıkışını mülkiyete dayandıran düşünür, bu tür bir yönetimin hiyerarşiyi gerekli kıldığını iddia etmektedir. Hiyerarşi bir otoriteyi zorunlu kılar. Bununla birlikte bireylerin, kamusal fayda düşüncesiyle itaat etmelerinin ona karşılık gütmekten daha yeğlenir olduğunu düşündüklerini ortaya koyarak yararlılık ilkesine gönderme yapmaktadır. Böylece otorite ve yararlılık ilkeleri, düşünürce göre insanı sivil toplumu kurmaya iten nedenler olmaktadır.

Adam Ferguson, toplumsal sözleşme teorisini tarihsel kanıtlar taşıması ve varsayımlardan ibaret olması sebepleriyle eleştirmektedir. İlkel toplumlara bakıldığında bu toplumlarda, iddia edilenin aksine sıklıkla barış durumunun yaşandığı görülmektedir. Düşünür, kendini savunma ve başkasına zarar vermemeyi temel haklar arasında saymaktadır. Düşünürce göre toplumsal sözleşme teorisi, bu hak sınıflandırması açısından da yerinde değildir; zira sözleşme kurulmadan önce de insanların doğal hakları vardır. Toplumsal sözleşme teorisinin kabul edilmesi durumunda, Ferguson'ın temel haklar ve

sonradan kazanılan haklar ayrımı da anlamsız hale gelecektir. Oysa düşünür, bu hak sınıflamasını verili olarak kabul eder ve sözleşme düşünürlerini eleştirir. Ferguson'a göre devletin oluşumu toplumsal düzeni sağlayan kurumlara dayanır. Bu kurumlar zaman içinde tedricen ve kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Toplum, toplumsal sözleşme düşünürlerinin iddia ettiği gibi bireylerin rasyonel eylemleriyle ortaya çıkmamıştır. Toplum, herhangi bir insan tasarımının sebebi değildir.

#### KAYNAKÇA

- BİRDAL, Caner: *Sivil Toplum ve Pozitif Hukuk: Adam Ferguson'ın Sivil Toplum Yaklaşımının Modern Toplumda Hukuk ve Politika İlişkisinin Şekillenmesindeki Rolü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ÇEŞMELİ, Işıl: "Adam Ferguson: Ahlakın Temeli ve Doğal Toplumsallık Üzerine", *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi*, Cilt 1 (2021), No: 16, ss. 1-23.
- DÜLGER, Muzaffer: "Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri", *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi*, Cilt 1 (2021), No: 16, ss. 62-81.
- ERDOĞAN, Mustafa: "Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm", *Demokrasi Platformu*, Cilt 1 (2005), No: 3, ss. 61-79.
- FERGUSON, Adam: *Principles of Moral and Political Science*, 2 cilt, Cilt 1 (1792), A. Strahan and T. Cadell, Edinburgh.
- ———: *Principles of Moral and Political Science*, 2 cilt, Cilt 2 (1792), A. Strahan and T. Cadell, Edinburgh.
- HUME, David: *Siyasi Denemeler*, (Çev. İsmail Hakkı Yılmaz), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- MURTEZA, Gökhan: "İskoç Aydınlanmasını Konumlandırmak", *İskoç Aydınlanması*, içinde (Ed. Gökhan Murteza), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 11-30.
- SMİTH, Adam: *Ahlaki Duygular Kuramı ya da İnsanların Öncelikle Komşularının Sonra da Kendilerinin Davranışlarını ve Karakterini Doğal Olarak Değerlendirirken Temel Aldıkları İlkelerin Analizi Üzerine Bir Deneme*, çev. Derman Kızılay, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, 2. Baskı.
- ———: *Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler*, (Çev. Ahmet Celiloğlu), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, 2. Baskı.
- ———: *Milletlerin Zenginliği*, (Çev. Mustafa Acar), Liberus Kitap, İstanbul, 2020, 2. Baskı.
- SOLOMON, Robert C.: *Adalet Tutkusu: Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular*, (Çev. Ertuğ Altınay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.
- TÜRKAN, Mehmet: "David Hume'da Doğal Hukuk ve Sözleşme Kuramının Eleştirisi", *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, Cilt 6 (2016), No: 2, ss. 169-203.



# Neden Hukuk Teorisi?: Alman Hukuk Teorisinin Dünü ve Bugünü

Güneş ÇAP<sup>1</sup>

## Özet

Bir disiplin olarak hukuk teorisinin neyi konu edindiğine ilişkin bir sorgulama, öncelikli olarak hukuk teorisi düşüncesine dair tarihsel bir araştırmayı gerektirir. Hukuk teorisiyle ilgili bu türden bir araştırma, sadece hukuk teorisi faaliyetini değil, aynı zamanda hukuk teorisi disiplininin hukuk dogmatığı, hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisi gibi diğer disiplinlerle olan ilişkilerini tarihselliği içinde kavrayabilmeyi de sağlar.

Alman hukuk felsefesi çevresinde hukuk teorisinin, Anglo-Amerikan hukuk teorisine kıyasla, görece daha geç bir zamanda, 19. yüzyılın sonlarında ortaya çıktığı görülür. Alman hukuk teorisinin tarihsel dönüşümü erken dönem, olgunlaşma dönemi ve rönesans dönemi olmak üzere üç aşamada gerçekleşir. Alman hukuk teorisi tarihini dönemlere ayırmak, bu dönemlerde hâkim olan hukuk teorisi düşüncesinin karakteristik özelliklerini ve günümüzde geçerli olan hukuk teorisi anlayışından farklılaşan yönlerini fark edebilme-ye yardımcı olacaktır. Bu çalışmada, Alman hukuk teorisi disiplininin kısa bir tarihçesine ve Alman hukuk teorisinin günümüzdeki anlamına değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** hukuk teorisi, hukuk felsefesi, hukukun temel alanları, hukuk bilimi, hukuk teorisi rönesansı

## GİRİŞ

Ralf Dreier, 1975 tarihli “Genel Hukuk Teorisi Nedir ve Neden Genel Hukuk Teorisi? (*Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*)” başlıklı makalesine şu sözlerle başlar: “*Hukuk felsefesi öldü, hukuk teorisi yaşıyor! Federal Almanya’da hukuk fakültelerindeki temel hukuk disiplinlerinin durumuna baktığınızda bu kanıya kapılabilirsiniz.*”<sup>2</sup> Dreier’in bu ifadesiyle ne demeye çalıştığını daha iyi anlamak için Alman hukuk teorisinin tarihçesine bakmak gerekir.

Hukuk teorisinin ne olduğu ve ne olması gerektiği sorusu, hukukun diğer temel alanlarının konularını, amaçlarını ve yöntemlerini belirleyebilmeyi ve hukuk teorisinin bu alanlardan ne şekilde ayrıştığını<sup>3</sup> tespit edebilmeyi

1 Dr. iur, LL.M., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi (E-posta: gunes.cap@tau.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8374-857X).

2 Ralf DREIER, “Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?”, *Recht-Moral-Ideologie* içinde, 2. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2015, s. 17-47.

3 Çalışmamız hukuk teorisi ve hukuk felsefesi ifadelerinin rahatlıkla birbiri yerine kullanılabilen ifadeler olmadıkları ön kabulüne dayanır. Alman literatüründe bu türden bir yorumun aksini savunan görüşlerin

de gerektirdiğinden yanıtlanması pek de kolay bir soru değildir. Her şeyden önce belirtilmesi gereken, böyle bir araştırmayı kolaylaştıracak genel geçer bir hukuk teorisi tanımından söz etmenin mümkün olmadığıdır.<sup>4</sup>

Tarihsel anlamda bakıldığında hukuk teorisinin, hukukun ne olduğu üzerine düşünme çabasıyla yakından ilgili olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak hukuk teorisinin geçmişteki karşılığını bugüne taşımak yanıltıcı sonuçlara varmaya sebep olacaktır. Bunun nedeni hukuk teorisinin zaman içinde çeşitli aşamalardan geçerek bir hukuk disiplini olarak bugünkü şeklini almış olmasıdır.

Alman hukuk teorisi tartışmaları geçmiş iki yüz yılın ürünüdür. “Teori” kavramının Almanya’da 19. yüzyılın

başlarında restorasyonun anahtar bir kelimesi olmaya başlaması, aynı zamanda hukuk teorisinin tarihinin son iki yüz yıla sıkışmış olmasına da neden olmuştur.<sup>5</sup> Her ne kadar Alman hukuk teorisinin görece kısa bir geçmişi olsa da bu geçmiş hukuk teorisine dair tartışmaların tarihsel seyri ile ilgili zengin bir içerik sunar. Alman hukuk teorisi tartışmalarının zaman içinde geçirdiği dönüşümleri ortaya koymak için çalışmamızın ilk bölümü, Alman hukuk teorisinin tarihinin kısa bir özetine ayrılmıştır. Bu tarihsel izleğin ardından çağdaş Alman hukuk teorisinin<sup>6</sup> bir disiplin olarak temel özelliklerine ve Alman hukuk teorisine özgü başlıca tartışmalara yer verilmiştir.

---

bulunduğunun da altı çizilmelidir. Örnek niteliğinde bkz. RÜTHERS, Bernd / FISCHER, Christian / BIRK, Axel: *Hukuk Teorisi*, Çev: İlyas DOĞAN, Rukiye ALBUDAK, Huri Eyman AYDIN, Astana, Ankara 2020, s. 46.

- 4 Böylece genel geçer bir tanımın bulunmaması hukuk teorisi tartışmasında bizi tamamen köşeye sıkıştırmaz. Alman hukuk çevresinde hukuk teorisinin üzerinde uzlaşa sağlanmış olan bir çalışma sahasının bulunduğunu iddia eden görüşler de vardır. Bu yaklaşım, temelde, hukuk teorisinin uzlaşa sağlanmış olan çalışma sahasının hukuk düzeninin mantıksal yapısını ve hukuki ödev, subjektif hak, hukuki ilişki gibi hukukun temel kavramlarını konu edinen analitik hukuk teorisi olduğunu iddia eder. Hukuk teorisinin “analitik” olarak nitelendirilmesinin sebebi, özetle, hukuk teorisi faaliyetinin belli bazı hukuki terimlerin ve ifadelerin dilsel anlamlarının deşifre edilmesinden ibaret görülmesinden ileri gelir. Bu tespit için bkz. Andreas FUNKE, “Rechtstheorie”, *Grundlagen des Rechts* içinde (Der.: Julian KRÜPER), 2. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2013, s. 46 (46); Eric HILGENDORF, “Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute”, *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* içinde (Der.: Winfried BRUGGER / Ulfrid NEUMANN / Stephan KIRSTE), Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, s. 111 (112 vd.).
- 5 Eric HILGENDORF, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg 2005, s. 13 vd.
- 6 Alman yazında “çağdaş Alman hukuk teorisi” ifadesi, Almanya’nın 1990’da yeniden birleşmesinden sonraki on beş yıllık dönemde öne çıkan hukuk teorisi çalışmaları için kullanılır. Bu tanımlama için bkz. Matthias KLATT, “Contemporary Legal Philosophy in Germany”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, C. 93, S. 4, 2007, s. 519 (520).

## I. Alman Hukuk Teorisinin Gelişimi

Alman hukuk teorisi tarihinin, hukuk teorisi düşüncesini kavrayabilmek açısından önemli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Alman hukuk teorisinin tarihsel gelişimine baktığımızda, hukuk teorisinin hukuk felsefesiyle<sup>7</sup> devam eden bir sınır mücadelesinde disiplin niteliği kazandığı söylenebilir.<sup>8</sup> Alman hukuk felsefesi çevresinde hukuk teorisinin, Anglo-Amerikan hukuk teorisi kavrayışından bağımsız olarak, görece daha geç bir zamanda, 19. yüzyılın sonlarında<sup>9</sup> ortaya çıkmış olması Alman hukuk teorisini özgün kılmıştır.<sup>10</sup> Alman hukuk teorisini tarihini, anlatım kolaylığı sağlaması açısından üç başlık altında ele alabiliriz.

### A. Erken Dönem

Almanya’da hukuk teorisi düşüncesi esas itibariyle “genel hukuk öğret-

tisi (*Allgemeine Rechtslehre*)” düşüncesiyle başlar. Genel hukuk öğretisinin temsilcileri arasında Adolf Merkel, Karl Bergbohm, Ernst Rudolf Bierling ve Felix Somló sayılabilir.<sup>11</sup> Genel hukuk öğretisinin temel itirazı, hukukun, özel hukuk-kamu hukuku veya ceza hukuku-medeni hukuk olmak üzere ayrıştırılarak incelenmesidir.<sup>12</sup> Genel hukuk öğretisi, hukukun geneline ilişkin olan, temel (belirli bir hukuk dalına veya mevzuatına özgü olmayan) hukuki soruların tespit edilmesini ve bu tespitler ışığında genel bir hukuk öğretisinin oluşturulmasını talep eder. Bu anlamda, örneğin, medeni hukukun ve ceza hukukunun genel kısımları hukukun geneline özgü olan kavramların ve teorik yaklaşımların tayin edilmesinde yol gösterici olabilecektir.<sup>13</sup>

Genel hukuk öğretisi, hukukun teorik olarak incelenmesi ihtiyacının dış

7 İkinci Dünya Savaşı sonrasında Almanya’da hukuk felsefesinin nasıl bir şekil aldığına ilişkin Türkçe bir çalışma için bkz. Altan HEPER, “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya’da Hukuk Felsefesi”, *HFSA*, C. 20, 2010, s. 132-150.

8 Marietta AUER, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden 2018, s. 28; HILGENDORF, 2008, 112 vd.

9 Almanya’da 19 yy. sonlarına gelmeden önce hukuk teorisine özgü herhangi bir düşünceye rastlanamayacağını söylemek elbette yanlış olacaktır. Bu bağlamda tarihçi hukuk okulunun ve Pandekt hukuku çalışmalarının hukuk teorisine özgü düşüncelere yer verdiğini belirtmek gerekir. Ancak bu çalışmaların hukuk teorisi adı altında değerlendirilememesinin nedeni, bu dönemdeki hukuk teorisine yönelik kavrayışın belirli bir hukuk dalına özgü olduğundan, bütün bir hukuk bilimini kapsayacak nitelikte olmamasından ileri gelir. Bu yorum için bkz. FUNKE, 2013, s. 47 vd.

10 FUNKE, 2013, s. 47.

11 FUNKE, 2013, s. 48; HILGENDORF, 2005, s. 14.

12 Adolf MERKEL, “Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ‚positiven‘ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teile derselben”, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts* içinde De Gruyter, C. 1, Berlin 2019, s. 291 (300 vd.).

13 MERKEL, 2019, C. 1, s. 297 vd.

bir disiplinden, yani genel felsefeden değil, esasında hukuk biliminin kendisinden doğduğunu iddia eder.<sup>14</sup> Bu görüşe göre hukuk teorisinin görevi, insan davranışları için neyin iyi olduğu veya doğru hukukun ne olması gerektiği gibi genel felsefi sorulara yanıt aramak değildir. Halihazırda pozitif bir hukuktan söz edilebiliyor olması, hukuk felsefesinin hukuk yaşantısının güncel ihtiyaçlarına yönelmesi gerektiğinin de nedeni olarak gösterilir.<sup>15</sup> Hukukun geneli için geçerli olan ve kapalı bir düşünce sistemi özelliği taşıyan bu türden bir hukuk öğretisine Merkel “Genel Hukuk Öğretisi (*Allgemeine Rechtslehre*)”<sup>16</sup>, Bierling “Hukuki İlkeler Öğretisi (*Juristische Prinzipienlehre*)”<sup>17</sup>, Somló ise “Temel Hukuk Öğretisi (*Juristische Grundlehre*)”<sup>18</sup> adını verir.

## B. Olgunlaşma Dönemi

Kurucuları arasında Hans Kelsen, Leon Duguit ve Franz Weyr’in yer al-

dığı 1926 yılında ilk sayısını çıkararak “Hukuk Teorisi Uluslararası Dergisi (*Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*)”ın önsözü dönemin hukuk teorisi anlayışını özetler niteliktedir:

“*Hukuk felsefesinden değil de ‘hukukun teorisi’nden söz edildiği takdirde, ilk etapta ‘hukuk felsefesi’ ifadesinden alışlageldiği şekliyle ne kastedildiği açıklanmalıdır. Bu yeni dergi, doğru, adil, doğal ve mutlak hukukun meselesi olarak adalet meselesini her tartışmaya dahil etmemeyi kendisine amaç edinmiştir. [...] Bu derginin çalışma sahası, sadece pozitif hukukun teorisi olabilen ve olmasını isteyen her hukuk teorisidir.*”<sup>19</sup>

Alman hukuk teorisi, Hans Kelsen’in “saf hukuk öğretisi (*Reine Rechtslehre*)” ile gerçek anlamda olgunlaşmaya başlar.<sup>20</sup> Kelsen’in “Saf Hukuk Öğretisi” başlığını taşıyan eseri 1934 yılında ilk baskısını, 1960 yılında ise geliştirilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş haliyle ikinci baskısını yapar.<sup>21</sup> Saf hukuk öğretisi özgünlüğü ve içerik

14 MERKEL, 2019, C. 1, s. 308 vd.

15 MERKEL, 2019, C. 1, s. 305 vd.

16 Adolf MERKEL, “Elemente der allgemeinen Rechtslehre”, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts* içinde De Gruyter, C. 2, Berlin 2019, s. 577-647.

17 Ernst Rudolf BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* (5 Cilt), J.C.B. Mohr, Freiburg 1894–1917.

18 Felix SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, Felix Meiner, Leipzig 1917.

19 “Vorwort”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* içinde, C. 1, 1926-27, s. 3. [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.]

20 Bu yorum için bkz. HILGENDORF, 2005, s. 14.

21 Bkz. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, (Ed.: Matthias Jestaedt), Mohr Siebeck, Tübingen 2008. Eser İngilizce çevirisinden Türkçe’ye “Saf Hukuk Kuramı” başlığı ile çevrilmiştir. Bkz. Hans KELSEN, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev.: Ertuğrul UZUN, Nora, İstanbul 2016. Kanaatimizce *öğreti* yerine *teori* kelimesi ile yakın anlamlı olan *kuram* kelimesini söz konusu eser için kullanmak, Alman hukuk teorisi tarihin-

zenginliği ile genel hukuk öğretisi görüşünün önde gelen bir örneği olarak hukuk teorisi çalışmaları arasında böylece yerini alır.<sup>22</sup>

Saf hukuk öğretisinin saflık iddiası yanlış anlaşılmalıdır. Kelsen'in çabası özünde hukukun hukuk bilimine özgü bir şekilde ele alınmasına yöneliktir. Saf hukuk öğretisi çağdaş hukuk metodolojisi anlamında (dar anlamda) hukukun yöntemlerine ilişkin bir çalışma değildir. Kelsen'in amacı daha çok hukuk bilimini diğer bilimlerden ayırabilmeye hizmet edecek ölçütü tespit etmektir. Kelsen, dönemin hukuk anlayışını eleştirerek hukukun olgularla ve değerlerle olan ilişkisinin yönemsel olarak incelenmesi gerektiğine vurgu yapar. Öğretisi aslında olguları hiçe sayan, değerlere yabancı bir hukuk teorisi anlayışı değildir. Saflık iddiası özellikle olgularla ilgili olma halinin sadece hukuka özgü bir mesele olmadığını ve fakat hukukun bir ahlâk öğretisi de olmadığını işaret eder. Ancak vurgulamak gerekir ki, saf hukuk öğ-

retisi "saflığı sayesinde" tüm zamanlar için geçerli olabilecek, bu nedenle de kendi bağlamından ve kendi tarihsel koşullarından bağımsız bir hukuk teorisi ortaya koymaz.<sup>23</sup> Esasında 19. yüzyıldan itibaren batı hukuk düzenlerinde geçerli olan hukukların teorisine karşılık gelir. Dolayısıyla, söz konusu öğretinin teorik açıklamalar getirebilme kapasitesini bu bağlamla sınırlı olarak düşünmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, zamansal yakınlıklarından dolayı Alman hukuk çevresinde 1960'lı yıllardan itibaren ortaya çıkmış olan yeni hukuk teorisi akımı<sup>24</sup> ile saf hukuk öğretisi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Kelsen'ci bakış açısının aksine, Alman hukuk teorisinin bu yeni jenerasyonu, 1960'lı yılların özgürlükçü hareketlerinin bir uzantısı olarak hukuk dogmatikliği kadar sosyoloji, bilim teorisi ve etik gibi farklı hukuk disiplinleriyle de ilgilenmiş ve bu şekilde hukuk teorisi sorgulamalarının kapsamını genişletmiştir.<sup>25</sup>

---

deki hukuk öğretisi-hukuk teorisi / kuramı (*Rechtslehre-Rechtstheorie*) ayrımını Türkçe'de silikleştirmekte ve böylece belirli bir döneme karşılık gelen *genel hukuk öğretisi* düşüncesini *çağdaş hukuk teorisi* kavrayışından ayırabilmeyi zorlaştırmaktadır. Söz konusu bu ayrım için bkz. aşağıda II. A. 1.

22 Bu yorum için bkz. FUNKE, 2013, s. 49. Saf hukuk öğretisi ile ilgili özet bir çalışma için bkz. Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı Nedir?", Çev.: Kasım AKBAŞ, *HfSA*, C. 15, 2006, s. 56-63. Ayrıca Türkçe bir inceleme için bkz. Engin ARIKAN, "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", *YÜHFD*, C. XVII 2020/2, s. 417-446.

23 Benzer bir yorum için bkz. FUNKE, 2013, s. 49.

24 Bkz. aşağıda I. C.

25 FUNKE, 2013, s. 50.

### C. Rönesans Dönemi

1965 ila 1985 yılları arasındaki dönem “Almanya’nın yeniden inşası” dönemi olarak kabul edilir.<sup>26</sup> 1960’lı yıllardan itibaren sosyal ve siyasal teorilerde köklü bir değişimin yaşanmış olması hukuk düşüncesinin de yeniden gözden geçirilmesinin önünü açmış, “Alman hukuk teorisinin Rönesans’ı”<sup>27</sup> olarak adlandırılan dönemin de kültürel ve siyasal koşullarını hazırlamıştır. Pozitif hukukta birtakım değişiklikler öngören reformların yanı sıra hukuk düşüncesinin genel anlamda yeni soruları ve metotları içermesi gerektiğine vurgu yapan ve yeni bir hukuk kavrayışına kapı aralayan reformlar da bu dönemde karşımıza çıkar. Nazi rejiminin bıraktığı hukuki tahribatla hesaplaşma isteği de hukuk teorisini adı altında ortaya çıkan bu taleplerde kendisine yer bulur.<sup>28</sup>

Bu dönemde analitik felsefeye olan ilginin arttığı, adalete ilişkin tartışmalar yerine hukuk metodolojisine ve böylece analitik hukuk teorisine özgü

tartışmaların ön plana çıktığı rahatlıkla söylenebilir.<sup>29</sup> Alman hukuk teorisinin 1965’ten 1985’e kadar uzan bu dönemi hukuk teorisinin dönüşümünü daha iyi anlayabilmek açısından kendi içinde çeşitli bölümlere ayrılarak incelenebilir. Bu doğrultuda 1960’ten 1965’e kadarki dönem başlangıç dönemi; 1965’ten 1975’e kadar uzan dönem ana dönem; 1975’ten 1985’e kadar geçerli olan dönem ise geç dönem olarak isimlendirilebilir.<sup>30</sup> Başlangıç dönemi takip eden ana dönemde, genel olarak hukuk teorisini anlamında tüm yeni söylemleri ve kısmen de olsa eleştirileri bulmak mümkündür.<sup>31</sup> Ana dönemde ileri sürülen hukuk teorisine ilişkin düşüncelerin sistemleştirilmesi ve bu çerçevede ders materyallerinin oluşturulması ise geç dönemde gerçekleşir.<sup>32</sup>

Söz konusu dönemlere baktığımızda hukuk teorisine ilgili tartışmaların daha çok akademik içerikte olduğu söylenebilir. Bazı tartışmalarda politik yönelimlerin öne çıktığı görülebilse de önemli ayrımlar, kural olarak, hukukun içeriğine ilişkindir. 1960’lı yılların

26 HILGENDORF, 2005, s. 9.

27 HILGENDORF, 2005, s. 9 vd.; HILGENDORF, 2008, s. 113.

28 HILGENDORF, 2005, s. 10.

29 KLATT, 2007, s. 521. Bu dönem ayrıca yeni pozitivist (*neopositivistisch*) dönem olarak da adlandırılır. Bkz. Arndt KÜNNÜCKE, “Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem Historischen Kontext - Mehr als nur eine Rechtsphilosophie Randnotiz?”, *Rechtsphilosophie Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, S. 1, 2015, s. 84 (103).

30 Bu dönem ayrıştırması için bkz. HILGENDORF, 2005, s. 10.

31 HILGENDORF, 2005, s. 10.

32 HILGENDORF, 2005, s. 10.

sonlarından 1970’li yılların başlarına kadar ideoloji eleştirileri ve özellikle mantıksal ve kavramsal sorgulamalar önemli bir rol oynarken, 1970’li yılların ortasından itibaren hukukun ve ahlâkın gerekçelendirilmesini konu eden normatif yaklaşımlar ve hukukun doğruluğuna ve adilliğine vurgu yapan tartışmalar dikkat çekmeye başlar.<sup>33</sup> Normatif sorulara doğru bu geri dönüş, pratik felsefenin yeniden gözden geçirilmesine neden olur.<sup>34</sup> Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin de etkisiyle 1980’lerin ikinci yarısından itibaren Alman hukuk teorisi biyoetik ve ekonomi gibi alanlara kadar uzanan yeni konularla ilgilenmeye başlar.<sup>35</sup> Hukuk teorisinin geç döneminde büyük oranda genelleştirilebilme eğilimi yüksek normatif sorular yanında görece somut ve tekil sorulara da yer verilir.<sup>36</sup> Hukuk fakültelerinin hukuk felsefesinde sahip

olduğu tekel pozisyon ise bu dönemde ortadan kalkar.<sup>37</sup> Genel felsefede ve genel sosyolojide tanınan Jürgen Habermas ve Niklas Luhmann gibi isimlerin hukuk felsefesine ve hukuk sosyolojisine dair konulara yönelmiş olmasının da bunda etkisi büyüktür.

Bilimsel faaliyette uzmanlaşmaya değer atfedilmiş olması, hukuka özgü kavrayışın da genelden özele doğru evrilmesine neden olmuştur.<sup>38</sup> Bu, hukuk teorisine de konu çeşitliliği getirmiştir. Bu dönemde ortaya çıkan tartışma konuları arasında öncelikle hukuk retorisi (*Theodor Viehweg*<sup>39</sup>), hukuk hermeneutiği (*Josef Esser*<sup>40</sup>, *Arthur Kaufmann ve diğerleri*<sup>41</sup>), hukuki argümantasyon (*Ulfrid Neumann*<sup>42</sup>), hukukta söylem (*Robert Alexy*<sup>43</sup>), hukukta bilim teorisi (*Hans Albert*<sup>44</sup>), sistem teorisi (*Niklas Luhmann*<sup>45</sup>), politik hukuk teorisi (*Rudolf Wasser-*

33 HILGENDORF, 2005, s. 10.

34 KLATT, 2007, s. 521.

35 HILGENDORF, 2005, s. 11.

36 HILGENDORF, 2005, s. 11.

37 Bu yorum için bkz. KLATT, 2007, s. 522.

38 KAUFMANN, 1993, s. 14.

39 Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1953.

40 Joseph ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Kronsberg/Ts. 1970.

41 Artur KAUFMANN / Winfried HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Müller, Heidelberg 1977.

42 Ulfrid NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1986.

43 Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Berlin 1978.

44 Hans ALBERT, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, Nomos, Baden-Baden 1993.

45 Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin 1993.



mann<sup>46</sup>), hukuk mantığı ve deontik mantık (*Hans-Joachim Koch / Helmut Rüßmann*<sup>47</sup>, *Ota Weinberger*<sup>48</sup>), hukuk enformasyonu (*Wilhelm Steinmüller*<sup>49</sup>) sayılabilir.<sup>50</sup>

## II. Çağdaş Alman Hukuk Teorisi

Alman hukuk teorisinin tarihsel gelişimine baktığımızda, yukarıda da ele alındığı gibi, hukuk teorisinin başlangıçta hukuk felsefesinden ayrılarak bir disiplin olarak gün yüzüne çıktığı, ancak hukuk felsefesi ve hukuk teorisi arasındaki bu sert kopuşun zaman içinde hukuk felsefesine doğru bir yönelimle birlikte ortadan kalktığı söylenebilir.<sup>51</sup> Hukuk felsefesine özgü olan birtakım normatif soruların ve yönetsel yaklaşımların zamanla hukuk teorisine çatısı altında tartışılmaya başlandığı ve bunun sonucunda da hukuk teorisinin hukuk felsefesine entegre

olduğu gözlemlenebilir.<sup>52</sup> Tam da bu nedenle hukuk teorisinin bir disiplin olarak hangi konuları içermesi gerektiği konusunda bir uzlaşının olduğundan söz etmek mümkün değildir.<sup>53</sup> Çalışmamızın bu kısmında hukuk teorisinin disiplininin Almanya'daki mevcut uygulamasına ve hukukun diğer disiplinlerinden nasıl ayrıştığına dair görüşlere yer verilecektir.

### A. Hukukunun Temel Alanlarından Biri Olarak Hukuk Teorisi

Alman hukukunda hukuk teorisi bir disiplin olarak “hukukun temel alanları (*Grundlagenfächer des Rechts*)” arasında yer alır.<sup>54</sup> Medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku vb. gibi hukukun dogmatik alanlarının aksine hukukun temel alanları, geçerli olan hukukun somut olaylara uygulanana-

46 Rudolf WASSERMANN, *Alternativkommentare zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2 Bände, Luchterhand, Neuwied 1984.

47 Hans-Joachim KOCH / Helmut RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München 1982.

48 Ota WEINBERGER, *Rechtslogik*, Springer, Wien u.a. 1970.

49 Wilhelm STEINMÜLLER, *EDV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik*, Schweitzer, Berlin 1970.

50 Bu konuda özet niteliğinde bir çalışma için bkz. HILGENDORF, 2005, s. 35-67.

51 Ulfrid NEUMANN, “Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945”, *Recht als Struktur und Argumentation* içinde Nomos, Baden-Baden 2008, s. 257 (273 vd.). Benzer bir yorum için ayrıca bkz. HILGENDORF, 2005, s. 15; HILGENDORF, 2008, s. 114.

52 HILGENDORF, 2005, s. 15.

53 HILGENDORF, 2005, s. 15; HILGENDORF, 2008, s. 112.

54 Hukuk teorisinin bir hukuk disiplini olarak neye karşılık geldiğini ortaya koymadan önce hukukun temel alanlarından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak yerinde olacaktır. Hukukun belli bazı alanlarının hukukun temel alanları başlığı altında toplanması hukuktaki tarihsel bir gelişmenin sonucudur (HILGENDORF, 2008, s. 113.). Bu gelişme, on dokuzuncu yüzyıl sonlarında hukuk dogmatizminden hukuk felsefesinin ve hukuk tarihinin ayrışması ve yirminci yüzyıl itibarıyla “hukukun doğası”na dair temel sorulara olan ilginin artmasıdır. Philipp REIMER, *Rechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden 2022, s. 21.



bilmesi amacıyla yorumlanması veya sistematikleştirilmesi amacını taşımayan disiplinleri işaret eder.<sup>55</sup> Hukukun temel alanları arasında genel olarak hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi, hukuk felsefesi (özellikle de hukuk etiği), hukuk teorisi, hukuk metodolojisi, genel kamu hukuku ve karşılaştırmalı hukuk sayılabilir.<sup>56</sup> Hukukun temel alanlarının ortak özelliği,<sup>57</sup> bu disiplinlerin hukuku ele alırken belirli bir hukuk düzenini esas kabul etmemeleri ve hukuka yerelliğinden, başka bir ifadeyle ulusal sınırlarından, bağımsız bir gözle bakıyor olmalarıdır.<sup>58</sup> Hukukun temel alanlarının bir başka özelliği hukukun tüm dallarını içine almalarıdır. Dogmatik hukuk alanlarının özel hukuk, kamu hukuku ve karma hukuk dalları gibi çeşitli ayrımları mümkünken, hu-

kukun temel alanları hukuk dallarının tümünü kuşatır. Bu yönüyle, hukukun farklı dalları göz önüne alındığında hukukun temel alanlarının disiplinler arası (*interdisiplinär*) değil, disiplinler içi (*intradisiplinär*) olduğu söylenebilir.<sup>59</sup>

Hukukun temel alanlarından biri olarak hukuk teorisi dışsal bir bakış açısından<sup>60</sup> hukuku ele alır. Bu özellik, onu gerek hukuk dogmatikliğinden gerekse hukuk metodolojisinden ayırır.<sup>61</sup> Hukuk teorisinin dışsal bir bakış açısına sahip olması, aynı zamanda, ona bir “meta teori” olma niteliğini de katar.<sup>62</sup>

Hukuk teorisi, ayrıca, kendi kendine yeten bir disiplindir. Hukukun diğer bazı temel alanlarından “hukuk” unsurunu çıkarttığımızda geride felsefe,

55 REIMER, 2022, s. 17.

56 Bu listeye ayrıca hukuk ekonomisi, hukuk enformatiği, hukuk dilbilimi, hukuk psikolojisi, hukuk kültür bilimi gibi diğer disiplinler de eklenebilir. REIMER, 2022, s. 18.

57 Hukukun temel alanları arasında sayılan disiplinler, amaçları bakımından birbirinden farklıdır. Bu farklılık genel olarak bu disiplinlerin hukuka farklı sorular yöneliyor olmalarından ileri gelir. Söz gelimi, hukuk tarihi hukukun geçmişte nasıl uygulandığını ve nasıl bir değişim geçirdiğini ele alırken, hukuk sosyolojisi hukukun insanlar tarafından nasıl uygulandığını ve yaşandığını (yaşayan hukuku) araştırır.

58 Bu bağlamda Roma hukukunun, kısmen hukuk tarihini kısmen de hukuk dogmatikliğini içerdiği bu nedenle de atipik bir özellik gösterdiği söylenebilir.

59 REIMER, 2022, s. 20; yine aynı yönde bkz. AUER, 2018, s. 28.

60 Hukukun temel alanlarının hukuku hangi perspektiften ele aldıklarını tespit etmek için içsel (katılımcı) bakış açısı ve dışsal (gözlemci) bakış açısı şeklinde bir ayrım yapmak mümkündür (Matthias JESTAE-DT, *Das Mag in der Theorie richtig sein...*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, s. 16 vd.). Söz gelimi hukuk etiğinin bakış açısından hukuk, verili bir şey olarak bir adalet ölçüsünden yola çıkarak dış bir gözle değerlendirilir (REIMER, 2022, s. 18). Yine hukuk sosyolojisi ve hukuk ekonomisi gibi disiplinler gerçek anlamda bir olguyla, yani “gerçekleşen” ile gözlemci sıfatıyla ilgilenir (REIMER, 2022, s. 18. Benzer bir değerlendirme için bkz. ALEXY / DREIER, 1990, s. 5 vd.; Thomas VESTING, *Rechtstheorie*, 2. Baskı, C.H. Beck, München 2015, s. 2 vd.).

61 Bkz. aşağıda II. A. 2.

62 Bu konuda bkz. aşağıda II. A. 1.

tarih, sosyoloji, psikoloji vs. gibi hala bir başka disiplinin varlığından söz edilebilir. Örneğin, hukuk sosyolojisi sosyolojinin bir alt dalı, yine hukuk felsefesi felsefenin bir alt dalı olarak karşımıza çıkar. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi veya hukuk tarihi gibi alt bir disiplin olmanın başlıca iki sonucu vardır.<sup>63</sup> Bunlardan birincisi, hukukun temel alanları arasında sayılan ve hukuk-dışı ana disiplinlere bağlı olan bu alt disiplinlerin söz konusu ana disiplinlerin araştırma yöntemlerini kullanıyor olmasıdır. Bu alt disiplinler ile bağlı oldukları ana disiplinler arasında başvurdukları yöntemsel araçları bakımından bir farklılık yoktur. İkinci sonucu ise kurumsal anlamda söz konusu alt disiplinlerin yalnızca hukukçular tarafından değil, bağlı oldukları ana disiplinlerin araştırmacıları (sosyologlar, tarihçiler veya felsefeciler gibi) tarafından da yürütülebiliyor olmasıdır. Hukukun temel alanları arasında sayılan bu hukuk dışı disiplinlerin aksine,

hukuk teorisi hukuk fakültelerine özgü bir disiplindir.<sup>64</sup> Bununla birlikte, hukuk teorisinin semantik ve mantık disiplinleri ile olan yakın ilişkisini de bu noktada göz ardı etmemek gerekir.

Son olarak, hukukun temel alanlarından biri olan hukuk teorisi içeriksel olarak hukukun dalları arasında bir ayırım yapmaz. Hukuk dallarının tümünü kapsayarak bütüncül bir bakış sunduğundan hukuk teorisinin “disiplinler içi” olduğu rahatlıkla söylenebilir.

### 1. Hukuk Teorisi Kavramı

Hukuk teorisi öncelikli olarak teorik<sup>65</sup> iddialar taşıyan kendine özgü bir hukuki faaliyettir.<sup>66</sup> Kavramsal açıdan hukuk teorisini iki açıdan incelemek mümkündür.<sup>67</sup> Geniş anlamda hukuk teorisi, hukuk düşüncesinin bir yansıması olan ve fakat hukuk dogmatikğine yönelik olmayan hukuk ile ilgili her türlü uğraşı ifade eder. Hukuk çeşitli bakış açılarından ele alınabilir. Huku-

63 REIMER, 2022, s. 20.

64 Hukuk dogmatikği ve hukuk metodolojisi için de benzer bir şeyi söylemek mümkündür.

65 Eski Yunancada *theōria*; bakınma, seyretme, temaşa, temaşa hayatı anlamlarına gelir (Francis E. PETERS, *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü*, Çev.: Hakkı HÜNLER, Paradigma, İstanbul 2004, s. 374). Aristoteles teorik yaşamın, siyaset yaşamına ve haz yaşamına göre daha üstün olduğunu iddia eder (ARISTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, Çev.: Saffet BABÜR, Ayraç, Ankara 1997, 1177a, s. 12 vd.). Antik Yunan düşüncesinin yaşam biçimleri arasında yaptığı bu hiyerarşik ayrıma paralel olarak hukuk teorisi ile hukukun diğer disiplinleri arasında da benzer bir hiyerarşinin olduğunu iddia etmek hukuk teorisinin diğer disiplinlerden üstün olduğunu dile getirmek olacaktır. Bu türden bir bakış açısı, hukuk teorisini hukukun temel alanları arasında değerlendiren görüşe esasında hiç de yabancı değildir. Ancak, Alexy ve Dreier “teori-pratik (*theōria-praxis*)” ayrımını esas alan ve hukuk uygulamasının zıttı bir anlam taşıyan bir hukuk teorisi kavramının çağdaş Alman yazınlarında nadir kullanıldığına işaret eder. Robert ALEXY / Ralf DREIER, “The Concept of Jurisprudence”, *Ratio Juris*, C. 3, S. 1, 1990, s. 1 (8).

66 VESTING, 2015, s. 9.

67 FUNKE, 2013, s. 46 vd.; REIMER, 2022, s. 21.

kun siyasetle, ekonomiyle, toplumla veya kültürle ilişkisi, hukukunun dilsel olarak kavranması, normların mantıksal yapısı, hukuk biliminin diğer bilimlerle olan ilişkileri geniş anlamda hukuk teorisi kavramı içinde düşünülebilir. Bu nedenle bu türden bir hukuk teorisi ancak diğer hukuk teorileriyle birlikte çoğul olarak düşünülebilir.<sup>68</sup> Hukuk teorileri, norm teorisi, hüküm teorisi, hukukun bilimsel teorisi, hukuk dili teorisi, argümantasyon teorisi, yasa yapımı teorisi veya anayasa teorisi gibi belirli bazı konulara odaklanabileceği gibi; araştırmacının bireysel ilgisine göre saf hukuk öğretisi, sistem teorisi, Marksist hukuk teorisi, semantik hukuk teorisi veya hukuk retorisi gibi belirli bazı yönelimlere de yer verebilir.<sup>69</sup> Konuları ve ilgi alanları bakımından hukuk teorilerinin çeşitliliğinden rahatlıkla söz edilebilir. Geniş anlamda hukuk teorisi, ayrıca, maddi hukuk teorisini de içine alır.<sup>70</sup> Maddi hukuk teorisi, bütün olarak hukuk düzeninin nasıl elde edildiği veya işlediği meseleleriyle ilgilenmez. Daha çok, hukuk düzeni içindeki belirli bazı

norm yapılarını özel olarak ele alır. Anayasa hukuku teorisi ve ceza hukuku teorisi gibi maddi hukuk teorileri bu doğrultuda geniş anlamda hukuk teorisi içinde değerlendirilebilir.<sup>71</sup>

Dar anlamda hukuk teorisi ise temelde analitik hukuk teorisi olarak kabul edilir.<sup>72</sup> Bu doğrultuda “genel hukuk öğretisi (*allgemeine Rechtslehre*)”<sup>73</sup> dar anlamda hukuk teorisine bir örnektir.<sup>74</sup> Dar anlamda hukuk teorisi, ayrıca, hukuk biliminin bir teorisi olarak hukuk kavramının ve hukukun geçerliliğinin bir teorisini ifade eder. Bu doğrultuda Anglo-Amerikan hukuk çevresinde karşımıza çıkan *jurisprudence*, *legal theory*, *general theory of law* ve *analytical jurisprudence* gibi ifadelerle anılan alanlar dar anlamda hukuk teorisine eş kabul edilebilir.<sup>75</sup> Özellikle belirtmek gerekir ki, hukuk teorisi kavramının bu kullanımında hukukun ve hukuk biliminin temellendirilmesinden veya meşrulaştırılmasından söz edilmez. Hukuk teorisi, daha ziyade, hukuk kavramının ve hukuk biliminin tanımlanmasına ve/veya

68 FUNKE, 2013, s. 46.

69 FUNKE, 2013, s. 46.

70 REIMER, 2022, s. 23.

71 REIMER, 2022, s. 23.

72 FUNKE, 2013, s. 47.

73 Bu konuda bkz. yukarıda I.

74 Saf hukuk öğretisi, doğal hukuku dışlayarak hukuk kavramlarını inceler. Hukuk teorisini hukuk dogmatığı olarak yorumlar. DREIER, 2015, s. 24 vd.

75 ALEXY / DREIER, 1990, s. 1, dn. 1. Benzer şekilde bkz. FUNKE, 2013, s. 47, dn. 3.

tasvir edilmesine hizmet eder.<sup>76</sup> Bu nedenle yargısal kararlar, daha genel bir ifadeyle hukuk uygulaması bu türden bir hukuk teorisi anlayışında özel bir öneme sahiptir. Philipp Reimer, dar anlamda hukuk teorisine aynı zamanda şekli hukuk teorisi adını verir. Reimer, şekli hukuk teorisinin hukuk düzeninin iç yapısını incelediğini ifade eder. Şekli hukuk teorisi adı altında yapısal teorileri (bir norm düzeni nasıl inşa edilir?), hukuk yaratma teorilerini (normlar nasıl uygulanır ve yeniden üretilir?) ve hukuk bilimini (normlar nasıl bilimsel olarak incelenir?) sayar.<sup>77</sup>

Robert Alexy ve Ralf Dreier *Jurisprudenz*<sup>78</sup> ile eş gördükleri hukuk teorisinin analitik, ampirik ve normatif olmak üzere üç farklı işlevinin olduğunu belirtir.<sup>79</sup> Alexy’ye ve Dreier’e göre analitik boyut, daha önce de belirtildiği gibi, hukuk kavramlarının mantıksal ve kavramsal olarak incelenmesiyle; ampirik boyut geçerli olan hukukun

kabul edilebilirliğinin, hukukun fiili uygulamasının, yapısının ve işlevlerinin araştırılmasıyla; normatif boyut ise hukukun ve hukuk biliminin nasıl yerine getirilmesi gerektiğinin sorgulanmasıyla ilgilidir. Böylece, hukuk teorisi disiplini (1) hukukun genel öğretisinin (2) hukuk metodolojisinin ve (3) hukuk biliminin bir araya gelmesinden oluşur.<sup>80</sup> Hukukun genel öğretisi, hukukun temel kavramlarının analitik olarak incelenmesini; hukuk metodolojisi, yargısal karar verme süreçlerinin normatif teorisini; hukuk bilimi ise hukuk dogmatikğini ifade eder. Mevcut ve mümkün olan tüm hukuk sistemlerinin teorisi olan hukuk teorisi, Alexy ve Dreier için “meta” bir teoridir.<sup>81</sup>

Almanca literatürde hukuk teorisi ifadesinin, “Kant’ın hukuk teorisi”, “Hegel’in hukuk teorisi” veya “Marx’ın hukuk teorisi” şeklinde kullanıldığına da rastlanabilmektedir. Bu tür durumlarda hukuk teorisi ifadesi

76 FUNKE, 2013, s. 47.

77 REIMER, 2022, s. 22.

78 Kant *Jurisprudenz* kavramını şu şekilde tanımlar: “Bir dışsal yasakoyucunun olanaklı olduğu yasaların bütününe hukuk öğretisi (*Ius*) denir. Böyle bir yasakoyuculuk gerçekleşse, bu pozitif hukukun öğretisidir ve pozitif hukukun hukuk uzmanına veya pozitif hukukun hukuk bilgisine (*Jurisconsultus*) hukukta deneyim sahibi (*Jurispritus*) denir, bu kişi sadece dışsal yasaları değil de tecrübi olarak gerçekleşen olayların uygulamasını da biliyorsa böyle adlandırılır. Böyle bir bilgiye hukuki beceriklilik (*Jurisprudencia*) denilir, bu ikisi olmaksızın geriye sadece hukuk bilimi (*Jurisscientia*) kalır.” Immanuel KANT, *Ahlakın Metafizik Hukuk Öğretisi*, Çev.: Altan Heper, Fol, Ankara 2022, s. 69.

79 ALEXY / DREIER, 1990, s. 9 vd. Benzer bir açıklama için bkz. RÜTHERS / FISCHER / BIRK, 2020, s. 47 vd.; ayrıca bkz. Matthias KLATT, “Integrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law”, *Ratio Juris*, C. 33, S. 4, 2020, s. 380 (383vd.).

80 ALEXY / DREIER, 1990, s. 7.

81 ALEXY / DREIER, 1990, s. 11. Benzer bir yorum için bkz. JESTAEDT, 2006, s. 17 vd.; VESTING, 2015, s. 7.

disiplin anlamının dışında kullanılır ve genel olarak *hukuk hakkındaki sistematik bir şekilde yapılmış olan açıklamalara* atıf yapar.<sup>82</sup> Alexy ve Dreier, hukuk teorisi ifadesinin bu şekildeki kullanımının hukuk teorisi disiplini tanımlamada bir etkisinin olmadığına ve nihayetinde “zararsız” olduğuna da vurgu yapar.<sup>83</sup>

## 2. Kesişimler ve Ayrımlar

Çalışmamızın bu kısmında hukuk teorisi disiplini daha net biçimde kavramlaştırabilmek için bu disiplinin diğer hukuk disiplinlerinden hangi yönlerden farklılaştığını tespit etmeye çalışacağız. Bunu yaparken de konu, yöntem ve bakış açısı gibi<sup>84</sup> bazı ölçütleri esas alacağız. Konu bakımından incelemede ilgili disiplinlerin geleneksel olarak hangi konuları ele aldığına, yöntem bakımından incelemede ise bu

disiplinlerin hangi yöntemsel araçları kullandığına bakacağız. Bakış açıları yönünden incelemede ise bir disiplinin hangi yönlerden ve hangi bakış açılarından araştırma nesnesini ele aldığını değerlendireceğiz.<sup>85</sup>

### a) Hukuk Dogmatığı

Hukuk dogmatığı ile hukuk teorisi arasındaki ayrım esasında uzun bir geçmişe dayanmaz.<sup>86</sup> 1920’lerden itibaren hukuk teorisinin, hukukun somut olaylardan ve yerel hukuki düzenlemelerden bağımsız olarak açıklanması ihtiyacını karşılamaya başlanmasıyla birlikte 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, hukuk disiplini içinde hukuk dogmatığı adı altında hukuk uygulaması üzerine söz söyleme ve araştırma yapma ihtiyacı da ortaya çıkmıştır.

Çağdaş anlamda hukuk dogmatığı hukukta pratik olay çözümlenmelerini

82 ALEXY / DREIER, 1990, s. 8.

83 ALEXY / DREIER, 1990, s. 8.

84 Alexy ve Dreier, hukuk felsefesi ile hukuk teorisi arasında üç farklı ölçüte (konularına, yöntemlerine ve bakış açılarına) göre sınır çizilebileceğini ifade eder (ALEXY / DREIER, 1990, s. 2 vd.). Kanaatimizce, Alexy ve Dreier’in ortaya koyduğu bu ölçütler sadece hukuk felsefesi ile hukuk teorisi arasındaki sınırın değil, aynı zamanda hukukun tüm temel alanlarının birbirleriyle olan ilişkilerinin tespit edilmesinde fayda sağlamaktadır.

85 Hukuk, söz gelimi, bilimsel, tarihsel, sosyal, ekonomik veya hukuksal olarak araştırılabileceği gibi, etik veya mantık yönünden de incelenebilir. Alexy ve Dreier, bu noktada bir bilimsel araştırmanın hem subjektif yönün hem de objektif yönünün olabileceğinden bahseder. Bir bilimsel araştırmanın subjektif niteliği daha çok araştırmacının bireysel ilgilerine dayanır. Bir bilimsel araştırmanın objektif yönü ise kurumsal olarak belirlenir. Bunun anlamı, bir bilimsel araştırmanın geleneksel, bilimsel ve sosyal olarak kabul edilmiş normlarla nasıl kurumsallaştığıdır. Örneğin, objektif olarak “hukuki” bir araştırma hukuk fakülteleri ve hukuk araştırmaları enstitülerince yerine getirilmiş olan bir araştırmadır. ALEXY / DREIER, 1990, s. 3.

86 Latince *dogma* (inanç, öğretisi) sözcüğünden gelen hukuk dogmatığı, Roma hukukunda Roma hukukuna özgü hukuk biliminden farklı düşünülmezdi. *Juris prudentia* Roman hukuk bilimini ifade ederdi. Bu nedenle, Roma hukukunda “hukuk dogmatığı” adı altında ayrı bir uğraştan söz etmek pek mümkün değildir. Bu bilgi için bkz. VESTING, 2015, s. 13.

ve bu çözümlenmelere ilişkin hukuki görüşleri ve önerileri ifade eder. Hukuk terimlerinin ve hukuk kurallarının incelenmesi ve açıklanması faaliyetine karşılık gelir.<sup>87</sup> Hukuk dogmatikliği faaliyetindeki amaç hukuki kurallara ve hukuki terimlere açıklık getirmek, bu kurallara ve terimlere hukuk dilinde netlik kazandırmaktır.<sup>88</sup> Hukuk dogmatikliği bu anlamda yargı kararlarına yol gösterici olma işlevi de görmektedir. Hukuk dogmatikliği hukukun aslında ne olduğu, hukuka ilişkin bilginin elde edilmesinin mümkün olup olmadığı, şayet mümkünse bunun hangi koşullarda mümkün olduğu gibi sorgulamalara girmez.<sup>89</sup>

Tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde hukuk dogmatikliği çeşitli alt dallara ayrılır. Medeni hukuk dogmatikliği, ceza hukuku dogmatikliği, idare hukuku dogmatikliği gibi hukukun belli bazı dallarına özgü bir şekilde hukuk dogmatikliği faaliyeti yerine getirilir. Hukuk dog-

matikliğinin bu özelliği, onu, hukukun tüm dallarını kapsayan hukuka bütüncül bir gözle yaklaşan “hukukun genel öğretisi” düşüncesinden ayırır.<sup>90</sup> Hukukun genel öğretisi bağlamında hukuk teorisi “bir nevi meta dogmatik”<sup>91</sup>dir.

## b) Hukuk Felsefesi

Vesting, Almanya’da hukuk felsefesi kavramının, hukuk biliminin 18. yüzyılın sonlarında popülerlik kazanmasının ardından, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kullanılmaya başladığını ifade eder.<sup>92</sup> Kant’ın 1800’lü yıllarda “Hukuk Öğretisi (*Rechtslehre*)”<sup>93</sup>nden, Hegel’in ise ondan yirmi yıl sonra “Hukukun Felsefesi”<sup>94</sup>nden, başka bir deyişle felsefi hukuk biliminden söz ettiğinin altını çizer. Ayrıca, Kantçı hukuk öğretisi ve Hegelci hukuk felsefesinin bir yönüyle yeniçağ doğal hukuk düşüncesinin toplum sözleşmesi geleneğinin bir uzantısı olduğunu ve bu sebeple de hukuk felsefe-

87 VESTING, 2015, s. 14.

88 Ancak hukuk dogmatikliğinin gerek Roma hukukuna dayanan kökenine gerekse Common Law ülkelerindeki pratiğine bakıldığında, hukuk dogmatikliğinin sadece olay çözümlemesi faaliyetine indirgemeyeceği kolaylıkla görülebilir.

89 Arthur KAUFMANN, “Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatikliği”, Çev.: Hayrettin ÖKÇESİZ, *HFSA*, C. 1, 1993, s. 7 (7).

90 ALEXY / DREIER, 1990, s. 1 vd.

91 RÜTHERS / FISCHER / BIRK, 2020, s. 47.

92 VESTING, 2015, s. 16.

93 Immanuel KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, (Ed.: Otfried HÖFFE), Akademie, Berlin 1999; Türkçesi için bkz. Immanuel KANT, *Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*, Çev.: Altan Heper, Fol, İstanbul 2022.

94 G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1970; Türkçesi için G.W.F. HEGEL, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev.: Cevap KARAKAYA, Sosyal, İstanbul 1991.

sini doğal hukuk geleneğine özgü olan “doğru olan devlet veya toplum düzeyi nedir?” sorusundan ayırmanın pek mümkün görünmediğini iddia eder.<sup>95</sup> Vesting’in bu yorumundan hukuk felsefesinin doğal hukuk düşüncesine denk olduğu değil, hukuk felsefesinin özünde hukuki olmaktan çok felsefesi bir uğraş olduğu sonucuna ulaşmak sanıyorum daha doğru olacaktır. Keza, hukuk felsefesinin esasında felsefenin bir alt dalı olduğunun altını çizen çok sayıda eser de bulunmaktadır.<sup>96</sup> Alman hukuk felsefesinin güncel olarak iki şekilde uygulandığını dile getiren Vesting, hukuk felsefesi denildiğinde günümüz Almanya’sında bir yandan modern devletin anayasallığı çerçevesinde şekillenen ulus devlet düşüncesine dayanan bir hukuk (devlet) felsefesinin, diğer yandan tartışmacı demokrasi anlayışına sıkı sıkıya bağlı olan hukukun söylem teorisine dayanan bir hukuk felsefesinin hüküm sürdüğünü ifade eder.<sup>97</sup>

Alman hukuk düşüncesinde hukuk felsefesinin doğru ve adil olan hukuk ile ilgilendiğine hukuk teorisinin ise pozitif hukukun genel bir teorisi olduğuna vurgu yapan görüşlerin varlığına rağmen, hukuk felsefesi ile hukuk teorisi arasındaki sınırı bu iki disiplinin farklı konuları ele aldıklarını iddia ederek çizmek bizi esasında tatmin edici bir yanıtı götürmeyecektir.<sup>98</sup> Bunun birinci nedeni, hukuk felsefesinin doğru ve adil olan hukukun ne olduğunu ortaya koyarken norm, yaptırım ve geçerlilik gibi hukukun temel kavramlarına başvurmadan ve bu şekilde pozitif hukuku da içine alan bir tartışma yürütmekten vazgeçemeyecek olmasıdır.<sup>99</sup> İkinci neden ise hukukun genel bir teorisi olarak kavranan bir hukuk teorisi düşüncesinin, “olan” hukuk ile “olması gereken” hukuk arasında kopuk bir ilişki olduğu varsayımından hareket etmiş, böylece adalet tartışmalarını kapsamı dışında tutmuş olacaktır.<sup>100</sup> Dolayısıyla, hukuk felsefesi ile hukuk teorisi arasındaki sınırı konuları yönünden belirlemeye çalışmak bu iki disiplinin uğraş alanlarını daraltacak-

95 VESTING, 2015, s. 16. Benzer bir yorum için bkz. ALEXY / DREIER, 1990, s. 2.

96 Örnek niteliğinde bkz. KIRSTE, 2020, s. 19 vd.; KAUFMANN, 1993, s. 7.; ALEXY / DREIER, 1990, s. 3; Dietmar VON DER PFORDTEN, “Was ist und wozu Rechtsphilosophie?”, *Juristen Zeitung*, C. 59, S. 4, 2004, s. 157 (159).

97 VESTING, 2015, s. 17 vd.

98 Arthur Kaufmann, hukuk felsefesi ile hukuk teorisi arasında bir ayrıma gitmenin bizi bir çıkmaza sürükleyeceğini iddia eder. KAUFMANN, 1993, s. 13.

99 ALEXY / DREIER, 1990, s. 2.

100 ALEXY / DREIER, 1990, s. 2 vd. Böylesi bir hukuk teorisi pratiğinin hukuk dogmatikinden veya hukuk metodolojisinden nasıl ayrılacağı de tartışılmaya değer olacaktır.



tır.<sup>101</sup> Yöntemsel ayrıma vurgu yapan, hukuk teorisi faaliyetini sadece analitik felsefenin araçları ile sınırlı gören düşünce de özünde yine hukuk felsefesinin ve hukuk teorisinin konuları bakımından farklı olduğu varsayımından yola çıkar. Bu yüzden, bu iki disiplini yöntemleri bakımından sınırlandırmak aynı başarısız sonucu doğuracaktır.<sup>102</sup>

Hukuk teorisi ile hukuk felsefesi arasındaki ayrım en ideal biçimde bu iki disiplini kurumsal olarak inceleyerek elde edilebilir. Bu doğrultuda, örneğin Vesting, felsefenin bir alt dalı olarak hukuk felsefesinin, hukuka kurumsal açıdan yabancı bir gözle bakarken, hukuk teorisinin hukukun bir alt dalı olarak hukuka içeriden bir gözle baktığına vurgu yapar.<sup>103</sup> Platon ve Aristoteles'ten Kant'a ve Hegel'e kadar hukuk felsefesi geleneğine baktığımızda hukuk felsefesinin hukukçulardan çok felsefeciler tarafından yerine getirilen bir uğraş olduğuna dikkat çeken Alexy ve Dreier ise hukuk felsefesinin esasında hukuku felsefi yönlerden ele aldığına işaret eder.<sup>104</sup> Ge-

leneksel olarak bakıldığında hukukun genel teorisinin, hukuk metodolojisinin ve hukuk biliminin hukuk teorisi disiplinine; hukuk felsefesi tarihinin ve hukuk etiğinin ise hukuk felsefesine (dolayısıyla da felsefeye) dahil olduğunu belirtirler.<sup>105</sup>

### c) Hukuk Metodolojisi

Hukuk teorisi ve hukuk metodolojisinin belli bazı ortak özelliklerinin olduğu söylenebilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukukun diğer temel alanlarının aksine bu iki disiplin de ne hukuk dışı bir disipline bağlı olan alt disiplinlerdir<sup>106</sup> ne de hukuka ilişkin ampirik sorgulamalar içerirler<sup>107</sup>.

Hukuk teorisi ve hukuk metodolojisi öncelikle taşıdıkları amaçlar bakımından birbirlerinden farklıdır.<sup>108</sup> Her ikisi de hukukun temel alanları arasında yer alsa da sadece hukuk teorisi bilimsel anlamda bilginin sistemik olarak elde edilmesine hizmet eden bilimsel bir disiplin olma niteliğini taşır. Buna karşın, hukuk metodolojisi

101 Benzer bir yorum için bkz. Matthias MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtslehre*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2015, s. 17.

102 ALEXY / DREIER, 1990, s. 3.

103 VESTING, 2015, s. 17.

104 ALEXY / DREIER, 1990, s. 3 vd.

105 ALEXY / DREIER, 1990, s. 4 vd.

106 Bkz. yukarıda II. A. 1.

107 REIMER, 2022, s. 21.

108 REIMER, 2022, s. 21; aynı şekilde bkz. JESTAEDT, 2006, s. 16 vd.



uygulamaya dönük bir disiplindir.<sup>109</sup> Hukukun somut olaylara nasıl doğru bir şekilde uygulanabileceği konusunda hukukçulara yol göstermeyi amaçlar.<sup>110</sup> Bu anlamda hukuk teorisinin teoriye, hukuk metodolojisinin ise pratiğe ilişkin olduğu iddia edilebilir. Bu iki disiplin, amaçları bakımından her ne kadar farklılıklar taşısa da konuları bakımından bazı (hukuki metinlerin yorumlanması gibi) ortaklıklara sahiptirler. Fakat bu ortak konuların bu iki disiplin tarafından yukarıda belirtilen farklı amaçlar doğrultusunda farklı şekillerde ele alındığının altını çizmek gerekir.

Hukuk teorisi ile hukuk metodolojisi arasındaki bir diğer ayrım noktasını bu iki disiplinin pozitif hukuk ile kurduğu ilişkide bulmak mümkündür. Hukuk teorisi tıpkı hukuk felsefesi gibi belirli bir hukuk düzenine özgü değildir. Hukuk uygulamasına yönelen bir disiplin olan hukuk metodolojisi ise aksine, pozitif hukuktan bağımsız olarak ele alınamaz.<sup>111</sup>

#### d) Hukuk Sosyolojisi

Son olarak, hukuk teorisi ile hukuk sosyolojisi arasında nasıl bir ayrım yapmak gerektiği üzerinde durulabilir. Dreier, hukuk teorisinin analitik ve realistik yönde ilerlediğine vurgu yaparak realistik olan, başka bir ifadeyle sosyolojik olan hukuk teorisinin hukuk sosyolojisine eş olmadığına dikkat çeker.<sup>112</sup> Sosyolojik hukuk teorisi faaliyetinin hukuk bilimine özgü olduğunun altını çizer. Dreier, hukuk sosyolojisinin ampirik ve teorik olmak üzere farklı şekillerde yapılabileceğini ayrıca belirtir.<sup>113</sup> Bunun dışında, hukuk teorisinin hukuken geçerli olan hukuku, ampirik hukuk sosyolojinin ise sosyal olarak geçerli olan hukuku konusu yaptığını doğrudan söylemenin hatalı olabileceğini iddia eder.<sup>114</sup> Dreier'e göre hukuk teorisi, mahkemelerin yasa koyucunun (gerçek veya akla uygun olan) iradesine göre mi karar verdiklerini ve gerçekte nasıl hukuku uyguladıklarını (ve tahminen daha sonra da nasıl uygulayacaklarını) da araştırır. Hukuk teorisi faaliyetini çok katmanlı olarak gören Dreier, yargı kararlarının

109 Heiko SAUER, "Juristische Methodenlehre", *Grundlagen des Rechts* içinde (Der.: Julian KRÜPER), 2. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2013, s. 199 (200 vd.).

110 REIMER, 2022, s. 21; JESTAEDT, 2006, s. 17 vd.

111 SAUER, 2013, s. 201.

112 DREIER, 2015, s. 21 vd.

113 DREIER, 2015, s. 21.

114 DREIER, 2015, s. 22.

betimleyici ve tahmine dayalı bilgisi ile ilgili olması halinde hukuk teorisinin ampirik-sosyolojik olarak faaliyet göstereceğini ifade eder.<sup>115</sup>

## B. Hukuk Teorisinin Belli Başlı Konuları

1985 sonrası dönem Alman hukuk teorisinde yeni sorgulamaların ön plana çıktığı bir dönemdir.<sup>116</sup> Bu yeni tartışmalar 1980 ila 1990 yılları arasında hukuk felsefesi alanında yeni süreli yayınların<sup>117</sup> ortaya çıkmasına da katkı sunmuştur. Felsefeden ithal edilen teorinin hukuk dogmatığına ne şekilde katkı sunabildiği de bu dönemde araştırma konusu olmuştur.<sup>118</sup>

Dreier, 1995 yılında kaleme aldığı çalışmasında Alman hukuk felsefesinin o döneme özgü karakteristiğinin ortaya çıkmasında üç eğilimin etki olduğunu ifade eder.<sup>119</sup> Bunlardan ilki klasik felsefi metinlere olan ilginin yeniden gün yüzüne çıkması ve yalnızca Kant değil, Fichte ve Hegel gibi

Alman idealizminin önde gelen isimlerinin de tekrar okunur olmasıdır. Bir diğer dikkat çeken eğilim ise uluslararası etkileşimin yoğunlaşarak artmasıdır. Bu eğilim özellikle hukuk teorisine uygulamalı etik alanında yer alan biyoetik ve disiplinler arası etik çalışmaları (iletişim etiği, ekonomi etiği gibi), global adaletin koşulları ve sınırları ve ekoloji gibi yeni konu başlıklarının eklenmesini sağlamıştır. Bu dönemde Norbert Hoerster, Dieter Birnbacher, Reinhard Merkel ve Jan Joerden gibi isimler belirli bazı somut (kürtaj, ötenazi, insan teknolojileri gibi) meselelerle özellikle ilgilenmiştir.<sup>120</sup> Bu türden yeni araştırma konuları aynı zamanda ceza hukuku ve temel haklar dogmatığı ile birlikte ele alınmıştır.<sup>121</sup>

Çağdaş Alman hukuk teorisinde, genel olarak Kelsenci hukuk-ahlâk ayrımının bir sonu olarak da nitelendirilebilir.<sup>122</sup> “Post-analitik” olarak da adlandırılabilir olan bu dönem, özgürlük gibi kavramları dışlayan analitik hu-

115 DREIER, 2015, s. 22.

116 HILGENDORF, 2005, s. 71 vd.

117 Bu yayınlardan bazıları şunlardır: Hukuk ve Etik Almanağı (*Jahrbuch für Recht und Ethik*); Hukuk, Felsefe ve Politika Yazını (*Rechtsphilosophische Hefte: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Philosophie und Politik*); Hukuk ve Devlet Disiplinler Arası Çalışmaları (*Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*).

118 HILGENDORF, 2008, s. 116 vd.

119 Ralf DREIER, “Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 81, S. 2, 1995, s. 155 (158 vd.).

120 Bu tespit için bkz. Eric HILGENDORF / Jan C. JOERDEN, “Rechtsphilosophie der Gegenwart”, *Handbuch Rechtsphilosophie* içinde (Ed.: Eric HILGENDORF / Jan C. JOERDEN), J. B. Metzler, Stuttgart 2021, s. 176 (183).

121 HILGENDORF, 2008, s. 116.

122 FUNKE, 2013, s. 51.

kuk teorisinin aksine, ahlâki değerleri hukukun bir parçası olarak görür.<sup>123</sup> Kendisini hukuk felsefesinin dışında konumlandıran hukuk teorisi, böylece, yerini adalet tartışmalarını da kapsayan bütüncül ve karma bir hukuk teorisine bırakır. Öne çıkan Alman hukuk teorisyenleri arasında Robert Alexy, Arthur Kaufmann, Friedrich Müller, Jan Sieckmann, Ulfried Neumann, Ralf Dreier, Ralf Poscher, Ralph Christensen, Bernd Rüthers, Reinhold Zippelius ve Matthias Jestaedt gibi isimler sayılabılır.

## SONUÇ

Alman hukuk teorisi tarihi bizlere Alman hukuk teorisi disiplinin oluşmasındaki temel motivasyonun hukuk disiplinine özgü olan, diğer bir deyişle kurumsal anlamda “hukuki” olan bir teori ihtiyacını karşılamak olduğunu gösterir.

Geniş anlamda hukuk teorisi ve dar anlamda hukuk teorisi kavramları arasındaki ilişkiyi esasında hukuk felsefesinden bağımsız olarak ele almak imkansızdır. Bunun sebebi dar anlamda hukuk teorisinin bir araştırma alanı veya bir disiplin olmasının ötesinde, özellikle gelişimine bakıldığında, hukuk felsefesinin tarihselliği içinde

belirli bir hukuk felsefesi kavrayışının ürünü olmasıdır.<sup>124</sup> Hukuk teorisinin hukuk felsefesinden ayrı bir disiplin olarak kendi kimliğini kazanıp kazanmadığı meselesi ise bu nedenle tarihsel bir incelemeyi gerektirir.

Tarihsel izlek, Alman hukuk teorisinin, 19. yüzyılla birlikte genel hukuk öğretisi adı altında dogmatik hukukun temel esaslarının incelenmesi şeklinde hukuk felsefesinden ayrı bir disiplin olarak tarih sahnesine çıktığını gösterir.<sup>125</sup> Bu şekliyle Alman hukuk teorisi disiplini, pozitif hukuku merkezine alan, hukuk dogmatığı ile hukuk felsefesi arasındaki bir “ara-disiplin” olarak tüm hukuk dallarını kapsamına alacak bir biçimde hukukun temel esaslarını ortaya koyma iddiasını taşıyan bir bilimsel faaliyeti ifade eder. Genel hukuk öğretisi olarak adlandırılan bu dönem, pozitif hukukun bilim felsefesini yapma iddiasıyla döneminin ruhundan izler taşır. Genel hukuk öğretisi hem hukuku rastlantısallığından hem de felsefeyi metafizik yüklerinden kurtarmaya çalışan, konusu bakımından paradoksal bir sınırlandırma stratejisine soyunmuştur.<sup>126</sup> Saf hukuk öğretisi de dogmatik ile felsefe arasındaki git-gelde yer alan teorik unsurları nedeniyle “saf olmayan” bir teori pratiği oldu-

<sup>123</sup> NEUMANN, 2008, s. 291 vd.; FUNKE, 2013, s. 51.

<sup>124</sup> Bu konuda bkz. yukarıda I.

<sup>125</sup> AUER, 2018, s. 28 vd.

<sup>126</sup> Bu yönde bir yorum için bkz. AUER, 2018, s. 30.

ğundan bahisle eleştirilmiştir. 1960'lı yıllara gelindiğinde hukukun analitik teorisi, yeni disiplin adıyla “hukuk teorisi” bu kez de hukuk felsefesine sırtını döndüğü için yeterli bulunmamıştır.

Söz konusu bu eleştirilerin bir sonucu olan çağdaş Alman hukuk teorisi, Kelsenci hukuk teorisi anlayışını ve analitik hukuk teorisi yorumlarını da aşan bir disiplini ifade eder. Disiplinin güncel pratiğine baktığımızda hukuk teorisi kavrayışının disiplinlerarası bir bakış açısına evrildiği ve hukuk teorisi çatısı altında hukuk ve felsefe disiplinlerinin sınırlarının aşıldığı sosyoloji, ekonomi, siyaset, kültür, iletişim ve dil bilimleri başta olmak üzere farklı disiplinlerle etkileşim içine girildiği gözlemlenebilir.<sup>127</sup> Bu amaçla hukuk teorisi hukuk ile sosyal ve kültür bilimleri başta olma üzere diğer disiplinler arasında bir köprü işlevini de görür. Bir hukuk disiplini olan hukuk teorisinin böyle bir işlevi de yerine getiriyor olması disiplinin hukukiliğinden bir taviz olarak da değerlendirilmez.

Alman hukuk teorisi pratiği hukuk teorisi disiplinin esasında “teorinin teorisi” başka bir ifadeyle, bir “meta-teori”<sup>128</sup> olduğunu bizlere sunar. Bir yönüyle hukuk teorisi “ikinci düzey gözlem seviyesi”<sup>129</sup>ndeki bir faaliyet

olarak, bir yönüyle de alt disiplinlere ayrıştırılabilen ana/ üst bir disiplin olarak görülebilir.<sup>130</sup> Alman hukuk teorisi disiplini üzerine yürütülen tartışmalar, hukuk teorisi faaliyetini kavrayabilmek ve değerlendirebilmek noktasında zengin bir içerik sunar.

### KAYNAKÇA

- ALBERT, Hans: *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, Nomos, Baden-Baden 1993.
- ALEXY, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Berlin 1978.
- ALEXY, Robert / DREIER, Ralf: “The Concept of Jurisprudence”, *Ratio Juris*, C. 3, S. 1, 1990, s. 1-13.
- ARISTOTELES: *Nikomakhos'a Etik*, Çev.: Saffet BABÜR, Ayraç, Ankara 1997.
- ARIKAN, Engin: “Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi”, *YÜHFD*, C. XVII 2020/2, s. 417-446.
- AUER, Marietta: *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden 2018.
- BIERLING, Ernst Rudolf: *Juristische Prinzipienlehre*, 4 Cilt, J.C.B. Mohr, Freiburg 1894–1911.
- DREIER, Ralf: “Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?”, *Recht-Moral-Ideologie* içinde, 2. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2015, s. 17-47.

127 HILGENDORF, 2008, s. 112.

128 VESTING, 2015, s. 7; ALEXY / DREIER, 1990, s. 9; JESTAEDT, 2006, s. 17 vd.

129 İkinci düzey gözlem kısaca “gözlemin gözlemi” olarak açıklanabilir. Bu konuda bkz. LUHMANN, 1993, s. 144.

130 VESTING, 2015, s. 17 vd.

- DREIER, Ralf: “Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 81, S. 2, 1995, s. 155-163.
- ESSER, Joseph: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Kronsberg / Ts. 1970.
- FUNKE, Andreas: “Rechtstheorie”, *Grundlagen des Rechts* içinde (Der.: Julian KRÜPER), 2. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2013, s. 46-67.
- GRÖSCHNER, Rolf: “Rechtsdogmatik”, *Handbuch Rechtsphilosophie* içinde (Ed.: Eric HILGENDORF / Jan C. JOERDEN), 2. Baskı, J.B. Metzler, Stuttgart 2021, s. 61-66.
- HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1970 (Türkçesi: HEGEL, G.W.F.: *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev.: Cevap KARAKAYA, Sosyal, İstanbul 1991)
- HEPER, Altan: “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya’da Hukuk Felsefesi”, *HFSA*, C. 20, 2010, s. 132-150.
- HEPER, Altan: “Alman Hukuk Eğitiminde Olay Çözümü, Türk Hukuk Eğitimiyle Karşılaştırılması”, *HFSA*, C. 29, 2021, s. 149-165.
- HILGENDORF, Eric: *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg 2005.
- HILGENDORF, Eric: “Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute”, *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* içinde (Der.: Winfried BRUGGER / Ulfried NEUMANN / Stephan KIRSTE), Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, s. 111-156.
- HILGENDORF, Eric: “Rechtsphilosophie der Gegenwart”, *Handbuch Rechtsphilosophie* içinde (Ed.: Eric HILGENDORF / Jan C. JOERDEN), 2. Baskı, J.B. Metzler, Stuttgart 2021, s. 176-187.
- JESTAEDT, Matthias: *Das Mag in der Theorie richtig sein...*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- KANT, Immanuel: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, (Ed.: Otfried HÖFFE), Akademie, Berlin 1999 (Türkçesi: KANT, Immanuel: *Ahlakın Metafiziği: Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*, Çev.: Altan HEPER, Fol, İstanbul 2022).
- KAUFMANN, Arthur: “Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatığı”, Çev.: Hayrettin ÖKÇESİZ, *HFSA*, C. 1, 1993, s. 7-26.
- KAUFMANN, Arthur / HASSEMER, Winfried: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Müller, Heidelberg 1977.
- KAUFMANN, Matthias: “Rechtsphilosophie und Rechtstheorie”, *Handbuch Rechtsphilosophie* içinde, Ed.: E. HILGENDORF, 2. Baskı, J.B. Metzler, Berlin 2021, s. 84-91.
- KELSEN, Hans: “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, Çev.: Kasım AKBAŞ, *HFSA* 15, 2006, s. 56-63.
- KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*, (Ed.: Matthias Jestaedt), Mohr Siebeck, Tübingen 2008 (Türkçesi: KELSEN, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, Çev.: Ertuğrul UZUN, Nora, İstanbul 2016)
- KIRSTE, Stephan: *Rechtsphilosophie*, 2. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2020.

- KLATT, Matthias: “Contemporary Legal Philosophy in Germany, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, C. 93, S. 4, 2007, s. 519-539.
- KLATT, Matthias: “Integrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law”, *Ratio Juris*, C. 33, S. 4, 2020, s. 380-398.
- KOCH, Hans-Joachim / RÜßMANN, Helmut: *Juristische Begründungslehre*, Beck, München 1982.
- KÜNNÜCKE, Arndt: “Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem Historischen Kontext - Mehr als nur eine Rechtsphilosophie Randnotiz?”, *Rechtsphilosophie Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, S. 1, 2015, s. 84-105.
- LUHMANN, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin 1993.
- MAHLMANN, Matthias: *Rechtsphilosophie und Rechtslehre*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2015.
- MERKEL, Adolf: “Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ‚positiven‘ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teile derselben”, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts* içinde De Gruyter, C. 1, Berlin 2019, s. 291-323.
- MERKEL, Adolf: “Elemente der allgemeinen Rechtslehre”, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts* içinde De Gruyter, C. 2, Berlin 2019, s. 577-647.
- NEUMANN, Ulfrid: *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1986.
- NEUMANN, Ulfrid: “Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945”, *Recht als Struktur und Argumentation* içinde Nomos, Baden-Baden 2008, s. 257-293.
- PETERS, Francis E.: *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü*, Çev.: Hakkı HÜNLER, Paradigma, İstanbul 2004.
- REIMER, Philipp: *Rechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden 2022.
- RÜTHERS, Bernd / FISCHER, Christian / BIRK, Axel: *Hukuk Teorisi*, Çev: İlyas DOĞAN, Rukiye ALBUDAK, Huri Eyman AYDIN, Astana, Ankara 2020.
- SAUER, Heiko: “Juristische Methodenlehre”, *Grundlagen des Rechts* içinde (Der.: Julian KRÜPER), 2. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2013, s. 199-221.
- SOMLÓ, Felix: *Juristische Grundlehre*, Felix Meiner, Leipzig 1917.
- STEINMÜLLER, Wilhelm: *EDV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik*, Schweitzer, Berlin 1970.
- WASSERMANN, Rudolf: *Alternativkommentare zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2 Bände, Luchterhand, Neuwied 1984.
- WEINBERGER, Ota: *Rechtslogik*, Springer, Wien u.a. 1970.
- VESTING, Thomas: *Rechtstheorie*, 2. Baskı, C.H. Beck, München 2015.
- VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1953.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar: “Was ist und wozu Rechtsphilosophie?”, *Juristen Zeitung*, C. 59, S. 4, 2004, s. 157-166.

# Yapay Zekâ Etiğine İnsan Temelli Yaklaşımın Bir Eleştirisi

Egemen Bahadır DUMLUDAĞ<sup>1</sup>

## Özet

Yapay zekâ alanındaki teknolojik ilerlemeler hukukun ortaya çıkmakta olan bu yeni alanda düzenlemeler getirmesi konusunda gereklilikler doğururken bu düzenlemeler yapılırken etik de bir kaynak olarak karşımıza çıkacaktır. Yapay zekâ etiğine insan temelli yaklaşım literatürde, yapay zekâ etiği üzerine etik düşüncenin merkezinde insan refahı ve sorumluluğuna vurgu yapan ve henüz yapay zekânın etik olarak sorumlu olamayacağı düşüncesini temel alan bir yaklaşımdır. İşbu çalışma kapsamında (1) bu yaklaşıma karşı, hem yapay zekânın ve insanın etik düşünce şeklindeki benzerlikler ve yaklaşım içerisindeki bazı tutarsızlıkları ortaya koyarak bir eleştiri getirmeye çalışılacak, (2) yapay zekâ kullanan araçların ne zaman araç, ne zaman etik süje yahut hukukî sorumlu olarak değerlendirilebileceği tartışılacak, (3) etik süje rolünün hukukî sorumluluğa muhtemel etkisine değinilecek, ve (4) Julia Kristeva'nın *abjection* kavramı üzerinden eleştirilen makaledeki tutarsızlıkların nedeni sorgulanacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** yapay zekâ, etik, sorumluluk, *abjection*

Yapay zekâ kavramı yeni bir kavram olmamakla birlikte yıllar içerisinde farklı tanımları kapsar bir şekilde kendisine literatürde yer buldu. Buna karşın, son zamanlarda özellikle makine öğrenmesi alanındaki gelişmelerle birlikte yapay zekâ ve makine öğrenmesi kavramları neredeyse birbirlerinin yerine kullanılır durumdadır. Bu güncel gelişmeler ışığında yapay zekâ konusu literatürde ve yasama çalışmalarında daha yoğun “kaygı konusu” haline gelmiş durumdur.

Yapay zekâ konusundaki bu ilerlemelerle birlikte gündeme gelen sorulardan birisi yapay zekânın etik süje olarak rolü, bu etik alanında soyut bir tartışma olmaktan öte hukukî sorumluluğa da etki edebilecek somut bir sorunu temsil ediyor. Bu kapsamda ortaya atılan fikirlerden birisi ise “yapay zekâ etiğine insan temelli yaklaşım”. Bu yaklaşımın temel tezi yapay zekâ sistemlerinin henüz etik süje rolünü haiz olmadıkları ve etik sorumluluğun incelenmesinde insan odaklı hareket edilmesi gerekliliği.

1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi  
E-posta: egemen1109@gmail.com



*The Oxford Handbook of Ethics of AI* kitabında kendisine yer bulan “insan temelli yaklaşım” tezi yukarıda bahsedilen araştırma kaygısının bir ürünü olarak yapay zekânın etik süje olarak bir rolü olamayacağını iddia ederken zaman zaman çeşitli tutarsızlıklar içeren iddialar öne sürüyor. Bu makalede ilgili kitapta yer alan “İnsan Temelli Yaklaşım” makalesi eleştiriye konu edilecek ve bu kapsamda, (1) ilgili makalenin içerdiği tutarsızlıklar ortaya koyularak öne sürülen tez, (2) yapay zekâ sistemlerinin ne zaman sorumlu ve ne zaman yalnızca birer araç olarak nitelenebileceği, ve (3) etik süje rolünün hukukî sorumluluğa etkisi tartışılacak, bunlardan sonra ise kısaca (4) Julia Kristeva’nın *abjection* kavramı üzerinden yapay zekânın etik sorumluluğuna ilişkin bu yaklaşımların nedeni sorgulanacaktır.

“A Human-Centered Approach to AI Ethics” makalesinde anlatıldığı üzere yapay zekâ etiğine insan temelli yaklaşımın iki temel ögesi mevcuttur: (1) insan refahına vurgu, (2) insan sorumluluğuna vurgu<sup>2</sup>. Makaleye göre insan refahına vurgu “Robotlar acıyı

hissedebilirler mi?”, “Robotlar acı çekebilirler mi?” gibi sorularla mücadele eden yaklaşımlara ters düşer<sup>3</sup>. Benzer şekilde insan sorumluluğuna vurgu ise “Mücrim robotları cezalandırabilir miyiz?”, “Bazı makinelere vatandaşlık, işçi hakları, ‘insan’ hakları tanıyabilir miyiz?” gibi sorularla ilgilenen yaklaşımlarla ters düşer<sup>4</sup>. Yazara göre insan temelli yaklaşım bu sorulara yalnızca “hayır” cevabı vermekle kalmaz, aynı zamanda onları “küstah” olarak nitelendirir, hatta gerçek etik sorunlardan bizi uzaklaştıran dikkat dağıtıcılar olarak<sup>5</sup>.

Yaklaşım, bu iki vurgunun yanında iddialarına deflasyonist görüş ile başlıyor, makaleye göre bu görüş şu şekilde tanımlanıyor: Güncel olarak var olan hiçbir robot yahut yapay zekâ (YZ) sistemi etik olarak sorumlu olamaz, yahut kendisine yönelik etik sorumluluğumuz olacak neviden bir şey olamaz<sup>6</sup>. Yazarın kendisi de bunu argümandan yoksun bir şekilde ortaya attığını kabul etmektedir ve buna rağmen deflasyonist görüşün daha güncel ve somut sorunlara odaklanma yolunu açtığını savunmaktadır<sup>7</sup>. Bu kapsamda “Etik

2 Ron CHRISLEY, “A Human-Centered Approach to AI Ethics: A Perspective from Cognitive Science”, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* içinde, Derleyen: Markus D. DUBBER *et al.*, Oxford UP, New York, 2020, s. 464.

3 CHRISLEY, 2020, s. 464.

4 CHRISLEY, 2020, s. 465.

5 CHRISLEY, 2020, s. 465.

6 CHRISLEY, 2020, s. 465.

7 CHRISLEY, 2020, s. 465.



robotlar yapmaya çalışmayın, robotları etik olarak yapmaya çalışın.” sloganını benimsediğini söylemektedir<sup>8</sup>.

Yukarıda temelleri özetlenmeye çalışılan fikirlerle yola çıkan metnin kendisine başlangıç noktası olarak aldığı deflasyonist görüş onun eleştirisinin de en önemli sütunlarından. John P. Sullins’in “When Is a Robot a Moral Agent?” makalesinde yapay zekâ sistemlerinin birer *agent* olabilmesi için gereken koşullara ilişkin dört farklı görüşe yer veriliyor, yazar bu makaleyi de örnek vererek deflasyonist görüşü kapsamında bu şartların hiçbirinin öngörülebilir gelecekte gerçekleşmeyeceğini düşündüğünü beyan ediyor<sup>9</sup>.

Sullins dört farklı görüşle birlikte üç sorunun önemli olduğunu belirtiyor<sup>10</sup>:

- Robot önemli ölçüde otonom mu?
- Robotun davranışları kastî mi?
- Robot sorumlu olduğu bir pozisyonda mı?

Sullins için bunlar daha önceden belirttiği dört görüşten sonuncusu olan pragmatik soyutlama düzeylerinden

uygun olan biri kapsamında incelenmeli. Pragmatik soyutlanma düzeyleri önemli bir eleştiri noktasına parmak basıyor: yeterince düşük bir soyutlanma düzeyinde insanlar da mekanizmadır, ancak doğru soyutlanma düzeyleri pragmatik olarak anlamlı incelemeler sağlayacaktır<sup>11</sup>.

Yazar Sullins’e atf verip bu şartlar her ne kadar doğru olabilirse de bunlar yakın zamanda gerçekleşmemiş olacaktır demekle Sullins’in üç sorusuna birden “evet” diyemeyeceğimiz iddiasını ortaya atmış oluyor.

Otonomi sorusuyla ilgili Sullins’in düşüncelerini özetlemek gerekirse ilk gündeme gelen, bir robotun programcılarından, operatörlerinden ve kullanıcılarından yeterince bağımsız kabul edilip edilemeyeceği sorusu<sup>12</sup>. Sullins’e göre felsefî özerklik kavramı karmaşık olsa da, yazar özerkliği “teknik” anlamında, yani robotun herhangi bir haricî aracı veya kullanıcı tarafından doğrudan kontrol edilmediği anlamında kullanıyor<sup>13</sup>.

8 CHRISLEY, 2020, s. 473.

9 CHRISLEY, 2020, s. 465^3.

10 John P. SULLINS, “When Is a Robot a Moral Agent?”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 6, No. 12, 2006, s. 28.

11 SULLINS, 2006, s. 28.

12 SULLINS, 2006, s. 28.

13 SULLINS, 2006, s. 28.

Kasıtlılık, yahut niyetlilik sorusu için ise Sullins davranışın halk nezdindeki kötülük veya iyiliğe eğilim yahut “niyet” gibi psikolojik kavramlara başvurularak açıklanması gerekiyorsa soruya olumlu yanıt verilebileceğini söylüyor<sup>14</sup>. Ona göre tek gereken *agent*ların etkileşimleri düzeyinde kıyaslanabilir ölçüde kişisel bir niyetlilik ve özgür irade olması<sup>15</sup>.

Sullins’in son sorusu olan “sorumluluk” ise meselenin karmaşıklaştığı ve eleştirilerin doğduğu bir nokta. Yine de bu çalışma Sullins’in makalesindeki şartları eleştirmeye genişlemiyor, yalnızca insan temelli yaklaşım içerisindeki tutarsızlıkları gözlemleme çabasını kapsıyor. Sullins’e göre son şart, robot diğer *moral agent*lara karşı bir sorumluluğu olduğu şekilde davranıldığında gerçekleşmiş oluyor<sup>16</sup>. Eğer robot bu şekilde davranıyorsa ve bazı verilmiş sorumluluklarla bir sosyal rolü üstleniyorsa ve bu davranışı anlamamızın tek yolu bu hastalarla ilgilenmesi görevine sahip olduğu inancı ise o halde bu makinenin bir *moral agent* olduğu sonucuna varılabilir<sup>17</sup>. Sullins bu inancın gerçek bir inanç olması gerekmediğini sadece görünürde olması

gerektiğini vurguluyor; makinenin bir bilinç, örneğin bir ruh, zihin ya da insanın özel olduğuna sebep kabul edilir şeylerin hiçbirine iddiası olmayabilir, bu inançlar sadece makinenin ahlâki çıkmazlarında ona yol göstermelidir<sup>18</sup>.

Bir örnek olarak yaşlıların bakımını üstlenen robotik bakıcılar ele alındığında Sullins’e göre bir hemşire kesinlikle bir *moral agent* iken bir makinenin aynı statüyü elde etmesi için yukarıdaki gibi otonom, niyetli hareket eden ve kendisinin yer aldığı sağlık sisteminin bakımla yükümlü olduğu hastalara karşı rolünü anlayan bir sistem olması gerekir<sup>19</sup>.

Hem insan temelli yaklaşım hem Sullins için tutarsızlık noktası bu üç soruda da mevcut. Mevcut YZ sistemleri için ilk soru kapsamındaki otonomluğun sağlanması oldukça basit, YZ sistemleri bir operatör olmadan karar alma kabiliyetine sahipler. Kaldı ki bu otonomluk çok daha basit sistemler için bile mümkün: bir evdeki duman sensörü bile bir kullanıcıdan bağımsız olarak duman tespit ettiğinde bağırma-ya mukabil. Hatta güncel LLM (*large language model, büyük dil modeli*) modellerinin bir kısmında sorun belki

14 SULLINS, 2006, s. 28.

15 SULLINS, 2006, s. 28.

16 SULLINS, 2006, s. 28.

17 SULLINS, 2006, s. 28.

18 SULLINS, 2006, s. 29.

19 SULLINS, 2006, s. 29.

de onları otonom kılmaktan değil onları daha az otonom kılmaktan doğuyor.

Kasıtlılık sorusu biraz çetrefilli; zira Sullins'in kendisi çok detaylı açıklamadığı gibi güçlü bir şekilde ispatı gerekmediğini de savunuyor. Sullins'e göre makinenin davranışları çevresiy-le uyumlu, ahlâki olarak zararlı yahut faydalı ve niyetli ve hesaplanmış görü-lüyorsa makine niyetli değerlendirilebilir<sup>20</sup>. Bu noktada Sullins'in tartışma-ya davet ettiği pragmatik soyutlanma düzeylerini gündeme getirmek müm-kün. İnsanlar için de birçok davranış psikolojik ceza ve ödül kavramlarıyla ilişkili, toplum nezdinde makbul va-tandaş olmanın faydalarının çekiciliği gibi. Kaldı ki Sullins de sorunun insan-lar için de zor olduğunu söylüyordu. O halde genetik algoritmalar ile tasar-lanmış ve çevresinde insan öldüğünde negatif ödül alan bir satranç robotunun satrançta hesaplayarak hamle yapması onun için bu şartı sağlayacaktır, yani mevcut kabiliyetler dahilinde bu şartı da sağlamak mümkün görünüyor.

Son soru için ise Sullins'in yaşlı hastalara bakan robot örneği üzerinden gitmek mümkün. Sullins robotun sağ-lık sisteminin rolünü anlaması gerekti-ğini öne sürüyor. Açıkçası “anlamak” ile neyi kastettiğini anlamak mümkün değil. Bir insanın bu sağlık sisteminin rolüne yönelik anlayışını nasıl ifade edebileceğimiz de tartışılır. Anlamak

epistemolojik yük üstlenen bir eylem ise “bilgi nedir?” sorusunun bile tartışıldığı bir literatürde böyle bir cümle ortaya atmak koca bir belirsizlik kapısı aralıyor.

“Anlama”ya yönelik anlama zor-luklarına rağmen sağlık sisteminin rolünün insanları iyileştirmek olduğu ka-bulüyle hareket edersek, ki buna dahi siyaset bilimi çerçevesinden eleştiriler getirmek mümkün olacaktır, robotun tek “bilmesi” gereken hastaların iyi-leşmesinin gerektiği. “İyileşmek” ke-limesini bir robota anlatmak oldukça güç bir sorun gibi görünebilir, hatta ya-pay zekâ literatürünün gölgede kalmış güvenlik alanındaki “alignment” prob-lemeleri de buna benzer sorunlarla ilgi-lenmektedir. Nasıl ki insanlar zaman zaman “iyi olmak” ne demek sorgu-lamaktaysa, bu kavramları bir sisteme anlatmak da aynı şekilde güç. Yine de elimizdeki teknoloji ile bir sürü sağ-lık-lı insanı bir sisteme gösterip olması ge-rekene dair bir fikir elde etmesini sağ-layabiliriz, zira bu aslında bir köpek ile bir kediyi ayırt etmekten pek farklı bir sorun değil, günün sonunda bir iki resim arasındaki farkları bulma oyunu. Bunu yeterli bulmadığımız noktada bir insanın da sağlık sisteminin rolü-nü anlamaktaki güçlükleri yine Sullins ve insan temelli yaklaşıma karşı tezler olarak gündeme geliyor.

20 SULLINS, 2006, s. 28.

Deflasyonist görüşle birlikte YZ'nin sorumlu olması göz ardı edilirken insan temelli yaklaşım aynı zamanda YZ'nin etik bakımdan kaygı konusu olması sorusunu da küstah bulunuyordu. Oysa makalenin hayır cevabını vermekle yetinmediği “Robotlar acı hissedebilir mi?” sorusu küstah niteliğinden öte, “evet” yanıtını da haiz olabilir. Makalenin bu konuda sunduğu hiçbir net iddia olmamakla birlikte acının mekanizmasının makalede değerlendirilmediği görülebilir. Öyle ki “acı”nın tanımında eğer bilişsellikten bağımsız tanımlar kullanılırsa YZ sistemlerinin bir kısmının geliştirilmesinde kullanılan negatif ödül sistemlerinin primitif acı mekanizmalarına benzediği tartışılabilir.

“Evolution of Mechanisms and Behaviour Important for Pain” makalesinde “acının en nüfuzlu tanımı kendimizdeki dışındaki tüm türleri göz ardı eder” şeklinde ifade edilen sorun insan temelli yaklaşımı da sarmış durumdadır<sup>21</sup>. Buna çözüm olarak Robert W. Elwood, acıyı öznel yerine fonksiyonel özellikleri üzerinden tanımlamayı önermektedir<sup>22</sup>. Durum bu olduğunda

yukarıda belirtildiği şekilde negatif ödül sistemleri istenilen sonuçların alınması adına konulmuş öğrenme mekanizmaları olarak acının evrimsel rolüne benzer bir rol üstlenmektedir; zira Elwood’un da belirttiği üzere acı hayatta kalma ihtimalini güçlendiren bir fonksiyondadır<sup>23</sup>. O halde robotların acı çekemeyeceği ifadesi havada bırakılmıştır.

Makale kendi tezlerini havada bırakarak ilerleyerek insan temelli yaklaşımın uygulanabileceği örneklerle geçerken bir askeri robot örneği üzerinde yoğunlaşıyor: Bu R robotu, A ve B köprülerinin olduğu bir savaş bölgesinde H insanı kontrolü altında çalışıyor<sup>24</sup>. R, A ve B köprülerinin olduğu bölgede devriye gezmesi için H tarafından harekete geçirilebiliyor ve R’nin kabiliyetleri arasında köprüyü patlatmak da mevcut<sup>25</sup>. Yazara göre bu durumda köprüyü yıkmak etik olarak iyi; zira bu masumları saldırıdan koruyacak; fakat köprünün üzerinde medikal malzemelerin de olduğu mini hastaneler olduğu durumlar hariç<sup>26</sup>. Buna uygun şekilde R, H ile irtibata geçemediği durumlarda dahi üzerinde

21 Edgar T. WALTERS ve Amanda C. de C. WILLIAMS, “Evolution of Mechanisms and Behaviour Important for Pain”, *Phil. Trans. R. Soc. B*, 2019, 374:20190275, s. 2.

22 WALTERS ve WILLIAMS, 2019, s. 2.

23 Robert W. ELWOOD, “Discrimination Between Nociceptive Reflexes and More Complex Responses Consistent With Pain in Crustaceans”, *Phil. Trans. R. Soc. B*, 2019, 374:20190368, s. 3.

24 CHRISLEY, 2020, s. 471.

25 CHRISLEY, 2020, s. 471.

26 CHRISLEY, 2020, s. 471.

hastane yoksa köprüleri patlatacak şekilde tasarlanmış<sup>27</sup>.

H'nin R'yi harekete geçirdiği sırada H büyük olasılıkla B üzerinde bir hastane olduğuna, ancak A üzerinde bir hastane olmadığına inanıyor<sup>28</sup>. A'ya giden yol sırasında B'nin yanından geçen R, kameralarıyla B üzerinde bir hastane olmadığı kanısına varıyor ve B'yi patlatıyor<sup>29</sup>. Ancak, R'nin edinmiş olduğu bilgi yanlış ve B üzerinde bir hastane mevcut<sup>30</sup>. Makale, bu süreç üzerinden insan temelli yaklaşımın pratiğe dökülebilmesi için hem çıkarımsal hem de robot tasarımına yönelik iki çözüm öneriyor<sup>31</sup>. Oysa buradaki temel sorun şu ki çalışan robot bir yapay zekâ sistemi olmakla birlikte karar alan bir yapay zekâ sistemi değil. Yapay zekâya yönelik dört temel görüş “insanlar gibi düşünen sistemler”, “rasyonel düşünen sistemler”, “insanlar gibi davranan sistemler”, ve “rasyonel davranan sistemler” olarak basitleştirilebilirler<sup>32</sup>. Bu tanımlardan insanlar gibi davranan sistemler klasik Turing testi gibi ölçeklerle incelenebilirse de bu tanım yapay zekâ kavramını oldukça muğlak kılıyor. İnsanlar hesap yapabiliyorsa insanlar gibi hesap yapabilen bir hesap makinesine yapay zekâ

demek pragmatik bir tanımlama olmayacaktır. Yalnızca bir “eğer” sorusuna göre hareket eden bir sisteme etik süje demek zor olacağı gibi yapay zekâ demek de zor olacaktır.

Tanımsal farklılıklara karşın, ki bu dört temel görüş dışında yapay zekâ kavramına yönelik çok daha fazla tanım bulmak elbet mümkün olacaktır, robot bakımından bir yapay zekâ nitelmesi yapılabilirse o da hastanenin varlığının tespiti nezdinde olabilecektir. Tabii, eğer insan temelli yaklaşım transistörlere ve hatta hayvan hücrelerinin hücre duvarına zekâ deme iddiasında değilse; zira köprüünün patlatılması işi basit bir “eğer” sorusuna dayalıdır: “eğer hastane varsa/yoksa”. H'nin sorumluluğunun tespiti de rusuleti benzeri bir biçimdedir. Robotun hastaneyi yanlış tespit ettiği olasılığını gözetenerek hareket eden H, bu olasılığın şiddetine göre “olası kast” gibi kurumlarla değerlendirilecektir; ancak epistemolojik olarak H'nin elindeki tek veri oynadığı kumardaki yanlış pozitif ve yanlış negatif olasılıklarıdır. Oysa deflasyonist görüşle yok sayılan robotik beceriler daha karmaşık karar alma mekanizmalarına da izin verir niteliktedir. Otonom, kastî hareket eden,

27 CHRISLEY, 2020, s. 471.

28 CHRISLEY, 2020, s. 472.

29 CHRISLEY, 2020, s. 472.

30 CHRISLEY, 2020, s. 472.

31 CHRISLEY, 2020, s. 472.

32 Stuart J. RUSSELL ve Peter NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, s. 5.

ve sorumlu olan bir robot tasarlamak ve buna karar aldirmek mümkün, en azından teknik olarak mümkün, öyleyse deflasyonist görüşü ayakta tutmak mümkün değil. Bu, insan temelli yaklaşımın terk edilmesi gerektiğine işaret etmiyor, yahut gerçekten yapay zekâ ile çalışan robotlara ihtiyacımız olduğuna. Yapılabilecek tek çıkarım insan temelli yaklaşımın temellerinin sağlam olmadığı, doğruluğu ya da yanlışlığını tartışmak kapsam dışı olacaktır.

Yapay zekâ sistemlerinin etik sorumluluğunun tartışılmasının hukuk bakımından önemi ise etik sorumluluğun hukukî sorumluluğa etkisi bağlamında doğuyor. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” makalesinde ahlâki kurallar ve prensiplerin hukuka etkisini faydacıların kabulünden şu şekilde bahsediyor:

“Öncelikle, onlar asla tarihsel bir gerçek olarak hukukî sistemlerin ahlâki görüşlerden etkilendiğini ve tersi olarak ahlâki standartların hukuktan çokça etkilendiğini ve böylece çoğu hukuk kuralının ahlâki kural ve prensiplerin ayırtması olduğunu inkâr etmediler.”<sup>33</sup>

Hatta Alberto Bondolfi ve Jason Nye bundan bir adım daha ileri giderek etikçilerin yasamadaki rolünü de tartışma konusu yapıyor<sup>34</sup>.

Güncel hukuk düzleminde yasaların gerekçelerinin dönemin algısına göre değiştiğini gözlemek mümkündür. 12 Mayıs 2003 tarihli ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı Türk Ceza Kanunu tasarısının gerekçesinde de bu gözlemlenebilir. Tasarımın 139. maddesi “günümüzde bu konuda XIX. yüzyılın görüşleri değişmiştir” diyerek bunu ortaya koymaktadır.

Özellikle bir felsefe alanı olarak etik tartışılırken etik ve ahlâkın ayrımının yapılması gerekecektir. Etik bir felsefi bilgi alanı iken, ahlâk belirli bir insanın karşılaştığı belirli bir durumda ne yapılması gerektiğiyle ilgilenir. Yine de burada farkında olmak gerekir ki “Doğru eylem nedir?” yahut “Yapay zekâ etik süje midir?” gibi etiğe dayalı felsefi sorular ahlâki tartışmalara da etki edecek ve böylece hukukun da alanına sızmaya imkân bulacaktır. Kaldı ki, konuyla ilgili tartışmalarda Joanna Y. Bryson gibi bazı yazarlar etik tartışmada YZ’nin süje olarak rolünü, ahlâki süjeyi toplum tarafından sorumlu tutulan şeyler olarak tanımlayarak yalnızca toplumsal olarak değerlendirmeye de yönelmişlerdir.<sup>35</sup>

Yapay zekânın ilerlemesiyle hukukî sorumluluk tartışmaları da onu takip eder hâlde. Avrupa Konseyinin

33 H. L. A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, Şub. 1958, s. 598.

34 Alberto BONDOLFI ve Jason NYE, “Ethics, Law and Legislation: The Institutionalisation of Moral Reflection”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 3, (Mar. 2000), No. 1, Justice in Philosophy and Social Science, s. 32.

35 Joanna J. BRYSON, “Patience is not a Virtue: The Design of Intelligent Systems and Systems of Ethics”, *Ethics and Information Technology*, Vol. 20, 2018, s. 16.

“A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework” isimli çalışması da bunlardan biri. Çalışma kapsamında YZ'nin özellikle hangi açılardan sorumluluk alanlarına etkili olduğu tartışılırken özellikle insan hakları perspektifine yoğunlaşıyor. Çalışma YZ'nin “sorumluluk bakımından önemli” özelliklerini, diğerlerini etkileyebilecek özellikleri olarak tanımlıyor<sup>36</sup>. Bu bakımdan tartışmanın henüz YZ'nin sorumluluğunu tartışma noktasına gelmediğini ve insan temelli yaklaşım ile paralel olduğunu söylemek mümkün.

Makalenin “logic-based ethical robot methodology” başlığı altında savunduğu, robotların yine makalenin ifadesiyle “explicit moral agent” olması<sup>37</sup> hukukî sorumluluk noktasında başka tartışmaların da önünü açıyor. Hukukî sorumluluk için ne tür bir *agency* gerektiği sorusunun da bu tartışmada yeri vardır<sup>38</sup>. Kaldı ki hukukî sistemlerde önemli kabul edilebilecek dört *agency*den biri de bu “explicit moral agent” denilen *agency* olarak karşımıza çıkmaktadır: (1) açık ahlâkî

*agentlik*, (2) örtülü ahlâkî *agentlik*, (3) açık epistemik *agentlik*, ve (4) örtük epistemik *agentlik*<sup>39</sup>.

Tüm bu tartışmalar sonrasında yapay zekâ için kesin bir sorumluluk atfı, yahut ona etik bir sùje statüsü vermek bu çalışmanın kapsamının dışında kaldığından bu tartışmalar bir noktada sonuçsuz görünmektedir. Açıkçası amaçlanan da bir noktada budur. Yeni bir “şey” için etik sùje rolünün insan temelli yaklaşımda olduğu gibi tutarsız argümanlarla ve bazı noktalar tartışılmadan bile bir kenara atılması etik bilgi alanını baltalamaktadır. Bu da bu çalışmayı sonucuna ve son yanıtlamaya çalıştığı soruya götürmektedir, “neden” sorusuna.

Yapay zekâyâ yaklaşıma belki de bu teknolojinin adıyla başlamak gerekir. Yapay zekâ bir zekâyı çağırıştırılmaktadır. İnsanın kendisine *homo sapiens* adını verişindeki kendi biricikliğini arayışına da bir tehdittir bu neredeyse. İnsan zeki olmakla kalmaz, insan aslında zeki insandır, diğer insanlardan da ayrı olarak. Yapay zekâ onun gibidir ve ondandır. Doğan reaksiyonları da belki de bu bağlamda incelemek gerekir.

36 Karen YEUNG, *A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility Within a Human Rights Framework*, DGI(2019)05, <https://Rm.Coe.Int/A-Study-Of-The-Implications-Of-Advanced-Digital-Technologies-Including/168096bdab>, 17.03.2023, s. 18.

37 CHRISLEY, 2020, s. 469.

38 Carlos MONTEMAYOR ve Enrique CÁ CERES, “Agency And Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations”, *Problema*, Num. 13, 2019, s. 102.

39 MONTEMAYOR ve CÁ CERES, 2019, s. 113.



Kristeva'nın *abject* kavramı içeriden ya da dışarıdan gelen fahiş bir tehdide yönelik bir histir, mümkün olanın, düşünülebilirin dışına atılmış anlamındadır<sup>40</sup>. *Abject* fırlatılmış obje olarak kişiyi anlamın çöktüğü yere çeker, bu yönüyle kişinin karşı durarak anlam kazandığı nesneden ayrılır<sup>41</sup>. *Abject*, bir hiç değildir yahut "ben" değildir, bir şeydir fakat onun bir şey olduğunu tanımayız<sup>42</sup>. Kristeva için yemeklere karşı duyulan iğrenmeyle gelen kusma *abjection* için çok temel bir örnek<sup>43</sup>. Yemek kişinin kendisi olmadığı halde kişinin arzusu olarak dışarı atıldığında kişi kendisini sürgün etmiş olur<sup>44</sup>. Tartışmanın kapsamında *abject* Kristeva'nın temel anlatısında olduğu üzere bireyin kendisinden attığı ve karşı da durmadığı, tanımadığı "şey"i ifade eder.

Yapay zekânın etik sorumlu olarak kabul edilmeyişi için bir tez, onun zeki insan için bir *abject* öge olması olabilir. Zeki insan için yapay zekâ onun biricikliğine bir tehdittir, hatta onun toplum içindeki rolüne de müdahil olan ve kısıtlı kaynaklar bakımından da ona rekabet yaratan, soyut olmanın yanında somut bir tehdittir. YZ, insandan ayrı olduğu gibi aynı zamanda yemek

gibi insanın arzu nesnesidir ve insanın kendi yaratısı ve benzeri olarak ondan çok derin bir parçanın zuhuru olarak vücut bulur. İnsan merkezli YZ etiği tartışmasının YZ'ye yönelik bazı sorulara "hayır" yanıtı vermekten öte bu soruları küstah kabul etmesi YZ'ye yönelik bu *abjection* hissinin bir tezahürü olabilir; zira bu değerlendirmeyiş onu bir "şey" olarak tanımaktan kaçınmak ve onu karşı durulan bir nesne olarak tanımlamadan ona karşı bir savunma duvarı örmektir. İnsan kendisini bilebilmek için, kendisinden olanı kendi dışına iterek bir sınır çizmeye çalışmaktadır.

"Füze, her an nerede olduğunu bilir. Bunu bilir çünkü nerede olmadığını bilir<sup>45</sup>." İnsan için de yapay zekânın etik rolünü anlama çabası bir yandan bugüne kadar kısıtlı şekilde elinde olmuş bir fırsatın tekrar değerlendirilmesidir. İnsan kendi etik sorumluluğunu da kendi etik sorumluluğunun ne olmadığını bilerek anlayabilir. Bu fırsatın değerlendirilmesi önemli olsa da YZ'ye yönelik eleştirilerin gerek *abjection* temelli, gerekse teknik anlamda YZ konusunda bilgi eksikliği sebebiyle zaman zaman temelsiz yahut tutarsız

40 Julia KRISTEVA, *Powers of Horror: An Essay on Abjection*, Çeviren: Leon S. ROUDIEZ, Columbia UP, New York, 1982, s. 1.

41 KRISTEVA, 1982, s. 2.

42 KRISTEVA, 1982, s. 2.

43 KRISTEVA, 1982, s. 2.

44 KRISTEVA, 1982, s. 3.

45 George GRILL, "GLCM Guidance System", *Association of Air Force Missileers Newsletter*, Vol. 5, No. 4, Ara. 1997, s. 5.

olması sonucu günün sonunda insanın kendisine yönelik bilgisinin de kirlenmesine neden olabilir. İnsan temelli yaklaşım pragmatik amaçlarla çıktığı yolda “etik robotlar yapmaya çalışmayın, robotları etik yapmaya çalışın”<sup>46</sup> sloganında haklı olsa bile gerekçelendirilmelerindeki hatalarla etik robotların nasıl yapılacağına dair sorunlara verdiği yanıtlarda eksik kalıyor. Kaldı ki bu ikisi birbirini dışlamak zorunda değil, etik robotları etik şekilde yapmak da mümkün olsa gerek.

Güncel yapay zekâ sistemlerinin kabiliyetleri gün geçtikçe artıyor, yani eleştiriye konu deflasyonist görüş adına bu “*abjection!*” itirazının *overruled* denilerek ertelendiği bir durumda bile çok yakın vakitlerde yapay zekâ için etik sorumluluk tartışmalarının tekrar açılması olası. İnsan temelli yaklaşımın karar alma süreçlerinde robotların rolünü tam olarak anlayamaması ise bir başka mesele. Yapay zekâ sistemleri halihazırda çoğunlukla karar alabilecek noktalara konumlandırılmıyorlar; ancak bu, konumlandırılmaları önünde teknolojik bir engel olduğu anlamına gelmiyor. Avrupa Komisyonunun 21 Nisan 2021 tarihli COM/2021/206 sayılı düzenleme önerisi “insan gözetimi” vurgusunu çok sık yaparak insandan özerk bir şekilde YZ kullanımını regüle etme kaygısını yansıtıyor. YZ’nin kara kutu yapısı içerisinde

üreten ve işletenlerin sorumlu tutulabilmesi için gözetim yükümlülükleri somut önem taşısa da etik sorumluluk düzleminde YZ’nin karar alabildiği durumlar daha iyi incelenmeli.

Eleştirilen makalede, natüralizmin kendimizi abartılmış robotlar olarak görmemize sebep olabileceği dile getirilmekte, bunun da ya etik *agency*nin robotlara genişletilmesine ya da hem insanlar hem robotlar için bir etik nihilizme sebep olabileceğine yönelik düşünceden bahsedildikten sonra, yazar tarafından bunun karşısında görüş alınmaktadır. Oysa insanın abartılmış bir robot olmasından anlamsız bir kaçınmaya gerek yoktur. İnsanın ahlâkî *agent* olması da Luciano Floridi ve J.W. Sanders’ın bahsettiği üzere belirli bir soyutlanma düzeyinde mümkündür sadece<sup>47</sup> ve derine indikçe amino asitler ve proteinlerin kimyasal reaksiyonlarından ibaret devasa bir fabrika olan insan vücudu sözcüğün tam anlamıyla bir “*robota*” olarak varlığını sürdürür, gerek Sisiphusyan bir yönde gerekse somut olarak hayatta kalmak için çabalayan bir evrim kevgirinin arttığı et yığını olarak; fakat asıl mesele insanın abartılmış bir robot olup olmadığı değil, asıl mesele bu sorulardan kaçınmanın pragmatik sonuçlarının çekiciliğine kapılmanın tehlikesi: insanın ne olduğunu bilmeye yönelik şansını kaybetmesi.

46 CHRISLEY, 2020, s. 473.

47 Luciano FLORIDI ve J. W. SANDERS, “On the Morality of Artifical Agents”, *Minds and Machine*, Vol. 14, 2004, s. 357.

## KAYNAKÇA

- BONDOLFI, Alberto ve Jason NYE, “Ethics, Law and Legislation: The Institutionalisation of Moral Reflection”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 3, No.1, Mar. 2000, Justice in Philosophy and Social Science, <https://www.jstor.org/stable/27504117>, Erişim Tarihi: 17.03.2023.
- BRYSON, Joanna J., “Patience is not a Virtue: The Design of Intelligent Systems and Systems of Ethics”, *Ethics and Information Technology*, Vol. 20, 2018, <https://doi.org/10.1007/s10676-018-9448-6>.
- CHRISLEY, Ron, “A Human-Centered Approach to AI Ethics: A Perspective from Cognitive Science”, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* içinde, Derleyen: Markus D. DUBBER *et al.*, Oxford UP, New York, 2020.
- ELWOOD, Robert W., “Discrimination Between Nociceptive Reflexes and More Complex Responses Consistent With Pain in Crustaceans”, *Phil. Trans. R. Soc. B*, 2019, 374:20190368, <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2019.0368>.
- FLORIDI, Luciano ve J. W. SANDERS, “On the Morality of Artificial Agents”, *Minds and Machine*, Vol. 14, 2004, <https://doi.org/10.1023/b:mind.0000035461.63578.9d>.
- GRILL, George, “GLCM Guidance System”, *Association of Air Force Missilers Newsletter*, Vol. 5, No. 4, Ara. 1997, <https://www.afmissileers.org/newsletters/NL1997/Dec97.pdf>, Erişim Tarihi: 17.03.2023.
- HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, Şub. 1958, <https://doi.org/10.2307/1338225>.
- KRISTEVA, Julia, *Powers of Horror: An Essay on Abjection*, Çeviren: Leon S. ROUDIEZ, Columbia UP, New York, 1982.
- MONTEMAYOR, Carlos ve Enrique CÁCERES, “Agency And Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations”, *Problema*, 2019, Num. 13, [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-43872019000100099&script=sci\\_arttext&lng=en](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-43872019000100099&script=sci_arttext&lng=en), Erişim Tarihi: 17.03.2023.
- RUSSELL, Stuart J. ve Peter NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, New Jersey, 1995.
- SULLINS, John P., “When Is a Robot a Moral Agent?”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 6, No. 12, 2006, <https://doi.org/10.29173/irie136>.
- WALTERS, Edgar T., ve Amanda C. de C. WILLIAMS, “Evolution of Mechanisms and Behaviour Important for Pain”, *Phil. Trans. R. Soc. B*, 2019, 374:20190275, <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2019.0275>.
- YEUNG, Karen, “A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility Within a Human Rights Framework”, *DGI(2019)05*, <https://rm.coe.int/a-study-of-the-implications-of-advanced-digital-technologies-including/168096bdba>, Erişim Tarihi: 17.03.2023.

# Devletin Kökenine Dair Teorilerde Artı Ürünün Yeri

Sedat ERÇİN<sup>1</sup>

## Özet

Günümüzde neredeyse hayatın her alanına müdahale edip düzenleyen ancak insanlık tarihi içindeki yeri görece çok kısa olan devletin ortaya çıkışına dair çeşitli yazarlarca farklı teoriler ortaya atılmıştır. Örneğin bu teorilerden biri, merkezine göçebe-yerleşik halklar çatışmasını alırken diğer bir teori sulamaya ilişkin tekniklerin geliştirilmesini devletin ortaya çıkışının kökenine koyar. Devletin kökenine dair teorilerin birbirinden çok farklı nedenlere dayanmasına rağmen hepsinin ortak yönlerinden biri, devletli toplumun esas niteliklerinden biri olan yönetici-yönetilen ayrımını destekleyebilecek bir artı ürün üretiminin elde edilmesidir. Zira üretim faaliyetlerine kısmi katılan veya hiç katılmayan yönetici tabakanın geçimi ve devlet aygıtının idame ettirilebilmesi bu artı ürüne bağlıdır. Yönetilen tabakanın yönetici tabakaya yönelik en önemli yükümlülüklerinden biri olan vergi yükümlülüğü de temelde elde edilen bu artı ürün ile yerine getirilir. Bu nedenle devletin ortaya çıkışına dair teorilerde artı ürünün oynadığı rolün ortaya konulması, artı ürün üretiminin devletten önce mümkün olup olmadığı, devlet yapılanmasına yol açmadan da artı ürünün üretilip üretilmeyeceği gibi sorular tebliğin temel konularını oluşturur. Devletin kökenine dair belli başlı teorilerden kısaca söz edildikten sonra artı ürünün bu teoriler içindeki yeri, devletin ortaya çıkışı ile artı ürün ilişkisinin

niteliği ve artı ürünün zorunlu olarak devlet oluşumuna yol açıp açmayacağına ilişkin değerlendirme ile hukukun bu bağlamdaki rolü tebliğin çerçevesini oluşturur.

**Anahtar Kelimeler:** devlet teorisi, devletin kökeni, artı ürün, erken devlet, tabakalaşma

## Devlet Nedir?

Tebliğe başlarken burada kullandığım temel kavramlara ilişkin bir tanım yapmam gerekiyor. Zira bu kavramlar kullanıldıkları bağlamlara göre oldukça farklı anlamlara gelebilir. Bu kavramlardan birincisi devlet. Bu sözcük yani devlet, Sümer şehir devletlerinden günümüzdeki modern devletlere kadar çok geniş çapta siyasi yapılar için kullanılmaktadır. Ancak ben burada söz konusu genişlikte bir devlet tanımından ziyade devletin doğum aşamasına tekabül eden erken devlet kavramsallaştırmasına başvuracağım ve bu tebliğ özelinde devlet sözcüğü ile kastedeceğim şey erken devletler olacaktır.

<sup>1</sup> Dr, Avukat, E-posta: sedatercin@gmail.com

## Erken Devlet Tanımı

Peki nedir bu erken devlet? Peter Skalnik ve Henri Claessen'in birçok bilim insanıyla birlikte dünyanın çeşitli kültür çevrelerinden geniş bir örneklemi temele alarak yürüttükleri çalışma neticesinde ulaştıkları tanıma<sup>2</sup> göre erken devlet:

*“karmaşık ve en az iki temel tabakaya ya da yeni yetme iki toplumsal sınıfa bölünmüş toplumda, aralarındaki ilişkileri, birisinin siyasal tahakkümünün, ötekisinin vergi-haraç yükümlülüklerinin nitelediği, temelde karşılıklılık ilkesine dayanan bir ortak ideoloji ile yasallık kazandırılan bir yönetenler bir de yönetilenler sınıfına bölünmüş tabakalı bir toplumda, toplumsal ilişkilerin düzenlenmesi için oluşmuş, merkezileşmiş bir sosyopolitik örgüttür.”*

Bu tanımın temel unsurlarına dikkat edecek olursak;

1. en azından iki temel tabakanın var olduğunu,
2. bunların arasındaki ilişkinin tahakküm, tabiiyet ve vergi haraç ilişkisi olduğunu,
3. karşılıklılık ilkesine dayanan ortak bir ideolojinin olduğunu ve meşruiyeti bu ideolojinin sağladığını,

4. merkezileşmiş olduğunu görüyoruz.

Erken devlet, devlet yapılanmasının tabiri caizse bebeklik aşamasına tekabül eder. Dolayısıyla modern devletler veya daha öncesindeki monarşiler ile karşılaştırıldığında kurumsallaşma açısından karmaşıklık seviyesi çok daha azdır. Erken devletler de kendi içinde emekleme aşamasında, tipik erken devlet ve gelişmiş devlete geçiş aşamasında erken devlet olarak üç ayrı tipe ayrılabilir.<sup>3</sup> Bu ayrım erken devletin kurumsallaşma derecesine göre yapılmıştır. Buna göre, emekleme aşamasında bir erken devlet henüz yeni ortaya çıkmış, bürokratik olarak oldukça temel bir kurumsallaşma seviyesinde olan ve ifadedeki tabire atıfla bebeklik aşamasında bir erken devlet için kullanılır. Emekleme aşamasındaki erken devletlerde gözlemlenen unsurlar; ticaret ve pazarların sınırlı öneme sahip olması, resmî görevlerin daha çok kalıtsallığa dayanması, toprak üzerinde özel mülkiyet istisnai olarak görülürken ortaklaşa mülkiyetin baskın olması, görevlilerin hizmetlerinin karşılığı olarak çeşitli mallar verilerek ödüllendirilmesi, yargısal sistemin kodifiye edilmiş bir suç ve cezaya dair normlar külliyatına sahip olmaması, vergilerin zorunlu hediyeler ve devlet için ara sıra zorunlu çalışma yükümlülüklerinden teşekkül etmesidir.<sup>4</sup> Bu tip, erken

2 Henri J. M. CLAESSEN, Peter SKALNİK, *Erken Devlet*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1993, s. 305.

3 CLAESSEN, SKALNİK, 1993, s. 32.

4 Henri J. M. CLAESSEN, “On Early States – Structures, Development and Fall”, *Social Evolution & History*, Uchitel Publishing, Vol. 9, No. 1, March 2010, s. 3-51, s. 12.

devletlerin şeffiklere en yakın türüdür ve bazı yazarlarca bunlar şeffik olarak adlandırılır.<sup>5</sup>

Tipik erken devletler ise ticaret ve pazarların yerel üstü seviyede geliştiği, kalıtsal görevlerin atama usulü ile dengelendiği, toprak üzerinde özel mülkiyetin hala sınırlı olduğu ancak devlet mülkiyetinin tedricen artış gösterdiği, ödül ya da yevmiye karşılığı çalışan görevlilerin yanı sıra maaşlı görevlilerin de görüldüğü, yasaların ve cezaların kodifikasyonunun başlangıç aşamasında olduğu, hem mal hem de hizmet şeklinde ödenen düzenli vergilerin görülmeye başlandığı devletlerdir.<sup>6</sup>

Geçiş aşamasında erken devletlerde ticaret ve pazarlar büyük önem kazanır, atama ile gelen ve maaşlı görevliler baskın hale gelir, toprak üzerinde özel mülkiyetin önemi artar ve yönetim aygıtı görece bağımsız bir siyasi güç olmaya doğru ilerler, yasaların ve cezaların kodifikasyonu tamamlanır ve yargının idaresi atanmış uzman yargıçlara tevdi edilir, vergilendirme sistemi oldukça gelişmiş bir hale bürünür.<sup>7</sup>

Yine bir başka sınıflandırma türü, erken devletin ortaya çıkış biçimine bağlı olarak birincil erken devlet ve ikincil erken devlet olabilir.<sup>8</sup> Bunlardan birincisinde erken devlet toplumun kendi iç dinamikleri ile ortaya çıkarken ikinci tipteki devletler komşu bir devletin baskısıyla veya ona karşı koyabilmek amacıyla yani dış dinamikler ile ortaya çıkar. Bunu şimdilik burada bırakıp artı ürünün ne demek olduğuna geçelim.

### Artı Ürün Nedir?

Genel olarak artı ürün veya İngilizce ifadesiyle *surplus*, bir toplumda geçim faaliyeti için gerekli olanın yani ihtiyacın üstünde üretilen ürünlerdir. Ancak bunu tarımsal veya hayvansal ürünlerden ibaret düşünmemek gerekir, örneğin artı emek de bu kapsamda düşünülmelidir. Dolayısıyla bir toplumun artı ürün üretme kapasitesine sahip olması tabakalaşma ihtimalini de ortaya çıkarır. Artı ürün üzerine söylenecek çok söz olsa da konuyu bu tebliğin sınırları kapsamında yani erken devletin kurulması özelindeki rolü ile sınırlı tutacağım.

5 Nikolay N. KRADİN, "Early State Theory and the Evolution of Pastoral Nomads", *Social Evolution & History*, Uchitel Publishing, Vol. 7, No. 1, March 2008, s. 107-130. s. 113-114.

6 CLAESSEN, 2010, s. 12.

7 CLAESSEN, 2010, s. 12.

8 Morton Herbert FRIED, *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*, Random House, New York 1967, s. 231-235.

Başlangıç toplumlarını (yani ilkel toplumları, bu ifadeyi tıpkı Cemal Bali Akal gibi<sup>9</sup> yerleşik pejoratif anlamı nedeniyle tercih etmiyorum) geçim biçimine göre avcı toplayıcı olan obalar ve hayvancılığı da içerecek genişlikte tarımsal faaliyet ile ilgilenen kabileler olarak ikiye ayırabiliriz. Avcı toplayıcı yaşam biçimi, yapısı gereği artı ürün üretimine çok açık değildir. Bu toplumlarda geleneksel bir iş bölümü vardır. Topluluğun bir bölümü, genelde yetişkin erkekler, avcılık faaliyeti ile kadınlar da doğada bulunan yemiş, kök ve meyveleri toplayarak günlük besin ihtiyaçlarını giderir. Bu yaşam biçiminde yaşanılan coğrafyaya göre bazen çok uzun sürelerde çok az miktarda besin elde edilebilir. Yine genellikle birlikte yürütülen avcılık faaliyetinde avlanan hayvanlar topluluk üyeleri arasında paylaşılır. Bu tür toplumlar karşılıklılık ilkesine dayalı ve birbirine bağımlı topluluklardır. Besin kaynakları üzerinde özel mülkiyet anlayışı yoktur. Besin saklama tekniklerinden de yoksun olan bu topluluklar bugün elde ettiklerine yarın muhtaç olabileceklerini bildiklerinden var olan besinleri paylaşır.

Kabileler de ister hayvancılık ister tarım ile uğraşsınlar, kol gücüne dayalı üretim yapar; sulama ve benzeri teknikleri genelde çok fazla kullanmazlar. Ancak bu topluluklar üretim faaliyeti-

tine başladıkları için artı ürün üretme kapasitesini de en azından potansiyel olarak bünyelerinde taşır. İnsanlık tarihinde buna ihtiyaç duymadan binlerce yıl boyunca sadece ihtiyaçları kadar üretim yapan çok sayıda başlangıç toplumu örneği vardır.

### Devletin Kökenine Dair Teoriler

O halde insanlık tarihindeki yeri görece çok yeni olan bu örgütün ortaya çıkış nedeni ne olabilir? Yaklaşık 2 milyon yıl boyunca başlangıç toplumları halinde yaşayan insanların tarihin belli bir kesitinden sonra devletler halinde yaşamalarına yol açan şeyler ne olabilir?

Devletin kökenine dair teorilerin bir kısmı çatışma teorileridir. İbn Haldun, göçebe çoban topluluklarının (bedevi) yerleşik tarımcıları (hadari) kalıcı bir şekilde fethetmesiyle devletin kurulduğunu öne sürer. Bedevi yaşam biçiminde toplumsal üretim, yaşamın idame ettirilmesi için gerekli olan şeylerin üretimi ile sınırlıdır. Bu insanlar temel ihtiyaçların ötesinde zenginlik elde etmeye başladıklarında yerleşik yaşama yönelirler. Lester Frank Ward, Albion W. Small, Ludwig Gumplowicz ve Franz Oppenheimer çatışma teorisi ekolündendir. Oppenheimer'ın fetih teorisine göre yerleşik tarımcıların üretim kapasitesinin gö-

9 Cemal Bali AKAL, *Yasa ve Kılıç*, Afa Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul Eylül 1991, s. 86.



çebe hayvancılığın kendilerini fethetmesi ile birleşmesi neticesinde devlet ortaya çıkar. Temel amaç da fethedilenlerin yenilen halkları ekonomik olarak sömürmesidir. Robert Carneiro, bu teorisinin Amerika'daki devlet oluşumunu açıklamadığını söyler. Yine eski dünyada da göçebe hayvancılığın devletlerin ortaya çıkışından sonra yapılmaya başladığını ekler. Elman Service fetih teorilerini eleştirir ve bunların tabakalaşmanın kökeni değil halihazırda meydana gelmiş olan tabakalaşmanın sonucu olduğunu söyler.

Örneğin, Carneiro'nun teorisine bakılacak olursa Carneiro devlet derken ülkesi içinde birçok topluluk barındıran, vergi toplama ve angarya yüklemeye gücüne sahip olan, yasa yapma uygulayan merkezi hükümlere sahip özerk siyasi birimleri ifade ettiğini belirtir. Yazar, diğer teorileri eleştirirken gönüllülük teorisinin temel önermelerinden biri olan tarımsal üretimin sonucundaki artı ürünün otomatik olarak oluşmadığını söyler. Devletin oluşumu için gerekli koşulların arasında savaşın yer aldığını ve bilinen bütün kültür bölgelerindeki devlet oluşumunda savaşın varlığına dair arkeolojik kanıtların var olduğunu öne sürer.<sup>10</sup>

Bu teorisinin ana hatlarından birini çevresel sınırlama koşulları oluşturur.

Carneiro, yükseklik, sıcaklık ve benzeri birçok yönden birbirinden ayrılan birtakım bölgeleri dikkate alır ve bunların hepsinin ortak yönünün sınırlanmış tarımsal alanlar olduğunu ileri sürer. Çevresel sınırlamaya tabi olmayan Amazon bölgesini karşı örnek olarak merkeze alır ve burada tarımsal üretim ve savaşın görülmesine rağmen devletin meydana çıkmadığını hatırlatır.

Ancak sınırlama teorisini sadece çevresel doğal faktörlerle değil kaynak yoğunlaşması ve toplumsal sınırlama ile de açıklar. Dolayısıyla çevresel sınırlamanın süreci başlatan değil hızlandıran faktör olduğunu 40 yıl sonra yazdığı makalede açıklığa kavuşturur.<sup>11</sup> Bunu da bir düdüklü tencere benzetmesi ile yapar. Sürecin temel bileşeni olarak da zorlamayı yani savaş gösterir. Ancak burada önceki kuramına bir ekleme yapar ve şeffiklerin kurulmasında etkili olan unsurun sürekli savaş durumunda edindiği yetkileri ve takipçileri kalıcı hale getiren savaş liderleri olduğunu söyleyerek iradeci bir yaklaşım sergiler. Carneiro'nun tezinde bu noktaya nedense tam olarak dikkat çekilmiyor ama bu teorisinin rasyonel sonucu, fethedilenlerle birlikte nüfusun geçimi için artı ürün üretiminin artırılması gerekliliğidir.

10 Robert L. CARNEIRO, "A Theory of the Origin of the State", *Science*, vol. 169, 1970, s. 733-738.

11 Robert L. CARNEIRO, "The Circumscription Theory: A Clarification, Amplification and Reformulation", *Social Evolution & History*, Vol. 11 No. 2, September 2012, s. 5-30.

Karl Wittfogel'in hidrolik hipotezi- ne göre dünyanın belirli kurak ve yarı kurak bölgelerinde yaşayan tarımcı köylerin tek başlarına küçük çaplı sulama yapmanın yerine birleşerek geniş çapta sulama organizasyonu oluşturacak bir siyasi birimi kurmayı daha rasyonel bulduğu söylenir. Hidrolik sistemi kullanan ve burada çalışan insan gücünü kontrol eden grubun toplumun geçim kaynakları üzerinde çok büyük bir denetim gücüne sahip olacağı belirtilir. Burada da tarımsal üretimin başlaması ve sulama sistemleri ile bu üretimin artırılması dolayısıyla da artı ürüne erişilmesi süreci söz konusudur.<sup>12</sup> Carneiro, Wittfogel'in teorisine örnek olarak gösterdiği Mezopotamya, Meksika ve Çin'deki arkeolojik çalışmaların devletlerin büyük çaplı sulama sistemlerinden çok önce var olduğunu ortaya koyduğunu belirtir.

Marksistlerin temel teorisi, kullanım için üretimin yerine geçen mübadele için üretim ekonomisinin doğduğu sınıf sistemi neticesinde devletin ortaya çıktığıdır. Üreticiler arasındaki farklar, şans ve benzeri kimi faktörler bazı kişilerin zenginleşmesine ve bu kişilerin nihayetinde üretim araçları üzerinde kontrolü sağlamasına yol açmıştır. Service bu teoriye karşılık, antropolojik bulguların bize erken devletlerde ve şefliklerde tabakalaşmanın siyasi gruplar yani yönetici ve

yönetilen arasında olduğunu; mülkiyet grupları arasında olmadığını gösterdiğini söyler.

### **Artı Ürün Üretimine Yol Açan Etmenler ve Gerekli Şartlar**

Artı ürün üretimi için her şeyden önce ihtiyaçtan fazlasını üretebilme kapasitesine sahip olmak gerekir. Bunun için de gerekli çevresel şartların yanı sıra artı ürün üretimine dair bilginin de var olması elzemdir. Çiftçilik, bahçecilik ve hayvancılık ile insanlar ihtiyaçlarından daha fazla üretme kapasitesine erişmişlerdir. Peki artı ürün üretimi muhakkak devlet oluşumuna yol açar mı? Hayır, bunun böyle olmadığını söyleyebiliriz. Zira erken devlet ve tabakalaşmamış başlangıç toplumu arasında tabakalı başlangıç toplumlarının yani şefliklerin var olduğu görülüyor. Bunlar erken devlet olarak adlandırılacak kurumsallık seviyesine ve ideolojik değişime sahip olmayan toplum tipleridir. Şeflikleri erken devletten ayırt eden şeyin ise Ronald Cohen'e atıfla bölünmeyi önleme kapasitesine sahip olmak olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapasiteyi, toplumun daha doğrusu siyasi iktidarın daha küçük bölümlere bölünmesini engelleyecek bazı kurumlara veya ideolojiye sahip olmak olarak düşünebiliriz. Bunu mutlak bir engelleme yeteneği olarak değil en azından teorik olarak bu yön-

12 Karl WITTFOGEL, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*, Yale University Press, Sixth Printing, Massachusetts March 1967, s, 11-72.

de bir eğilimi bulundurmak olarak ele almak gerekir.

### **Artı Ürünün Devlet Oluşumuna Yol Açmadığı Örnekler**

Kimi başlangıç toplumlarında artı ürüne yol açacak istisnai çevresel şartlar veyahut zaman zaman görülen üretim fazlalıklarına rağmen, tabakalı toplum yapısının devlet aşamasına erişmediği görülmektedir. Artı ürün üretimi tabakalı toplum yapısına yol açar; ancak bunun her zaman devlet yapılanması ile sonuçlanmadığını söylemek gerekir. Bu mutlak bir evrimsel çizgi şeklinde anlaşılmalıdır. Yani artı ürüne sahip toplumların eninde sonunda şeffikten devlete geçmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Örneğin, Kuzey Amerika'daki Kwakiutl halkı buna iyi bir örnektir. Bu halkın yaşadığı Kuzeybatı Amerika coğrafyası diğer su ürünleri açısından çok zengin olmasının yanı sıra somon balıklarının üremek üzere göç ettiği nehirleri de içerir. Bu nehirlerde akış yönünün tersine göç eden somon balıkları bu zamanlarda çok az eforla çok fazla balığın avlanabilmesine imkân verir. Burada elde edilen balıklar söz konusu halkın o anki ihtiyacından çok daha fazlasını elde etmesine yol açar. Dolayısıyla temelde avcı toplayıcı bir geçim biçimine sahip olan bu halk, söz konusu istisnai coğrafi şartlar neticesinde ta-

bakalı toplum yapısına sahip olmuştur ve şeffik toplumdur. Bu halkın söz konusu avcılık faaliyetinden elde ettiği artı ürün potlaç denilen bir nevi yeniden dağıtım mekanizmasını geliştirmesine yol açmıştır. Bu mekanizma şefflere ödenen vergisel yükümlülüklerin bir kısmının adeta bir onur yarışı şeklinde ve karşısındakinin muhakkak daha fazlasını içerecek bir ziyafet ve mal yok etme şeklinde tezahür eder. Diğer bir kısmı da şefin yardımcılara ve çeşitli uzmanlara ödeme yapmada yani yönetici tabakayı idame ettirmede kullanılır. Bu toplumda artı ürünün tahvil edildiği asıl değer saygınlıktır ve biriktirmeye yönelik güçlü bir negatif algı vardır. Kwakiutl toplumunda söz konusu artı ürünün yanı sıra bazı manevi değerleri de içeren şeyler ortak mülkiyetin konusudur ve kullanıcısı şeftir.<sup>13</sup>

Yine kısmen Şayen örneğinden burada bahsedebiliriz. Şayen toplumu normalde avcı toplayıcı obalardan oluşur ve kış sezonunda klasik bir tabakalaşmamış toplum yapısındadır. Ancak yaz aylarında sürüler halinde dolaşan bufaloları avlamak için bir araya gelirler ve farklı bir toplumsal yapı sergilerler. Oldukça detaylı görev sürelerine ve görev tanımlarına sahip bir tür reisler konseyi ve av polisliği görevi gören askeri birlikler oluştururlar. Ancak bu yapılar, kalıcı değildir ve av

13 Sedat ERÇİN, *Yargının Kökleri: Başlangıç Toplumlarında ve Erken Devlette Yargının Biçimlenişi*, Zoe Kitap, İstanbul 2022, s. 121-131.

sezonu biter bitmez eski hale dönerler. Burada avda elde edilen ürün topluluklar arasında paylaştırılır ve kalıcı bir tabakalaşmaya yol açmaz.<sup>14</sup>

Filipinlerde yaşayan Ifugao toplumunda da kalıcı tabakalaşmaya yol açmayan bir sistemi görüyoruz. Burada daha büyük pirinç tarlalarına sahip olup ailesinin tüketebileceğinden fazlasını üretebilen kişiler *kadanyang* denilen en üst dereceli saygınlık statüsüne sahip olurlar ve bu statüyü almalarının yolu da ürettikleri artı ürünü ziyafetler yoluyla topluma yeniden dağıtmaktır.<sup>15</sup>

Bütün bu örnekler, bir toplumun artı ürün üretme kapasitesine sahip olduğunda otomatik olarak devletleşme şeklinde bir sürece evrilmediğini, bunun için başka etmenlerin de gerektiğini gösterir. Artı ürün üretimi devleti doğuran bir unsur olmasa da devletin doğumu için muhakkak gerekli bir unsurdur. Dolayısıyla devletin doğuşu nedeninden ziyade devletin doğuşu için gerekli bir koşul olarak düşünülmelidir.

### Artı Ürün Özel Mülkiyet İlişkisi

Başlangıç toplumlarında özel mülkiyet anlayışı günümüzdeki anlamından biraz daha farklı bir bağlama sahiptir. Oba tipi topluluklarda özel

mülkiyet olarak ifade edebileceğimiz şey oldukça sınırlı bir biçimde kendini gösterir ve genellikle takı, silah ve benzeri kişisel birkaç aletten öteye gitmez. Bunlar üzerinde kişilerin tasarrufu da oldukça sınırlıdır. Çoğu zaman diğer topluluk üyelerinin bunları alması ve kullanması hiçbir sorun doğurmaz. Dolayısıyla tabakalaşmamış toplum tiplerinde geçim kaynakları üzerinde, kapsamı ve türü toplumdan topluma değişiklik gösterse de, ortak mülkiyet anlayışının yaygın olduğu görülür. Aile veya hısımlık grupları ve topluluklar av alanları, yemiş sahaları, su kaynakları gibi bölgeler üzerinde kontrol sağlar.

Artı ürün üretimine geçilmesi ile tabakalı toplum yapısının eş zamanlı olarak ortaya çıktığını ancak özel mülkiyet anlayışının kurumsallaşmasının ise zaman aldığını söylemek mümkündür. Elde edilen artı ürünün her toplumda değişiklik gösterebilen yeniden dağıtım mekanizmaları ile topluluk içinde veya topluluklar arası ticari ilişkiler şeklinde bölüştürüldüğünü ancak bu mekanizmaların kontrolünü elinde bulunduran şeflerin bu konularını saygınlık ve siyasi güce tahvil ettiklerini görürüz. Bu kademeli ve yavaş işleyen sürecin bazı toplumlar için bir noktada üretim kaynakları üzerinde kurumsal kontrolün arttırılmasına ve

14 ERÇİN, 2022, s. 110-119.

15 ERÇİN, 2022, s. 103-110.

buna koşturarak da erken devletin ve özel mülkiyetin gelişmesine yol açtığı anlaşılmaktadır.

Antropolojik verilere baktığımızda, artı ürünü ortaya çıkaran temel geçim faaliyetleri bağlamında özel mülkiyetin erken devlette dahi kademeli olarak ve süreç içerisinde ortaya çıktığını görüyoruz. Sümerler, Mısır, Çin, Hawaii, Ankole gibi ilksel erken devlet örneklerinde ilk olarak ortaklaşa veya aile mülkiyeti diyebileceğimiz formlar ön plandadır. Zamanla yöneticilerin mülkiyet bağlamında güç kazandığı saptanabilir. Dolayısıyla üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin gelişiminin erken devletin gelişmesi ile paralel bir şekilde olduğunu söyleyebiliriz.

### **Hukukun Bu Bağlamdaki Rolü**

Hukuk, tek bir tanıma sahip değildir. Her toplumun hukuku kendi bağlamında tanımlanabilir. Dolayısıyla bunların hepsini içine alacak hukukîlik çerçevesi üzerinden konuşmak daha isabetli olacaktır. Başlangıç toplumu hukukîliği, sosyallikten kolay kolay ayırtılamaz. Tabakalaşmamış başlangıç toplumlarındaki hukukîlik görünümü genellikle topluluğa karşı suçlar olarak nitelendirilebileceğimiz birtakım suçlarda kendisini daha net gösterir. Tabakalaşmamış başlangıç toplumlarında hukukîlik, toplumun en temel kurucu yasalarına aykırılıkla yahut toplumsal yaşamın devamını tehdit eden durumlarda açığa çıkar ve

aykırılığı ya da tehdidi, siyasi otorite niteliğini üstlenen görece eşitlikçi karar alma mekanizmaları aracılığıyla bertaraf etmeye çalışır. Dolayısıyla bu çok sınırlı alan dışındaki uyuşmazlıklar genelde taraflar arasında ya karşılıklı tavizler ile ya da bir hakem yahut arabulucu aracılığıyla çözümlenir. Çözümlemeyen uyuşmazlıklarda ise genelde kan davasına dönüşen kısas yoluyla giderim elde edilmeye çalışılır; bu çatışmalar uzayıp toplumsal yaşamın devamını tehdit eder hale geldiğinde ise yukarıda bahsedilen sınırlı alan içine girilir ve hukuk devreye girer.

Toplumda tabakalaşma görüldüğünde topluluğa karşı olarak sınıflandırdığımız bu suçlara yönetici tabakaya yönelik birtakım suçların da eklendiğini görürüz. Artık bir anlamıyla kutusallaşan ve kurucu yasa haline gelen yönetici tabakanın konumunu tehdit eden durumlar da yukarıda bahsedilen suçlar haline gelir ve bunların bertaraf edilip toplumsal düzenin devam ettirilmesi elzem hale gelir.

Erken devlet aşamasında ise artık yöneticiye karşı suçların bu bağlamda oldukça ön plana çıktığı ve yöneticinin üretim araçları üzerindeki kontrolünün de hukuk eliyle sağlaştığı, kurumsal yargı mekanizmalarının oluşturulduğu anlaşılır. Özel mülkiyet geliştiği de buna dair hukukî kuralların ve koruma-yargılama mekanizmalarının da ortaya çıktığı söylenebilir. Şeffikler ve sonrasına gelen erken devlette

yani tabakalı toplumda yöneticinin veyahut daha geniş anlamıyla yönetici tabakanın üretim araçları üzerindeki kontrolü ve artı ürünün dağıtım mekanizmasındaki rolü kutsallaşır ve siyasi iktidarın ideolojisi haline gelir. Bu ideoloji, toplumun kurucu yasası şekline büründüğünden buna karşı olabilecek herhangi bir hareket de toplumsal dengiyi veya düzeni bozacağından hukuk sahasına girer. Artık görece kurumsallaşmış olan ve yönetici tabakanın iradi müdahalelerine açık hale gelen hukuk ve yargı mekanizmaları da bu bağlamda görevini yerine getirir. Artı ürünün üretilmesi ve yeniden dağıtılması sözü edilen bu yapıyı karşılıklı olarak idame ettirir.

### Sonuç

Bütün bu bahsettiklerimi çok genel bir şekilde özetlemem gerekirse: Devletin ortaya çıkışına dair çeşitli teoriler vardır. Bunların hepsi teoridir; zira erken devleti her coğrafyada ortaya çıkaran şeyin ne olduğuna dair kesin bir bilimsel saptama yapılmamıştır. Ancak artı ürün üretimi devletin ortaya çıkması için gerekli koşullardan biridir. Zira artı ürün olmadan tabakalaşma görülmez. Dolayısıyla da yönetici tabakayı idame ettirecek bir artı ürün muhakkak gereklidir. Artı ürün üzerindeki kontrol, yönetici tabakanın kurumsallaşmasına yol açar ve bu da hukukî veçheden de benzer şekilde takip edilebilir. Elde edilen artı ürünün yeniden dağıtılmasına dair mekaniz-

malar, özel mülkiyet ile birlikte bunları korumaya dair kurallar hukuk içinde yer almaya başlar.

### KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bali, Yasa ve Kılıç, Afa Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul Eylül 1991.
- CARNEIRO, Robert L., “A Theory of the Origin of the State”, *Science*, vol. 169, 1970, s. 733-738.
- CARNEIRO, Robert L., “The Circumscription Theory: A Clarification, Amplification, and Reformulation”, *Social Evolution & History*, Vol. 11 No. 2, September 2012, s. 5–30.
- CLAESSEN, Henri J. M., SKALNIK, Peter, Erken Devlet (Çev. Alaeddin Şenel), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1993.
- CLAESSEN, Henri J. M., “On Early States – Structures, Development and Fall”, *Social Evolution & History*, Uchitel Publishing, Vol. 9, No. 1, March 2010, s. 3-51.
- ERÇİN, Sedat, Yargının Kökleri: Başlangıç Toplumlarında ve Erken Devlette Yargının Biçimlenişi, Zoe Kitap, İstanbul 2022.
- FRIED, Morton Herbert, The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology, Random House, New York 1967.
- KRADİN, Nikolay N., “Early State Theory and the Evolution of Pastoral Nomads”, *Social Evolution & History*, Uchitel Publishing, Vol. 7, No. 1, March 2008, s. 107-130.
- WITTFOGEL, Karl, Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power, Yale University Press, Sixth Printing, Massachusetts March 1967.

# Kadının Biyolojik Hallerinin Akıl Hastalıkları ile İlişkilendirilmesi

Gözde ERKİN<sup>1</sup>

## Özet

Kadının biyolojik hallerinin hukuk açısından değerlendirilmesi meselesi büyük önem arz eden hukuki sorunları oluşturmaktadır. Özellikle akıl hastalıkları ile mücadelede alınması gereken tedbirlerde ve mücadele edilirken salt kadın olmaktan kaynaklı bu hallerin kadınların suç işlemelerinde ne şekilde etkili olacağı ceza sorumluluğu açısından tartışma konusu olmaya yeni yeni başlamıştır. Tıp literatüründe PMS olarak adlandırılan fakat halk arasında adet öncesi sendrom olarak bilinen haller, adet görmeyle birlikte fiziksel değişikliklerle beraber ruhsal bozuklukları da meydana getirmektedir. PMS tanısı konulmuş olan kişi için TCK'nın hangi maddesinin uygulanacağı çalışmamızda incelenecektir. Akıl hastalığı şeklinde mi yoksa geçici neden şeklinde mi ele alınacağını tartışılacaktır. Ayrıca gebelik ve lohusalık dönemi ile birlikte başlayan ve ilerleyen süreçlerde daha da artan ruhsal ve davranışsal bozukluklar, psikotik semptomların da akıl hastalıkları ile bağlantısı, benzerliği yahut diğer ilgisi incelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca gebelik ve lohusalıkta da ceza sorumluluğuna değinilecektir. Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk kararlarına da yer verilecek olup, kültürden kültüre farklılık gösteren kadına bakış açısı ile sosyolojik olarak kadın halleri ele alınmaya çalışılacak olup, hukuk sosyolojisi ile temellendirme yapılacaktır.

Çalışmamızda, salt kadınları ilgilendiren yukarıda bahsedilmiş olan sendrom ve gebelik-lohusalık gibi hallerin akıl hastalıkları üzerinde ve kültürden kültüre değişen etkilerini hukuk sosyolojisi ile ele alarak, akıl hastalıklarındaki ceza sorumluluğuna ne şekilde etki ettiğini ortaya koyabilmek amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** akıl hastalığı, gebelik, lohusalık, premenstrüel sendrom, ceza sorumluluğu

## GİRİŞ

PMS, kadınların adet öncesi dönemlerinde karşılaştıkları bir durum halidir. PMS yapıları arasında halsizlik, endişeler, irritabilite, öfke patlamaları, baş ağrısı ve şişkinlik halleri yer alır. Bu temelde, kadınlar günlük yaşamlarını, davranışlarını ve tutumlarını her zamanki seviyede korumalıdır. Bu nedenle, kadınların PMS ile başa çıkmalarında destek almaları ve nasıl davranacaklarını yönetmeleri önemlidir.

Lohusalık dönemi de kadınların zihinsel aktivitelerini önemli ölçüde etkilemektedir. Doğumdan sonra ka-

1 Dr. Öğr. Üyesi, Ada Kent Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,  
E-posta: gozde.erkın@adakent.edu.tr



dınlar, hem fiziksel hem de hormonal olarak büyük bir değişim yaşamaktadırlar. Bu dönemde kadınların, hareketliliklerinin ve uyku düzenlerinin yıpranma, yorgunluk, kaygı, depresyon ve çöküntü yaşama riski yüksektir. Lohusalık dönemi boyunca kadınların ruh sağlıklarını korumak için uygun beslenme, egzersiz ve destek arayışına yönelmeleri gerekmektedir. Ayrıca kadınlar için, ruhsal yönden destek alma konusunda bir uzmanla konuşmaları da faydalı olabilir.

Kadınlar için birçok destek verici kaynak mevcuttur. Bunlar yakın gruplar, destek grupları, hastaneler, kadın sağlık merkezleri ve internet üzerinden sağlanabilen uzmanlar olabilir. Kadınları doğru kaynaklara yönlterek, hem PMS hem de lohusalık döneminde yaşanacak duygusal değişimlerden daha az etkilenmeleri sağlanabilmektedir.

## 1. Premenstrüel Sendrom

Premenstrüel sendrom (PMS), semptomların yumurtalık döngüsünün luteal fazında, yani adetten yaklaşık 1 hafta önce ortaya çıktığı ve adetin başlamasıyla semptomların düzeldi-

ği davranışsal, fiziksel ve psikolojik bir bozukluktur<sup>2</sup>. PMS ile ilgili ilk tanımlayıcı araştırma 1931 yılında R. D. Frank tarafından yapılmıştır. Dr. Frank, adet öncesi dönemdeki dönemsel atakların, aşırı üzüntünün ve aile içi çatışmaların sosyal ve duygusal maliyetlerine vurgu yapmış ve bu değişikliklerin kadının hormonundan kaynaklandığını belirtmiştir<sup>3</sup>. Yapılan çalışmalarda PMS'nin adet döneminde tüm yaş gruplarını etkilediği ancak özellikle 30-40 yaş grubunda daha sık görüldüğü bildirilmektedir<sup>4</sup>.

PMS'nin vücutta neden olduğu bazı değişikliklerin etkileri kadınlarda farklılık arz etmektedir. Bazı kadınlarda ayda bir görülen bir sorun olurken bazılarında günlerce devam eden çok şiddetli bir rahatsızlığa dönüşebilmektedir. PMS belirtileri; şiddetli, orta ve hafif olmak üzere üç farklı şekilde kendini gösterir. PMS prevalansı yapılan çalışmalara göre yüzde üç ile yüzde otuz arasında değişmektedir. Premenstrüel disforik bozukluk olarak da bilinen şiddetli PMS'nin yaygınlığı ise yüzde beş ile yüzde sekiz arasındadır<sup>5</sup>. Literatürdeki bir meta-analiz

2 K., İŞGIN, Z. BÜYÜKTUNCER, "Premenstrual Sendromda Beslenme Yaklaşımı", *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, 2017, 74(3), s. 249-260.

3 R. D. FRANK, "The Hormonal Causes of Premenstrual Tension", *Archives of Neurology and Psychiatry*, 26(5), 1931, s. 1053-1057.

4 S. DOĞAN, N. DOĞAN, H. CAN, H. V. ALAŞEHİRLİOĞLU, "Birinci Basamakta Premenstrüel Sendroma Yaklaşım", *Smyrna Tıp Dergisi*, 90(2), 2012, s. 90-93.

5 S. ÖZTÜRK, A. KARACA., "Premenstrual Sendrom ve Sağlıklı Yaşam Biçimi Davranışlarına İlişkin Ebe ve Hemşirenin Rolü", *Balıkesir Sağlık Bilimleri Dergisi*, 8(2), 2019, s. 105-110.

çalışmasında PMS prevalansının en düşük olduğu ülkenin yüzde on iki ile Fransa, en yüksek olduğu ülkenin ise yüzde doksan sekiz ile İran olduğu bildirilmiştir<sup>6</sup>. Türkiye’de yapılan araştırmalarda PMS yaygınlığının yüzde altı ile yüzde yetmiş altı arasında değiştiği bildirilmektedir<sup>7</sup>.

RCOG (Royal College of Obstetricians and Gynaecologists)<sup>8</sup> sınıflandırmasına göre 6 farklı PMS tipi mevcuttur. Bunlar;

- A- Hafif: Kadının bireysel, mesleki ve sosyal yaşamı etkilenmez.
- B- Medium: Kadının sosyal, mesleki ve bireysel olarak hayatını engeller ama kadın etkileşim içinde işlevini sürdürür.
- C- Şiddetli: Kadın bireysel, profesyonel ve sosyal olarak iletişim kuramıyor. Bu nedenle kadın tedaviye dirençlidir. Kadın, sosyal ve mesleki faaliyetlerden kaçınır.
- D- Premenstrüel Sendrom: Adet döneminin sonuna doğru kadında PMS semptomlarının şiddeti hafifler.
- E- Adet Öncesi Alevlenmeler: Kadın-

larda görülen fiziksel, psikopatolojik ve diğer belirtiler adet bitiminde tamamen geçmez.

- F- Adet Öncesi Disforik Bozukluk: PMS’nin en şiddetli şeklidir. ABD dışında kullanılmayan bir araştırma kriteridir. Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından uyarlanmış bir tanımdır.

Psikiyatrik hastalık insidansı kadınların üreme çağında diğer yaşam dönemlerine göre kısmen artmaktadır. Gebelik ve doğum sonrası dönemin ruhsal hastalık insidansındaki artıştan çok hastalığın alevlenmesi ile ilişkili olduğu düşünülmektedir. Buna göre gebelik ve doğum sonrası dönem birçok kadın için anksiyete bozukluğu, depresyon, yeme bozukluğu ve psikoz gibi psikiyatrik hastalıklara yatkınlığın arttığı bir dönem olabilir.

Hamilelik sırasında vücuttaki fizyolojik değişiklikler, cinsel ilgideki değişiklikler, doğumla ilgili kaygı ve ruh hali değişikliklerine sebep olabilir. Ayrıca gebelikte görülen somatik şikayetler, depresyon ve anksiyete belirtileri hekimler tarafından genellikle gebeliğe bağlı hormonal ve fiziksel

6 A. DİREKVAND-MOGHADAM, K. SAYEHMİRİ, A. DELPİSHEH, K. SATAR, “Epidemiology of Premenstrual Syndrome, a Systematic Review and Meta-Analysis Study”, *Journal of Clinical and Diagnostic Research*, 8(2), 2014, s. 106-109.

7 K. IŞGIN, Z. BÜYÜKTUNCER, 2017, s. 249-260.

8 RCOG, Management of Premenstrual Syndrome: Green-Top Guideline, No. 48, 2017, BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology; “Management of Premenstrual Syndrome”, [http://www.jsog.org/GuideLines/Management\\_of\\_premenstrual\\_syndrome.pdf](http://www.jsog.org/GuideLines/Management_of_premenstrual_syndrome.pdf), Erişim Tarihi: 04.04.2023.

değişikliklere bağlanmakta ve sıklıkla eksik teşhis edilmekte ve buna göre tedavileri kesilmektedir. Daha önce hastalık öyküsü olan kadınlarda gebelik veya doğum sonrası dönemde bu hastalıkların alevlenme riski vardır.

Ayrıca bu dönemlerde bazı psikiyatrik bozuklukların tedavileri değişebilmekte veya ilaç dozlarında değişiklik ihtiyacı doğabilmektedir. Bu dönemdeki psikiyatrik hastalıklarla ilgili çalışmaların çoğu son yıllarda yapıldığından klinisyenlerin bu dönemdeki bireylere yaklaşımına ilişkin bilgiler oldukça sınırlıdır. Tedavisi ihmal edilen bu ruhsal bozuklukların anne-çocuk ilişkisinde ciddi bozulmalara neden olduğu düşünüldüğünde bu konuya hassasiyetle yaklaşılması gerektiği açıktır.

## 2. Gebelik ve Lohusalık ile İlgili Bozukluklar

Gebeliğin ilk yılı ile doğum sonrası dönemi kapsayan dönem, perinatal dönem olarak tanımlanır ve bu dönemdeki kadınlar, depresyon geliştirme riski yüksek, karakteristik bir grubu oluşturur. Gebelik depresyonunun risk faktörleri ile ilgili birçok çalışma bulunmaktadır. Gebelikte depresyonun ortaya çıkması ile ilişkili faktörler; daha önce depresyon öyküsü olması, anne yaşının küçük olması, yalnız ya-

şaması, sosyal desteğin yetersiz olması, evlilik uyumsuzluğu, gebeliğe bağlı fiziksel şikayetler, ölü doğum öyküsü, gebelikte olumsuz yaşam olayları ve bebek sayısındaki artışlar şeklinde sıralanabilmektedir.

Ek olarak, doğum öncesi bakımın olmaması, zayıf aile dinamikleri, yeniden evlenme ve madde kullanımı veya bağımlılığı da gebelik sırasında depresyon gelişimi için risk faktörleri olarak tanımlanmıştır. Gebelik depresyonu için en net tanımlanmış risk faktörleri, daha önce depresyon öyküsü, daha önce depresyon öyküsü olan bir kadında tedavinin kesilmesi, daha önce doğum sonrası depresyon (DSD) öyküsü ve ailede depresyon öyküsüdür. Gebelikte depresyona neden olan psikososyal faktörler şunlardır: hamilelik nedeniyle mutsuz anne, annede stres, anneye karşı kötü tutum ve sosyal destek eksikliği<sup>9</sup>.

Depresyon belirtileri, hamilelik sırasında herhangi bir zamanda ortaya çıkabilir ve yoğunluk, süre ve tip bakımından farklılık gösterebilir. Gebeliğin ilk trimesterinde ortaya çıkan depresyon varlığında, araştırmalar ikinci ve üçüncü trimesterde depresif belirtilerde düzelleme olduğunu bildirmiş, ayrıca depresif belirtilerin en fazla üçüncü trimesterde görüldüğünü gös-

9 D. MURRAY, J. L. COX, G. CHAPMAN, P. JONES, "Childbirth: Life Event or Start of a Long Term Difficulty? Further Data from The Stoke on Trent Controlled Study of Postnatal Depression", *Br J Psychiatry* No: 166, 1995, s. 595-600.

termiştir. Ülkemizde yapılan çalışmalarda gebelikte depresif belirti görülme sıklığının yüzde on iki ile yüzde otuz altı arasında olduğu bildirilmiştir. Diğer ülkelerde yapılan çalışmalarda perinatal depresyon sıklığı; gelişmişlerde yüzde beş ile yüzde otuz, gelişmekte olanlarda ise yüzde yirmi civarında olduğu bildirilmiştir. Gebelikte depresif belirtilerin görülme sıklığı gebelik dönemlerine göre de değişebilmektedir. Ülkemizde yapılan bir çalışmada birinci trimesterde yüzde yirmi iki, ikinci trimesterde yüzde otuz iki, üçüncü trimesterde yüzde altı oranında depresyon görüldüğü bildirilmiştir<sup>10</sup>.

### 3. Premenstrüel Sendrom, Gebelik ve Lohusalığın Ruh Sağlığına Yansımaları

PMS'den fizyolojik olarak etkilenen kadınların ruh sağlığının da sendromdan etkileneceği ve ruhsal sorunları beraberinde getireceği bilinmektedir. Yapılan bir çalışmada; adet öncesi dönemde depresif düşünce ve duyguların

ortaya çıkmasının en sık görülen psikiyatrik PMS belirtilerinden biri olduğunu belirtilmiştir<sup>11</sup>. Ruh sağlığı ile PMS arasındaki ilişkiyi inceleyen birçok çalışmada, PMS ile depresyon düzeyi arasında pozitif ve anlamlı bir bağlantı olduğu ortaya konulmuştur<sup>12</sup>.

Bu çalışmalardan birinde yaş ortalaması on beş olan elli beş kişi ile yapılan bir çalışmada PMS'ye en sık eşlik eden psikolojik faktörlerin sinirlilik ve öfke düzeyi olduğu belirtilmiştir<sup>13</sup>. Bu çalışmaya paralel olarak yapılan başka bir çalışmada ise en şiddetli PMS semptomları olarak; sinirlilik, kaygı ve ruh hali dalgalanmaları gibi durumların olduğu belirtilmiştir<sup>14</sup>.

Gebelik, kadınlar için doğal bir yaşam olayı olmasının yanı sıra önemli biyolojik ve psikososyal değişimlerin yaşandığı, kaygı ve strese neden olabilecek pek çok faktörle karşılaşma riskinin yüksek olduğu bir dönemdir. Gebeliğin ruhsal bozukluklar için koruyucu bir dönem ya da kendini iyi his-

- 10 P. M. DIETZ, S. B. WILLIAMS, W. M. CALLAGHAN, D. J. BACHMAN, E. P. WHITLOCK, M. C. Hornbrook, "Clinically Identified Maternal Depression Before, During, and After Pregnancies Ending in Live Births", *Am J Psychiatry* No: 164, 2007, s. 20.
- 11 G. UZUNOĞLU, *Ergenlerde Adet Öncesi Gerginlik Sendromu İle Ruh Sağlığı Değişkenleri Arasındaki İlişkinin Analizi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Işık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 1 vd.
- 12 F. AKDENİZ, S. KORKMAZ, M. TAMAR, B. BEKER, "Depresyonu Olan ve Olmayan Genç Kızlar ve Annelerindeki Adet Öncesi Yakınmaların Karşılaştırılması", *Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi*, 2002, s. 16-22.
- 13 P. URAN, E. YÜRÜMEZ, A. AYSEV, B.G. KILIÇ, "Premenstrual Syndrome Health-Related Quality of Life and Psychiatric Comorbidity in a Clinical Adolescent Sample: A Cross-Sectional Study", *International Journal of Psychiatry in Clinical Practice*, 21(1), 2016, s. 36-40.
- 14 G. UZUNOĞLU, 2017, s. 1 vd.

setme dönemi olduğu fikri son yıllarda pek kabul görmemektedir. Üreme dönemi, kadınlarda depresyon başlangıcı açısından yüksek riskli bir dönemdir ve gebelik ve doğumun neden olduğu nöroendokrin ve psikososyal değişikliklerle hemen hemen her yaşam olayını karşılaştırmak imkansızdır. Hafif ya da şiddetli depresyon, gebelikte en sık görülen ruhsal bozukluktur. Depresyon genellikle hamilelik sırasında atlanır. Gebelerde uyku ve iştah bozukluğu, enerji ve istek kaybı gibi majör depresyonla örtüşen pek çok klinik belirti ve semptom görülmektedir. Hamilelik sırasında sık görülen tıbbi hastalıklar, bu süreçte depresyon teşhisini zorlaştırır<sup>15</sup>.

Doğum sonu dönem, annede meydana gelen fizyolojik değişikliklerin yanı sıra ebeveynliğe geçişin yaşandığı, yeni rol ve sorumlulukların üstlenildiği zorlu bir dönemdir. Postpartum denilen bu dönem psikiyatrik bozuklukların başlaması ve şiddetlenmesi açısından riskli bir dönemdir. Özellikle doğumdan sonraki ilk bir yılda kadınlar psikiyatrik hastalıklar açısından önemli bir risk altındadırlar. Doğum sonrası dönemde ortaya çıkan duygu-

durum bozuklukları semptomların şiddeti, özellikleri, tedavileri ve seyrine göre annelik hüznü, DSD ve doğum sonrası psikoz vs. şeklinde sınıflandırılır. Doğum sonrası depresyonu olanların çoğu aylar içinde iyileşir, ancak bazı kadınlarda doğum olayı tekrarlayan ve kronik depresif dönemleri de tetikleyebilmektedir<sup>16</sup>.

Pre-menstrüel sendromun etkisiyle ortaya çıkan tüm bu psikolojik ve somatik sorunların kadının işlevselliğini olumsuz etkilediği, yaşam kalitesini bozduğu ve önlem alınmadığı takdirde ileride daha büyük sorunlara yol açacağı öngörülmektedir. Ayrıca kadınların baş etmesi zor olan bu durumlar, ergenler için daha da zor hale gelmektedir. Ergenlik dönemi başlı başına fiziksel olarak zorlayıcı bir süreç iken, PMS gibi psikolojik ve fizyolojik sağlığı etkileyen farklı bozuklukların ruh sağlığını ve yaşam kalitesini daha da olumsuz etkilediği görülmektedir<sup>17</sup>.

#### 4. Ceza Sorumluluğu ile İlişkileri

Pre-menstrüel Sendromun tanımı R. D. Frank tarafından ilk defa 1931 yılında yapılmıştır. Pre-menstrüel Sendrom

- 15 A. AKBAŞ, O. VIRIT, A. KALENDEROĞLU, H. SAVAŞ, G. SERTBAŞ, "Gebelikte Sosyo Demografik Değişkenlerin Kaygı ve Depresyon Düzeyiyle İlişkisi", *Nöropsikiyatri Arşivi*, 2008, s. 85-91; K. MARAKOĞLU, M. Ş. ŞAHSIVAR, "Gebelikte Depresyon", *Türkiye Klinikleri*, 2008, s. 32.
- 16 Ç. GEREKLİOĞLU, A. G. POÇAN, İ. BAŞHAN, "Annelerin Doğum Sonrası Psikiyatrik Sorunları", *Türkiye Klinikleri*, 2007, s. 126-133; L. GÜLSEREN, "Doğum Sonrası Depresyon: Bir Gözden Geçirme", *Türk Psikiyatri Dergisi*, No: 10, 1999; s. 58-67.
- 17 A. KOYUN, L. TAŞKIN, F. TERZİOĞLU, "Yaşam Dönemlerine Göre Kadın Sağlığı ve Ruhsal İşlevler: Hemşirelik Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi", *Psikiyatriye Güncel Yaklaşımlar*, 3(1), 2011, s. 67-99.

terimi ise Dalton ve Green tarafından vakaların incelendiği bir yayında 1953 senesinde kullanılmıştır. 1985 yılında genel bir tanım üzerinde fikir birliğine varılmıştır. Premenstrüel Sendrom, kadınlarda adet döngüsünün geç luteal döneminde memelerde şişlik, baş ağrısı, halsizlik ve kilo alma gibi fiziksel belirtilerle, depresif ruh hali, sinirlilik ve gerginlik gibi ruhsal belirtilerle kendini gösteren bir tablodur. Etiyolojisi net olarak bilinmemekle birlikte pek çok faktörün bu sendrom üzerinde etkisi olduğu görülmektedir<sup>18</sup>.

Bu sendrom ruh sağlığını da etkilemektedir. PMS'nin fizyolojik etkisi altındaki kadınlarda ruhsal bozukluklar da çoğunlukla görülmektedir. En sık görülen durumlar depresif düşünme eğilimi, depresif ruh hali ve sinirlilik durumudur<sup>19</sup>.

PMS, ruhsal hastalıklarda tartışılabilir durumlarından birisidir. Karşılaştırılabilir hukukta PMS ile ilgili çeşitli karar-

lar bulunmaktadır. Ancak bu kararların alındığı dönemde PMS ve PMDD gibi durumlara ilişkin verilerin olmaması bu kararların kabulünü sorgulamamıza neden olmaktadır. PMS'nin daha ileri boyutu olan PMDD, DMS-V<sup>20</sup>'te kabul edilen depresif bozukluktur. Bu nedenle akıl hastalığı olarak görülmektedir. PMS bu kategoride yer almamaktadır. Bu nedenle her ne kadar PMS'nin ruhsal hastalıklar arasında yer almayacağı kanaatinde olsak da somut olayda PMS'nin şiddetine göre atıf yapabilmeye yeteneğinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu da TCK 34. maddesinin somut olayda uygulanması ile mümkün olabilir<sup>21</sup>.

Duygudurum bozuklukları, özellikle üreme çağında, kadınlarda erkeklerden daha yaygın görülmektedir. Kadınlarda ruhsal hastalıklar genellikle onsekiz ve kırk beş yaşları arasında ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle gebelik ve doğum sonrası dönem birçok kadın için anksiyete bozukluğu, depresyon,

18 Patricia W. EASTEAL, Neil KAYE, Thomas REED, "PMS: Legal Usage and Limitations", *Wiley Encyclopedia of Forensic Science*, 2009, s. 2149-2150; Ebru ÖZTÜRK ARSLAN, Fulya DÖKMECİ, "Premenstrüel Sendrom ve Tedavisinde Son Görüşler", *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 52, Sayı: 4, 1999, s. 237; Gözde ERKİN, *Akıl Hastalıklarının Hukukta Sorumluluk Kavramı Açısından Doğurduğu Sınır Problemleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2022, s. 172- 173.

19 Sibel ÖZTÜRK, Derya TANRIVERDİ, "Premenstrüel Sendrom ve Başetme", *Anadolu ve Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2011, Cilt: 13, Sayı: 3, s. 57; F. AKDENİZ, S. KORKMAZ, M. TAMAR, B. BEKER, 2002, s. 16-22.

20 <https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5-TR), Erişim Tarihi: 10.07.2023.

21 <https://icd.who.int/browse11/lm/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f2fid%2fentfity%2f1526774088>, Erişim Tarihi: 12.06.2023; Fatmanur YAĞCI, Menstrüel Döngü ve Suç, *Kadın Yazıları*, Haz. Türkan Yalçın, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 336.

yeme bozukluğu ve psikoz gibi ruhsal hastalıklara yatkınlığın arttığı bir dönem olabilmektedir<sup>22</sup>. Bu dönemde bile kadınlar son derece yüksek kaygı ve stres bozukluğu riski altındadır. Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum olmakla birlikte bu konuda çok fazla yargı kararı bulunmamaktadır. Çünkü bu zaman diliminde karşılaşılan ruhsal bozuklukların tanınmasının zor olduğu görülmektedir. Yani psikoz tanısının belli bir süre içinde konması ve mahkeme tarafından gözetilmesi gerekmektedir. Hamilelik ve doğum sonrası dönemlerde bunlar genellikle göz ardı edildiğinden yargı kararı bulmak zorlaşır. Bu nedenle gebelik ve doğumdan sonra ortaya çıkan rahatsızlıklarla birlikte akıl hastalığı teşhisi konursa, TCK'nın 32. maddesine göre kişinin cezai sorumluluğu mümkün olacaktır<sup>23</sup>.

## SONUÇ

PMS; adet belirtilerinin ortaya çıkmasından önce çıkan bir dizi fiziksel ve psikolojik bakış bütünüdür. Bu örnekler arasında depresyon, iritabilite, anksiyete, uykusuzluk, yorgunluk, baş ağrısı, sırt ve kas ağrısı ve şişkinlik gibi belirtiler yer almaktadır. Kadınlar bazı

aylarda çok hafif PMS belirtileri yaşarken, bazı aylarda genel olarak belirtiler ciddi düzeyde olabilir. Bu nedenle tedavisi hem biyolojik hem de psiko-sosyal girişimlerin birlikte çalıştırmasını gerektirir. PMS ile baş etmede hem ilaç dışı (egzersiz, stres yönetimi vb.) hem de farmakolojik yöntemler etkilidir. Ancak bu semptomlarla baş edebilmek için sağlık profesyonellerinden destek alan kadınların oranı oldukça düşüktür. Bu nedenle sağlık profesyonelleri, yaşam tarzı değişiklikleri konusunda tavsiyelerde bulunarak ve yaşanan semptomları hafifletmek için adet öncesi semptomlar hakkında bilgi vererek kadınların bu yaygın durumu fark etmelerine ve bu durumla başa çıkmalarına yardımcı olabilir.

Lohusalık ise; doğum sonrası dönemde anne gövdesinde meydana gelen süreçlerin ve hormonal değişimlerin bir görünümüdür. Lohusalık dönemi boyunca kadınlar uykusuzluk, kaygı, yorgunluk ve ruh hali değişimleri yaşamaktadırlar.

Hem PMS hem lohusalık, kadınların akıl sağlığı üzerinde önemli etkilere sahiptir. Yüksek düzeyde PMS'ye maruz kalan kadınlar, kaygılar, endişeler

22 Umit Sertan COPOGLU, Mehmet Hanifi KOKACYA, Canan DEMİRCAN, "Gebelik Ve Laktasyon Döneminde Ruhsal Bozukluklar Ve Tedavisi", *Mustafa Kemal Üniversitesi Tıp Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 24, Yıl: 2015, s.44.

23 Özkan ÖZDAMAR, Onat YILMAZ, Hacer BEYCA, Murat MUHÇU, "Gebelik ve Postpartum Dönemde Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar", *Zeynep Kamil Tıp Bülteni*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2014, s. 71; Gözde ERKİN, 2022, s. 174- 175; Vesile ŞENTÜRK, "Gebelik ve Doğum Sonrasında Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar", *Kriz Dergisi*, Cilt: 16, Sayı:1, 2008, s. 25; Türkan YALÇIN, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 237.



ve diğer zihinsel sağlık problemlerine karşı yüksek risk altındadırlar. Benzer şekilde, lohusalık dönemi boyunca kadınlar yine bu sorunlara karşı yüksek oranda risk altındadırlar. Bununla birlikte, ciddi PMS kayıtları olması veya lohusalık dönemi boyunca bu belirtilerin ortaya çıkması halinde, bir doktorla konuşmak ve yardım almaktan çekinmemek önemlidir. Şayet bu çıkan rahatsızlıklarla birlikte akıl hastalığı teşhisi konursa, TCK'nın 32. maddesine göre cezai sorumluluk halleri meydana gelecektir.

#### KAYNAKÇA

- AKBAŞ, A., VIRIT, O., KALENDEROĞLU, A., SAVAŞ, H., SERTBAŞ, G., “Gebelikte Sosyo Demografik Değişkenlerin Kaygı ve Depresyon Düzeyiyle İlişkisi”, *Nöropsikiyatri Arşivi*, 2008, s. 85-91.
- AKDENİZ, F., KORKMAZ, S., TAMAR, M., BEKER, B.: “Depresyonu Olan ve Olmayan Genç Kızlar ve Annelerindeki Adet Öncesi Yakınmaların Karşılaştırılması”, *Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi*, 2002, s. 16-22.
- AKDENİZ, F., KORKMAZ, S., TAMAR, M., BEKER, B.: “Depresyonu Olan ve Olmayan Genç Kızlar ve Annelerindeki Adet Öncesi Yakınmaların Karşılaştırılması”, *Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2002, s. 16-22.
- COPOGLU, U. S., KOKACYA, M. H., DEMİRCAN, C.: “Gebelik Ve Laktasyon Döneminde Ruhsal Bozukluklar Ve Tedavisi”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Tıp Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 24, Yıl: 2015, s.43-53.
- <https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5-TR), Erişim Tarihi: 10.07.2023.
- <https://icd.who.int/browse11/lm/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2f%2fentity%2f1526774088>, Erişim Tarihi: 12.06.2023.
- DIETZ, P. M., WILLIAMS, S. B., CALLAGHAN, W. M., BACHMAN, D. J., WHITLOCK, E. P., HORNBROOK, M. C.: “Clinically Identified Maternal Depression Before, During, and After Pregnancies Ending in Live Births”, *Am J Psychiatry No: 164*, 2007, pp. 20.
- DIREKVAND-MOGHADAM, A., SAYEHMİRİ, K., DELPİSHEH, A., SATAR, K.; “Epidemiology of Premenstrual Syndrome, a Systematic Review and Meta-Analysis Study”, *Journal of Clinical and Diagnostic Research*, 8(2), 2014, pp. 106-109.
- DOĞAN S., DOĞAN N., CAN H., ALAŞEHİRLİOĞLU, H. V.: “Birinci Basamakta Premenstrüel Sendroma Yaklaşım”, *Smyrna Tıp Dergisi*, 90(2), 2012, s. 90-93.
- DOSSETT, E. C.: “Perinatal Depression”, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, Sep, 35(3)F, VIII. Review, 2008, pp. 34- 419.

- ERKİN, G.: *Akıl Hastalıklarının Hukukta Sorumluluk Kavramı Açısından Doğurduğu Sınır Problemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 172- 173.
- FRANK, R. T.: “The Hormonal Causes of Premenstrual Tension”, *Archives of Neurology and Psychiatry*, 26(5), 1931, pp. 1053-1057.
- FRANK, E., KUPFER, D. J., PEREL, J. M.: “Three-Year Outcomes for Maintenance Therapies in Recurrent Depression”, *Arch Gen Psychiatry*, No: 47, 1990, pp. 1093-1099.
- GEREKLİOĞLU, Ç., POÇAN, A. G., BAŞHAN, İ.: “Annelerin Doğum Sonrası Psikiyatrik Sorunları”, *Türkiye Klinikleri*, 2007, s. 126-133.
- GÜLSEREN, L.: “Doğum Sonrası Depresyon: Bir Gözden Geçirme”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, No: 10, 1999; s. 58-67.
- IŞGIN, K., BÜYÜKTUNCER, Z.: “Premenstrual Sendromda Beslenme Yaklaşımı”, *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, 2017, 74(3), s. 249-260.
- KOYUN, A., TAŞKIN, L., TERZİOĞLU, F.: “Yaşam Dönemlerine Göre Kadın Sağlığı ve Ruhsal İşlevler: Hemşirelik Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 3(1), 2011, s. 67-99.
- KUMAR, R., ROBSON, M. K.: “A Prospective Study of Emotional Disorders in Childbearing Women”, *Br J Psychiatry*: 144, 1984, pp. 35-47.
- MARAKOĞLU, K., ŞAHSIVAR, M. Ş.: “Gebelikte Depresyon”, *Türkiye Klinikleri*, 2008, s. 32.
- MURRAY, D., COX, J. L., CHAPMAN, G., JONES, P.: “Childbirth: Life Event or Start of a Long Term Difficulty? Further Data from The Stoke on Trent Controlled Study of Postnatal Depression”, *Br J Psychiatry* No: 166, 1995, pp. 595-600.
- O’HARA, M. W., ALLOY, L. B., MICHAEL (eds), W.: “Postpartum Depression: Causes and Consequences”, *New York: Springer-Verlag*, 1995, pp. 168-194.
- ÖZTÜRK, S., KARACA, A.: “Premenstrual Sendrom ve Sağlıklı Yaşam Biçimi Davranışlarına İlişkin Ebe ve Hemşirenin Rolü”, *Balikesir Sağlık Bilimleri Dergisi*, 8(2), 2019, s. 105-110.
- RCOG: *Management of Premenstrual Syndrome: Green-Top Guideline*, No. 48, 2017, BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology; “Management of
- Premenstrual Syndrome”, [http://www.jsog.org/GuideLines/Management\\_of\\_premenstrual\\_syndrome.pdf](http://www.jsog.org/GuideLines/Management_of_premenstrual_syndrome.pdf), Erişim Tarihi: 04.04.2023.
- ÖZTÜRK ARSLAN, E., DÖKMECİ, F.: “Premenstrual Sendrom ve Tedavisinde Son Görüşler”, *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 52, Sayı: 4, 1999, s. 237.
- ÖZTÜRK, S., TANRIVERDİ, D.: “Premenstrüal Sendrom ve Başetme”, *Anadolu ve Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2011, Cilt: 13, Sayı: 3, s. 57.

- ÖZDAMAR, Ö. YILMAZ, O., BEYCA, H., MUHÇU, M.: “Gebelik ve Postpartum Dönemde Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar”, *Zeynep Kamil Tıp Bülteni*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2014, s. 71.
- ŞENTÜRK, V.: “Gebelik ve Doğum Sonrasında Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar”, *Kriz Dergisi*, Cilt: 16, Sayı:1, 2008, s. 25.
- URAN, P., YÜRÜMEZ, E., AYSEV, A., KILIÇ, B. G.: “Premenstrual Syndrome Health-Related Quality of Life and Psychiatric Comorbidity in a Clinical Adolescent Sample: A Cross-Sectional Study”, *International Journal of Psychiatry in Clinical Practice*, 21(1), 2016, pp. 36-40.
- UZUNOĞLU, G.: *Ergenlerde Adet Öncesi Gerginlik Sendromu İle Ruh Sağlığı Değişkenleri Arasındaki İlişkinin Analizi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 1 vd.
- W. EASTEAL, Patricia, KAYE, Neil, REED, Thomas: “PMS: Legal Usage and Limitations”, *Wiley Encyclopedia of Forensic Science*, 2009, pp. 2149-2150.
- YAĞCI, F.: *Menstrüel Döngü ve Suç*, Kadın Yazıları, Haz. Türkan Yalçın, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 336., Erişim Tarihi: 01.05. 2023.
- YALÇIN, T.: *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

# İnsandaki Adalet Duygusunun Evrimsel Kökeni

Mehmet Eren GEDİKLİ<sup>1</sup>

## Özet

İnsan sosyo-biyolojik bir varlıktır ve sosyo-biyolojisinin bir gereği olarak birçok farklı davranış ve duygu biçimleri edinmiştir. Ancak toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği söz konusu olduğunda belli başlı temel davranış biçimleri ve duygular diğerlerine nazaran daha belirleyici ve temeldir. Bu davranış ya da duyguların başında adalet(-sizlik) duygusu gelir. Adalet ya da adaletsizlik duygusu -ister duygu boyutunda kalarak eyleme dökülmemiş olsun isterse dökülmüş olsun- insanın toplumsal yaşamda en yoğun yaşadığı duygulardan biridir. İnsan, belki de, hiçbir “derin” düşünsel “zahmete” katlanmadan içgüdülerinden (doğasında yer etmiş temel duygulardan) hareketle yaşadığı ya da tanık olduğu bir olaydaki adaleti; mutluluk, sevinç duyguları ile karşılarken, aksi olduğunda ise üzüntü, hınç hatta intikam, kin duyguları ile bezenir. İnsanın doğasındaki bu fenomenin açıklanması için birçok farklı kuram ortaya atılmıştır. Ancak bilhassa C. Darwin’in evrim kuramını sistemleştirmesi ve birçok farklı biyolojik olguyu açıklamak için kullanmasına kadar, adalet duygusunun doğa tarihi içinde açıklanabileceği ihtimali göz önünde tutulmamıştır. Adalet duygusuna yönelik klasik kuramların aksine adaletin evrim kuramı içindeki açıklaması metafiziksel nedenlere ya da insanın rasyonel bir varlık olmasına dayanmaz. Aksine, evrimsel adalet kuramında, adalet duygusu insanın sosyo-biyolojik tarihinde ortaya çıkmıştır ve içgüdülere dayanır – ki bu adalet duygusunun, gelişmiş bir akıl yetisine ihtiyaç olmak-

sızın ortaya çıktığı anlamına gelir. Biz de bu bildiride adalet duygusunun metafiziksel ve rasyonel temellere dayalı açıklamalarına alternatif oluşturabilecek evrimsel (sosyo-biyolojik) açıklamalarını betimlemeye ve olası eleştirilere karşı savunmaya çalışacağız.

**Anahtar Sözcükler:** adalet, evrim, içgüdü, akıl, sosyo-biyoloji

## Giriş

Eşit davranma, tarafsız olma, adil paylaşım yapma, hakkı olana hakkı olan şeyi, hakkı olduğu zamanda ve ölçüde verme arzusu gibi çeşitli duygu durumlarına ve davranış eğilimlerine yol açan adalet duygusunun gerek bireysel gerekse toplumsal öneminin nesilden nesile öğrenme yoluyla aktarıldığı görüşü, adaletin kökenine dair yaygın görüş konumundadır. Ancak bilhassa evrim kuramının C. Darwin (1809-1882) tarafından natüralist ve determinist bir formda ileri sürülmesi ve ardından onun evrim kuramını destekleyen genetik çalışmaların ortaya çıkması insanda yalnızca fiziksel değil aynı zamanda davranışsal ve duygusal birçok niteliğin de evrim kuramı neti-

<sup>1</sup> Dr., Bağımsız Araştırmacı, Sistemantik Felsefe ve Mantık Anabilim Dalı, E-posta: erengedikli@gmail.com

cesinde ortaya çıkmış olabileceği düşüncesini doğurmuştur.<sup>2</sup>

Özellikle günümüzde evrimsel psikoloji, sosyo-biyoloji, evrimsel antropoloji vb. Darwinci evrim kuramının etkisi ile ortaya çıkan çeşitli bilim dallarında ahlâk, vicdan, adalet gibi duygular ve davranışların evrimsel süreç içerisinde hayatta kalma ve neslini devam ettirme mücadelesi içinde ortaya çıktığı tezleri büyük ilgi görmüş ve başta insanın yakın ataları olan maymunlar üzerinde yapılan birçok farklı deney ile bu tez desteklenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda bu bildiride genel olarak sosyal ya da toplum yanlısı davranışlar ancak daha da özelden adalet duygusunun ve adil davranışların nasıl evrilmiş olabileceğine dair kısa bir açıklama sunulmaya çalışılacaktır.<sup>3</sup>

Evrimsel yaklaşım esas alındığında, günümüz insanların tüm davranışlarının kökeninde ilkel atalarımızın yaşam mücadelesi sırasında yaptıkları iş birliğinin izleri vardır. Diğer bir ifade ile uzak atalarımız, hayatta kalma mücadelesinden, bağımsız birer birey olarak değil toplu ve işbirlikçi bir yaşam sürerek galip ayrılabilmişler ve genlerini sonraki nesillere aktarabil-

mişlerdir. Bunun anlamı insan denilen varlığın, insan olmağının sosyal bir varlık olma ile eşdeğer olduğudur. Bu nedenle insanın sosyal bir yaşam sürebilmesi için gerekli olan bireysel ve sosyal evrimsel mekanizmaların, insanın ortaklaşa iş yapmasını mümkün kılacak hayatta kalma stratejilerinin neler olduğu üzerinde düşünmek, evrimsel düşünürleri, insan davranışlarını anlama ve açıklama konusunda bazı temel prensipleri benimsemeye itmiştir.<sup>4</sup> Bu temel prensipler ve genel olarak evrim süreci ve insan arasındaki ilişki şu şekilde özetlenebilir:

I) İnsan ve tüm sosyal canlılar, doğal evrim süreci içindeki hayatta kalma mücadelesinden yalnızca sosyal davranışlar göstermesi (temelde iş birliği ya da ortaklaşmacı davranışlar) yoluyla başarılı çıkabilmiştir.<sup>5</sup> Diğer bir ifadeyle doğal seçim süreci içinde, örneğin bireysel yaşayan insanlar yerine grup halinde yaşayan insanlar nesillerini sürdürebilmişlerdir.

II) Nesillerini sürdüren, yaşam mücadelesinden sağ salım çıkan sosyal insanlar, sosyal canlı olmasından kaynaklanan hayatta kalma “stratejilerini”, “becerilerini”, “davranışlarını”

2 Ernst Mayr, *Evrimsel Nedir?*, Çev.: Nurdan Soysal, Say Yayınları, İstanbul, 2018, s. 30-33, 43-46.

3 Michael Tomasello, *Neden Ortaklıklar Kurarız?*, Çev.: Bahar Tunçgenç, Alfa Bilim, İstanbul, 2019, s. 14-17; Catherine Driscoll, *Sociobiology*, <https://plato.stanford.edu/entries/sociobiology/>, Erişim tarihi: 14.03.2023, s. 3.

4 Edward O. Wilson, *İnsan Varlığının Anlamı*, Çev.: Zeynep Sezer, Olvido Kitap, İstanbul 2017, s. 16-28.

5 Büyük ihtimalle insan fiziksel ve zihinsel özelliklerinin yetersizliği nedeniyle savana hayatında tek başına hayatta kalmayı başaramamış ve toplumsal bir varlığa doğru evrilmiştir.

sonraki nesillere aktarabilme fırsatını elde etmişlerdir.

III) Nesiller boyu hayatta kalma ve çoğalma fırsatı kazanan sosyal insanların, bu sosyal becerileri, davranışları sosyal içgüdüler olarak evrim sürecindeki yerini almıştır.

IV) Ortaya çıkan sosyal içgüdüler, çeşitli sosyal davranış kalıpları, sosyal bir canlı olarak bir arada kalınabilmesinin ön koşulu ve sonucu haline gelmiştir.<sup>6</sup>

Böylece bu temel prensipler etrafında günümüz insanının birçok davranışının altında yatan sebeplerin tespit edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Ayrıca evrimsel sürecin yalnızca bencilce içgüdüler üreten bir süreç olarak değil toplumsal canlılar ve toplum-yanlısı içgüdüler de üreten bir süreç olduğu gösterilmeye çalışılmıştır.<sup>7</sup>

Bu genel perspektifin akılda tutulması kaydıyla tekrar adalet duygusu konusuna geri dönüldüğünde ilk ola-

rak hemen belirtilmelidir ki insanların büyük bir çoğunluğu yalnızca adaletsizliğe uğradığında değil aynı zamanda adaletin çiğnendiği ancak kendisi ile ilişkisi olmayan olay ve olgulara da doğrudan ya da dolaylı tepki gösterir. Bu tepki çoğu zaman bebeklik döneminde bile gözlemlenen çeşitli davranışsal tepkilerle ortaya çıkar. Hatta o kadar ki insan kendisi zarar görme pahasına adaletin yerine getirilmesi için gayret sarf eder, adaletsiz bir durum karşısında bireysel çıkarlarını ikinci plana atarak çeşitli duygu ve davranışlarda bulunabilir. Diğer bir ifade ile insan, yalnızca eşitsizlikten kaçınma gibi pasif bir tavır ile değil aksine eşitliğin sağlanması, tarafsızlığın gereğinin yerine getirilmesi gibi aktif davranışlarda bulunma yoluyla da adil davranışları destekleme yoluna gider. Bu aynı zamanda adalet duygusunun sübjektif bir duygu olmasına rağmen objektif talepler içeren bir duygu olduğu anlamına gelmektedir –ki bencil amaçlar için değil bilakis sosyal bir içgüdü olma olasılığını da bu durum artırmaktadır.<sup>8</sup>

6 Mehmet Eren Gedikli, “Kant ve Darwin’de Ahlaklılık Problemi”, *Dört Öge Dergisi* Sayı: 20 (89-115), Ankara, 2021, s. 104-106.

7 Tüm evrim kuramcıları aynı görüşü paylaşmaz. Örneğin, R. Dawkins genetik düzeyde bir evrim kuramı benimsediği için özgeci ya da iş birlikçi davranışların yalnız öğrenme yoluyla gerçekleşebileceğini ileri sürer. Ancak sosyo-biyolojinin kurucusu E. O. Wilson evrimsel sürecin özgeci davranış üretebileceği ve bunun grup seçilimi vb. gibi kuramlara dayandırılabilmesi düşüncesindedir. Bu konu çalışmanın kapsamını aşacağı için biz burada bencil genlere sahip olsak bile evrimsel süreçte toplum yanlısı davranışların –hiçbir örtük bencil amaç içermeksizin- içgüdüye dönüşebileceği düşüncesinde olan düşünürler ile aynı pozisyonu alacağız ve adalet duygusunun evrimsel kökenini de bu yaklaşımı benimseyen düşünürler üzerinden açıklama gayretini içinde olacağız. Richard Dawkins, *Gen Bencildir* Çev.: Tunç Tuncay Bilgin, Uygur Polat, Kuzey Yayınları, İstanbul, 2014, s. 26; Wilson, *İnsan Varlığının Anlamı*, s. 56-57.

8 Dennis L. Krebs, “The Evolution of a Sense of Justice”, *Evolutionary Forensic Psychology; Darwinian Foundations of Crime and Law* içinde Ed.: Joshua D. Duntley and Todd K. Shackelford, Oxford Press, Oxford 2008, s. 230-233; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 62-68.

Bunun yanı sıra adil davranış göstermeyen, toplumsal düzeni bozan davranışlar gösteren kişilere karşı sistematik bir şekilde ceza ve yaptırım uygulayan tek varlık insandır ve bu ceza ve yaptırımlar, suçu işleyen bireylere acı getirmesine rağmen gerek tek tek insanların vicdanlarında gerekse toplumsal vicdanda tepki ile karşılanmaz. Aksine bir gereklilik olarak görülür ve desteklenir, tersi durumda; adaletsiz davranışlar karşısında ceza ve yaptırımın olmaması durumunda, bireylerde ve toplumda olumsuz davranışsal tepkiler ortaya çıkar. En düşük tonu ile içsel huzursuzluğa neden olur.<sup>9</sup>

Adalet duygusunun bir diğer kendisini gösterdiği yer ise psikolojik boyutudur. İnsanların büyük çoğunluğu adaletsiz davranışlar sergilediklerinde ister istemez pişmanlık, vicdan azabı gibi olumsuz duygulara kapılırlar. Yine adaletsiz bir durum karşısında tepki göstermediklerinde bile kendileri ile hiçbir ilişkisi olmasa ve hatta kimse tarafından ahlâki ya da hukuksal bakımdan yargılanmayacaklarını bilseler bile bu pişmanlığı, vicdan azabını hissederekler.<sup>10</sup>

Kısaca adaletin yerine getirilmesine ya da adaletsizliğe karşı insan, doğası gereği kayıtsız kalmaz. Bu olgu,

evrimsel düşünceyi benimseyen bilim adamları ve düşünürler tarafından insanda adalet duygusunun içgüdüsel olduğuna dair düşüncelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu doğrultuda biyolojik evrimin yasalarını ve temel düşünme biçimini esas alarak kısaca evrimsel yöntemi ve düşünme tarzını kullanarak geçmişte olanlar hakkında olası “senaryolar”, “öyküler” ortaya koymaya ve hipotetik evrimsel bir rota çizmeye çalışarak adalet duygusunun evrimsel olarak nasıl ortaya çıkmış olabileceğine dair kuramlar ortaya atılmıştır.<sup>11</sup>

Bu yöntemin yanı sıra burada açıklanacak olan birkaç oyun ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler yoluyla da adalet duygusunun evrimsel köklerinin olabileceğine dair kanıtlar ileri sürülmüştür. Şimdi kısaca önce olası bir “senaryo” örneği ve ardından diğer yöntemler doğrultusunda konu netleştirilebilir.

### **1. Adaletin Evrimine Dair Olası Bir Senaryo**

Adalet duygusunun evrimsel süreçte ortaya çıktığını düşünen evrimci düşünürlerin birçoğu için adalet, –ahlâk gibi– toplumsal içgüdüünün en önemli örneklerinden birisidir. Bu nedenle böyle bir toplumsal içgüdüünün orta-

9 Krebs, 2008, s. 230-233; Güriz, 2007, s. 62-68.

10 Charles Darwin, *İnsanın Türeyişi*, Çev.: Sevim Belli, Onur Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 139-141, 170-178.

11 David P. Schmitt, “Evolutionary Psychology Research Methods” *Foundations of Evolutionary Psychology* içinde, Ed.: Charles Cawrod; Dennis Krebs, Taylor & Francis Group, London, 2008, s. 215-224.



ya çıkışının temelde insanlar arası iş birliği ortamında mümkün olabileceği düşüncesi hakimdir. Diğer bir ifade ile toplumsal içgüdülerin kaynağı, ortaya çıkma nedenleri, biyo-psişik mekanizmaları aydınlatılabilir ise adalet duygusunun da bu yolla açıklanabileceği düşüncesi söz konusudur. Bu sebeple öncelikle genel olarak toplumsal içgüdü üzerine eğilinmesi ardından ise toplumsal iş birliği ve bu yolla adalet duygusunun çıkış koşullarının açıklanması yerinde olacaktır. Ancak öncelikle birkaç temel kavramın tanımlanması gerekmektedir.<sup>12</sup>

### 1.1. Temel Kavramlar<sup>13</sup>

**Duygu:** İnsanların belli bir kişi ya da olay karşısındaki özel/kişisel hisleri, tepkileri. Temel duygular olarak bilinen duygular şunlardır; öfke, korku, tiksinti, mutluluk, üzüntü, şaşkınlık.

**Dürtü ya da içgüdüler:** Organizmaların içsel ve dışsal uyaranlara karşı vermiş oldukları otomatik tepkiler, doğal davranış tarzları. İrade ve akıl yürütme gerektirmeyen, akıl süzgecinden geçmesi gerekmeyen, sonradan kazanılmamış, miras alınmış davranışlar ve davranış eğilimleri. Genelde bireyin ve türün ihtiyaçlarını ve

amaçlarını gerçekleştirmek için ortaya çıkmış olan davranış kalıpları ya da eğilimleri. Temel içgüdüler genelde şu şekilde ifade edilir; beslenme, korunma, barınma ve üreme. Diğer içgüdü örneklerinde hayvan dövüşü, hayvan kur davranışı, içsel kaçış işlevleri, göç ve kuluçka yapmak gibi sayısız davranış bulunur.<sup>14</sup>

**Bireysel içgüdüler:** Bireyin hayatta kalma ve üreme başarısını artıran adaptasyon sürecinde tekrar tekrar gerçekleşmiş ve başarıyla çıkmış duygu, düşünce, davranış, öğrenme kalıpları. Bir tür hayatta kalma makinesi. İnsanın analog ve mekanik çağında kazandığı bilgi ve beceriler.

**Toplumsal içgüdüler:** Toplumsal davranışların bireylerde alışkanlığa dönüşerek (adaptasyonun bir gereği olarak) gelecek nesillere birer davranış, duygu ve düşünce kalıpları veya eğilimleri biçimde aktarılması sonucu oluşan içgüdü biçimi. Bir tür sosyal genetik programlanma biçimi. İnsanın dijital ve elektronik çağda kazandığı bilgi ve beceriler. Bu sebeple toplumsal içgüdüler tıpkı temel içgüdüler gibi toplumsal hayvanlar için “kendisi için istenen” haline gelmiştir. Yani doğrudan temel içgüdülerin araçsallığına ihtiyaç duymaz. E. O. Wilson’a göre

12 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17; Krebs, 2008, s. 232-233.

13 Tüm kavramların referansı için bkz.: Michael A. Hogg; Graham M. Vaughan, *Sosyal Psikoloji*, Çev.: İbrahim Yıldız, Aydın Gelmez, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2014, s. 640-648.

14 Tıpkı duygularda olduğu gibi içgüdülerde de bireyler arası yoğunluk farkı vardır. Herkesin toplum yanlısı davranışlar tümüyle meyilli olmamasının sebebi de budur. İçgüdüler arası savaşımdan ağırlık ne tarafta ise ona yönelik davranışlar artma eğilimindedir.

insanın temel içgüdülerinden bazıları şunlardır: Bölge koruma, kabilecilik ve akraba kayırma, etik ve toplum yanlısı davranışlar, ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişki, yabancılardan şüphelenme, grup için hiyerarşi, sınırlı kaynaklarla ilintili olarak saldırganlık, erkek egemenliği.<sup>15</sup>

**Toplum yanlısı davranışlar:** Anti-sosyal davranışların aksine grubun refahını artıran, grup tarafından onaylanmış, toplumsal değere sahip davranışlardır. Diğer bir ifade ile grubun yaşam mücadelesine katkı sunan veya adaptasyon sürecindeki başarısına katkı yapan davranışlardır. Örneğin: özgecilik, duygudaşlık (sempati), mal ve hizmet paylaşımı (adalet), ortaklaşma, yardım etme.<sup>16</sup>

**Sosyal normlar:** Grubun refahını artıran, grup tarafından izin verilmiş davranışlar ve kurallar bütünü.

## 1.2. Toplumsal Canlı Olmanın Anlamı ve İş Birliği

“İnsan, toplumsal bir hayvandır” önermesi ilk etapta “sıradan ve apaçık” bir önerme hüviyetinde gözükebilir; ancak insana dair bu tanımın referansı hiçbir biçimde “birlikte ya da bir arada bulunma” ile sınırlı değildir. Aksine “İnsan, toplumsal bir hayvandır.” demek insanın tüm duygu, düşünce ve davranışlarının toplumsal ilişkiler ağı içerisinde belirlendiği, bu bağlam içinde ortaya çıktığı anlamına gelir. İnsan topluluk içindeki bir hayvan olarak değil toplumsal hayvanlar olarak anlaşılmalıdır.<sup>17</sup>

Bu bağlamda insan doğası için evrimsel düşünürlerin başlıca tespiti

15 Burada şu parantezi açmak konunun anlaşılabilirliği açısından önemlidir: Toplumsal içgüdüler neden ve nasıl gelişti? Toplumsal içgüdüler, insanın ilk etapta yaşam ekonomisine uygun davranışları neticesinde oluşmuş olsa bile ardından bu kökler unutulup kendisi için yapılar hale gelmiş olabilir. Bu nedenle toplum yanlısı davranışlar ilk etapta bencil amaçlarla ortaya çıkmış olsa bile (örneğin; kısa vadede kazanacağı az kazanç yerine uzun vadede daha fazla kazanç elde etme vb. davranışlar) yapıla yapıla bir alışkanlık haline alır ve zihin bu davranışı göstermenin kendisini, ilk yapılaşma amacıyla unutulmuş, ondan bağımsızlaşarak, asıl amaç olarak görmeye başlayabilir. Eğer ki evrimsel süreçte ilk başta bencilce amaçlar için yapılan işbirlikçi davranışlar bir alışkanlık haline gelir evrimsel bir toplum yanlısı içgüdüler haline geldi ise özgeci, adil kısaca tüm toplum yanlısı ve işbirlikçi davranış ortaya evrim kendi iç dinamikleri neticesinde çıkabilir. Örneğin adil ya da eşit paylaşım ilk etapta bencilce gözüküyor olsa bile (yani kişisel çıkar burada temel güdü olarak ortaya çıkıyor ise) ardından yapıla yapıla bir toplumsal içgüdü haline alarak artık bencil bir güdü olmanın ötesine geçerek sosyal bir güdü haline alıyor böylece “kendisi için istenen haline” geliyor. İçgüdüler arası savaşım da bu yüzden ilk etapta daha temel bireysel içgüdüler (birey odaklı içgüdüler) sosyal içgüdüler haline dönüşerek her bir bireyde çatışma ortamı oluşturuyor. Benzer bir ifadeyle işbirliğinden iyi kazanç elde edildiği için sürecin sürdürülmesinin gerekliliğinin yerine artık kazancın, ödülün değil “bizatihi işbirliği yapmanın kendisi” birey için bir haz nesnesi, kendinde bir amaç haline gelir artık fayda ve zarar hesabı ikincil kalır.

16 Saldırganlık bile grubun refahı ve güvenliği için ise yani grup içi değil grup dışına yönelik ise cesaret erdemi olarak anlılır ve olumlanan bir toplum yanlısı davranış haline gelir.

17 Darwin, 2008, s. 155-157.

–toplumsal bir hayvan olmanın temel yasası– diğerlerinin övgü ve yergilerini önemseme ve iş birliği içinde olma-  
dır.<sup>18</sup>

Soru formunda ifade etmek gerekirse: İnsan sırf iş birliği yapmak için iş birliği yapan, iş birliğinin kendisini “kendinde bir amaç” olarak gören (araçsallaştırmayan) varlık olabilir mi? Sosyal varlığın en temel güdüsü bizi kendisi kendi doğası olan sosyalleşme içgüdüdür. Sosyal varlık en büyük hazzı doğasının ona vermiş olduğu toplum yanlısı davranışları sergilemekten elde etmiş olabilir mi? Sosyal içgüdülerimiz, bugünkü anlık duygusal durumlarımızda ve olaylara bakışımızda kendimizi birer “iyilik meleği ya da adalet savaşçısı olarak” olarak görmemize sebep olmuş olabilir mi? Bu soruların cevabı evrimsel bakış açısıyla evettir.<sup>19</sup>

Şimdi, insanın çevresel koşullara ve çevresel koşulların değişimine adapte olma becerisindeki bir numaralı formülün ortaklaşmacılık ya da iş birliği yapmış olması olduğu burada netleşmiştir. O halde iş birliğinin anlamının netleştirilmesi, adalet duygusunun kökeninin açıklanması için bir zorunluluk oluşturmaktadır.

İş birliği, ortak niyetliliği (ilgilerin özdeşliği), iş bölümünü, toplumsal rolleri, hoşgörüyü, güveni, toplumsal normları, kuralları, eşgüdümü, toplumsal iletişimi kısaca bir organizma gibi bireylerin bir arada tek bir hedefe yönelik güçlerini birleştirerek çalıştığı “dayanışma esaslı toplu faaliyet biçimi”dir (Diğer bir arada yapılan faaliyetlerden farkı da bu özelliklerin toplamına sahip olmasıdır). Kısaca birden fazla bireyin ortak bir çıkar uğruna birlikte çalışmasıdır.<sup>20</sup>

İş birliği hem alıcının hem de failin adaptasyon sürecine ortaklaşa bir değer katar. Böylece çıkar çatışmasını ortadan kaldırır. Diğer bir ifade ile iş birliği ya da ortaklaşmacılık birbirinden faydalanmacılık esasına dayanmaz. Yani bireysel amaçlar için bir arada olarak bir işi daha kolay yapmak “asli ortaklaşmacılık” değildir. Çünkü her birey kendi menfaati için grupta pozisyon alır. İş birliği davranışı “asli ortaklaşmacılıktır” yani ortaklaşmak için ortaklaşmacılık yapmaktır. Ortaklaşma ya da iş birliğinin kendisi değerlidir. Bir araç değildir. İnsanlar işlevsel sonuçlardan çok “birlikte etkinliğin temel kurallarına odaklanır ve bu kurallara uymanın kendisinden haz alır”.

18 Darwin, 2008, s. 155-157.

19 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17; Krebs, 2008, s. 232-233.

20 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17; Michael Tomasello, *İnsan Ahlakının Doğal Tarihi*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022, s. 11-18.

Kendisinin yalnız başına kazancı ona yetmez.<sup>21</sup>

“Bir arada iş yapmak” ile “ortaklaşmacı iş yapmak” arasında fark vardır. İlkinde iş yapanların her biri kendi kârlarına odaklanır. İkincisinde ise her bir ortak, diğerinin de ne kazandığına odaklanır. İnsanlar içgüdüsel olarak sanki kendi menfaatlerineymişçesine başkalarının kazanç durumlarını gözletirler, korurlar ve hatta savunurlar. Çünkü ilk başta kendinde amaç olmayan iş birliği daha sonra “kendinde amaç halini” alır.<sup>22</sup>

İş birliği ve iş birliğinden doğan fayda, birlikte olma ve birliktelikten doğan rastgele faydadan farklıdır. Örneğin, fillerin dışkıları bok böceklerinin faydasına olur ancak filler bok böcekleri için dışkılamaz. Ya da antilopların bir arada bulunması bireysel av olma ihtimalini düşürmek için aldıkları konumdan ibarettir. Birlikte ortak bir hedef için iş birliği yapma niyetleri yoktur. Hatta et obur sosyal hayvanlarda bile doğrudan bir iş birliğinden söz etmek zordur. Çünkü her bir üye sosyal hayvan olmak için sosyal hayvan olmaz. Sosyalleşmenin kendisi onlar için bir ödül değildir. Daha ziyade ortaklık, avlanma olasılıklarını artırmak ve diğer yırtıcılara karşı daha güvenli

bir ortamda bulunmak içindir.<sup>23</sup>

İş birliği yapmanın evrimsel avantajı şu basit matematiksel modelleme ile anlaşılabilir. Yalnız başıma iken elde edebileceğim maksimum kazanç 10 iken seninle birlikte çalışmam sonucu elde edeceğim kazanç 30 olacaktır. Bu durumda yarı yarıya bölüşsek bile yine tek başıma çalışmaktan daha fazla kazancım olacaktır.<sup>24</sup>

İş birliği davranışı, saldırgan ve benci eğilimlerin (kavgacı bencil genlerin) yumuşatılması ve uzlaşma (çıkarların) çabasının bir yan ürünü olarak görülmemelidir. İş birliği ve doğruluk, adalet gibi toplum yanlısı davranışlar bağımsız bir biçimde evrilmiş olabilir. Çünkü sosyal varlıkların ortaya çıkışı, evrimin temel prensibi olan “maksimum fayda minimum zarar” politikasını grupça yaşayan varlıklara kazandırmış olabilir. Eş deyişle iş birliği stratejisi ile başarısızlığın maliyeti azalır iken başarı şansı çoğalır. Böylece evrimin her bir birey için temel kuralı gibi gözükür minimum zarar maksimum fayda stratejisi grup içinde tekrar gerçekleşmiş olur. Böylece evrimin doğası gereği ahlâki ve adil varlıkları doğanın “bağrından çıkarması” çok olası gözükmektedir. Bu ise –sosyal varlıkların evrimleşmiş

21 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17; Krebs, 2008, s. 232-233.

22 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17, 2022, s. 11-18.

23 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17, 2022, s. 11-18.

24 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17, 2022, s. 11-18.

olması– doğanın yalnızca saldırganlık, ihanet, bencillik gibi özellikleri üretebileceğine dair görüşlerdeki haklılık payını azaltır.<sup>25</sup>

İş birliği davranışı gösteren bireyler sadece kazançları ile ödüllendirilmezler ayrıca birbirlerini de pekiştirirler. Birbirlerine övgüler ve olumlu duygular aktarırlar bu ise bu tarz toplum yanlısı davranışların artışına ve gelecek nesillere aktarılabilirliğine katkı sağlar. Diğer bir ifade ile toplumsal birlikteliğin hazzı söz konusudur ki toplumsal içgüdülerin temeli de zaten budur yani toplum yanlısı davranış göstermenin kendisi bir pekiştiricidir. Bir tür edimsel koşullanma neticesinde alışkanlık haline gelen davranışlar daha sonra toplumsal içgüdülere dönüşmüştür.<sup>26</sup>

İş birliğini bozma aynı zamanda bireylerde kaygı, üzüntü, utanma, pişmanlık, vicdan azabı gibi duygu ve etkilere yol açtığı için (sosyal bir varlık olmasının etkisi ile) bireyler iş birliğini sürdürmeye psikolojik bakımdan da yani diğerlerinin baskısı olmadığı durumlarda da devam eder.<sup>27</sup>

İnsanın iş birliğine dayalı toplumsal bir hayvan olma süreci kadar, bu sürecin gereklerinin yerine getirilmesi,

diğer bir ifade ile sürdürülebilmesi de bir evrimsel zorunluktur. Dolayısıyla bu temel içinde adalet anlayışının gelişmesi önemli gereklilik gibi gözükmemektedir. Bu ise adalet duygusunun toplumsal iş birliğini ortaya çıkarma ve sürmesi konusundaki katkısının incelenmesini gerektirir. Eğer bu katkı net bir biçimde ortaya konulabilir ise adalet duygusunun evrimsel sürecin bir parçası olarak görülmesi makul bir açıklama biçimi olarak ortaya çıkmış olacaktır.<sup>28</sup>

### **1.3. Toplum Yanlısı Bir Davranış Olarak Adil Davranma ve Adalet Duygusunun Evrimi:**

Adalet ne sebeple evrildi? Ya da adalet geçmişte insanın işbirlikçi yaşamında nasıl bir fonksiyon icra etti ki ortaya çıktı? Temel evrimsel mantık gereği, adil davranışların veya adaletin evrimsel bakımdan bireylerin ve hatta grupların ayıklanma sürecinden başarı ile çıkmasına katkı sağladığı, iş birliği sürecinde bir fonksiyon icra ettiği için evrimleştiği kesindir. Bu bağlamda adil davranışlar iki fonksiyon icra etmiş olmalı ki evrimsel iş birliği stratejisi haline gelmiş ve adalet içgüdüğü ya da adalet duygusuna doğru bir evrimleşme söz konusu olmuş olsun. Bunlar;

25 Krebs, 2008, s. 232-239.

26 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17, 2022, s. 11-18.

27 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17, 2022, s. 11-18.

28 Krebs, 2008, s. 232-239.

I) adaletin düzenleyici fonksiyonu, II) adaletin düzeltici fonksiyonudur.<sup>29</sup>

İlk olarak adaletin düzenleyici fonksiyonu iş birliğinin –sen benim sırtımı kaşı ben senin sırtını kaşıyayım– bozulmasının önüne geçerek iş birliğinin pekişmesini ve devamlılığını sağladığı düşünülebilir. Böylece çıkar çatışmalarını çözdüğü için de evrimleşmiş olması muhtemeldir. Bunun yanı sıra iş birliği davranışının neticesinde ortaya çıkan ödüllerin paylaşımı sırasında da evrimleşmesi oldukça olasıdır. Diğer bir deyişle partnerlerin paylarından memnun olmaması durumunda gelecekte bozulması muhtemel iş birliğinin önüne geçme fonksiyonu icra ettiği için evrimleştiği ileri sürülebilir.<sup>30</sup>

Daha genel bir perspektiften iş birliğinin doğru kurulabilmesi için bireyler arası rollerin, hakların ve ödevlerin, kaynakların doğru, yerinde, oransal eşit bir biçimde dağıtılması gerekli olduğu için evrimleşmiş olma olasılığı yüksektir.<sup>31</sup>

İkinci olarak adaletin düzeltici bir fonksiyon icra etmesi nedeniyle evrimleşmiş olması gerekir. Detaylandırmak gerekirse, mevcut kurulu düzenin sürdürülebilirliğini (iş birliğinin bozulmasını engellemek için)<sup>32</sup> sağlamak için adalet-dışı, toplum-karşıtı davranışların cezalandırılması<sup>33</sup> gereklidir. Bu ise adaletin telafi edici, düzeltici fonksiyonudur. Çünkü aksi halde adaletsizliğe uğrayan bireyler iş bırakma, yavaşlatma davranışları sergileyebilirlerdi. Yine bilhassa haksızlığa uğrayan bireyler için çok fazla maliyet söz konusu olurdu. Çünkü emekten doğan açığın yanı sıra bir de emeğinin karşılığını alamama durumu söz konusu olduğu için adil davrananlar için iki katı kayba yol açardı. Bu açığın kapanması için de düzeltici yönüyle adaletin evrimleşmiş olma olasılığı çok yüksektir.<sup>34</sup>

Bunun yanı sıra insanın kin, intikam, nispet gibi duygularının tatmini için de evrilmiş olabilir. Çünkü bu tarz duygular büyük oranda sosyal varlıklarda ortaya çıkan duygulardır ve toplumsal devamlılık için “diş dış, kana

29 Krebs, 2008, s. 232-244.

30 Krebs, 2008, s. 232-244.

31 Krebs, 2008, s. 232-244.

32 İş birliğini bozan ve adalet talebi gerektiren davranışlar; sözüde durmama (güvenin karşıtı), eşit paylaşmama, hakkını vermeme, hile yapma, beleşçiler (sorumluluk ve risk almadan ödül kazanma eğilimi gösterenler).

33 Fiziksel ve ruhsal cezalar, sürgün, kaynaklara erişimin kısıtlanması, iş birliği davranışlarından uzaklaştırılma (iş birliğinin kendisi istenen olduğu için).

34 Krebs, 2008, s. 232-244.

kan ya da göze göz politikaları” bir zaruriyet konumundadır. Dolayısıyla bu duyguların tatmini için düzeltici adalet şart gibi gözükmektedir.<sup>35</sup>

İşbirlikçi değiş tokuşlarda hileye karşı koymanın bir yolu olarak da ortaya çıkmış olma olasılığı yüksektir. Çünkü hile yapanları yola getirmek (normlara uymaya zorlamak) grubun faydasına olmuş olacaktır.<sup>36</sup>

Özetle bu gibi fonksiyonları icra ettiği için adalet duygusunun evrilmiş olma olasılığı çok yüksektir; ancak temelinde yatan fikirler tümüyle aynıdır: Adalet, toplumsal iş birliğinin garanti altına alınması ve sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için evrimleşmiş bir sosyal mekanizmadır.

Peki, adalet nasıl ve neden içgüdüsel hale geldi?

Birinci aşamada ifade edilen toplumsal fonksiyonları yerine getirdiği için adil davranışlar, nesiller boyunca tekrarlana tekrarlana alışkanlığa dönüştü. Diğer bir ifade ile adil davranışlar gösterme insanlar için ilk aşamada ümit-korku, ödül-ceza gibi daha sosyal yaşamdaki mekanik edimsel öğrenme süreçleriyle ilintili olarak süreklilik kazandı. Ardından ikinci aşamada bir tür toplumsal hafıza olarak sonraki kuşaklara aktarıldı. Böylece içgüdü

halini aldı ve bu aşamada artık “adalet kendinde bir değer haline” gelmiş oldu. Bu evrimsel sürece erişildiğinde artık bireylerin kendi fayda-zarar hesabı ikinci planda kaldı ve toplumsal bir içgüdü olarak adalet bizatihi kendisi için savunulur hale geldi.<sup>37</sup>

Son olarak şu sorunun da yanıtının aranması gerekir: Günümüzdeki adalet duygularımıza bu süreç nasıl etki ediyor olabilir?

Günümüzdeki adalet duygusu/arzusuna/talebi temel olarak toplumsal iş birliğinden doğan içgüdülerin yerine getirilmesinden kaynaklanır. Adaletsizliğe tepkimiz ise bu içgüdülerin gereğinin yerine getirilmemesinden kaynaklanır. Adalet içgüdüsu ya da duygusu -diğer toplumsal içgüdülerimiz de buna dahil- tıpkı susadığımızda su içmek istememiz gibi giderilme arzusunu, rahatsızlığını bilince sunan bir itki örneğidir.

## 2. Adaletin İçgüdüsel Olduğunu Destekleyebilecek Oyun ve Deneyle

Adalet duygusunun içgüdüsel temellere dayanabileceğine dair burada iki oyun örneğinin sunulması konunun anlaşılabilirliğini artıracaktır.

Bunlardan ilki olan “Ültimatom Oyunu” iki oyuncuyla oynanır. Dene-

35 Krebs, 2008, s. 232-244; Tomasello, 2019, s. 34-38; Driscoll, erişim tarihi: 14.03.2023, s. 27-30.

36 Krebs, 2008, s. 232-244.

37 Wilson, 2017, s. 16-23; Tomasello, 2019, s. 11-17; Krebs, 2008, s. 232-233; Darwin, 2008, s. 143-156.



yi yürüten kişi oyunculardan birine bir miktar para, sözgelimi on pound, verir. Oyunculara, eğer parayı aralarında nasıl bölüşeceklerine karar verebilirlerse, paranın kendilerinde kalabileceği söylenir. Kurallar basittir. Birinci oyuncuya parayı nasıl paylaşacaklarına ilişkin ikinci oyuncuya bir teklif yapması söylenir. Her iki oyuncudan birine düşecek pay bir peni ile on pound arasında bir miktar olabilir. İkinci oyuncu bu teklifi kabul ederse, kendi payı kendisinin olabilir; reddederse, her iki oyuncu da hiç para alamaz. İkinci oyuncunun kendisine teklif edilecek para miktarını belirleme şansı yoktur ve oyun tekrarlanmayacaktır. Mantıken, konuya sadece parasal açıdan bakıldığında, birinci oyuncu ne teklif ederse etsin ikinci oyuncunun kabul etmesi anlamlıdır, ama gerçek hayat ve gerçek insanlar söz konusu olunca işler böyle yürümez. Eğer teklif düşükse genellikle ikinci oyuncu teklifi reddeder ve böylece her iki oyuncunun da para kazanma şansı ortadan kalkar. Bu tür deneylerde, deneklerin yaklaşık yüzde 20'si teklifi reddetmektedir. Akılcı ve bencilce davranıp kendilerine eşit olmayan bir pay verilmesine göz yummaktansa hiç para almamayı yeğlemektedirler.<sup>38</sup>

İkinci oyun ise “*Diktatör Oyunu*” adlı adalet duygumuzun altını çizen

daha basit bir oyundur. Bu oyunda ikinci oyuncu kendisine verilen payı kabul etmek zorundadır ve o nedenle birinci oyuncu parayı yitirme endişesine hiç düşmeden ikinci oyuncuya istediği payı verebilir. Ama bu oyunda bile oyuncuların yaklaşık altıda biri, sonucu “dikte” etme gücüne sahip olmalarına rağmen, parayı eşit olarak ikiye bölmektedir. İş birliği içgüdümüz beraberinde hem adalet hem de (eğer biri bize adil davranmazsa) kin duyma eğilimi getirmektedir. Bu iki örnekten de açıkça anlaşılabilen gibi tamamen kendi çıkarlarına aykırı olsa da insanlar adaletin yerine gelmesi için taviz vermektedir. Bu tür bir davranışın şartlar düşünüldüğünde bencilce eylemleri beraberinde getirmesi muhtemel iken belki de ilk dönem insanların savadığı davranışlarının etkisi bugünün makul koşullarının önüne geçebilmektedir. İçgüdülerimiz aklımızın ve şartların önüne geçebilmektedir.<sup>39</sup>

Son olarak adalet ve evrim söz konusu olduğunda klasikleşmiş bir örnek haline gelen kapuçin maymunları üzerinde gerçekleşen bir deneyi özetlemek yerinde olacaktır. Bir maymun bakıcısı birbirini gören ancak birbirinden kafesle ayrılmış iki maymuna değişik tokuş yapabileceği ve karşılığında salatalık alabileceği para yerine geçebilecek olan bir fiş veriyor. Maymunlar

38 Robert Winston, *İnsan İçgüdüsü*, Çev.: Sinan Köseoğlu, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 366 – 368.

39 Winston, *İnsan İçgüdüsü*, s. 366 – 368.

bu fişi verdiklerinde salatalık alıyorlar. Bu süreç belli bir süre aynı şekilde sürdükten sonra bakıcı sağdaki maymuna aynı fiş karşılığında üzüm –maymunların salatalığa nazaran üzümü daha çok sevdiği biliniyor– vermeye diğere ise yine salatalık vermeye devam ediyor. Sağdaki maymuna fiş karşılığında (aynı işe) üzüm verildiğini fark eden (farklı ücret) diğer maymun, her zaman yaptığı gibi fişi veriyor ancak bu kez fişin karşılığında aldığı salatalığı yemeyerek bakıcısına fırlatma gibi davranışlar göstererek tepkisini ortaya koymaya çalışıyor. Bu olay birkaç kez tekrarlandığında aynı tepkinin tekrar tekrar ortaya çıktığı görülüyor. Deneğin uygulayıcısı Sarah F. Brosnan ve Frans B. M. De Waal bu olayı kapuçin maymunlarının adaletsizliğe yönelik tepkisi olarak yorumluyor ve evrimsel süreçte yalnızca insanda değil aynı zamanda yakın atalarımızda da adalet duygusunun mevcut olduğunu ve dolayısıyla adaletin evrimsel bir sürecin sonunda kazanılmış olma ihtimalinin yüksek olduğunu ileri sürüyorlar.<sup>40</sup>

#### KAYNAKÇA

- Dawkins, Richard, *Gen Bencildir*, Çev.: Tunç Tuncay Bilgin, Uygur Polat, Kuzey Yayınları, İstanbul, 2014.
- Driscoll, Catherine, *Sociobiology*, <https://plato.stanford.edu/entries/sociobiology/> Erişim tarihi: 14.03.2023.
- Gedikli, Mehmet Eren, “Kant ve Darwin’de Ahlaklılık Problemi”, *Dört Öge Dergisi* Sayı: 20 (89-115), Ankara, 2021.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007.
- Hogg, Michael A.; Vaughan, Graham M., *Sosyal Psikoloji*, Çev.: İbrahim Yıldız, Aydın Gelmez, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2014.
- Krebs, Dennis L., “The Evolution of a Sense of Justice”, *Evolutionary Forensic Psychology: Darwinian Foundations of Crime and Law* içinde, Ed.: Joshua D. Duntley and Todd K. Shackelford, Oxford Press, Oxford, 2008.
- Mayr, Ernst, *Evrım Nedir?*, Çev.: Nurdan Soysal, Say Yayınları, İstanbul, 2018.
- Schmitt, David P., “Evolutionary Psychology Research Methods”, *Foundations of Evolutionary Psychology* içinde, Ed.: Charles Crowrod, Dennis Krebs, Taylor & Francis Group, London, 2008.
- Tomasello, Michael, *İnsan Ahlakının Doğal Tarihi*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022.
- Tomasello, Michael, *Neden Ortaklıklar Kurarız?*, Çev.: Bahar Tunçgenç, Alfa Bilim, İstanbul, 2019.
- Wilson, Edward O., *İnsan Varlığının Anlamı*, Çev.: Zeynep Sezer, Olvido Kitap, İstanbul, 2017.
- Winston, Robert, *İnsan İçgüdüsü*, Çev.: Sinan Köseoğlu, Say Yayınları, İstanbul, 2011.
- Brosnan, S. F.; De Waal, Frans B. M., “Evolution of Responses to (Un)Fairness”, *Science*, 2014, Sayı: 346.
- Darwin, Charles, *İnsanın Türeyişi*, Çev.: Sevim Belli, Onur Yayıncılık, Ankara, 2008.

40 S. F. Brosnan; Frans B. M. De Waal. “Evolution Of Responses To (Un)Fairness.” *Science*, 2014, Sayı: 346.

# Otoritenin Direktiflerinin Normatif Gücü: Epistemolojik Şart, Olasılıksal Bilgi ve Tekrar Ağırlıklandırma Sebepleri

Yahya Berkol GÜLGEÇ<sup>1</sup>

## Özet

Joseph Raz'ın teorisinde fiili otoritenin meşru otorite olabilmesi için bağımlılık ve normal gerekçelendirme tezlerinden kaynaklanan şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bağımlılık tezi fiili otoritenin direktifi çıkarırken muhatabın sahip olduğu eylem sebeplerini değerlendirmesini gerektirir. "Uzmanlık şartı" olarak isimlendirebileceğimiz normal gerekçelendirme tezine göre, direktifler ancak muhatap kendi değerlendirmelerinden ziyade otoritenin değerlendirmelerine göre hareket ettiğinde sahip olduğu eylem sebeplerine daha yüksek bir oranda uyacaksa dışlayıcı normatif güce sahip olabilir. Raz'a göre, bu iki şart sağlandığında üstünlük tezi uyarınca muhatabın kendi değerlendirmelerine değil, otoritenin değerlendirmelerine göre eylemesi gerekir.

Çalışmada fiili otoritenin meşruiyeti ile otoritenin çıkardığı direktiflerin dışlayıcı normatif gücü arasında bir boşluk yaratılmaktadır. Buna göre, meşru otoritenin direktifinin dışlayıcı normatif güce sahip olabilmesi için otoriteyle ilgisiz bir şartın daha yerine getirilmesi gerekir. *Impossibilium nulla obligatio est* ilkesinden kaynaklanan bu yeni şart, muhatabın direktiflere dışlayıcı normatif güç atfedebilmesi için meşru otoritenin şartlarının fiili otorite tarafından yerine

getirildiğini bilmesinin mümkün olması gerekir. Bu, dışlayıcı normatif gücün epistemolojik şartıdır.

Muhatabın erişebildiği kanıtlar doğrultusunda fiili otoritenin meşru otorite olup olmadığı kesin olarak belirlenemeyeceği durumlar olabilir. Böyle durumlarda direktiflerin normatif etkisinin ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Çalışma bu soruya Sarah Moss'un olasılıksal bilgi anlayışından ve Stephen R. Perry'nin tekrar ağırlıklandırma sebeplerinden müphem bir yaklaşımla yanıt vermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** bağımlılık tezi, normal gerekçelendirme tezi, dışlayıcı eylem sebebi, olasılıksal bilgi, tekrar ağırlıklandırma sebebi, otorite

## GİRİŞ

Joseph Raz hukuk, ahlâk ve hatta siyaset felsefesi alanlarında iz bırakan çalışmalarıyla hatırlanacak. Bununla birlikte, Raz'ın en önemli, detaylı ve etkili görüşlerinin hukuk teorisi ve ahlâk felsefesinin kesişiminde can bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Otoritenin hizmet anlayışı (*service*

<sup>1</sup> Dr. Öğretim Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: ybgulgec@uludag.edu.tr

*conception of authority*) meşru otoritenin tanımını ve şartlarının izini sürer. Raz'ın bu anlayış temelinde geliştirdiği hukuki normativite teorisi hâlâ hararetli tartışmalara konu olmaktadır. Bu çalışmada meşru otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif gücüne mani olabilecek bir epistemolojik sorunu ele alacağım.

Fiilî otoritenin<sup>2</sup> direktiflerinin dışlayıcı normatif gücü otoritenin konuyla ilgili uzmanlığına bağlıdır. Otoritenin direktifleri, yalnızca otoritenin muhataptan daha uzman olduğu konularda dışlayıcı normatif güce sahip olur<sup>3</sup>. Bu nedenle de belli bir konudaki direktif belli kişiler açısından dışlayıcı nitelik taşırken, diğerleri açısından taşımaya-bilir<sup>4</sup>. Keza meşru otorite olmanın bağımlılık gibi bir başka şartı daha vardır. Buna göre, direktifi çıkaran otoritenin muhatabın sahip olduğu sebeplere dayanan bir değerlendirme yapması icap eder<sup>5</sup>. Çoğu durumda muhatabın mı yoksa otoritenin mi daha uzman olduğunu veya otoritenin yalnızca muhatabın sahip olduğu sebeplere ilişkin bir değerlendirme yapıp yapmadığını belirlemek kolaydır. Buradaki kolaylıktan kastımız objektif bir imkândır. Kısacası, objektif kriterler doğrultu-

sunda otoritenin uzmanlık durumu veya değerlendirmelerine konu eylem sebeplerinin kime ait olduğu açıktır. Muhatabın bu objektif kriterlere ilişkin doğru değerlendirmeyi gerçekleştirebilmesi gerekir. Sübjektif değerlendirme yetersizlikleri muhatabın pratik değerlendirmelerinde direktife dışlayıcı normatif güç atfetmemesini haklı çıkaramaz. Bununla birlikte, kimi durumlarda otoritenin mi yoksa muhatabın mı daha uzman olduğunu objektif olarak belirlemek mümkün olmayabilir. Kimi bilgiler yalnızca olasılıksaldır. Bu gibi durumlarda uzmanlık konusunda kesin bir tespit bulunamayan/bulunması beklenemeyecek olan muhatap nasıl eylemelidir? Otoritenin direktifini salt bir birinci düzey sebep olarak mı kabul etmelidir? Yoksa dışlayıcı sebeplerle birinci düzey sebepler arasında başka tür ikinci düzey sebeplerin bulunması mümkün müdür?

İlk bölümde Raz'ın meşru otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif güç taşımasının şartlarını ele alacağım ve bunlara epistemolojik bir ön şart ekleyeceğim: muhatabın bu şartlara ilişkin doğru değerlendirme yapmasının mümkün olması. Epistemolojik şartın sağlanmadığı ve muhatabın fiilî bir

2 Çalışmanın kalanında “fiilî otorite” yerine yalnızca “otorite” yazacağım. Meşru olduğu ayrıca belirtilmeyen otoriteden fiilî otorite anlaşılmalıdır.

3 Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On The Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford 2009, ss. 136-137.

4 Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, s. 73.

5 *Ibid.*, s. 47.

otoritenin meşru olup olmadığını kesin olarak bilemediği durumlarda otoritenin meşruiyetine ilişkin “olasılıksal bilgi”nin (*probabilistic knowledge*) söz konusu olabileceğini iddia edeceğim. Sarah Moss tarafından ortaya atılan ve epistemoloji alanında önemli tartışmalara yol açan iddiaya göre, olasılıksal inançlarımız da bilgi niteliği taşıyabilir. Çalışmanın ikinci bölümü tüketici olduğu iddiasını taşımadan olasılıksal bilgiye odaklanacaktır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise epistemolojik şartın sağlanmadığı durumlarda otoritenin direktiflerinin muhatabın pratik teemmüllerinde ne tür bir rol oynayabileceğini araştıracağım. Bu son kısımda Stephen R. Perry’nin Raz’ın ikinci düzey eylem sebeplerine ek olarak önerdiği tekrar ağırlıklandırma sebeplerinden yararlanacağım.

## I. MEŞRU OTORİTENİN DİREKTİFLERİ VE DIŞLAYICI SEBEP

Raz’ın hukuk ve ahlâk felsefesine en önemli katkısı dışlayıcı eylem sebebi (*exclusionary reason for action*) kavramıdır. Doğru eyleme her zaman sebeplerin tartımı, yani bir eylem lehindeki ve aleyhindeki olguların önemlerinin değerlendirilmesi neticesinde karar verilmesi gerektiği fikri ahlâk felsefesi alanında 1950’lerden itibaren

yaygın biçimde benimsenmiştir<sup>6</sup>. Bu yerleşik anlayış doğru eylemin belirlenmesinde bireysel otonomiye esas alır: Doğru eylemin eylemi gerçekleştirecek bireyin kendi değerlendirmeleriyle belirlenmesi gerekir. Dışlayıcı sebeplerse bu manzarayı değiştirir: Belli konularda bireyin doğru eyleme kendi değerlendirmeleri değil, başkalarının değerlendirmelerine göre karar vermesi gerekir. Tartım aynı düzeydeki eylem sebepleri arasında gerçekleştirilir. Ancak, her eylem sebebi aynı düzeyde değildir. İkinci düzey eylem sebepleri “belli sebeplere dayanarak eyleme veya eylemekten kaçınma”ya ilişkin olgulardır<sup>7</sup>. “Belli sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınma” yönündeki eylem sebeplerine dışlayıcı eylem sebebi denir<sup>8</sup>.

Hukuk alanındaki dışlayıcı eylem sebepleri meşru otorite kavramıyla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla, bu kısımda Raz’ın meşru otorite hakkındaki düşünceleri üzerinde kısaca durmakta fayda vardır. Raz’ın incelemelerinin odağında pratik otorite vardır. Dışlayıcı normatif güce sahip olan direktifler epistemolojik otoritelerin, yani uzmanların tavsiyeleri değildir. Tavsiyeler nitelikleri itibarıyla eylemler mutlak suretle dikkate alınmaları gerektiği iddiasında bulunmaz. Bu tür bir iddia

6 Judith JARVIS THOMSON, *Normativity*, Open Court, Chicago 2010, s. 125.

7 Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 39.

8 *Ibid.*

pratik direktiflere özgüdür. Bu tür irade açıklamalarına uyulmalarının zorunlu olduğuna dair bir ima eşlik eder. Tavsiye verense talep üzerine veya talepsiz bir konudaki görüşünü sunup nihai kararı tavsiye alana bırakır.

Raz'ın otoriteye ilişkin görüşlerinde vurgulanması gereken ilk husus fiili otorite ve meşru otorite arasındaki ilişkidir. Fiili otorite kabaca bir toplumda etkili bir düzen yaratan, insanların eylemlerini belirlerken irade açıklamalarını genellikle kerteriz aldığı oluşumu ifade eder<sup>9</sup>. Raz'a göre, fiili otorite olmak meşru otorite olmanın ön şartıdır. Raz fiili otorite olmayanların meşru otorite olamayacağını düşünmek için iyi sebeplerimiz olduğunu vurgular. Pratik otorite olmak büyük çaplı koordinasyon sorunlarını çözebilmeyi gerektirir ve fiili otorite olmadan bu fonksiyonunun yerine getirilmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Meşru otoritenin de bir "otorite" olması gerektiğine göre, fiili otorite olunmadan meşru otorite olunamayacağını söyleyebiliriz.

Bu kısımda bizi daha çok ilgilendiren fiili otoritelerin meşru otorite olması için yerine getirmesi gereken

şartlardır. Fiili otorite olmak meşru otorite olmanın *sine qua non* şartı olmakla birlikte, *per quam* şartı değildir. Raz meşru otoriteye ilişkin bağımlılık tezi (*dependence thesis*), normal gerekçelendirme tezi (*normal justification thesis*) ve üstünlük tezi (*preemption thesis*) adında üç tez ileri sürer. Bunlardan ilk ikisi meşru otoritelerin yerine getirmesi gereken şartlardır. Üstünlük tezi ise meşru otoritenin şartı olmaktan ziyade meşru otorite tarafından çıkarılan direktiflerin normatif etkisine dairdir. Burada ilk iki tezi kısaca incelemekle yetineceğim.

Bağımlılık tezi kısaca şunu ifade eder: Otoritenin direktifi muhatabının eylem sebeplerine dayanmalıdır<sup>11</sup>. Bir kimseye verilen direktifler onun iyiliği göz önüne alınarak verilebileceği gibi, bencilce sebepler doğrultusunda da gerçekleştirilebilir. Salt kendine veya muhatap dışındaki kimselere ait sebeplere dayanarak direktif çıkaran bir fiili otoritenin meşru kabul edilmesi ise mümkün değildir. Örneğin, en azından belli bir süre ders çalışmasını sağlamak için değil, etrafta dolaşmasından rahatsız olduğu için çocuğundan odasına kapanmasını isteyen ebeveyn bağımlılık tezine uygun davranmadığı

9 Fiili otoriteye ilişkin farklı düşünürlerin farklı tanımları olabilir. Bizim burada benimsediğimiz tanım sanıyorum en çok John Austin'in tanımına benzemektedir: Fiili otorite, bir toplumdaki insanların itaat etme alışkanlığına sahip olduğu kişi veya kişilerdir. Bkz. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 166.

10 RAZ, 1986, s. 56.

11 *Ibid.*, s. 47.

için (bu konuda) meşru otorite olamaz. Otoritelerin direktif çıkarırken muhatabın sahip olduğu eylem sebepleri dışında dayanabileceği sebepler yalnızca otoritenin aşağıda bahsedeceğim normal gerekçelendirme tezinin gereğini daha iyi yerine getirmesini sağlayan sebepler olabilir. Raz'a göre, otoritenin konumu nedeniyle yalnızca muhatabın sahip olduğu eylem sebeplerinin dikkate alınması sorunlu olabilir<sup>12</sup>.

Bağımlılık tezi fiilî otorite konumundaki kişilerin muhataplara hizmet etmesini garanti etmeye yöneliktir. Bu şartı fiilî iktidara ilişkin bir tür dürüstlük testi olarak da görebiliriz. Raz'ın teorisinde otorite pratik açıdan muhataba hizmet ettiği ve edebildiği ölçüde meşrudur. Muhataba hizmet edebilmek için öncelikle bunu hedeflemek ve muhatabın sahip olduğu eylem sebeplerini dikkate alarak direktif çıkarmak icap eder. Muktedirlerin veya muhatap dışındaki kişilerin çıkarlarını dikkate alan bir otoritenin direktif bağımlılık tezinin gereğini yerine getirmeyeceği için dışlayıcı normatif güce sahip olamaz.

Hizmet etme niyeti iyi bir başlangıçtır. Ancak, yeterli değildir. Normal gerekçelendirme tezi meşru otorite olabilmesi için fiilî otoritenin sahip

olması gereken bazı niteliklere göndermede bulunur. Bu niteliği kısaca uzmanlık olarak ifade edebiliriz. Buna göre, bir konuda belli bir *de facto* otoritenin direktifini takip etmek, kişinin eylem sebeplerine daha yüksek bir olasılık ve oranla uymasını sağlayacaksa, söz konusu *de facto* otorite *o konuya ilişkin* olarak ve *o muhatap* açısından meşru otorite konumundadır<sup>13</sup>. Meşru otorite olmanın şekli şartı bağımlılık teziyse, maddî şartı "uzmanlık kriteri" olarak da ifade edilebilecek olan normal gerekçelendirme tezidir. Hizmet niyeti, normal gerekçelendirme teziyle birlikte hizmete dönüşür.

Bu kısımda bu iki şarta Raz tarafından bahsedilmeyen bir şart daha ekleyeceğimi söylemişim. Öncelikle, ele alacağım şartın Raz tarafından açıkça dikkate alınmaması önemli bir eksiklik olarak görülmeyebilir. Görüleceği üzere, bu şart aslında pratik normativite hakkındaki epistemolojik bir şarttan kaynaklanmaktadır. Immanuel Kant'ın konuyla ilgili ve ilk bakışta birbirinden bağımsız görünen iki tespiti vardır. İlk olarak, doğru eylemin gerçekleştirildiğinden bahsedebilmek için eylemin doğru sebeple gerçekleştirilmesi gerekir: Ahlâken doğru eylemin kişisel çıkarlardan kaynaklanan sebeplerle

12 Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford 1994, s. 214, dn. 6.

13 *Ibid.*, s. 53.



gerçekleştirilmesi durumunda öznenin doğru eylediğini söyleyemeyiz<sup>14</sup>. Ayrıca eylem hakkındaki bir gereklilikten bahsedebilmek için eylemin gerçekleştirilmesi mümkün bir eylem olması gerekir<sup>15</sup>. Bu iki tespit arasındaki bağlantı şu şekilde kurulabilir: Doğru eylem ancak doğru sebebe dayanarak gerçekleştirilebileceğine göre, doğru eylemi gerçekleştirme gerekliliği ancak öznenin doğru sebebi objektif olarak bilebileceği durumlarda söz konusu olur. Çünkü doğru sebebi bilmesi mümkün olmayan öznenin doğru sebebe dayanarak eylemesi imkansızdır ve imkansız bir gereklilikten söz edilemez.

Epistemolojik şart fiilî otoritenin meşru otorite olmasıyla direktiflerine muhatapları tarafından dışlayıcı normatif güç atfedilmesi arasında bir boşluk oluşturur. Buna göre, bir fiilî otorite bağımlılık tezi ve normal gerekçelendirme tezinin gereklerini yerine getirip meşru otorite niteliği kazansa dahi, bu gereklerinin yerine getirildiğinin muhatap tarafından bilinmeyeceği durumlarda meşru otoritenin direktiflerine dışlayıcı eylem sebebi olarak kabul etme gerekliliği doğmaz. Bir başka deyişle, otoritenin meşruiyeti muhatap tarafından kesin olarak bilinmeyecekse, muhatap doğru eyleme ilişkin otoritenin direktifine uyup kendi değerlendirmelerini tamamen bir kenara

fırlatmak zorunda değildir. Dikkat edileceği üzere, epistemolojik şart otorite açısından değil, muhatap açısından geçerlidir. Bir fiilî otorite bağımlılık tezine uygun biçimde muhatabın sahip olduğu eylem sebeplerini değerlendirdiğinin bilincinde olmasa veya belli muhataplardan daha uzman olduğundan emin olamasa dahi meşru otorite olabilir. Öte yandan, meşru otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif güce sahip olduğunu iddia edeceksek, söz konusu şartların yerine getirildiğinin muhatap tarafından bilinebilir olması icap eder. Uzmanlık veya bağımlılık, yani meşru otorite olmanın maddi ve şekli şartları, muhatap tarafından kesin olarak tespit edilemiyorsa, muhatabın eylem sebebine dışlayıcı normatif güç atfetmesi gerekmemelidir. Epistemolojik şartın meşru otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif gücü açısından tam olarak hangi durumlarda ve niçin engel teşkil edebileceğini üçüncü bölümde açıklayacağım. Şimdilik, üçüncü bölümde ortaya atılan sorunun çözümünde yararlanacağım bir fikre, olasıksal bilginin mümkün olduğu iddiasına odaklanmak istiyorum.

## II. OLASILIKSAL BİLGİ

Epistemoloji alanındaki geleneksel bilgi teorileri yalnızca tam inançların bilgi niteliği taşıyabileceğini savu-

14 Immanuel KANT, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, s. 11.

15 Immanuel KANT, *Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 540.

nur<sup>16</sup>. Buna göre, bir özne belli bir  $p$  önermesine kısmen inanıyorsa, öznenin  $p$ 'nin bilgisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>17</sup>. Kısmî inançlardan bahsedenlerin bilgiden ziyade gerekçelendirmeden bahsettiği düşünülmüştür<sup>18</sup>. Sarah Moss, *Probabilistic Knowledge*'da olasılıksal bilginin mümkün olduğunu ve hatta bütün bilgilerin olasılıksal olduğunu iddia ederek epistemoloji çevrelerinde ses getirmiştir. Bu kısımda Moss'un tezini ana hatlarıyla aktarıp, bu tezin en azından otoritenin meşruiyetinin bilgisine uygulanabilir olduğunu kabul edeceğim.

Esasen bazı türdeki olasılıksal bilgi anlayışının sorunsuz olduğu düşünülebilir<sup>19</sup>. Bir zindanlar ve ejderhalar macerasında oyuncuların birinin attığı yirmi yüzlü zarın bir gelme ihtimalinin 0.05 olduğunu söylemekte, bir ağacın gövdesinin kahverengi olduğunu söylemekte benzer bir gerçeklik ve kesinlik söz konusudur. Bununla birlikte, Moss'un olasılıksal bilgi kavramı bir tür gerçekliğe tekabül ettiğini kolaylıkla söyleyebileceğimiz bu tür

olasılıksal içeriklerle sınırlı kalmaz<sup>20</sup>. Bu konuda Moss açıkça şunları ifade eder:

“...benim bahsettiğim olasılıksal inançlar olasılıklar hakkındaki önermelere dair tam inançlar değildir. Örneğin, kanıtlar doğrultusunda neyin olası olduğuna dair tam inanç teşkil etmezler. Nesnel şans olguları hakkındaki tam inançlar değildirler. Bir başka deyişle, olasılıksal inançlarınız kısmî inançlarınızı, inanç derecelerinizi, güven derecelerinizi veya öznel olasılıklarınızı içerir.”<sup>21</sup>

Bu radikal bakış açısının kabulünün güç olması bilginin gerçekte bir örtüşme ilişkisi içinde olduğunun düşünülmesidir<sup>22</sup>. Kanıtlara dayalı objektif olasılıkların doğruluğunun belirlenebilir olduğunu söyleyebilirsek de bu genişletilmiş hâliyle olasılıksal inançların doğruluğunu hangi kritere göre belirleyeceğiz? Bu soruna olgusalılık (*factivity*) sorunu ismini vereceğim.

Olgusalılık epistemolojik bağlamda bir şeyin ancak doğru olması durumunda bilinebileceğini ifade eder<sup>23</sup>. Moss önceki tespitite “doğru” sözcüğünün fazlalık olduğunu düşünür. Buna göre,

16 Sarah MOSS, *Probabilistic Knowledge*, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 1.

17 Carlotta PAVESE, “Probabilistic Knowledge in Action”, *Analysis*, 80 (2020), 2, s. 342.

18 John MACFARLANE, “On Probabilistic Knowledge”, <https://johnmacfarlane.net/moss.pdf>, 12.3.2023, s. 2.

19 Patricia RICH, “The Logic of Probabilistic Knowledge”, *Philosophical Studies*, 177 (2020), 6, s. 1704.

20 *Ibid.*

21 MOSS, 2018, s. 2.

22 RICH, 2020, s. 1707.

23 *Ibid.*, s. 1709.

$\phi$ 'yi bilmek ancak  $\phi$  ise mümkündür<sup>24</sup>. Moss'un olgusalılığı bu şekilde tanımlaması, olasılıksal inançların da olgusalığa konu olabilmelerini sağlaması açısından önemlidir. Doğruluk öncelikle önermelere ilişkin bir nitelik gibi görünür. Bir önerme kendi dışındaki olgusal bir gerçekliğe tekabül etmek suretiyle doğru olur. Moss'a göreyse, inançların konusu önermelerden çok daha fazlasıdır. Moss olasılıksal inançların en iyi olasılık uzayları ile temsil edileceğini vurgular<sup>25</sup>. Olasılıksal bir inancın içeriği bir dünyalar kümesi değil, bir olasılık uzayları kümesidir. Söz konusu içerik bir olasılık uzayı kümesi olarak mevcut olduğu sürece olasılıksal inanç doğru olabilir ve dolayısıyla bilgi niteliği taşıyabilir<sup>26</sup>. Moss şu örneği vermektedir: “Örneğin, diyelim ki Smith, *Jones'un büyük ihtimalle sigara içtiğine inanıyor. Bu inancın içeriği Jones büyük ihtimalle sigara içtiği sürece doğru olacaktır*”<sup>27</sup>. Dolayısıyla, önermeler açısından önermenin içeriği ve dışarıdaki olgusal dünya arasındaki uyuma, olasılıksal inançlarda olasılıksal içerikle olasılık uzayı arasındadır. Peki ama bu uyuşmayı nasıl tespit edeceğiz?

John MacFarlane, Moss'un olasılıksal bilgiye ilişkin iddialarının olgusalılık ve güvenlik cephesinden gelecek iki önemli itirazla karşılaşacağını düşünür. Bunlar olgusalılık ve güvenlidir. Olgusalılığın ne olduğunu yukarıda açıkladım. Güvenlik, bilginin şans eseri olmadığını garanti eden şart olarak anlaşılabilir. Temel olarak bir kimse  $p$ 'ye inanıyorsa ve  $p$ 'nin kolayca yanlış olması mümkün değilse inancın güvenli olduğu ifade edilir<sup>28</sup>. Burada MacFarlane'in bozuk para örneği<sup>29</sup> üzerinden bizim tartışmamız açısından daha büyük önem arz eden olgusalılık konusuna odaklanmak niyetindeyim.

Bir bozuk para attığımı, ancak ne geldiğine bakmadığımı varsayalım. Eğer olasılıksal bilgi varsa başlangıçta paranın 0.5 ihtimalle yazı veya tura geldiğini biliyor olmalıyım. Buna ek olarak şu bilgilere de kesin olarak vâkım:

- (1) Bozuk para ya yazı gelmiştir ya da tura gelmiştir.
- (2) Eğer yazı geldiyse, tura gelmesi 0.5 ihtimal değildir.
- (3) Eğer tura geldiyse yazı gelmesi 0.5 ihtimal değildir.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> MOSS, 2018, s. 1.

<sup>26</sup> *Ibid.*, s. 120.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> MACFARLANE, s. 10.

<sup>29</sup> Bkz. *ibid.*, s. 8 vd.

MacFarlane, netice itibariyle sonraki üç bilgi kesinlikle doğru olduğu için başlangıçta tura gelme ihtimalinin 0.5 olduğunu bilemeyeceğimi, çünkü bunun doğru olamayacağını belirtir<sup>30</sup>. Bununla birlikte, MacFarlane bu argümantasyonda bir sorun olduğu konusunda Moss ile hemfikir<sup>31</sup>. Moss bu tür argümantasyonda yalnızca görünüşte *modus tollens* olduğunu, bu argümantasyonun aslında geçerli çıkarım kurallarına dayanmadığını ifade eder<sup>32</sup>.

MacFarlane'in Moss'un teorik çerçevesi içinde aşamayacağını düşündüğü güçlük şu şekilde özetlenebilir: Belli bir anda  $\phi$  bilgisine sahip olmak, gelecekte  $\phi$ 'nin bilgi niteliğini devam ettirmesine bağlıdır. Bir başka deyişle, sonradan reddedilmesi gereken olan inanç bilgi niteliği taşıyamaz. MacFarlane, bir kez bozuk paranın yazı mı tura mı geldiğine baktığımda paranın ya kesinlikle yazı ya da kesinlikle tura geldiği bilgisine sahip olacağımı ve her iki durumda da önceden sahip olduğum “bozuk paranın yazı gelmesi 0.5 ihtimaldir” inancı veya bu inancın tura için benimsenmiş versiyonunun yanlış olduğunu kabul etmem gerekeceğini

belirtir<sup>33</sup>. Oysa başlangıçtaki inancım bilgi niteliği taşıyaydı bozuk paranın ne geldiğine baktığımda mutlak suretle önceki inancımın bilgi niteliği taşıdığını reddetmek zorunda kalmamalıydım.

Havaya atılan bir paranın 0.5 ihtimalle tura geleceği iddiası belli bir paranın yazı mı tura mı geldiği tespitinden yola çıkarak yanlışlanabilecek bir inanç olmamalı. Bozuk paranın havaya atıldığında 0.5 ihtimalle tura geleceği (ve dolayısıyla 0.5 ihtimalle yazı geleceği) iddiası  $n$  kez bozuk para atıldığında yarısının tura yarısının yazı gelmesini beklememiz gerektiğini ifade eder. Öyle ki, 100 kez atılan bozuk paranın 100 kez tura gelmiş olması dahi başlangıçtaki inancın yanlış olduğu ve dolayısıyla bilgi teşkil edemeyeceği anlamına gelmez. Bunun en önemli sebebi belli bir ihtimalle yazı gelmesi ihtimalinin başka bir ihtimalle tura geleceği ihtimalini de kapsamıdır<sup>34</sup>. Dolayısıyla, paraya bakıldıktan sonra yazı gelmiş olduğunun görülmesi “0.5 ihtimalle tura gelecek” ifadesinin yanlışlığını göstermez. Başlangıçtaki olasılıksal inanç hiçbir zaman belli bir bozuk paranın yazı mı tura mı geldiğine ilişkin değildir.

30 *Ibid.*, s. 8.

31 *Ibid.*, ss. 8-9.

32 MOSS, 2018, ss. 142-143.

33 MACFARLANE, s. 9.

34 Örn. bkz. Victor Howard DUDMAN, “Probability and Assertion”, *Analysis*, 52 (1992), 4, s. 205.

Şöyle bir benzetmeyi düşünelim: Örnekteki olasılıksal inanç normatif bir önerme gibidir. Normatif önermeler, normların aksine<sup>35</sup>, doğru veya yanlış olabilir<sup>36</sup>. Normatif önermeleri doğru veya yanlış kılacak olan şeyler normlardır<sup>37</sup>. Dolayısıyla, bir kimsenin “Yalan söylememek gerekir” şeklinde dile getirdiği normatif önerme, belli bir kişinin yalan söylediği gerçeğinden dolayı yanlış olmaz. Söz konusu normatif önermeyi doğru kılacak bir normun yokluğunda yanlış olabilir. Benzer biçimde, yazı-tura örneğindeki olasılıksal inancın doğruluğu veya yanlışlığı, ve dolayısıyla da bilgi niteliği,  $n$  sayıda paranın yazı mı yoksa tura mı geldiğine bağlı olmamalıdır. Olasılığa ilişkin matematiksel aksiyomlar mantığın aksiyomları gibidir. En nihayetinde yalnızca bu aksiyomların geçerliliği (tıpkı pratik normativite alanındaki normların geçerliliği gibi) dile getirilen olasılıksal inancın doğru veya yanlış olduğunu belirleyebilir; somut durumda  $n$  sayıdaki bozuk paranın yazı mı yoksa tura mı geldiği değil.

Görünüşe göre, eğer salt matematiksel olasılıksal inançlar bilgi teşkil edebilecek ve bunlar bilginin olgusallığı şartını sağlayabilecekse, söz konusu olgusallığın doğal olgulara dayanan bir olgusallık olmaması gerekir. Havaya atılan kusursuz, ideal bir bozuk paranın tura gelmesi ihtimalinin 0.5 olduğu iddiası doğal olgulara atıfla doğrulanamayabilir. Ancak, bu iddianın doğruluğu için doğal olgulara atıfta bulunmaya gerek yoktur. Ahlâkî, mantıksal veya matematiksel olgulardan bahsetmek mümkünse, örnekteki olasılıksal inancın olgusallığı da benzer temelde açıklanabilir. Örneğin, ahlâkî gerçekçilere doğru ahlâkî önermeler ve bu önermeleri doğru kılan ahlâkî olgulardan bahsetmek mümkündür<sup>38</sup>. Ahlâkî olgular doğal olgular değildir. Öyle görünüyor ki, bozuk para örneği gibi salt matematiksel nitelik taşıyan olasılıksal inançların olgusallığı da ahlâkî olguların olgusallığına benzer bir nitelik taşımak zorundadır.

Bununla birlikte, olasılıksal inançlarımızın pek azı salt matematiksel nitelik taşır. Havanın yağışlı olup ol-

35 Hans KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel, Dordrecht 1973, s. 115.

36 Önermeler doğru veya yanlış değeri alabilen bildirimlerdir. Bkz. Greg RESTALL, *Logic: An Introduction*, Routledge, Londra 2006, s. 7.

37 Esasında somut durumda neyin yapılması gerektiğine ilişkin bir önermeyi doğru kılanın eylem sebeplerinin tartımı olduğu da söylenebilir. Eylem sebeplerinin normatif öneminin en nihayetinde normlardan kaynaklanması gerektiğini düşündüğüm için (bkz. Yahya Berkol GÜLGEÇ, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha, İstanbul 2020, ss. 67-70) burada norm ifadesini yeterli gördüm.

38 David O. BRINK, *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, s. 14.

mayacağına ilişkin meteorologların tespitleri salt matematiksel değildir; öyle olsaydı herhangi bir verili günün yağışlı olma ihtimalinin 0.5 olduğunu söylememiz gerekirdi. Meteorologlar sağladıkları olasılıkları belli kanıtların değerlendirilmesinin ardından verirler. Olgusal kanıtlara dayalı bu tür olasılıksal inançların salt matematiksel olasılıklardan farkı gelecekte bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli faktörlere bağlı olmasıdır. Bozuk para örneğinde paranın ideal olmadığını, yapısına ilişkin çeşitli nitelikler dolayısıyla paranın belli bir yüzünün gelme olasılığının daha yüksek olduğunu varsaydığımızda hava durumu tahminine benzer bir durumla karşılaşırız. Paranın niteliklerinin hangi olasılığı ne kadar arttırdığını araştırmamız ve olasılıksal inancımızı bu doğrultuda oluşturmamız gerekir. Yine de kanıtları doğru değerlendirdiğimiz takdirde hava durumuna ilişkin yaptığımız tespitin tutmaması başlangıçtaki tespitin yanlış olduğu ve bu nedenle de bilgi niteliği taşıyamayacağı anlamına gelmemelidir. Nitekim, olgusal kanıtların değerlendirilmesi neticesinde olasılıksal inancın içeriği belirlenecek olsa bile, en nihayetinde rapor edilen 0.7 ihtimalle yağmur yağacağı iddiası aynı şartları sağlayan  $n$  günün 0.7  $n$ 'inde yağmur yağacağını ifade etmekten öteye gitmez. Belli bir ihtimalle yağmur yağacağı iddiası yağmur yağmayacağı iddiasını da içerdiğinden, bu iddianın

ilişkin olduğu gün içerisinde yağmur yağmaması iddiayı yanlışlamaya yetmeyecektir. İddiayı yanlışlayacak ve iddianın bilgi niteliği taşıyamayacak olduğunu gösteren şey, kanıtların doğru değerlendirilmemiş ve bu nedenle de olasılıksal içeriğin yanlış belirlenmiş olmasıdır.

Meşru otoritenin iki şartına ilişkin muhatabın değerlendirmeleri bir meteoroloğun hava durumuna ilişkin tahminine benzer. Uzmanlığa kişinin eğitimi, önceki işleri, diploması gibi hususlar dikkate alınarak karar verilebilir. Otoritenin bir direktifi çıkarırken hangi değerlendirmelerde bulunduğu ve değerlendirmelerini muhatabın eylem sebepleriyle sınırlı tutup tutmadığı hazırlık çalışmaları, kamuoyuna yansıyan tartışmalar vb. dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir. Bu kanıtların değerlendirilmesi neticesinde fiilî otoritenin uzman olup olmadığı veya bağımlılık tezinin gereğini yerine getirip getirmediği; kısacası meşru otorite olmanın şartlarını yerine getirip getirmediği tespit edilebilir.

Olasılıksal bilgiye ilişkin Moss'un ortaya attığı fikirlere dair pek çok başka tartışma yürütülebilir. Ancak, bu tartışmaların değerlendirilmesi gereken yer burası değildir. Burada sağlanan kısa çerçeve içinde şunları kabul ederek devam edeceğim: En azından meşru otorite olmanın şartlarının bilinmesi

anlamında olasılıksal içeriklerin doğruluğundan veya yanlışlığından bahsetmenin bir anlamı vardır. Olasılıksal içerikler doğru veya yanlış niteliği taşıyabiliyorsa, olasılıksal inançların bilgi niteliği taşıdığına mümkün olduğunu varsayacağım. Bu doğrultuda, muhatabın mı yoksa otoritenin mi daha uzman olduğunun ya da otoritenin muhatabın sahip olduğu eylem sebeplerini değerlendirip değerlendirmedığının ulaşılabilir veriler doğrultusunda kesin olarak değil, ancak olasılıksal olarak belirlenebileceği durumların mümkün olduğunu vurgulamalıyım. Çalışmanın geri kalanında ele alacağım sorun otoritenin meşruiyetinin yalnızca olasılıksal olarak bilinebildiği durumlarda otoritenin direktiflerinin normatif gücü hakkında ne söylenmesi gerektiğidir.

### III. EPİSTEMOLOJİK ŞART VE KISMÎ DIŞLAYICILIK

Bu kısımda öncelikle muhatap tarafından fiilî otoritenin meşru otorite olup olmadığının kesin olarak bilinemeyeceği, yani epistemolojik şartın yerine getirilmediği durumlarda otoritenin direktiflerinin normatif gücüne ilişkin nasıl bir sorun ortaya çıktığını açıklayacağım. İkinci bölümde ise soruna Stephen Perry'nin "tekrar ağırlıklandırma sebepleri" (*reweighting reasons*) veya "epistemik açıdan sınırlandırılmış sebepler" ismi verdiği ikinci düzey sebep kategorisinden mülhem bir çözüm önereceğim.

#### A. SORUN: *IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST* VE EPİSTEMOLOJİK ŞARTIN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Fiilî otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif güce sahip olabilmesi için direktifin muhatabının şu iki önermenin doğru olduğunu bilebilmesi gerekir: 1) Otoritenin değerlendirmeleri muhatabın sahip olduğu eylem sebepleriyle sınırlıdır ve 2) Otoritenin değerlendirmeleri "uzman değerlendirme" niteliği taşır. Olasılıksal bilgiye ilişkin tartışmaların gösterdiği gibi söz konusu önermelere olasılıksal içerikler olarak inanmak da mümkündür ve bu tür bir inanç bilgi niteliği taşıyabilir. Örneğin, muhatap "Otoritenin değerlendirmeleri muhtemelen muhatabın sahip olduğu eylem sebepleriyle sınırlıdır" önermesine inancı olabilir. Bu inancın doğru olabilmesi için muhatabın fiilî otoritenin değerlendirmelerinin yalnızca kendisinin sahip olduğu eylem sebeplerine ilişkin olduğunu *kesinlikle* bilmesinin mümkün olmaması gerekir. Keza "direktifin ardındaki değerlendirmeler çok büyük ihtimalle uzman değerlendirme niteliğindedir" tespiti belli koşullar altında muhatabın ulaşabileceği en kesin tespit olabilir. Daha önce vurguladığım gibi, en nihayetinde otoritenin uzman olup olmadığına veya muhataptan daha uzman olup olmadığına ampirik olguların değerlendirilmesi neticesinde ulaşırız.



Kimi durumlarda kimin kimden daha uzman olduğunu belirlemede mesele yoktur. Yazılım konusunda yazılım mühendisleri çiftçilerden, moda konusunda tasarımcılar doktorlardan daha uzman olacaktır. Fiili otoritenin normal gerekçelendirme tezinin gereğini yerine getirip getirmediği hususu direktifin (daha) uzmanların değerlendirmelerine dayanıp dayanmadığına bağlıdır. Fiili otoritelerin imkanları vatandaşın tek başına sahip olduğu imkanlardan genellikle daha geniştir. Devletler kadrolarında çeşitli konuların uzmanlarına yer verirler. Herhangi bir mevzuat çıkarılacağında bu uzmanların görüşlerine başvurmak devlet için birey için olduğundan çok daha kolay ve masrafsızdır. Söz konusu değerlendirmeler dikkate alındığı sürece pek çok direktifin pek çok kişi açısından dışlayıcı sebep niteliği taşıyacağını öngörebiliriz.

Uzmanlığın ne anlama gelmediği konusunda da bir şeyler söylemeliyim. Uzman olduğuna karar verilen kişinin uzman olduğu konuda her zaman uzman olmayandan veya daha az uzman olan kişiden daha doğru kararlar vermesi gerekmez. Uzmanlık, daimi doğruluğu içermez. Gerektirdiği tek şey uzmanın doğru karar vermesi ihtimalinin uzman olmayan kişiden daha yüksek olmasıdır<sup>39</sup>. Bu bağlam-

da, hata yapan kişi de uzman niteliği taşıyabilir. Raz'ın iddiası uzmanların değerlendirmesi neticesinde çıkarılan direktiflerden en yüksek pratik faydayı eğer muhatap bu değerlendirmeleri tamamen kendi değerlendirmeleri yerine koyarsa sağlayabileceğimiz yönündedir. Muhatap yalnızca otonomisini belli konularla sınırlı olmak üzere bu şekilde uzmanlara teslim ederse en az onlar kadar doğru karar verebilir<sup>40</sup>. Raz'ın bu tespitinin doğruluğunu test etme fırsatı bulacağız. Şimdilik geçmişte hatalı karar vermiş olmanın veya hatalı karar verme ihtimalinin uzman olmanın önünde bir engel teşkil etmediğini vurgulamak yeterli olacaktır.

Fiili otoritelerin hangi konularda ve ne sıklıkla meşru otorite olacağına dair önceden bir tahmin yapmanın gerekli olmadığı kanısındayım. Bir toplumun içinde farklı konuların uzmanları ne ölçüde fazlaysa cahilleri de en az o ölçüde fazladır. Uzmanlığın da çeşitli katmanları bulunur. Direktifin dayandığı değerlendirme muhataptan daha az uzman kimselere aitse, direktifin bu kişi veya kişiler açısından dışlayıcı bir normatif güce sahip olması mümkün değildir. Direktifin uzman değerlendirmelerine dayanmasındansa bunun muhataplar tarafından tespit edilmesinin daha güç olduğu kanısındayım. Özellikle günümüzde hazırlık çalışma-

39 Değerlendirme yapılan hatanın meşru otoritenin direktifinin dışlayıcı normatif gücünü etkilemeyeceği hakkında bkz. RAZ, 1986, ss. 61-62.

40 *Ibid.*, s. 55.

ları, gerekçe gibi teknikler hızlı düzenleme ihtiyacı dolayısıyla önemini yitirmiştir. Muhatabın direktifin uzman değerlendirmelerine dayandığını tespit edebilmesi ancak haber kanalları gibi araçlar ve bunların sağladığı bilgilerin doğruluğuna bağlı olabilir: Fabrikalar açısından kabul edilebilir karbon emisyonu miktarının belirlenmesinde çevre bakanlığı uzmanlarının değerlendirmeleri ne derece dikkate alınmıştır? Bunun tespitinin muhatap açısından mümkün olduğunu kabul etsek dahi, tespitin güçlüğünü görmek çok da zor değil. Ancak belli bir düzenlemenin belli uzman raporları doğrultusunda yapıldığının açık olduğu durumlarda uzman görüşünün varlığını kabul edebiliriz.

Kaldı ki hukuk sistemleri yalnızca teknik ve bilimsel bilgi gerektiren konularda düzenlemeler içermez. Çoğunluk hukuk normları ahlâki, etik, siyasi ve dini konulara temas eder. Bu konuların uzmanları kimlerdir? Hangi şekli kriterle uzmanların varlığını tespit edebiliriz? Pek çok temel hukuk normunun temas ettiği bu ahlâki, siyasi veya dini konularda doğru bir nebze daha bulanıktır. Her ne kadar Raz ahlâki konularda doğrunun bilimsel konulardakinden daha belirsiz olması için bir sebep görmediğini düşünse de<sup>41</sup> kanımca pozitif bilimlerin konsensüs yaratmada daha başarılı olduğu açıktır. Kon-

sensüs doğruluğu garanti etmez, ancak kimin uzman olduğunun belirlenmesini kolaylaştırır.

Uzmanlığın kesin olarak belirlenmesindeki epistemolojik güçlükler, uzmanlığın ancak olasıksal olarak belirlenebilmesine yol açacaktır. Bu durumda ise, muhatabın otorite tarafından çıkarılan direktife dışlayıcı normatif güç atfedebilmesi için doğruluğunu bilmesi şart olan “otoritenin değerlendirmeleri ‘uzman değerlendirme’ niteliği taşıyor” önermesini doğru kabul edemeyecektir. Nesnel güçlükler nedeniyle bu önermenin doğruluğunun bilinmesi mümkün değilse, otoritenin direktifleri dışlayıcı normatif güç taşıyamaz. Nitekim *impossibilium nulla obligatio est*. Atfedilecek dışlayıcı normatif gücün doğru sebeple, yani uzmanlık dolayısıyla atfedilmesi gerekir. Uzmanlığı kesin ve nesnel olarak tespit etmek imkansız olduğunda, muhatabın bu direktiflere dışlayıcı normatif güç atfetmesi gerektiğini de söyleyemeyiz.

Epistemolojik şart açısından değerlendireceğimiz muhatabın aynı zamanda tarımla uğraşan, uzmanlığını Cerrahpaşa Tıp Fakültesi’nden almış bir onkoloji uzmanı olduğunu varsayalım. Yine varsayalım ki son dönemde belli bir maddenin kanserojen olup olmadığı, kanserojenise dahi ne derece bir tehlike arz ettiği yönünde akade-

41 RAZ, 2009, s. 387.

mik tartışmalar yürütülmektedir. Bu maddeye belli ziraî ilaçlar dolayısıyla tarım ürünlerinde de rastlandığını ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) hızlı hareket ederek ve Hacettepe Tıp Fakültesi'nden uzmanlık alan bir grup onkoloji uzmanının görüşüne dayanarak söz konusu ziraî ilaçların kullanımını yasaklamış olsun. Söz konusu direktifin çıkarılmasında bağımlılık tezinin gereklerine herhangi bir aykırılık olmadığını düşünelim.

Hacettepe'den uzmanlık alan doktorlar Cerrahpaşa'dan uzmanlık alan doktor muhataptan daha uzman olacak mıdır? Muhatabımız tarım yaparken TBMM'nin direktifini dışlayıcı eylem sebebi olarak kabul etmeli midir? Bu konuda kendi yargısına göre karar vermek yerine Hacettepeli doktorların yargısına teslim olmalı mıdır? En azından benim bildiğim kadarıyla her iki fakülte de saygın onkoloji bölümlerine sahiptir. Elbette, bunlardan birinin diğerinden daha iyi olduğuna dair çeşitli argümanlar ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir durumda dahi “daha iyi onkoloji anabilim dalı”ndan uzmanlık alan kişilerin daha uzman olduğunu kesin olarak söyleyemeyiz. Kuşkusuz, uzmanların kariyerleri boyunca gerçekleştirdiği çalışmalar, yayınlarının etkisi ve önemi gibi hususların da değerlendirilmesi gerekir. Bütün bu veriyi ve faktörleri sağlıklı biçim-

de değerlendirmenin objektif kriterleri bulunmayabilir. Bir ihtimal bu objektif kriterler mevcut olsa dahi bunlara ilişkin yapılacak değerlendirmenin güçlüğü ve zaman alan niteliği Raz'ın kuralların dışlayıcı normatif fonksiyonuna yüklediği önemli bir avantajın kaybolmasına yol açacaktır. Raz pratik kuralların zaman kazandırıcı etkisinden bahseder<sup>42</sup>. Bir kere eylemlerimizi kurallar doğrultusunda düzenlemeye başladığımızda her duruma ilişkin yeni bir değerlendirme yapmamız gerekmez, benzer durumları aynı kural altında toplamak suretiyle pratik değerlendirmelerimizde zaman kazanırız. Uzmanların “daha uzman” olup olmadığını belirlemek için harcadığımız süre somut durumda ne yapacağımıza kendi değerlendirmelerimize göre karar vermek için harcayacağımız süreye yaklaştığında veya onu aştığında, kuralların dışlayıcı normatif gücünden sağlayacağımız önemli bir faydadan vazgeçmek zorunda kalırız.

Ben belli tartışmalara ilişkin geçerli argüman silsileleri sunmak mümkün olsa da, bu tartışmalara nihai olarak çözüme bağlayacak objektif kriterlerden mahrum olduğumuz konular olduğu kanaatindeyim. Oxford'un mu yoksa Cambridge'in mi daha iyi olduğunu yıllarca tartışabiliriz. Üstelik, kamuoyundaki çoğunluğun belli bir sonuca işaret etmesi dâhil olmak

42 RAZ, 1986, s. 58; RAZ, 1999, s. 59.

üzere, bizim görüşümüze karşı hangi tutarlı argümanlar ileri sürülürse sürülsün kendi tutarlı argümanlarımızın gerçeği yansıttığını savunmaya devam edebiliriz. Son olarak ve belki daha da önemlisi, objektif kriterlerin mevcut olduğu ancak somut durumda muhatap tarafından bilinmesinin imkansız olduğu durumlar olabilir. Yukarıdaki örneğimizi düşünecek olursak, belki de gerçekten söz konusu madde kanserojendir ve tarım ürünlerinde bu maddeye rastlanması ciddi bir sağlık tehdidi teşkil etmektedir. Bununla birlikte, direktifin çıkarıldığı ana kadar bu gerçek kanıtlanamamış olduğu sürece, Cerrahpaşalı doktorun bu gerçeğin farkında olması mümkün değildir. Hacettepeli doktorların inancı da bu aşamada henüz kanıtlanmamış kanı niteliği taşımaktadır. Muhataplar objektif olarak bilmeleri mümkün olmayan sebeplere dayanarak hareket etmek zorunda olamayacağına göre, sürecin neticesinde Hacettepeliler haklı çıksa dahi Cerrahpaşalı doktorun direktife dışlayıcı sebep muamelesi yapmak için net bir yükümlülüğü yokmuş gibi görünmektedir.

Bu tür bir değerlendirme ana hatlarıyla bağımlılık tezine ilişkin olarak da geçerli olacaktır. Hatta bağımlılık tezinin gerekleri düşünüldüğünde uzmanlığın tespitinden daha zor birtakım tespitlerde bulunmak gerektiği kolaylıkla anlaşılacaktır. Özellikle de bir direktifin ardındaki sebepler yalnızca

kamusal olarak beyan edilen sebepler olmayabileceği için, otoritenin bağımlılık tezinin gereğini yerine getirip getirmediğinin tespitinde daha büyük belirsizlikler ortaya çıkacaktır. Muhataplar siyasi kulislerde tartışılan bütün hususlardan haberdar olmayabilir. Her normun hazırlık çalışmaları kamuya açık olmayabilir. Aktif biçimde siyasetin içinde yer almayan, kulislerden habersiz olan bir muhatabın otoritenin yalnızca onun durumuna ilişkin eylem sebeplerini değerlendirdiğinden emin olması bir hayli güçtür.

Bununla birlikte, uzmanlığın veya bağımlılık tezinin gereklerinin yerine getirildiğinin kesin olarak belirlenememesi direktiflerin pratik değerlendirmelere alelade eylem sebepleri olarak konu olacağını göstermez. Olasılıksal bilgi mümkün olduğuna göre, uzmanlığın belli bir olasılık olarak bilinebildiği durumlarda otoritenin direktiflerinin birinci düzey eylem sebeplerinin ağırlığını değiştiren ikinci düzey eylem sebepleri olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir. Göreceğimiz gibi, uzmanlığın olasılıksal bilgisi direktiflerin “tekrar ağırlıklandırma sebebi” olarak dikkate alınmasını gerektirebilir.

## B. ÇÖZÜM

Raz muhatabın kendisinden daha uzman olan otorite kadar doğru eyleyebilmesi için, uzman görüşüne dayanan direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul

etmesi ve uzmanın değerlendirmelerini kendi değerlendirmeleri yerine koyması gerektiğini düşünür. Stephen R. Perry, ikinci düzey eylem sebebi kategorilerinin Raz'ın esas aldığı "belli eylem sebeplerine dayanarak hareket etme" ve "belli eylem sebeplerine dayanarak hareket etmektan kaçınma" kategorilerinden daha çeşitli olduğunu iddia etmiştir. Bu kısımda öncelikle Perry'nin düşüncesini açıklayacağız. İkinci bölümde ise Perry'nin "tekrar ağırlıklandırma sebepleri" ismini verdiği ikinci düzey eylem sebebi kategorisinden hareketle, meşru otorite olmanın şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin ancak olasılıksal olarak bilinebildiği, yani epistemolojik şartın tam anlamıyla karşılanamadığı durumlarda otoritenin direktiflerinin nasıl bir normatif güce sahip olması gerektiğini açıklayacağız.

### 1. Tekrar Ağırlıklandırma Sebepleri

Perry "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory" makalesinde iki temel amaç güder. İlk, otoritenin doğası ve ikinci düzey eylem sebeplerinin varlığına ilişkin Raz'ın genel itibariyle haklı olduğunu, ancak pratik değerlendirmelerin karmaşık-

lığı konusunu hafife aldığını göstermek ister. Buna göre, ikinci düzey eylem sebebi kategorileri Raz'ın varsaydığından çok daha çeşitlidir<sup>43</sup>. Perry'nin ikinci iddiası *Common Law* hukuk sistemlerinde Raz tarafından göz ardı edilmiş ikinci düzey pratik değerlendirmelere sıklıkla başvurulmasının hukuki pozitivizmden ziyade Dworkinci bir hukuk teorisinin geçerli olduğunu gösterdiğidir<sup>44</sup>. Bu çalışma kapsamında Perry'nin ilk iddiasıyla ilgilenen-

Raz'a göre ikinci düzey eylem sebepleri belli eylem sebeplerine dayanarak veya dayanmaktan kaçınarak eylemeye ilişkindir. 1987 yılında kaleme alınmış bir başka makalede Perry bu iki kategoriye uç noktalar olarak ele alır. Buna göre, dışlayıcı eylem sebepleri dışlanan eylem sebeplerinin objektif ağırlığının "0" olarak kabul edilmesini gerektirir<sup>45</sup>. Bu iki uç noktanın arasında pratik değerlendirmelerde eylem sebeplerinin objektif ağırlıklarının belli bir yüzde olarak alınmasını gerektiren ikinci düzey eylem sebepleri bulunur<sup>46</sup>. "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory" makalesinde Perry anılan görüşlerini daha da geliştirir.

43 Stephen R. PERRY, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *Southern California Law Review*, 62 (1989), 3-4, s. 914.

44 *Ibid.*, s. 915.

45 Stephen R. PERRY, "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", 7 (1987), 1, s. 223.

46 *Ibid.*

Perry tarafından bu yeni tür ikincil sebepler “tekrar ağırlıklandırma sebepleri” veya “epistemik açıdan sınırlandırılmış sebepler” olarak adlandırılır<sup>47</sup>. Tekrar ağırlıklandırma sebepleri belli birinci düzey eylem sebeplerinin muhatabın pratik değerlendirmelerinde başka şartlar altında taşıyacakları ağırlıktan daha ağır veya hafif kabul edilmesini gerektirir<sup>48</sup>. Tekrar vurgulamak gerekirse, Perry’ye göre gerek Raz’ın ikinci düzey eylem sebeplerine ilişkin iki kategorisi, gerekse tekrar ağırlıklandırma sebepleri eylem sebeplerinin nesnel normatif önemini değiştirmez. Belli bir pratik değerlendirme sırasında bu nesnel ağırlıkların gerçekte olduklarından farklı kabul edilmesini gerektirir. Bu gereklilik muhatabın kendisinden daha uzman kimselerin değerlendirmelerine ağırlık vermek üzere daha doğru eylemesinin sağlanmak istenmesinden kaynaklanır. Bir başka deyişle, söz konusu eylem sebeplerinin belli bir pratik değerlendirme sırasında nesnel önemlerinden farklı önemlere sahipmiş gibi değerlendirilmesi, en nihayetinde doğru eyleme olasılığının artırılması gereğince dayanır.

Raz, genel itibarıyla uzman otoritenin hata yapma olasılığının otoritenin direktiflerini dışlayıcı eylem

sebebi olarak kabul etme gerekliliğini ortadan kaldırmayacağını düşünür. Muhatap eğer belli bir konuda genel olarak uzman kadar doğru karar vermek istiyorsa, hata yapmış olabileceği durumlar da dâhil olmak üzere uzman otoritenin direktiflerini takip etmelidir. Perry’ye göreyse otoritenin epistemik sınırlarının ve hata yapma olasılığının otoritenin çıkardığı direktifin normatif gücüne etki etmesi gerekir. Örneğin, muhatap otoritenin hata yaptığından eminse, otorite uzman dahi olsa onun tarafından çıkarılan direktifleri dışlayıcı sebep olarak kabul etmesi gerekmez<sup>49</sup>. Belli bir konuda muhataptan daha uzman olan otoritenin hatasının kesin bir biçimde belirlenebilmesi için hatanın açık bir hata olması gerektiğini söyleyebiliriz. Belli bir hatanın açık olup olmadığı ise muhatap ve otorite arasındaki uzmanlık farkına da bağlı olacaktır. Belli muhataplar için pek de açık olmayan hatalar, diğer bazı muhataplar açısından açık bir nitelik taşıyabilir: İlkokulu bitirmiş bir muhatap için üçgenin iç açılarının toplamının yüz seksen beş derece olduğu yönündeki tespitin hatalı olduğu açıkken, ilkokula gitmemiş bir muhatap için açıklık hiç de söz konusu olmayabilir. Bu durumda “açık hata” dolayısıyla otoritenin direktifinin dışlayıcı normatif gücünden mahrum kalmasının, “uz-

47 PERRY, 1989, ss. 932, 943.

48 *Ibid.*, s. 932.

49 *Ibid.*, ss. 933-934.

manlık” kriteri açısından da belirttiği gibi, bütün muhataplar açısından söz konusu olmayabileceğini ve aynı direktifin farklı muhataplar üzerinde farklı normatif etkilere sahip olmaya devam edeceğini söyleyebiliriz.

Perry sonuç olarak hatanın her zaman bir olasılık olarak bilineceğini ve otoritenin *büyük ihtimalle* hata yaptığının tespitinin nispeten kolay olduğunu belirtir<sup>50</sup>. Bu gibi durumlarda otoritenin direktifinin normatif gücü hata olasılığı nispetinde azaltılmalıdır<sup>51</sup>. Örneğin, dışlayıcı sebep belli sebeplerin normatif ağırlığını “0” olarak kabul edilmesini gerektirdiğine göre, otoritenin hata olasılığının 0.1 olduğu durumlarda belirtilen sebeplerin ağırlığının 0.1 ile çarpılmış hâlinin pratik değerlendirmelerde dikkate alınması gerekecek; böylelikle dışlayıcı normatif sebep bir tekrar ağırlıklandırma sebebine dönüşecektir.

## 2. Meşruiyetin Olasılıksal Bilgisi ve Tekrar Ağırlıklandırma Sebepleri

Genel olarak Perry’nin tekrar ağırlıklandırma sebeplerinin pratik akıl yürütme açısından önemli bir katkı olduğu kanısındayım. Bu kısımda bir

yandan Perry’nin analizinde katılmadığım hususları netleştirip açıklamak, bir yandan da tekrar ağırlıklandırma sebeplerinin fiilî otoritenin meşru otorite olup olmadığının ancak olasılıksal olarak bilinebildiği durumlarda oynayacağı rolü tasvir etmek niyetindeyim.

Raz, ağır hataların dahi dışlayıcı normatif güce engel olmadığını belirttikten sonra açık hata olasılığının farkında olduğunu göstermiş, ancak açık hata durumunda direktiflerin dışlayıcı normatif güce sahip olup olamayacağı konusunda sessiz kalmıştır<sup>52</sup>. Açık hata durumunda uzman niteliğini haiz olsa dahi otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif gücünün olamayacağı konusunda Perry ile hemfikirim<sup>53</sup>. Bununla birlikte, daha önceki bir çalışmamda dikkat çektiğim üzere, açık hatanın olasılıksal olarak bilinmeyeceği, olasılıksal bir hatanın açık olamayacağı ve hatanın olasılık teşkil ettiği durumlarda direktifin dışlayıcı normatif güçten mahrum edilmemesi gerektiği kanaatindeyim<sup>54</sup>. Açık hata durumunda otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif sebebe olamaması “bilerek yanlış eyleme” gerekliliğinin olamasından kaynaklanır, hata olasılıklarının direktiflerin normatif gücünü et-

50 *Ibid.*, ss. 934-935.

51 *Ibid.*, s. 944.

52 Bkz. RAZ, 1986, s. 62.

53 Bkz. GÜLGEÇ, 2020, ss. 124-125.

54 *Ibid.*, s. 203.



kilemesinden değil. Uzmanlığın pratik faydası muhatap ancak uzmanın hata payını üstlenip bu olasılığa katlanırsa ortaya çıkar.

En nihayetinde Perry'nin tekrar ağırlıklandırma sebeplerinin bir fiili otoritenin meşru olup olmadığına yalnızca olasılıksal olarak bilinebildiği durumlara uygulanabilir olduğunu savunacağım; hatanın olasılıksal bilgisinin söz konusu olduğu durumlara değil. Dışlayıcı normatif gücün ön şartı kesin uzmanlık olduğuna göre, bu gücün oransal olarak azaltılması da uzmanlığın olasılıksal bilgisine bağlı olmalıdır. Yüzde yüz ihtimalli uzmanlık otoritenin değerlendirmelerine yüzde yüz ağırlık tanınmasını ve muhatabın değerlendirmelerine yüzde sıfır ağırlık tanınmasını gerektirir. Uzmanlığın bilgisi kesin olmaktan çıkıp ihtimali hâle geldikçe, otorite ve muhatabın değerlendirmelerinin pratik ağırlığı da uzmanlık olasılığına göre belirlenmelidir. Uzmanlığa ilişkin bu açıklama otoritenin muhatabın eylem sebeplerine dayanıp dayanmadığının ancak olasılıksal olarak bilinebildiği durumlar için de geçerli olacaktır.

Her muhatap pratik değerlendirmelerinde belli eylem sebeplerinin ağırlığına ilişkin bir belirlemede bulunur. Belirlenen bu ağırlık nesnel gereklilik-

lere uygun olabileceği gibi, muhatabın bir hata yapmış olması da mümkündür. Perry'ye göre, tekrar ağırlıklandırma sebepleri muhatapların söz konusu belirlemeyi sebebin yokluğunda yapacaklarından daha farklı yapmalarını gerektirir<sup>55</sup>. Perry haklı olarak bu tür eylem sebeplerinin yalnızca muhatapların öznel değerlendirmelerinde bir değişiklik yapılmasını gerektirebileceğini, eylem sebeplerinin nesnel normatif önemini değiştiren ikinci düzey eylem sebepleri fikrinin anlamsız olduğunu vurgular<sup>56</sup>.

Otoritenin meşruiyetinin bilgisinin olasılıksal olduğu durumlarda söz konusu tekrar ağırlıklandırmanın tam olarak nasıl gerçekleşeceğinin tespit edilmesi gerekir. Bu konuda şu genel tespitte bulunabiliriz: Meşru otorite niteliğinin kesinliği hâlinde eylem sebeplerinin ağırlığına ilişkin otoritenin değerlendirmeleri *nesnel ağırlıklı* gibi kabul edilmelidir. Meşru otorite niteliği yalnızca olasılıksal olarak bilinebiliyorsa eylem sebeplerinin *nesnel ağırlığına* ilişkin *otoritenin öznel görüşü ve muhatabın nesnel görüşü* değişen oranlarda dikkate alınmalıdır.

Eylemlerin yapılmasının gerekip gerekmediğine veya yapıp yapılmayacağına lehte ve aleyhte eylem sebeplerinin karşılıklı değerlendirilmesi

55 PERRY, 1989, s. 932.

56 Bkz. *Ibid.*, ss. 932-933.

neticesinde karar verilir. Meşru otoriteye ilişkin üç şartın gerçekleştiği, muhatabın otoritenin meşruiyeti konusunda kesin bir bilgiye sahip olduğu durumlarda, otoritenin belli bir eylem lehine ve aleyhine sebeplerin değerlendirilmesine ilişkin görüşlerine yüzde yüz, aynı sebeplere ilişkin muhatabın değerlendirmelerine ise yüzde sıfır ağırlık verilmelidir. Bir başka deyişle, otoritenin hem değerlendirmeye konu eylem lehine dikkate aldığı eylem sebepleri hem de aleyhte dikkate aldığı eylem sebeplerinin normatif önemi tamamen otoritenin atfıyla belirlenmelidir. Buna karşılık, muhatabın söz konusu eylem sebeplerine atfettiği önem ve bunların karşılıklı tartımı dikkate alınmamalıdır. Öte yandan, uzmanlığın veya bağımlılık şartının sağlanmadığı kesin olarak biliniyorsa, bu kez muhatabın lehte ve aleyhteki eylem sebeplerine atfettiği önem arz etmeli, otoritenin bu konudaki değerlendirmelerinin hiçbir ağırlığı olmamalıdır. Böylelikle, fiilî otorite meşru değilse muhatabın kendi değerlendirmelerine göre hareket etmesi gerektiği ifade edilmiş olur.

Muhatabın uzmanlığa veya bağımlılık şartının yerine getirilmesine dair kesin değil, ancak olasılıksal bir bilgisi mevcutsa, şartların yerine getirilmiş olma olasılığı arttıkça otoritenin söz konusu değerlendirmedeki rolü aynı oranda artacak, muhatabın değeren-

dirmelerinin rolü ise azalacaktır. Uzmanlık ve bağımlılık şartlarının yerine getirilmiş olma ihtimali yüzde seksen olduğunda, olasılığın ibre otoritenin uzman olmasına yakın olduğundan, otoritenin lehteki ve aleyhteki eylem sebeplerine atfettiği önem yüzde seksen oranında, muhatap tarafından atfedilen önemse yüzde yirmi oranında dikkate alınacaktır. Şartlara ilişkin bilginin kesinliği değiştiğinde bu oranlar da değişecektir.

Bu değerlendirmedeki önemli husus muhatabın ve otoritenin değerlendirmelerinde yer alan eylem sebeplerinin ayrı ayrı yeniden ağırlıklandırılmasının arından, değerlendirmeye konu eylemin lehindeki sebeplerin ağırlığının hep birlikte eylem aleyhine sebeplerin ağırlığı ile tartılması gerektiğidir. Şartlara ilişkin bilginin kesinliği otorite ve muhatabın değerlendirmelerinin bütününe etkilemelidir. Bu ise ancak ilgili her bir eylem sebebine atfedilen önemin belirlenen oranlarla tekrar ağırlıklandırılmasıyla mümkün olur. Neticede hem otoritenin hem de muhatabın değerlendirmeleri bir tür eşitlik veya eşitsizlik şeklinde ifade edilebilir.  $\Phi$  eylemi lehine otorite tarafından ağırlıklandırılan eylem sebeplerinin toplam normatif önemine  $\varphi_{OL}$ , aleyhteki eylem sebeplerinin toplam önemine ise  $\varphi_{OA}$  diyelim. Aynı eyleme ilişkin muhatabın değerlendirmelerinde dikkate alan önem seviyelerini  $\varphi_{ML}$  ve  $\varphi_{MA}$

ile ifade edelim. Otorite ve muhatap tarafından pratik değerlendirme neticesinde kurulduğunu düşüneneğimiz  $\varphi_{OL} > \varphi_{OA}$  ve  $\varphi_{ML} < \varphi_{MA}$  eşitsizliklerinin her iki tarafını da aynı oranda değiştirmek eşitsizlikleri bozmayacaktır. Meşru otoritenin şartlarının varlığı veya yokluğu kesin olmadığında muhatabın doğru eyleme otoritenin değerlendirmelerine ve kendi değerlendirmelerine doğru oranda tekrar ağırlıklandırma (TA) uygulayarak karar vermesi gerekir.  $TA(\varphi_{OL}) + TA(\varphi_{ML})$  değeri  $TA(\varphi_{OA}) + TA(\varphi_{MA})$  değerinden büyük olması durumunda eylemi yapmak için, tersi durumda eylemden kaçınmak için yeterli sebebimiz var demektir. Karşılıklı toplam normatif önemlerin eşit olması durumunda ne eylemi gerçekleştirme yükümlülüğünden ne de ondan kaçınma yükümlülüğünden bahsedilebilir.

## SONUÇ

Raz'ın otorite çalışmaları hukuki direktiflerin normatif etkisi hakkında çığır açan sonuçlara ulaşmıştır. Bununla birlikte, söz konusu dışlayıcı normatif güç katı şartlara tâbidir. Ne uzmanlık ne de bağımlılık şartları kolay kolay yerine getirilebilir. Meşru otorite ancak otoritesine tâbi kişilerin sıhhatini düşünen ve tüm çabalarını doğruya yönelmiş, doğrudan gayri istikamet bilmeyen iktidarlara ait olabilir.

Çalışmada Raz'ın meşru otorite için öngördüğü, yerine getirilmesi bir hayli güç olan bu iki şarta bilinmezliklerle mücadelenin gittikçe daha önemli olduğu çağımızda bir şart daha eklenmesi gerektiğini göstermeye çalıştım. Bu şart meşru otorite olmanın değil, meşru otoritenin direktiflerine muhatapları tarafından dışlayıcı normatif güç atfedilebilmesinin şartıdır. Epistemolojik şart ismini verdiğim bu şart aynı zamanda normativitenin temel ilkelerinden olan *impossibilium nulla obligatio est*'in de bir gereğidir. Buna göre, uzmanlık ve bağımlılık şartlarının yerine getirildiğinden emin olması beklenemeyecek olan muhatabın direktiflere dışlayıcı normatif güç atfemesi de beklenmemelidir.

Bu son tespit otoritenin meşru olduğunun kesin olarak tespit edilemediği durumlarda otoritenin direktiflerinin normatif etkisinin ne olması gerektiği sorusunu beraberinde getirir. Olasılıksal bilgi bu noktada devreye girer. Olasılıksal bilginin mümkün olduğuna dair Moss'un açıklamaları, tartışmanın esasına ilişkin olmayan naçizane kuşkuvarım bir kenara bırakılırsa, olasılıksal içeriklerin de karşılık geldikleri bir olasılık uzayı bulunduğu sürece bilgi niteliği taşıyabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla, bir fiilî otoritenin kesin olarak meşru olduğunu bilemesek dahi, büyük ihtimalle veya düşük olasılıkla meşru otorite olduğunu bilebi-

liriz. Perry'nin tekrar ağırlıklandırma sebeplerine ilişkin tartışma, meşruiyetin olasılıksal bilgisinin söz konusu olduğu durumlarda direktiflerin dışlayıcı eylem sebebi olamayacağını, ancak pratik değerlendirmede otoritenin değerlendirmelerinin muhatabın değerlendirmelerine oranla daha büyük bir etkiye sahip olacağını göstermiştir.

Epistemolojik şart ve ona ilişkin burada gerçekleştirdiğim tartışmalar hukuki direktiflerin dışlayıcı normatif güce sahip olabileceği durumları daha da sınırlandırmıştır. Bu sınırlandırma öznenin doğru eyleme kendi değerlendirmelerine göre karar vermemesi gerekebileceği iddiası karşısında şaşkınlığa uğrayan, tam bir otonomi yanlısı düşünürlerce olumlu karşılanabilir. Ancak meşruiyetin kesin olarak bilinemediği durumlarda direktiflerin normatif gücünde bir azalma olması gerektiği yönündeki iddiam meşru otoriteden beklenen faydayı anlamsız kılacak düzeyde değildir. Otoritenin meşruiyetinin olasılıksal bilgisi arttıkça, direktiflerinin etkisi de artacaktır.

## KAYNAKÇA

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- BRINK, David O., *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- DUDMAN, Victor Howard, "Probability and Assertion", *Analysis*, 52 (1992), 4, ss. 204-211.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha, İstanbul 2020.
- JARVIS THOMSON, Judith, *Normativity*, Open Court, Chicago 2010.
- KANT Immanuel, *Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- KANT, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.
- KELSEN, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel, Dordrecht 1973.
- MACFARLANE, John, "On Probabilistic Knowledge", <https://johnmacfarlane.net/moss.pdf>, 12.3.2023.
- MOSS, Sarah, *Probabilistic Knowledge*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- PAVESE, Carlotta, "Probabilistic Knowledge in Action", *Analysis*, 80 (2020), 2, ss. 342-356.
- PERRY, Stephen R., "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *Southern California Law Review*, 62 (1989), 3-4, ss. 913-994.

- PERRY, Stephen R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, 7 (1987), 1, ss. 215-257.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation: On The Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford 1994.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986.
- RESTALL, Greg, *Logic: An Introduction*, Routledge, Londra 2006.
- RICH, Patricia, “The Logic of Probabilistic Knowledge”, *Philosophical Studies*, 177 (2020), 6, ss. 1703-1725.

# Thomas Hobbes'un Common Law Eleştirisi

Hüseyin GÜNAL<sup>1</sup>

## Özet

Thomas Hobbes'un doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasında tarihsel ve kuramsal olarak müstesna bir yeri vardır. Hobbes'a göre hukuk egemenin buyruğudur ve bu tanımlama Hobbes'un erken pozitivistlerden biri olarak nitelenmesini sağlar. Hobbes, kendisiyle ilgili ortodoks anlayışa göre doğal hukuku sadece pozitif hukuku temellendirmek için kullanmış ve bir kere yetki egemende toplandıktan sonra artık doğal hukukçu anlamda üstün bir hukuki anlayışa veda etmiştir. Hobbes'un hukukun kaynaklarıyla ilgili görüşü bu anlamda kendi zamanındaki Tudor ve erken Stuart dönemi *common law* hukukçularından da oldukça farklıdır. Bu dönemin *common law* hukukçularına göre hukuk, hukuk bilginleri ve yargıçları tarafından yapay bir muhakemenin sonucu olarak görülür ve bu anlayış onlara göre doğal hukukun kendini ifadesinin bir sonucudur. Hobbes için ise yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk egemenin buyruğu olduğundan, hukukun ayrıca yargıçlar tarafından anlaşılabilir ve yorumlanan yapay bir yanının olduğu kabul edilmez, bu anlamda hukuk, hukukçulara özgü bir yapaylığa ve özerkliğe sahip değildir, herkesin doğal muhakemesiy-le bilinebilir.

Bu bildiri Hobbes'un *common law*'la ilgili yukarıda bahsedilen eleştirileri ele alacak ve bu tartışmanın hukuk felsefesi alanında günümüze kadar ulaşan yansımaları betimlenecektir. Ayrıca Hobbes'un hem dünyadaki hem ülkemizdeki Hobbes çalışanları tarafından ihmal edilen ve diyalog şeklinde yazılmış olan "*A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*" isimli çalışmasının bu bildiri hem içerik hem de konuyu çalışanlara tanıttım açısından özel bir yeri olacağı düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Thomas Hobbes, common law, Leviathan, Edward Coke, yasama

Thomas Hobbes "*A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*"<sup>2</sup> kitabını yaklaşık 350 yıl önce yazmıştır. Kitap ancak Hobbes öldükten sonra 1681 yılında yayınlanır. Bu kitap diğer eserlerinin aksine Hobbes'un sadece hukukla ilgilendiği tek eseridir. Yüzyıldan fazla bir süre kitap hakkında hiçbir yorum çıkmaz. Bu sessizliğin

1 Dr. Öğr. Üyesi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: huseyin.gunal@altinbas.edu.tr

2 Kitabın ismini Türkçede, "Filozofla, İngiltere *Common Law*'unun bir öğrencisi arasındaki diyalog" olarak ifade edebiliriz.

tek istisnası kitap taslak halindeyken, Lord Chief Justice of the King Bench sahibi olan Matthew Hale'in Hobbes'a yazdığı yanıtıdır. Hale'in yanıtı 1921 yılında yazıları arasında bulunana kadar yayınlanmamıştır. Günümüzden yaklaşık elli yıl önce Joseph Cropsey 1971'de kitabı yeni bir giriş kısmıyla birlikte yayımlar fakat bu edisyonun çok ses getirdiği söylenemez<sup>3</sup>, 2005'te bu sefer Alan Cromartie tarafından yapılan yeni edisyon çıkar fakat eserin yine çok fazla dikkat çektiği söylenemez.<sup>4</sup>

Başlığından anlaşıldığı gibi kitap diyalog formunda yazılmıştır ve kitabın içeriği daha çok Hobbes'un kendi hukuk anlayışına ters olarak gördüğü İngiliz hukuk kuramcılarına özellikle de Edward Coke'a karşı bir eleştiri niteliğindedir.<sup>5</sup> Coke, kendi zamanında hem baş yargıçlık yapmış hem de erken 17. yüzyıl *common law* geleneğinin savunucusudur, Coke, aynı zamanda *common law*'un en önemli teorisyenlerinden Matthew Hale'in de akıl hocasıdır. Eser böylelikle bize hem Hobbes'un hukukla ilgili kendi

görüşlerini sunması, hem de bunların kendi zamanındaki hukukçulardan nasıl farklılaştığını göstermesi açısından önem arz ediyor.

Kitaptaki karakterler Christopher St. German'ın kısaca “Doktor” ve “Öğrenci” olarak bilinen eserindeki karakterleri yansıtır. Bu kitabın Hobbes'un kütüphanesinde olduğunu ve onun okuduğunu biliyoruz.<sup>6</sup> İki eserde de diyalog sahiplerinin özellikle karşıda konumlanan öğrenci ve hukukçunun hukuk literatürüne hâkim olduklarını anlıyoruz. Bu kişilerin uzman olduklarını düşünebiliriz. Diyalogun “filozofu”, St German'ın “ilahiyatçısıyla” yer değiştiriyor tıpkı Hobbes'un felsefesinin skolastik düşünceyi ve Hobbes'un doğa yasasının Gerson ve Aquinas'ın doğa yasasını değiştirmesi gibi.<sup>7</sup>

Hobbes'un bu eserdeki argümanlarının kabaca egemen kralın gücünün, mahkemeler ve hukukçulara karşı savunulması olduğunu görüyoruz. Kitabın daha ilk cümlelerinden itibaren filozofun, hukukun rasyonel temelini

3 Thomas HOBBS, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (Editör ve Sunuş: Joseph CROPSEY), University of Chicago Press, Chicago, 1997.

4 Thomas HOBBS, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (The Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes Volume XI, Editör: Alan CROMARTIE), Oxford University Press, Oxford, 2005.

5 Larry MAY, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013, ss. 146-149.

6 M. M. GOLDSMITH, “Hobbes on Law”, *The Cambridge Companion to Hobbes* içinde (Derleyen: Tom SORELL), Cambridge University Press, Cambridge, 1996, s. 302

7 GOLDSMITH, s. 289.



değil de, hukukçuların rasyonalitesini tartışmak istediği anlaşılıyor. Hukukçuların yanlışlarına odaklandığı oranda bu eserin Leviathan'dan farklılaştırmasını da gözlemlemek mümkündür.

Kitaptaki diyalog ilerledikçe filozofun Hobbes'un pozisyonunu savunduğunu ve hukukçunun da Edward Coke'un pozisyonunu savunduğu anlaşılıyor. Kitabın dörtte biri geride kaldığında hukukçunun, filozofun argümanları tarafından ikna edildiğini ve Coke'u savunmaktan vazgeçtiğini anlıyoruz. Bu noktadan sonra hukukçu da Hobbes'un kendi görüşlerini savunmasının bir aracı haline geliyor. Böylelikle iki tarafın Hobbes'un egemen bir devletin gerekliliği üstünde anlaşığı görüyoruz.<sup>8</sup>

Hobbes'un eserinin önemli bir kısmının amacı Edward Coke tarafından ortaya konan İngiliz hukukunun temel anlayışını eleştirmektir. Kitabın başında filozof "Magna Carta"yı, Littleton'un "Book on Tenures"ını ve Edward Coke'un Littleton üstüne yorumlarını okuduğunu belirtir. Önce filozof, Coke'la hukukun ruhunun akıl olduğu ve hukuk içinde akla aykırı bir şey olmadığı hatta *common law*'un kendisinin akıldan başka bir şey olmadığı konusunda aynı fikirde olduğunu

iddia eder. Ayrıca Coke'un hakkaniyet tanımını yani var olan hukukun değiştirilmesi ve yorumlanmasının "doğru akıl" olduğunu kabul eder. Bu anlaşmadan hareketle Filozof, Coke'a eleştirilerini yöneltir: Hobbes için yazılı hukuk yani yasa önceliklidir. *Common Law* ona göre yapay değil doğal "akıl"dır çünkü yazılı olmayan hukuk Hobbes'a göre doğa yasasıdır.<sup>9</sup> Hobbes bazı eylemlerin doğası gereği suç olduğunu görüşünü savunur, bunların arasında hıyanet, cinayet, hırsızlık ve soygun vardır. Bu eylemler bütün toplumlar tarafından yasaklanmalıdır, bu anlamda akla ve doğa yasasına aykırıdır.

Hobbes'a göre yazılı yasa önceliklidir, çünkü egemenin yasama otoritesinden kaynaklanır. Aklın bize söylediği şey yazılı yasaların olması ve onlara uyulmasıdır. Böylelikle aklın ilk önceliği insan eylemlerine rehberlik eden kuralların formüle edilip duyurulmasıdır. Bunların bazı hallerde uygulanacak belirsiz ilkeler olmasının önüne geçilmesi gerekir.<sup>10</sup> Yani egemenin yasama eylemi aklın somutlaşmasıdır. "Diyalog"da, belirli bir suçun ne olduğuyla ilgili ilk soruşturma onun yasa halini alıp almamasıyla ilgilidir. Hobbes'a göre hukuki muhakeme kanunlarla başlar, bunlar hukuk biliminin

8 HOBBS, 2005, ss. 13-27.

9 Michael LOBBAN, "Thomas Hobbes and the Common Law", *Hobbes and the Law* içinde (Derleyen: David Dyzenhaus ve Thomas Poole), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, ss. 58, 59.

10 GOLDSMITH, s. 291.

tanımıdır. Ve bu tanımlar egemen tara-  
findan ortaya konur.<sup>11</sup>

Edward Coke ise İngiliz hukuku-  
nun başka bir tanımını ortaya koyar,  
ona göre *common law* önceliklidir.  
Coke'a göre hukuk, aklın yapay mü-  
kemelliğidir, hukuk bu mükemmel-  
liğe uzun çalışma, gözlem ve deneyim  
sonucu ulaşır. Coke'a göre, yasama,  
hukukun sadece bir parçasıdır. Hu-  
kukun akli yapaydır çünkü hukuk bir  
sanat, ustalık, beceri hatta bir gizem-  
dir sadece üstün yetenekli üstatlar za-  
manla davalar üstünde pratik yaparak  
bu sanatın künhüne vakıf olurlar.<sup>12</sup>  
Bir davayla ilgili olarak yasal çözüm  
aranırken *common law*'un tükenmeye-  
ceği karinesi mevcuttur. Yargıçlar hiç-  
bir zaman yeni yasa yapmazlar, onlar  
önerindeki dava için hukuki çözümü  
bulmaya çalışırlar, bundan ayrı olarak  
tamamen yeni bir dava diye bir şey  
yoktur. Bu anlayışa göre mevcut hukuk  
o kadar verimlidir ki yeni bir dava için  
analojiler ve paralellikler her zaman  
keşfedilebilir. Coke eserlerinde önceki  
kararlarda hukuk olarak gördüğü ilke-  
leri, değerleri, maksimleri ve kuralla-  
rı sıralar. Coke'un kendisi de pratiğin  
içinde olduğu için İngiliz hukukunun  
ne olduğunu ve ne olacağını derin bir  
şekilde etkilemiştir fakat asla kendisini

yasama faaliyetinde bulunuyor olarak  
görmez.<sup>13</sup>

Coke'un eski verilen kararlarda ve  
davalarda ortaya çıkan geleneğe ve  
örfe dayanan *common law* anlayışı,  
modern “emsal” (“precedent”) anla-  
yışından farklıdır. Modern anlayışta  
hâkim emsal kararlarla bağlıdır, kendi-  
siyle aynı derece ve üst mahkemele-  
rin kararlarına uymak zorundadır. Bu  
anlayışa göre, emsal düzeneğinde en  
güçlü davalar en yakın zamanda olan-  
lardır. Fakat Coke için hukukun ilke-  
leri ve kuralları tarih içerisinde tarih  
boyunca kendisini ortaya koyar. Eski  
davalar yenileri kadar hatta onlardan  
daha fazla hukukun ne olduğunu biz-  
lere gösterir.

Hobbes'un anlayışı ise bundan ol-  
dukça farklıdır. Mahkemelerin emsal  
kararları, hukuk ortaya koyamaz. Her  
insan hakkaniyetle yargıda bulunmak  
konusunda yanılabilceğine göre son-  
radan verilen bir kararın önceki bir  
yargıcın verdiği kararlarla bağlı olma-  
ması gerekir, eğer hakkaniyete daha  
uygunsa yargıç tam tersi bir karar  
verebilmelidir. Eğer yargıçlar basitçe  
birbirlerinin verdikleri kararları uygu-  
larsa, dünya üzerindeki bütün adalet,  
bilgili bir azınlığa veya cahil, bilgisiz  
adamlara bağlı kalır. Bunun yerine her

11 LOBBAN, ss. 59-61.

12 Margaret DAVIES, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017, ss. 49-55.

13 GOLDSMITH, s. 292.

yeni davada, her bir yargıç egemenin yerini alıp kendi doğal aklından hareketle hakkaniyeti ortaya çıkarmaya çalışarak tarafsız bir arabulucu olarak hareket etmelidir.<sup>14</sup> Aslında Hobbes “*Diyalog*”u kaleme aldığı sırada yargıçların cezalandırmayı emsal kararlara göre yapması konusunda daha da şüpheli bir tutum takınır. Özellikle sapkınların/kafirlerin yakılmasıyla ilgili cezayı kötülemez için egemenin uygun bulduğu geleneğin hangisi olduğunu bilmek için, kişinin, eski emsaller zincirine bakmaması gerektiğini, bunun yerine en yeni emsal kararlara bakılması gerektiğini belirtir.<sup>15</sup>

Coke için yasama hukukun temel ilkelerini ve değerlerini sağlamaz. Bir yasa halihazırda zaten var olan hukuk yapısına uyarken ancak belirli unsurları ekler ve değiştirir. Yasama, tanımlar ve aksiyomlar kümesi sağlamaz, yasama hukuk sistemi için birincil değil ancak tamamlayıcı ve kısımdır. Yasama kadar önemli olan şey yargıçlar ve hâkimlerin eylemleridir.<sup>16</sup> *Common law* bu anlayışta zımni olarak bütündür ve açıkça uzun zamana yayılmış bir sürü zihnin ortak muhakemesinin sonucudur. Bu anlayışa göre, bir yasanın *common law* tarafından kontrol edilebilmesi en azından düşünülebilir: Bazı

yasalar sistemin içine asimile olma kabiliyetinden yoksundur çünkü sistemin kendisi bilinmeyen bir zamandan beri çalışan bir aklın ürünüdür. Bu yapay akıl *common law* düşünürlerine göre aynı zamanda doğal hukukun kendisidir.<sup>17</sup>

Coke’un anlayışı temelde bugün Ronald Dworkin’de gördüğümüz bir tutarlılık ve bütünlük teorisine sahiptir. Hukukun kuralları, ilkeleri ve değerleri birçok kararla birlikte uzun zaman sürecinde ortaya çıkıp kabul görmüş onaylanmıştır. Hukukçunun sanatı belirli davaların geniş bilgisine dayanır. Bu davalar belirli ilke ve değerlerin bir sistem içerisinde uyumunu sağlar. Zamanla tutarsızlıklar dışarıya atılır, bunların arasında sisteme uygun olmayan yasalar da vardır.

Hobbes’un bakış açısına göre Coke’un teorisi yargıçların, mahkemelelerin ve hukukçuların otoritesini kanun koyucunun otoritesinin üzerinde görür. Eğer yasama akli yerine yapay akıl hukukun ne olduğuna karar veriyorsa o halde yapay akla sahip olduğunu iddia edenler yasa yapma otoritesine sahiptir. Hobbes buna itirazını hem Leviathan hem de “*Diyalog*”da belirtir. Hukuk yargıçların düşündüğü şey değil egemenin buyruğudur. Yargıçlar

14 LOBBAN, ss. 59, 60.

15 LOBBAN, s. 60

16 GOLDSMITH, s. 292.

17 GOLDSMITH, s. 293.

sadece bir yasayı anlam ve manasına uygun olarak yorumlamakla vazifelidir. Kanunları yorumlarken yargıçların fonksiyonu yasaları kendi hukuk anlayışlarına uydurmak değildir. Dahası, yanlış, makul olmayan veya hakkaniyete uygun olmayan kararlar gelecekte mahkemeleri bağlayan emsal kararlar olamaz. Equity (Hakkaniyet) *common law* mahkemelerinde veya Chancery'de bu yanlış hükümlerin değiştirilmesinin aracıdır. Nihayetinde, Coke'un önerdiğinin aksine çeşitli mahkemelerin haklarını ve yetkisini *common law* mahkemeleri değil, ege-men olarak kral kontrol eder.

Hobbes "*Diyalog*"da tıpkı kendisinden sonra Bentham'ın yapacağı gibi hukukçuların kendilerini ayırık bir bilginin sahibi gibi görmelerini de eleştirir. "*Diyalog*"da "öğrenci" Coke'un yasanın yorumunu yapabileceklerin arasına yargıçlarla birlikte Kralı da almalıydı dedikten sonra Hobbes bununla yetinmez ve kendisinin bile iki ay çalışmayla yargıçlar kadar yasa yapabileceğini belirtir. "Öğrenci" buna karşılık olarak "ama o zaman kötü bir hukukçu olursun" dedikten sonra "Filo-zof" yanıt olarak ne kendisinin ne de yargıçların yasa yaptığını belirtir. Yani ya bütün yargıçlar kötü hukukçulardır çünkü onlar da en fazla Hobbes gibi sıradan biri kadar bilgili olabilirler ya da sadece yasayı yorumlamaktan daha fazlasını yapıyormuş gibi göründüklerinden dolayı sahtekardılar. Hob-

bes'un anlayışına göre sistemin yetkili olarak insanların hukuk alanında eğitilmesi gereksizdir çünkü karar vericiler, olguları tanıklardan ve hukuku da yazılı kanunlardan veya dava metninden alabilirler. İyi bir yargıcın yasalara uzmanı olmasına gerek yoktur, onun ihtiyacı olan yegâne şey doğru hakkaniyet anlayışına ve doğal akla sahip olmaktır. Leviathan'da sıklıkla geçen bu ifadeler "*Diyalog*"da yeniden vurgulanır burada Hobbes davaları dinlemek için rahiplerin özellikle de piskoposların atanması gerektiğini savunur çünkü akli meselelerle ilgili en yetkin yargıları onların yaptığını iddia eder.

Hobbes'un hukukun kaynaklarıyla ilgili düşünceleri oldukça nettir: Yasayı yapan kişiyle onu kaleme alan kişinin arasındaki fark önemlidir. Birtakım buyruklar sadece kaleme alındığı için yasa olsalar o halde bir toplumda sayısız yasa olurdu. Bir emrin deklare edilmesi yasanın kökenini oluşturmak için yeterli değildir. Gerçek bir yasanın olması için o yasaya uyulmasını sağlayacak bir gücün bulunması gerekir. Böylelikle Solon yasa yapmamıştır sadece yasa kaleme almıştır. Bize çok tanıdık gelen bu sözlerin Hobbes'un çağdaşları için küfür niteliğinde olduğunu aklımızdan çıkarmamamız gerekir çünkü hukukun kaynaklarıyla ilgili bu bakış açısı, kralın kutsal hakkını kapı dışarı etmektedir. Bu bakışın aynı zamanda otoriter bir yönetimin kapısını araladı-

ğını da unutmamak gerekir. Bütün bir İngiltere iç savaşını aklımızda tuttuğumuzda bunun ne kadar önemli olduğunu bir kez daha fark ederiz.

Hukukun kaynağı gelenekse, Hobbes için bu hukukun doğruluğunun test edilmesi çok kolaydır. Gelenek akli değilse bütün hukukçularla birlikte onun hukuk olmadığını ve terk edilmesi gerektiğini kabul etmelisin der “filozof” “öğrenciye” ve eğer gelenek akliyse onu hukuk yapan gelenek değil hakkaniyettir der “filozof”. *Common law*, böylelikle doğal akıl ve doğal hakkaniyetten başka bir şey değildir.

Hobbes’un yargı tanımı suçlar ve haksız fiillere değinerek düzeltici adalet sisteminin temellerini sağlayabilir fakat onun hukuk anlayışı kaynakların dağıtımını düzenleyen kurallarla ilgili nerdeyse hiçbir şey söylemez. Common law hukukçuları içinse Hobbes’un değinmekten kaçındığı mülkiyetin nasıl edinildiği ve başkasına geçtiği merkezi meselelerdir. Hobbes’un sisteminin yanlışı onun kurallar sistemi ortaya koymamasıdır bunun yerine hukukun geniş bir alanını – yazılı olmayan hukukun tamamını – ad hoc yargılamalara bırakır.

Erken modern dönem *common law* hukukçularından ikisi Hobbes’un eserine tepki gösterir. Bunlar Matt-

hew Hale ile Sir Jeffrey Gilbert’tır.<sup>18</sup> Bu tepkilerden anlaşılan *common law* hukukçuları Hobbes’un uzmanlık gerektiren hukuki muhakemeyi radikal bir şekilde reddetmesini ikna edici bulmazlar. Hale’in *common law*’u yargıçlar tarafından zaman içerisinde gelişerek ortaya çıkmış bir kurallar sistemi olarak savunması bir anlamda Hobbes’un doğal hakkaniyetle bir kural sistemi kurmasına karşı hukukun üstünlüğünün savunusudur.<sup>19</sup> Gilbert da *common law*’la ilgili olarak Hale’e katılır.<sup>20</sup> Fakat aynı zamanda *common law* hukukçuları Hobbes’un eserinde tamamen Hobbes karşıtı amaçlara döndürülebilecek analitik araçlar da bulurlar böylelikle bu araçları kullanarak yargıçların *common law*’u geliştirmelerini sağlarlar.

#### KAYNAKÇA

- HOBBS, Thomas, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (Editör ve Sunuş: Joseph CROPSEY), University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- HOBBS, Thomas, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (The Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes Volume XI, Editör: Alan CROMARTIE), Oxford University Press, Oxford, 2005.

18 LOBBAN, s. 62.

19 LOBBAN, ss. 63, 64.

20 LOBBAN, ss. 64-67.

- MAY, Larry, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GOLDSMITH, M. M, "Hobbes on Law", *The Cambridge Companion to Hobbes* içinde (Derleyen: Tom SORELL), Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- LOBBAN, Michael, "Thomas Hobbes and the Common Law", *Hobbes and the Law* içinde (Derleyen: David Dyzenhaus ve Thomas Poole), Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- DAVIES, Margaret, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017.

# Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Yaptırımın Niceliği mi? Kemal Gözler’in “Hukuka Giriş” Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştiri

Hüseyin GÜNAL<sup>1</sup>

## Özet

Hukuk fakültesine yeni başlayan öğrenciler için hukuki muhakemeyi ve kavramları pedagojiye uygun olarak öğrenmek büyük önem arz etmektedir. Kemal Gözler’in Haziran 2021 tarihinde 18. Basımını gerçekleştiren “*Hukuka Giriş*” adlı eseri bu işlevi büyük oranda hakkıyla yerine getiren ve kendim de dahil hukuk fakültesi hocaları tarafından tercih edilen bir eserdir. Fakat kitabın üçüncü bölümünde ele alındığı şekliyle Gözler’in hukuk kuralları ve haydut çetesi kuralları arasındaki ayrımı sadece kaba güçten hareketle tanımlaması öğrencilerin yanında çoğu hoca için de şok etkisi yapmaktadır. Gözler, bu ayrımın doğal hukukçuların yaptığı gibi “adalet” perspektifinden yapılabileceğini fakat Kelsenci anlamda değerlerin göreceliliğine atıf yaparak, böyle bir ayrımın geçerli olmadığını belirtip kendi argümanını güçlendirir.

Bu bildiriye, kanun devleti-hukuk devleti gibi yapay doğal hukukçu ayrımlara başvurmadan, yani Gözler’in doğal hukukçu meşruiyet itirazlarına katılarak fakat Gözler’in yaptığı hukuki pozitivist tanımlamadan farklı bir tanımın izi sürülecektir. Her ne kadar Gözler, “hukuk felsefesinin olan değil, olması gereken ile uğraştığımı” belirtse de hukuk felsefesi alanında hukuki pozitivism geleneği içerisinde yer alan düşünürlerin bir kısmı,

hukukun müeyyide ve kaba güçle ilişkisini etkin bir biçimde tartışmış ve büyük oranda bu sorunu oldukça güçlü argümanlarla çözüme kavuşturmuşlardır. Bunların başında, John Austin, Oliver Wendell Holmes ve Hans Kelsen’in hukuk ve müeyyide arasında zorunlu olarak kabul ettikleri ilişki biçimini ele alarak, hukuk kurallarına uyma yükümlülüğü ile uymaya mecbur kalmak arasındaki ayırmadan hareketle, hukukun normatifliğinin müeyyide/kaba güç gibi dışsal bir etkenden hareketle açıklanamayacağını belirten H. L. A. Hart bulunmaktadır. Hart’a göre müeyyidenin hukuku anlamak açısından belirli bir önemi olsa da hukukun merkezi kavramlarından biri değildir. Hart’ın “*The Concept of Law*” kitabında yaptığı eleştiri bu noktadan sonra hukuk bilimi alanında neredeyse ortodoks anlayış haline gelmiş ve ondan sonra gelen yine Hart gibi pozitivist düşünürlerce daha da ayrıntılı hale getirilmiştir. Örneğin Joseph Raz, hukukun otorite ve koordinasyon işlevine atıf yaparak, müeyyidenin hukukun olmazsa olmaz zorunlu unsurlarından biri olmadığını savunmuştur. Dolayısıyla Gözler’in hukukun otonomisi içerisinde kararlar yapmış olduğu hukuk kuralları tarifi kitapta anlatıldığı gibi bu perspektiften yapılabilecek tek tarif değildir.

**Anahtar Kelimeler:** müeyyide, Kemal Gözler, H. L. A. Hart, hukuki pozitivism, meşruiyet

1 Dr. Öğr. Üyesi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: huseyin.gunal@altinbas.edu.tr



Kurallar sistemi olarak hukukun yaptırımla birlikte anılması modern hukuk felsefesinin ilk ortaya çıkışından itibaren düşünürlerin üstünde durduğu bir meseledir. Yukarıdaki başlık bağlamında bakıldığında bunun kışkırtıcı bir tarafı olduğunu da itiraf etmek gerekiyor. Özellikle ülkemizde hukuk anlayışına hâkim olan doğal hukukçu bakışın böyle bir iddiayı kabul etmesi mümkün değil. Bu anlayışa göre hukuk kurallarının geçerliliği ahlâkî içeriğinden bağımsız olamayacağı için bu sorunun yanıtı da aslında çok basit. Hayır. Ahlâkî olarak meşru olmayan kurallar bütününe hukuk diyemeyiz<sup>2</sup> ya da tam anlamıyla hukuk diyemeyiz.<sup>3</sup>

Fakat hukuk felsefesi geleneği bilindiği gibi sadece doğal hukukçu anlayıştan oluşmuyor, hukukun ne olduğunu, nasıl çalıştığını analitik ve betimsel olarak anlamaya çalışan geleneğe göre hukuk kurallarıyla ahlak normları arasında zorunlu bir bağlantı bulunmuyor. Kendi içerisinde farklı

kolları barındıran bu anlayışın kabaca hukuki pozitivizm olarak adlandırıldığını biliyoruz.<sup>4</sup>

Hukuk felsefesinin en temel sorunu, hukukun otoritesinin dolayısıyla normatifliğinin nerden kaynaklandığı sorusu olduğunu düşündüğümüzde tahmin edileceği gibi yine bu soruya doğal hukuk anlayışının vereceği yanıtın çok basit ve anlaşılır olduğunu kabul etmeliyiz. Hukuki bir kurala neden riayet edelim sorusuna verilecek doğal hukukçu yanıtın sonsuz kadar geri gitmesine gerek yok. Ahlâkî olanın öyle olmasını gerektirdiğini söylemek ya da kadiri mutlak iyi bir Tanrının öyle istediği yanıtını vermek yeterli olacaktır.<sup>5</sup> Fakat bizler gerçekte her hukuk sisteminin ya da kuralının ahlâkî olmadığını biliyoruz dolayısıyla doğal hukukçuların yanıtları pek tatmin edici görünmüyor.<sup>6</sup> Peki o halde hukukun normatifliğine yani hukuka neden riayet ettiğimize dair hukuki pozitivizm penceresinden nasıl bir çözüm bulunabilir? İşte bu noktada,

- 2 James E. PENNER & Emmanuel MELISSARIS, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2012, ss. 11-26.
- 3 Doğal hukuk geleneğinde John Finnis hukukun toplumsal olgu olduğunu kabul ederken yine de Hart'ın “içsel bakış açısı” anlayışını tam en heyecan verici kısımda sonlandırdığını belirterek, hukuk felsefesinin ahlaki normatifliğine gönderme yapar. Finnis'in buradan hareketle yaptığı çıkarım hukukun toplumsal yaşamı koordine ederken iyi yaşamı temel alması gerektiğidir. Böylelikle Finnis'e göre kendi belirttiği normatif amaçları sağlamayan bir hukuk kuralına gerçek anlamıyla hukuk diyebilmek mümkün değildir. John FINNIS, “Law and What I Truly Should Decide”, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48 (2003), Sayı: 1, ss. 112, 113.
- 4 Margaret DAVIES, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017, ss. 101-118.
- 5 Scott J. SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011, ss. 42, 43.
- 6 Shapiro, doğal hukuk anlayışının hukuk sistemlerinin kötülüşü sorununa tatmin edici bir yanıt veremediklerini belirtir. SHAPIRO, ss. 43, 44.

başlıkta belirttiğimiz sorunun bir veçhesiyle karşılaşıyoruz, acaba hukuk ve yaptırım arasındaki ilişki nasıl kuruluyor? Yani doğrudan ifade etmek gerekirse hukukun normatifliğini sağlayan yaptırım mı? Peki eğer hukukun diğer normatif yapılardan farkını sağlayan güç, cebir yahut yaptırım ise hukuk sistemine sahip bir devletle haydut çetesini birbirinden ayıran nedir? Yoksa ikisi arasındaki fark gücün niceliğinden başka bir şey değil mi?<sup>7</sup>

Kemal Gözler'in tam olarak böyle düşündüğünü söyleyebiliriz. Gözler'in "*Hukuka Giriş*" kitabından anlaşıldığına göre bir devletin hukuk sistemiyle, haydut çetesinin normatif kurallarını birbirinden ayıran şey, devletin kullandığı yahut sahip olduğu gücün haydut çetesinin gücünden daha fazla olmasıdır.<sup>8</sup> Yalnız şu noktayı vurgulamak önemlidir, Gözler, hukukun

normatifliğini, hukukun otoritesini ve hukuki yükümlülüğü kaba güç noktasından açıklamasına karşın onun bu açıklaması, John Austin'in hukuku üstün egemen gücün yaptırımla desteklenmiş buyruklarından çıkararak yaptığı tariften veya Hans Kelsen'in *Grundnorm*'la temellenen normatif açıklamasından farklıdır. Gözler, öyle anlaşıyor ki kaba güce yaptığı atfa karşın hukukun ne olduğuna dair felsefi açıklamayı Austin ve Kelsen'in teorisinin bir karmasını yaparak açıklar.<sup>9</sup> Gözler, Anayasanın geçerliliğini iradeci pozitivizmle açıklarken, kendi ifadesiyle normcu pozitivizmin yani Kelsen'in teorisinin *Grundnorm* varsayımıyla Anayasanın geçerliliğini temellendirmesini kabul etmez. Anayasa altı normların temeli ise ona göre, normcu pozitivizmle açıklanabilir.<sup>10</sup> Felsefi olarak bu pozisyonun tutarlı bir

7 Shapiro, hukuki pozitivizm içerisinde hukuki yükümlülükle ilgili iki çözümün olduğunu belirtir, bunların ilki hukuki otoritenin kaba güçle ilişkili olduğu anlayışdır, diğeri ise hukuki otoritenin toplumsal bir kuralla ilişkili olduğu anlayıştır. Tahmin edileceği gibi ilkinin savunucusu John Austin ve onun takipçilerini oluştururken, ikincisinin savunucuları Hart ve ondan sonra gelen hukuki pozitivistlerin hemen hemen tamamıdır. SHAPIRO, ss. 43, 44. Burada Kelsen için ayrı bir parantez açılabilir, Kelsen tıpkı Hart gibi doğru bir hukuk teorisinin hukukun normatifliğini açıklamak zorunda olduğunu kabul eder ve kendi teorisini bu şekilde inşa eder fakat Kelsen hukukun kendine has normatifliğini toplumsal olgulardan ayırdığı oranda Hart ve Joseph Raz gibi çağdaş pozitivistlerden ayrılır. Dahası Kelsen bütün hukuk normlarının resmi görevlilere yaptırım uygulamaları için yapılan atıflardan ibaret olduğunu söylediği oranda, hukuk ve yaptırım arasında Austin benzeri bir bağ kurarak Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayırmadan uzaklaşır. Bütün hukuk kurallarını tabiri caizse aynı çuvala koyup, yetki veren kuralları, yükümlülük yükleyen kurallar gibi değerlendirmek yani eninde sonunda resmi görevlilerin yaptırımlarına göndermek Kelsen'in hukuk teorisini basitlik, sadelik, tutarlılık gibi teori oluşturmanın epistemolojik normlarından uzaklaştırır. Hart, "*The Concept of Law*"da ismini vermese de hukuki yükümlülükle ilgili olarak Austin'i eleştirirken aynı zamanda Kelsen'in yaptırım teorisini de eleştirir. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 40.

8 Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, ss. 65-67.

9 GÖZLER, s. 244.

10 GÖZLER, s. 244.

şekilde savunulması benim kanaatime göre mümkün değildir fakat bildirinin sınırları açısından bu konuya girmek istemiyorum. Gözler'in hukuki pozitivizmi sadece Austin ve Kelsen'in görüşleri bağlamında ele alması ve H.L.A Hart'ın ve kendisinden sonra gelen çağdaş hukuk felsefecilerinin hukuki yükümlülüğü yaptırım bağlamında ele alan görüşlere yaptıkları eleştirilere yer vermemesini vurgulamanın önemli olduğunu düşünüyorum. Zaten aşağıda bu eleştirilere değineceğim için aynı bağlamın Gözler eleştirisi olarak da okunabileceğini düşünüyorum.

Şimdi modern gelenekte bu sorunun nasıl ele alındığının tarihine biraz değinmek istiyorum. Birçok açıdan modern hukukbilimin analitik bir bakış açısından Jeremy Bentham'la başladığı söylenebilir. Bentham'ın hukuka bakışı betimsel değildir, Bentham oldukça normatif bir anlayışla hukuku ele alır, bu nedenle onun bir reformcu olduğunu söyleyebiliriz. Bentham, William Blackstone'un *common law* övgüsünü ve Edward Coke'un *common law*'u yapay bir akıl olarak selamlamasını sert bir şekilde eleştirir. Bentham için *common law* gereksiz şekilde karmaşık ve anlaşılmazdır, hatta *common law* ona göre yargıçların ve hukukçuların bir komplosundan ibarettir. Bentham'ın ciddi ciddi hukuki danış-

manlık için para ödenmesinin hukuka aykırı olarak görülmesini savunduğunu biliyoruz.<sup>11</sup> Bentham, kendi hukuk görüşünü formüle ederken kendisinden 200 yıl önce Thomas Hobbes'un tarif ettiği şekilde “buyruk” kuramından faydalanır. İnsanlar buyruklarla sürekli karşılaşılıyor, peki hukuku farklı kılan ne olacak? O, bu soruya yanıtı yani hukukun normatifliğinin diğer normatif sistemlerden farkını, hukuk sisteminin buyruklarını hoşça gitmeyen yaptırımlarla desteklemesinde bulur. Ona göre, bu yaptırımlar, para cezası, hapis, hatta idam bile olabilir. Bentham bu muhtemel yaptırımların hukuki yükümlülüğü bizzat tanımladığını söyler. Hukuki bir yükümlülüğe sahip olmak basitçe resmi devlet zoru altında olmak demektir, böyle bir gücün olmadığı yerde ne hukuki yükümlülük vardır ne de hukuktan bahsedilebilir. Bentham'ın yaptırım üzerinde durması onun David Hume'dan devraldığı empirik psikolojik değerlendirmesine dayanır çünkü toplumsal çıkarlar hiçbir zaman olmasa da insanların kendi çıkar temelli motivasyonlarını ortadan kaldırıp onların hukuka uyması için yeterli değildir.<sup>12</sup>

Bentham'ın eserlerinin yayınlanması çok uzun bir süre olsa da düşünceleri çevresi tarafından biliniyor ve onun bu düşüncelerini miras alan kişi

11 Gerald J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019, ss. 280-331.

12 PENNER & MELISSARIS, ss. 46, 47.

hepimizin çok iyi bildiği gibi John Austin oluyor. Austin, hukukun varlığıyla onun değerini birbirinden ayırarak niyetini baştan ortaya koyar.<sup>13</sup> Buradan hareketle, Austin'in semantik bir hukuk tanımı yaptığını görüyoruz. Hukuk başkasına alışkanlıktan hareketle itaat etmeyen fakat kendisine alışkanlıktan hareketle uyulan üstün bir egemenin yaptırımla desteklenmiş buyruklarıdır. Austin buyruğun bağlayıcılığını ve oradan ortaya çıkan yükümlülüğü ve ödevi buyruk verenin itaatsizlik halinde bir kötülük veya acı verme kabiliyetiyle temellendirir. Böylelikle zorlayıcı güç, Austin için hukukun ne olduğuyula ne olması gerektiği arasındaki farkı anlamının anahtarıdır.<sup>14</sup>

Austin'in yaptırım temelli hukuk anlayışı kendisinden sonraki dönemde oldukça etkili oluyor. İngiliz hukukbilimciler uzun süre bu etkinin altında kalırken Birleşik Devletler'de benzer bir eğilimin farklı bir anlayış ve amaçla filizlendiğini görüyoruz. Oliver Wendell Holmes'un hukuka "kötü adam"ın perspektifinden bakmalıyız derken Austin'i okuduğunu ve takip ettiğini biliyoruz. Holmes için ve sonrasında

da Joseph Hutcheson, Jerome Frank, Leon Green, Herman Oliphant, Karl Llewellyn ve birçok düşünür 1920'lerden 1940'lar ve sonrasına uzanan bir süreçte kitaplardaki hukukla uygulanan hukuk arasında büyük bir fark olduğunu belirtiyorlar.<sup>15</sup> Bu boşluğu önemli hale getiren hukuk tarafından etkilenen kişi yani *kötü adamdır, kötü adam* bu veya şu davranışta bulunduğu yalnızca kendisine ne olacağıyla ilgilenen kişidir.<sup>16</sup> Realistler, Austin gibi hukukun tanımıyla ilgilenmese de temel Austinci anlayışı kabul ediyorlar yani "hukuk sisteminin ne zaman yaptırım uygulayıp uygulamayacağı arasındaki çizgi, hukuk fikrinin anlaşılması için merkezi öneme sahiptir."

Yaptırımın hukukta öneminin geniş bir şekilde kabul edilmesi yalnızca İngilizce konuşan teorisyenlere has değildir. Kıta Avrupa'sında Hans Kelsen, devletin meşru yaptırım tekelini, hukuk sistemlerini diğer normatif sistemlerden ayıran fark olarak görür. Kelsen'in teorisi Austin'in teorisinden keskin bir şekilde ayrılrsa da yaptırımın rolüyle ilgili görüşlerinin aynı şekilde net olduğunu gözlemlemek mümkündür. Hans Kelsen'e göre "dışsal yap-

13 John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 157.

14 DAVIES, ss. 104-106.

15 Frederick SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, s. 21.

16 Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Cilt: 10, (1897), Sayı: 8, ss. 457, 459, 461.

tırımlar hukukun özüdür”<sup>17</sup> ve “hukuk düzeninin bütün normları zorlayıcı normlardır yani yaptırımı sağlayan normlardır”<sup>18</sup>.

Hukukun zorlayıcılığı bir çok düşünürüne onun ayırt edici vasfı olarak gözükse de başka bir kısım düşünür güç-merkezli hukuk anlayışının yine hukukla ilgili bir çok noktayı açıklamadığını belirtir. Örneğin Roscoe Pound kendisi ceza hukukçusu olsa da, Austin’in zımnî ceza hukuku paradigmasının özel hukukun bir çok alanını dışarıda bıraktığını düşünür. Pound, özellikle hukuki olarak kurulmuş işlemlerin, yani sözleşmeler, vasiyetnameler, şirket ortaklığının kuruluşu vd.’lerinin buyruk modeli tarafından içerilmediğini belirtir. “Bazı yasalar, yetki tanır veya yetki verir, başka bazıları, özgürlükleri ve ayrıcalıkları tanır ve verir ve bir kısmı da tanınmış çıkarları sınırlar. Bunların hepsinin buyruklara indirgenmesi aşırı-basitleştirmeden başka bir şey değildir bu bakış açısı hukukun bu yönünün daha iyi anlaşılmasına hizmet etmez”. Pound bunlarla da yetinmiyor ve bütün hukuku ceza hukuku anlayışıyla ele alınmasına itiraz ediyor ve Austin tarafından

hukukun bu şekilde indirgenmesine karşı çıkıyor.<sup>19</sup> Pound ve diğerleri Austin’in resmindeki boşlukları ortaya koyuyorlar fakat bu konudaki kanonik eleştiri H. L. A. Hart’ın “*The Concept of Law*” kitabının II, III ve IV.’ü bölümleridir.<sup>20</sup> Hart’ın kitabındaki Austin eleştirisi o kadar önemli hale gelir ki daha önce Hart’ın yaptığına benzer eleştiriler literatürde unutulur.

Hart’ın eleştirisi iki büyük tema üzerine oturmaktadır. Bunların ilki yukarıda Pound’un söylediklerine benzer şekilde hukukun büyük kısmının yaptırım temelli anlayış tarafından açıklanamayacağıdır. Fakat Hart bu eleştirileri daha da öteye taşıyıp, yaptırımın yalnızca sözleşmeleri, vasiyetnameleri ve hukukun diğer seçimlik özelliklerini açıklamadığını söylemekle kalmayıp, hukukun bu konulardaki kurucu/inşa edici rolüne değinir. Hart henüz çığır açan kitabını yazmadan önce Oxford’da yaptığı açılış dersinde düzenleyici ve kurucu kurallar ayrımını temellendirir.<sup>21</sup>

Düzenleyici kurallar, en çok bilinen kural türleridir, kavramsal varlığı mantıksal olarak kurallara öncelikli olan davranışları düzenler. Saatte 150

17 Hans KELSEN, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, Harvard Law Review, Cilt: 55 (1941), Sayı: 1, ss. 57, 58.

18 Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, s. 29.

19 SCHAUER, s. 24.

20 HART, 2012, ss. 18-79.

21 H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. 21-49.

km hızla araba kullanmam, arabanın, yolun ya da benim önceliklerimin bir işlevi olabilir fakat hukuka dayanmaz. Aynı şekilde bir kişinin diğerini öldürme kabiliyeti de böyledir. İnsanlar diğer insanları hukuk kuralları cinayeti yasaklamadan önce öldürürler. Böylelikle 150 km'nin üstünde araba kullanmayı veya diğer insanları öldürmeyi yasaklayan kurallar ve yasalar, yasa olmadan var olan davranışları yönetir ve bunların varoluşu mantıksal olarak hukuka önceldir. 150 km'nin üstünde araba kullanmak ya da arkadaşımı öldürmek için hukuka ihtiyacım yoktur.<sup>22</sup>

Gelin şimdi, aslında kendi başına var olmayacak, olanaklar yaratan kuralları ve kural sistemlerini düşünelim. Satranç oyununu kuran kurallar var olmadan, rok yapmak mümkün değildir. Rok, ancak satrancın içinde var olur. Aynı şey hukuk için de geçerlidir. Ceza hukuku adam öldürmeyi düzenleyebilir ve haksız fiil hukuku, kavramsal olarak öncel aktivitelerin bazı biçimlerini yönlendirebilir fakat bir şirket kurmak veya vasiyetname düzenleme adam öldürmeye değil roka benzer. Bir grup insan, hukuk olmadan birlikte bir işi yürütebilir fakat ancak hukuk sayesinde bir şirket oluşturabilirler. Ve aynı şey vasiyetnameler, sözleşmeler ve hu-

kuk tarafından kurulan ve hukuka bağımlı sayısız kurumlar ve pratikler için geçerlidir.<sup>23</sup> Hukukun, bu kurumları ve pratikleri kurmasını nasıl anlamalıyız? Hukukun burada bir şeyi ya da birini zorladığını söyleyemeyiz. Hukuk, şirketlerin kurulmasını sağlar fakat birilerini şirket kurmaya zorlamaz.

Hart'ın ikinci eleştirisi ise muhtemelen ilkinden daha önemlidir çünkü doğrudan hukuki yükümlülüğün, yaptırım, zor veya güçle mantıksal olarak farkı üstünde durur. Bentham ve özellikle Austin için yaptırımlar, hukuki yükümlülük fikri için zorunludur. Yasalar buyruklarını tehditlerle destekleyerek yükümlülükler yaratır. Böylelikle zorlama ya da güç yalnızca hukuki bir buyruğun zorunlu parçası değil aynı zamanda hukuki yükümlülük ve hukuki ödevin de zorunlu parçasıdır. Hart, bu fikre dilsel bir örnekle karşı çıkar, eğer silahlı birisi – hatta bu resmi genişletip silahlı bir organizasyonun genel emirlerine de uygulayabiliriz – bize ya canını ya malını derse, biz ancak zorlama altında oluruz, bir yükümlülüğe sahip olduğumuz söylenemez.<sup>24</sup>

Yaptırımlar olmadan yükümlülüğün varlığı ahlâkî yükümlülüklerle baktığımız zaman çok daha açıktır. Birçok

22 SCHAUER, s. 27.

23 SCHAUER, ss. 27, 28

24 HART, 2012, ss. 19-25.

insan örneğin engelli birine yolda yardım etmenin ahlâki yükümlülüğü olduğuna inanır ve bunu yaptırım tehdidi olmadan yapar. Başka bir örnek olarak vejetaryen birini verelim, bir vejetaryen sağlık sorunları olduğu için değil, hayvanların öldürülüp yenmesinin ahlâki olarak yanlış olduğuna inandığı için et yemez. Ayrıca vejetaryenler bu konuda toplum tarafından kınanmayı da göze alırlar. Böylece vejetaryenler et yemekten uzak durmayla ilgili olarak bir yükümlülükleri olduğuna ve et yediklerinde bu yükümlülüklerini ihlal ettiklerine inanırlar. Bu tarz ahlâki yükümlülükleri tanımlarken bunların içselleştirilmiş olduğunu görürüz. Et yemekten uzak durma yükümlülüğü vejetaryenin davranışlarına rehberlik eder, onu yönetir ve onun etten uzak durması için bir neden ortaya koyar. Bazı durumlarda vejetaryenler başkalarını et yedikleri için eleştirir, bu eleştiri yapma yetkisine sahip olmalarının nedeni onların "et yeme!" kuralını içselleştirmeleridir.

Ahlâki yükümlülükler yaptırım olmadan içselleştirilebiliyorsa, hukuki olanlar neden yapılmasın? Ve bu nokta Hart'ın ve sonradan onun takipçilerinin vurgulamak istediği noktadır. Vejetaryen dostumuz, barbekü yapmaya bayılabilir, kebabçı bir tanıdığı en sevdiği kişi olabilir hatta et ve balık yemenin bir insanı diğerlerine göre daha sağlıklı yaptığına inanabilir fakat

içselleştirdiği ahlâki yükümlülük onun bazı önceliklerini, arzularını bir kenara bırakmasını ve yükümlülüğe uymasını sağlar. Teorik bir imkân olarak aynısını hukuk için düşünebiliriz. İnsanlar cennet cehennem korkusu ve hayali olmadan dini yükümlülüklerini yerine getiriyorsa, yaptırım korkusu olmadan ahlâki yükümlülüklerini yerine getiriyorsa, aynısını neden hukuk için yapmasınlar? Böylelikle, mantıksal ve kavramsal bir mesele olarak, insanlar ahlakın dediği şeyi yapıyorsa, hukukun dediği şeyi de yaparlar. İnsanlar hukuku bağımsız bir yükümlülük kaynağı olarak algılayabilir ve yaptırım korkusu olmasa bile hukukun onlara yükümlülük dayattığını anlayabilirler. Eğer bir eylemi, ahlak bana öyle söylediği için yapıyorum demek anlamlıysa aynı şekilde mantıksal ve fenomenolojik bir mesele olarak, bunu hukuk dediği için yapıyorum demek de anlamlıdır.

Hart'ın anlayışında, hukuki yükümlülükleriyle ilgili olarak insanlar, içsel bir bakış açısına sahip olabilirler. Böyle bir bakış açısına sahip olduklarında insanlar hukuki bir buyruğun kendileri için bir yükümlülük ve eylemleri için bir neden oluşturduğunu fark ederler, bu yükümlülük mantıksal, fenomenolojik ve empirik olarak hukuk kuralının ihlali halinde ortaya çıkması muhtemel yaptırımın oluşturduğu yükümlülükten farklıdır. Hukuki yükümlülük aynı satranç oyununun



yükümlülüğü gibidir, Raz bunu, hukuki bakış açısı olarak özetler.<sup>25</sup> Hart'a göre hukuk sadece kötü adamın perspektifine odaklanamaz, aynı zamanda yolunu şaşırılmış adama da rehberlik etmesi gerekir.<sup>26</sup>

Hart sonrası düşünürlerin büyük kısmı hukukun bu yükümlülüğünün ne olduğu üstüne kafa yormuşlardır. Fakat burada önemli bir nokta bulunuyor, bu düşünürler ayrıca hukuk felsefesinin vazifesinin hukukun zorunlu ve yeterli öğelerinin ortaya çıkarılması olduğunu düşünürler. Yani hukuk felsefesi hukukun evrensel ve zorunlu unsurlarıyla ilgilenir, ama, örneğin hukuk sosyolojisi empirik ve olumsal olanla ilgilenir. Hukuka felsefi perspektiften baktığımızda hukukla zor veya yaptırım arasında kavramsal, zorunlu hiçbir bağ yoktur ancak olumsal bir bağ görülmektedir. Dolayısıyla Hart sonrası düşünürler hukuk felsefesini bu şekilde aldıkları için zorun/gücün/yaptırımın hukukla ilişkisine böyle bakmaya devam etmektedirler.

#### KAYNAKÇA

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

- DAVIES, Margaret, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017.
- FINNIS, John, "Law and What I Truly Should Decide", *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, (2003), Sayı: 1, ss. 107-129
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- HART, H. L. A, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- HART, H. L. A, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HOLMES, Oliver Wendell. "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Cilt: 10, Sayı: 8, (1897), ss. 457-478
- KELSEN, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Cilt: 55 (1941), Sayı: 1, ss. 44-70.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945.
- PENNER J. & MELISSARIS E., *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- POSTEMA, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- SHAPIRO Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

25 Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 140-143.

26 HART, 2012, s. 40.

# Triyaj, Olağanüstü Hallerde Müdahale Önceliği

Altan HEPER<sup>1</sup>

## Özet

Temel eşitlik ilkesi herkesin eşit olduğunu öngörür. Olağanüstü bir halde, örneğin olası bir İstanbul deprem felaketinde, yüzlerce ağır yaralının hastanelerin acil servislerine taşındığını düşünelim. Acil servislerin personel, cihaz ve yer bakımından sınırlı kapasitesi yüzünden, hangi ağır yaralıyı öncelikle acil servise alacağımız sorunu uzun yıllardır tıp etikçilerini, hukukçuları, özellikle ceza hukukçularını, tıp hukukçularını meşgul eden bir meseledir. Triyaj tarihi itibarıyla askeri tıpta doğmuştur. Savaşta ağır yaralanan askerler, subaylar arasında müdahale önceliğiyle ilgili talimatlar çerçevesinde ortaya çıkan bir kavramdır (*Triage*). Bir triyaj probleminin ortaya çıkması büyük sayıda yaralının olduğu çok büyük pandemilerde ve savaş halinde mümkündür. Bu durum her zaman etik ve hukuki dilemmalara, çatışmalara, zor kararlara yol açmıştır. Öncelikle bu tür kararların verilmesindeki zorluk, birinin yaşamını kurtarmak için karar verilmesi halinde, büyük bir ihtimalle diğerinin ölümünü göze almayı gerektirmesindedir. Kime müdahale edileceği sorunu aslında etik ve hukuki açıdan yükümlülükler çatışması olarak da üzerinde çok eskiden beri tartışılan bir konudur.

Batı Avrupa ülkeleri içinde tıp eğitiminde hakim anlayış, çok sayıda yaralı arasından en fazla insanın en az zararlı olayda kurtarılma-

sıdır. Burada münferit kişilerin çıkarları arka planda kalmaktadır. Mağdur kolektifi için en iyi sonuç elde edilmeye çalışılmaktadır. En fazla insanın en fazla mutluluğu olarak ifade edebileceğimiz klasik fayda anlayışın ilkeleleriyle triyaj eğitimi arasında bu bakımdan bir benzerlik görülebilir.

Acaba triyaj konusunda öncelik açısından yasal düzenlemelerle kimin önceliğe sahip olacağı konusunda kriterler, örneğin yaş, kronik hastalık, engelli olma vb. kriterler getirilebilir mi? İnsan yaşamına karşı insan yaşamı arasında bir tartma, değerlendirme olanaklı mıdır? Yoksa, her insan onur sahibi yegâne bir varlıktır, aralarında bir tercih yapılamaz mı diyeceğiz?

Bu tebliğde yasal düzenleme lehinde ve aleyhinde görüşler, tıp etiği ve ceza hukuku felsefesi açısından triyaj sorunu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** triyaj, anayasal eşitlik ilkesi, yükümlülükler çatışması, klasik faydacı anlayış, ceza hukuku felsefesi

<sup>1</sup> Doç. Dr., jur. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Almanya Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, E-posta: altan.heper@ozyegin.edu.tr

## I. Giriş

Bu konuyu seçmemin nedeni konunun güncelliği yanında, ele alınacak konularda etiğin, tıp etiğinin, ceza hukukunun en temel konularının tartışmaya açılmasını sağlamasıdır. Triyajda etikte iki temel akımın, bir yandan sonuçsalcı (konsekuantalist), faydacı (utilitarist), diğer yandan Kantçı ödev ahlâkı (deontolojik) yaklaşımın vardığı sonuçlar, diğer etik tartışmalardaki gibi rol oynamaktadır.<sup>2</sup>

COVID-19'un dünya çapındaki etkilerine kadar günümüz Avrupasında genellikle kuramsal bir konu gibi görünen triyaj birden bire gündeme oturdu.

Trijaj konusu, sunumun yapıldığı 8 Eylül 2022 gününde Türkiye için öldürücü, ağır bulaşıcı hastalıklar bakımından, muhtemel İstanbul deprem, olası diğer doğal afetler bakımından bir senaryo niteliği taşımaktaydı. Malesef 6 Şubat 2023'de, on bir ilimizi kapsayan ağır deprem felaketinde bu tür senaryoların gerçekleşme olasılığı fazlalaştı.

Bu çalışmada salgın hastalıklar bağlamında triyaj konusu ele alınacaktır, fakat bu bağlamda geliştirilen kriterlerin, doğal afetlere, büyük bir atom

santralinin ağır hasara uğraması gibi büyük kazalara da aktarılması mümkündür.

Makalede tebliğ stiline bağlı kalınmakla<sup>3</sup> beraber yer yer tebliğ metninden uzaklaşarak, yayınlanan yeni çalışmalara ve hukuki gelişmelere yer verilmektedir.

Makalede özellikle Alman hukukundaki bilimsel tartışmalara, mahkeme kararlarına, yasal düzenlemelere değinilecektir.

Trijaj konusunda sağlık personeli, acil tıp dernekleri, tıp etikçileri, sağlık ekonomistleri, ceza hukukçuları ve ilahiyatçılar bazen birbirine taban tabana zıt çözümler önermektedir. Bu da tartışmanın ne kadar farklı boyutlarda sürdüğünü göstermektedir.

Trijaj gibi detayları içeren, çok karmaşık, çok farklı disiplinlerle ilgili bir alanda tüm sorunları başlık halinde bile anmak bu makalenin çerçevesini çok aşacaktır. Bu nedenle bu makalede sadece belli sorunlar ele alınacaktır.

## II. Triyaj Sözcüğü ve Tarihi

Trijaj konusu, Yakın Çağ'da, savaş koşullarında yaralanan askerler içinde tedavi önceliğinin kime ait olduğunu tespiti bakımından askeri tıbbın bir

2 Benzer bir değerlendirme için Joachim HÜBNER, Denis M. SCHWEBE, Alexander KATALINIC, Fabian\_S.FRIELITZ, "Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie- Zwischen Utilitarismus und Lebenswertdifferenz" *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 145 (10), 2020, s. 689.

3 Tebliğ, 8 Eylül 2022 günü sunulmuştur.

konusu olarak ortaya çıktı. Fransızcadaki *trier* sözcüğünden bu kavram türetilmiştir<sup>4</sup>. Sözcük anlamıyla ayırma, sınıflandırma, ayıklama, içinden seçme anlamına geliyor. Napolyon Savaşları'nı, örneğin Waterloo Savaşı'nı kafamızda canlandırdığımızda topların patladığı, askerlerin içinde o an ölenler, çok ağır yaralılar, yaralılar ve hafif yaralılar olduğunu, ağır yaralılar içerisinde o günün tıbbi olanakları bakımından ne yapılırsa yapılsın birazdan ölecekler, ama hemen müdahale edilmezse ölecekler, müdahale halinde yaşama şansı büyük olanlar var. İşte burada kıt tıbbi olanaklar içerisinde kime öncelikle müdahale edileceği, kaynakların tahsisi triyajın konusunu oluşturur.<sup>5</sup>

Bir endüstri toplumu olan Almanya'da tüm mal ve hizmetlerin standartlaşması gibi triyaj süreci de DIN normlarıyla standardize edilmiştir. DIN 13056 numarasıyla standartlaşmış bu sürecin adı "hastaların tedavisi ve kapsamı, türü ve naklinin hedefleri ve tarzı bakımından hastalar arasında öncelik konusunda tıbbi değerlendirme ve karar"dır (*Aertzliche Beurteilung und*

*Entscheidung über die Prioritaet von Patienten hinsichtlich Art und Umfang der Behandlung, sowie Art und Ziel des Abtransportes.*)"<sup>6</sup>.

### III. Triyaj ve Aktüel Durum

Trijajın sadece salgın hastalıklar, pandemi, epidemi durumunda değil, büyük doğal felaketlerde, büyük terör olaylarında da karşımıza çıkabileceğini belirtmiştik.

Trijaj sonuç itibariyle önceliği tespit için bir karar alma sürecidir, yani bir yöntemdir. Tıbbi yardıma ihtiyacı olanların sayısı mevcut tıbbi personal (ekip) ve / veya maddi olanakları (yoğun bakım yatağı, cihazlar) aştığında, yani araç ve tıbbi personelin müdahale bekleyen hasta sayısının altında kalması halinde karar verme süreci başlamaktadır.

Trijajın amacı mümkün olduğu kadar kişinin mümkün olduğu kadar az zararla bu olağanüstü durumu atlatabilmesidir. Burada sorun kime, ne zaman hangi tedavi kaynaklarının, hangi olanakların sunulacağı konusunda verilecek karar için kriterlerin tespiti ve

4 Bkz. Fransızca Larousse Sözlüğü <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/triage/79477>, Erişim tarihi: 10.02.2023; triyaj konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz. Alexander BRECH, *Triage und Recht, Patientenwahl beim Massenfall, Hilfsbedürftiger in der Katastrophenmedizin*, Duncker & Humblodt, Berlin, 2008.

5 Triyaj konusunda çok sayıda kaynak arasından bkz. Eric REBENTISCH, "Ethik und Recht der Katastrophenmedizin", In: Bundesministerium des Innern, *Katasrophenmedizin -Leitfaden für die aertzliche Versorgung im Katastrophenfall*, 4. Baskı, Berlin 2006, s. 15-27.

6 Sigurd PETERS, "Triage in der Katastrophenmedizin", *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualitaet im Gesundheitswesen*, Berlin, 104 (5), 2010, s. 411.

kriterlerin uygulanmasıdır. Bu kriterlerin acil servislerde ve yoğun bakım istasyonlarında uygulanmasına çalışılmaktadır.

Bu kriterlerin tespiti ve kriterlerin belirli bir yapıya sahip olması sürecin şeffaflığa kavuşmasını, seçim kararının ilkelere dayanmasını, böylece tercihin sağlık personelinin keyfine, takdirine bırakılmamasını sağlayacaktır.

Aslında zengin batı ülkeleri için, doğal afetler, büyük kazalar, büyük terör saldırıları (11 Eylül) dışında tıbbi kaynaklar normal olarak hastalanan veya yaralanan insanları tedavi etmek için yeterlidir. Bu ülkelerde yetersizlik ancak çok özel koşullar altında baş göstermektedir.

COVID-19 salgınında Almanya’da hiçbir triyaj olayıyla karşılaşmadığı, İsviçre’de (Kanton Walez) bir, İspanya’da münferit, İtalya’da sayıca biraz daha fazla triyaj olayıyla karşılaşıldığı düşünülmektedir.

### III. Triage ve Etik

Etik en genel anlamıyla doğru eylemin kuramıdır. Triage yöntemlerinin uygulama koşulları ve doğru öncelik kriterleri dolaylı ve dolaysız olarak etik bir karaktere sahiptir. Fakat burada karar vericilerin, sürece katılanların hareket sahası, takdir yetkisinden bahsedebilirsek, bu alan anayasa ve ceza hukuku tarafından sınırlandırılmaktadır. Burada geçerli olan veya olması

gereken hukuk kuralları, insan yaşamının korunması, insan onurunun korunmasını esas alan anayasal düzenin, hukuk düzeninin esasıyla doğrudan ilgilidir.

### IV. Anayasal Durum

Birçok anayasa gibi Alman Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda eşitlikle ilgili hükümler bulunmaktadır. Eşitlik hükmü anayasal bir temel ilkedir. Bu ilkeye göre hukuk düzeni açısından herkese eşit işlem zorunluluğu vardır. Alman Anayasası’nın 3. maddesine göre:

“(1)Bütün insanlar yasa önünde eşittir.

(2) Erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptir. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder ve mevcut dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir.

(3) Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimseye engelliği nedeniyle mağdur edilemez.”

Aynı şekilde 1982 Anayasasının 10. maddesine göre, herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Yasa önünde eşitlik anayasal ilkesi, yasa koyucunun triyaj konusunda dolaylı ve dolaysız olarak ayrımcılık yapan düzenlemeler yapma yasağını getirmektedir. Bu durumda yasa koyucu hastaları yaşları nedeniyle, en-

gelli olmaları nedeniyle triyajda ayırıcılığa tabi tutamaz.

Diğer bir anayasal ilke insan yaşamının yegâneliği temel ilkesidir. Bu ilkeye göre hiçbir insan diğer bir insan için veya bir grup için feda edilemez. Bu ilkeyi Alman Anayasa Mahkemesi'nin çok bilinen, aşağıda özetlenen kararında açık olarak görmek mümkündür.

Karara esas olan yasa 11 Eylül saldırısı sonrası 2005 yılında Almanya'da terör saldırılarını önlemek için çıkartılan bir federal yasadır. Bu yasa göre federal yetkililere ve eyalet başbakanlarına hava korsanlarının bir yolcu uçağını kaçırmaması ve silah olarak kullanması olasılığında, uçağı düşürme yetkisi tanınmıştır. Düşürmeyle hava korsanı teröristlerle birlikte, masum yolcuların ve uçuş ekibinin öldürülmesi gündeme gelmektedir. Birkaç avukat ve pilot yasanın potansiyel mağduru oldukları iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi Kararına<sup>7</sup> göre teröristlerden gelecek zararı önlemek için uçağın düşürülmesini ve böylece masum yolcuların öldürül-

mesini Anayasanın kurucu ilkesi insan onuruyla bağdaşmamaktadır. Bu karara göre uçağın düşürülmesiyle belki de çok sayıda insanın yaşamının terör saldırısının önlenmesiyle kurtulması söz konusu olabilecektir ve zaten silah olarak kullanılan uçakta masum yolcular ölecektir argümanı bu yasanın anayasaya aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı yaşama karşı yaşam karşılaştırılmasını, çok sayıda insan yaşamı için az sayıda insanın, hatta tek bir masum insanın yaşamının feda edilemeyeceği, her bir insanın yegâneliği konusunu gündeme getirmiştir.

Bu karar ilke niteliği taşıdığı için, triyaj konusunda bir insan yaşamı karşısında, diğer bir insan yaşamının öncelik taşıyamayacağı sonucuna varmaktadır.<sup>8</sup>

## V. Ceza Hukuku Açısından Triyaj Kararlarının Sınırları

Konuyu senaryolarla, çeşitli olası olay versiyonlarla açıklamak konuyu anlatmak açısından sıkça tercih edilmektedir.<sup>9</sup>

7 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/byg06-011.html>

8 Anayasa Mahkemesinin kararı için tartışmalar konusunda bkz. Gerhard DANNECKER, Anna Fransiska STRENG, "Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer an der Erfolgsaussichtigen der Transplantation orientierten Organallokation, in: *Juristen Zeitung*, 2012, Vol. 9, s. 444-452; Steffen AUSBURG/Wolfram HÖFFLING, "Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand" in: *Juristen Zeitung*, No. 22, 2005, s. 1080-1085; Claus ROXIN, "Der Abschluss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben", in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, s. 552.

9 Benzer bir çalışma için bkz. Mehmet ARSLAN, "KOVİD-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve So-

**a) Olay 1: Ex- Ante (çıkış noktası, başlangıçtaki bakış açısıyla değerlendirme) Triyajı.**

Bu versiyonda hastaneye, hastanenin kapasitesini çok aşan sayıda hasta getirilir. Bu nedenle kimin tedaviye alınacağı seçimi yapılmak zorunluluğu doğmaktadır. Sağlıkçılar hastanede sorumluluk alanları açısından garantör durumundadır. Sağlık personeli görevleri açısından hasta hastaneye geldikten sonra, bu hastanın vücudunda ve yaşamında ortaya çıkmış veya çıkacak zararı ortadan kaldırma, azaltma yükümlülüğü altına girmektedir. Hastanın bilincinin açıklığında tedavi isteğinin reddi veya bilincinin kapalı olmasında bilinen bir vasiyetle tedavi olmayı reddetmesi halinde, artık rızadan bahsedemeyeceğimiz için, müdahale hukuka aykırı olmaktadır. Sağlık personeli yaralı veya hasta olarak gelen kişiye gerekli müdahaleyi yapmazsa olayın durumuna bağlı olarak ihmalen icra yoluyla yaralama veya öldürme suçunu işlemiş olur. Fakat tedavi edilmesi, müdahale edilmesi gereken kişi sayısı tıbbi imkanları aştığında bu durum değişmektedir. Aslında

da belki tüm hastalar için başarılı bir tedavi şansı alternatif olarak mevcut olabilir, fakat bunun aynı anda tüm hastalar için gerçekleşmesi imkansızdır. Yasal olarak düzenlenmemiş, ama teamül hukuku olarak en az yüzyıldır kabul gören, hukuka uygunluk sebebi yaratan yükümlülükler çatışmasıyla, bu hukuk figürüyle burada karşılaşırız. Tıbbi olanaklar, fiili olanaklar çerçevesinde en fazla insanı kurtarmakla hukuka aykırı hareket etmemiş, hukuka uygun hareket etmiş oluruz. Bunun koşulu tedaviye ihtiyacı olanların aynı aciliyette yardıma ihtiyacı olmasıdır. Aynı aciliyette yardıma ihtiyacın olmaması halinde, çatışan kurtarma yükümlülüklerinin aynı değerde, aynı önemde olmaması ve böylece hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Buradaki ilke en ağır hasta ilk önce, yani ağırlık sırasına göre “sickest first” daha fazla insanı kurtarmaktır.

Ex-Ante triyajı bir örnek olarak şu durumu canlandıralım: Üç hasta hastanenin yoğun bakımına getiriliyor. 1. hasta ve 2. hastayı birer saat arrayla suni solunum cihazına bağlamak mümkün ve böylece yaşamlarını kurtarmak mümkün, 3. hasta için ise böy-

lunum Cihazları Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XXIV, Y. 2020, Sayı: 3, s. 367 vd. Bu bölüm için Anne Fransızka Streng-Baunemann’ın “Corona-Triage-verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive” başlıklı makalesindeki plan takip edilmektedir. Anne Fransızka STRENG-BAUNEMANN “Corona-Triage-verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive” in: *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, 2021(3), s.172-174. Ceza hukuku açısından triyaj konusuyla ilgili çok geniş kapsamlı bir derleme için Eric HILGENDORF, Elisa HOVEN, Frauke ROSTALSKI, *Triage in der (Strafrechts) Wissenschaft*, Nomos, 2021.



le bir durum yok. Ona tek başına solunum cihazını bağlamamız gerekiyor. Eğer 1. ve 2. hastaya solunum cihazını bağlarsak, iki kişiyi kurtarmış olacağız. 3. hasta için karar verirsek tek bir hasta kurtuluyor. Sezgisel olarak genellikle iki hasta için, yani çok sayıda hasta için karar verilmektedir, ama bu durumda yaşama karşı yaşam karşılaştırması yapmaktayız. Sadece karşılaştırmakla kalmıyoruz, aynı zamanda niteliksel (*quantitatif*) bir karşılaştırma yapmaktayız. Böyle bir karşılaştırma insan yaşamının en yüksek değer olması, her insanın biricikliği ilkesi nedeniyle son derece problemlidir.

Normatif olarak bir kişiyi kurtarmakla, on kişiyi kurtarmak arasında fark bulunmamaktadır.

Ceza hukuku öğretisindeki bazı görüşlere göre, aynı değerdeki eylem yükümlülükleri arasındaki çatışmada olayın altından haliyle kalkamayan hukuka aykırı, ama kusursuz hareket etmektedir, tabii bu görüş Orta Çağ'dan bu yana bilinen *impossibile nulla est obligatio* temel ilkesini, yani olanaksızın yükümlülük ilkesi olamayacağını<sup>10</sup> gözden kaçırmaktadır. Reinhard Merkel, insan olanaklarının sınırının ötesinde hukuki yükümlülük olamaz demektedir.<sup>11</sup> Buradan yapılan çıkarımda hangi kriterlere göre sınırlı

tedavi olanaklarının sunulacağı kriterleri konusundaki karar, ceza hukukuyla saptanamaz, bunun yerine yükümlülükler çatışması durumunda garantöre bırakılmaktadır. Garantör ahlâken iğrenç, kötü bir motifle de hareket etse, burada ceza hukuku açısından önem taşıyan bir yaralama veya öldürme suçu söz konusu değildir. Kadın genel cerrah veya aneztezist çatışma halinde ilerde belki arkadaş olmayı hesapladığı genç, yakışıklı, zengin delikanlıyı aciliyet bakımından aynı nitelikteki yaralılar arasından önceleyebilir. Ahlâken belki kınanabilecek bir davranış, hukuka tamamen uygundur.

### b) Ex-Post Triyaj (Yeni gelen hasta için tedavinin kesilmesi)

Bu tür bir davranışın cezasız kalması gerektiğini doktrinde savunanlar olduğu gibi, karşıt görüşte olanlar da vardır. Almanya açısından bu davranışın öldürme veya yaralama suçunu oluşturduğu yargı kararlarına uygundur ve öğretinin önemli bir kısmı bu görüştedir.<sup>12</sup>

Cezasız kalmasını savunanların argümanı şu şekildedir: ceza hukuku ex ante triyaja yükümlülüklerin çatışması olarak hukuka uygunluk nedeni biçiminde izin veriyorsa, hangi hastaya sınırlı tedavi olanaklarının sunulacağı-

10 Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku- Genel Hükümler*, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 380 vd.

11 Reinhard MERKEL, Steffen AUGSBERG, "Die Tragik der Triage-Straf- und verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen", *Juristen Zeitung*, 2020 (14), s. 704.

12 Örnek olarak Thomas Rönnau/Kilian Wegner, "Grundwissen-Strafrecht: Triage" in: *Juristische Schulung*, 2020 (5), s. 404.

na, hangisine sunulmayacağı seçimine izin veriyorsa, devam eden bir tedavinin de, yaşama şansı daha yüksek bir başka hasta için kesilebileceğini de kabul etmelidir. Burada başlamış tedavide yarıda kalanın ölümü de göze alınmaktadır.<sup>13</sup>

Bu argümanla ihmal (ihmal yoluyla icra suçları) ile icra eşit kılınmaktadır.<sup>14</sup> Bu görüşün sahipleri Federal Mahkemenin başlamış olan tedavinin kesilmesiyle ilgili önemli bir kararındaki<sup>15</sup> görüşlere dayandıklarını söylemektedirler. Buna göre başlamış bir tedavinin sınırlandırılması, sona erdirilmesi veya tedaviden kaçınılması bunların o hastanın gerçek arzusuna veya öngörülen rızasına uygunsuzsa, ölüme giden hastanın geleceğini hayatın akışına bırakmak hukuka uygundur. Böyle bir tedavinin kesilmesi, ara verme işlemi, aktif bir eylemle, mesela bir tıbbi aletin fişini çekmekle de olabilir. Bu durumda aktif ölüme yardım suç işlenmiş sayılmayacaktır. Alman ceza hukukunda aktif ölüme yardım suç için bir ceza normu bulunmaktadır. Alman CK'nun 216. maddesinin başlığı "Mağdurun İsteğiyle İnsan Öldürme"dir. Madde metnine göre, "öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan kişi, altı aydan

beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Aşağıdaki açıklamaların doğru anlaşılabilmesi için Alman CK'da yer alan kusuru ortadan kaldıran nedenlerle ilgili hükmün (Madde 35) bilinmesi gereklidir.

### **Madde 35, Fıkra 1:**

"Her kim hayat, vucut veya özgürlüğe yönelik, halihazırda veya başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından def etmek için, hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklenebilir idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak cezanın 49'uncu maddenin 1'nci fıkrası uyarınca indirilmesi için, failin özel bir hukuki ilişki dolayısıyla, tehlikeye katılmak mecburiyeti bulunması gerekir."

### **Madde 35, Fıkra 2:**

"Fail fiili gerçekleştirirken, 1'nci fıkra uyarınca kusurluluğunu ortadan kaldırılabilecek nitelikte olan durumların hataya düşerek var olduğunu zannederse, sadece hataya düşmekten kaçınabilmesinin mümkün olduğu hallerde, cezalandırılır. Ceza 49'ncü maddenin 1'nci fıkrası uyarınca indirilir."<sup>16</sup>

13 Karsten GAEDA, Michael KUBICIEL, Frank SALIGER, Michael TSAMBIKAKIS, "Rechtsmaeissiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation", in: *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, 2020 (3), s. 129.

14 Rönnau/Wegner, s. 406.

15 Federal Alman Yargıtayı BGH, BGHStr. 55, 191=Jus 2010, 1027.

16 Alman Ceza Kanunu'nun çevirisi için Feridun YENİSEY/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

Yukarıda açıklanan cezasızlık ar-  
gümanına karşı Federal Mahkemenin  
adı geçen kararında ceza hukuku dog-  
matığı için önemli bir ayırım olan icrai  
ve ihmali suçlar ayırımın ortadan kal-  
dırılmadığı, bir insanı başka bir insa-  
na yararlı olduğu için öldürmeye izin  
vermediğini, öldürülenin kurtarılması-  
nın hukuka uygunluk sebebi olarak bir  
yükümlülükler çatışması temelinde ih-  
mal edilmesiyle, kurtarmadan kaçınma  
yoluyla da böyle bir ölüme izin verme-  
diği söylenmektedir. Tedaviyi kesme  
hukuka uygunluk sebebi olabilir mi?  
Anayasal kişilik hakları içerisinde yer  
alan hayatının sonunu belirleme hak-  
kı içerisinde insanın istediği biçimde  
ölümü, öldürmeyle ilgili ceza hukuku  
bağlamında istisnalar yaratma, özel  
bir izin olarak anlaşılmalıdır. Bu du-  
rum dışında istisnalar, Alman hukuku  
açısından bir öldürme suçunun icrai  
olarak işlenmesinde öz savunma (meş-  
ru müdafaa), savaş hali gibi istisnai  
durumlar dışında, sadece hukuka uy-  
gunluk sebebi olarak zorda kalmayla  
(ıztırar haliyle) fiil suç olmaktan çık-  
maktadır; fakat hukuka uygunluk sebe-  
bi olarak zorda kalma, ex post triyajda  
korunan hukuki değer, yani gelen  
hastayla korunan hukuki değer, onun  
yaşamının ihlal edilen hukuki değer-  
den, yani tedavisi kesilen hastanın  
yaşamından çok daha ağır basmasını  
şart koşmaktadır.<sup>17</sup> Fakat insan onuru

garantisini nedeniyle insan yaşamı her  
türlü niceliksel ve niteliksel karşılaştır-  
madan, tartmadan aridir. Bunun istis-  
nası ancak sınırlı belirli durumlar için  
mümkündür, örneğin tehlikeli ve kur-  
tarılması olanaksız bir topluluk içinde  
bulunan biri için kurtarma çalışmasına  
son verilmesi, hamile kadının yaşamı-  
nın kurtarılması için fetüse müdahale,  
kendisinden kaynaklanan yaşamsal  
tehlike nedeniyle o kişinin hayatının  
sonlandırılması dışında yaşama karşı  
yaşam tartılması mümkün değildir. Ex  
post triyajda böyle bir istisnai durum  
yoktur.

Gelelim kusuru ortadan kaldıran  
zorda kalma haline. Acaba sağlık çalı-  
şanları ex post triyajda bundan yararlan-  
abilir mi? Bu konuda Alman Anayasa  
Mahkemesi hava sahası güvenliği ko-  
nusunda (*Luftsicherheitsgesetz*) verdi-  
ği kararda tam olarak konuyu aydınlat-  
mamakta, açık bırakmaktadır. Burada  
lehine diğer hastanın tedavisi kesilen  
hastanın sağlık personelinin yakını ol-  
ması koşulu aranabilir, yani tamamen  
tesadüfi bir şekilde sağlık personeli  
kendi yakınına kurtarmak için başla-  
mış olan tedaviyi durdurabilir. Böyle  
bir tesadüf olasılığı az da olsa düşünü-  
lebilir.

Diğer bir hukuksal figür olarak ya-  
süstü, yasada düzenlenmemiş kusuru

<sup>17</sup> Thomas RÖNNAU, Kilian WEGNER, s. 405.

ortadan kaldıran zorda kalma hali karşımıza çıkmaktadır.<sup>18</sup> Zorda kalmayla ilgili Alman Ceza Kanunu maddesi 35'e kıyasen geliştirilen bu figür mutlak olarak istisnai durumlar için geçerlidir. Böyle bir istisnai durum az sayıdaki insanın çok sayıdaki insanın kurtarılması için feda edilmesi ve vicdani çatışma içinde hareket eden, fiili ika eden failin eyleminin affedilmesi anlamına gelmektedir. Halbuki tedavinin kesilmesiyle kurtarılacak insan sayısı 2, belki 3'ü geçmeyecektir. Bu nedenle bu figürün de koşulları oluşmamaktadır. Bu niceliksel unsurun yanında, yasa üstü kusuru ortadan kaldıran zorda kalma varlıksal istisnai durumda bireysel kusurla ilgilidir, ex post triyajda ise, sık sık tekrarlanabilecek, hatta büyük pandemilerde rutin haline gelebilecek tıbbi günlük faaliyet söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan durum birbirine benzememektedir.

Bazı hukukçular, ex post triyajda lehine tedavi kesilen hastanın, bu hastaya göre hayatta kalma şansının açık ve net bir biçimde yüksek olması koşulunu zorunlu görmektedir. Bu argümana karşı normatif itirazlar dışında fiili olarak bunun olanaksızlığı itirazı ileri sürülmektedir. Stresli klinik günlük yaşamında böyle açık ve net bir biçimde hayatta kalma şansının yüksek ol-

ması tespiti çok çok zordur. Yoğun bakımda tedavinin realist bir başarı şansı olup olmayacağı ve ne kadar süreceği konusundaki karar aynı zamanda acının, ıstırabın uzatılması olmaktadır ve bu karar zor bir karardır. Burada klinikteki karar vericilerin karar verme konusunda tedavinin olumlu cevap verme şansının yeniden değerlendirilmesi sonucu tedavinin kesilmesi için bir takdir hakkı doğmaktadır.

## VI. Yeni gelecek hasta için hasta alımının reddi

Yeni gelecek hasta gerekçesi ile hastane kapısına gelen hastanın reddi eğer herhangi bir yükümlülükler çatışması<sup>19</sup>, hastalar arasında tedavi bir tedavi önceliği rekabeti yoksa, sorumluluk açısından ihmal yoluyla ölüme sebebiyet, en azından yaralama suçunun işlenmesi sonucunu doğurur.

## VII. Yasal Düzenleme Gerekli mi?

Alman Anayasa Mahkemesi eski yargıçlarından Di Fabio bu konuda yazdığı bir kitapta “yasa koyucununun bir dilemmada sadece yanlış davranabileceğini, aksi takdirde zaten dilemmanın dilemma olmaktan çıkacağını” söylemektedir. Bu nedenle tıbbi olanakların kısıtlı olduğu hallerde dağıtımın, yanlış somut bir örnekle kimin

18 Thomas RÖNNAU, Grundwissen-Strafrecht: Übergesetzlicher entschuldigender Notstand (analog Par. 35 StGB) in: *Juristische Schulung*, 2017 (2), s. 113.

19 Yükümlülükler çatışması konusunda Türk hukukunda ayrıntılı bir çalışma için Pınar BACAKSIZ, “Ceza Hukukunda Yükümlülükler Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012 (21), s. 119-138.

yoğun bakım yatağına götürüleceğine kararının uygulamadan gelen tecrübeleriyle doktora bırakılmasının, parlamenter yasa çıkarma usulünden daha faydalı olacağını, parlamentoda çok genel değerleri içeren kararlar alınabileceğini, bunun da zaten mesleki uygulamayı belirlediğini ifade etmektedir.<sup>20</sup>

Yasal düzenlemede belki de triyajın nasıl olmasından ziyade, nasıl olmaması konusu düzenlenebilir, yani negatif bir listenin oluşturulması gibi kriterler oluşturulabilir.

Yasal düzenlemenin zorunlu olması konusunda, sağlık personelinin çok zor etik kararlar karşısında yalnız bırakılmaması argümanı getirilmektedir. Çok sayıda yoğun bakım hekimleri dernekleri, ilgili meslek kuruluşları dernekleri birçok yönerge yayınlamaktadır. Şüphesiz bunlar bağlayıcı olmamaktadır ve tavsiye niteliğindedir. Bunlara uygun ama ceza hukuku açısından suç sayılan bir davranış, hekimi cezai sorumluluktan kurtarmaz. Genellikle kabul gören ilke, klinik olarak tedavinin başarı şansı, tedavi edilecek kişinin hayatta kalma olasılığı en yüksek olan kişi olmasıdır (*save the most*); fakat yukarıda açıklanan yükümlülükler çatışmasında hukuka uygun davranma birbirleriyle yarışan tedavi gereksinimleri arasında aciliyet karşılaştırılmasını zorunlu kıldığı için, hayatta kalma olasılığında yoğunlaşan bir bakış açısı

hem ceza hukuku açısından, hem de etik bakımdan bazı sorunlar doğurmaktadır. Özellikle hayatta kalma olasılığını karşılaştırmada kullanılan scoring mekanizmasında yaşlı insanlar, müdahaleye geç cevap vermeleri, geç stabilize olmaları nedeniyle, otomatikman ikinci plana itilmektedir. Aynı şey kronik hastalıkları olanlar için de geçerlidir. Halbuki anayasalar bu ayrımı reddederler. Ayrıca bazı yaşlı insanların yaşamlarının, kronik hastalığı olan birçok gençten daha da uzun ve sağlıklı sürdüğü bilinmektedir.

Yasal düzenlemenin aleyhinde görüş ileri sürenler sürecin karmaşıklığını dile getirerek, sürecin aşırı hukukileşmesi yerine, yoğun bakım hekimlerinin tecrübesine, uzmanlık bilgisine güvene dikkat çekmektedir.

### **VIII. Triyaj Düzenlemesi (Alman Bulaşıcı Hastalıklar Yasası, madde 5-c)**

Almanya'da sekiz engelli kişi, triyaj durumunda engellilerin dezavantajlı duruma düşeceklerini, bunu ortadan kaldırmak için yasa koyucunun harekete geçmesi gerektiğini öne sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu kişiler Alman Yoğun Bakım ve Acil Tıp Disiplinlerarası Derneği'nin üyeleri için yayınladığı genelgenin kendileri için olumsuz sonuçlar yaratacağını, yaşamlarını tehlikeye soktu-

20 Udo DI FABIO, *Coronabilanz*, Beck, München, 2021, s. 55-58.

ğunu, yasal düzenleme olmadan bir tıp derneğinin genelgeyle ölüm ve yaşam arasında karar veremeyeceğini belirttiler. Engellilerin COVID-19 gibi bir bulaşıcı hastalık dışında, zaten başka ciddi kronik rahatsızlıkları olduğunu, örneğin ciddi akciğer problemleri olması nedeniyle öncelikle doktorların iyileşme şanslarını her zaman zayıf gördüklerini, kronik rahatsızlık nedeniyle başarı şansı kriterinin uygulanmasıyla geri planda tutulacaklarını, böylece sırf engelli olmaları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulacaklarını iddia etmişlerdir. Bu Genelge triyaj durumunda tıbbi klinik ve etik tavsiyeler, hangi hastanın önceliğe sahip olduğuna dair tavsiyeler içermektedir. Mahkeme başvuruyu ciddiye almış, yasa koyucunun derhal harekete geçmesi yolunda 16 Aralık 2021’de karar vermiştir. Kararın ana hatları özetlenecek olursa, devletin engelli kişileri engelli olmalarından dolayı, dolaylı ve dolaysız olarak üçüncü kişilerce yapılabilecek ayrımcılığa karşı Anayasanın 3. maddesinde 3. fıkrasındaki hükmü gereği koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu koruma görevi, koruma ihtiyacının kendisini açık bir şekilde gösterdiği belirli olay tiplerinde somut koruma yükümlülüğünde yoğunlaşabilmektedir. Koruma yükümlülüğünün içine, engelli olmaları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmalarının önlenmesi, yaşam haklarının, onurlarının koruması girer.

Burada, devletin koruma görevi, bir engelli olma hali nedeniyle dezavantajlı duruma düşme riski yüksek olduğundan, hayatta kalma için belirleyici yoğun bakım olanaklarının kullanılmasında çok önem taşımaktadır. Yasa koyucu anayasal ayrımcılık yasağından doğan bir somut koruma görevini yerine getirmede tespit, değerlendirme, düzenleme bakımından takdir hakkına sahiptir. Yasa koyucu engellilerin böyle bir durumda yaşamları bakımından ayrımcılığa tabi tutulmalarının önüne geçecek tedbirin niteliği, özellikleri konusunda serbesttir, ama bu tedbiri derhal almak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine Federal Yasa Koyucu, Federal Bulaşıcı Hastalıklar Yasasının 5- c maddesine, 20.12.2022 tarihinde bir ek getirerek sadece bulaşıcı hastalıklar için triyaj durumunu nispeten açıklığa kavuşturmuştur. Maddenin başlığı “bulaşıcı hastalıklarda hayatta kalma açısından belirleyici yoğun bakım kapasitesinin yeterli olmadığı durumlarda yöntem”dir. Madde, doğal afetler veya terör saldırılarında geçerli değildir. Maddenin birinci fıkrasında genel ayrımcılık yasağında yer alan gruplar ve özellikler sayılmaktadır. Bu özellikler, engellilik, sakatlığın derecesi, yaş, etnik köken, din veya dünya görüşü, cinsiyet veya cinsel yönelimdir. Bunlar nedeniyle tedavi önceliği yapılamaz. Böylece bir negatif liste yapılmaktadır. Birinci madde aynı zamanda hangi



hallerde kapasite yetersizliği olduğunu betimlemektedir. Maddenin ikinci fıkrası konumuz açısından büyük önem taşımaktadır. Kimin önceliğe sahip olduğu aktüel ve kısa vadeli hayatta kalma şansına bağlanmaktadır. Madde metninde kısa vadeli yaşama şansıyla orta ve uzun vadeli sonuçlar bir kenara bırakılmaktadır, yani hastanın o andaki durumu, belki 3 gün ve 3 haftalık yaşama şansı belirleyici olmakta, 3 yıl sonraki, 10 yıl sonraki durum seçimde rol oynamamaktadır. Çoklu ölüm nedeni (comorbidity/ komorbitaet), aktüel ve kısa vadeli yaşama şansında, sadece hastalıkların ağırlığı ve mevcut hastalıkla kombinasyonu nedeniyle kısa vadeli hayatta kalmayı önemli ölçüde azalttığına dikkate alınmaktadır. Aktüel ve kısa vadeli kriterler açısından özellikle bir engellilik, yaş, geri kalan orta vadeli ve uzun vadeli yaşam süresi beklentisi, sakatlığın derecesi ve yaşam kalitesi önem taşımamaktadır. Aktüel ve kısa vadeli hayatta kalma değerlendirilmesinde yukarıda sayılan hususlar dikkate alınmaz.

2. fıkrada başlamış tedavinin yeni gelen hasta için kesilemeyeceği, ara verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bunun dışında 3. fıkrada kararın kimler tarafından, nasıl verileceği detaylarıyla düzenlenmektedir.

## IX. Türk Hukukunda Triyaj

Türk hukukunda triyaj Alman hukukunda farklı olarak yasal bir zemine sahip değildir. Konu doğal olarak tıp hukukçuları, ceza hukukçuları ve tıp etikçileri tarafından tartışılmaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esas Haklarında Tebliğin (Resmi Gazete: 31952, Tarih: 13.09.2022) üçüncü bölümü triyajla ilgilidir.<sup>21</sup> Bu bölümün başlığı "Trijaj Uygulaması ve Renk Kodları, Muayene ve Refakat Esasları"dır. 8. maddenin 1. fıkrası triyaj işleminin amacını açıklamaktadır. Buna göre "triyaj işlemi; acil servis yoğunluğuna bağlı olarak hastaların zarar görmesini engellemek, ihtiyaç duydukları tıbbi bakıma gecikmeksizin ulaşmalarını sağlamak amacıyla bu tebliğin Ek-4'ünde belirtilen hükümler çerçevesinde uygun sayıda personel ile yapılır". Ek-4'de renk kodlama ve triyaj uygulamaları yer almaktadır. Renkler, yeşil, sarı ve kırmızı olarak hastanın durumunun ağırlığına bağlı olarak kodlanmaktadır. Bu renklere bağlı olarak alan ve vaka niteliği, vakanın yönlendirildiği birim kriterleri ve örnek durumlar yer almaktadır.

Madde 8'in bütününden, burada sağlık personelinin objektif kriterleri, sadece tıbbi ölçütleri esas almalarının beklendiği anlaşılmaktadır.

21 [https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220913-5.htm#:~:text=MADDE%208%2D%20\(1\)%20Trijaj,uygun%20say%C4%B1da%20personel%20ile%20yap%C4%B1%20C4%B1r.](https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220913-5.htm#:~:text=MADDE%208%2D%20(1)%20Trijaj,uygun%20say%C4%B1da%20personel%20ile%20yap%C4%B1%20C4%B1r.)



Triyajın tanımı daha önce çıkartılan Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinde madde 4, fıkra 1. bentte yer almaktadır. Buna göre triyaj “Çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakil edilmesi gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan hızlı seçme ve kodlama işlemi”dir.<sup>22</sup>

Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerle, yaşamı ve vücut bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren bir konu olarak triyajın genelgeyle değil, yasayla düzenlenmesi gerektiği konusunda görüşler ileri sürülmektedir.

Ceza hukuku öğretisinde büyük bir Alman etkisi olması nedeniyle triyaj konusundaki tartışmalarda da Alman öğretisinin etkisi görülmektedir.<sup>23</sup>

### IX. Felsefi Bakımdan Triyaj

Klasik bir örnekle hareket ettiğimizde, yoğun bakım merkezine 5 yaşındaki bir çocuk, 92 yaşındaki bir hasta, 28 yaşında bir hamile kadın geldiğinde ve bu hastalardan sadece birini tedaviye alabileceğimizi düşündüğümüzde, buradaki seçimin sonuçları açısından bakarsak, sonuçsalıcı bir etik yaklaşımını benimsemiş oluruz. Kla-

sik faydacılar açısından triyajda seçim doğrudur, yani kurtarılacak hastanın topluma kazandıracağı artı değer önem taşır, toplumsal fayda belirleyici olmaktadır. Faydacı açısından insanlığa büyük hizmetler veren, büyük toplumsal faydalar sağlayan bir bilim insanının triyajda değeri, kronik bir suçludan daha fazladır.

Faydacılığın eleştirisinde şu örnek verilebilir: Bir evde bir tablo yanmaktadır, başka bir evde sekiz tablo yanmaktadır, önceliğiniz tek bir tabloyu kurtarmak için yangını söndürmek mi, yoksa, diğer evde sekiz tabloyu kurtarmak için yangını söndürmek midir? Faydacı eylem, sonuçlara bakarak sekiz tablonun bulunduğu evin söndürülmesi diyecektir; fakat tablo yerine insan koyduğumuzda durum değişir. Her insan biriciktir, insanların toplanması, sayısı önem taşımaz. üç insanın veya sekiz insanın, bir insandan daha değerli olduğunu söylemek olanaksızdır.

Yaşlılığın triyajda bir kriter olup olmayacağı konusunda gençlerin yaşlı hastalara göre öncelik taşıması görüşü de savunulmaktadır. Bu görüşe dayanak olarak gençler için koca bir ömürün daha önlerinde olduğu, ebeveyn

22 <https://khgmstokyonetimdb.saglik.gov.tr/Eklenti/19158/0/acil-saglik-hizmetleri-yonetmeli-gi-11052000-tarihli-24-046-sayili-resmi-gazetepdf.pdf>. Maddeye 24.03.2004 yılında ek gelmiştir. (RG: 25412).

23 Almanya’daki tartışmaların aktarılması bakımından bkz. Mehmet ARSLAN, “KOVİD-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazları Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XXIV, Y. 2020, Sayı: 3, s. 361-384.

olma hakları olduğu, yaşlılar için ise, önlerinde az bir süre olduğu, yaşamın önemli bir kısmını zaten geçirdikleri tezi ileri sürülür. Bu anlayış doktorun tedavi kaynaklarının tahsisinde toplum için “faydayı” optimize ederek, gençleri yaşlılara tercih etmektedir. Bu konuda da yapılmış anketlerde de gençlerin kıt kaynak tahsisinde yaşlılara tercih edilmesi eğiliminin Almanya’da ağır bastığı görülmüştür.

Etik açıdan böyle bir tercihin sorunlu olduğu Alman Anayasa Mahkemesi kararında da ortaya çıkmıştı. Bir kişinin yaşı ne olursa olsun, diğerinin yaşamından üstün olamayacağı tezi insan onuru temelli bir tez olarak ortak yaşamın temelini oluşturmaktadır. Yaşlı kişinin toplumsal faydasının azlığı gibi klasik utilitarist bir tez, yaşlı kişinin de biricikliğini yadsıma olmaktadır.

Aynı anda gelenler için kura çekilmesi önerisi de triyajda öne sürülen bir yöntemdir. Kuranın tesadüflüğü ve bu yanıyla adil olduğu düşünülmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapan ve dolayısıyla yasa koyucuyu harekete geçiren kararın verilmesini sağlayan bir bireysel başvuruyu yapan engelli bir yargıç “kendisine kalsa kura çekilmesini” önereceğini söylemektedir.

Diğer yandan ilk gelenin kıt kaynaktan yararlanması “first come, first served” ilkesi de bazı Avrupa ilkelerinde uygulanmaktadır.<sup>24</sup>

Ampirik olarak şu tespitlerde de bulunmak gerekir. Yapılan niteliksel araştırmalarda görüşme yapılan hekimlerde triyaj durumunda tıbbi kriterlerin, yapılacak masrafın, hastanın yaşının ve toplumsal faydanın rol oynadığı görülmüştür. Tabii bu faktörlerin rol oynamaması normatif olarak yer almaktadır. Fakat yapılan araştırmalarda toplumsal olarak önemli bir hastanın öncelik taşıdığı, 3 çocuklu dul bir genç kadının, aynı özellikte çocuksuz bir kadına öncelik taşıması, özel meslek sahibi olanların, örneğin sağlık personelinin, sistem açısından önem taşıması nedeniyle yine öncelikli muamele görmesi gibi faydacı anlayışın örnekleri karşımıza çıkmaktadır.<sup>25</sup>

Hangi etik ilke esas alınırsa alınsın, ister vicdanlı bir doktorun ahlâki kanaatine dayanarak yaptığı değerlendirme (erdem etiği), isterse en fazla insanın en fazla mutluluğu (klasik faydacılık), isterse Kantçı ödev etiği esas alınsın, triyaj bir dilemma olmaktan çıkamamaktadır.

24 Çeşitli Batı ülkelerinde triyaj uygulamaları ve etik analizi için İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi’ndeki çalışma grubunun araştırması için bkz. “Trijaj Etiği | Covid 19 ve Etik”, covid19ethics.com, Erişim tarihi 15.02.2023.

25 Joachim HÜBNER, Denis M. SCHWEBE, Alexander KATALINIC, Fabian S. FRIELITZ, “Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie, zwischen Utilitarismus und Lebenswertdifferenz”, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, Vol. 145 (10), 2020, s. 689.

**KAYNAKÇA**

- ARSLAN, Mehmet: “KOVİD-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazları Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XXIV, Y. 2020, Sayı: 3, s. 367.
- AUSBERG Steffen, HÖFFLING, Wolfram: “Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand” in: *Juristen Zeitung*, München 2005, 1080-1085.
- BACAŞIZ, Pınar: “Ceza Hukukunda Yükümlülükler Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012/21, s. 119-138.
- BRECH, Alexander: *Triage und Recht, Patientenwahl beim Massenansturm, Hilfsbedürftiger in der Katastrophenmedizin*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.
- DANNECKER Gerhard, STRENG Anna Fransiska: “Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer an der Erfolgsaussichtigen der Transplantation orientierten Organallokation in: *Juristen Zeitung*, München 2012, 9, s. 444-452.
- DI FABIO, Udo: *Coronabilanz*, Beck, München, 2021, s. 55-58.
- GAEDA, Karsten, KUBICIEL, Michael, SALIGER Frank, TSAMBIKAKIS, Michael: “Rechtsmaessiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation” in: *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, Hamburg 2020, 3, 129-146.
- HAKERİ, Hakeri: *Ceza Hukuku- Genel Hükümler*, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- HILGENDORF, Eric, HOVEN, Elisa, ROSTALSKI, Frauke: *Triage in der (Strafrechts) Wissenschaft*, Nomos, 2021.
- HÜBNER, Joachim, SCHWEBE, Denis M, KATALINIC, Alexander, FRIELITZ, Fabian S.: “Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie, zwischen Utilitarismus und Lebenswertdifferenz”, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, Stuttgart 2020, 145, s. 687-692.
- MERKEL Reinhard, AUGSBERG, Steffen: “Die Tragik der Triage-Straf- und verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen,” in: *Juristen Zeitung*, München 2020, 14, 704-715.
- PETERS, Sigurd: “Triage in der Katastrophenmedizin”, *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität in Gesundheitswesen*, Berlin, 2010; 104: 411.-416
- ROXIN, Claus: “Der Abschluss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben” in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Giessen 2011, s. 552-563.
- RÖNNAU, Thomas, WEGNER, Kilian: “Grundwissen-Strafrecht: Triage” in: *Juristische Schulung*, München 2020, 5, s. 404-407.
- REBENTISCH, Eric: “Ethik und Recht der Katastrophenmedizin”. In: Bundesministerium des Innern. Yay. *Katasrophenmedizin -Leitfaden für die aertzliche Versorgung im Katastrophenfall*, 4. Baskı, Berlin, 2006, s. 15-27
- STRENG-BAUNEMANN, Anne Fransiska: “Corona-Triage-verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive” in: *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, Giessen 2021, 3, s.172-174.
- YENİSEY, Feridun, PIAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu, Straftesetzbuch*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

# Adalet Sadece İntikam Almak Değildir

Yasemin IŞIKTAÇ<sup>1</sup>

## Özet<sup>1</sup>

Bu çalışma, adaletin ne olduğuna dair yapılmış olan açıklamaların bir ters okuması ile adaletin ne olmadığına odaklanarak yapılan yeni bir perspektif sunumudur.

Adaletin neliğine ilişkin, doğal hukuk, hukuksal pozitivizm ekseninde klasik tartışma biçimlerinin dışında herhangi bir sınır çizilmeksizin ele alınarak yasada yazan adalet daha doğrusu “olan-olması gereken olarak adalet”in irdelenmesi, farklı bir bakış açısıyla okunmasıdır.

Klasik anlatılar, örneğin Antigone’nin adalet arayışı, bu nedenle tam da farklı bir okuma için kullanışlı görülmektedir. Detaylarını makalede tartışıyorum. Diğer yandan yasaların “daha yüksek iyi” ile sürekli ilişkide bulunması, yasalara yansıyan temel hak ve özgürlüklerin mutlaklığı, insanlık onuru vb. gibi üst kavramların pozitifleşmesi ve bu derinliğin değeri “*lumen naturale*” olarak hukuku aydınlatır.

Adaletin değerini bir de hukukun gerçekleştirdiği şeylerin sadece adaletle sınırlı olmadığı ile de dengeleyebiliriz. Hukuk bu bağlamda özel olan eşitlik, barış ve özgürlük ile de çok yakından ilgilidir. Barış, eşitlik ve özgürlüğün toplumsal yaşam organizasyonu olarak hukuk tarafından ve hukuk aracılığıyla gerçekleştirilmiş olması adaleti çerçevelemektedir.

Bir düzen olarak hukuk, yaptırımlarla düzen dışı davranışları belli bir biçimde olmaya zorlar. Bu, düzenin tabiatında vardır, bozulmuş olan bir düzenin yeniden tarif edildiği biçimde tecellisinin sağlanabilmesi halinde ancak bir düzenle karşı karşıya olduğumuzu gösterir. Bu saptama bize hukuki yaptırımının amacı üzerinden giderek de adaletin anlam ve değerine ulaşma imkânı sunabilir. Burada yaptırımın en güçlü yönleriyle ortaya çıktığı ceza hukuku felsefesi alanına bakmak gerekecektir. Ceza hukukunda cezanın amacı, suçun kefareti veya önleme ya da karma teorilerinin söylediği gibi anlaşılabilir. Aslında bu amacın konumlanacağı yer de adaletin anlamıyla bağlantılıdır.

**Anahtar Kelimeler:** adalet, adalete aykırılık, hınc, güven, yaptırım

Adaletin ne olduğu sadece hukuk felsefesi açısından değil, toplumsal yaşamın huzur ve güven içinde devamının dilendiği her ortamda hem kişi-devlet hem de kişiler arası ilişkilerde sürekli tartışılmaktadır. Adalet, kurucu bir erdem olarak bir yandan hukuk-etik ilişkisinde bir sınırı diğer yandan da diğer tüm erdemlerin gerçekleşmesi için başlangıç noktasını oluşturur. Çünkü bir insana hakkı olanı da vermeyecekseniz onunla nasıl etik bir ilişkiniz olabilir ki?

<sup>1</sup> Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta:isiktac@yahoo.com

Adaletin ne olduğuna ilişkin tartışmalar sadece bir etik değer kataloğu oluşturarak ontolojik bir sonuca ulaştırmamaktadır.<sup>2</sup> Yani adalet intikamdır ya da adalet ve eşitlik düşüncesidir, adalet bir tasarımdır biçimindeki cevaplar güçlü bir şekilde savunulmakla birlikte adaletsizliğin ne olduğuna ilişkin kesin yargı kadar güçlü bir cevaba bağlanamamaktadır. Adaletsizlik adaletin en çok görünen yüzüdür. Gerçekleşir ve kendi hükmünü hepimiz üstünde kurar.

Adaletin ne olduğuna ilişkin Roma'dan gelen ünlü söz; “**fiat justitia pereat mundus**”, yani adalet gerçekleşsin de isterse dünya batsın sözü hınç olarak adaletin anlaşılmasında önemli bir açılım sağlıyor. 1999 yılında hukuk fakültesi için bir açılış dersi yapma şerefi bana verilmişti. Bu açılış konuşmamda bu ünlü sözün bir başka versiyonu olarak “**fiat justitia ne pereat mundus**“u temel alarak, adalet gerçekleşsin ki dünya batmasın demiştim. Bu yaklaşım rasyonel, hukuk devleti pratikleri ve iyi bir organizasyon tasarımı olarak “hukuk düzeni” kavramına dayanır. Ancak makalenin başlığı olarak seçmiş olduğum “Adalet intikam değildir” ifadesi “gerçekten değil midir?” diye gidip geliyor algı dünyamda, o nedenle başlık bugünkü haline

“adalet sadece intikam almak değildir” biçiminde ulaştı.

Özellikle insan psikolojisi ile ilgili okumalarım, gerçekten insan ne istiyor sorusu kadar insanın huzursuzluğu, korkuları bir türlü o akış gidiş içinde kendini var edememesi ile birlikte düşünüldüğünde, iyi bir yaşam tasarımı gerçekten arayıp aramadığı da önemli bir soru olarak kalıyor akıllarda. Bu nedenle sanırım öncelikle “adalet belki de intikamdır”, tezini savunan görüşlere ilişkin bir değerlendirme ile başlamak daha uygun olacaktır.

### 1- “**fiat justitia pereat mundus**” / **Adalet gerçekleşsin de isterse dünya batsın.**

İnsanın belirleyici özelliği olan bilmeye Kant, seçmeyi de eklemektedir. Bu başlık altında ise insanın sadece bilen ve değerli olanı seçen şeklinde tarifine “insanın aynı zamanda duyumsayan bir varlık olduğu da eklenmiştir. Bir yanıla karakter özelliğine dönüşebilen adalet duygusu çoğunlukla toplumsal yönüyle bir sosyal değer olarak tarif edilir<sup>3</sup>. Felsefede Descartesçi bir yaklaşımla “akıl” yüceltilirken insanın duyguları ile hareketi biyolojik özelliklerine bağlanarak küçümsenmekteydi.

2 Adaletin ve adalet duygusunun antropolojik değerlendirmeleri de özellikle kültürel antropoloji açısından kurucu niteliktedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: Wolfgang FIKENTSCHER, “Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı, Hukuk ve Antropolojiden Görüşler”, *American Behavioral Scientist*, 24(3), s. 314-334., kaynağından çev.: Berrak Burçin Dilaver, *HfSA 23*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 169-184.

3 Değerler sıralamasında adalet çevreye yönelik değerler arasında yer alır ve en az iki kişi arasındaki karşılaşma hallerinde eşitliğin bir şekilde ortaya çıkmasındaki değere bir atıftır.

Duygu kelimesi Latince *emove-re* kelimesinden türetilmiştir, hareket etme, dışarı çıkma anlamındadır. *Emotion* (duygu) kelimesine *affect* (duygulanım) ve *feeling* (his) kavramı da eşlik eder. Korku, üzüntü, tikslenme, utanç, coşku ve şaşkınlık temel duygulardır. Freud'a göre insan aklının alabileceği en güçlü duygu huşu ve büyük şaşkınlıktır. Aslında bu iki duygu da bir çeşit şaşkınlıktır. 1970'li yıllarda psikolog Paul Ekman dünyada her kültürde rastlanabilecek altı temel duygu olduğunu ileri sürer. Mutluluk, üzüntü, tikslenme, korku, şaşkınlık ve öfke. Adalet ile duygular arasındaki ilişki için örneğin Solomon "bu haksızlık" biçimindeki bir duygunun bir ilkeden önce hatıra geldiğini söylemektedir<sup>4</sup>. Bu tespit adaletin soyut ilkelerden önce içsel tutum alma ve davranış kalıplarıyla ilişkili olduğunu gösteriyor. Herhangi bir olay karşısında zarara uğradığını düşünen insan, örneğin uğradığı zarar bir doğal afetse çaresizlik duygusunu; ancak ortaya çıkan zarar bir insan veya gruptan geliyorsa nefret, intikam ve düşmanca duyguları uyandırır. Her iki halde de bir aşağılama, değersizleşme hissi vardır<sup>5</sup>. Bu tür bir incinmeyi narsistik incinme sayarsak karşılaşıca-

ğımız tutum saldırganlık veya kaçma davranışı olacaktır. Narsistik incinme utanç duygusunu tetikler. Scheler'e göre hınç yani bir anlamıyla intikam duygusu bir süreçle ortaya çıkar ve geçici değildir. Zarar ortaya çıktığında güçsüzlük veya başka sebeplerle bir karşılık verilemediyse bu duygu içerde birikmeye başlar. Scheler, zayıf ve güçlü arasındaki bu çatışmayı "... (b)aşkaca her şeyi eşit kabul edersek, intikam her zaman zayıf olanın tavrıdır. Ancak zayıf olan her zaman karşı tarafı kendisi ile aynı kefeye koymaya çalışır. Aslında bunun bir eşitlik talebi olduğunu görmek gerekir"<sup>6</sup>.

Duygular üç yönden ele alınmaktadır. Deneyimler, değerlendirmeler, motivasyonlar. Akıl karşısında duygunun akışkanlığı ve sübjektifliği bir araştırma konusu yapılmasının güçlüğünü göstermek ile birlikte iradi tutum almalarında yani "karar" vermede duygu önemli etki yaratır.

İnsan dünyayı, umutları, arzuları, hoşlandığı ve hoşlanmadığı şeylerin rengine boyar<sup>7</sup>. Duygular geçici ve kalıcı olabilir. Duygusal bağlılıklar insan ilişkilerinin temelini oluşturur. Yerle-

4 Robert C. SOLOMON, *Adalet Tutkusunu Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular*, Çev.: Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 244.

5 Barbel WARDETZKİ, *Siyasette ve Toplumda Narsisizm, Ayartma ve İktidar*, Çev.: Deniz Cankoçak, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 27.

6 Murat ÖNDERMAN, "Türkiyede Mağdur Psikolojisi ve Demokrasi" <https://www.aktuelpsikoloji.com/turkiyede-magdur-psikolojisi-ve-demokrasi-8699h.htm> (Erişim tarihi: 24.04.2023)

7 Keith OATLEY, *Emotions: A Brief History*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, s. 4 vd.

şik duygular, insanın en değer verdiği bağılıkları oluşturur. Duygular, dış dünya ile iç dünyamızın kesiştiği noktada ortaya çıkar ve yönelimlerimiz açısından olayların değerlendirilmesidir. Duygu sistemi aracılığı ile değerlerle güçlü bağlar kurulur. Duygu ile değer bağlantısı felsefe tarihinde iki uç arasında konumlanmıştır. İlk görüş insanın biyolojik yanı ile duygu ilişkisinin gücüne vurgu yaparken, ikinci görüş duyguların rasyonalite ve ahlâkın özünde yattığı düşüncesindedir. Bu yaklaşım konuyu ele alışımız açısından önemlidir. Bu görüşün de genel olarak üç başlık altında değerlendirildiğini görüyoruz;<sup>8</sup>

- Duyguların karar almada en önemli etken olduğu görüşü,
- “İnsan, özünde epistemik olan bir dizi duygunun hülasasıdır” görüşü,
- Duygular insanın sadece amaçlarını belirlemesine değil aynı zamanda bu amaçlara ulaşmak için seçeceği araçlarında belirlenmesinde etkilidir, görüşü.

Bu teorilerin duygu felsefesinde duyarlılık teorileri olarak isimlendirildiklerini ve genel olarak duygu-

salcı İngiliz ahlâkçılığı olarak isimlendirildiğinden de söz edelim<sup>9</sup>. Bu ekolün psikolojideki karşılığı olarak davranışçılık ve psikanalitik akımlar görülebilir. Günümüzde psikologlar bu alandaki teorileri duygu teorileri olarak isimlendirerek bu teori içinde de “yargı” teorileri üzerinde özellikle durmaktadırlar<sup>10</sup>.

İnsan akıl sahibi, duygulanan, değerlendiren ve değer üreten bir ahlâki varlıktır. İnsan akıl ve duyguları sayesinde biyolojik varlığını aşarak eyleyen ve değer üreten sosyal bir varlığa dönüşür.

Duygu, pratik hayatın yönetilmesinde fonksiyonel, dinamik ve bilişsel özneliktir. Duygular, insanın karar verme sürecinde, niyetlerinde, seçimlerinde etkilidir. Duygular dinamiktir, insanın bedensel duyguları (hazlar, arzular, tutkular, iştah vb.) bedensel tatminlere, toplumsal duygular (adalet, güven, kaygı, hayranlık) toplumsal değerlere bağlanabilir. Duygular aynı zamanda harekete geçirici güçtür. Niyetten eyleme geçilebilmesi için duyguların itici gücü gerekir. Bu da bize karar verme sürecinde aslında salt akılla değil akıl-duygu birlikteliği ile hareket edildiğini gösterir.

8 John DEIGH, *From Psychology to Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 6 vd.

9 Örneğin Shaftesbury, Hutcheson isimleri bu başlık altında ele alınabilir. Daha detaylı bilgi için bkz: Umur DAĞ, *Çağdaş Siyaset Felsefesinde Adalet Problemi: Martha Nussbaum'un Yapabilirlikler Yaklaşımı*, Nobel Kitabevi, İstanbul, 2022, s.117 vd.

10 Martha C. NUSSBAUM, *Yapabilirlikler Yaratmak*, çev.: Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 19 vd., SOLOMON, 2004, s. 131 vd.



Haksızlığa öfke duymayan, kötülüğe kin ve nefretle bakmayan, adaletsizliğe baş kaldırmayan insanın, bir zaman sonra şefkat, cömertlik, sevgi, merhamet, affetme, dürüstlük, alçakgönüllülük gibi duygularının yok olabileceği hakkında düşünmeliyiz.

Hıncı adaleti diyeceğimiz bir yaklaşımın net ifadesi olan **“fiat justitia pereat mundus”** için de *ressentiment* sözcüğünün soy kütüğüne bakmak gerekiyor<sup>11</sup>. Fransızcadaki kullanım biçimi genel olarak kabul edilen bu sözcük kökünde admonitio (Latince), nemesis (Yunanca)<sup>12</sup>, groll (Almanca) resentment (İngilizce), Türkçe karşılığı olarak da hıncı ifadesi uygun bir öneri olarak kabul görmektedir. Scheler, Almanca benzer bir karşılığı olmasına rağmen terimin neden Fransızcasını tercih ettiği sorusunu yanıtlarken Nietzsche'nin bu terimin teknik bir anlamla baştan yaratması olduğunu vurgulamıştır<sup>13</sup>. Scheler Almanca'da groll (hıncı) ile hamischkeit (küçümse-

yici garez) terimlerinin de bu kavramı ifade etmeye uygun olduğunu, ancak Nietzsche'nin geliştirdiği terimin teknik gücüne ulaşamadığını belirtmiştir. Terim aynı zamanda tıkanma, engellenme anlamlarını da içermektedir. Nietzsche *Ahlakın Soykütüğü* kitabında, ahlâka ilişkin sorunları köle-efendi ilişkisi içinde incelenmiştir. Efendi için iyi olan köle için kötüdür duygu açısından efendi “farklı oluş” ile köleye bakar, köle efendisinin hıncı odağıdır. Nietzsche'ye göre zayıf ve sıradan insan, çileci idealin gerekleri doğrultusunda bu duyguyu içselleştirir ve dışavurmaktan vazgeçer. Bu da insanı hasta eder. Çünkü insan tutkuları doğrultusunda hareket etmelidir. Bu durum hakkında konuştuğumuz şey “hıncı” yani “resentment”tır. Hıncı, adaletsizliği görme, algılama ve kavrama işlevini yerine getiren insana özgü, değer üretici menfi veya müspet duygular bütünüdür. Hıncı, manipüle edilmiş değerler nedeniyle ehlileşmiş insanın dinamik duygusudur. Ehlileş-

11 Max SCHELER, *Hıncı*, Çev. Abdullah Yılmaz, Kanat Yayınları, İstanbul, 2004, s. 7.

12 Terim'in Yunanca ifadesi de ilginç çağrışımlar içeriyor. Nemesis, Hesiiodos'a göre gece tanrısı Niko'nun kızıdır. Zeus Nemesis'e âşık olur. Ancak Nemesis çeşitli kılıklara girerek Zeus'tan kaçır, ancak kuğu kılığında iken Zeus onu yakalar. Nemesis aynı zamanda trajedyalarda tanrısal öcün de simgesidir. Bkz: Azra ERHAT, *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2007, s. 234.

13 Nietzsche erdemlerin psikolojik kökenli oluşuna yaptığı vurgu ile adaletin intikam duygusunun yüceltilmiş hali olduğunu söyler. Aynı zamanda bir güç istenci olarak iyilik, kahramanlık, sevgi de aynı noktadan beslenmektedir. Konuyu toplumsal bağlama taşıdığımızda kişinin duygu alanındaki bu güç istenci talepleri, iktidar-iktidar olmayan karşıtlığında özgürlük, tanınma ve eşitlik taleplerini öne sürmektedir. Özgürlük, tanınma ve eşitlik talepleriyle birlikte adalet de ileri sürülür. Adalet zayıf olanın iktidarı elde etme süreci olarak değil aynı zamanda güçlerin de iktidarlarını sürdürmeye çalışan düzenin adıdır. Modern hukuk sisteminin cezalandırma ve disipline etme yöntemleri intikam duyguları ile ilişkilendirilebilir. Frederick NIETZSCHE, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, çev.: Ahmet İnam, Say Yayınları, İstanbul, 2022, s.111 vd.; Rabia SAĞLAM, *Hıncı Adaleti ve Affetme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 37 vd.

miş insan, kaybedecek çok sayıda şeyi olan, konfor alanına sığınmış, tekdüze insandır, aslında vasattır. Vasat, kötülük ve haksızlığa direnecek gücü bulamaz. Aynı zamanda işine bakıp sağduyuyu kaybetmek anlamına da gelir. Sağduyu, gadre uğrayana hak vermek, duygusunu anlamak, gereğini yapmak tutumlarını içerir<sup>14</sup>, yani eylemseldir. Düşüncenin duygusal temelleri ve yoğunlaştığımızda toplum içinde yaşayan insanın adalet arayışı ile ilişkilendireceğimiz hınç adaleti konusunu tarihsel olarak da çok sayıda atıf almış olan iki örnekle serimlemek istiyorum. Birisi ünlü Sophokles trajedisi Antigone, diğeri ise Michael Kohlhaas hikayesidir. Antigone'dan başlayalım:

Adının anlamı “karşı koymak için doğmuş” olan Antigone olayı, sınırlar açısından adaleti anlatmada bilindik bir öyküdür<sup>15</sup>.

Thebai kenti, Oedipus'un iki oğlu olan Eteokles ve Polyneikes arasındaki savaşla yerle yeksan olduğunda bir şekilde iktidarı elde etmiş olan ve aynı zamanda Antigone'nin dayısı olan Kreon tarafından yönetilmekteydi. İktidarı elde etmesinde destek verdiği için Eteokles'i bir kahraman gibi bağrına basan Kreon, karşı saftaki Polyneikes'i ise baş düşmanı ilan etmişti. Bu iki kardeş karşı karşıya geldikleri çatışmada ölürlür. Eteokles bir kahraman

gibi gömülerek şerefendirilirken, kardeşi Polyneikes bir yaratık gibi çürümeye terk edilir, cesedi ortada bırakılır. Ayrıca bir şekilde cesedi gömmeye kalkışan da taşlanarak öldürülecektir. Bu tragedyanın başladığı yerdir. Sophokles, trajedisinde merkeze bir kadını koymuştur. Antigone, tıpkı kendisi gibi olayın hüznünü yaşayan kız kardeşi *Ismene*'den abilerine reva görülen bu insanlık dışı durumdan kurtulmak için yardım ister, ancak *Ismene* emirlerine karşı çıkmaktan korktuğu için yardım etmez, edemez.

Antigone tragedyanın daha ilk sahnelerinde cezalandırılacağını bilse bile kardeşinin ölümüne gerekli saygıyı göstermenin akraba olmanın zorunlu kıldığı dinî bir görev olduğuna ve insanlık onuruna aykırı bu durumu ortadan kaldırmanın gereğine işaret eder. Antigone, kardeşinin ölüsünü yasak olduğu halde bulunduğu yerden kaldırarak gömer. Bunu yaparken bir insanlık görevini yerine getirdiği inancındadır, ancak iktidarın kesin yaşayacağını da çiğnemiş olur. Ölmüş olan kardeş gömülmüştür, ölüm durumunda bir değişiklik yoktur. Ölmüş olsa bile bir insanın sırf insan olduğu için cesedinin gizlenmesi, gömülmesi gerekir. Ölmüştür yine de öyle görülmemelidir.

Örneğin İngilizcedeki “I see” (görüyorum) ifadesi aynı zamanda “an-

14 SAĞLAM, 2022, s. 5 vd.

15 SOFOKLES, *Antigone*, çev.: Ayşe Selen, Mitos Boyut Yayınları, İstanbul, 2021, s. 28 vd.

lıyorum” anlamına gelir. Anlamak ve görmek iç içe geçmiştir. Bu içiçelik görünen ve gösterilen gibi algı-bilgi çatışmasına konu olduğunda, iktidar gösterdiğini göremeyenleri cezalandırmak için göze mil çekmek gibi güçlü bir gösteri yapmaktadır. Antigone’ye yasaklanan sadece abisinin cenazesini kaldırması değil, onun meydanda herkesin göreceği bir biçimde çürümeye terk edilmesi yani aşağılanmasının engellenmesidir de. Böylece ceza genişler, ibretle ilişkilendirilir ve herkese iktidarın gücü gösterilir. Cezalandırma pratiği uzun yıllar beden cezaları biçiminde, infazı da özellikle halka açık ve törensel kılınmıştır. Antigone’nin akıl yürütmesi ile etik sorumluluklara, yazısız yasalara ve başkalarına karşı insani sorumluluğa atıflar yapmaktadır. İktidar gücünü temsil eden Kreon ise sitede bugün, hemen şimdi konulmuş ve kesin hüküm niteliği taşıyan yasaların uygulanmasını istemektedir. Kreon bu yasaların hem sitenin çıkarlarına hem de bir düzen olarak iktidarın geçerli taleplerine dayandığı argümanından hareket etmektedir. Burada hukuk söz konusudur. Yasaların sadece emirleri doğrultusunda uygulanmasını isteyen güce dayalı bu katı tutum nedeniyle Aristoteles yaklaşımındaki “Phronesis” yani pratik aklın üstü örtülmektedir. Phronesis yani kadim gelenek, doğal hukuktan ciddi olarak beslenmektedir. DOĞAL HUKUK, yasaların evrensel olan, daha yüksek “iyi” kavramı ile sürekli ilişki-

de bulunmasını talep etmektedir. Kreon böyle bir genişlikte düşünmektense kendi doğrusunu mutlaklaştırmaktadır. Bireysel hak ve özgürlükler ile insanlık onuru kavramları üst ilkeler olarak yasaları her koşulda terbiye edebilir. Antigone vicdanının sesini dinler; ki o ses aynı zamanda doğal bir ışık “lumen naturale” olarak tüm insanlığı aydınlatmaktadır. Bu tutumun günümüze tercümesi bir “sivil itaatsizlik” halidir. Yani hukuk devleti pratiğine yönelik bir phronesis üretimidir.

Sophokles’in Antigone tragedyasında farklı adalet anlayışlarının çarpıştığını görüyoruz. Kreon, bir yanı sıra siyasi güç erki olarak diğer yanı sıra da geçerli ve yürürlükteki hukukun gücüne dayanarak adil davranışın ne olduğunu tarif ediyordu. Yasa konulmuştu ve istisnasız uygulanması gerekirdi.

Antigone ise ahlâkın adaleti diyebileceğimiz olması gereken hukukun yazılı hukuktan daha üstün olduğunu ve kendisinin aslında gerçek adaleti ortaya çıkarmak için böyle davrandığını savunuyordu. Bu olup bitene Sophokles tragedyasında koro bir cevap üretir: Her iki taraf da yanılmaktır her iki tarafında içine düştükleri “kibir” (hubris) lanetlenir. Kibir adaletle ilgili tartışmalarda mutlaka üzerine durulması gereken önemli bir noktadır. Kreon’a göre hukuk ve düzene mutlak itaat, site yaşamının temel ögesidir. Bu düşüncesi Haemon’a sorduğu “Site, onu yöneten kişinin değil midir?” so-

rusundan anlaşılmaktadır. Kreon'un oğlu ve aynı zamanda Antigone'nin nişanlısı olan Haemon ise demokratik bir cevapla "hayır, tek bir kişinin malı olan site yoktur" der.

Sophokles tragedyası ikili bir eksen üzerine kuruludur. Aslında oyunda iki tragedyaya yaşanmaktadır: İlki, Kreon'un olay örgüsünün sonunda özellikle (bilicinin) kahinin uyarıları üstünden yaşadığı derin acı ile artık yaptıklarını geri alamayacağı bilgisinin yarattığı hüsrandır. İkinci trajedi de Antigone'nin kararında hiçbir esneklik göstermeyerek ölümü göze almasıdır.

Antigone'nin, adaletin ne olduğu ve belli bir durumda nasıl uygulanması gerektiğini sadece kendisinin bildiğine ilişkin inadı onun ölümüne yol açmıştır. Koronun uyarılarını dinlemez, bildiğini okur. Kreon ise hubris yani kibirle malüldür, o koroyu dinleyerek pişman olmuştur, ancak bu geç pişmanlık sonucu değiştirmez. Tragedya iki şekilde de gerçekleşir<sup>16</sup>. Kreon pişmandır, Antigone ise ölmüştür. Tragedya böyle bir şeydir, dönülemez, düzeltilemez zararlar ortaya çıkar.

Bir başka önemli örnek ise Heinrich von Kleist'in ünlü *Michael Kohlhaas* öyküsüdür<sup>17</sup>. Kohlhaas'ın olayın gelişiminde kurallara uyma konusundaki çabası dikkate alınmadığında otoritenin hukuk olarak sunduğunu askıya aldığı görüyoruz. Kohlhaas yurttaşlıktan feragat eder, mahkemeye meydan okur. Kohlhaas'ın geçiş ücretini ödeyemediği için bir süreliğine emanet etmek zorunda kaldığı cins atlarına gereği gibi bakılmadığı, hatta onların tarla sürmekte kullanılarak zarara uğratılması, buna rağmen hala kendisinden para talep edilmesinin yarattığı haksızlığın giderilmesine ilişkin talepleri olayın özüdür.

Hukuka aykırı biçimde atlarına el koyan asilzade Wenzel muhatabıdır. Onu şikâyet ettiği Saksonya hükümdarı ise gereğinin yapılmasına hükmedince, Wenzel iki yıl hapis cezasına çarptırılmasına rağmen yasalara saygısızlık nedeniyle Kohlhaas'a da idam cezası verilir, semirmiş atları da idam meydana getirilerek Kohlhaas'ın görmesi sağlanır. Adaletseverlikle "*fiat justitia pereat mundus*" adalet gerçekleşsin de isterse dünya batsın diyen Kohlhaas, günün sonunda hem talep ettiğinden hem de canından olur. Acaba kimden intikam almış oldu? Bağlamın

16 Fatmagül BERKTAY, *Düşünme Etiği*, Metis Yayınları, İstanbul, 2021, s. 82.

17 Sercan GÜRLER, "Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas'ın Trajik Hikayesi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi*, 27. Cilt, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 141-166. Ayrıca konuya ilişkin çok sayıda metin vardır. Biz burada konuyu çok genişletmemek için sadece birkaçını referans olarak vermeyi yeterli bulduk bkz: Henry PÍCFORD, "Thinking with Kleist: M. Kohlhaas and Moral Luck", *The German Quarterly* 84 (4) 2013, ss. 381-403, Rabia SAĞLAM, *Hınç Adaleti ve Affetme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

hınç adaleti şeklinde isimlendirilmesi bu olay için oldukça uygundur.

Kohlhaas'ın orantısız şiddet edimi ve intikam dürtüsünün, haklı davasını haksız hale getirdiği söylenebilir. İşte hınç adaletini savunanlar sadece sonuç durumuna bakarak adaletin tesisinin, ergin insanın kabul edemeyeceği bir şey olduğunu söylemektedirler. Bu nedenle **“fiat justitia pereat mundus”** olur. Talepte bulunan buna bağlı gerçekleşen ve kendini de etkileyen hukuki olumsuzlukları da kabul eder.

## 2- **“fiat justitia ne pereat mundus”** **/Adalet gerçekleşsin ki dünya batmasın.**

Hınç adaletini biliyoruz.<sup>18</sup> Hukuk tarihi ve dini metinler bize “vendetta”dan yani “kana kan, göze göz” adaletinden bahseder. Konuşulan şey eşit suça eşit ceza ise bunun en somut halidir kısas. Ancak ilkindir. Çünkü kısasta mesela gözü çıkmış birine (kaza ile de olabilir) buna sebep olan kişinin gözünü çıkarma hakkını verdiğimizizi düşü-

nelim. Hayatın akışı içinde ilk kez ortaya çıkan göz çıkarmaya karşı soğuk kanlı ve toplumsal izinle yeni bir göz çıkartma izleyeceğiz, zararı eşitleyeceğiz. Ancak ikinci eylemle kişinin gözü çıkarılırken kanama nedeniyle kişinin öldüğünü düşünelim. Bu yeni bir eyleme yol açar. Kısas, bile isteye aynı kötülüğün tekrarıdır. Sırf bu nedenle bile hınç adaleti toplumsal yaşamı güçleştirir. İnsanlığın da henüz mağarasından çıkmamış olduğunu gösterir.

Ceza, suç adı verilen davranış karşılığında maruz kalınan yoksunluktur<sup>19</sup>. Cezanın bizatihi uygulaması dışında bir amacı olmasına gerek olmadığı, adaletin kötülük yapanın karşılığını alması anlamına geldiği yönündeki değerlendirmelerde devletin varlığına bağlanmaktadır cezanın amacı kefalet önleme ve karma teoriler çerçevesinde teorik bir biçimde açıklanmaktadır. En eski teori olarak kefaletle göre, düzeni bozan failin zararını düzeltmesi ve topluma borcunu ödemesi beklenir. Kefalet failin acı çekmesidir. Bu sonuç

18 Kendi hayatımdan bir başka örnekle konuyu ilerletmek isterim. Dünya tatlısı bir torunum var, adı Defne. Defneyle aramız çok iyidir. Bir gün bana sımfaktaki Arda'nın onu hep ittiğini söyledi. O ana şahit olan bakıcısı hemen sen de onu it dedi, yoksa sana eziyete devam eder. Bunun üzerine düşündüm, Defne o zamanlar 6 yaşındaydı. Dedim ki “şöyle yapalım Defneciğim, biliyorsun ben hukuk profesörüyüm, sana bir kağıt yazayım eğer bir daha seni iterse onu göster”. Hemen bir kağıdın üstüne, “Arda, Defneyi bir daha itme, çok ayıp” yazdım. Defne kağıdı özenle katlayıp cebine koydu. Ertesi gün okula giderken kağıdını da yanında götürmüştü. Tekrar karşılaştığımızda sordum, ne yaptın diye... Defne, “beni itince Arda'ya kağıdı gösterdim, öğretmenime de okuttum kağıdı” dedi. Sorun çözülmüştü. Ancak şu itme faslı büyük ihtimal o yaştaki erkek çocuğunun ilgisini gösterme biçimi de olabilir. Çünkü bu sorundan sonra iyi arkadaş oldular. Seni iteni sen de itebilirsin ile davranışın yanlışlığının normatif olarak gösterilmesi arasındaki sonuç değerlendirmesini sizlere bırakıyorum.

19 Hamide ZAFER, Nur CENTEL, Özlem ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 525

adaletin bir intikam olarak anlaşılmasına imkân verir. Oysa modern devlette adalet hem suçun ortaya çıkmasında hem de önlenmesinde önceden alınmış rıza ile bir eşitlik üzerinden değerlendirme yapılmaktadır.

Doğru eylemin ne olduğu ancak tartışma yoluyla, başkalarının görüşleri dinlenerek, karşılıklı müzakere edilerek yani “politika” aracılığıyla belirlenebilir. Politika “ortak düzenlemeleri barışçıl bir biçimde gerçekleştirme” amacı açısından hukukun bir düzen olarak barışı gerçekleştirme amacı ile örtüşür, organizasyon ya da iyi organizasyonun gereği de budur<sup>20</sup>.

Hukuk öncelikle kendisi sorun olmamalıdır. Yani hukuka uygun davranma kural, hukuka aykırılık istisna olmalıdır. Bu biçimde bir hukuk ancak phronesis’in bir ürünü olarak “rıza” ve “demokrasi” ile çok yakın bir ilişki içindedir. Adaletsizliğin çok da görünür olduğu ceza hukuku alanında örneğin bu alanın “temel korunmaya değer yararı” ile ilgili tartışmalarda ana akım yollar adaletin anlaşılabilirliği açısından bize bir yol gösterebilir.

Barışın ortaya çıkabilmesi için, kurallar konusunda asgari bir uzlaşma şarttır. Bunun günümüzdeki tanımı demokrasi ve kamuoyudur. Politik uzlaşma sürecinin temel öğeleri iletişim ve müzakere. Müzakere ise dinlemek,

ikna etmek, katılmak, ilerlemek ve farklı düşüncelerin varlığına en azından tahammül etmektir.

*Retributivist Justice* ya da *Theory of Retribution* ifadeleri (*Almanca Vergeltung*) mutlak ceza teorisi ya da adalet teorisi olarak çevrilmektedir. Burada adalet ve kefaret kavramları üzerinde durularak adaletin içeriği özel olarak ceza teorisinde ceza hukukunun anlaşılması için değerlendirilmektedir. Kefaret ve ödetmecilik başlıkları ile iki ayrı uçta ceza hukuku felsefesi açısından isimlendirilebilir. Latince köken araştırması bizim için etimolojik bir imkân da sunuyor. Re-geri, tribuere-ödeme anlamında olup birlikte oluşan anlam “geçmişteki iyilik ya da kötülüğe karşılık olarak verilen”dir. Teolojide “hesap günü” manası ile anlam pekiştirilmiştir. Bu dünyada yapılanın tanrı katında hesabının verilmesi gibi.

Yapılanın hesabının verilmesi, alınan bir şeyin karşılığı olarak bir şeyin verilmesidir. Bu anlam genişliği misilleme (*retaliation*), kefaret (*expiation*), öç alma (*vengeance*), intikam (*revenge*) ve özel olarak üstüne duracağımız hınç (*resentment*) kavramları ile ilişkilendirilebilir. Ceza hukuku açısından cezalandırmanın amacı adaletin bir intikam olup olmadığına ilişkin bu çalışmanın başlığındaki ifadenin anlatılması için kullanışlı olacaktır. Klasik

20 BERKTAY, 2021, s. 83 vd.



ceza hukuku cezanın amacı nedir sorusuna iki cevap üretmiştir; genel ve özel önleme. Genel önlemede, bir cezanın verilmesiyle diğer kişilerin suçu işlemekten alıkonması amaçlanmaktadır. Özel önleme ise cezalandırılan kişinin yeniden suç işlemesinin önlenmesidir. Zaman içinde cezanın amacının çeşitlendiğini, özel olarak infaz hukukunun güçlendiğini, kişinin ıslahının yanında cezalandırma sonrası topluma yeniden entegrasyonunu sağlayabilecek önlemlerin de aranıp bulunması düşüncesi güç kazanmıştır.

Karma teori ise ne kefaletin ne de önlemenin cezanın amacını açıklamaya tek başına yeterli olmayacağı ancak bu iki amaç bir arada ele alınırsa cezalandırmanın anlaşılabilirliğini ileri sürmektedir<sup>21</sup>.

Kant ünlü örneğinde cezanın önemini şöyle açıklamıştır: Bir adada yaşayan insanlar o adadan ayrılıp toplumlarını ortadan kaldırmaya karar vermiş olsalar bile cezaevindeki son mahkûmu infaz edip öyle ayrılmaları

gerekir<sup>22</sup>. Hegel de de aynı şekilde toplumsal düzeni bozmuş olan suça ceza verilmesi ile bozulan düzen yeniden kurulmuş olacağını vurgular<sup>23</sup>. Cezanın kefaret edici özelliği antropolojik intikam duygusuna dayalı olduğu için eğer benzer ağırlıkta bir ceza ile karşılanmayan bir suç varsa toplum kendiliğinden o kişiyi cezalandırmayı tercih edecek ve böylece toplumda kargaşa ortaya çıkacaktır<sup>24</sup>.

Tüm bu eleştirilerin ışığında daha modern olan yaklaşımlar hem kefaret hem önleme amaçları ve bunların yanında yeni rehabilite edici önlemleri de içeren bir “ceza adaleti” profilini ön plana almaktadır<sup>25</sup>.

Suçlunun yaptığı için bedelini ödemeyi hak ettiği düşüncesi cezanın temelini adalet olarak gören düşüncenin açıklama şemasıdır. Ancak adalet temelli cezalandırmada amaç bozulan eşitliğin yeniden kurulması iken ölçme yani intikamda amaç kişiseldir.

21 CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, 2011, s. 593. Ayrıca bkz: Pınar BACAĞIZ, “Cezalandırma ve Toplumla Yeniden Kazandırma” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 4917-4941 (Basım Yılı: 2015) s. 4921 vd.

22 Nur CENTEL, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi” *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan* içinde, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s.338 vd.

23 Centel, 2001, s. 339.

24 Centel, 2001, s. 341 vd.

25 Modern hukukta ceza adaleti açısından; öncelikle cezanın yasada gösterilmesi, eşitlik içinde uygulanması ve cezanın insancıl ve ahlâki sınırlar içinde uygulanması koşulları tartışmasız kabul edilmiştir. Bunlara ek olarak cezanın bölünebilir olması ilkesi de önemlidir. Şöyle ki cezanın bireyselleştirilmesi (dava ve infazın şartları) açısından suçun ağırlığına ve kusurun derecesine göre üst ve alt sınırı belirlenmiş bir cezanın verilebilmesi gerekir. Ceza şahsi olmalıdır. Cezanın adli hata halinde geri alınabilmesi de önemlidir. Bu



**Retribution**, ödül ya da ceza olarak kamusal ve nötr anlamda bir karşılık oluşturma iken, intikam ise daha çok misillemedir. Ceza, suç teşkil eden eyleme bir karşılıktır. Ancak ceza içeriğinde bir intikam sonucunu barındırmakla birlikte, bir intikam formu değildir. İntikam hınçla orantılıdır, kişinin eyleme yükleyeceği anlam onun istemi ile ilgilidir. Örneğin arzulanan intikam yeni suçları ortaya çıkarabileceği gibi (ifrat, tefrit meselesi yönünden) diğer yandan cezanın yanlış kişiye yönelmesinden kaynaklanan düzen bozucu, karmaşa arttırıcı bir sonucu da ortaya çıkarabilir. Bu nedenle çok sayıdaki toplum sözleşmecisinin doğa halinden kurtulmanın zaruretine ilişkin ana gerekçelerinden birisi cezalandırma yetkisinin iktidara devredilmesi olmuştur. Bu nedenle toplumun barış ve düzen içinde devamı açısından sözleşmeyle, öncelikle ve özellikle cezalandırma yetkisinin –kurumsal ve sınırları belirlenmiş bir iktidara– devri talep edilmektedir. Cezalandırma yetkisi suç olarak tanımlanmış eyleme karşılıktır ve bu karşılığın kapsamı bir düzen olmak iddiasında bulunan sistem içerisinde açıkça gösterilecektir.

Bir başka önemli ayırım olarak *mala inse-mala prohibita* düşünülmelidir. Hukuk öncesi veya hukuk ötesi duygusal yüklerle verilen ceza arasında bir ilişkisellik olmakla birlikte

bir düzen olarak hukuk alanı içindeki değerlendirici düşünce hemen şimdiiye ilişkindir. *Mala inse-mala prohibita* ayırımı esas alındığında insan öldüren sadece yasaya aykırı davrandığı için değil yaptığı suç, insanlığın tümüne karşı bir suç olduğu için de cezalandırılmaktadır. Duygu temelli yaklaşımlar ile ahlâki yaklaşımlar normatif alanın tam olarak nerede başlayacağı sorusu için cevap üretemedikleri için belirsizlikle maluldürler. Duygu-ahlâk ilişkisi açısından, duygunun sadece haz-elem diyalektiği çerçevesinde bir tutum alıp olmayıp nefret, sevgi, kontrol, korku ve tiksinti gibi sosyal yaşama olan etkisi ile ahlâk alanında rol oynadığını bilmek önemlidir. Ancak bu kategorileri aşarak akla uygun organizasyon kurarak toplumsal yaşamı planlamak da insanın gelecek tasarımı için önemlidir.

Duyguya anlam vermek duyguyu değerlendirmeye tabi tutmaktır. Örneğin, acıma duygusu acıma hissine verilen anlamla nitelik değiştirerek merhamete dönüşebilmektedir. Felsefe tarihinin temel logos-pathos gerilimine rağmen örneğin Solomon ve Nussbaum gibi düşünürler duygu ve yargı biçimleri ile felsefe alanını birlikte ele alarak tanımladıkları duygu felsefesi ile önemli katkılar sunmaktadırlar.

İntikamın ıslah edilmesi diyebile-

nedenle ölüm cezası gibi cezalar verilmemelidir. Delillerde veya herhangi bir yargılama hatası halinde cezadan dönülebilir olmalıdır. Son olarak da cezanın devlete mümkün olduğu kadar az yük getirmesi gerekir.

ceğimiz “yerine ceza” bir inisiyatifdir. Bu inisiyatif duygu yerine akılla hareket etmek demektir. İntikamın ıslahı ile artık bir intikamdan değil toplumun bir ahlâki cevabından bahsedilecektir, bu da “eyleyenin yerine eyleyerek” icra demektir. İcrayı devletin yetkili organları tanımlanmış yetkileri çerçevesinde yerine getirecektir. Adaleti sağlama görevi özgülenerak devlete verilmektedir.

### Adalet Hakkında Yeniden Düşünmek

Kant epistemolojik uyanışımız için akıl ve deneyden gelen bilgiyi kategorik emperatif aracılığıyla zihinde birleştirir. Bu insanın nasıl bilebildiği ile ilgili eşsiz bir alanı açmıştır. Adaletin anlaşılması açısından insanın duygu ve düşünce dünyasından gelen verilerin bir arada ele alınması da adaletin daha derinlemesine anlaşılması için katkı sunar.

İnsan hakları bildirisinin üçüncü maddesi “herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır” hükmünü içerir. Bu hükmün varoluşsal karşılığının psikolojik değeri de vardır. Maslow’un ilk sırada saydığı yeme-içme, barınma-doğa koşullarından korunma gibi insanın temel biyolojik ihtiyaçlarının ve emniyet, düzen, hukuk gibi güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması onun insanlık onuruna

uygun bir yaşamı sürdürebilmesinin koşuludur.

Temel biyolojik ihtiyaçlar, insanın fiziksel varlığının devamını sağlamak için zorunludur, ancak yeterli değildir. Maslow, insanın hakikat, iyilik, güzellik, adalet, özgürlük gibi varoluşsal değerlerini gerçekleştirme ihtiyacını da belirtir<sup>26</sup>.

Kendini gerçekleştirme insanın özünden bir üretim yapabilme kapasitesidir. İnsan ancak öz varlığına ait doğal güçlerini serbestçe kullanabildiği takdirde gerçek anlamda antropolojik bir özgürlük yaşar<sup>27</sup>.

İnsanların bir düzen içinde yaşaması bazı normatif düzenlemelerin kabulü ile mümkündür. Adil bir sistem oluşturulamazsa hınç duygusu ve saldırganlık oluşur. Psikolog Leon F. Seltzer, adalet ve intikam arasındaki farklılıkları şöyle sıralamıştır:

- İntikam duygusal, adalet rasyoneeldir.
- İntikam kişisel, adalet kişiler üstü, tarafsız toplumsal ve yasal bir olgudur.
- İntikam kindar bir davranıştır. Adalet ise suçun gerçekliğinin kanıtlanmasıdır.

26 Abraham Harold MASLOW, *Motivation and Personality*, Harper & Row, 1970, s. 17.

27 FIKENTSCHER, 2012, s. 170 vd.

- İntikam kısır döngülere yol açar, oysa adalet çatışmayı sonlandırmayı amaçlar.
- İntikam bir misillemedir, adalet ise bir denge kurma amacına yönelmiştir.

Bunlar genellikle tartışılmayan farklılıklar olarak görülebilir. Ancak adaletin kökenine indiğimizde, öfke, hınç, kıskançlık gibi duygularla olan ilişkisini görebiliriz. Bu nedenle adalet ve intikam arasındaki benzerlikleri de saptamak konunun aydınlatılması için önem taşır. Ceza hukuku açısından alanın amacı ile ilgili değerlendirmelerde güçlü bir başlık olarak beliren intikam bize bazı ipuçları veriyor.

Fransız psikanalist Jacques Lacan, saldırının parçalanma tehdidine karşı psikolojik bir savunma olarak ortaya çıktığını düşünmektedir<sup>28</sup>. Yaşamın amacı parçalanmamış, düzensizliğe karşı birlik içinde hareket eden, tutarlı bir kimlik yaratmaya çalışmaktır. Saldırı anında bürünülen kimlik, birleşik bir kimlik görüntüsü verebilir ancak aslında insanlığın temelindeki savunmasızlık ve güçsüzlüğü saklayan psikolojik bir yanılsamadan ibarettir. Bu güçsüzlüğe yönelik tehdit en hızlı ve

kolay şekilde şöyle bir savunma geliştirilmesine yol açmaktadır; “zayıf olduğumuz gerçeğini saklayıp “saldırganlık”la bir çeşit güce sahip olduğumuz yanılsamasını yaratabiliriz”. Bir ikinci tutum da kayıtsız kalmaktır, ancak kayıtsızlık hali de öfkenin örtülü bir biçimidir, pasif ilgisizlikte saldırgan yok sayılarak, ona zarar vermek dellenmektedir<sup>29</sup>. Scheler de güçsüzlükle birleşen hıncın saldırganlık doğuracağını belirtiyor. Hınç-adalet ilişkisinde, kişinin kendisine sağlanmayan hakkın veya nesnenin başkasına da verilmesi mekanizmayı harekete geçiren güçtür. Hakkın yerine getirilmesi ile de bu adalet türünün giderilmesi mümkün olmaz. Ötekine verilen veya verilebilecek olan hak veya şeyin ortadan kaldırılması veya değersizleştirilmesi daha çok istenen bir sonuçtur, “Ben de yok, onun da olmasın”. Önderman bu sonucu mağdur oluşturma bir eşitliğin kurulması olarak isimlendirmektedir<sup>30</sup>. Yoksunlukla ortaya çıkan adalet arayışı oluşan mağduriyet nedeniyle yeni bir üstün olma potansiyelini talep etmekte, ya da hınçla ötekini yok etme duygusunun tatmini istenmektedir.

Değer duygusu merkezdedir<sup>31</sup>. Bu duygu aracılığıyla insan kendi oluş sü-

28 Jacques LACAN, *Psikanalizin Dört Temel Kavramı: Seminer 11. Kitap*, çev.: Nilüfer Erdem, Metis Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2022, s.37; s.78 vd.

29 Raymond Lloyd RICHMOND, *Anger and Forgiveness*, TradeMark Publishing, 2006.; LACAN, 2022, s. 17; s. 41 vd.

30 ÖNDERMAN, “Türkiyede Mağdur Psikolojisi ve Demokrasi” <https://www.aktuelpsikoloji.com/turkiye-de-magdur-psikolojisi-ve-demokrasi-8699h.htm> (Erişim tarihi: 24.04.2023)

31 Vecdi ARAL, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 19; s. 23 vd.

reçleri arasından bir seçim yapar. Scheler'in zihnin kendisini zehirlemesi olarak tanımladığı hınç, hukuksal eşitlik ile siyasi ve ekonomik eşitsizlikler arasındaki farkın bir görünümüdür. Onu tarif etmek yerine işaret ettiği fenomeni tasvir yolunu seçmiştir. Böylece Scheler, bilinebilir bir fenomen olarak insan eyleminin en kuvvetli itici gücü olarak "hınç"ı tanımlamıştır<sup>32</sup>.

Scheler, aile hayatına, politikaya, ahlâka, serbest rekabet sistemine vb. gibi birçok uca savrulan uzlaşmazlık alanlarına yönelik fenomenolojik bir araştırmaya girer. Bir sıralama yaptığında biyo-psikolojik dünyada "varoluşsal haset" olarak tarif ettiği hınç en güçlü kaynaktır.

Varoluşsal haset, iktidarsız bir kötülüktür. Doğrudan ötekinin bizatihi var olmasına katlanamama halidir. Bu hal çok sayıdaki değerde kayma yaratır. Değerlerdeki kayma haklar konusunda göreceli olsa da eşitliğin olmaması, iktidar, servet ve eğitim gibi kendini gerçekleştirme alanlarının bazı kişilere kapatılması toplumda *resentment* tehlikesi yaratır. Adalet kısmen intikam yoluyla yerine getirilebilse de yine de bir yanlışa karşı "benzeri" bir yanlış yaparak misillemede bulunmanın övü-

lebilir veya incelikli bir tarafının olmadığı söylenmelidir. En iyi ihtimalle kindarlıkla hareket etmek adalete giden kötü yolu seçmektir. Adalet onur, hakkaniyet ve erdemle ilgilidir. Adil olanda hem iyilik hem güzellik vardır, şöyle ki; ölçülü olma ve hakkın gözetilmesi iyilik alanını beslerken harmoni ve uyum adaletin estetik yanıdır. Adalet duygusu, ölçülülük talebi ile her bir duygu durumunda ılımlılık sağlayarak *phronesis* erdemine de zemin hazırlar. Bu değerlendirmeler Aristotelesçi mutedil tutumlarla da uyumludur. Yerleşik yasalar ve usul hukukunun eşitleştirici prosedürleri çerçevesinde herkes için gidilecek bir yoldur. Yürürlükteki yasalar ve karar aracılığı ile oluşturulan hüküm, bireylere ne eksik ne fazla, hukuken hak edilmiş sonucu verir.

Adaletle çelişmeyen bir hukuk kavramına ihtiyaç vardır. Pozitif hukuk kurallarının uygulanmasından önce, bu kuralın içerik yani maddi açıdan meşru olmaları gerekir<sup>33</sup>. Hukuk zorlayıcılığını, sadece yasayı icra eden güçten değil, aynı zamanda içeriğinin değerli olduğundan almalıdır<sup>34</sup>. Örneğin konu, ceza hukuku gibi en güçlü yaptırımlarla desteklenmiş bir alan olduğunda bu alanın korunması gereken

32 Max SCHELER, *İnsanın Kozmostaki Yeri*, çev.: Harun Tepe, Ayraç Yayınları, İstanbul, 1998, s. 40 vd.

33 Gülriz UYGUR, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, No: 3, 2004, s. 29-38.

34 Yasemin İŞIKTAÇ, *Hukuk Felsefesi*, 18. bs, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 443. ; ayrıca bkz: ARAL, 1988.

değerler olarak; insan yaşamı bedensel bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, insanın şeref ve haysiyeti, özgürlük ve mülkiyet hakkı alanları öncelenmektedir. Bu dokunulmazlık alanları aynı zamanda anayasalardaki temel hak ve özgürlükler rejimi ile de örtüşür.

Hukuk, bir organizasyon olarak kişinin kendi hakkını kendisinin alması (ihkak-ı hak) iddiasını dışlar. Hukukun güç (kuvvet) tekeli de vardır. Hakkını korumak için kullanılacak güç devletin tekelindedir. Bu nedenle devlet tekeli dışında güç kullanmak, şiddettir. Bireylerin şiddet kullanmaları (intikam olarak adalet talebi) hukuk özneleri arasındaki hukuki ilişkiyi bozar. Bu da yeni bir adaletsizlik yaratır. Hukukun başarısı bu tür taleplerin sistem içi talebe dönüştürülerek kısa sürede ve eşitlik üzere sonuçlandırılmasıdır. Sistem olarak hukukun sosyolojik etkinliği de böylece ortaya çıkar. Hukuk bir yandan insan davranışlarını düzenlerken, diğer yandan onu diğer insanlardan gelecek zarar ve tehlikelerden de korumalıdır. Ancak tüm zamanlar içinde insanın tedirgin ve huysuz haleti ruhiyesi ile barışan bir sosyal yaşam kurulamamış görünüyor, dünya adaletsiz bir yer gibi, suç da insanın. İnsan Godot’yu bekliyor.

Samuell Beckett’in “Godot’u Beklerken” eseri, iki kahramanın, birbirini tamamlayan bu nedenle de ayrı yaşamayan iki yoksul adamın Wladimir ve Estragon konuşmaları ile ilerler. Bu iki kişi kendilerini yoksul, perişan

hayatlarından kurtaracak birini beklemektedirler; Godot’yu. Godot’nun kim ya da ne olduğunu da bilmemektedirler. Aslında hayatlarını değiştirmek için bir şey yapmaları gerekir ancak yapacakları şeyin hayatlarını çok daha zora sokabileceği düşüncesiyle hiçbir şey yapmazlar. Hiçbir şey yapmamayı daha güvenli bulurlar, beklenen Godot da gelmez, bu durumda beklenen şey sadece ölüm olur. O da zaten bize sorulmuyor.

Son söz olarak; adaletin gerçekleşmesi için Godot’yu beklemeyelim. Godot gibi beklemek yerine hepimiz eşitlikle ilgili bozulmaları rasyonel, hümanist bir tutumla ve özellikle “öteki” için de talep eden olabilmek için gayret etmeliyiz. Ben bunu öneriyorum. Hukuk karmaşık usullere indirgenerek adaletle bağı kopartılırsa insanca pek insanca olan sosyal bir ortam sağlanamaz. Adalet de Godot’ya dönüşür, dönüşmemelidir.

#### KAYNAKÇA

- BERKTAY, Fatmagül, *Düşünme Etiği*, Metis Yayınları, İstanbul, 2021.
- DAĞ, Umut, *Çağdaş Siyaset Felsefesinde Adalet Problemi: Martha Nussbaum’un Yapabilirlikler Yaklaşımı*, Nobel Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DEİGH, John, *From Psychology to Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- ERHAT, Azra, *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2007.

- FIKENTSCHER, Wolfgang, “Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı, Hukuk ve Antropolojiden Görüşler”, çev.: Berrak Burçin Dilaver, *HFSA 23*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.
- GÜRLER, Sercan, “Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas’ın Trajik Hikayesi”, *HFSA 27*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016.
- NİETZSCHE, Frederick, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, çev.: Ahmet İnam, Say Yayınları, İstanbul, 2022.
- NUSSBAUM, Martha C., *Yapabilirlikler Yaratmak*, çev.: Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- OATLEY, Keith, *Emotions: A Brief History*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.
- PİCFORD, Henry, “Thinking with Kleist: M. Kohlhaas and Moral Luck”, *The German Quarterly* 84 (4), 2013.
- SAĞLAM, Rabia, *Hınç Adaleti ve Affetme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- SCHELER, Max, *Hınç*, çev.: Abdullah Yılmaz, Kanat Yayınları, İstanbul, 2004.
- SOFOKLES, *Antigone*, çev.: Ayşe Selen, Mitos Boyut Yayınları, İstanbul, 2021.
- SOLOMON, Robert C., *Adalet Tutkusu Toplum Sözleşmesinin Kökenleri ve Temelindeki Duygular*, çev.: Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.
- WARDETZKİ, Barbel, *Siyasette ve Toplumda Narsisizm, Ayartma ve İktidar*, çev.: Deniz Cankoçak, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- ZAFER, Hamide; CENTEL, Nur; ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- BACAKSIZ, Pınar, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015).
- Nur CENTEL, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan* içinde, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.
- MASLOW, Abraham Harold, *Motivation and Personality*, Harper & Row, 1970.
- LACAN, Jacques, *Psikanalizin Dört Temel Kavramı: Seminer 11. Kitap*, çev.: Nilüfer Erdem, Metis Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2022.
- RICHMOND, Raymond Lloyd, *Anger and Forgiveness*, TradeMark Publishing, 2006.
- ARAL, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- SCHELER, Max, *İnsanın Kozmostaki Yeri*, çev.: Harun Tepe, Ayraç Yayınları, İstanbul, 1998.
- UYGUR, Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, No: 3, 2004.
- IŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 18. bs, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

#### ÇEVİRİMİÇİ KAYNAK

- ÖNDERMAN, Murat, “Türkiyede Mağdur Psikolojisi ve Demokrasi” <https://www.aktuelpsikoloji.com/turkiyede-magdur-psikolojisi-ve-demokrasi-8699h.htm> (Erişim tarihi: 24.04.2023)

# Ceza Sömürgesi'nde Hapishanenin Doğuşu

Aydın Furkan KAYNAK<sup>1</sup>

## Özet

Ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında Avrupa'da, o dönemki gelişmelere tamamen aykırı bir yaptırım türü, yeni bir ceza kurumuyla doğdu: Hapis cezası ve hapishane kurumu. Daha önceki dönemlerde asli ceza vasfını kazanmamış olan bu yaptırım türü, dönemin özgün şartlarının yardımıyla önce Avrupa'da, ardından bütün dünyada dönüşüm gerçekleştirerek ceza kanunlarındaki temel yaptırım türü olmayı başardı.

Eserlerinde hukuka, özellikle de ceza hukukuna yer veren Kafka, "Ceza Sömürgesi" isimli öyküsünde on iki saat kesintisiz çalışabilen bir işkence aletinin kullanıldığı bir sömürge adasını konu edinmiştir. İlkel toplumlardaki uygulamaya benzer bir şekilde, ihlal edilen kuralı, suçlunun vücuduna kazımak için icat edilmiş olan bu aletin hükümlerliği, öykünün geçtiği dönemde artık sona ermek üzere. Adaya gelen gözlemciyle birlikte bu değişimi ve değişime direnen infaz görevlisinin itirazlarını okuyoruz. Söz konusu eser, Foucault'nun çalışmalarıyla değerlendirilmeye müsait olup ayrıca ceza hukuku felsefesi üzerine söyledikleriyle güncelliğini her zaman koruyacak bir eserdir. Bu çalışmada, Foucault'nun hapis cezasının gelişimi hakkındaki açıklamaları, Kafka'nın yazmış olduğu öykü bağlamında değerlendirilecektir.

Hapis cezası, on dokuzuncu yüzyıl başında Avrupa ülkelerinin ceza sistemleri için öngörülen ceza reformunda yer verilen bir yaptırım türü değildir. Buna rağmen çok kısa bir süre içinde, öngörülen yaptırımların yerine geçerek başat bir yaptırım türü haline gelmiştir. Bedensel cezaların mutlak üstünlüğü on sekizinci yüzyılın sonuna kadar devam etse de on sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur. Foucault, bunun altında yatan nedenin zihniyet değişimi olduğunu savunur. Ona göre on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulü bir denetim sistemi haline gelmiştir.

Avrupa'nın değişmekte olduğu bir dönemde yaşayan Kafka, "Ceza Sömürgesi" isimli öyküsünde bu değişikliği, yaptırımların değişmekte olduğu bir adayı resmederek anlatmıştır. Adaya gelen yeni komutanın yansıttığı zihniyet değişikliği, eski komutanın -bir yandan da eski Avrupa'nın- zihniyetiyle çatışmaktadır. Çalışmada bu çatışma üzerinde durulacaktır. Çalışma, zihniyet değişikliğinin hukuk kurallarına yansıdığı ölçüde edebiyata da yansıdığını, hukuk-hayat-edebiyat arasındaki bağlantının önemli olduğunu iddia etmektedir. Foucault'nun ceza sistemindeki değişikliği formüle etmesinden önce edebiyat alanında Kafka'nın

1 Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: af\_kaynak@hotmail.com



zihniyet değişikliğini konu alması, bunu öyküleştirilmesi hukukun edebiyat eserlerinden, yazıldıkları dönemin zihniyetine dair fikir edinmede faydalanmasının önemini ortaya koymaktadır. Çalışmada bu bağlantı üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** M. Foucault, hapis cezası, F. Kafka, Ceza Sömürgesi, yeni yaptırım türü

## GİRİŞ

“*Subay, inceleme gezisine çıkmış konuğuna, ‘Hiç alışılmadık bir aygıttır’ dedi.*”<sup>2</sup> Franz Kafka’nın “Ceza Sömürgesi” isimli öyküsünün esas kahramanı olan bu alışılmadık aygıt, idam cezalarının infazında kullanılmaktadır. İdam cezasının infazından önce en ince detayına kadar planlanmış bir düzenek sayesinde mahkûma işkence edilmekte; aşağıda detaylıca açıklanacak sistemle mahkûmun vücuduna işlediği suç kazınmaktadır. Kafka’nın öyküsü, yapılması planlanan bir infaza katılan konukla infazla görevli olan subay arasındaki sohbetle başlamaktadır.

Henüz ilk paragraftan, bu aygıtın, ceza sömürgesindeki insanlar tarafından yalnızlığa mahkûm edildiğini öğreniriz. Konuk ve görev icabı orada olan subay ve asker dışında, infazı izlemeye kimse gelmemiştir. İzleyiciler dışında, aygıtın çalışmasını sağlayacak diğer görevliler de bulunmamaktadır; öyle ki “*bir teknisyenin yapması gereken işi*” subay, büyük bir istekle kendisi yapmaktadır.

Aygıt, çalışır duruma getirildikten sonra, subay ile konuk konuşma fırsatı bulurlar. Subay, aygıtın ve temsil ettiği ceza sisteminin büyük bir fanatiği olarak, aygıtı ve çalışma prensibini açıklamaya başlar: “*Üç parçadan*

2 Franz KAFKA, “Ceza Sömürgesi”, *Ceza Sömürgesi ve Hukuk Öyküleri* içinde, (Çev. Yekta Majiskül), Altıkırkbeş Yayın, İstanbul 2011, s. 7.

*oluşturduğunu görüyorsunuz, zaman içinde, her üç parçaya da halk arasında adlar uydurulmuş. Altakinin adı yatak, aradaki kazıyıcı, şu hareketli olup inen çıkanın adı da tırmık.*<sup>3</sup> Üç parçalı mekanizma, mahkûmun yatağa yüzükoyun yatırılıp kayışlarla bağlanması- nın ardından başlatılmaktadır. Bir güç kaynağına bağlı olan yatak, mahkûm bağlandıktan sonra harekete geçirilir. Yatak ve tırmık büyük bir ahenk içinde çalışarak yargılama sonucu, asıl infazı gerçekleştirirler. Tırmık, üzerinde küçük iğnelerin olduğu parçadır. Yatağa çıplak bir şekilde yüzükoyun olarak bağlanan mahkûmun vücudu üzerinde çalışarak infazı gerçekleştirmeyi görevini üstlenen ana mekanizmadır. İnfaz ise çiğnediği kuralın mahkûmun sırtına tırmıkla yazılmasıdır. Tırmık, sivri uçlarını titreştirerek mahkûmun gövdesine batar, mahkûmun gövdesi de yatakla birlikte titreşir. Tırmık, bir yandan mahkûmun cezasını, vücuduna işlerken diğer yandan kazıma işi esnasında ortaya çıkan kanı temizler ve yazıyı görünür kılar. Bu işlem, mahkûmun vücudunun döndürülerek devam eder ve toplamda on iki saat süreyle yazı giderek daha derinlere kazınır. “On iki saatin sonunda tırmık iğnele-

*riyle mahkûmun gövdesini kavrar ve kaldırıp çukura atar. İnfaz sona ermiştir artık.”*<sup>4</sup> Bu ceza sömürgesinde sırtlarına suçları yazılan suçlular, ihlal ettikleri kuralı, ölmeden biraz önce öğrenmektedirler. Hapis cezası, ceza sömürgesinde bir seçenek değildir; tıpkı Ortaçağ Avrupası’nda olduğu gibi.

Hapishane, Ortaçağ’a tamamen yabancı bir kurumdur. Bu nedenle Ortaçağ toplumlarında modern anlamda hapis cezası ve hapishane kurumunun varlığından bahsedemeyiz.<sup>5</sup> Ortaçağ toplumu, uzun süreli hapis cezalarını karşılayabilecek ekonomik ve fiziksel olanaklardan yoksun olduğu için hapis cezasının yerine icrası görece çok daha kolay olan bedensel cezalarla idam cezalarını tercih etmiştir.<sup>6</sup> Kafka’nın öyküsündeki ceza sömürgesinde de işler Ortaçağ’dakine benzer bir şekilde yürümektedir. Öyküde, tarihe ilişkin bir saptamaya rastlanmasa da öykünün cezalandırma sistemlerinin değişmekte olduğunu bir dönemde geçtiğini öngörmek güç değildir. Çünkü icrası kolay olan bedensel cezaların infazında uzmanlaşmaya gidilmiş, yalnızca bu işe hasredilmiş özel bir aygıt icat edilmiştir. Bir süredir kullanılmakta olduğunu anladığımız ay-

3 KAFKA, *Ceza Sömürgesi*, s. 9.

4 KAFKA, *Ceza Sömürgesi*, s. 20.

5 Michel FOUCAULT, “Büyük Kapatılma”, *Büyük Kapatılma* içinde (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s. 105.

6 Mitchel P. ROTH, *Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi* içinde, (Çev. Barışhan Erdoğan), Can Yayınları, İstanbul 2017, s. 196.

gıt, başlangıçtaki seyirlik özelliğini kaybetmiş; hatta sistemdeki yeri sorgulanır hale gelmiş, kendi haline (çürümeye, dökülmeye) bırakılmıştır. Bu açıdan aygıtın başına gelenlerin Avrupa'nın cezalandırma tarihinin akışıyla paralel olduğu söylenebilir. Nitekim Ortaçağ'ın yaptırım uygulamalarına bakıldığında da benzerlikler görülecektir. Ortaçağ Avrupası'nda yaptırımlar büyük oranda bedensel cezalara dayanmaktayken bu süreçte bedene çektirilen acı giderek artırılmış ve bedensel cezanın son noktası olan idam cezası da giderek yaygınlaşıp vahşileşmiştir. Üstelik cezalar, çoğunlukla halkın da katılımın sağlandığı bir seyir gösterisine dönüştürülmüş, törensel bir eda ile gerçekleştirilmiştir. Dönem Avrupası uygulamalarında, idam cezası bir tiyatro şekline bürünmüş halde karşımıza çıkmaktadır. Bir seyir gösterisi olarak idamın izleyenlerde bir dehşet uyandırması istenerek, caydırıcılık sağlamak amaçlanmıştır. Üstelik bu amacı gerçekleştirmek için idam cezası tek başına yeterli görülmemiş, idamın uygulanmasının öncesinde suçluya Foucault'nun deyimiyle "azap çektirilmiştir."<sup>7</sup> Kafka'nın kurgusal ceza sömürgesinde de durum Fouca-

ult'nun tarih anlatısıyla benzer şekilde işler görünmektedir. İleride görüleceği üzere, tıpkı öyküde olacağı gibi, belirli bir noktada bu anlayış terk edilmiş ve beden, ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır.<sup>8</sup>

Yeni anlayış, bedensel cezaların mutlak üstünlüğünün sona erdiği on sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla doğmuştur.<sup>9</sup> Dönüşüm temelde, ceza yasasının önce teoride sonra da pratikte yeniden hazırlanmasıdır. Kafka'nın öyküsünde de bu dönüşümün kapıda olduğunu hissederiz. Öyküye daha sonra tekrar uğrayacağız, ancak şimdi bu dönüşümün Avrupa'da nasıl gerçekleştiğine bakmamız gerekiyor. Foucault öncelikle bu anlayış değişikliğinin tarihsel gelişimini takip ederek başat yaptırım haline gelen hapis cezasının nasıl birincil konumuna yerleştiğini araştırmıştır.

Foucault, bu dönüşümün temellerini Beccaria'da, Bentham'da, Brissot'da ve devrim dönemi birinci ve ikinci Fransız ceza yasalarını hazırlayan yasa koyucularda bulmuştur.<sup>10</sup>

7 Michel FOUCAULT, *Hapishanenin Doğuşu* (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2015, s. 39-41.

8 FOUCAULT, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 39.

9 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 218.

10 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 219. Panoptikon fikrinin mucidi olarak modern hapishaneyi mümkün kılan Bentham'ı diğer isimlerden farklı bir noktaya koymak gerekebilir. Nitekim Beccaria, dönemin henüz yeni bir cezalandırma sistemi olan hapis cezasının önemini fark etmiş, bu cezanın cezalandırmanın amacını sağlayabilecek cezalandırma tipi olduğunu belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Jeremy BENTHAM, *Ahlak ve Yasama İlkeleri* (çev. Ömer Saruhanhoğlu, Uğur Kaşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul 2017.

Ona göre, bu isimler öncelikle cezalandırmanın temel ilkesini tanımlayarak yasa ihlalinin ahlaki ya da dinsel hatayla hiç ilişkisinin olmadığını altını çizmiştir.<sup>11</sup> İhlalin olması için öncelikle siyasi bir iktidarın, bir yasanın olması ve bu yasanın formüle edilmiş olması gerekir. Suç ya da cezai ihlal, siyasi iktidarın yasama kanadı tarafından bir toplumun içinde özellikle oluşturulan medeni yasadan kopmadır. Bu teorisyenlere göre ancak yasa tarafından kınanacak davranışlar olarak tanımlanan davranışlar cezalandırılabilir.<sup>12</sup>

İkinci ilke, bir ceza yasasının, sadece toplum için yararlı olan şeyi temsil etmesi gerekliliğidir. Reform düşünceleri, iyi yasaların olabilmesi için siyasi iktidar tarafından formüle edilen ve hukuk sistemi içerisinde yer alan yasaların, doğal yasayı, dinsel yasayı ya da ahlaki yasayı yeniden yazmaktan kaçınması gerektiğini kabul etmişlerdir.<sup>13</sup> Buradan anlaşılacağı üzere siyasal

iktidar tarafından yasa; hukuk sistemi içerisinde anlam teşkil edecek şekilde, hukuk dışı atıflar kullanılmadan formüle edilmelidir.

Bu iki ilkenin sonucu olan üçüncü ilkede ise yazarlar, suçun açık ve basit bir tanımı olması gerektiğini ifade eder. Suç, tüm topluma yapılmış bir haksızlık, tüm toplum için bir rahatsızlıktır. Reform yazarlarına göre suç, toplumsal bir zarardır.<sup>14</sup> Yeni bir suç tanımı, beraberinde yeni bir suçlu tanımını da getirir: Artık suçlu, topluma zarar veren, toplumu karıştıran kişidir. Suçlu, iç düşmandır.<sup>15</sup> Değişen tanımlar, artık eski tür cezalandırmanın yerini yeni bir tür cezalandırmanın almasını gerektirir. Reform yazarlarına göre, suçun hata ile doğal, ilahi, dinsel hukukla ilişkisinin kesilmesi, ceza yasasının bir intikam ya da bir günahın kefareti istemeyeceği anlamına gelir. Onlara göre ceza yasası öyle olmalıdır ki bireyin topluma verdiği zarar silinebilmelidir; eğer bu mümkün değil-

11 Örneğin Beccaria yasaların, birbirlerinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları belirlediğini söyler. Bu ifade de dine ya da ahlaka bir atıf olmadığı açıktır. Cesare BECCARIA, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2014, 4. Baskı, s. 25.

12 BECCARIA, s. 31; FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 219.

13 Beccaria, suçların ağırlıklarını işlenen günahın ağırlığına göre ölçme düşüncesini tutarsız, temelsiz ve insan ile Tanrı arasındaki ilişkiyi anlamamış kişilerin önerceği bir yöntem olarak görmektedir; BECCARIA, s. 52-53. FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 219.

14 Nitekim Beccaria, suçların gerçek ağırlık ölçüsünün söz konusu suçun topluma verdiği zararın ölçüsüyle belirlenebileceğini savunur, bkz. BECCARIA, s. 55. FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 219.

15 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 219-220. Suçlunun toplum düşmanı olma düşüncesinin köklerini J. J. Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi'nde görebiliriz. Detaylı bilgi için bkz. ROUSSEAU, J. J., *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 31-34.

se, zararın söz konusu birey ya da bir başkası tarafından tekrarlanamaması gerekir. O halde ceza yasası ya zararı telafi etmeli ya da zararın tekrar ortaya çıkmasını engellemelidir.<sup>16</sup> On sekizinci yüzyılın sonunda ortaya çıkan yeni ceza hukuku düşüncesi, aslında bir idealin peşindedir: Toplumunu korumak, evrensel akla uygun cezalandırmak.<sup>17</sup> Cezanın bireyi eğitebileceği inancı, o dönemde ortaya çıkmıştır.

Bütün bunların ışığında reform yazarlarına göre, bu amacı sağlayacak dört tür ceza ortaya çıkar. Bu cezalardan ilki, ihraç, yani sürgündür.<sup>18</sup> İkinci tür ceza, suç işleyen bireyin bulunduğu yerde dışlanması, utanç, kamusal skandaldır.<sup>19</sup> Üçüncü ceza, suç neticesinde ortaya çıkan toplumsal zararın telafi edilmesidir, zorunlu çalışmadır.<sup>20</sup> Son olarak dördüncü tür ceza, suç neticesinde ortaya çıkan zararın tekrar meydana gelmesini önlemek amacıyla suç işleyen kişinin ya da başkalarının suçu yeniden işleme arzularını engellemektir, kısasa kısastır.<sup>21</sup>

O halde reform yazarlarının önerdiği ceza sistemi, teoride ihraç (sürgün), zorunlu çalışma, utanç (kamusal skandal, aşağılama) ve kısasa kısas cezala-

rından müteşekkildir. Peki, teoride bu şekilde planlanan yeni ceza sistemi, pratiğe nasıl yansımıştır?

Pratik, teoriden farklı ilerlemiş ve 1800'lerde, gelişme halindeki sanayi toplumları, birkaç yıl önce tasarlanmış olan ceza sisteminden farklı bir ceza sistemi yaklaşımını hayata geçirmişlerdir. Bu yaklaşım ile yeni ceza sisteminin önerdiği dört yaptırımdan hızlıca uzaklaşmıştır. Yukarıda anlatılan dört tür cezadan yalnızca sürgün, hukuk sistemlerinde kendisine yer bulabilmiştir, o da sınırlı bir süre için. Yeni ceza sistemini savunan yazarların öngördüğü dört yaptırım türü karşısında yeni bir yaptırım türü, hızlı ve mutlak bir zafer kazanmıştır. Bu yeni yaptırım türü hapis cezasıdır. Peki, reform yazarlarının planlarına dahil etmeyi düşünmedikleri hapis cezası, nasıl olmuştur da çok kısa bir süre içerisinde başat cezalandırma yöntemi haline gelmiştir? Yaptırımlarda öngörülen değişim, nasıl olup da öngörülenin dışında, farklı bir cezalandırma yönteminin egemen olmasıyla sonuçlanmıştır? Foucault da bu sorgulamayı yapmıştır.

Foucault'ya göre bu değişimin sebebi, bir zihniyet değişimidir. Yeni

16 BECCARIA, s. 69-70. Ayrıca bkz. FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 220.

17 Işık ERGÜDEN, *Hapishane Çağı Kapatılan İnsan*, Versus Kitap, İstanbul 2007, s. 23.

18 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 220.

19 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 220-221.

20 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 220.

21 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 221.

ceza sistemini öneren isimler, toplumsal faydayı ön planda tutmakta ve ceza sisteminin toplumu savunmasını beklemektedirler. Suçu toplumsal bir zarar olarak gören bu isimlerin belirlediği temel ilke de sarih bir yasa ve yasa ihlali olmadan cezalandırmanın da olmayacağıdır.<sup>22</sup> Foucault, on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulünün ise bir denetim haline geldiğini belirtir. Bu dönemde ceza sistemi, bireylerin yaptıkları şeyin değil, yapabilecekleri şeyin, yapmaya muktedir oldukları şeyin, yapmaya yükümlü oldukları şeyin ve pek yakında yapacakları şeyin denetimini konu edinmeye başlamıştır.<sup>23</sup> Böylece tehlikelilik kavramı ortaya çıkmış, bireylerin suç işlemelerinden önce denetlenmesi fikri kuvvetlenmiştir. Bu fikir beraberinde, bireylerin gözetlenmesi ve ıslah edilmesi gerekliliğini getirmiş ve böylece on dokuzuncu yüzyılda, hukuk kurumları etrafında ve bireylerin tehlikelilikleri düzeyinde denetlenmesi işlevini üstlenmesini sağlamak için, bireyleri kuşatacak bir dizi dev kurum gelişmiştir: Okul, hastane, tımarhane, polis.<sup>24</sup> Hapishane de bu kurumlardan biridir. Foucault'ya göre, hapishane kurumu, "ıslah etmek için hapsedmek" fikriyle birlikte gelişmiştir.

Soru açıktır: "*Bireylere, davranışlarına ve potansiyel üzerine kurulu ve onları ıslah etme işlevi taşıyan tamamen farklı bir ceza pratiği, nasıl olmuş da Beccaria'nın çok büyük dersini unutturabilmiş, uzaklaştırmış ve sonunda da boğabilmiştir?*"<sup>25</sup> Foucault'ya göre sorunun cevabı, üretimin üstlendiği yeni biçimde bulunabilir. On sekizinci yüzyılda giderek ivme kazanan kapitalizm, yeni bir üretim biçimine bağlı yeni bir zenginlik biçimi de getirmiştir. On altıncı ve on yedinci yüzyıllarda esas olarak toprak üzerinden tanımlanan zenginlik, on sekizinci yüzyılda, artık yeni bir zenginlik biçimi ortaya çıkmıştır: Mallara, stoklara, makinelere, atölyelere, hammaddelere, gönderilecek mallara yapılan yatırım.<sup>26</sup> Üstelik kapitalizm, bir önceki dönemin aksine, zenginlik ile zenginliği sağlayan araçlar arasındaki mesafeyi de kaldırmıştır. Kapitalizmin getirdiği yeni üretim biçimi olan fabrikada üretim, üretimin yapıldığı yer ile serveti aynı mekâna yerleştirir. Fabrikanın kendisi, yeni zenginliğin hem ürünü hem de bir bakıma üreticisidir. Bununla beraber yeni bir tehlike doğar: Stoklardan, hammaddelerden, ithal mallarından, makinelerden, atölyelerden ibaret bu yeni servetin doğrudan

22 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 222.

23 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 223.

24 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 223.

25 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 234.

26 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 235.

tahribatı. Yoksullardan, işsizlerden, çalışmayanlardan oluşan bu nüfusun şimdi servetle, zenginlikle doğrudan, fiziksel bir teması olmuştur. Örneğin on sekizinci yüzyılda İngiltere'de gemilerin soyulması, mağazaların ve depoların talanı, atölyelerdeki tahribat yaygınlaşmıştır.<sup>27</sup>

İşte Foucault'ya göre on sekizinci yüzyıl sonunda yeni toplumsal denetimleri gerekli kılan şey, sanayi ve tarım zenginliğinin mekânsal ve toplumsal yeni dağılımıdır.<sup>28</sup> Hapis cezası ve hapishane kurumu da yeni gelişen zenginliğe yönelik tehdidi engellemeyi amaçlayan özel bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Bu kurumun ceza sistemlerinde bu kadar kısa sürede birincil öge haline gelmesindeki başarısının sebebi de bu denetim ihtiyacıdır. Hapishaneler nüfusun bir bölümünü tehlikeli bularak elemeye imkân tanımış;<sup>29</sup> geliştirdiği uygulamalar ile de yeni gelişen üretim biçiminin ihtiyaç duyabileceği iş gücünü, herhangi bir sorunla karşılaşmayacağından emin bir şekilde hazırda bekletmeyi planlamıştır. Mahkûmun bedeni artık, çalışan bedene dönüşmeye aday olmuş, Ortaçağ'ın bedeni hedef alan cezaları, bedenler faydalı hale geldiği için çağ-

dışı görülmeye başlanmış; bedenin kontrolü, bedenin imhasına karşı galip gelmiştir. Hapishaneler, üretim biçimine dahil edilebilecek bedenlerin eski ceza sisteminin acımasızlığından korunabileceği kurumlar olmuştur.<sup>30</sup>

Kafka, elbette, Foucault'nun bu açıklamalarından haberdar değildi. Ancak belki bir önsezi, belki de yaşadığı dönemi iyi yorumlaması sayesinde, öyküsünün satır aralarında bu değişikliği işlemiştir. Hatta, bu değişikliğin olası gerilimlerini merkeze alarak Foucault'nun atmadığı bir adım atmıştır. Gerçekten de Foucault'nun analizine bakıldığında, bu geçişin çok hızlı ve direnişle pek karşılaşılmadan gerçekleştiği okunacaktır. Kafka ise öyküsünde, böylesi bir değişikliğin muhtemelen bir direnişe sebep olacağını düşünmektedir. Nitekim ceza sömürgesinin bulunduğu adada da cılız da olsa bir direniş vardır. Eski komutan döneminden kalan subay, değişmekte olduğunu gördüğü sistemin son neferi olduğunun farkındadır: “*Eski kumandan zamanında, adamız, yöntemlerimizin taraftarlarıyla doluydu; eski kumandanın karşısındakini ikna yeteneği bende de yok değil ama onun gücü bende yok işte... Zamanı yitirme-*

27 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 235.

28 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 236.

29 FOUCAULT, *Büyük Kapatılma*, s. 105.

30 Stefano CATUCCI, “The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault's Militancy and Thought”, *Prison, Architecture and Humans* içinde (Editörler: Elisabeth FRANNSON, Francesca GIOFRE, Berit JOHNSEN), Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2018, s. 335.



mek gerek. Yargılama yetkimi elimden almak için çalışmalar kumandanlıkta sürüyor, bu toplantılara çağrılmıyorum bile; sizin şu ziyaretinizi bile çok manidar buluyorum, kendileri buraya gelemeyecek kadar korkak olanlar sizin gibi bir yabancıyı öne sürüyorlar.”<sup>31</sup> Bu nedenle, dışarıdan gelen bir gözlemci olarak gördüğü konunun yardımını istemektedir: “Bana karşı harekete geçecek kadar güce sahip ama buna henüz kalkışmıyor; nedir, beni sizin gibi bir yabancıнын yargılamasını istiyor.”<sup>32</sup>

Artık eski bir dönemin insanı olan subay, kendisine karşı harekete geçtiklerini düşündüğü kişilere karşı bir plan yapmıştır. Ancak bu plan, konuk tarafından reddedilecek; subay ise eski düzenin bir simgesi olan infaz aygıtının yıkılışını görmektense aygıt eliyle kendi hayatına son verecektir. Desteklediği düzenin yıkıldığını görmektense o düzenin simgesiyle beraber yok olacak, aygıt parçalanırken o da ölecektir. Öykü içerisinde görece uzun yer verilen son kısımda, aygıtla beraber subayın da öldüğünü okuduğumuz o sayfalarda, aynı zamanda bir dönemin kapanıp yeni bir dönemin açıldığını da okuruz.

Hukukla edebiyat arasında, her iki alanda da yer alan, her iki alan üzerine de düşünmüş olan Kafka, Ceza Sömür-

gesi’nde de modern zamanlardan önceki bir cezalandırma sistemini konu edinmiştir. Sayfalarca yapılmış çizimlerle, en ince ayrıntısına kadar üzerine düşünülerek inşa edilmiş bir infaz aygıtının son zamanlarını anlatırken esasında toplumdaki değişimi işlemiştir. Bu öyküde, hukukun edebiyatla olan bağını görebileceğimiz gibi onun toplumsal hayatla olan bağını da görebiliriz. Bir edebiyat eserinin, hukuki meseleleri apaçık, karanlıkta hiçbir yanı kalmaksızın açıklaması belki zordur. Ancak bir kuramın aydınlatılmasında, kuramın üzerine düşünülmesinde yardımcı olmak açısından edebiyat önemlidir. Kafka, “Ceza Sömürgesi”nde bunu göstermekte, hukuki bir değişimi öyküsünde işleyerek konunun, okur nezdindeki olası gölgelerine ışık tutmaktadır.

31 KAFKA, *Ceza Sömürgesi*, s. 23-24.

32 KAFKA, *Ceza Sömürgesi*, s. 26.

## KAYNAKÇA

- BECCARIA, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2014, 4. Baskı.
- BENTHAM, Jeremy, *Ahlak ve Yasama İlkeleri* (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul 2017.
- CATUCCI, Stefano, “The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault’s Militancy and Thought”, *Prison, Architecture and Humans* içinde, (Editörler: Elisabeth FRANNSON, Francesca GIOFRE, Berit JOHNSEN), Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2018.
- ERGÜDEN, Işık, *Hapishane Çağı Kapatılan İnsan*, Versus Kitap, İstanbul 2007.
- FOUCAULT, Michel, “Büyük Kapatılma”, *Büyük Kapatılma* içinde, (Çev. Işık Ergüden) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- FOUCAULT, Michel, “Hakikat ve Hukuksal Biçimler” (Çev. Işık Ergüden), *Büyük Kapatılma* içinde, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- FOUCAULT, Michel, *Hapishanenin Doğuşu* (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2015.
- ROTH, Mitchel P., *Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi* (Çev. Barışhan Erdoğan), Can Yayınları, İstanbul 2017.
- ROUSSEAU, J. J., *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.

# Ayrımcılığın Normatif Temellendirimi Sorunsalı: Eşitlik Paradoksu ve Ayrımcılık

Muharrem KILIÇ<sup>1</sup>

## Özet

“Ayrımcılık” kavramının çok anlamlı ve/ya çok biçimli doğası, farklı bağlamlarda ayrımcılık ifadelerinin ortak bir etik soruna yol açması noktasında bir belirsizlik yaratmaktadır. Modern demokratik siyasal ülkeler, uluslararası insan hakları yükümlülükleri çerçevesinde kimi zaman anayasal kimi zaman da yasal düzlemde ulusal ayrımcılıkla mücadele stratejileri geliştirmektedir. Bu kapsamda son yıllarda farklı ayrımcılık temellerinin normatif çerçevede düzenlenmesinin giderek yaygınlık kazandığı görülmektedir. Nitekim ayrımcılık temellerinin belirlenmesi noktasında klasikleşen sınıflamanın ötesinde “daha kapsayıcı” ve “bütüncül bir ayrımcılık kuramı” oluşturulması gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Normatif çerçevede belirlenmiş ayrımcılık temellerinin ‘ebeveynlik, fiziksel görünüm, kilo ve genetik’ gibi kişisel özellikleri de içerecek biçimde kapsayıcı ayrımcılık temelleri oluşturulması önerilmektedir.

Bir bütün olarak hukukun normatif temelleri belirlenirken aynı zamanda yasal müdahalenin kapsamı, hak ve yükümlülük sahiplerinin belirlenmesi ve yasal dayanaklarla ilgili daha somut sorunların dikkate alınması icap etmektedir. Normatif olarak ilgili müdahale alanlarının ve uygun aktörlerin belirlenmesi ayrımcılık temellerinin yasal düzeyde düzenlenmesini mümkün kılacaktır. Bazı eşitlik kurumlarının yalnızca ilgili kanunlarında açıkça belirlenen ayrımcılık temelleriyle sınırlı kurumsal yetkileri bulunmaktadır. Bu kısıtlayıcı durum, eşitlik

kurumlarının ayrımcılık temellerinin revize edilip kapsayıcı ayrımcılık temeli politikası oluşturma noktasında itici bir güç olma gereksinimini ortaya çıkarmaktadır.

Bu çalışma, öncelikle eşitliğin kavramsal ve felsefi köklerini tartışma konusu yapacaktır. Sonrasında ayrımcılıkla mücadele hukukunun gelişimsel seyrini kuramsal perspektiften ele alacaktır. Ayrıca ayrımcılığın normatif temellendirimini farklı kuramsal ve eleştirel yaklaşımların ortaya koyduğu parametreler çerçevesinde çözümleyecektir. Kurumsal perspektiften ayrımcılıkla mücadele mekanizmaları olarak eşitlik kurumlarının ayrımcılıkla mücadele noktasındaki kurumsal rolleri tartışılacaktır. Son olarak ayrımcılığın temellendirimi sorunsalı eleştirel perspektiften farklı kuramsal yaklaşımlar temelinde konu edilecektir.

**Anahtar kelimeler:** insan hakları, eşitlik, ayrımcılık, ayrımcılık temelleri, eşitlik kurumları

<sup>1</sup> Prof. Dr., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, E-posta: muharremkl@hotmail.com

*“Başkasıyla karşılaşmanın en iyi biçimi, onun gözlerinin rengini bile fark etmemektir! Gözlerinin rengini gözlemediğinizde başkasıyla sosyal bir ilişki içerisinde değilsinizdir. Kuşkusuz yüzle ilişki algının egemenliğinde olabilir, ama özgül olarak yüzü oluşturan her neyse, işte o algıya indirgenmeyendir.”<sup>2</sup>*

## I. Giriş

Onto-legal ve sosyo-politik bir söylem olarak ‘eşitlik’, modern siyasal sistemler ve hukuk kuramları açısından modern çağın en tartışmalı kavramı olarak ortaya çıkmıştır. Bütüncül bir perspektifle eşitlik, felsefi boyutundan başlamak üzere sosyolojik, psikolojik ve antropolojik yönleriyle ele alınabilir. Bu çerçevede eşitlik, toplumsal düzeni tesis işlevi gören bir araç olması ve kurgulanan doğa durumu üzerinden tanımlanan iktidar ve toplumsallığın tinsel unsuru olması yönleriyle birçok boyutta irdelenebilir. Tarihsel süreç içerisinde yaşanan politik ve/ya yasal kırılmalara koşut biçimde üretilen bu kavramın giderek daha sofistike biçimde kavramsallaştırıldığına, bölgesel ve uluslararası kurumsal yapılarla dönüştürüldüğüne tanıklık edilmektedir. ‘Eşitlik’ kavramı ekseninde giderek çeşitlenen ve daha rafine hale getirilen normatif alanlar ve alt-disipliner çerçeveler üretilmeye başlanmıştır. Her ne kadar kimliksel ve

doktrinsel krizlerle karşı karşıya kalsa da bir idealite olarak soyutlanarak kavramsallaştırılan ‘eşitlik’ söylemi, normatif yapılanma yönlü gelişim serüveniyle modern çağın en popüler konusu haline gelmiştir.

Tarihsel ve felsefi kökleri açısından ‘muamele eşitliği, fırsat eşitliği, maddi ve dönüştürücü eşitlik’ fikri üzerinden temellendirilen modern eşitlik söylemi, hak temelli aktivizm üzerinden evrimsel gelişimini sürdürmektedir. Eşitliğin normativate edilme pratiği, dönemsel olarak değişkenlik arz eden sosyo-politik ve sosyo-kültürel dinamiklerle şekillenen küresel aktivizmin gölgesinde biçim kazanmıştır. Eşitlik mevzuatının dezavantajlı öznelere maruz kaldığı ayrımcılık pratiğinin yarattığı ‘eşitsizlik’ paradoksu, kaynaklara ve fırsatlara eşitsiz erişimi de beraberinde getirmektedir. Nitekim çok katmanlı sosyo-politik ve sosyo-ekonomik küresel sistemde, yurttaşlığın doğumla birlikte kendiliğinden kazanımı, bireylerin kaynaklara ve fırsatlara ‘eşitsiz erişimine’ yol açmaktadır.

Modern ulus devlet paradigması, fırsatlara eşitsiz erişim temelinde mikro ölçekte alt kimlikler üretmektedir. Ancak ulus devlet politikalarının, farklılıkları tektipleştirerek türdeş bir kimlik üretme çabasının başarısızlık ile sonuçlandığı ifade edilebilir. Zira bu çabalar, daha fazla kimliksel par-

2 Emmanuel LEVINAS, “Etik ve Sonsuz”, *Sonsuza Tanıklık: Emmanuel Levinas’tan Seçme Yazılar* içinde (Çeviren: Kolektif), (Derleyen: Zeynep DİREK), Metis Yayınları, İstanbul 2016, s. 326.

çalanmaları ve ayrıştırıcı sosyolojik ve jüridik yarımaları beraberinde getirmiştir. ‘Etnik, dini, kültürel ve siyasi’ farklılıkları mutlaklaştıran bu ayrıştırıcı paradigma, içinde yaşadığımız küreyi derin insani krizlere sürüklemiştir. Farklılığı dışlayan ve toplumsal yapıyı tektipleştiren bu politik yapı, ‘soydaş’ bir yurttaşlık tasavvuru öngörmüştür. Bu anlayış ‘din, mezhep, kültür ve etnisite’ temelinde kendisini tanımlayan farklı kimlikleri buharlaştıran ve asimile edici bir politika üretmiştir.<sup>3</sup>

Eşitliğe ilişkin geliştirilen kuramlar, insanı merkeze alan haklar sistematığının sosyo-legal ve sosyo-politik tarihsel birikimine önemli katkılar sunmuş olsa da yüzyıllar boyunca kadınlar, köleler, ırksal ve dinsel azınlıklar gibi hassas gruplar ‘beyaz erkeklerin’ sahip olduğu haklardan dışlanmışlardır. Bireylerin ‘ırk, renk, cinsiyet ve etnik köken’ gibi temellerle kategorizasyonu kimi kişisel özelliklerin/niteliklerin kapsam dışı kalmasına yol açmıştır. Bu kategorizasyon, ayrımcılıkla mücadele mevzuatının temel güvence alanına içkin bütünleşik değerleri bulanıklaştırarak bizatihi ‘öznenin sönümlenmesine’ neden olmuştur. Öyle ki ayrımcılıkla mücadele hukukunun güvence alanında olmayan ‘kayıp özneler’, eşitsizlik paradigmasının bizatihi öznesi konumuna yerleşmiştir.

Tarihsel kökleri ve çeşitlenen dayanaklarıyla ayrımcılık, toplumsal bir sorun alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çok boyutlu ve çok kapsamlı biçimde tanımlanan ayrımcılık, bireylerin birtakım niteliklerinden/özelliklerinden ötürü farklı muameleye tabi tutulmasıdır. Ayrımcı tutum ve davranışların bireyler üzerinde sosyo-psikolojik ve sosyo-legal anlamda yıkıcı etkileri bulunmaktadır. En temelde adalet duygusunu izale eden ayrımcı tutum ve davranışlar hem bireysel hem de kamusal alana içkin ahlâki yapıları erozyona uğratmaktadır. Hiyerarşi içerisinde negatif biçimde etiketlenen ‘başkası’ ve/ya ‘öteki’ ‘aynılığa’ mahkum edilmektedir. Bu üstenci ve öteki ni asimile edici tutum ve davranışlar, bireyin kabulünü ya da onanmasını ‘aynılığa’ indirgemektedir. Bu noktada eşitlik kavramının “radikal başkılığı”, birey ile öteki olarak inşa edilen söylemin paradigmatik değişimini mümkün kılmaktadır.

Ayrımcı ve ötekileştirici tutumları besleyen bu toplumsal nevrozun izdüşümleri, başta ‘eğitim, iş, sağlık, ulaşım ve sosyal güvenlik’ olmak üzere farklı bağlamlarda görülmektedir. Farklı bağlamlara yayılan ayrımcılık pratiklerinin çözümlenmesi noktasında kurumsal aktörlerin rolü yadsınamaz. Bundan ötürü ayrımcılık hukukunun derin doktrinsel krizine naif bir politi-

3 Muharrem KILIÇ, “Çözülmeden Çözümlemek: Birlikte Yaşamın Ruhuna Ermek”, <https://www.turkiyegazetesi.com.tr/kose-yazilari/prof-dr-muharrem-kilic/cozulmeden-cozumlemek-birlikte-yasamanin-ruhuna-ermek-585236>, Erişim Tarihi: 18.08.2023.

ka olarak geliştirilen eşitlik kurumlarının yaygınlık kazanması, ayrımcılık hukukunun tarihsel izleğinde yeni bir döneme tekabül etmektedir. Eşitlik kurumları, kurumsal görev ve yetkileri çerçevesinde bir ‘değer politikası’ oluşturabilme ve böylelikle insan hakları ve eşitliğin içkinleştirilmesini mümkün kılma potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır.

Eşitlik paradoksu üzerinden ayrımcılık hukukunun normatif temellendirimini ve dinamiklerini ele alan bu çalışma, öncelikle eşitliğin kavramsal ve felsefi köklerini tartışma konusu yapacaktır. Sonrasında ayrımcılıkla mücadele hukukunun gelişimsel seyirini kuramsal perspektiften ele alacaktır. Ayrıca ayrımcılığın normatif temellendirimini farklı kuramsal ve eleştirel yaklaşımların ortaya koyduğu parametreler çerçevesinde çözümleyecektir. Kurumsal perspektiften ayrımcılıkla mücadele mekanizmaları olarak eşitlik kurumlarının ayrımcılıkla mücadele noktasındaki rolleri tartışılacaktır. Son olarak, ayrımcılığın temellendirimi sorunsalı eleştirel perspektiften farklı kuramsal yaklaşımlar temelinde konu edilecektir.

## II. Kavramsal Çözümleme: Eşitlik Paradoksu ve Ayrımcılık Kavramı

### a. Eşitlik Paradoksu

Bir değer alanı olarak eşitlik, muamele eşitliği, fırsat eşitliği ve sonuç eşitliğinden maddi ve dönüştürücü eşitliğe varıncaya kadar çok boyutlu, çok anlamlı ve açık dokulu bir kavram olarak nitelendirilmektedir.<sup>4</sup> Eşitliğin çok anlamlılığı ve çok boyutluluğu, literatürde “en zor hak” olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır. Farklı boyutları ile insanı felsefi düşüncenin merkezine alan eşitlik düşüncesinin temel konularından birisini, insanın hak/ lar/ı açısından ‘varoluşsal konumu’ oluşturmaktadır. Bu varoluşsal konunun çerçevesini belirleyebilmek adına global ölçekte birden çok ulusal hukuk dizgesi, eşitlik kavramını tanımlamaya yönelik girişimlerde bulunmaktadır. Örneğin, Kanada’nın federal yargısal mekanizmalarında 1990’lı yıllardan itibaren eşitlik kavramının tanımlanmasına yönelik uygulama temelinde yoğun bir çabanın ortaya konulduğu görülmektedir. Ancak yine de yargısal süreçlerde eşitlik ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak ciddi yargısal içtihat ve doktrin uyuşmazlıkları bulunmaktadır. Benzer biçimde Güney Afrika’da eşitlik ilkesinin yargısal pratiğine ilişkin yoğun kavramsal tar-

4 Beth GAZE, Belinda SMITH, *Equality and Discrimination Law in Australia: An Introduction*, Cambridge University Press, England 2017, s. 15.

tışmaların yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmanın temelini, 1980’li yıllarda Peter Westen tarafından dile getirilen “eşitliğin özünde boş bir kavram” olduğu söylemi oluşturmaktadır. Westen’e göre benzer olanlara benzer ve farklı olanlara farklılıklarına göre davranılması gerektiği düşüncesine dayanan eşitlik, herhangi bir anlam içeriği-ne sahip değildir.<sup>5</sup>

Anlam içeriğine ilişkin bu nihilist tutuma konu olan eşitlik anlayışının tözsel özünde ‘aynılık-farklılık’ gerilimi bulunmaktadır. Martha Minow’un isabetle ifade etmiş olduğu üzere eşitlik anlayışında farklılıkları yadsımak ya da kabul etmek gerilimiyle biçimlenen bir “farklılık ikilemi” (*dilemma of difference*) söz konusudur.<sup>6</sup> Bu ikilem birbiriyle yakından ilişkili birtakım varsayımları açığa çıkarmaktadır. İlk olarak, genellikle ‘farklılıkların’ ilişkisel ya da karşılaştırmalı olmaktan ziyade bireye içkin olduğu ve insanlar arasındaki çok sayıda farklılıktan yalnızca bazılarına önem atfedildiği varsayılmaktadır. İkinci olarak kimin ‘farklı’ ve kimin ‘normal’ olduğunu değerlendirirken tipik olarak ‘belirtilmemiş bir referans noktası’ benimsenmektedir. Son varsayıma göre, bu

ikilem egemen olan sosyo-ekonomik düzende belirli grupların gereksinimlerini ve çıkarlarını yansıtan tarihsel seçimlerin ve tasarımların ürünü değildir. Bu son varsayım doğrultusunda statükoya meydan okumak isteyen bireylerin özel muamele talep ettiği ve bu talep doğrultusunda istenilen değişikliklerin ‘tarafsızlık, öngörülebilirlik ve özgürlük’ taahhüdünü ihlal ettiği dile getirilmektedir.<sup>7</sup> Söz konusu varsayımlar, belirli bir hiyerarşi içerisinde negatif biçimde ‘farklı’ olarak etiketlenen kitlelerin ‘aynılaştırılmasına’ yönelik tutumları açığa çıkarmaktadır. Bu ikilem sistematik biçimde dezavantajlı öznenin kabulü ya da onanması şeklinde tezahür etmektedir.

Bu ikilemin ayrısılaştırılan öznelere maruz kaldığı ayrımcılığı “eşitsiz erişim” temelinde ele alan anlayışa göre çok katmanlı sosyo-politik ve sosyo-ekonomik küresel sistemde, yurttaşlığın doğumla birlikte kendiliğinden kazanımı, bireylerin kaynaklara ‘eşitsiz erişimine’ yol açmaktadır.<sup>8</sup> Söz konusu küresel sistemde, bütüncü ve meşrulaştırıcı ilkeleri ulusal aidiyetten ziyade evrensel kişiliğe dayanan yeni ve daha evrensel bir ‘yurttaşlık fenomeni’ ortaya çıkmaktadır.

5 Peter WESTEN, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, Cilt 95 (1982), Sayı 3, s. 537.

6 Martha MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, New York 1990, s. 19.

7 GAZE, SMITH, 2017, s. 21.

8 Rosita FIBBI, Arnfn H. MIDTBØEN, Patrick SIMON, *Migration and Discrimination*, Springer, Switzerland 2021, s. 36.



Bu yeni yurttaşlık formülasyonunda bir ulusun yurttaşlarına tanınan hak/ lar ve ayrıcalıklar, giderek kişisel haklar olarak normatifleştirilmekte ve kapsamı genişletilmektedir.<sup>9</sup> Ancak bu yeni yurttaşlık fenomeninin yitık özneleri, kuşkusuz dezavantajlı konumda bulunan ‘hak-sız’ özneler olmaktadır. Bu yitık öznelerin, küresel sistemin kaynaklarından eşit biçimde yararlanamaması dezavantajlılık döngüsünün çarkının eşitsiz biçimde dönmesine katkıda bulunmaktadır.

Tam da bu noktada *The Birthright Lottery*<sup>10</sup> adlı yapıtında Ayelet Shachhar, zengin toplumlarda doğuştan yurttaşlık ile haklara erişimi temin eden ve ayrıcalıkları güvence altına alan mülkiyet arasındaki analogiyi ortaya koymaktadır. Shachhar’ın kuramında ‘doğuştan yurttaşlık’, global eşitsizlikler karşısında ayrımcılık pratiğinin bizatihi temeli haline gelmektedir. Böylelikle doğuştan yurttaşlık, eşitsizliğin

kümülatif avantajlarını besleyen ve kendi kendini sürdüren bir fenomene dönüşmesine ve yeniden üretilmesine katkıda bulunmaktadır.<sup>11</sup>

Nitekim bir birey ya da grubun diğerine göre avantajları zaman içerisinde birikimselleşirken mevcut eşitsizlikleri daha muhkem hale gelmektedir. Böylelikle bu avantajlar temelinde derinleşen eşitsizlik giderek büyüme eğilimi göstermektedir. Robert K. Merton bu durumu, “kapasite/yapılabilirlik yaklaşımına”<sup>12</sup> atıfta bulunarak, zengininin daha zengin; yoksulun daha da yoksul olduğu anlamına gelen “Kümülatif avantaj/Matta etkisi” (*Matthew effect*) kavramsallaştırmasıyla izah etmektedir.<sup>13</sup> Kümülatif avantaj ya da Matta etkisi, sınıfsal kökeni sosyal sonuçlara bağlayan, toplumun sınıfsal yapısını yeniden üreten toplumsal tabakalaşma ve yeniden üretim teorileri çerçevesinde ele alınmaktadır.<sup>14</sup> Kümülatif avantaj, farklı statülere sahip

9 Yasemin NUHOĞLU SOYSAL, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, The University of Chicago Press, London 1994, s. 1.

10 Ayrıca bkz. Ayelet SHACHHAR, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge 2009.

11 FIBBI, MIDTBØEN, SIMON, s. 36.

12 Kapasite yaklaşımı, refahı elde etme özgürlüğünün birincil ahlâki öneme sahip olduğu ve refahı elde etme özgürlüğünün insanların çıkarları açısından anlaşılması gerektiği iddiası olmak üzere iki temel normatif iddiayı içeren teorik bir çerçevedir. Yaklaşım, sosyal adalet teorileri ve/ya kalkınma etiği açıklamaları gibi çeşitlenen daha spesifik normatif teorilerde geliştirilmiştir. Ayrıca, sosyal bilimlerde yeni istatistikler ve sosyal göstergelerle sonuçlanan yeni ve oldukça disiplinlerarası literatüre “insani gelişme yaklaşımı” olarak adlandırılan, esas olarak kalkınma çalışmalarında kullanılan yeni bir politika paradigmasına yol açmıştır. Ayrıca bkz. Ingrid ROBEYNS, “The Capability Approach”, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/capability-approach/>, Erişim Tarihi: 14.08.2023.

13 Robert K. MERTON, “The Matthew Effect in Science”, *Science*, Cilt 159 (1968), Sayı 3810, s. 56.

14 Ayrıca bkz. Pierre BOURDIEU, Jean-Claude PASSERON, *Reproduction in Education, Society and Culture*, (Çeviren: Richard NICE), Sage Publications, 1990.

bireyler açısından eşit olmayan büyüme oranı ve statü grubunda zaman içerisinde artan eşitsizlik durumuna tekabül etmektedir. Bir diğer ifadeyle sosyo-ekonomik ve yapısal süreçleri değerlendirebilmek için bireylerin yaşamı boyunca deneyimlediği avantaj ve dezavantajların birikimini ele alan bir kuram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>15</sup> Sosyoloji literatüründe en yaygın kullanımıyla kümülatif dezavantaj süreci ise, grup üyeliğinin yaşamın farklı aşamalarında sonuçlar üzerindeki doğrudan ve dolaylı etkilerinin birleşimi olarak kabul edilmektedir. Bu süreç farklı sonuçları tahkim eden dinamik süreçleri vurgulayarak belirli bir bağlam ve zaman içinde farklılaşan sonuçlara odaklanmaktadır.<sup>16</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere global ölçekte eşitsizliklerin derinleşmesine yol açan ve eşitsizlikleri tahkim eden ‘avantaj-dezavantaj paradoksu’, eşitliğin tesis edilmesine yönelik çözümlerler noktasında birtakım belirsizlikler yaratmaktadır. Tam da bu noktada eşitliği tesis etmenin referans noktasının Aristoteles’in ‘orantılılık’ (αναλογία) formülasyonuna dayandı-

ğı ifade edilmektedir. Aristotelyen bir ifadeyle ‘eşitlik’ (ισότης)<sup>17</sup> ‘benzerlere benzer ve benzemeyenlere farklı biçimlerde davranılma’ meselesi olarak tanımlanabilir. Orantılılık düşüncesinin temelinde yatan anlayış, biçimsel ve özsel eşitlik ve fırsat eşitliği kavramlarıyla kapsamlı biçimde revize edilmektedir.<sup>18</sup>

Bundan ötürü eşitliğe yönelik geliştirilen her bir formülasyon “*Tüm insanlar hak ve özgürlükler bakımından hür ve eşit doğarlar.*”<sup>19</sup> söyleminde olduğu üzere evrensel terimlerle çerçeveselendirilmektedir. Söz konusu evrensel söylem, eşitliğe ilişkin ortak bir anlayış geliştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu türden evrensel bir söylemin mevcudiyeti, eşitliğin hak temelli itici güçlerinin ele alınması açısından elverişli bir zemin sunmamaktadır.<sup>20</sup> Nitekim eşitlik doğası gereği, hak ve özgürlüklerden farklılaşmaktadır. Öyle ki “*haklar özne, konu ve devredilebilirlik gibi parametreler açısından çeşitlilik arz etmektedir; eşitlik tekildir. Haklar karmaşıktır; eşitlik yalındır. Haklar doğası gereği karşılaştırmalı değildir; kaynakları ve temelleri bir*

15 FIBBI, MIDTBØEN, SIMON, 2021, s. 31.

16 FIBBI, MIDTBØEN, SIMON, 2021, s. 32.

17 ARISTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, (Çeviren: Furkan AKDERİN), Say Yayınları, Ankara 2022.

18 GAZE, SMITH, 2017, s.16.

19 Universal Declaration of Human Rights, 1948, <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>, Erişim Tarihi: 17.08.2023.

20 Denise RÉAUME, “Dignity, Equality, and Comparison”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 20.

*kişinin bireysel refahında mündemiçtir; eşitlik temelde mukayeseye dayanmaktadır. Zira kaynağını ve sınırlarını başkalarının davranışından almaktadır. Haklar; mutlak yoksunlukla, eşitlik göreceli yoksunlukla ilgilidir.*"<sup>21</sup> Hak ve özgürlüklerden ayrışan tüm bu yönleriyle onto-politik ve sosyo-politik bir söylem olarak 'eşitlik', modern siyasal sistemler ve hukuk kuramları açısından modern çağın en tartışmalı kavramı olarak nitelendirilebilir.

Bu durum, eşitliğin hak ve özgürlüklerden ayrışan yönlerinin de esas alınarak kuramsal temelinin oluşturulmasının gereğini ortaya koymaktadır. Tam da bu noktada Denise Réaume, dağıtım ilkesi olarak formüle ettiği "eşit ahlâki statü" ilkesini geliştirmektedir. Söz konusu ilke her bir insan tekinin "saygı", "onurlu muamele", "sayılma" ve/ya "önemli biri gibi davranılma" hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Ancak Deborah Hellman, "*herkesin saygı görmeye hakkı bulunmaktadır.*" söyleminin global ölçekte pratik anlamda uygulama alanı bulamadığını öne sürmektedir. Bundan ötürü ona göre bu söylemin maddi anlam çerçevesinin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim bireylere yönelik davranış biçimini ortaya

koyan eşitliğin bizatihi kendisi değil, onun maddi içerimidir.<sup>22</sup>

Bu kapsamda eşitliğin söylemsel alanını da dikkate alarak ortak bir eşitlik anlayışı geliştirmek amacıyla birtakım teoriler ortaya konulmaktadır. Söz konusu kuramsal teorilerden birisi de Sandra Fredman tarafından geliştirilen 'dağıtımsal adalet, iyileştirici amaçlar, katılım ve onur' olmak üzere belirli değer alanlarını içeren "maddi eşitlik teorisidir". Fredman, dönüştürücü eşitlik kavramını içeren maddi eşitliğin dört boyutunu tanımlamaktadır. Fredman'ın analizi, eşitlik iddialarına ilişkin insan haklarına dayalı pozitif bir yaklaşım geliştirmektedir.<sup>23</sup> Fredman tarafından geliştirilen bu eşitlik arketipinin önemli pratik çıkarımları bulunmaktadır. Zira salt devletlerin dezavantajlı durumdaki insanların gereksinimlerini dikkate almalarını değil, aynı zamanda özel sektörün de bunları göz önünde bulundurmalarını gerektirmektedir.<sup>24</sup>

Fredman'ın piramit metaforu üzerinden geliştirdiği teorisinin dört boyutu "yeniden dağıtım, tanıma, katılım ve dönüşüm" olarak sıralanmaktadır. Fredman'ın teorisinin ilk boyutu olarak yeniden dağıtım boyutu (*redistribution*), bireyler açısından dezavantaj

21 WESTEN, 1982, s. 537, Ayrıca bkz. Joel FEINBERG, *Social Philosophy*, Pearson, London 1973.

22 RÉAUME, 2013, s. 20.

23 Sandra FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, England 2011, s. 26.

24 GAZE, SMITH, 2017, s. 16.

döngüsünü kırma gereksinimini içermektedir. Ona göre yeniden dağıtım boyutu yalnızca ön yargının ve fırsatlara eşit olmayan erişimin olumsuz ekonomik etkilerinin bertaraf edilmesi değil; aynı zamanda herkesin onuruna ve bireysel kapasitelerine denk biçimde saygı gösterilmesinin temin edilmesini gerektirmektedir.<sup>25</sup> Bu perspektif Martha Nussbaum<sup>26</sup> ve Amartya Sen<sup>27</sup> tarafından geliştirilen, insanın gelişmesi için gerekli olan ve eşitlikçi bir dünyada tüm bireylerin kendi tercihlerine dayanan tatmin edici bir yaşam idame ettirmeleri için eşit biçimde gerçek kapasitelerini tanımlayan ‘kapasite/yapılabilirlik teorisini’ (*capabilities theory*) referans almaktadır. Böylelikle yeniden dağıtım boyutu, toplumsal eşitliğin tesis edilmesini kolaylaştırabilmeyi ve piramidin içindeki farklı sosyo-ekonomik düzeylerdeki bireylerin dağılımının paradigmatik değişimini olanaklı kılmaktadır. Ayrıca daha eşit bir dağıtıma doğru hareket ettirebilme potansiyelini de bünyesinde barındırmaktadır.<sup>28</sup>

Fredman’ın teorisinin ikinci boyutu olarak tanınma boyutu (*recognition*), Nancy Fraser<sup>29</sup> tarafından geliştirilen bireyler ve toplumdaki ötekiler arasında karşılıklı kabul ya da saygıyı içeren ‘tanınma perspektifine’ dayanmaktadır.<sup>30</sup> Bu boyut, ‘cinsiyet, ırk, engellilik veya diğer statüler’ nedeniyle damgalama, basmakalıp yargılama, aşağılama ve şiddetin diğer dezavantajlardan azade olarak bireylerin yaşamlarını idame ettirmelerinin gereğini ele almaktadır.<sup>31</sup>

Fredman’ın teorisinin üçüncü boyutunu oluşturan katılımcı boyut (*participation*) ise, sosyal içermeyi ve politik çok sesliliği içermektedir. Global ölçekte hassas grupların çoğunlukla etkin bir politik sestten yoksun bırakılmalarından ötürü katılımcı boyut, karar verme ve politik söylemlere katılma idealini desteklemektedir. Son olarak dönüştürücü boyut (*transformation*) ise hassas gruplardaki insanların aktif katılımını sağlamak için gerekli düzenlemelerin daha kapsamlı bir yapısal değişimin bir parçası olduğu düşün-

25 FREDMAN, 2011, s. 26.

26 Ayrıca bkz. Martha C. NUSSBAUM, “Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice”, *Feminist Economics*, Cilt 9 (2003), Sayı 2-3, s. 33-59; Martha NUSSBAUM, “Human Rights and Human Capabilities”, *Harvard Human Rights Journal*, Cilt 21 (2007).

27 Amartya SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, England 2001.

28 GAZE, SMITH, 2017, s. 16.

29 Ayrıca bkz. Nancy FRASER, Axel HONNETH, *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*, (Çeviren: Joel GOLB, James INGRAM), Verso, 2003; Nancy FRASER, “Rethinking Recognition”, *New Left Review*, Cilt 3 (2003), Sayı 3, s. 107.

30 FREDMAN, 2011, s. 26.

31 FREDMAN, 2011, s. 26.

cesini referans almaktadır. Bu boyut, devletlerin yalnızca ayrımcılığı yasaklamakla kalmayıp bunun da ötesinde dezavantajlılık durumunu minimize etmek, sosyal normları değiştirmek ve sosyal uygulamaların maliyetlerini daha eşit biçimde dağıtmak için sosyal sistemlerde olumlu değişiklikler getirme yükümlülükleri olduğunu vurgulamaktadır. Fredman tarafından geliştirilen bu modelleme, söz konusu toplumsal pratikler dönüştürülmediği takdirde ayrımcılık ve dezavantajlılık durumu üretmeye devam edeceği düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu modelleme, mevcut sosyal düzenlemelerin baskın gruplar tarafından ve bizzatihi onlar için geliştirildiğini ve farklı olmanın tüm maliyetini hassas gruplara yüklediğini ortaya koymaktadır.<sup>32</sup> Fredman'ın kuramı, soyut bir teoriden ziyade gerçek sosyal ilişkilerin ve toplumsal yapıların özüne odaklanılmasının gereğini öngörmektedir. Ayrıca her bir boyut, ayrımcı tutumlar ile toplumsal yapılar arasında ilişkiyi dinamiği esas almaktadır.<sup>33</sup>

Eşitliği anlamlandırmaya yönelik bu türden kuramların referans noktasını “onur” kavramının oluşturduğu ifade edilebilir.<sup>34</sup> Nitekim çok boyutlu bir kavram olarak onurun, eşitlik hukukunda çeşitlenen biçimlerde uygulama alanı bulunmaktadır. Onur kavramı kimi zaman bir ayrımcı muamelenin kabul edilemezliğini belirlemek amacıyla “eşik kriteri” olarak kullanılmaktadır.<sup>35</sup> Öyle ki Kanadalı ve Güney Afrikalı yargıçlar, eşitlik hükümlerinin kapsamını genişletmek amacıyla onur kavramına atıfta bulunmaktadır. Örneğin, Güney Afrika Anayasası genel ayrımcılığı değil; yalnızca ‘haksız ayrımcılığı’ (*unfair discrimination*) yasaklamaktadır. O yüzden hangi muamelenin haksız olduğunu belirleme noktasında onur kavramı önem arz etmektedir.<sup>36</sup>

Eşitlik haklarına ilişkin onur temelli yaklaşım geliştirme noktasında birtakım hususlar, Bernard Williams<sup>37</sup> ve Gregory Vlastos'un<sup>38</sup> akademik çalışmalarında da görülmektedir. Böylesi bir yaklaşım kişilerin onurlarının

32 GAZE, SMITH, 2017, s. 19, 20.

33 Sandra FREDMAN, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, England 2008, s. 3.

34 FREDMAN, 2011, s. 26.

35 Rory O'CONNELL, “The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 2 (2008), s. 277.

36 O'CONNELL, 2008, s. 278.

37 Ayrıca bkz. Bernard WILLIAMS, “The Idea of Equality”, *Problems of the Self* içinde Cambridge University Press, 1976, s. 231.

38 Ayrıca bkz. Gregory VLASTOS, “Justice and Equality”, *Equality: Selected Readings* içinde (Derleyen: Louis P. POJMAN ve Robert WESTMORELAND), Oxford University Press, England 1984.

güvence altına alınmasında varsayılan değer alanına işaret etmektedir. Bu düşüncenin temelini, insanlara yalnızca araçsal değer değil, içkin değer atfetmeyi öngören Kantçı gelenek oluşturmaktadır. Williams, insanların yalnızca ödev ahlâkı doğrultusunda icra ettikleri eylemlere göre yargılanmaması gerektiğini öne sürmektedir. Ancak, Jeremy Waldron'un isabetle ifade ettiği üzere bu husus önemli bir noktaya işaret etmekle birlikte, sınırlayıcı bir işlevi bulunmaktadır. Nitekim bu noktada Kantçı gelenek 'eşitlik idealinin' maddi hakikatine dair değerlendirme açısından elverişli bir zemin sunmamaktadır. Bundan ötürü bu içeriği doldurmak amacıyla teorinin değer alanına içkin başkaca katmanların geliştirilmesi gerekmektedir. Tam da bu noktada Waldron, insan haklarının belirli kategorilerinin maddi anlamda içeriklendirilmesi amacıyla onur kavramının kullanılmasının gereğini ortaya koyan "yapılandırmacı" (*constructivist*) bir yaklaşımı savunmaktadır. Bu düşüncesi, 'ifade özgürlüğü, mahremiyet ve güvenlik' gibi temel insan haklarının içeriksel çerçevesini belirlemek amacıyla kullanılmaktadır. Böylesi bir

metodoloji, bireylerin maruz kaldığı ayrımcı tutum ve davranışların çerçevesini belirlemek amacıyla onur kavramını temel almaktadır.<sup>39</sup>

### b. Ayrımcılık Kavramı

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının,<sup>40</sup> modern demokratik siyasal toplumların temelini oluşturduğu öne sürülmektedir. Öyle ki Sandra Fredman'ın işaret ettiği üzere "klasik ve orta çağ toplumları eşitlik ilkesi üzerine inşa edilmemiştir. Bu toplumlarda fırsat eşitliği beklentisi bulunmamaktadır."<sup>41</sup> Ancak Fredman'ın bu tespiti eşitlik anlayışının tarihsel seyrini yadsıyan bir bakış açısına sahiptir. Nitekim doğal haklar ve eşitlik fikri üzerinden kozmopolitan bir yapıya ulaşan Roma dönemi Stoisyenleri de insan hakları ve eşitlik düşüncesinin tarihsel seyrine not düşmüşlerdir. Bu tarihsel izlekte söz konusu düşünce serüveninin Orta çağdaki en parlak sözleşmesel metni olan Medine Vesikası (622), barış içinde birlikte yaşayabilmenin normatif çerçevesini çizen bir erken dönem sözleşme belgesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer biçimde ilgili çağda

39 RÉAUME, 2013, s. 22.

40 Ayrımcılığın dayattığı dezavantajın göreceli doğası, ayrımcılık ve eşitsizlik arasındaki ilişkiselliği ortaya koymaktadır. Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık kavramı arasında içsel bir bağıntı bulunmaktadır. Literatürde ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiselliğin temelde aynı sonuca çıkan farklı anlatımlarla vurgulandığı ifade edilmektedir. Marc J. Bossuyt gibi bazı yazarlar, ayırım gözetme yasağının "eşitliğin olumsuz anlatımı" olduğunu; Danièle Lochak gibi diğer bazıları da "aynı gerçeğin iki yüzünden" birini oluşturduğunu ifade ederek söz konusu ilişkiselliğe temelde eşit önem atfederek izah etmişlerdir. Ayrıca bkz. Mesut GÜLMEZ, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Belediye-İş Yayınları, Ankara 2009, s. 7.

41 FREDMAN, 2011, s. 4.



dünya tarihine egemen olan ‘kötürüm kadın’ imgesine karşı çıkan ve ırkçılığı telin eden evrensel bir beyanname olarak Veda Hutbesi (632), insanı merkeze alan haklar sistematığının tarihsel birikimine esaslı bir katkı sunmuştur.

İnsanı merkeze alan haklar sistematığının sosyo-legal ve sosyo-politik tarihsel birikimine önemli katkılar sunulmuş olsa da yüzyıllar boyunca kadınlar, köleler, ırksal ve dinsel azınlıklar gibi hassas grupların beyaz erkeklerin sahip olduğu liberal haklardan dışlandığına tanıklık edilmiştir. Bu tarihsel gerçeklik üzerinden eşitlik ilkesi, tüm grupları kapsayacak biçimde genişletilerek ve kölelik yasağı ve eşit muamele ilkesiyle bütünleşik hale getirilerek kadınlara ve çeşitlenen azınlık gruplarına ayrımcılığa maruz kalmama hakkı da dahil olmak üzere tüm haklar yasal olarak tanınmaya başlamıştır.<sup>42</sup> Cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmaksızın bireylerin tüm yasal haklarının tanınmaya başlanması, kurban-baskın grup metaforu üzerinden açıklanmaktadır. İnsanı acziyet içerisinde gören kurban metaforu perspektifinden ayrımcılık karşıtı doktrin, baskın grubun ‘öznelerini’, ‘beyaz adam’ ve ‘beyaz kadın’ normuna indir-

geyerek kısıtlayıcı bir söyleme dönüşmektedir.<sup>43</sup>

Sosyal kategorizasyon biçiminde tezahür eden bu kısıtlayıcı söylem, ciddi ayrımcılık pratiklerine yol açmaktadır. Bu ayrımcı pratiklerin başat sektörleri eğitim, ceza adalet sistemi ve iş piyasası olarak sıralanabilir. Öyle ki eğitim sektöründe, iş piyasasında, ceza adalet sisteminde ve kamusal alanlarda üstü örtük ya da kapalı dışlama biçimleri, bugün çok sayıda ırksallaştırılmış grup açısından yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim ayrımcı tutumlar, konut veya istihdam gibi mal ve pozisyonların tahsisi süreçlerinde sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bundan ötürü ayrımcılık, farklı muamele temelinde ‘fırsatlara, güce ve kaynaklara’ erişim meselesi olarak kabul edilmektedir.<sup>44</sup> Nitekim farklı muameleyi yasaklamanın felsefi kökleri eşitliğin herkese aynı biçimde davranma düşüncesine dayanmaktadır. Tam da bu noktada ahlâki ve sosyal açıdan ayrımcılığın salt farklı muamele olmadığının kabul edilmesi önem arz etmektedir.<sup>45</sup>

Öyle ki bir eylemin ayrımcı olduğunun öne sürülmesi esasında o eylemle

42 FIBBI, MIDTBØEN, SIMON, 2021, s. 14.

43 Nitya DUCLOS, “Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Cilt 6 (1993), Sayı 1, s. 43.

44 FIBBI, MIDTBØEN, SIMON, 2021, s. 14.

45 Andrew ALTMAN, “Discrimination”, <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>, Erişim Tarihi: 18.07.2023.



ilgili moral bir kaygı uyandırmayı amaçlamaktadır.<sup>46</sup> Nitekim modern hukuk-politik tartışmalarda ‘ayrımcılık’ kavramının çoğunlukla ahlâki bir anlamda kullanıldığı görülmektedir. David Wasserman’a göre, “birinin ayrımcılık yaptığını öne sürmek, onu haklı çıkarmak için ona meydan okumaktır; ayrımcılığı ‘yanlış’ olarak nitelendirmek, yalnızca ahlâki açıdan yüklü bir terime vurgu yapmaktır.”<sup>47</sup> Ayrımcılık kavramının çok katmanlı ve çok yönlü doğası gereği, global ölçekte ayrımcılığa yönelik evrensel bir söylemin geliştirilemediği görülmektedir. Tam da bu noktada ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmeleri gözden geçiren Wouter Vandenhoele, “evrensel olarak kabul edilmiş bir ayrımcılık tanımının bulunmadığını” tespit etmektedir. Vandenhoele’nin bu tespiti, temel insan hakları belgelerinde ayrımcılığı tanımlamaya dönük çabaların yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>48</sup>

Ancak tam da bu noktada ayrımcılığın hukuki ve ahlâki anlam evrenlerinin farklılığı, moral söylemle tutarlı hukuksal anlamlarına yönelik birtakım açıklamaların geliştirilmesini

gerektirmektedir. Zira tutarlı bir söylemin yokluğu, kapsayıcı bir ayrımcılık kavramının geliştirilememesine yol açmaktadır. Larry Alexander’ın<sup>49</sup> ayrımcılığın ahlâki temellerine ilişkin analizinde deyimlediği üzere “ayrımcılığı yanlışlığı yoğun bir karmaşıklık içermekte; ülkelerin toplumsal, kültürel ve tarihsel dinamiklerine göre değişkenlik arz etmektedir.”<sup>50</sup> Bundan ötürü bu anlam evrenlerinin farklılığı, ayrımcı tutum ve davranışların bireyler ve/ya gruplar üzerindeki “toplumsal, tarihsel ve politik” dinamiklerinin analiz edilmesini gerektirmektedir.

Ayrımcılığa yönelik tüm bu teorik tartışmalar dikkate alındığında ayrımcılığın kavramsallaştırılmasına yönelik çok boyutlu doktrinsel bir yaklaşım geliştirilmektedir. Ayrımcılığa yönelik çok boyutlu kavramsal yaklaşımı; ayrımcılığın tek bir özelliğe, temele veya boyuta indirgenmesinin toplumsal gerçekliği ve ayrımcılığa uğrayan bireylerin deneyimlerini çarpıttığı anlayışını temel almaktadır. Bu yaklaşım farklılık ya da çeşitlilikle ilgili değil; ayrımcı sonuçlara yol açan eşitsizlik ve hiyerarşi ile ilişkili olarak karşı-

46 Patrick S. SHIN, “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 164.

47 David WASSERMAN, “Discrimination, Concept of”, *Encyclopedia of Applied Ethics* içinde (Derleyen: Ruth CHADWICK), Academic Press, San Diego 1998, s. 805.

48 Wouter VANDENHOELE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia Publishers, 2005, s. 33.

49 Larry ALEXANDER, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 141 (1992), Sayı 149, s. 151.

50 SHIN, 2013, s. 166.

za çıkmaktadır. Nitekim ayrımcılığın temeli, belirli kültürel ve sembolik düzenlerde, ideolojik katmanlarda ve dezavantajlı deneyimlerde kendini gösteren yapılarda yer almaktadır.<sup>51</sup>

Bu türden yerleşik sembolik düzenler, dezavantajlı deneyimler ve ideolojik katmanlar ayrımcılığın bir tür ‘adaletsizlik durumu’ yarattığını ortaya koymaktadır.<sup>52</sup> Nitekim negatif etiketlemelerle ayrıştırılan öznenin inşa edilmesi, birlikte yaşamanın ve sosyal bir bünye olarak var olabilmenin ahlâkını, hukukunu ve pratiğini üretebilecek birtakım teleolojik ve deontolojik mülâhazaları yadsımaktadır. Bir diğer ifadeyle hukuk ile adalet arasındaki varoluşsal diyalektik üzerinden açım layacak olursak her bir ayrımcı tutum ve pratik ‘adaletsizliğe’ yol açmaktadır.

Ancak adaletin tekil bir kavram olmadığını vurgulanması gerekmektedir. Öyle ki hukuk düşüncesinde adalet, tanımlayıcı bir değer olarak hukukun meşruiyetini ya da geçerliliğini kuran ideyi oluşturmaktadır. Nitekim Aziz Augustinus hukuk ile adalet arasındaki varoluşsal diyalektiği şu şe-

kilde formüle etmiştir: “âdil olmayan kanun/hukuk, kanun değildir.” (*Non esse lex quae justa non ferit*). Ancak bunun da öncesinde tarihsel olarak bu idenin ilk kez felsefi düzlemde Platon’un *Devlet* adlı yapıtında formüle edildiği görülmektedir. Yasanın temel amacı olarak adaleti tanımlayan Platon’a göre bu kavram en üstün erdeme tekabül etmektedir. Platon adaleti, salt siyaset felsefesine ya da hukuka özgülenen bir kavram değil, etik temelde bir davranış biçimi veya kalıbı olarak kurgulayıp kavramsallaştırmıştır.<sup>53</sup> Bu doğrultuda ayrımcılık hukuku perspektifinden adaletin, salt hukuka özgülenen bir kavram değil, onto-politik ve etik düzlemde üretilen bir değer alanı olarak kurgulanması önem arz etmektedir.

Böylelikle onto-politik ve etik düzlemde üretilen ayrımcılık, çeşitlenen nedenlerden ötürü “kötü” olarak nitelendirilebilecektir. “Ayrımcılığın kötülüğü”, ayrımcı muamelede bulunan bireye içkin kötülük ve bir bütün olarak toplumsal alanda varlık bulan kötülük olarak kategorize edilmektedir. Ayrımcı muamelede bulunan kişinin bu kötücül tutumu onun karakter aşınmasına

51 Manfred LIEBEL, Katre LUHAMAA, Kiira GORNISCHEF, “The Right to Non-Discrimination: Human Rights Basis and Concepts”, *Children and Non-discrimination: Interdisciplinary Textbook* içinde (Derleyen: Dagmar KUTSAR ve Hanne WARMING), University Press of Estonia, 2014, s. 26, 27.

52 Hanoch SHEINMAN, “Two Faces of Discrimination”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 30.

53 Muharrem KILIÇ, “Adalet-Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kinalızâde’nin Adalet Kuramı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul 2012, s. 115.

yol açmaktadır. Hatta bu kötücül tutum, o kişinin erdem ahlâkı temelinde yıkımına neden olmaktadır.<sup>54</sup>

‘Kötü’ nitelemesinin yanı sıra sosyo-politik ve sosyo-kültürel temelde ayrımcılığın ‘yanlılığına’ yönelik kuramsal yaklaşımlar da bulunmaktadır. Tam da bu noktada başta Deborah Hellman ve Tarunabh Khaitan olmak üzere çok sayıda hukuk kuramcısı, ayrımcılığın ne zaman ve neden ‘yanlış’ olduğuna ilişkin iki tür teori arasında bir ayırım yapılabileceğini öne sürmektedir. Hellman bu iki teoriyi ‘eşitlik temelli görüşler’ ve ‘özgürlük temelli görüşler’ olarak kategorize etmektedir. Bu kapsamda ilk teori olarak eşitlik temelli teori, devletlerin her bir insan tekine eşit ilgi ve saygıyla davranması gerektiği ilkesini referans alarak ayrımcılığın yanlılığını izah etmektedir.<sup>55</sup> İkinci teori olarak özgürlük temelli teoriler ise her bir insan tekinin belirli özgürlüklere sahip olma ve belirli koşullar altında dışsal olan özellikler tarafından kısıtlanmadan yaşamları hakkında kararlar alma hakkını vurgulamaktadır. Hellman, özgürlük temelli görüşlerin temel bir sorunla

karşı karşıya olduğunun altını çizmektedir. Özgürlük temelli görüşler, yargı mercilerinin belirli sosyal ve politik kurumların doğası ve amacına uygun yargısal kararlar vermesini gerektirmektedir. Ona göre yargı mercilerinin davaları yalnızca farklı ahlâki görüşlerine bakılmaksızın tüm makul yurttaşların idrak edebileceği “naif” normatif ilkeler temelinde karara bağlamayı amaç edinmeleri icap etmektedir.<sup>56</sup>

Nitekim toplumsallıktan soyutlama ve yaygın biçimde sınıflandırma amacı güden ayrımcılığın sosyolojik bağlamı, hukuk düzeni, siyasal örgütlenme, kültürel ve ekonomik alanlarda yaşanan ayrımcı tutum ve davranışları yerleşik hale getirmektedir. Her geçen gün farklı biçimleri ile toplumsal alanı saran bu ayrımcılık sarmalının mağdur kitlesi, tüm alanlarda ayrımcı pratiklere maruz kalmaktadır.

Tam da bu noktada Philip Levine’nin poetik bir duyarlılık ve formla deyimlediği üzere ayrımcılık; “yaşadığınız” bir şeydir. Yediğiniz yemek gibi, kim olduğunuzun bir parçası haline gelen ve sizi değiştiren bir şeydir.”<sup>57</sup> Özgürlük temelli ayrımcılık görüşü, bu durumun nedenselliğine yönelik

54 Shlomi SEGALL, “What’s so Bad about Discrimination?”, *Utilitas*, Cilt 24 (2012), Sayı 1, s. 84.

55 Sophia MOREAU, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 71, 72.

56 MOREAU, 2013, s. 71, 72.

57 “You live on” that is to say, something that becomes part of who you are and changes you, like the food you eat, Ayrıca bkz. Philip LEVINE, “The Simple Truth”, *The Simple Truth*, Alfred A. Knopf, New York 1994.

makul bir açıklama ortaya koymaktadır. Zira özgürlük temelli teori çerçevesinde bireylerin kimlikleri, yapılan seçimlere göre şekil almaktadır. Ayrımcılığa maruz kalınması, bireysel seçimlerin diğer insanların öznenin dışsal özellikleri hakkında varsayımlarından ötürü haksız biçimde kısıtlanmasına yol açmaktadır.<sup>58</sup> Tüm haksız ayrımcılık formlarının ayrımcılık teşkil etme açısından birbiriyle benzeştiği görülmektedir. Haksız ayrımcılığın bazı paradigmatik görünüşleri, ayrımcılığın öznesi olan bireylerin eşit değerlerine yönelik bir tür saygısızlık ya da hor görme durumunu ifade etmektedir. Böylelikle ayrımcılık, fırsatların adaletsiz biçimde dağıtılmasına yol açmakta; sosyal yapının köksel dönüşümüne neden olan statü hiyerarşilerini tahkim etmektedir.<sup>59</sup>

Ayrımcılığın kavramsallaştırılmasına yönelik günümüzde yaygın olarak kullanılmaya başlanan yaklaşımlardan bir diğeri de Gordon Allport tarafından İkinci Dünya Savaşı sonrasında, 1950'lerin başında geliştirilen 'kişilik kuramıdır.' Söz konusu kuramla Allport, ön yargılı kişilik yapılarının canlı bir portresini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu kurama göre ön

yargılı kişilerin, insan gruplarını katı bir tutum içinde algılamaya eğilimli olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca grupları oluşturan bireylerin özelliklerini dikotomik olarak değişime karşı duran bir tavırla değerlendirmektedir. Ön yargılı zihnin bileşenleri genel bir bilişsel tarz oluştururken özcü inançlardan beslenmektedir. Allport'a göre; "ön yargı, muhtemelen dünyaya ilişkin bütünlüklü *bir düşünme alışkanlığını*" yansıtmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden yıllarda ise Frankfurt Sosyal Araştırmalar Enstitüsü'nün üyeleri Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor W. Adorno ve Erich Fromm, "Nazizmi" bir kişilik özelliği olarak kavramsallaştırmışlardır. Theodor Adorno ve diğer kuramcılar yürüttükleri çalışmalarda bireyin, diktatörlerin ilkelerine olan itaatini bir kişilik özelliği olarak betimlemişlerdir. Otoriter Kişilik Kuramı'nı<sup>60</sup> yapılandırırken öncelikle Yahudi karşıtı kişileri analiz etmiştir. Araştırmacılar, kalıplaşmış düşünce tarzının *etnosantrik* yaklaşımları da içerdiğini ve bunun saldırganlığın temelini oluşturduğunu ifade etmiştir. Ön yargının yalnızca belirli bir grupla kurulan ilişkiden değil, genel bir zihinsel yapıdan kaynaklandığını

58 MOREAU, 2013, s. 86.

59 Benjamin EIDELSON, "Treating People as Individuals", *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 203.

60 Ayrıca bkz. Theodor W. ADORNO, *Otoriteryen Kişilik Üstüne Niteliksel İdeoloji İncelemeleri*, (Çeviren: Doğan ŞAHİNER), Say Yayınları, Ankara 2011.

öne sürerek bu durumu ‘*etnosantrizm*’ olarak kavramsallaştırmışlardır.<sup>61</sup>

Patolojik bir zihinsel duruma tekabül eden bu ön yargılı ve etiketleyici tutumunun en çarpıcı modern versiyonu olarak İslam düşmanlığı (İslamofobi) zikredilebilir. İslamofobi “*kurumsal olmayan düşmanlık ve Müslümanlardan hoşlanmama, korkma ve nefret etme hali*” olarak tanımlanabilir.<sup>62</sup> İslam düşmanlığı; sosyal dışlanma ve çokkültürlülük ile ilgili konuları birbirine bağlayan siyasi ve akademik tartışmayı kolaylaştıran söylemsel ve retorik bir araç olarak görülebilir. Kavramsal içerimi açısından çözümlendiğinde ideolojik biçimde üretilmiş olan bu akıl dışı yapay korkunun kökeninde, ‘ötekileştirme; ön yargı; ayrımcılık; faşizan dışlama; terörize etme; ırkçılık ve farklı biçimleri ile şiddetin’ yer aldığı görülmektedir. Öyle ki tarihsel bir kırılmaya tekabül eden 11 Eylül hadisesi sonrasında daha sofistike biçimde yeniden üretilen küresel korku emperyalizminin en ağır bilançosu Müslüman coğrafyalarda ortaya çıkmıştır. Zira, düşmanlaştırılan ve ötekileştirilen yeni yüzyılın korku

özne/leri İslam ve Müslümanlar olmuştur.<sup>63</sup>

Sonuç olarak, ayrımcılığı anlamlandırmaya dönük tüm bu kuramsal çalışmalar perspektifinden ayrımcılık karşıtı doktrinın temel amacı, global ölçekte hüküm süren sosyal normları analiz ederek paradigmatik dönüşüm yaratmaktır.<sup>64</sup> Öyle ki eşitlik kavramının “radikal başkalığı”, ‘ben’ ile ‘başkası’ ve/ya ‘öteki’ olarak inşa edilen söylemin paradigmatik değişimini mümkün kılmaktadır. Bir insan hakları sorunu olarak ayrımcılık, mağdur bireyin birtakım kişisel ve statüsel nitelikleri temelinde kategorize edilmek suretiyle seçkin bir benlik tasavvuru üzerinden ‘aynılaştırılmasıdır.’ Üstenci ‘ben’ ve ‘benlik’ algısının karşısında farklı olanın veya başkasının/ötekinin belirli bir tipolojik aynılığa indirgenmesi, örtük biçimde öznenin ontolojik kopuşunu imlemektedir. Aynılaştırıcı zihinsel tutum ve pratiklerle ‘ben’ ile ‘başkası/öteki’ arasında onto-benliksel ve kimliksel bir yarılmaya yol açmaktadır.

61 Melek GÖREGENLİ, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* içinde (Derleyen: Kenan ÇAYIR, Müge AYAN), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s. 26.

62 The Runnymede Trust, “Islamophobia: A Challenge for us All”, [https://assets.website-files.com/61488f992b58e687f1108c7c/617bfd6cf1456219c2c4bc5c\\_islamophobia.pdf](https://assets.website-files.com/61488f992b58e687f1108c7c/617bfd6cf1456219c2c4bc5c_islamophobia.pdf), Erişim Tarihi: 20.08.2023.

63 Muharrem KILIÇ, “Korku Çağı: Küresel Korku Hegemonyası- Globalleşen İslamofobi”, *Hukuksal Aklın Sosyo-Politik Bağlamı: Norm-Anlam-Yorum* içinde, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 212.

64 Michael SELMİ, “Indirect Discrimination and the Anti-discrimination Mandate”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 267.

### III. Kuramsal Perspektif: Ayrımcılık Karşısı Normların Gelişim Dinamiği

Yasaların toplumu yeniden inşa etme kapasitesi, ayrımcılık mağduru bireylere mümkün olduğu ölçüde zararının tazmin edilmesi ve bireylerin ve kurumsal aktörlerin bu tür eylemlerden kaçınmalarını sağlama noktasında önemli bir role sahiptir. Ancak bizzat hukuksal yapılar, eşitsizliği ve dezavantajlı durumu ele almak amacıyla kullanılan tek sosyal mekanizma değildir. Eşitlik ve ayrımcılıkla ilgili olarak hukukun rolü, Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD) 1960'lı ve Avustralya'da 1970'li yıllarda ayrımcılık karşıtı yasaların kabul edilmesinden bu yana kapsamlı biçimde ele alınmaktadır. Yasaların uygulanmasının güçlüğüne ilişkin endişelere rağmen, ayrımcılığın temel tanımlarına ve uygulama süreçlerine yönelik sınırlı sayıda reform gerçekleştirilmektedir. Farklı hukuksal sistemlerde yasaların ayrımcılığı önleme noktasında nispeten etkisiz olduğuna dair endişeler devam etmektedir. Bundan ötürü ayrımcılık karşıtı paradigma, sistemik ayrımcılıkla mücadele etmeyi etkili kılacak yeni yasal düzenlemeleri ve

ayrımcılığı minimize etmek/ortadan kaldırmak amacıyla uygulamaları değiştirmeye kaymaktadır.<sup>65</sup>

Bu paradigma kayması, Birleşmiş Milletler'in (BM), küresel misyonu çerçevesinde insan haklarının korunması ve eşitlik anlayışının tesis edilmesine yönelik geliştirdiği evrensel söylem ve ABD'deki sivil haklar hareketi de dahil olmak üzere toplumsal aktivizmin uyguladığı artan baskıyla şekillenmektedir. Her iki itici gücün tarihsel izleği yirminci yüzyılın başlarına kadar uzanmaktadır. Ancak bu hak temelli aktivizmin, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından daha da güçlenerek evrensel bir söylem haline geldiği görülmektedir.<sup>66</sup> Nitekim ayrımcılık hukuku İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra ortaya çıkan görece yeni bir hukuk alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>67</sup> Uluslararası gelişmelere koşut biçimde çok sayıda ülke yasal ve/ya anayasal değişikliklerle ayrımcılıkla mücadele alanında normatif düzenlemeler yapmaya başlamıştır.<sup>68</sup> Bu paradigmatic değişimle birlikte ayrımcılığın önlenmesinin yasal düzeyde güvence altına alınmaya başlaması, normatif bir 'başarı öyküsü' olarak coşkuyla karşılanmaktadır.<sup>69</sup>

65 GAZE, SMITH, 2017, s. 27

66 Tarunabh KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, England 2015, s. 10.

67 KHAITAN, 2015, s. 10.

68 GAZE, SMITH, 2017, s. 33.

69 KHAITAN, 2015, s. 10.

Öyle ki ayrımcılıkla mücadele yasalarının özellikle son altmış yıldaki coğrafi yayılımı dikkate alındığında global ölçekte ülkelerin koruma kapsamının genişletilmesine yönelik bir tutum sergilediği görülmektedir. Karmaşık sosyal sorunlara yanıt vermeyi amaçlayan yasa koyucular, ‘doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, pozitif ayrımcılık, makul uyumlaştırma ve taciz’ gibi ayrımcılık türlerini tanıyarak, ayrımcılığa karşı giderek çok yönlü bir perspektif ortaya koymuştur. Kimlik siyaseti üzerinden çeşitlenen sosyal gruplar; ‘yaş, engellilik, din ve cinsiyet’ gibi temellerle ayrımcılık mevzuatının güvence alanına dahil edilmiştir.<sup>70</sup>

Böylelikle popüler bir ayrımcılık karşıtı norm, ‘ırk, etnik köken, din veya cinsiyet’ gibi belirli niteliklere dayanarak insanlara davranış biçimini değiştirmenin moral açıdan yanlışlığını ortaya koymaya başlamıştır. Söz konusu norm, diğer etkilerinden bağımsız biçimde bizatihi yanlış olan eylem türünü tanımlayan deontolojik bir kural olarak gelişmektedir. Söz konusu deontolojik kural, renk körü metaforuyla izah edilmektedir. Söz konusu deontolojik kural, ‘ırk ve etkin köken’ temelinde ayrımcı tutum ve davranış-

ların oluşması halinde kişinin sanki renk körüymüş ve ırksal ayrımlardan habersizmiş gibi davranmasını öngörmektedir.<sup>71</sup> Bu kural, bireylere yönelik müteceviz tutum ve davranışların kişilik dışı olmasını da beraberinde getirmektedir. Öyle ki ‘etnik, dini, kültürel ve siyasi’ farklılıkları sönmülendiren bu kişilik dışı paradigma, birlikte yaşamının dilini, ahlâkını, hukukunu ve pratiğini üretebilmeyi mümkün kılmaktadır.

#### **a. Ayrımcılığın Normatif Çerçevesine İlişkin Yaklaşımlar**

Ayrımcılıkla mücadele yasaları, ayrımcılık teşkil eden farklı muameleleri ortadan kaldırmayı ya da minimize etmeyi amaçlamaktadır. Bu türden yasalar, ayrımcılığı minimize etmenin eşitliği tesis edeceğine dair üstü kapalı bir varsayıma dayanmaktadır.<sup>72</sup> Bu üstü kapalı varsayım, global ölçekte ülkelerin çoğunluğunun ayrımcılığı yasaklayan anayasal ve/ya yasal düzenlemeleri hayata geçirmesini mümkün kılmaktadır. Normatif anlamda ayrımcılık kişi veya gruplara ‘cinsiyet, yaş, ırk, etnik veya ulusal aidiyet ve/ya din’ olarak güvence altına alınan her-

70 KHAITAN, 2015, s. 3.

71 Richard ARNESON, “Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 89.

72 GAZE, SMITH, 2017, s. 15.



hangi bir temele dayalı olarak ortaya çıkan farklı muameledir.<sup>73</sup> Khaitan'ın ifade ettiği üzere kimi ülkelerde ayrımcılıkla mücadele yasaları, gündelik dildeki anlam çerçevesinden çok daha geniş bir davranış yelpazesini ayrımcı tutum ve davranış olarak telin ederek normatif güvencenin kapsamını genişletmektedir.<sup>74</sup>

Tarihsel kökleri, kültürel dinamikleri ve toplumsal yapıları itibariyle her ülkenin ayrımcılıkla mücadele etme noktasında stratejileri farklılık arz etmektedir. ABD'de ayrımcılık yasağı, hukuksal alanın, politikanın, eğitim sektörünün ve gündelik yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>75</sup> Amerikan ayrımcılıkla mücadele stratejisinin merkezinde yer alan farklı muamele yasası, 'ırka, cinsiyete ve etnik kökene' dayanan ve bireylerin çoğunun haksız ayrımcılık (*invidious discrimination*) olarak gördüğü tutum ve davranışları ele almaktadır. Ancak farklı muamele yasasının merkezi tanımlayıcı ilkesinin mahiyetine yönelik bir belirsizlik bulunmak-

tadır. Söz konusu belirsizlik, ayrımcılıkla mücadele yasasının yön kaybına neden olmaktadır. Ayrıca bu belirsizlik ayrımcılıkla mücadele doktrininin gelişimsel dinamiğini sekteye uğratmaktadır.<sup>76</sup>

Ayrımcılıkla mücadele yasalarına içkin temel ilkelerin felsefi köklerine ilişkin bu belirsizlik, ayrımcılık hukukuna yönelik doktrinsel tartışmalara yol açmaktadır. Bu kapsamda özellikle ayrımcılık bağlamında sorunun bizatihi kendisinin, ayrımcı dilin "ontolojikleştirici" kategorizasyonundan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Nitekim kategorileştirme yöntemi, ilişkisel olarak farklılaştırılmış ve karmaşık bir ayrımcılık anlayışına yol açmaktadır.<sup>77</sup> Bir bütün olarak ele alındığında ayrımcılık hukukunun temel amacına içkin değerler noktasında teorisyenler arasında önemli fikir ayrılıkları bulunmaktadır.<sup>78</sup> Örneğin Khaitan'ın, modern ayrımcılık hukukunun merkezi 'sorunu' olarak ifade ettiği ayrımcılığa ilişkin 'klasik anlayış', ayrımcılığın 'merkezi vakasına' (*central case*) dair

73 Nicholas BAMFORTH, "Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cilt 9 (2007), s. 1.

74 KHAITAN, 2015, s. 10

75 Kenan ÇAYIR, "Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık", *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* içinde (Derleyen: Kenan ÇAYIR, Müge AYAN), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s. 6.

76 Katie EYER, "The But-For Theory of Anti-Discrimination Law", *Virginia Law Review*, Cilt 107 (2021), Sayı 8, s. 1630.

77 LIEBEL, LUHAMAA, GORNISCHEF, 2014, s. 28.

78 KHAITAN, 2015, s. 10.

önde gelen bazı teorik açıklamaların temelini oluşturmaktadır.<sup>79</sup> Burada parantez açarak ifade edecek olursak merkezi vaka yöntemi<sup>80</sup> genel bir kategorinin bir vakasını, sahip olduğu genelleştirilebilir özelliklere dayanarak tanımlamayı içermektedir. Böylelikle bu yöntem özel kategorinin doğasını ve diğer örneklemelerini çözümlenmeyi olanaklı hale getirmektedir.<sup>81</sup>

Khaitan'ın klasik anlayışı aynı zamanda potansiyel mağdurları korumak için bir yasal müdahale işlevi görmektedir. Bundan ötürü bir bütün olarak ayrımcılık hukuku sisteminin temel gerekçesini oluşturmaktadır.<sup>82</sup> Khaitan'ın teorisi, ayrımcılık yasalarının normatif dayanaklarıyla bağını kaybettiğine yönelik eleştirileri ele alma noktasında yetersiz kalmaktadır. Nitekim normatif anlamda ayrımcılık hukukunun derin bir 'kimliksel krizi' içerisinde olduğu görülmektedir. Khaitan'a göre ayrımcılık hukuku, kuramsal olarak iş hukuku ve/ya anayasa hukuku gibi hukukun farklı alanlarına içkin biçimde ele alınmaktadır. Bundan ötürü ayrımcılık yasalarının normları olarak yasal düzenlemenin özünü, diğer dallardan

ayrıştıran 'gerekli ve yeterli koşulları' belirlenmesinin gereğini ortaya koymaktadır. Böylelikle Khaitan, ülkelere ayrımcılık yasalarının bir parçasını oluşturan normların ortak özelliklerini belirlemek amacıyla tasarlanmış bir düşünce deneyinden yararlanmaktadır. Bu düşünce deneyi, 'ırklarına göre kişilere barınma izni vermeyi reddetme yasağı, asgari ücret ödeme zorunluluğu ve ciddi hareket güclüğü çeken herkesin yerel meclisten aylık bir ödenek almasına' ilişkin bir hüküm olmak üzere bir dizi yasal normun dizgeleştirilmesini içermektedir. Aynı zamanda bir yasal normun ayrımcılık yasalarının parçası olarak kabul edilmesi için 'kişilik, soydaşlık, göreceli dezavantaj ve eksantrik dağılım' olmak üzere dört koşul ortaya koymaktadır.<sup>83</sup>

İlk koşul olarak kişilik (*personhood*), yasal normların, yasaklanan fiil ile kişilerin sahip olduğu belirli nitelikler ve/ya özellikler arasında bir illiyet bağını gerekli kılmaktadır.<sup>84</sup> Khaitan'ın ortaya koyduğu ikinci koşul olan soydaşlık (*the cognate groups*), normatif olarak korunan bir ayrımcılık temelini, kişilerin 'gruplar' olarak

79 Colm O'CINNEIDE, "Justifying Discrimination Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 36 (2016), Sayı 4, s. 4.

80 Shreya ATREY, "On the Central Case Methodology in Discrimination Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 41 (2021), Sayı 3, s. 782.

81 Ayrıca bkz. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, England 1980.

82 KHAITAN, 2015, s. 10.

83 KHAITAN, 2015, s. 10.

84 KHAITAN, 2015, s. 10.

adlandırılan birden fazla kişi sınıfına kategorize edilmesini gerektirmektedir. Üçüncü koşul olarak göreceli dezavantaj koşulunda (*the relative disadvantage condition*), kadınlar, engelli kişiler veya belirli etnik azınlıklar gibi soydaş grubun üyelerinin dezavantajlara maruz kalma olasılığının diğer soydaş grubun üyelerine göre önemli ölçüde daha fazla olması gerekmektedir. Bu üçüncü koşul, Khaitan'ın analizinin kilit unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Bu kapsamda ayrımcılık yasaları tarafından korunan soydaş grupların, söz konusu kişisel temelin rasyonel karar verme süreçleriyle 'ilgili' olma durumuna göre değil, görece dezavantajlı olarak tanımlanması gerekmektedir. Dördüncü koşul olarak eksantrik dağıtım (*eccentric distribution*), yasal normların "somut yararlarının, görece dezavantajlı grubun tüm üyelerine olmasa da en azından bazılarının" dağıtmasını öngörmektedir. Başka bir ifadeyle, bu eksantrik dağıtım koşulunu temin eden yasal normlar, yararları dezavantajlı bir soydaş grubun bazı üyelerine yeniden dağıtmak üzere tasarlanmaktadır.<sup>85</sup>

## b. Ayrımcılık Hukukunun Doktrinsel Krizi ve Kuramsal Yaklaşımlar

Literatürde, ayrımcılıkla mücadele hukukunun derin bir doktrinsel krizle karşı karşıya olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu doktrinsel krizi çözümlenmek amacıyla *ama-için* (*but-for*) kuramı önerilmektedir.<sup>86</sup> *Ama-için* ilkesinin benimsenerek ayrımcılıkla mücadele yasasının temel taahhüdü olarak merkeze alınmasının, yasanın daha etkin ve naif bir yaklaşımın ortaya konulması açısından çok sayıda pozitif etkisi bulunmaktadır. *Ama-için* ilkesine göre, ayrımcılığa yönelik temel araştırmanın basit ve olgusal olması gerekmektedir. Söz konusu ilke, ayrımcı muameleden olumsuz biçimde etkilenenlerin 'ırkı, cinsiyeti veya diğer korunan sınıf statüsünün' "olmaması" durumunda sonucun değişkenliğini sorgulamaktadır. *Ama-için* kuramı hem yasal hem de anayasal ayrımcılıkla mücadele yasasını doktrinsel bir açmaza sürükleyen nedenleri yetkin biçimde değerlendirebilmeyi mümkün kılmaktadır.<sup>87</sup>

Burada parantez açılarak ifade edilecek olursa başta Linda Hamilton Krieger olmak üzere çok sayıda akade-

85 O'CONNOR, 2016, s. 38, 39.

86 EYER, 2021, s. 1623.

87 EYER, 2021, s. 1626, 1628.

misyenin çalışmalarında ortaya koyduğu üzere 1960'lı ve 1970'li yıllarda geçerli olan ayrımcılık kuramları, farklı muameleyi zorunlu biçimde bilinçli ve kasıtlı olarak ele almaktadır.<sup>88</sup> Bundan ötürü farklı muamelenin ön yargının kasıtlı davranışsal tezahürlerinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Söz konusu varsayım, farklı muamelenin yaygın olarak sözde “kasıtlı ayrımcılık” (*intentional discrimination*) ile birlikte yaygınlaştığını öne sürmektedir. Bu kapsamda “farklı muamele” ve “kasıtlı ayrımcılığın” bütünleşik biçimde ele alınması “kasıtlı ayrımcılığın” bir bireyin ‘ırkına, cinsiyetine ya da diğer korunan sınıf statüsüne’ göre farklı muamele gördüğü bağlam kategorisinin tamamını tükettiği anlayışına zemin hazırlamaktadır.<sup>89</sup>

Tam da bu noktada *ama-için* ilkesi, gerçek bir farklı muamele ilkesi olarak tezahür etmektedir. Bu ilke, ayrımcı muamelede bulunan kişinin eylemlerine içkin zihinsel süreçleri sorgulamakta daha ziyade basitçe eylemin, etkilenenlerin korunan sınıf statüsü “yoksa” farklı olma durumunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Söz konusu ilke, ayrımcılıkla mücadele yasalarını, ayrımcı niyete odaklanmak yerine ger-

çek bir farklı muamele ilkesi etrafında merkezleme fırsatı sunmaktadır.<sup>90</sup>

Ayrımcılık karşıtı doktrinine yönelik tüm bu kuramsal tartışmalara ilişkin farklı yaklaşımlar geliştirilmektedir. Bu kapsamda literatürde, ayrımcılık temelleri ile bunların bireylerin sosyo-ekonomik, sosyo-politik ve sosyo-legal yapılarıdaki deneyimleriyle ilişki analiz edilmektedir. Bireylerin toplumdaki, işyerindeki ve diğer sosyal alanlardaki deneyimlerini belgeleyen çeşitlenen sosyo-ekonomik raporlar ve araştırma çalışmaları, kimlikleri oluşturan çoklu faktörlerin önemini vurgulamakta ve bunun yalnızca insan hakları söyleminde değil, insan hakları politikası geliştirme noktasında önemini kabul etmektedir. Bu kapsamda Esmeralda Thornhill, Nitya Duclos, Emily Carasco ve Carol A. Aylward, keşisimselliği ve birçok dezavantajlı durumla karşı karşıya kalan bireyler hakkında akademik çalışmalar yapan öne çıkan akademisyenlerdir.<sup>91</sup> Onlara göre, çözümleme aracı olarak keşisimselliğin kullanımı, kapsayıcı ‘kolektif kimlik’ ve ‘politik eylem’ anlayışları geliştirmektedir. Bireysel kimlik izleklerini ‘keşişen’ ve ‘edimsel izlekler’ olarak ele alan bu çalışmalar, kimliğin mahiyetini, kişinin sahip olduğu bir

88 Ayrıca bkz. Linda H. KRIEGER, “The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity”, *Stanford Law Review*, Cilt 47 (1995), s. 1161, 1176.

89 EYER, 2021, s. 1631.

90 EYER, 2021, s. 1642.

91 Ontario Human Rights Commission, “An Intersectional Approach to Discrimination: Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims”, Discussion Paper, 2022, s. 25.

şeyden yaptığı eyleme dönüştürmüştür. Böylelikle bireysel kimlikler, bir toplumsal bağlamdan bir diğerine farklılık arz eden biçimlerde temsil edilen bir olgu olarak kabul edilmeye başlamıştır.<sup>92</sup>

Ayrımcılığı ‘bireysel kimlik’ politikaları üzerinden açımlayan yaklaşımlardan birisini de Nitya Duclos’un ayrımcılıkla mücadele doktrinine “alternatif yaklaşım” (*alternative approach*) kuramı oluşturmaktadır. Duclos’a göre ayrımcılık temellerine odaklanmak, ayrımcılığın yapısal ve sistemik nedenlerini göz ardı ederken, ayrımcı muameleye maruz kalan özneyi ‘sorun’ olarak inşa etmektedir.<sup>93</sup> Buna karşılık, Martha Minow’un ayrımcılığa “sosyal ilişkiler yaklaşımı” (*social-relations approach*) olarak tanımladığı kuram, ayrımcılıkla mücadele yasasının dikkate almadığı birtakım zor soruların ele alınmasına elverişli bir zemin sunmaktadır. Bir hukuksal analiz yöntemi olarak sosyal ilişkiler yaklaşımı, kuramın temelini oluşturan sosyal ilişkiler açısından ‘farklılığın’ tahlilini gerektirmektedir. Ancak sosyal ilişkiler yaklaşımının, farklı olarak etiketlenenler açısından birtakım zorluklar doğurdu-

ğu ifade edilmektedir. Bundan ötürü kuram, farklılığı sorgulamanın yollarını belirlemenin yanı sıra, farklılığın yasal temelinin normatif analizine de işaret etmektedir.<sup>94</sup>

Duclos’a göre ayrımcılığın öznesi, bizatihi kişisel özelliklerinden ötürü ayrımcılık normunun koruma alanının kapsamında bırakılan kişi olarak tezahür etmektedir.<sup>95</sup> ‘İrk, cinsiyet ve diğer temellerin’ ayrı, farklı ve fiilen birbirini dışlayan ayrımcılık kategorileri olduğu düşüncesi, bütünlükçü bir yaklaşım ortaya konulmasını olanaksızlaştırmaktadır. Amerikan ayrımcılık karşıtı doktrini üzerine kaleme aldığı “*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*” başlıklı makalesinde Kimberlé Crenshaw, söz konusu perspektifi ayrımcılığa “yukarıdan aşağıya” bir yaklaşım olarak tanımlamaktadır.<sup>96</sup>

Crenshaw’un bu yaklaşımını Duclos ‘baskın grup perspektifi’ ya da ‘ayrıcalık perspektifi’ olarak nitelendirmektedir. ‘İrk, engellilik ve cinsiyet’ gibi ayrımcılık temelleri, bu

92 Patricia Hill COLLINS, Sırma BİLGE, *Kesişimsellik: Teori ve Pratikte Toplumsal Adalet Arayışı*, (Çevirmen: Ege ACAR), Fol Kitap, Ankara 2023, s. 234.

93 DUCLOS, 1993, s. 49.

94 MINOW, 1990, s. 121.

95 DUCLOS, 1993, s. 42.

96 Kimberlé W. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, Cilt 139 (1989), s. 151.

özelliklerin her biri için belirtilmemiş normdan olası sapma noktalarını temsil etmektedir. Her ne kadar yasalarda dizgeleştirilen ayrımcılık temeli “ırk” olsa da bunun pratikteki anlamı “beyaz olmayan” kişi olarak kabul edilmektedir. Ayrımcılık doktrininin dayandığı model, yalnızca bir özelliğinden/niteliğinden normdan ayrılan kişi olarak tezahür etmektedir.<sup>97</sup>

Sonuç olarak, ayrımcılıkla mücadele hukuku bağlamında, mevcut modelden sosyal ilişkiler yaklaşımına geçiş, tüm ayrımcılık kategorilerinin devrimci biçimde değiştirilmesini, tüm kanunların yürürlükten kaldırılmasını ya da yeni bir insan hakları sisteminin paradigmatik değişimini gerektirmektedir. Mevcut ayrımcılık karşıtı doktrindeki en temel hata, düşünme biçimlerine içkin kategorilerin kullanımından ziyade belirli kategorilerin doğal, nesnel ve kalıcı olduğu varsayımıdır. Bundan ötürü kullanılan ayrımcılık temellerinin daha esnek, dinamik ve ilişkisel hale getirilmesi icap etmektedir. Hatta mevzuatta sıralanan her bir ayrımcılık temeli stereotiplerin ve ilişkilerin karmaşık bir resmini oluşturma fırsatı sağlayan bir “sıçrama” noktası işlevi görmelidir. Bu kapsamda yalnızca ayrımcılık mağduru öznenin özelliklerini değil; öznenin iş arkadaşları, kiracılar ve müşteriler gibi

paydaşlarıyla ilişkisel dinamiklerinin dikkate alınması gerekmektedir.<sup>98</sup>

#### **IV. Kurumsal Perspektif: Ayrımcılığın Önlenmesine Yönelik Yaptırım Mekanizmaları ve Eşitlik Kurumları**

Tarihsel olarak eşitlik kurumlarının özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminin egemen olduğu ülkelerde kurumsal yapısına kavuşturulması, 1960’lı yıllara tekabül etmektedir. Eşitlik kurumlarının yapılandırılması, Amerikan Sivil Haklar Hareketi (1955-1968) ve ayrımcılığa maruz kalmış belirli kişi ve/ya gruplara odaklanan “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICERD, 1965); Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW, 1979); ayrımcılığa karşı güçlü hükümler içeren Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşme (ICCPR, 1966) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICESCR, 1966)” gibi çeşitlenen BM insan hakları sözleşmelerinin kabul edilmesine koşut biçimde gerçekleşmiştir.<sup>99</sup> Eşitlik kurumları, ayrımcılıkla mücadele etmek ve eşitlikçi bir toplum inşa etmek amacıyla yapılandırılan kamu otoriteleri olarak

97 DUCLOS, 1993, s. 42.

98 DUCLOS, 1993, s. 50.

99 Tamas KADAR, “Equality Bodies: A European Phenomenon”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Cilt 18 (2018), s. 145.

karşımıza çıkmaktadır. Avrupa Birliği (AB) Eşit Muamele Direktifleri (*EU Equal Treatment Directives*), tüm üye devletlerin cinsiyet, ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılık vakalarını ele almak için eşitlik kurumlarının kurulması zorunluluğunu getirmektedir. Eşitlik kurumlarına ilişkin mevcut mevzuat kapsamında, üye devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bu durum bu türden kurumsal yapıların ‘kapasiteleri, özerkliği, bağımsızlığı, kaynakları, erişilebilirliği ve etkililiği’ noktasında AB genelinde önemli farklılıklara yol açmaktadır.<sup>100</sup>

AB Direktifleri, eşitlik kurumlarının yapılanmasına ilişkin ‘standartlar setini’ ortaya koymaktadır. Söz konusu Direktifler, eşitlik kurumları açısından yapısal nitelikte asgari standartların çerçevesini belirlemektedir.<sup>101</sup> Öyle ki eşitlik kurumları, AB üye devletlerinde AB Eşit Muamele Direktiflerine uygun olarak yapılandırılmaktadır. Avrupa Komisyonu’nun yayınlamış olduğu 2004/113/EC (*Avrupa Komisyonu, 2004*) ve 2006/54/EC (*Avrupa Komisyonu, 2006*) Direktifleri uyarınca eşitlik kurumları;

- Ayrımcılığa maruz kalan bireylerin durumlarının iyileştirilmesi,
- Politika ve mevzuat kalitesinin iyileştirilmesi,
- Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi konularında kurumsal paydaşlığın güçlendirilmesi,
- Eşitliğin tesis edilmesi ve ayrımcılığın önlenmesinde uyum ve haklar kültürünün oluşturulması açısından önemli kurumsal aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>102</sup>

Nitekim eşitlik kurumları,<sup>103</sup> Direktiflerin kabul edilmesinden bu yana yıllar içerisinde eşitliği tesis etme ve ayrımcılıkla mücadele noktasında kurumsal değerini ortaya koymuştur. Avrupa Komisyonu’nun ifade ettiği üzere, “ulusal eşitlik kurumlarının eşitlik gözlemcileri olarak rolünün güçlendirilmesi, Direktiflerin daha etkili biçimde uygulanmasına önemli katkılar sağlama potansiyeline sahiptir.” Bu kurumsal potansiyeli sayesinde eşitlik kurumları, uluslararası sözleşmelerin getirdiği yasal yükümlülüklerin etkili biçimde izlenmesine ve uygulan-

100 Standards for Equality Bodies: Council Agrees its Positions, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/06/12/standards-for-equality-bodies-council-agrees-itspositions/#:~:text=Equality%20bodies%20are%20public%20institutions,and%20racial%20or%20ethnic%20origin>, Erişim Tarihi: 14.08.2023, s. 1.

101 EQUINET, *Equality Bodies-Current Challenges: An Equinet Perspective*, Equinet 2012, s. 7.

102 EQUINET, 2012, s. 7.

103 Eşitlik kurumlarına yönelik detaylı bilgi için bkz., Ulaş KARAN, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 455-521.



masına katkıda bulunmaktadır.<sup>104</sup> AB ölçeğinde farklı ülkelerde çeşitlenen yetkilere sahip olan bu türden kurumsal yapılar yalnızca eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin konulara odaklanmaktadır. Diğer üye devletlerde, çoğunlukla Paris Prensipleri<sup>105</sup> çerçevesinde yapılandırılan ‘ulusal insan hakları kurumları’ bulunmaktadır. Bu kurumsal yapılar ise, insan haklarına ilişkin genel kurumsal yetkilerinin bütünlüyci bir parçası olarak eşitliğin tesisi ve ayrımcılık yasağı konularına odaklanmaktadır.<sup>106</sup>

Bu kapsamda kimi eşitlik kurumlarının ayrımcılıkla mücadele stratejileri yaptırım mekanizmasına dayanmaktadır. Yaptırımların eşit muamele ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin olgusal olarak uygulanmasını teşvik etmek için bir araç olarak kullanılması gerektiğinin kabulü, AB Eşit Muamele Direktiflerinde yer almaktadır. AB Eşit Muamele Direktifleri üye devletlere, bu ilkelerin ilgili Direktiflerde tanımlandığı üzere ihlal edildiği durumlar açısından yaptırımlara ilişkin kurallar koyma ve bunların uygulanmasını temin etmek adına gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Bu-

nunla birlikte Direktifler, bu tür yaptırımların niteliğine ilişkin herhangi bir çerçeve ortaya koymamaktadır. Ayrıca yaptırımlara ilişkin asgari bir standart ortaya koymamakla birlikte bu türden yaptırımların uygulanması noktasında sorumlu aktörü de belirtmemektedir. Direktifler, hangi yaptırımların ‘etkili, orantılı ve caydırıcı’ olduğunun yorumunu, ulusal yasama organlarının takdirine bırakmaktadır. Söz konusu yaklaşım, yaptırımların ve alternatif çözüm yollarının çeşitlenmesine neden olmaktadır.<sup>107</sup>

Tam da bu noktada AB Temel Haklar Ajansı (*European Union Agency for Fundamental Rights, FRA*) tarafından ayrımcılık davalarıyla ilgili yayımlanan Rapor, yaptırımların ve alternatif çözüm yöntemlerinin etkililiğini mağdur odaklı yaklaşım çerçevesinde ele almaktadır. Raporun bulgularına göre, ayrımcılığa maruz kalan kişiler ‘ayrımcılığa yol açan yapısal engellerin kaldırılması, ayrımcılığın tanınması ve ayrımcılığın önlenmesi’ gibi taleplerde bulunmaktadır. Eşitlik kurumlarının kurumsal kapasite ve yeterlilik düzeyi ile yargıçların eşit muamele mevzuatını uygulama noktasında istekliliği

104 KADAR, 2018, s. 147.

105 Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris>, Erişim Tarihi: 18.08.2023.

106 Jenny GOLDSCHMIDT, “Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands”, *The Equal Rights Review*, Cilt 8 (2012), s. 32.

107 Katrin WLADASCH, *The Sanctions Regime in Discrimination Cases and its Effect*, Equinet, 2015, s. 4.

ayrımcılığa ilişkin kararlar üzerinde önemli etkilere sahiptir. Ancak eşitlik kurumlarının kurumsal kapasite yetersizliği ile yargıçların ayrımcılıkla mücadele konularındaki bilgi ve deneyim eksikliği ayrımcılık başvurularının/davalarının yetkin biçimde ele alınması açısından birtakım kısıtlar yaratmaktadır. Ayrıca, şikayet/dava neticesinde alınan kararlarda hükmedilen yaptırımların çoğunlukla caydırıcı olmayacak kadar düşük olduğu vurgulanmaktadır.<sup>108</sup>

Bu kapsamda ulusal hukuk sistemlerinde ayrımcılıkla ilgili başvurular da/davalarda en yaygın olarak uygulanan yaptırımlar maddi ve manevi tazminat olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Avusturya, İngiltere, Danimarka, Letonya, Almanya, Slovenya ve Polonya gibi ülkelerin ulusal hukuk düzeninde ayrımcılık davalarında para cezaları ve idari yaptırım uygulanmaktadır. Belçika, Bulgaristan, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Macaristan, Letonya, Litvanya, Malta, Norveç, Portekiz, Romanya ve Sırbistan'ın eşitlik kurumları yaptırım ve tavsiyelerde bulunma yetkisini haizdir. Avusturya, Fransa ve Slovenya'da idari makamların idari para cezaları verme yetkileri bulunmaktadır.<sup>109</sup>

Tam da bu noktada ayrımcılığa ilişkin yaptırım konusunda çarpıcı bir örnek, Bulgaristan Ayrımcılığa Karşı Koruma Komisyonudur (*Commission for the Protection against Discrimination, CPD*). Komisyon, para cezasının yasaların öngördüğü azami veya asgari miktara yakın olma durumunu belirlerken Kuruluşun yıllık cirosunu dikkate almaktadır. Macaristan'da Eşit Muamele Kurumu'nun (*Equal Treatment Authority, ETA*) ceza tayin ederken failin mali durumunu dikkate alması gerekmektedir. Kurum, nispeten düşük bütçeleri nedeniyle devlet tarafından kurulan ve mali olarak desteklenen kreşler, okullar ve sosyal kurumlara ancak ciddi ayrımcılık ihlallerinin olduğu durumlarda idari yaptırıma başvurmaktadır.<sup>110</sup>

Bir diğer örnek olarak İngiltere Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu (*Equality and Human Rights Commission, EHRC*) zikredilebilir. Komisyonun, ayrımcılık ihlallerine yönelik soruşturma yürütme yetkisi bulunmaktadır. EHRC ayrıca kişinin hukuka aykırı bir fiil işlediğini belirten bir rapor yayınlamak suretiyle raporlama çalışmaları yapma, hukuka aykırı fiilin tekrarını veya devamını önlemek için bir eylem planı hazırlanmasına karar verme gibi yetkileri de haizdir.

108 WLADASCH, 2015, s. 12.

109 WLADASCH, 2015, s. 20.

110 WLADASCH, 2015, s. 24.

Diğer bir örnek olarak Romanya’da yargı mercilerinin, ayrımcılıkla ilgili davalarda Ayrımcılıkla Mücadele Ulusal Konseyi’nin (*National Council for Combatting Discrimination, NCCD*) görüşünü alma zorunluluğu bulunmaktadır. Yargı mercilerinin Konseyin görüşlerini kararlarında dikkate alması ayrımcılıkla mücadele etme stratejilerinde etkili bir araç olarak değerlendirilmektedir. Ancak, davanın içeriği ve/ya tazminat miktarının tespitinde Konseyin görüşünün bağlayıcılığı bulunmamaktadır.<sup>111</sup>

Türkiye’nin ulusal insan hakları kurumu olarak yapılandırılan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ise, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, ayrımcılıkla mücadele ve ulusal önleme mekanizması görev ve yetkisi çerçevesinde kurumsal faaliyetlerini icra etmektedir.<sup>112</sup> Ayrımcılıkla mücadele etme noktasında eşitlik kurumu olarak kurumsal yapısına kavuşturulan TİHEK, 6701 sayılı Kuruluş Kanunu’nun ilgili maddesi çerçevesinde ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine inceleme, araştırma, karara bağlama ve sonuçlarını takip etme yetkisini haizdir. Bu kapsamda 6701 sayılı Kanun’un 3.

maddesinin birinci fıkrasında herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu ifade edildikten sonra ikinci fıkrada ayrımcılık temelleri şu şekilde sıralanmıştır: “*Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*”<sup>113</sup> TİHEK’in ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında yıllık değerlendirme oranına göre alt sınırı 5. 958,00 Türk lirası; 89.571,00 Türk lirası olmak üzere idari para cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır.<sup>114</sup>

Sonuç olarak, eşitlik kurumlarının yaygınlık kazanması ayrımcılık hukukunun tarihsel izleğinde yeni bir döneme tekabül etmektedir. Eşitlik kurumları, kurumsal görev ve yetkileri çerçevesinde bir ‘değer politikası’ oluşturabilme ve böylelikle insan hakları ve eşitliğin içkinleştirilmesini ola-

111 WLADASCH, 2015, s. 32.

112 Muharrem KILIÇ, “İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80 (2022), Sayı 4, s. 1404.

113 TİHEK, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Rehberi, 2022, s. 13.

114 6701 sayılı TİHEK Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6701.pdf>, Erişim Tarihi: 15.08. 2023.

naklı hale getirme potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır.<sup>115</sup> Bu türden kurumsal yapılar, ayrımcılık vakalarında yaptırımların ve çözüm yollarının etkililiğini, caydırıcılığını ve orantılılığını teşvik etme ve güvence altına alma noktasında önemli aktörler olarak kabul edilmektedir. Nitekim eşitlik kurumları ayrımcılığa maruz kalanlara hukuki yardım sağlamasının yanı sıra daha eşitlikçi bir toplumsal düzenin tesisi noktasında itici güç olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>116</sup>

### V. Eleştirel Perspektif: Ayrımcılığın Temellendirimi Sorunsalı

Yüzyıllar boyunca Batı düşüncesinde “eşitlik” kavramsallaştırması, John Locke’un liberal bireycilik felsefesi ve liberal öznenin yaratılması ile ilişkilendirilmiştir. Liberal arketipte “eşitlik”, tüm insanların doğası gereği özgür olduğu ve aynı devredilemez haklara sahip olduğu düşüncesinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu eşitlik vizyonunun doğasında radikal bir potansiyel bulunmakla birlikte, günümüzde ABD gibi kimi ülkelerde “eşitlik” dar anlamda, esas olarak yargı mercileri aracılığıyla uygulanan ayrımcılık karşıtı talimat olan muamelenin aynılığının gerek-

liliği olarak görülmeye başlamıştır. Mevcut eşitlik doktrini, kısmen ‘ırk, cinsiyet ve etnik kökene’ odaklanan bariz ayrımcılık biçimleriyle mücadele etmek için eşit koruma doktrininin bir araç olarak kullanıldığı yirminci yüzyıl tarihi tarafından şekillendirilmiştir. Eşit muamele doktrininde yer alan kategoriler, ‘ırk, cinsiyet, din ve etnik köken’ gibi klasikleşmiş sınıflandırmaya maruz kalmıştır. Söz konusu sınıflandırmalar, bireylerin yasal kimliklerini tanımlamakta ve eşit koruma taleplerinin temel paradigmasını oluşturmaktadır.<sup>117</sup>

ABD hukuk sistemindeki ayrımcılık karşıtı hukuk, “korunmalı kategoriler” düşüncesini referans almaktadır. Korunan kategoriler, yasa tarafından özellikle güvence altına alınması gerektiği varsayılan ayırt edici özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Normatif güvenceye kavuşturulmayan kategorilerden birine üyeliğe dayalı ayrımcılık da (örneğin; uzun boylu olmak ya da aksanlı konuşmak gibi) yasaklanabilse de bu adli tahkikate konu olmamaktadır. Korunan bir kategori bazı durumlarda “şüpheli sınıflandırma” (*suspect classifications*) olarak adlandırılmaktadır. Amerikan hukuk sisteminde, bu sınıflandırmalar ayrımcılığın temeli olarak yasaklanmama-

115 Muharrem KILIÇ, “İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt 5 (2021), Sayı 8, s. 52.

116 WLADASCH, 2015, s. 32.

117 Martha Albertson FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, Cilt 20 (2008), Sayı 1, s. 4.

sına rağmen, “şüpheli” olarak kabul edilmektedir. Korunan kategorilerin en önemli tanımlamalarından biri, istihdamda ayrımcılığı düzenleyen 1964 Medeni Haklar Yasası’nın VII. başlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda korunan kategoriler ‘ırk, renk, din, cinsiyet ve etnik köken’ olarak sıralanmaktadır.<sup>118</sup>

Ayrımcılık karşıtı yaklaşımlar, özellikle Avrupa kökenli Anglo-Sakson hukuk sisteminde ve meta-ulusal sistemlerde yaygın olarak görülmektedir.<sup>119</sup> Tam da bu noktada Sandra Fredman, global ölçekte eşitlik mevzuatının üç metinsel tipolojik tanımlamasını ortaya koymaktadır. Söz konusu metinsel tipoloji Birleşik Krallık ve AB ülkelerinde yaygınlık gösteren kapsamlı bir temeller listesine dayalı güvenceler, Kanada ve Güney Afrika gibi ülkelerde görülen yargısal yorumla genişletilebilen kapsamlı olmayan bir listeye dayalı güvenceler ve ABD’nin eşit koruma doktrini gibi yasaklanmış ayrımlar listesi sunmayan açık dokulu hükümler olarak sıralanabilir.<sup>120</sup> Ancak, ana-

yasal metinde herhangi bir ayrımcılık dizgesinin bulunmadığı ülkelerde bile yargı mercileri, eşitlik güvencelerini yorumlamak ve sınırlandırmak için bu türden sınıflandırmaları esas almaktadır. Eşitlik ihlallerine yönelik “temeller” ve “sınıflandırmalar” geniş ölçüde mevcut olsa da ayrımcılık temellerinin dizgeleştirilmesine yönelik tartışmalar devam etmektedir.<sup>121</sup> Nitekim ayrımcılığa maruz kalan çok sayıda kişi, global ölçekte hala ayrımcılıkla mücadele yasasının koruma alanının dışında bırakılmaktadır. Korunan alanlar listesinin sınırlı olması, toplumdaki hassas grupların ayrımcılığa maruz kaldıklarında korunmaları noktasında bir ‘koruma boşluğuna’ yol açmaktadır. Bundan ötürü ayrımcılık karşıtı yasal güvencelerin bu “diğer nedenleri” içerecek biçimde ele alınması, çözümlenmesi ivedi bir siyasi, sosyal ve yasal sorun haline gelmektedir.<sup>122</sup>

İster AB isterse de Avrupa Konseyi ya da ulusal düzeyde olsun, Avrupa’da ayrımcılıkla mücadele yasasının temel dizgesinin genişletilmesinin, normatif

118 Lawrence BLUM, “Racial and other Asymmetries: A Problem for the Protected Categories Framework for Anti-discrimination Thought”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013, s. 182.

119 Sarah GANTY, Juan CARLOS, Benito SANCHEZ, “Expanding the List of Protected Grounds within Anti Discrimination Law in the EU: An Equinet Report”, <https://equineteurope.org/publications/expanding-the-list-of-protected-grounds-within-anti-discrimination-law-in-the-eu-an-equinet-report/>, Erişim Tarihi: 20.07.2023, s. 3.

120 FREDMAN, 2011, s. 107.

121 Jessica Nichol EISEN, “Grounding Equality in Social Relationships: Suspect Classification, Grounds of Discrimination, and Relational Theory”, *LLM Theses*, 2013, s. 4.

122 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 3.

bütünlüğün etkililiğini ve tutarlılığını sağlamanın kilit unsuru olduğu ifade edilmektedir. Öyle ki ayrımcılık temelleri listesinin genişletilmesinin, korunmaya muhtaç sosyal grupların belirlenmesi noktasında kolaylaştırıcı bir rolü olduğu dile getirilmektedir. Böylelikle hassas gruplar/kişiler belirlenmek suretiyle ayrımcılık temelleri sembolik işlevini yerine getirmektedir. Ayrıca ayrımcılık temellerinin dizgeleştirilmemesi halinde bu temellerin hukuki görüş, politika ve karar verme kapsamında ele alınmama riskine dikkat çekilmektedir. Nitekim ayrımcılık temellerinin anayasal/yasal düzlemde güvence altına alınması, hassas gruplara yönelik yapısal ayrımcılığın belgelenmesini olanaklı hale getirmektedir. Bu durum açıkça tanınan temellerin, veri toplama ve araştırmaları için yasal bir temel sağlamaktadır.<sup>123</sup>

Bu kapsamda eşitliğe yönelik ‘sözde temele dayalı kategorik yaklaşım’ ya da ‘açık bir temel listesine dayalı’ ayrımcılığa karşı koruma sağlayan yaklaşımlara odaklanılmaktadır. Bu türden yaklaşımlarda eşitlik “*belirli temellerde ayrımcılığa karşı koruma*”

olarak tezahür etmektedir. Bir diğer ifadeyle, eşitlik bu türden yaklaşımlarda bir kişinin sahip olduğu ya da sahip olduğu varsayılan özellikleri ele alan kategorilere dayalı hale gelmektedir. İnsan hakları müktesebatının yalnızca sabit temellere dayalı ayrımcılığı yasaklayarak, ayrımcılığa ‘temele dayalı’ bir yaklaşım benimsediği görülmektedir.<sup>124</sup> Öyle ki mevcut ayrımcılık karşıtı doktrinde yalın ve homojen bir ayrımcılık modeli benimsenmektedir. Böylelikle normatif çerçeveye kavuşturulan her bir ayrımcılık temeli diğer temelle eşit düzlemde kabul edilmektedir. Söz konusu yatay eşitlik, ırk ve cinsiyet ayrımcılığının tıpkı diğer ayrımcılık temelleri gibi ele alınmasına yol açmaktadır. Böylelikle ‘ırk, cinsiyet, engellilik, din ve benzeri’ temellerin kişilerde farklılık gösterebileceği, dolayısıyla belirli bağlamlarda farklı temellere dayalı ayrımcılığın insan onurunu diğerlerinden çok daha fazla ihlal edebileceği hususu göz ardı edilmektedir. Mevcut ayrımcılık karşıtı doktrinde kategorileri aşan ön yargı ve klişelerin etkisi analiz edilmemektedir. Bazı durumlarda “çoklu” ayrımcılığın<sup>125</sup> “sıradan” ayrımcılıktan daha

123 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 3.

124 Nausica PALAZZO, “Equality in Canada: A Tale of Non-normative Groups Struggling with Grounds of Discrimination”, *Oñati Socio-Legal Series*, Cilt 10 (2018), Sayı 1, s. 91.

125 Eklemeli/kümülatif ayrımcılık (çoklu ayrımcılık), ayrımcılığın belirli bir vakada ayrı ayrı işleyen birkaç temele dayalı olarak gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Çoklu ayrımcılıkta temeller aynı anda birbirinin üzerine eklenmektedir. Diğer bir ifadeyle eklemeli/kümülatif ayrımcılık durumlarında, birey “ayrımcı uygulamalardan etkilenen iki farklı gruba aittir”. Buna karşılık, kesişimsel ayrımcılık, “birlikte, tek başına herhangi bir ayrımcılık biçiminden farklı ve benzersiz bir şey üreten çeşitlenen baskıların birleşimi” olarak tezahür etmektedir. Aralarında bir sinerji olduğu için temellerin birbirinden ayrılmadığı yerde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bkz., GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 79.

kötü olduğuna dair bir varsayım kabul edilmektedir. Ayrımcılığın mahiyeti ve farklı ırk gruplarının farklı türden ayrımcılığa maruz kalma durumu gibi sorgulamaların mevcut ayrımcılık karşıtı doktrin tarafından yeterince ele alınmadığı görülmektedir.<sup>126</sup>

Bundan ötürü *numerus clausus* temelli ayrımcılık yaklaşımının modern ayrımcılık hukuku açısından yetersiz olduğu ifade edilmektedir.<sup>127</sup> Nitekim kategorik bir yaklaşımda eşitliğin herkes için değil, yalnızca “bazıları” için geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Öyle ki bu yaklaşımda eşitlik taahhüdü, yalnızca korumaya değer görülen kategoriler için geçerlilik arz etmektedir. Martha Fineman’a göre bu sınırlayıcı eşitlik anlayışı, gruplar arasında var olan sosyal, ekonomik ve politik eşitsizliklerin ortadan kaldırıldığı adil bir toplumun inşa edilmesi amacını gölgede bırakmaktadır. Bu kapsamda kimlik kategorilerinin kapsayıcılığının yetersiz olduğu ifade edilmektedir.<sup>128</sup>

Öyle ki mevcut ayrımcılık karşıtı doktrindeki en temel hatanın, farklılığın başkalarıyla olan ilişkilerden ziyade ayrımcı muamelenin bizatihi öznesini esas alması olduğu görülmektedir. Ayrımcılık karşıtı doktrin; farklılığı, ayrımcılık mağduru birey ile öteki-

ler arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir durum olarak değil; bireye içkin bir nitelik olarak ele almaktadır. Söz konusu doktrinde ayrımcılık, bireyin ‘ırkı, cinsiyeti, dili ve/ya bireye içkin diğer niteliklere’ bağlı olarak meydana gelmektedir. Bundan ötürü ayrımcılık mağdurunu sorunun kaynağı olarak saptamak, insan hakları hukukunun ayrımcılıkla mücadele etme ve ayrımcı ilişkilerin sistemik ve yapısal nedenlerini ele alma noktasında aşırı bireysel bir yaklaşımı sürdürmesine yol açmaktadır.<sup>129</sup>

Ayrımcılığa yönelik mevcut temellere dayalı yaklaşımların göz ardı ettiği diğer bir hususun, kategorilerin inşa edildiği karmaşık kategorizasyonların altında yatan olumsal güç olduğu ifade edilmektedir. Nitekim ayrımcılığa yönelik kategorizasyon, “*grupları bireysel yaşamları kısıtlayan donuk karikatürlere indirgeme*” olasılığını bünyesinde barındırmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her zaman var olan bir özcülük riski bulunmaktadır. Bireylere yüklenen farklılıklar bir yönüyle ‘güç’ temeline dayanmasından ötürü kategoriler aynı zamanda hiyerarşiyi de gerektirir kılmaktadır. Ayrımcılık temelleri aynı zamanda grupları ‘şeyleştirilmeye’ ve sürekli değişen bir gerçekliği ke-

126 DUCLOS, 1993, s. 47.

127 SHIN, 2013, s. 168.

128 FINEMAN, 2008, s. 4.

129 DUCLOS, 1993, s. 47.



mikleştirmeye yol açmaktadır.<sup>130</sup> Nitekim bireyin fiziksel görünümünün temeli ‘güzellik, zindelik ve uygunluk’ gibi toplumsal temsillerin tercihlerine göre ölçülmektedir. Bu temsiller sırasıyla kendilerini ön yargı ve damgalama<sup>131</sup> ile biçimlendirmektedir. Bağımsız bir ayrımcılık temelini sahip olmanın, bu toplumsal temsillere karşı mücadele etme ve daha kapsayıcı bir yaklaşım ortaya koyma açısından daha isabetli olacağı ifade edilmektedir.<sup>132</sup>

Toplumsal temsillere göre biçimlenen ayrımcılık temellerinin kimlikler üzerinde kurucu etkileri olduğu dile getirilmektedir. Tam da bu noktada Robert Leckey çerçevelenmiş bir ayrımcılık analizinin kimlikler üzerinde kurucu etkiler yarattığını öne sürmektedir. Söz konusu etki, benzer grupların korunan temeller dizgesine kalıcı olarak dahil edilmesinin tanınmasıyla yoğunlaşmaktadır.<sup>133</sup> Tam da bu noktada kimlik siyasetinden kaynaklanan birtakım risklere dikkat çekilmesi gerekmektedir. Nitekim toplumsal çeşitliliği koruma noktasında önemli bir araç olarak kabul edilen kimlik siyaseti, kişilere ve gruplara kötücül bir

zihniyet aşılmasından ötürü çoğulcu demokrasi açısından bir tehdit unsuru olarak görülmektedir. Bu durumu ‘kazan-kaybeden’ metaforu üzerinden açımlayacak olursak kimlik siyaseti, kaybedenlere, siyasal sisteme içkin kurumsal değerlere aykırı davranmak suretiyle saygısızlık ettiği ve sisteme ihanet ettiği gibi tehlikeli bir değer duygusu aşılacaktır.<sup>134</sup>

Bundan ötürü post-kimlik paradigması, bireyler arasında sosyo-legal ve sosyo-politik dezavantaj yaratan kurumsal sistemleri ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.<sup>135</sup> Bu paradigma ayrımcılığın, birbiriyle ilişkili “*ilgili kişilerin özellikleri, ilişkileri ve bundan kaynaklanan davranışlar ve bu ilişkinin içinde bulunduğu daha geniş sosyal bağlam*” olmak üzere üç husus çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.<sup>136</sup> Böylesi bir paradigmatik değişim, ayrımcı pratiklerin kültürel, sosyolojik ve ilişkisel hatlarının sönümlenmesine yol açacaktır. Kurumsal sistemlerin bütüncül biçimde bağlamsal sosyal dönüşümünü imleyen bu paradigma, bir ‘kimlik metafi-

130 PALAZZO, 2018, s. 93, 94.

131 Ayrıca bkz. Erving GOFFMAN, *Damga: Örselenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine Notlar*, Heretik Yayıncılık, (Çevirmen: Kolektif), Ankara 2014.

132 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 67.

133 Robert LECKEY, “Family Law as Fundamental Private Law”, *Canadian Bar Review*, Cilt 86 (2007), s. 79.

134 PALAZZO, 2018, s. 113.

135 PALAZZO, 2018, s. 113.

136 DUCLOS, 1993, s. 48.

ziği' üretmeyi mümkün hale getirecektir. Bu kimlik metafiziği, bireylerin sosyal yaşam pratikleri arasındaki ilişkisel dinamikleri açığa çıkarmaktadır.

### **a. Ayrımcılık Temellerinin Enflasyonu**

Yukarıda izah edildiği üzere ayrımcılık temellerine yönelik kuramsal tartışmalar devam etmektedir. Öyle ki ayrımcılık temellerine yeni temeller ekleme noktasında birtakım endişeler bulunmaktadır. Bu kapsamda ayrımcılık temellerinin dizgesinin artırılmasının bir "ayrımcılık temelleri enflasyonuna" (*grounds inflation*) yol açacağı öngörülmektedir. Bundan ötürü Fransa ve Belçika gibi yasalarında 25'ten fazla ayrımcılık temeli bulunan ve kapsamlı ayrımcılık temelleri dizgesine sahip olan kimi ülkeler bu duruma karşı çıkmaktadır. Ayrımcılık temelini çokluğundan ötürü yeni temellerin eklenmesinin ayrımcılıkla mücadele yasasının etkinliğini azaltacağı ve "temel" ayrımcılık dizgelerinin içeriğini sulandıracağı vurgulanmaktadır. Ayrımcılık temellerinin sınırsız biçimde genişletilmesi, ayrımcılıkla mücadele yasasının normatif tutarlılığını yitirmesi ve anlaşılmaz hale gelmesi riskini de bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca benzer temellerin örtüşmesi

ve çoğalması gibi bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Ayrımcılık yasağının "kutsallığının" korunan temeller dizgesi arttıkça daha az belirgin olabileceği<sup>137</sup> ve temeller setinin çok fazla genişletilmesinin ayrımcılıkla mücadele yasasının temel eşitlik ilkesinden ayırt edilmesini zorlaştıracığının da altı çizilmektedir.<sup>138</sup>

Yeni ayrımcılık temeli eklenmesi düşüncesine diğer bir itiraz, popülist bir tepki riski olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda Parlamento'da yer alan siyasi partilerin ayrımcılık temeli listesinin genişletilmesi sürecinde sabotaj olasılığından söz edilmektedir. Bu duruma örnek olarak "ayakkabı rengi" temelinde ayrımcılığın normatif güvence alanına dahil edilmeye çalışılması zikredilebilir. Söz konusu sabotaj riski, kamuoyunun bazı kesimlerinin ayrımcılıkla mücadele yasasına yönelik düşmanca tutumuyla yakından ilişkilidir.<sup>139</sup> Ayrımcılık temellerine ilişkin böylesi bir sabotaj riski, eşitlik ilkesine içkin temel değer alanlarını 'değersizleştirme' ve sulandırma riskini de bünyesinde barındırmaktadır.

Ayrımcılık temellerinin, eşitlik temelinde davranma ve ayrımcılık yapmamanın güvence kapsamını daraltan yapay ve keyfi bir sınırlama olduğu

137 Olivier DE SCHUTTER, "The Persistence of Poverty: How Real Equality Can Break the Vicious Cycles", A/76/177, 2021, <https://undocs.org/A/76/177>, Erişim Tarihi: 15.08.2023.

138 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 27.

139 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 28.

varsayılmaktadır. Bununla birlikte, Amerikan anayasal tarihi irdelendiğinde ayrımcılık temelleri yaklaşımından uzaklaşıldığı zaman tam tersi etkinin olduğu görülmektedir. Yargıç L’Heureux-Dubd’in Egan’ın da dile getirdiği endişesi, bir ayrımcılık temelinde “*gerçek kişilerin gerçek deneyimlerinden uzaklaşma ve duyarsızlaşma*” riski, temelin bireylerin gerçek deneyimlerinden kopuk olduğunu varsaymaktadır. Buna karşılık, Celina Romany ayrımcılık temellerinin ayrımcılığın tarihsel bağlamını ele almak için önemli bir araç olduğunu öne sürmektedir.<sup>140</sup>

Nitekim ayrımcılığa yönelik temele dayalı bir yaklaşım, baskın gruplarının örgütlenmesini doğrudan etkilemektedir. ‘Cinsiyet ve ırk’ gibi sabit kategoriler baskın gruplarını kaçınılmaz olarak kimlik çizgileri boyunca kategorize etmektedir. Zira bu kimlik çizgileri eşitlik iddialarında bulunulabilecek temel “eksenler” olarak karşımıza çıkmaktadır. Tam da bu noktada post-yapısalcı kimlik anlayışıyla uyumlu farklı çıkar grupları düzeni, günümüzde tasarlandığı şekliyle eşitliğe yönelik temele dayalı ayrımcılık karşıtı yaklaşımlar üzerinde baskı oluşturmaktadır. Bu durum kimlik politikaları ile eşitliğe

yönelik temele dayalı yaklaşımlar arasında dinamik bir etkileşim olduğunu ve her birinin diğerini tahkim ettiğini gözler önüne sermektedir.<sup>141</sup>

Bu kapsamda John Gardner’a göre de ayrımcılığa yönelik temele dayalı yaklaşım önem arz etmektedir. Zira ayrımcılık temellere dayalı gerçekleşen bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>142</sup> Benzer biçimde Sheila McIntyre yargısal mercilerin/eşitlik kurumlarının ayrımcılık temellerini “yalnızca o temele göre” varsayım-sal olarak uygulamaya teşvik etmesi gerektiği ikazıyla birlikte, ayrımcılık temellerine riayet edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. McIntyre, kimin kimi sistematik olarak baskıladığını ortaya koyabilmek için ayrımcılık temellerine gereksinim olduğunu vurgulamaktadır. Bundan ötürü temele dayalı bir yaklaşımdan uzaklaşılmasını reddetmektedir. Ona göre ayrımcılık temelleri; “*bir yasanın, belirli hiyerarşik ilişki nedeniyle halihazırda mahrum bırakılanları daha da mülksüzleştirerek ve aynı zamanda baskıcı grup/lar/ın haksız zenginleşmesini artırarak, yapısal eşitsizliklere odaklanmayı olanaklı hale getirmektedir.*”<sup>143</sup>

140 Dianne POTHIER, “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Cilt 37 (2001), s. 40.

141 PALAZZO, 2018, s. 112.

142 ATREY, 2021, s. 777.

143 Sheila MCINTYRE, “Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination”, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* içinde (Derleyen: Fay FARADAY, Margaret DENIKE, M. Kate STEPHENSON), Irwin Law, Toronto 2006, s. 113.

Temele dayalı ayrımcılık yaklaşımının önemini vurgulayan bir diğer akademisyen Dianne Pothier olarak karşımıza çıkmaktadır. Pothier'e göre, *“ayrımcılık temellerine vurguyu azaltmak yerine, bu temellerin öneminin takdir edilmesi gerekmektedir.”* Pothier, *“kesişen ayrımcılık temelleri de dahil olmak üzere ayrımcılığın temellerinin tam olarak anlaşılmasının, eşitlik ve ayrımcılığın daha kapsamlı biçimde ele alınması açısından bir fırsat sunduğunu ve böylece ayrımcılıkla mücadele yasasının gerçek deneyimlere dayanmasını”* mümkün kıldığını öne sürmektedir. Pothier'e göre, *“ayrımcılık temelleri tamamen yasal bir yapı değildir. Yasanın geç de olsa kabul ettiği siyasi ve toplumsal bir gerçeği yansıtmaktadır.”* Ayrımcılık, yasanın onu yasaklamak için müdahale etmesi gerektiğine karar vermesinden ziyade bizatihi yaşamın toplumsal bir gerçeği olarak kabul edilmektedir. Ayrımcılığa maruz kalan kişileri diğerlerinden ayıran husus, ayrımcılığın temelleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir tutum ve davranışın neden ayrımcılık temeli sayıldığına odaklanmak, ayrımcılığın yasal ve/ya anayasal düzeyde yasak olduğunun sürekli olarak

anımsanmasını mümkün kılmaktadır. İlgili ayrımcılık temelini psiko-sosyal ve psiko-legal dinamiği yeterince anlamlandırılmadan<sup>144</sup> ayrımcılık analizinin yeterli olması pek olası değildir. Pothier, *“ayrımcılık temellerinin yasalarda yer almamasının eşitlik analizini güçlendirmek yerine zayıflatacağını”* vurgulamaktadır. Ayrımcılık, ayrımcılık temelleriyle biçimlenmiş tarihi kalıplar izlenerek uygulanmaya devam ettiği sürece, ayrımcılıkla mücadele yasası, iktidar ilişkilerinin dinamiklerinin tarihsel belirteçlerini dikkate almak durumundadır. Pothier'a göre, *“ayrımcılık tesis etmek, ayrımcılık temelleriyle açıklayıcı bir bağlantı gerektirmektedir.”*<sup>145</sup> Nitekim ayrımcılık temelleri yasal bir yapı olarak iktidar dinamiklerinin belirteçleri olarak kabul edilmektedir.<sup>146</sup>

İktidar dinamiklerinin belirteçleri çerçevesinde ayrımcılığa ilişkin geliştirilen kuramlar, ayrımcılık mağduru kişilerin ait olduğu sosyal gruba dayalı eylemlerden, uygulamalardan ve/ya politikalardan oluştuğunu ve ilgili grupların sosyal olarak belirgin olması gerektiğini öne sürmektedir. Tam da bu noktada Benjamin Eidelson ayrım-

144 Kimi durumlarda ayrımcılık karşıtı güvenceler kamuoyu tarafından her zaman tam olarak anlaşılmamaktadır. Örneğin Moldova'da polis memurları, savcılardan daha düşük maaş aldıkları gerekçesiyle “mesleki grup” temelinde ayrımcılığa uğradıklarını öne sürmüşlerdir. Gürcistan Kamu Savunucusu, açık uçlu maddeye özellikle kayırmacılık ve kişisel hoşnutsuzluk gibi temellere dayanarak bazı temelsiz şikayetlerin getirildiğini ifade etmektedir. Bkz. GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 73.

145 POTHIER, 2001, s. 41, 44.

146 POTHIER, 2001, s. 57.

cılığa yönelik ‘sosyal belirginlik’ şartına meydan okumaktadır. Nitekim ona göre ayrımcılığın yanlışlığına yönelik kurumsal bir duruş, bu zorluğun giderilme yöntemlerini ele almaktadır.<sup>147</sup> Sosyal gruplara dayalı bu belirginlik şartı, etik ve jüridik değerleri hızla tüketen küresel sosyal düzenin meşruiyet zeminini yitirmesine yol açmaktadır.

Ayrımcılık temellerine yönelik tüm bu kuramsal tartışmalar; tarihsel, sosyal ve hukuki dinamiklerin etkisiyle güncelliğini korumaktadır. Ayrımcılık temellerinin genişletilmesi toplumun “öteki” kesiminin haklarının güvence altına alınması noktasında daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Ayrımcılık temellerinin daha kapsayıcı ve bütünlüğü biçimde ele alınması noktasında kurumsal aktörlerin rolleri yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim kurumsal görev ve yetkileri çerçevesinde eşitliğin toplumsal alana bütünlüğe hale getirilmesi noktasında önemli aktörler olarak eşitlik kurumları, ayrımcılık temellerinin güvence altına alınmasında benzersiz bir konuma sahiptir. Bu türden kurumsal yapılar, dengeli bir politika izlemek suretiyle gerek açık uçlu madde aracılığıyla tanınma gerekse de yeni ayrımcılık temellerinin korunmasını artırmayı amaçlayan bir dizi

strateji geliştirme yoluyla yeni temellerin güvenceye alınmasını mümkün kılmaktadır. Ayrımcılık temellerinin normatif çerçeveye kavuşturulmasında bu kurumsal yapılar, belirleyici bir rol oynamaktadır. Bir yanda yeni ayrımcılık temellerinin normatif çerçeveye kavuşturulmasında itici bir güç olurken; diğer yanda yeni eklenen “öteki” ayrımcılık temellerinin iç hukuk sistemine bütünlüğe hale getirilmesi noktasında katalizör görevi üstlenmektedir.<sup>148</sup>

Sonuç olarak, ayrımcılığa yönelik tektipleştirilmiş sosyal kategorizasyonların yerine bütünlüklü bir yaklaşımın geliştirilmesi gerekmektedir. Böylesi bir yaklaşım, maruz kalınan ayrımcı tutumun eksiksiz ve karmaşık bir anlatımını, yalnızca baskın grubun değil, olaya dahil olan farklı bakış açılarını yansıtan bir perspektif sunmayı mümkün kılmaktadır. Yaşanan ayrımcılık deneyimine karşılık gelecek daha sofistike bir yasal tanımla birlikte ayrımcı muameleyi ortadan kaldıran ayrımcılık karşıtı yasaların oluşturulması gerekmektedir.<sup>149</sup>

## VI. Sonuç Yerine

Sanayileşme, kentleşme ve beraberinde sökün eden toplumsal dönüşümlere koşut biçimde varlık bulan modern

147 Benjamin EIDELSON, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, England 2015, s. 28, 30.

148 GANTY, CARLOS, SANCHEZ, 2021, s. 84.

149 DUCLOS, 1993, s. 50.

toplum, öncesinden köklü bir kopuşu imler biçimde ‘eşitlik’ anlayışı çerçevesinde yeni bir sosyolojik yapı olarak yeniden yapılandırılmaktadır. Bu toplumsal yapıda ortaya çıkan ‘statüler, sosyal ve kurumsal roller’ dönüşüme uğramaktadır. Öyle ki tarihsel süreç içerisinde yaşanan politik ve/ya yasal kırılmalara koşut biçimde üretilen eşitlik, giderek daha sofistike biçimde kavramsallaştırılmaktadır. Kimliksel ve doktrinsel krizlerle karşı karşıya kalsa da bir idealite olarak kavramsallaştırılan ‘eşitlik’, normatif yapılanma yönlü gelişim serüveniyle modern çağın en popüler söylemi haline gelmektedir. Öyle ki ‘muamele eşitliği, fırsat eşitliği, maddi ve dönüştürücü eşitlik’ fikri üzerinden temellendirilen modern eşitlik söylemi, hak temelli aktivizm üzerinden evrimsel gelişim seyrini devam ettirmektedir. Eşitliğin normatif çerçeveye kavuşturulması, dönemsel olarak değişkenlik arz eden sosyo-politik ve sosyo-kültürel dinamiklerle dinamiklerle şekillenen küresel aktivizmin gölgesinde biçim kazanmaktadır.

Her ne kadar “eşitliğin özünde boş bir kavram”<sup>150</sup> olduğuna ilişkin nihilist tutumlar olsa da eşitlik anlayışı, bir bütün olarak birlikte yaşamın ve var olabilmenin söylemsel dilini, ahlâkını, hukukunu ve pratiğini üretebilecek bir referans alanına sahiptir. Aynılık-farklılık gerilimiyle biçimlenen eşitlik, farklılıkları yadsıma ya da kabul etme

durumuna tekabül etmektedir. Böylelikle belirli bir hiyerarşi içerisinde negatif biçimde ‘farklı’ olarak etiketlenen kitlelerin ‘aynılaştırılmasına’ yönelik tutumları ifşa etmektedir. Aynılaştırılan özne, kendi kendini sürdüren bir fenomene dönüşmektedir. Nitekim negatif etiketlemelerle ayrıştırılan öznenin inşa edilmesi, ‘din, mezhep, ırk ve etnik köken’ temelinde kendisini tanımlayan kimlikleri sönmülendiren politikalar üretmektedir.

Bundan ötürü ayrımcılık karşıtı paradigma, sistemik eşitsizlikle mücadeleye olanaklı kılacak yeni yasal düzenlemeleri değiştirmeye kaymaktadır. Bu paradigmatik değişim, yalnızca ayrımcılık temellerinin genişletilmesine yönelik olarak değil; aynı zamanda sosyo-politik ve sosyo-legal sorunları esas alan çözüm temelinde gerçekleşmektedir. Böylelikle ülkeler ayrımcılık türlerini tanıyarak, ayrımcılığa karşı giderek çok yönlü bir perspektif ortaya koymaktadır.

Ancak ayrımcılığa yönelik ‘ırk, cinsiyet, din ve etnik köken’ temelinde sınırlayıcı kategorizasyon eleştirilere maruz kalmıştır. Bireylerin yasal kimliklerini imleyen ve eşit koruma taleplerinin temel paradigmalarını oluşturan kategorizasyon, ayrımcılık hukukuna içkin temel değer alanlarına yönelik bütünleyici ve kapsayıcı bir perspektif ortaya koyamamaktadır. Ayrımcılık

150 WESTEN, 1982, s. 537.

temellerinin sınırlılığının, toplumsal alandaki hassas grupların korunması noktasında ‘koruma boşluğu’ yarattığı görülmektedir. Ayrımcılığa kategorizasyon yaklaşımı, “*grupları bireysel yaşamları kısıtlayan donuk karikatürlere indirgeme*” olasılığını da gündeme getirmektedir. Nitekim bireylerin ‘ırk, renk, cinsiyet ve etnik köken’ temelinde kategorize edilmesi, donuklaşan özne yaratımına elverişli bir zemin hazırlamaktadır. Ayrıca farklılığın başkalarıyla olan ilişkiden ziyade ayrımcı muameleye maruz kalan özneye bağlı biçimde inşa edilmesi, aşırı bireysel bir yaklaşıma yol açmaktadır. Öyle ki ayrımcılık, bireyin ‘ırkı, cinsiyeti, dili ve/ya bireye içkin diğer niteliklere’ bağlı olarak meydana gelmektedir.

Ayrımcılıkla mücadele yasasının temel dizgesinin genişletilmesi, normatif bütünlüğün etkililiği ve tutarlılığı sağlama noktasında itici bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ayrımcılık temellerinin alansal kategorik genişlemesinin bir “ayrımcılık temelleri enflasyonuna” yol açacağı eleştirisi göz ardı edilmemelidir. Nitekim ayrımcılık temelini çokluğu, ayrımcılıkla mücadele yasasının etkinliğini azaltma ve “temel” ayrımcılık dizgilerinin içeriğini sulandırma riskini de beraberinde getirmektedir. Ayrımcılık temellerinin sınırsız biçimde genişletilmesi, ayrımcılıkla mücadele yasasının normatif tutarlılığını yitirmesine yol açmaktadır. Tam da bu noktada ay-

rımcılık temellerinin daha kapsayıcı ve bütünlükçü biçimde ele alınmasında kurumsal aktörlerin rolleri yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Eşitlik kurumları, ayrımcılık temellerinin dizgeleştirilmesine yönelik dengeli bir strateji izleyerek ayrımcılığa yönelik tektipleştirilmiş sosyal kategorizasyonların yerine bütünlüklü bir yaklaşımın geliştirilmesini olanaklı hale getirmektedir.

Sonuç olarak, hak öznelerinin kişisel ve statüsel özellikleri üzerinden ayrımcı tutumlara maruziyetini besleyen/körükleyen anti-eşitlikçi tutum, küresel ölçekte eşitlik adaletinin yıkımına yol açmaktadır. Global sosyal düzene ve siyasal sisteme içkin olan bu dışlayıcı tutum, sosyo-politik ve sosyo-psikolojik boyutlarıyla eşitsizlik çarkına ivme kazandırmaktadır. Başkalaştırılan ve araçsallaştırılan özne ‘kurbanlaştırılmak’ suretiyle bizi ayrımcılıkla mücadele hukukunun merkezine ‘mağduriyet öznesi’ olarak yerleştirilmektedir. Böylece eşitsizlik çarkının ‘mağduriyet özne/leri’, indirgendikleri kişisel ve statüsel nitelikleri üzerinden küresel sosyal maduniyetin yıkıcı etkisine maruz kalmaktadır.



**KAYNAKÇA**

- 6701 sayılı TİHEK Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6701.pdf>, Erişim Tarihi: 15.08.2023.
- ADORNO Theodor W., *Otoritaryen Kişilik Üstüne Niteliksel İdeoloji İncelemeleri*, (Çeviren: Doğan ŞAHİNİR), Say Yayınları, Ankara 2011.
- ALEXANDER Larry, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 141 (1992), Sayı 149.
- ALTMAN Andrew, “Discrimination”, <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>, Erişim Tarihi: 18. 07. 2023.
- ARISTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, (Çeviren: Furkan AKDERİN), Say Yayınları, Ankara 2022.
- ARNESON Richard, “Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
- ATREY Shreya, “On the Central Case Methodology in Discrimination Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 41 (2021), Sayı 3,
- BAMFORTH Nicholas, “Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cilt 9 (2007).
- BLUM Lawrence, “Racial and other Asymmetries: A Problem for the Protected Categories Framework for Anti-discrimination Thought”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England.
- BOURDIEU Pierre, PASSERON Jean-Claude, *Reproduction in Education, Society and Culture*, (Çeviren: Richard NICE), Sage Publications, 1990.
- CRENSHAW Kimberlé W., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, Cilt 139 (1989).
- ÇAYIR Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* içinde (Derleyen: Kenan ÇAYIR, Müge AYAN), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018.
- COLLINS Patricia Hill, BİLGE Sırma, *Kesişimsellik: Teori ve Pratikte Toplumsal Adalet Arayışı*, (Çevirmen: Ege ACAR), Fol Kitap, Ankara 2023.
- DE SCHUTTER Olivier, “The Persistence of Poverty: How Real Equality Can Break the Vicious Cycles”, A/76/177, 2021, <https://undocs.org/A/76/177>, Erişim Tarihi: 15.08.2023.
- DUCLOS Nitya, “Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Cilt 6 (1993), Sayı 1.
- EIDELSON Benjamin, “Treating People as Individuals”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
- EIDELSON Benjamin, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, England 2015.
- EISEN Jessica Nichol, “Grounding Equality in Social Relationships: Suspect Classification, Grounds of Discrimination, and Relational Theory”, *LLM Theses*, 2013.

- EQUINET, *Equality Bodies-Current Challenges: An Equinet Perspective*, Equinet 2012.
- EYER Katie, “The But-For Theory of Anti-Discrimination Law”, *Virginia Law Review*, Cilt 107 (2021), Sayı 8.
- FEINBERG Joel, *Social Philosophy*, Pearson, London 1973.
- FIBBI Rosita, MIDTBØEN Arnfnn H., SIMON Patrick, *Migration and Discrimination*, Springer, Switzerland 2021.
- FINEMAN Martha Albertson, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, Cilt 20 (2008), Sayı 1.
- FINNIS John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, England 1980.
- FRASER Nancy, “Rethinking Recognition”, *New Left Review*, Cilt 3 (2003), Sayı 3.
- FRASER Nancy, HONNETH Axel, *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*, (Çeviren: Joel GOLB, James INGRAM), Verso, 2003.
- FREDMAN Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press, England 2011.
- FREDMAN Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, England 2008.
- GANTY Sarah, CARLOS Juan, SANCHEZ Benito, “Expanding the List of Protected Grounds within Anti Discrimination Law in the EU: An Equinet Report”, <https://equineteurope.org/publications/expanding-the-list-of-protected-grounds-within-anti-discrimination-law-in-the-eu-an-equinet-report/>, Erişim Tarihi: 20.07.2023.
- GAZE Beth, SMITH Belinda, *Equality and Discrimination Law in Australia: An Introduction*, Cambridge University Press, England 2017.
- GOFFMAN Erving, *Damga: Örselenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine Notlar*, Heretik Yayıncılık, (Çevirmen: Kolektif), Ankara 2014.
- GOLDSCHMIDT Jenny, “Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands”, *The Equal Rights Review*, Cilt 8 (2012).
- GÖREGENLİ Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* içinde (Derleyen: Kenan ÇAYIR, Müge AYAN), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018.
- GÜLMEZ Mesut, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Belediye-İş Yayınları, Ankara 2009.
- KADAR Tamas, “Equality Bodies: A European Phenomenon”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Cilt 18 (2018).
- KARAN Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KHAITAN Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, England 2015.
- KILIÇ Muharrem, “Adalet-Muhabet Diyalogları: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızâde'nin Adalet Kuramı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul 2012.
- KILIÇ Muharrem, “Çözülmeden Çözümlemek: Birlikte Yaşamın Ruhuna Ermek”, <https://www.turkiyegazetesi.com.tr/kose-yazilari/prof-dr-muharrem-kilic/cozulmeden-cozumlemek-birlikte-yasamanin-ruhuna-ermek-585236>, Erişim Tarihi: 18.08.2023.
- KILIÇ Muharrem, “İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80 (2022), Sayı 4.

- KILIÇ Muharrem, “İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt 5 (2021), Sayı 8.
- KILIÇ Muharrem, “Korku Çağı: Küresel Korku Hegemonyası- Globalleşen İslamofobi”, *Hukuksal Aklın Sosyo-Politik Bağlamı: Norm-Anlam-Yorum* içinde Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- KRIEGER Linda H., “The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity”, *Stanford Law Review*, Cilt 47 (1995).
- LECKEY Robert, “Family Law as Fundamental Private Law”, *Canadian Bar Review*, Cilt 86 (2007).
- LEVINAS Emmanuel, “Etik ve Sonsuz”, *Sonsuzca Tanıklık: Emmanuel Levinas’tan Seçme Yazılar* içinde (Çeviren: Kolektif), (Derleyen: Zeynep DİREK), Metis Yayınları, İstanbul 2016.
- LEVINE Philip, “The Simple Truth”, *The Simple Truth*, Alfred A. Knopf, New York 1994.
- LIEBEL Manfred, LUHAMAA Katre, GORNISCHEF Kiira, “The Right to Non-Discrimination: Human Rights Basis and Concepts”, *Children and Non-discrimination: Interdisciplinary Textbook* içinde (Derleyen: Dagmar KUTSAR ve Hanne WARMING), University Press of Estonia, 2014.
- MCINTYRE Sheila, “Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination”, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* içinde (Derleyen: Fay FARADAY, Margaret DENIKE, M. Kate STEPHENSON), Irwin Law, Toronto 2006.
- MERTON Robert K., “The Matthew Effect in Science”, *Science*, Cilt 159 (1968), Sayı 3810.
- MINOW Martha, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, New York 1990.
- MOREAU Sophia, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
- NUHOĞLU SOYSAL Yasemin, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, The University of Chicago Press, London 1994.
- NUSSBAUM Martha C., “Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice”, *Feminist Economics*, Cilt 9 (2003), Sayı 2-3.
- NUSSBAUM Martha C., “Human Rights and Human Capabilities”, *Harvard Human Rights Journal*, Cilt 21 (2007).
- O’CINNEIDE Colm, “Justifying Discrimination Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 36 (2016), Sayı 4.
- O’CONNELL Rory, “The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 2 (2008).
- Ontario Human Rights Commission, “An Intersectional Approach to Discrimination: Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims”, Discussion Paper, 2022.
- PALAZZO Nausica, “Equality in Canada: A Tale of Non-normative Groups Struggling with Grounds of Discrimination”, *Oñati Socio-Legal Series*, Cilt 10 (2018), Sayı 1.
- POTHIER Dianne, “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Cilt 37 (2001).
- Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), <https://www.ohchr.org/en/instruments->

- mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris, Erişim Tarihi: 18.08.2023.
- RÉAUME Denise, “Dignity, Equality, and Comparison”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
  - ROBEYNS Ingrid, “The Capability Approach”, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/capability-approach/>, Erişim Tarihi: 14.08.2023.
  - SEGALL Shlomi, “What’s so Bad about Discrimination?”, *Utilitas*, Cilt 24 (2012), Sayı 1.
  - SELMÍ Michael, “Indirect Discrimination and the Anti-discrimination Mandate”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
  - SEN Amartya, *Development as Freedom*, Oxford University Press, England 2001.
  - SHACHAR Ayelet, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge 2009.
  - SHEINMAN Hanoch, “Two Faces of Discrimination”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
  - SHIN Patrick S., “Is There a Unitary Concept of Discrimination?”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law* içinde (Derleyen: Deborah HELLMAN ve Sophia MOREAU), Oxford University Press, England 2013.
  - Standards for Equality Bodies: Council Agrees its Positions, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/06/12/standards-for-equality-bodies-council-agrees-itspositions/#:~:text=Equality%20bodies%20are%20public%20institutions,and%20racial%20or%20ethnic%20origin>, Erişim Tarihi: 14.08.2023.
  - TİHEK, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Rehberi, 2022.
  - The Runnymede Trust, “Islamophobia: A Challenge for us All”, [https://assets.website-files.com/61488f992b58e687f1108c7c/617bfd6cf1456219c2c4bc5c\\_islamophobia.pdf](https://assets.website-files.com/61488f992b58e687f1108c7c/617bfd6cf1456219c2c4bc5c_islamophobia.pdf), Erişim Tarihi: 20.08.2023.
  - Universal Declaration of Human Rights, 1948, <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>, Erişim Tarihi: 17.08.2023.
  - VANDENHOLE Wouter, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia Publishers, 2005.
  - VLASTOS Gregory, “Justice and Equality”, *Equality: Selected Readings* içinde (Derleyen: Louis P. POJMAN ve Robert WESTMORELAND), Oxford University Press, England 1984.
  - WASSERMAN David, “Discrimination, Concept of”, *Encyclopedia of Applied Ethics* içinde (Derleyen: Ruth CHADWICK), Academic Press, San Diego 1998.
  - WESTEN Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, Cilt 95 (1982), Sayı 3.
  - WILLIAMS Bernard, “The Idea of Equality”, *Problems of the Self* içinde Cambridge University Press, 1976.
  - WLADASCH Katrin, *The Sanctions Regime in Discrimination Cases and its Effect*, Equinet, 2015.

# Bilinç ve Yapay Zekâ

Yılmaz KURBAN<sup>1</sup>

## Özet

Varlığına inandığı, ancak empirik olarak kanıtlayamadığı “ben”in bir gün mutlaka açığa kavuşacağına inanan David Hume’dan sonra, Immanuel Kant tarafından elde edilebilen de yalnızca mantıksal bir “ben”di. Felsefe tarihinde kimi zaman bilinç olarak da karşımıza çıkan bu kavramla ilgili Hume’un sancısını dindirecek bir açıklamaya henüz kavuşulmamış olsa da, varlığından şüphe ediyormuşuz gibi davranmadığımız ortada. En azından hukuk disiplini için, bilincin varlığını kabul etmemiz kaçınılmaz. Nitekim yargıda bulunan yargıç, kendi bilincinden şüphe etmediği gibi, sanığın bilincinden de şüphe etmemektedir. Ancak buradaki şüphe etmeme hali, yalnızca bilincin varlığı konusunda değil, bilincin ne olup olmadığı konusunda da geçerli. Eğer durum böyleyse, sınırları son derece belirgin olmakla övgüyü hak eden algoritmanın kendisi de, veriler uygun girildiğinde tutarlılığından ve doğruluğundan tereddüt etmeyeceğimiz sonuçlar verebilir. Bu makale, tam da bu noktada, bilince dair bir sorgulamayla, yapay zekânın yargıcın yerine geçebilmesinin olanaklılığını tartışmaya açmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** yapay zekâ, bilinç, algoritma, yargıç, kesinlik

Konuşmacının, bilinç hakkında sunum yaparken sık sık bilinç kavramını

nı kullanması üzerine dinleyicilerden biri:

“İyi de bilinç ne demek?” diye sorar. Konuşmacı, oldukça önemsiz olduğunu düşündüğü bir sorunun sorulmasına şaşırılmış bir halde:

- “Bilinç işte!” der. Dinleyici, bu cevaptan tatmin olmaz ve tekrarlar:
- “Hocam, bilinç ne demek?” Konuşmacı yine şaşkın; ama bu defa hayıflanmış bir edayla:
- “E bilinç işte!” der ve geçiştirir. Ancak dinleyici ısrarından vazgeçmez.
- “Hocam, bilinç dediğiniz şey nedir?” diye aynı soruyu yineler. Konuşmacı, üçüncü defa aynı sorunun sorulması üzerine gerilir, tikanır, kıvrır ve adeta zihinsel bir kramp yaşamış gibi:
- “E bilinç canım işte, hepimizin bildiği bilinç! Hem bilinci ben nasıl bilebilirim ki? Yüzyıllardır hakkında kafa yoruluyor. Bilmiyoruz hala.” der.

<sup>1</sup> Avukat, İstanbul Barosu, E-posta:yilmaz.kurban@savahukuk.istanbul

Size aynı soru sorulsa cevabınız ne olurdu? Muhtemelen konuşmacının son cevabını gördükten sonra benzer bir cevabı vermek istemezsiniz. Çünkü açık bir çelişki içeriyor ve bizler, kendi içinde tutarsız bir cevabı, yanlış bir cevap olarak kabul etme eğilimindeyiz. Gerçekten de konuşmacı ilk tümcesinde, “hepimizin bildiği bilinç” diyerek, kavramın zaten bilinen bir şey olduğunu ve izaha muhtaç olmadığını iddia etmektedir. Devamında ise hakkında yüzyıllardır kafa yorulmasına rağmen hala bilinmediğini iddia ederek, mütevazı bir şekilde henüz kendisinin de bilmediğini ifade etmiştir. Cevap açık bir şekilde birbirine zıt iki durum içermektedir. Biraz daha yakından bakalım:

Birinci ifade olan “hepimizin bildiği bilinç” ifadesinde işaret edilen hangi bilinçtir? Başkalarımızın bildiği farklı bir bilinç olabilir mi? Kastedilen bilinç ya da bilinçler nasıl olurdu? Sorular çoğaltılabilir. Ancak önermeyi anlamak istiyoruz. Burada “hepimiz”den kasıt, “bilinç üzerinde az çok anlaştığını düşünen herkes” olabilir diyebiliriz. Eğer böyleyse önerme, bir uzlaşmayı ve genelliği ima etmektedir. Yine de üzerinde uzlaşılan ve genel olarak kabul edilen bilincin ne olduğu cevapta yoktur. Bunun peşinden gitmeyi bırakalım ve diğer önermeye bakalım.

İkinci tümce öbeği çok daha belirgindir. Hâlâ üzerinde kafa yoruluyor

oluşu gerekçe gösterilerek hakkında bir netliğe kavuşulmadığını ve konuşmacının da bu nedenle bilinci bilmediğini ifade ediyor diyebiliriz.

Kabaca şöyle diyebiliriz: Cevabın birinci önermesi bilincin ne olduğunun bilindiğini, ikinci önermesi ise bilinmediğini iddia etmektedir. Tek soruya karşılık, birbirine zıt iki önermeden oluşan tek cevap: Mantıksal olarak asla kabul edemeyeceğimiz bir durum.

Peki öyle mi? Gerçekten de mantıksal olarak asla kabul edemez miyiz?

Gündelik dilde bilincin kullanımının çok çeşitli halleri bulunmaktadır. Aynı şekilde bu çeşitlilik, bilimsel disiplinlerde de söz konusudur. Şu denebilir: Tüm kullanımların ortak unsurlarını alarak, kolaylıkla “öz” denilen şeye ulaşılabilir ve bilinç dediğimiz şey esas olarak budur diyebiliriz. Ancak bu yöntemin işe yaramayışı, tartışmanın hala en üst seviyede devam ediyor olduğundan bellidir.

Bir yargıca bu soruyu sorduğumuzda, alacağımız yanıt ne olurdu? Böyle bir soru çok meşru olurdu muhakkak. Biliyoruz ki, sanığın cezalandırılabilmesi için en başta bir bilince sahip olması gerekir. Bilince sahip olup olmadığını anlamak için de bilincin ne olduğunu bilmemiz gerekir. Bir şeyi bulmak için, aradığımız şeyin ne olduğunu bilmemiz gerektiği gibi...



Yargıçtan gelecek cevap, hiç kuşkusuz konuşmacının cevabındaki tutarsızlığı barındırmamalı. Yargıç cevabı bilmeli ve sanığa bunu uygulayarak cezalandırıp cezalandırmayacağına karar vermeli. Kafası karışık bir yargıçtan gelecek hüküm, memnuniyetle karşılanmayabilir. Kimse kaderini bir slot makinesine teslim etmek istemez.

Peki yargıcı, konuşmacının içine düştüğü durumda tahayyül edemez miyiz? Bu halde kuracağı hükümle ilgili endişe mi duymamız gerekir? Varsayalım ki yargıç, bilincin ne olduğu kendisine sorulduğunda, kafasının karışık olduğunu ama yine de bilinçle ilgili yasalarda bir tanım olduğunu ve bu tanımı bir araç olarak kullandığını, gerçekte ise meselenin bu tanımla geçştirildiğini ifade etsin. Vereceği nihai karar değişir miydi? Eğer yasaları uygulamakla yükümlüyse, ki yükümlüdür, değişmemesi gerekir.

Böyle bir sorunun önemsiz olduğunu düşünen bir yargıç da hayal edebiliriz. Önemsiz bulması durumunda biliyoruz ki vereceği kararlar bir ilgisi olmayacak. Yasada tanımlanan her ne ise, o tanımda yer alan unsurların karşılanıp karşılanmayacağına bakacak.

Bilincin yasadaki tanımını reddeden bir yargıç da düşünebiliriz. Ancak yasayı düzenleyen merciin yasama olduğu kabul edilen bir sistemde, yargıcın bu düşüncesinin bir önemi bulunmamaktadır.

O halde ister kafası karışık olsun, ister böyle bir sorunun önemsiz olduğunu düşünsün ya da ister yasadaki tanımı kabul etmesin, her durumda yargıcın vereceği kararın aynı olması gerekir. En temel beklentilerden biri tutarlılıktır. Aynı vaka hakkında farklı kararlar veren yargıçlar olması istenmeyen bir durumdur. Yargıcın ideolojik, kültürel, ahlâkî vs. eğilimlerinin etkili olmaması arzu edilir. Yargıcın yukarıdaki seçenekli hallerine baktığımızda, sanığın bilincine ilişkin kararında bilincin ne olup olmadığı ile ilgili kendi bilme durumunun bir önem arz etmediği görülmektedir. Bilince dair yargıcın muhtemel ideolojik, kültürel, felsefî, ahlâkî vs. eğilimleri, menfaati ile çatışmadığı ölçüde sanık için de önem arz etmeyecektir.

Böylelikle “bilinç nedir?” sorusuna yargıcın konuşmacıyla aynı cevabı vermesi halinde bu cevabın çok önemli olmadığını, yargıcın bilinçle ilgili ne düşüneceğinin ya da ne bilebileceğinin yargılama faaliyeti özelinde yasayla belirlendiğini, kendisinden bu konu hakkındaki eğilimlerinin ifade edilmesinin istenmediğini, yasadaki yer alan tanıma göre hareket etmesinin beklendiğini söyleyebiliriz. Bu halde yargıcın, yasadaki tanımını bilmesi yeterli olacaktır. Buradaki “bilme”yi, yargıcın yasadaki yer alan tanımını anlaması/ıdrak etmesi ve uygulaması olarak değerlendireceksek veya bu şekilde sınırlayacaksek, yargıcın bilinci “bildiğini”



söyleyebileceğiz. Sınır bu şekilde çizilince, “bilme” durumuna ilişkin herhangi bir rahatsızlık hissedilmeyebilir.

Farzedelim ki, ‘bilme’ dediğimiz şeyden, o şeyin “hakikati” kastediliyor olsun. Konuşmacının cevabında ima edildiği gibi, sağduyusal değil de, henüz daha keşfedilmeye çalışılan şeyi... Bu halde yasadaki tanımı bilmek, bir “bilme” olmayacaktır.

Şu da denebilir: “Bilme” durumlarının çokluğu nedeniyle, ortada bir belirsizlik olduğu düşünülüp “bilme”nin hakikatini anlamak için “bilme”nin kendisi felsefi bir meta haline getirilerek bir “bilme” konusu yapılabilir. Ancak tüm bu tartışmalara başlamadan önce “hakikat”ın ne olduğunun bilinmesine dair borç bulunmaktadır. Şimdi de biliyoruz ki konuşmacının içine düştüğü kuyu çok daha derinleşebilir: Örtük “hakikat” iddiasını “bilme” durumu. “Hakikat” iddiasını bilme durumunu anlama yönündeki her teşebbüs, kuyuyu daha da derinleştirebilir. Burada daha da derine indikçe, hakikate daha yakın olunacağına dair eğilim eşlik eder.

En başta konuşmacının yaşadığını betimlediğimiz zihinsel kramp, işte bu bilme durumlarından hangisi üzerinde karar kılındığının belirsiz olması nedeniyle yaşanmıştır.

Peki şöyle denebilir mi? “Konuşmacının önermeleri arasında herhangi

bir tutarsızlık yok: Birinci önerme, bilinç hakkında az çok bilinen birtakım bilgiler olduğunu, ancak henüz tam olarak bilinmediğini, ikinci önerme de bu henüz tam olarak bilinmeme halini tekrar etmektedir. Bu nedenle herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Tam aksine bir tutarlılık söz konusudur.” Açıktır ki, bu iddia yeni bir bilme halini referans almaktadır. Bu bilme durumunda, henüz bilinmeyen ancak daha sonra bilineceği/keşfedileceği kabul edilen şeylerin, mevcut bilinenlerle bir çelişki içermeyeceğini, hatta onu tamamlayacağını varsaymaktadır. Ancak tamamlamaz da, tam aksine doğru bildiğimiz şeylerin yanlış olduğu ortaya çıkarsa... Dolayısıyla bu tutarlılık iddiası, büyük bir mahcubiyet riskini barındırmaktadır.

Bu tartışmayı bu şekilde yürüterek bir yere varamıyoruz hala.

Yaşanan tüm bu bilme durumlarına ilişkin kargaşanın, yargıç ile yasa arasındaki ilişkide bir önemi bulunmakta mıdır? Bilme durumlarına ilişkin yukarıdaki ihtimallerden birini seçmek zorunda mıyız? Yasanın uygulanması açısından, yasa da yer alan bilinç tanımının yargıç tarafından bilincinde olduğunun tespiti yeterli görülebilir. Peki bunun tespitini nasıl yapacağız? Kendisine soru sorulduğunda yasadaki tanımı doğru bir şekilde ifade etmesi, bu testlerden biri olabilir. Peki aynı soru algoritmaya sorulduğunda, yargıçla aynı cevabı vermesi halinde, algoritma bunu yanlış cevapladı der

miydik? Demezdik. Doğru cevapladı der miydik? Muhtemelen doğru cevapladı derdik; ama bir rahatsızlık hissederdik. Doğru bildi der miydik? Soru bu şekilde sorulduğunda rahatsızlığımız daha çok artabilir. Çünkü, bilmenin bilinçli bir varlığa ait bir özellik olduğu kabul edilir. Ne de olsa kendisine soru sorulduğunda cevaplamaya programlı bir algoritmadan farklı olarak bilinçli bir varlık, cevabı ifade etmese de, –zihninde bilebilir ancak söylemez–kendi içinde bilebilir. Ancak bir sanık olduğunuzda, yargıcın bilme durumunun tespiti için, kendi içindeki hali bir önem arz etmez. Gerçekten de, herhangi bir yargıcın, “Ben bilincin ne olduğunu biliyorum” şeklindeki beyanının hiçbir önemi yoktur. Salt bu bağlamda, algoritma ile yargıcı karşılaştırdığınızda, algoritmayı tercih etmek akıllıca olabilir. Gerçekten de bilinçli bir varlığın bilip bilmediğini teste tabi tutamadığınızda, –yargıcı, duruşma öncesi yeterlilik testine tabi tutamazsınız– algoritmayı tercih etmek isteyebilirsiniz.

Tekrar başa dönmeliyiz. Çünkü yargıç ile yasa arasındaki ilişkide bu tartışmanın bir önemi olmasa bile rahatsızlık apaçık bir şekilde duruyor.

Peki ama ne oluyor da yargıda bilinç üzerinde bir sorun yok? Soruyu şu şekilde sormak daha yerinde olurdu: Bilinç üzerine konuşmacının ikinci önermesinde olduğu haliyle çaresizlik

içerisindeki bir yargıda, karar verme durumu söz konusu olur muydu? Mümkün olmazdı. Öyle ya da böyle yargıç, kendi bilincinden şüphe etmediği gibi sanık olarak karşısındakinin de bilincinden şüphe edemez. Her iki süjenin bilincine dair kabul ettiği ve asla şüphe etmediği şeyler vardır. (Akıl hastalığı vb. durumlara değinmenin bir önemi yoktur.) Yargılamanın temelini de teminat altına alan açıktır ki içinde herhangi bir şüphe barındırmayan şeyin ta kendisidir: Kesinliktir. Bundan şüphe edemeyiz. Çünkü şüphe halinde yargılama mümkün olmayacaktır.

*“Yani, bir yerde kuşkulanmakla işe başlamam gerekir; ve bu, deyim yerindeyse, mazur görülebilecek bir acelecilik değildir; yargı vermenin bir parçasıdır.”<sup>2</sup>*

Yargıcın kendi bilincinden şüphe etmesi halinde her şeyden şüphe etmesi gerekir. Sanığın bilincinden şüphe etmesi halinde, ki bu şüphe, yargıcın sahip olduğu bilinç kavramına ilişkin bir takım kabullerle mümkündür, yapacağı ilk iş, bu şüphenin giderilmesidir. Tüm bu hususlar, bilince dair şüphe edilemeyen, kesin olarak kabul edilen (farkında olma hali vs. ve bunlar her neyse artık) çokça şey olduğunun kanıtıdır.

*“Yani sorduğumuz sorular ve kuşkularımız, bazı önermelerin kuşkudan muaf olmasına bağlıdır;*

2 Ludwig Wittgenstein, *Kesinlik Üstüne*, Metis Yayınları, İstanbul, 2009, s. 32.

*bu önermeler, soru ve kuşkularımızın üstünde döndüğü menteşelere benzer.”<sup>3</sup>*

Şimdi artık konuşmacının içine düştüğü durumu daha iyi anlayabiliriz. Konuşmacı, kendisine ısrarla sorulan “*Bilinç nedir?*” sorusuna karşılık, bir şeyi kanıtlama ya da ikna edici bir tanımlama baskısı altında olmuş olacak ki, “*hepimizin bildiği bilinç*” diyerek, bu baskıdan sıyrılmaya çalışmıştır. Konuşmacının burada farkında olmadığı şey, bilince dair bir kanıt sunma zorunda olmadığıdır. Farkında olsaydı, “*Hem bilinci ben nasıl bilebilirim ki? Yüzyıllardır hakkında kafa yoruluyor. Bilmiyoruz hala.*” şeklinde devam etmezdi. Devam cümleleri ise, makalenin özet kısmında yer alan Hume ve Kant’ın işareti ettiği bilincin ele alınan başka türlü bir tarzıdır. Şu sıralar popüler olduğu haliyle “zor problem” ifadesi de buna eşlik eder. Bilim insanlarıncaya ele alınış tarzı ise daha da farklıdır. Tüm bu disiplinlerde nesne olarak ele alınan bilinç, farklı bir bilinçtir. Bunların izahı, bu makalenin amacı dışındadır.

Algoritma tarafından yargılanmış olmak, en başta insanı korkutabilir. Yargıcın sahip olduğu otoriteyi yazılıma devretmek, sempatiyle karşılanacak bir şey değildir; ancak genel olarak herhangi bir eylemin öznesi hakkında yargıda bulunurken, özneye değil eylemin kendisine bakarız. Eylemden yani

sonuçlardan yola çıkarak neden/özne hakkında konuşuruz.

Özne hakkında bilgi sahibi olmaksızın, sonuçlara bakarak bir an için düşünelim. Yargıç ile algoritmayı, verdikleri sonuç ya da karar aynı olmaları halinde, tercih edilebilirlik açısından ele aldığımızda, yargıç lehine neler söyleyebiliriz? En azından yargıç aleyhine risklerden bahsedeceğimiz birçok husus, algoritma için söz konusu değildir. Risklerin başında eğilimler gelir. Bu eğilimler ahlâkî, ideolojik, felsefi vs. olabilir. Yine ilk akla gelen risklerden bir diğeri, aynı şartlar karşısında farklı sayılabilecek kararlar verme olasılığı da, algoritmada söz konusu olmayabilir. Belki bunlar dikkate alınarak, algoritmaya sempati bile duyulmaya başlanabilir. Yine bir algoritmayı vicdanına, duygularına vs. seslenerek manipüle de edemezsiniz.

Bir algoritmayla, bir duruşmada asla ifade edemeyeceğiniz kadar sayıda kelime kullanarak, kendinizi bir sanık olarak ifade edebilirsiniz. Bu ihtimalde duruşmanın bir önemi yoktur. Çünkü duruşmaya, sözlü ifade açısından her ne kadar çoğu zaman önem atfedilse de, bu sözlü beyanların tamamının yazıya geçirilmesi ideal olandır. Algoritmada dinlemek için zaman sınırı olmadığı gibi yazılı beyan için de kelime ya da sayfa sınırı yoktur.

Burada yapılmaya çalışılan, böyle

3 Wittgenstein, *Kesinlik Üstüne*, s. 54.

bir teknolojinin olup olmadığı değil, böyle bir teknolojinin olanaklılığını tartışmaya açmaktır. Bunun için ne derece süper bir bilgisayar gerektiği, tartışmanın konusu değildir. Genel olarak bunu mümkün kılacak teknoloji hiç düşünülmeden olanaklılığı imkan dahilinde görülmediğinden, henüz donanım yönünden yeterince gelişmiş olmadan da algoritmik yargıç ihtimali küçümsemektedir. Bu çalışmayla, olanağın reddiyesine temel teşkil eden bilinç kavramına dair zihnimizi esir alan gizemin ifşa edilmesi amaçlanmaktadır. Bu kavram, bazen temsil ettiği her neyse, onu aşan bir güce sahiptir. Bilinç dahil tüm bu büyüklük kavramlarının berrak hale getirilmesi, hukuk dünyasına bakışı kökten değiştirecek bir yolu önümüze sermektedir. Bu tarz bir incelemeye “vicdan” kavramıyla başlamak, son derece kayda değerdir. Zira vicdan kavramına atfedilen güç, bir açıdan yasadan da büyüktür. Öyle ki, vicdan, hangi yasanın uygulanacağına karar veren nihai mercidir. Yapay zekânın bir yargıç işlevini görmesi iddia edildiğinde, bilinmeyen ve sırrına ulaşılabilen bir kaynak olarak vicdanın, yapay zekâyâ indirgenemeyeceği gerekçesiyle olanaklılığının da pekala reddedilmesi haklıdır. O nedenle vicdan problemi, bir problem olmaktan çıkarılmadan, yapay zekânın hukuk faaliyetlerinde yardımcı aktörden daha fazla bir şekilde baş aktörlerden biri

rolünü elde etmesi mümkün değildir. Vicdan meselesini çok zaman önce problem olmaktan çıkardım.<sup>4</sup> Bu makaleyle bilinç meselesinin de, engel olmaktan çıkarılmış olmasını ümit ediyorum. Bir mesele daha var ki, bunca zaman otoriteden aldığı yetkiyle meşruymuş gibi görünen yargıçların kullandığı “takdir hakkı”nın da ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu da yapay zekâ ile mümkündür ve bir sonraki yazının konusudur.

#### KAYNAKÇA

- Ludwig Wittgenstein, *Kesinlik Üstüne*, Metis Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yılmaz Kurban, “Boşa Dönen Çark: Vicdan!”, <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2022/02/HFSA29-Tam-Metin.pdf>, s. 249-253, Erişim tarihi: 1.10.2023

4 Bkz. Yılmaz Kurban, “Boşa Dönen Çark: Vicdan!”, <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2022/02/HFSA29-Tam-Metin.pdf>, s. 249-253, Erişim tarihi: 1.10.2023

# Suçu Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi

Cengiz OTACI<sup>1</sup>

## Özet

Maddi ceza hukuku normlarından beklenen, suç olarak kabul edilen fiilin ne olduğunu açıkça göstermesidir. Fakat bu beklenti, kimi suçların doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda hangi fiillerin suç olarak tanımlandığını belirlemek bir yorum meselesi halini alır ve yorumun keyfi olmasını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulur.

Sosyal hayatta değişim kaçınılmazken hukuk, belirli bir istikrarı sağlama yükümlülüğü altındadır. Yorum, değişmezi temsil eden normla değişen sosyal ihtiyaçlar arasında, değişimle sürekliliğin hukuki dengesini sağlamak zorundadır. Kurulacak dengede yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlama, kanunilik ilkesinden çıkartılan iki yol gösterici ilkedir.

Her norm yoruma açıktır. Yeni ihtiyaçlar, yeni yorumu zorunlu kılar. Yeni yorum, bir önceki yorumla bağlarını tamamen kopartmış, onunla ilgisi olmayan yorum olamaz. Yeni yorum, öncekilerle bağlantısını sürdürmeli bu şekilde hukuki istikrar sağlanmalıdır. İhtiyaç duyulan yeni yorum, yama yorumdur. Yama yorum, yama yapılacak, önceden var olan ve sürdürülen bir yorumun varlığını zorunlu kıldığı için, önceki yorumla uyumlu olmak, önceki yorumu işlevsel kılmak gibi

bir amaca hizmet eder. Yama yorum, suçun özüyle tutarlı olma ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlama yükümlülüğü sayesinde hem normla hem de yama yapılan önceki yorumla hukuksal ve mantıksal bağı devam ettirir. Bu şekilde hukuki düşünsel faaliyetin birikimli ilerlemesi sağlanır. Birikimle oluşmuş ve ilerletilmiş yorum, yama yorumlarla sürekli güncellenerek değişimle süreklilik dengesi kurulur. Yorumda keyfiliğin önlenmesi yama yorum teorisiyle mümkün olabilir.

**Anahtar Kelimeler:** yorum, kanunilik ilkesi, yorumda yama teorisi, suçun özüyle tutarlı yorum, makul şekilde öngörülebilir yorum

## SUÇ ve SUÇU TANIMLAMAK NEDİR?

Suç nedir? sorusunun cevabı, hukuki pozitivizme gönülden inanan bir ceza hukukçusu için en basit haliyle “*kanunun suç olarak kabul ettiği ve cezasını gösterdiği*” fiildir. Bu standart tanıma göre suç, kamu düzenini bozan, korunan hukuki değer(ler)i ihlal eden, kişiye ya da topluma karşı haksızlıktır.

<sup>1</sup> Hâkim, E-posta: cengizotaci@gmail.com

Kanunilik ilkesi gereğince suçun, keyfiligi önleyecek şekilde kanunda tanımlandığı varsayılır. Genel kanunun aksine, suç düzenleyen normlar, yasaklanmış davranışın ne olduğunu her zaman eksiksiz tanımlamaz. Kanunların, bir suç düzenlerken kaleme alınışını üçe ayırmak mümkündür.

Kimi zaman yasaklanmış davranış eksiksiz tanımlanır. Örneğin *“zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması maksadıyla bulunduğu yerden alınması”* hırsızlık suçunu oluşturur (TCK md 141/1). Hırsızlık suçuna dair bu tanımlama, suçun fiilini eksiksiz bir şekilde metinde göstermiştir. Bu eksiksiz tanım bile kimi zaman somut olay karşısında sorunlu hale gelir ve yan normlarla tanım desteklenir. Kendi ceketini zannıyla bir başkasının ceketini vestiyerden alan kişinin fiili, hırsızlık tanımına tam olarak uymaktadır. Fakat yan norm olan hata düzenlemesi (TCK md 30) fiilin suç olmayacağını söyler.

Kanunlar kimi zaman fiilden hiç bahsetmez, sadece bir sonuçtan bahseder ve sonucu meydana getiren tüm fiillerin suç olduğunu ifade eder. Bir insanı kasten öldürme (TCK md 81), kasten başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma (TCK

md 86), hakaret (TCK 125) gibi suçlarda kanun, sadece sonuçtan bahsetmiştir. Kanuna göre sonucu meydana getiren her fiil suçtur. Kanunun, fiilin ne olduğu söylememesinin elbette geçerli bir mazereti vardır. Sonucu meydana getirecek fiillerin neler olduğunu sayarak tüketmek mümkün değildir. Bir insanı öldürmenin ya da yaralamanın, hakaret etmenin bin bir çeşit yolu ve şekli vardır. Olası tüm fiilleri saymak yerine sonuçtan bahsederek o sonucu meydana getirecek her türlü fiilin suç olduğunu kabul etmek daha makuldür.

Öyle suçlar vardır ki kanun bunların sadece adını söyler ve adını söylediği suçların ne fiilinden ne de sonucundan bahseder. Kanunlarda örgüt kurmak, örgüt yönetmek, örgüte üye olmak (TCK md 220, 314), örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek<sup>2</sup> (TCK 220/6), örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek (TCK 220/7) şeklinde ifade edilen suçlarla görevde yetkiyi kötüye kullanma (TCK md 257) suçları bu cümledendir.

Suç tanımlayan kanunların lafzı her zaman net olamaz. Çünkü kanunlar, kimi zaman genel uygulamaya dair prensibi içerir. Kanunlarla suç oluşturulurken başvuru standart tekniklerinden biri, suç tüm yönleriyle ek-

2 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin değerlendirmelere başlarken ilk olarak söz konusu kuralda yer alan “örgüt adına işlenen suç” ifadesinden ne an-

siksiz tanımlamak yerine yol gösterici genel ifadeler kullanmaktır. Bu nedendir ki birçok kanun, bir tercih meselesi olarak bir miktar belirsiz (muğlak) ifadeler kullanır. Bir kanun metni ne kadar net kaleme alınırsa alınsın, içinde daima yoruma açık unsurlar olacaktır (*Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye* [BD], § 39). Kanunun net olması arzu edilir. Fakat netlik, içinde aşırı bir katılığı da barındırabilir. Aşırı katılık, kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesini önler. Kanunların, zorunlu olarak belirsiz (muğlak) ifadelerle başlanması, anlamı netleştirme görevinin yargı mercilerine bırakıldığını gösterir. Yargı mercileri, kanunun belirsiz noktalarını açıklığa kavuşturmakla yükümlüdür. Ceza hukuku da diğer hukuk dalları gibi değişen toplumsal hayat karşısında, hukuk yaratmak suretiyle aşamalı (tedrici) gelişimini sürdürmek zorundadır (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93)<sup>3</sup>.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nulum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesi, her suçun ve cezanın bir kanuna dayanması gerektiğini kabul eder.

Çünkü suçun varlığını kabul etmekle, suçun temas ettiği bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilmenin meşru yolu açılmış demektir. Bu nedenle suç, daima şekli bile olsa bir kanunun bulunmasını zorunlu kılar (*Bülent Polat* [GK], § 75; *Fatih Sarıman* [GK], § 65). Ancak suça dair bir kanunun bulunması, kanunun, her durumda suçu tanımlama yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabileceğini kabul etmemize yeterli olmaz. Çünkü suç olduğu ileri sürülen fiil ile kanunun metnini bağdaştırmak da bir yorum meselesidir.

Yorum, normun, değişen hayat koşulları karşısında güncellenmek suretiyle varlığını ve etkinliğini muhafaza etmek olduğuna göre, yorumun da zamanla değişebileceği hatta değişmesi gerektiği sonucuna varılır.

Yorumcu, normu yorumlarken öyle hassas bir denge kurmalıdır ki, hem yorum yoluyla normu değişen hayat koşulları karşısında güncellemeli hem de bunu yaparken fiil ile normu bağdaştırıp normun içinde kalmayı başla-

laşılması gerektiğine dair kanunda herhangi bir açıklamaya yer verilmediği belirtilmelidir. Buna ilave olarak Yargıtay da bu ifadeye ilişkin değerlendirmelerini her somut olayın koşullarına göre yapmaktadır. Ancak gösteriler bağlamında Yargıtay bu ifadenin ve genel olarak 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasının anlamını, Ceza Genel Kurulunun 4/3/2008 tarihli kararı ve sonraki kararlarıyla detaylandırmıştır. Hamit Yakut, [GK]§ 88.

3 Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmez. Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir. Bk Sara Akgül, [GK], § 109; Hayriye Özdemir, § 58, Hamit Yakut [GK], § 80.



rabilmelidir. Yorum, değişimle süreklilik arasındaki dengeyi hukuka uygun olarak kurabilmektir. Tam olarak bu noktada yorum yapan yargı mercilerine yol gösterecek iki ilkedен söz edebiliriz; yorum, değişen hayat koşulları karşısında suçun özülüyle tutarlı olmalı ve makul olarak öngörülebilirlik şartını yerine getirmelidir. Bu ilkeler, cezai sorumluluk kurallarının yorum yoluyla aşamalı (tedrici) olarak netleştirilmesine imkân tanır (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93; *S.W. ve C.R./Birleşik Krallık*, § 36 ve § 34; *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya*, § 50; *K.-H.W./Almanya* [BD], § 85; *Korbely/Macaristan* [BD], § 71, *Kononov/Letonya* [BD], § 185, *Parmak ve Bakır/Türkiye* § 59). Yorumun aşamalı gelişimi, var olan ya da değiştirilen yorumun, değişimle birlikte süreklilik dengesini koruması, normun keyfi yorumlanmasına engel olması gerekir.

“*Nullum crimen, nulla poena*” ilkesi, doğrudan olmasa da içerdiği anlam itibarıyla suç içeren ve vatandaşlara bir yükümlülük yükleyen kanunun, asgari bir maddi içeriğe sahip olması gerektiğini ifade eder. Kanunilik ilkesi, ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar (*Tuğba Arslan*, [GK], § 96). İlke, doğrudan, kanunun, hangi durumda suçu tanımlama yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabileceğini ifade etmediğinden, temel haklara müdahalenin meşru olabilmesi için başlangıçta şekli de olsa bir kanunun

bulunması gerekirse de, bu zorunluluk, tek başına ilkeyi ayakta tutmaya yeterli olmaz. İkinci aşamada şekli olarak var olan kanunun, taşıdığı maddi içeriğin, vatandaşlara, davranışlarını ayarlama, sınırlama konusunda asgari güvenceler sağlaması gerekir. Bu da kanunun belirlilik niteliğini öne çıkarır. Kanunilik ilkesi, kanunun *erişilebilirliği* ve *öngörülebilirliği* ile kesinliğini ifade eden *belirliliğini* garanti altına alır. Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olması demektir. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı bireylere koruyucu birtakım güvenceler içermesi gerekir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne

geçilebilir (*Hamit Yakut*, [GK], §§ 76-80, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], §§ 73-78, ayrıca *Bk Ayşe Ortak* [GK], §§ 72-77).

AİHM; kanunda öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malone/İngiltere*, §§ 66-68; *Sunday Times/Birleşik Krallık* (No. 1), § 47) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamıştır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 31; *Bülent Polat*, § 75). Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez (*Tuğba Arslan* [GK], § 87; *Musa Küçükabacı*, § 34).

Kanun, temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa, kanunda aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yüksek olmalıdır (*Sara Akgül*, [GK] § 109; *Hayriye Özdemir*, § 58). Suç içeren kanunun taşınması gereken asgari maddi içerikteki belirlilik, mutlak belirlilik değildir. Zira kanunun karmaşık, bir ölçüde belirsiz ya da soyut olması belirsizlik sayılmaz. Bu tür kanunlar, hukukçulara danışılmak suretiyle alınacak hukuki yardımla tam olarak

anlaşılabilir hâle gelir (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 79, *Kafkaris/Kıbrıs*, [BD], § 140, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], § 78). Tehlikeli olan, belirlilik ilkesine uygun olmayan kanunun, erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir yargısal yorumunun bulunmayışıdır. Bu durum, "*Nullum crimen, nulla poena*" ilkesini ihlal eder. Çünkü belirli olmayan kanun ve makul şekilde öngörülemez yorum, keyfi davranışlarla suç ve ceza üretmeyi engelleme kapasitesine sahip değildir. Bu nedenle de kanundan etkilenen vatandaşlar için bir garanti işlevi görmemektedir (Bk *Alimuçaj/Arnavutluk*, §§ 154-162; *Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93).

Toparlayacak olursak, kanunlar, her zaman suçun tüm unsurlarını metinde göstermez, gösteremez. Kanun metni ne kadar özenle yazılırsa yazılsın, her zaman yoruma açık yerler bulunur. Kanunun içeriği, davranışları ayarlamaya olanak verecek şekilde açık olmalıdır. Yargı mercilerinin yorumları, kanunun içeriğini belirlemede en önemli faktördür. Kanun gibi yorum da zamanla değişebilir. Değişen yaşam koşulları, normun varlığını ve etkinliğini sürdürbilmesi için suçun kapsamına dair yeni yorumlar yapılmasını zorunlu hale getirir. Yorum yapan yargı mercileri, bir yandan normu yeni koşullara uyarlamak öte yandan bunu yaparken normun içinde kalmak gibi bir zorluk ve zorunlulukla karşı karşıyadır. Bu zorunluluk, kanunilik ilkesi-

nin dayattığı belirliliğin bir sonucudur. Yorumun, kanunun bilinçli boşluğunu kapatması, özrünü gidermesi, vatan-daşlara güvence sağlaması ve hukuka uygun olabilmesi için, suçun özülüyle tutarlı ve makul şekilde öngörülebilir olması gerekir.

### YORUMUN ANA KARAKTERİSTİĞİ

Yorum, soyut ve genel olan normun, geçmişte yaşanmış, aktörleri, fiili ve sonucu belli somut olayla ilgisi-nin/bağının kurulması, olayın normun kapsamında olduğunun belirlenme-sidir. Norm tek olduğu halde, somut olaylar teorik olarak sonsuz sayıdadır ve her biri ötekinden farklıdır. Soyut ve genel olan norm, birbirinden fark-lı somut olaylara uygulanırken somut olayların farklılığı, zamanla ortaya çı-kan yeni gelişmeler ve sosyal hayatın değişkenliği adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince ister istemez normun yorumunu gözden geçirmeyi, yoru-mun güncellenmesini gerektirir. Zira yorum, değişmez, değiştirilemez bir uyarılma değildir.

Hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri ve bireylerin meşru beklentilerinin korunması, içtihadın değişmezliği, ilelebet devam etmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir (*Unédic/Fransa* § 74, *Nej-det Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, [BD] § 58). Mahkemelerin yorumla-rında dinamik ve evrilen bir yaklaşımı sürdürmesine izin verilmemesi, huku-

kun reformuna ya da gelişimine engel olacağından yorumda değişim, adale-tin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* § 38).

Yeni kabul edilen ve üst mahkemeler tarafından yorumu netliğe kavuşturulamayan kanunların farklı yorumla-rının bir süreliğine aynı anda hukuki dolaşımında olması mazur görülebilir. Çünkü farklı yorumlardan bir kısmının elenerek nihai görüşün netleşmesi ve bunun da süreklilik kazanması haliyle zaman alır (*Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve digerleri/Fransa* [BD], § 59; *İslam Şahin*, § 54; *Uğur Çelik*, § 53).

Normun belirli bir süre yürürlükte kalmasının ardından, yargı mercilerinden beklenen, normun yorumunun artık istikrar kazanması, tutarlı hale getirilmesidir. Mahkemelerin, zaman içinde yerleşmiş ve hukuk kamuoyu tarafından bilinen yorumlarında ani ve öngörülemez bir değişikliğe gitmesi ya da yasayı yanlış bir biçimde genişleterek uygulaması, kanunun öngörülebi-lirliği ilkesine aykırı olacaktır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, [GK], § 46/v).

Zaman içinde olgunlaşan, netleşen, tutarlı hale gelen ve artık hukuk kamuoyu tarafından bilinen yorum, bir süre hukuki ihtiyaçları karşılamaya yeterli olabilir. Hızla değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçlar, önceki yorumların yapılmasına neden olan olaylardaki

farklılıklar, yargı mercilerine eski yorumu güncellemeyi bir zaruret olarak dayatmaya başlar. Böyle bir durumda yorum yapan yargı mercileri kanunilik ilkesi gereğince iki yükümlülük altındadır; Değişen hayat koşulları karşısında güncellenen yorum, suçun özülüyle tutarlı olmalı ve güncellenen yeni yorum makul olarak öngörülebilirlik ölçütünü karşılamalıdır (*Streletz, Kessler ve Krenz-Almanya*, §50; *Del Pio Prada-İspanya*, [BD], § 141).

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması, yorumun normla ilişkisinin devam ettirilmesinin ötesinde bir yükümlülüktür. Çünkü yorum zaten normun içinde kalmak zorundadır ve her halükârda yeni de olsa yorum, normla ilişkisini kesemez. Suçun özülüyle tutarlı olma, yorumun, hem normun kendisinin hem de o norma dair eski yorumların genetik yapısına, dokusuna, varlık nedenine ve ruhuna (*ratio legis*) uygunluğunu garanti eder. Normu çarpıtmayı, başkalaştırmayı engeller. Makul şekilde öngörülebilirlik şartı ise, ortalama bir insanın, norm ile yorumu arasında anlam bağlantısını kurabilmesi, o normdan bu anlamda çıkabilir demesidir. Normun birçok anlamı, uzanabileceği geniş bir alanı olabilir. Makul şekilde öngörülebilirlik, ister uzak anlam ister uzak alan olsun, sonuçta yorumla norm arasında bir bağlantı kurarak, anlamla norm arasında doğal ve makul sonuç ilişki-

si kurar. Normun uzak anlamı ya da geniş alanını, parça bütün ilişkisine benzetmek mümkündür. Normu oluşturan parçaların kullanılması suretiyle yeniden kurulacak yap-boz (yorum) faaliyetinde, ortaya çıkartılacak yeni bütünün, asli parçaları var eden fikinsel bütünle uyumlu olmasını ifade eder. “Evet, yeni bir kurguyla o parçalardan bu şekil de elde edilebilir” denilmesi halinde, parçalar arasındaki uyumdan yani makul şekilde öngörülebilirlikten bahsedilebilir. Her iki şart, sonuçta keyfi yorum yaparak, ilgili normun kapsamına girmeyen fiillerin de suç olarak tanımlanmasına izin vermez. Makul şekilde öngörülebilirlik, yorumun normun dışına taşmasına, ilgisiz alanlara sıçramasına izin vermez.

### **Başlangıç Yorumu, Terk Edilen Yorum ve Yeni Yorum**

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartı, hem ilk kez yapılacak yorumda hem de var olan yorumun ilerletilmesinde dikkate alınması gereken ilkelere dir. Çünkü değindiğimiz üzere normun değişmesi gibi yorumun da değişmesi kaçınılmazdır.

Başlangıç yorumu, norma dair ilk kez yapılan yorumdur. Bu yorum doğru olabileceği gibi yanlış ya da eksik olabilir. Doğru yorum, norm yürürlükte kaldığı sürece uygulanacak, yanlış yorum ise doğaldır ki terk edilecektir. Maksudı ifade etme zafiyeti taşıyan,

hukuk düzeniyle kısmen çatışan, yeteri kadar kapsayıcı olmayan yorumlar ise zamanla ilavelerle güçlendirilir.

Bir keşif faaliyeti olarak önceki somut olaylardan hareketle var edilen başlangıç yorumunun, tasarlanmış fakat tümüyle öngörülememiş, zamanla aksayan ya da artık amacı karşılama kapasitesini kısmen ya da tamamen yitirmiş eski yoruma ilaveler yaparak fonksiyonlarını sürdürmesine yardım etmesi, yoruma “yama” (ilave) yapılmasıdır. Mevcut yoruma yapılacak yama, değişen sosyal hayatın somut olaylarındaki farklılıkların, adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince yine mevcut olan normla bütünleştirilmesi, olay-norm uyumunun sağlanması faaliyetidir. Bunu yaparken tıpkı başlangıç yorumu gibi yama yorumun da suçun özünü tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerekir.

### **YORUMDA YAMA (PATCH) TEORİSİ**

Yorumun doğası, birbirinden ilgisiz, birbirini yok eden ya da öngörülemez şekilde aniden değişen fikirlerin birbirlerinin yerine ikame edilmesine kapalıdır. Yeni kabul edilen bir kanun için bir süreliğine birbirini yok eden yorumların aynı anda dolaşımında olması bir mazeret ise de, uzun zaman yürürlükte kalan normların yorumu bu mazeretten yararlanamaz. Zira yorum, hukuk dünyasında en az norm kadar

hatta bazen normdan daha etkilidir. O kadar ki zaman içinde hukukçular, normu metniyle değil, kabul edilen ve uygulanan yorumlarıyla bilir. Yorumun, metni temsil eden kimi zaman da yutan/kapsayan bir yönü olduğu inkâr edilemez.

Yorum, farklı görüş ve düşüncelerin çatışması sonucunda zaman içinde hukuk kamuoyunda benimsenen ortak bir anlayış zeminine oturur. Bu durum, istikrar ve belirli bir tutarlılık anlamına gelir. İstikrar, yorumun ilelebet hiç değiştirilmeden olduğu gibi muhafaza edilmesi değildir. Somut olayların farklılığı ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında değişimle sürekliliğin uyumlu bir ilişkisine ihtiyaç duyulur. Tutarlılık, değişimle süreklilik ilişkisinin ahenk içinde yürütülmesi, değişimin sürekliliğe uyarlanmasıdır. Bu da birikimli ilerleme demektir.

Birikimli ilerleme, işlevsel olması gereken yorumun, yeni ihtiyaçların dayatmasıyla yamalar sayesinde güncellenmesidir. Birikim ve ilerleme, özünden taviz vermeden eski yorumun yeni ilavelerle (yama) normun zaman yolculuğunu sürdürmesidir. Birikim, asla birbirine benzemeyen olaylardan edinilen tecrübelerle normu olası en esnek haliyle yorumlarken farklı tecrübelerden yararlanma, ilerleme ise yararlanılan tecrübelerden elde edilen çıkarımların yoruma yansıtılmasıdır. Her yargılama faaliyeti, normun top-

lumsal ihtiyaçları karşılayacak anlama içeriğine sahip olup olmadığını test etmeye yarayan çıktılar üretir. Yama, bu çıktıların önceki anlama ilave edilmesini zorunlu kılan anda devreye girer.

Günümüzde elektronik cihazların (donanım) belirli amaçlar için verimli, uyumlu, doğru ve istenildiği gibi çalışmasını sağlamak, emir-komut, tanım ve veri sistemleri (yazılım) sayesinde mümkündür. Bilgisayarlardan fabrikalarda çalışan makinalara, cep telefonlarından uydu sistemlerine kadar irili ufaklı hemen her elektronik alet (donanım), bir yazılım içerir. Yazılım, cihazların (donanım) çalışma zamanını ve şeklini düzenler. Cihazlar arasında ilişkiyi tanımlar, onları birbirine entegre eder. Kısacası cihazları kullanabilmemiz, onlara iş yaptırmanın program denilen yazılımla mümkündür.

Bir yazılım, kendini var eden temel amaca uygunsa ve ihtiyaçları karşılıyorsa mevcut haliyle varlığını devam ettirir. Fakat zaman içinde yeni ihtiyaçlar olabileceği gibi mevcut yazılımda küçük aksaklıklar da doğabilir. İlave ihtiyaçları karşılamak ya da küçük aksaklıkları gidermek için mevcut yazılım bir kenara atılıp, sil baştan yeni bir yazılım yapılmaz. Mevcut yazılım sadece yama (patch) yazılımlarla desteklenir. Yama yazılım, mevcut yazılımdaki bir hatayı gidermek ya da yazılıma ihtiyaca göre ilave özellikler katmak için yapılır.

Yama yazılım, ana yazılımı var eden amaca uygun ve ana yazılımın işleyişiyle uyumludur. Ana yazılıma göre daha küçük boyuttaki yama yazılım, ana yazılımla bütünleşerek onun fonksiyonlarını destekler, işlevini artırır, güncel ihtiyaçlar karşısında varlığını devam ettirmesini sağlar.

Aslında değişen yaşam koşulları ve somut olay farklılıkları karşısında başlangıç yorumuna dokunuşlar yapan yorum da yama yazılım gibidir. Norm, daha önceden yorumlanmıştır ve fakat yeni karşılaşılan somut durum, adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince yeni bir yorumu zorunlu kılmaktadır. İşte bu noktada yapılacak yeni yorum, karşılaşılan somut olayın özelliğine göre, suçun özütyle tutarlı (uyumlu) ve makul şekilde öngörülebilir (uygun) olma koşuluyla önceki yorumun güncellenmesi yani önceki yoruma yama (patch) yapılmasıdır.

Yorum, doğası gereği anlamı hem keşfeder hem de inşa eder. Yama teorisi, başlangıç yorumunun ve bu yorumla yapılan yamanın, tarihsel geçmişte keşfedilen ya da inşa edilen anlamın organik bütünü tamamlayarak sürdürmeyi hedefler. Bu şekilde süreklilikle birlikte istikrar sağlanırken hukuken güvenlik de korunmuş olur.

Yama teorisinin uygulaması, sadece maddi ceza hukukuyla sınırlı değildir. Maddi ceza hukuku ve usul hukuku yanında tüm hukuk dallarında da uygulanabilir.



AIHM, daha önceki kararlarında, tutukluluğun Sözleşmeye uygunluğu için makul şüphenin varlığını yeterli görürken (*Stögmüller/Avusturya*) tutukluluğun sadece makul şüphenin varlığına dayandırılarak belirli bir süre devam ettiği olaylarda, artık bu ölçütün tek başına yeterli olmayacağı, önceki içtihatlarında tanımlamadığı “*belirli bir süre*” kavramına da bir ölçüt getirilmesinin gerekli olduğu sonucuna varmıştır (*Buzadji/Moldova, [BD], §§ 92-93*). Çünkü ilk tutuklama anından sonra, devam edegelen tutuklamanın da Sözleşmeye uyumlu olması gerekir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin en az birinin (kaçma, delil karartma şüphesi gibi Bk *Buzadji/Moldova, [BD] § 88*) bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konması gerekir (*Buzadji/Moldova, [BD] §§ 100-102*).

AIHM, önceki yorumlarında benimsediği “*tutuklama için makul şüpheler yeterlidir*” görüşüne, “*bunun yanı sıra ayrıca tutuklama nedenlerinin en az birinin de bulunması gerekir*” tespitiyle önceki yorumuna yama yapmış, bu şekilde önceki içtihadını hem devam ettirmiş hem de yamayla geliştirmiştir.

Usul kanununda yama yöntemiyle yorumun geliştirilmesine ikinci örnek CMK 141/1-a bendindeki sınırlayıcı ifadedir. CMK’nın 141/1-a bendine

göre tazminat isteyebilecek kişiler “*yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” kişilerdir. Gözaltına alınanlar, bentte tazminat isteyebilecek kişiler olarak sayılmamıştır. AYM, Anayasa’nın 19/2-3 fıkralarında sözü edilen *yakalama* kavramına özerk bir anlam yükleyerek anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalamanın, kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden tüm süreci kapsadığını; bu bağlamda Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumuna 5271 sayılı Kanun’daki gözaltının da dâhil olduğunu ifade ederek (*Hasan Akboğa [GK] § 49, Eyyüp Güneş [GK], § 71*) gözaltına alınan kişilerin de CMK 141/1-a bent kapsamında tazminat talep edebileceği sonucuna varmıştır (*Eyyüp Güneş [GK], § 76*).

AYM, CMK’nın 141/1-a bendindeki “*yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” ibaresine “*gözaltına alınan*” ibaresini de yama yoluyla eklemiştir.

Şimdi maddi ceza hukuku alanında örneklerle yama teorisini somutlaştıralım.

TCK’nın 117/1 maddesine göre “*Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuksal aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişi...*” cezalandırılacaktır. Normun kalbindeki kavram, maddedeki “*iş ve çalışma*”



ifadesidir. Kanun, “iş ve çalışma” kavramını tanımlamamıştır. Kanunun, iş ve çalışmaya hangi hallerde müdahale edildiğini kabul ederek hangi fiilleri cezalandırdığını belirlemek için öncelikle “iş ve çalışma” kavramının ne olduğu yorumlanmalıdır.

İlk olayımızda, sanık, aralarında arazi anlaşmazlığı bulunan şikâyetçinin yanına gelerek tarlada çalışmasını engellemiş, şikâyetçi ve yanındaki tanıkların çalışmak için ısrar etmelerine rağmen şikâyetçiye sözlü hakaret etmiştir. Sanığın, mülkiyeti ihtilafı olan arazinin etrafına tel çeken şikâyetçiye hakaretle engel olduğu olayda Yargıtay, “iş ve çalışma” kavramını “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi” şeklinde yorumlamıştır<sup>4</sup>.

İkinci olayda şikâyetçi fırın işletmektedir ve ürettiği ekmekleri seyyar bir arabayla, sanığın bakkal dükkânı önünde satmaktadır. Bakkal dükkânı işleten sanık, cebir ve şiddet kullanarak bu satışa karşı çıktığı için hakkında TCK’nın 117/1 maddesinin uygulanması istemiyle dava açılmıştır. Bu olayda Yargıtay, “iş ve çalışma” kavramına yeni bir tanım getirmemiş fakat sanığın, şikâyetçiye ait bakkal dükkânı yanında yasal olarak satış yapma hakkının olup olmadığını araştırılıp, sonucuna göre karar verilmesini istemiştir<sup>5</sup>. Bu olaydaki bozma kararı, “iş ve çalışma” kavramının sadece “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi” şeklinde yorumlanamayacağını, bu yorumun somut olay karşısında eksik kaldığını göstermektedir. Zira her “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet

4 1-TCK’nın 117/1. maddesinde tanımlanan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı ve elverişli başka bir davranış gerçekleştirilerek işlenmesi mümkündür.

Yargılamaya konu olayda; iddianamede sanığın, “aralarında arazi anlaşmazlığı bulunan şikâyetçinin yanına gelerek tarlada çalışmasını engellediği, şikâyetçi ve yanındaki tanıkların çalışmak için ısrar etmelerine rağmen şüphelinin çalışmayı engellediği ve şikâyetçiye sinkaflı sözlerle hakaret ettiği” nin iddia edilmesine, kabulün de bu yönde olmasına, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu oluşturması bakımından elverişli bulunmayan hakaret suçundan ayrıca ceza verilip hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması karşısında, cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir davranışla suçun işlendiği iddia edilmemesine ve hükmün gerekçesinde de cebir, tehdit ve hukuka aykırı bir davranıştan bahsedilmemesine karşın ve sanığın mülkiyetinin ihtilafı olduğunu kabul ettiği tarlanın etrafına tel çeken katılana mani olmasının, ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimini engelleme niteliğinde olmadığı ve iddianamede hakaret dışında başka bir suç da yüklenmediği gözetilerek beraat kararı verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçeyle mahkumiyetine hükümlenmesi,

2-Kabule göre de;

İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, hakaret suçu gibi seçenekli yaptırım içerdiği, hakaret suçundan verilip açıklanması geri bırakılan hükümdede adli para cezasına hükümlendiği halde iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunda ise aynı gerekçelerle hapis cezası verilerek takdirde çelişkiye düşülmesi, 4. CD, 04/02/2013, 33587/2850; Tıpatıp benzer diğer olay ve tanım için Bk 4. CD, 27.01.2021, 19046/2592

5 Fırın sahibi olan şikâyetçinin ürettiği ekmekleri seyyar olarak başka bölgelerde satması konusunda gerekli izin ve yasal şartları sağlayıp sağlamadığı ve dolayısıyla hukuken sanığın bakkal dükkânı yanında satış yapma hakkı olup olmadığı araştırılıp, suçun yasal unsurları da tartışılmadan hüküm kurulması, 4. CD., 10/06/2013, 13440/18065

*üretimi*” hukuk tarafından korunmaz. Somut olayımızda olduğu gibi ilgili- nin ekonomik gelir getiren faaliyette bulunma hakkının korunması için bu işi yapmaya yasal olarak hakkının (iz- ninin) olması gerekir. Zira uyuşturucu satışı da “*ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi*”dir. Yargıtay, bu olaydan sonra “*iş ve çalışma*” kavra- mının önceki tanımına “*hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan*” ibaresini yama olarak eklemiştir. Artık “*iş ve çalışma*” kav- ramının yama yapılmış yeni tanımı, “*hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, ekonomik so- nuçları olan mal ve hizmet üretimi*” şeklindedir<sup>6</sup>.

Farazi olan üçüncü olayımızda mağdur, yol kenarında bulunan tarlası- na ektiği domatesleri, yoldan geçerken görüp, satmasını isteyenlere satan kişi-

dir. Mağdur, aslında sürekli satış yap- ma gibi bir faaliyette bulunmamakta, sadece talep olması halinde satış yap- maktadır. Tartışma konusunun, “*iş ve çalışma*” kavramının sürekli mi yoksa geçici mi olduğu varsayıldığında, ge- çici olan faaliyetlerin de korunması gerektiği sonucuna ulaşılması halinde tanımın yama yoluyla güncellenmiş son şekli şöyle olacaktır; “*hukuka uy- gun olarak icra edilen, izne tabi olma- sı halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, geçici bile olsa ekono- mik sonuçları olan mal ve hizmet üre- timi*”.

Farazi olan dördüncü olayımızda, hiç kimsenin zorlaması olmaksızın kendi namı hesabına fuhuş yapan bir kişinin cebir ve tehditle çalışmasının engellenmesi örneğiyle karşılaştığımızı düşünelim. Bu durumda kendi nam ve hesabına bile olsa fuhuş yapmak su- retiyle para kazanmanın insan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayacağı<sup>7</sup>, yasak-

6 TCK'nın 117/1. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilmesi mümkündür. Kanundaki “iş ve çalışma” ibaresi, hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, ekono- mik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi faaliyetidir. Maddedeki “hukuka aykırı başka bir davranış” ifadesi ise, cebir ve tehdit dışında kalan, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeye elverişli, kanunlarda suç olarak tanımlanmış ya da tanımlanmamış her türlü fiili kapsamaktadır. Failin, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmesi için kastının da bu yönde olması gerekir. İş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelmeyen ancak işyerinde meydana gelen bir fiil sonucunda iş ve çalışma faaliyetinin kısa ya da uzun süreli olarak durması, koşullarının olduğu durumda tazminat gerektirir ise de bu suçun işlendiğini göstermez.

Sanıkların, bir gün önce haklarında yağma iddiasıyla şikâyetle bulunan katılanların işyerine gelerek tehdit, yaralama ve işyerindeki bazı eşyalara zarar vermekten ibaret eylemlerinin işyerinde meydana gelmiş olmasının, sanıkların ayrıca iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçlarını işlediğini göstermeyeceğinden anılan suçlardan beraatleri yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi, **4. CD., 09.11.2015, 23445/37311**

7 Fuhuşun insan onur ve haysiyetiyle bağdaşır olup olmadığına dair değerlendirmeler için Bk Cem Burak Karataş [GK], B. No: 2014/19152, 18/10/2017, §§ 50-80,

lanmamış olsa bile kanun tarafından bu faaliyetin korunmaması gerektiği sonucuna ulaşırsa, yoruma yeni bir yama yapılması gerekecektir. Bu varsayıma göre önceki tanıma eklenecek olası yama “*hukuka, ahlaka ve insan onuruna uygun*” şeklinde olacaktır. Farazi örneğimizde, kendi nam ve hesabına fuhuş yapılması hukuken korunacaksa mevcut tanım yeterli olacaktır.

Bu örnekte görüldüğü üzere, her somut olay, bir önceki yorumu yetersiz hale getirmekte ve önceki yoruma yama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yapılan yamalar, suçun özülüyle tutarlıdır ve öngörülebilirlik ilkesini karşılamaktadır. Yorumda birikimli ilerleme söz konusudur. Her aşamada yapılan ve yama yoluyla öncekine eklenen yorum, takip edilmeye uygundur.

Her yorum, yukarıdaki gibi yama teorisini tipik olarak göstermeye elverişli değildir. Bazı örnekler, yama teorisinin işleyişini daha örtülü göstermektedir.

İkinci örnek, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konut ibaresinin yorumuyla ilgilidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 116/1. maddesi, “*bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, .... cezalandırılır*” şeklindedir. Bu maddede kilit kavram “*konut*”tur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK), konut kavramını “*devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yer*” olarak tanımlamaktadır<sup>8</sup>. CGK, tanımı yaparken eksik bir bakış açısıyla “korunan hukuki değer açısından hukuken konut olma” ölçütünden değil “fiziken konut olmaya elverişlilik” ölçütünden hareket etmiştir.

Somut olayımızda sanık, hiç kimsenin oturmadığı, eşya konulmamış, içinde yaşam emaresi olmayan, tamamen boş bir konuta ya da inşaatı hâlen devam eden bir konuta girmiştir. Yargıtay dairelerine göre bu fiil, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmaz<sup>9</sup>. Çünkü boş bir konuta giril-

8 CGK, 11.12.2018, 96-623; CGK, 11.03.1991, 25-67; CGK, 27.01.2009, 6-203/3; CGK 11.03.1993, 25-67; CGK, 21.06.1993, 155-184; CGK 27.12.1993, 169-354

9 Suç tarihi itibarıyla evin boş olup evde oturanın bulunmadığı dolayısıyla TCK’nun 116/1. maddesinde tanımlanan konut niteliğinde olmadığından konut dokunulmazlığının ihlali suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmayacağı anlaşılmakla, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, **6. CD, 23.02.2021, 4369/2987** ; Katılanın daha önceden taşındığı ve halihazırda kimsenin oturmadığı meskenin, konut niteliğinde olmadığı ve dolayısıyla sanığa atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi, **18. CD, 05.07.2018, 12811/10948** ; söz konusu evin boş olup, içerisinde eşyaların olmadığı tespit edilmesi, müşteki ...’nun da suç tarihinde evde oturan kimsenin olmadığını belirtmesi karşısında müştekiye ait evin içinde eşya bulunmayıp boş olduğu ve konut olarak kullanılmadığı gözetilmeden, unsurları itibarıyla oluşmayan konut dokunulmazlığının ihlali suçundan suça sürüklenen çocukların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi, **2. CD 04.04.2019, 445/6619**

mekle suçun koruduğu hukuki yarar ihlal edilmemiş, dolayısıyla da suç oluşmamıştır. Madde gerekçesindeki “...Konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin kendisine özgü barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selamete cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir...” şeklindeki açıklama, konut dokunulmazlığının ihlali suçuyla, konut üzerindeki mülkiyet veya zilyetlik haklarının değil, kişinin mahremiyetinin, kendi yaşamına özgülediği özel alanının korunduğunu göstermektedir. Kanunlarımızda mülkiyet ve zilyetliği koruyan başka hükümler bulunmaktadır. Hâlbuki konut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin suç haline getirilmesiyle, kişilerin en önemli mahrem alanı olan konutunda güven ve huzur içinde yaşamaları, özel yaşamın korunması amaçlanmıştır<sup>10</sup>.

Somut olayımızda olduğu gibi tamamen boş bir konuta giren kişi, CGK’nun konut tanımına göre suçu işlemiştir. Çünkü CGK, konutu elverişlilik ölçütüyle tanımlanmıştır. Tamamen boş olsa bile içine girilen yer konut olmaya elverişlidir. Yargıtay’ın daireleri ise, tanıma, suçla korunan hukuki

değeri esas alarak bir yama yapmıştır.

Üçüncü örneğimiz, özel belge olduğu halde Kanun’un resmî belge kabul ettiği (TCK md 210) emre veya hamile yazılı kambiyo senedine, borçlunun izniyle üçüncü kişinin san-ki borçlu tarafından düzenlenmiş gibi borçlu adına ancak kendi imzasını atmasıdır. Sahtecilik suçunu düzenleyen hükümlerde (TCK md 204-212), adına belge düzenlenen kişinin rızasının fiili suç olmaktan çıkartacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlunun önceden verdiği izne dayalı olarak, borçlu adına ve borçlu yerine üçüncü kişinin imza atması halinde şekli olarak resmî belgede sahtecilik suçu (TCK md 210/1, 204/1) oluşacaktır. Fakat Yargıtay<sup>11</sup>, bahsedilen durumda şekli olarak sahtecilik suçunun oluşacağına dair yoruma “önceden verilen rızaya binaen düzenlenmiş olması hariç” şeklinde bir yama yapmış, yamaya suçun istisnasını ortaya koymuştur.

Dördüncü örneğimiz, tefecilik suçundaki para tanımına ilişkindir. TCK’nın 241/1 maddesine göre “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, ...cezalandırıl-

10 CGK, 11.12.2018, 96-623 ; Aynı yaklaşım için Bk Andreou Papi/Türkiye § 54

11 Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.1992 tarih ve 80/98, 19.04.2005 tarih ve 221-38 sayılı kararlarında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, belgede sahtecilik suçlarında önceden verilen rıza üzerine borçlu yerine onun adına imza atılmasında zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği cihetle; sanığın yasal unsurları itibarıyla oluşmayan resmi belgede sahtecilik suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, 11. CD, 15.06.2021, 6255/5301 ; Aynı yöndeki diğer kararlar için Bk 11. CD, 17.06.2021, 7441/5417; 21. CD, 10.12.2015, 4781/6099; 11. CD, 08.12.2015, 24387/31623; 21. CD, 26.11.2015, 4933/5630

lır”. Maddedeki “para” ibaresi nasıl yorumlanmalıdır? TCK’nın parada sahtecilik kısmında yer alan 198/1 maddesi, “Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziyinet altınları, para hükmündedir” şeklindedir. Yargıtay, TCK 198. maddedeki para tanımının, paranın sahteciliği (TCK md 197) suçuna özel bir düzenleme olduğunu kabul ederek<sup>12</sup>, cumhuriyet altını gibi TCK 198/1 maddede sayılan evrak ve emtianın ödünç verilmesinin tefecilik

suçunu oluşturmadığı görüşündedir. Yargıtay’a göre tefecilik suçuna konu olan para<sup>13</sup> “tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan” paradır. Bu tanım, sadece klasik kâğıt parayı ifade etmektedir.

Kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla gerçekte alışveriş yapılmadığı halde sanki alışveriş yapılmış gibi kredi kartlarında POS cihazı aracılığıyla işlem yapıp, gerçek olmayan bu alışveriş tutarlarından belli bir komisyon kesintisi sonrasında geriye kalan kısmın nakit ödemesi şeklinde gerçekleşen eylemler

12 Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç paranın oluşturduğu, 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında, suç tarihinde sanığın, müştekinin kardeşi ve dosya tanığı ...’a 4.000 TL karşılığında altın vererek 7.000 TL tahsil etmek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı nazara alınmadan, suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **5. CD, 17.10.2018, 449/7530**; Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç para oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında; suç tarihinde sanığın müştekiye ertesini yıl iki katını geri almak üzere ödünç onbir adet cumhuriyet altını vermek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan para oluşturduğu nazara alındığında; sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **5. CD., 20/01/2014, 15713/607**; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun konusunu sadece para ile sınırlandırılması karşısında, para yerine geçen kıymetli evrak, altın veya sair menkul kıymetler madde kapsamında bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereğince yorum veya kıyas yoluyla bir eşyanın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi suçun konusunu oluşturmayacağından, sanığın beraati yerine yanılığın değerlendirme ile mahkumiyetine karar verilmesi, **9. CD, 13.04.2021, 92/2230**; Tefecilik suçunun konusunu sadece para ile sınırlandırılması karşısında para yerine geçen kıymetli evrak, altın veya sair menkul kıymetler madde kapsamında bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereğince yorum veya kıyas yoluyla bir eşyanın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi suçun konusunu oluşturmayacağından, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, **9. CD, 28/01/2021, 4193/353**

13 ...kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturması karşısında ... **5. CD, 21.04.2014, 2261/4493**; **5. CD., 20/01/2014, 15713/607**

de tefecilik kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Bu kabule göre Yargıtay, yukarıdaki “*klasik kâğıt para*” tanımına yama yapmış, nakit kullanımı gerekmez mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan (5464 SK md 3/e) kredi kartını “*parayı temsil eden ödeme aracı*” anlamında para kabul etmiştir.

Henüz bir yargı kararına konu olmamakla birlikte, kripto varlıklarla tefecilik suçu işlenmesi halinde kabul edilen para tanımına “*parayı temsil eden, gerçek varlığı bulunmayan ödeme aracı*” şeklinde yama yapılacağı muhakkak görülmektedir.

Örneklere dikkat edilirse her yorum, bir önceki yorumu iptal etmemekte, geçersiz saymamaktadır. Bilakis önceki yorum, somut olayın koşulları nedeniyle aşamalı (tedrici) bir şekilde ya ileriye taşınmakta ya da mevcut tanımlara yama yoluyla ilaveler yapılmakta, istisnalar belirlenmektedir.

Yama yapılarak ileriye taşınacak yorum, daha önceden yapılmış, hukuk kamuoyu tarafından kabul gören, erişilebilir başlangıç yorumudur. Kimi durumlarda yorumlar arasında tümü-

le birbirine zıtlık bulunur. Sonraki yorum, önceki yorumu ortadan kaldırır<sup>15</sup>. Bu durumda yama yapılacak başlangıç yorumu, önceki yorumu ortadan kaldıran son yorum olacaktır. Son yorum artık yama teorisi açısından başlangıç yorumudur.

Yama teorisinin düzgün işleyebilmesi için başlangıç yorumunun, hukuk sistemine, insan haklarına, üst normlara, yorum yöntem, araç ve ilkelerine, adalete, eşitliğe ve hakkaniyete uygun olması, öngörülebilirlik şartını taşıması ve suçun özünü tutarlı olması gerekir. Başlangıç yorumu doğru ise olası eksiklikler, zaman içinde giderilecek ve her aşamada yorum yeni yamalarla güçlenecek, hatalara kapalı hale gelecektir.

Yama teorisine göre yorum, yıkıcı, yok edici, görmezden gelici bir düşünsel faaliyet olamaz. Kurucu, inşa edici, devam ettirici, ileriye götürücü, düzeltici esnek bir faaliyettir.

Görülen her yeni dava ya önceki yorumu teyit eder ya da ondaki eksikliği, yanlışlığı, katılığı ortaya çıkarır. Bu tecrübe, birikimli ilerlemeye neden

14 Bk II. CD 29.11.2021, 41255/11079 ; 8. CD, 17.11.2021, 24009/21107; 5. CD, 21.09.2021, 8357/3892

15 Önceki yorumu hatalı kabul ederek ortadan kaldıran çok sayıda yorum örneği bulunmaktadır. Bunlardan biri, TCK 150/1, 106/1 maddelerinin uygulanması halinde suçun niteliği ve buna bağlı olarak uzlaşma hükümlerinin uygulanması sorunudur. TCK'nın 150/1 maddesine göre “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklindeki düzenlemeye göre fiilin tehditle işlenmesi halinde eylem tehdit değil yağma kabul edilerek, tehdit suçunda uygulanması gereken uzlaşma hükümleri (CMK 253/1-b-3) uygulanmıyordu (6. CD, 09.07.2020, 463/2648). CGK'nun 29.04.2021 tarih ve 6-404/184 sayılı kararıyla, TCK 150/1, 106/1 maddelerin uygulanması halinde suçun yağma değil tehdit suçunu oluşturacağı, bu nedenle uzlaşma hükümlerinin uygulanması yönünde karar vermiş, önceki görüş terk edilmiştir.



olur. Yama teorisine göre yorum, birimlerle oluşmuş, hukuk sistemine tümüyle uyumlu bir parça oluşturmaktır. Bazı somut olaylar karşısında mevcut yorum işlevsiz kalırsa, olay bağlamında yoruma yeni yama yapılmalıdır. Yapılacak yama, mevcut yorumla uyumlu olmalı, onu desteklemeli ve ileriye taşınmalıdır. Yorumun bu özelliği, yorumda yama teorisidir.

Yama teorisi, bir normun anlaşılmasına esas olacak başlangıç yorumunun ve yamayla ilave edilen yeni yorumun, hukuka uygun, suçun özülüyle tutarlı, makul şekilde öngörülebilir, toplumsal değişimleri ve yeni gelişmeleri karşılayacak şekilde ilerlemeye ve suçun unsurlarını temsil etmeye uygun olması gerektiğini ifade eder.

Yama teorisi, olası en iyi yorumun, somut olayların doğurduğu ihtiyaçlarla güncellenmiş yorum olduğunu kabul eder. Güncellenmiş yorum, daima suçun özülüyle tutarlı ve makul şekilde öngörülebilir olmak zorundadır. Güncellenmiş yorum, değişen toplumsal

yaşamın dayattığı ihtiyaçlar karşısında normun varlığını sürdürmesine olanak sağlayacağından kanunların da sürekli değişmesine engel olur.

Güncellenmiş yeni yorum, özellikle kanunun suçun unsurlarını belirlemediği, bu görevin yargı mercilerine bırakıldığı suç tiplerinde, suçun unsurlarında lehe değişiklik yapıyorsa, yeni yorumla meydana gelen hukuki durumun geçmişe yürütülmemesi<sup>16</sup> ve “lehe kanun” düzenlemesinden yararlanması gerekir<sup>17</sup>.

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması yükümlülüğü, kanunun sadece suçun adını söylediği fakat unsurları belirleme görevini yargı mercilerine bıraktığı suçlarda, yargı mercilerinin, normun soyutluğuyla yorumun soyutluğunu birleşerek dânesel uygulamalar için kendilerine bir tür meşru bir zemin hazırlamalarına, keyfi yorumda bulunmalarına engel olma açısından oldukça önemlidir.

16 *AİHM*'ne göre yorumun “mevcut suçların kapsamının, daha önceden suç olarak kabul edilmeyen eylemleri içine alacak şekilde genişletilmemesi ve bu genişletmenin geçmişe yürütülmemesi, Sözleşmenin 7. maddesinde güvence altına alınmıştır (Bk *Del Rio Prada-İspanya*[BD], §78 ; *Kafkaris-Kıbrıs*, [BD], §138 ; *Coëme ve Diğerleri/Belçika*, §145 ; *Parmak ve Bakır/Türkiye*, §§ 57-59).

17 VUK'nun 359 maddesindeki suçların her takvim yılı için ayrı suç olacağı ve gerçek içtima kuralının uygulanacağı kabulü tamamen Yargıtay'ın yorumundan kaynaklanan bir uygulamadır. Örneğin 2021 yılının aralık ayında sahte faturalarla KDV beyannamesi veren kişi, aynı suçu 2022 yılı ocak ayında da işlese, suçu iki ayrı vergi yılında işlediği için iki ayrı suç işlemiş olacaktır. Aynı vergi yılı içinde farklı beyanname dönemlerinde sahte fatura kullanılsa bu kez mükellefe tek ceza verilip zincirleme suç nedeniyle cezada artırım yapılması gerekecektir. Her vergi yılının ayrı suç oluşturacağı yorumundan vazgeçilir, fiillerin tamamı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse, yorum değişikliği suç sayısına, dolayısıyla ceza miktarına etkili olacağından lehe kanun değişikliği (TCK md 7) gibi geriye dönük uygulanmalıdır.



Şimdi, suçun özülle tutarlı olmayan ve öngörülebilirlik şartını taşımayan keyfi yorumların normu nasıl bozup başkalaştırdığını ve bu nedenle hukuki yorum sayılamayacağını örnekleriyle anlatma zamanı geldi.

Kanunda, örgüt kurma ve yönetme (TCK 220/1, 314/1), örgüte üye olma (TCK 220/2, 314/2) suçlarının sadece adı söylenmiş, bu suçların unsurlarını belirleme görevi yargı mercilerine bırakılmıştır. Yargı mercilerinden beklenen, kanunilik ilkesini sağlayabilmek için, suçun unsurlarını, açık, anlaşılır, erişilebilir şekilde belirlemektir. Nasıl ki kanun koyucu, bir fiili suç haline getirirken yürürlüğe koyduğu kanunla bağlayıcı bir sınır çizerek vatandaşlara güvence sunuyorsa, yargı mercileri de kendilerini bağlayan, tüm mahkemelelerin kararlarında emsal alacakları, vatandaşların hukukçulara danışarak öğrenebileceği, keyfiliği önleyen yorumlar yaparak, belirsizliği ortadan kaldırmak zorundadır. Hem kanun hem de yargı mercileri, yorum yoluyla normun anlamına bir çizgi çekip, çizginin öte tarafında kalanlara suç isnat edilemeyeceği güvencesini hukuken sunmak zorundadır.

Yama teorisi, başlangıç yorumunun açık seçik belli olmasını, hukuk kamuoyu tarafından bu yorumun bilinmesini ve bir tür uzlaşma (konsensüs) yoluyla da uygun bulunmasını savunur. Zira yama yoluyla sonradan yorumun

geliştirilmesini, normun zaman karşısında yenilmeden işlevsel kalmasını savunan teori, doğal olarak ilk yorumun ne olduğunun bilinmesi gerektiğini savunur.

Silahlı bir örgütte üye olma suçunun hangi koşullarda oluşacağına dair Yargıtay'ın zengin bir içtihat külliyatı bulunmaktadır (*Venedik Komisyonu, 15/3/2016 tarih ve 831/2015 sayılı Raporu, § 100*). Yargıtay, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyet kararı verilebilmesi için organik bağ ölçütünü kullanmaktadır. Organik bağın varlığı, kişinin eylemlerinde süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk dikkate alınarak belirlenir. Bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemleri *süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk* göstermelidir. Kişinin terör örgütüyle organik bir bağının bulunması, örgütün varlığını bilmesi, örgüt hiyerarşisi içinde bilerek ve isteyerek yer almasıyla kanıtlanır (*Bk Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) [BD], § 277, Hamit Yakut [GK], § 50, Metin Birdal [GK] § 72*). Organik bağ, kişinin içinde yer aldığı yapının örgüt olduğunu bildiğini gösterdiği gibi örgütle ilişkisinin tesadüfi, zorunlu, geçici olmadığını da gösterir. O hâlde her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününün anlaşılması sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu

gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınınamalı; her biri terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınınamalı ve sağlamları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir (*Metin Birdal* [GK] § 72). Kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin, organik bağın varlığına delil olarak gösterilmesi, hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğinden (*Metin Birdal* [GK] § 48, §§ 63-64) son derece hassas olmayı gerektirir. Kişinin, hem yasalar çerçevesinde faaliyette bulunması hem de terör örgütüne üye olması birbiriyle bağdaşır olmadığı için mahkemeler, bu hususta tatminkâr bir açıklama yapmak zorundadır (*Karşılaştırın, Tüncay Yıldız ve diğerleri*, § 48, *Ahmet Urhan*, § 48).

Örgüt üyeliği gibi soyut bir ifadenin, organik bağ gibi başka bir soyut kavramla açıklanması, aslında başarılı bir açıklama sayılamaz. Organik bağ ölçütü hukuken başarılı bir somutlaştırma olsaydı, Yargıtay'ın bozma kararları bir yana, AİHM ve AYM'den yüzlerce ihlal kararı çıkmazdı. Her şeye rağmen organik bağın eylem çeşitliliği, eylem sürekliliği ve eylem yoğunluğuyla somutlaştırılmaya çalı-

şılması ve üç unsurun birlikte var olmasının aranması, bir nebze de olsa suçun maddi yönünü ortaya koymaya yeterli görülmektedir.

Yama teorisine en çok ihtiyaç duyulan alan, kanunların sadece suçun adını söylediği fakat unsurlarını belirleme görevini yargı mercilerine bıraktığı suçlardır. Çünkü eylem çeşitliliği, sürekliliği ve yoğunluğunun ne anlama geldiği, somut olayda ispatlanmış fiillerin bu ölçütleri karşılayıp karşılamadığı zaten tartışmanın odağını oluşturmaktadır.

Şimdi bu suçlara dair, aşağıdaki örneklere göz atmamız gerekir.

Yorumun, suçun özülle tutarlı olması gerekliliğine dair inceleyeceğimiz dava, Parmak ve Bakır/Türkiye kararıdır (AİHM, 03.12.2019, 22429/07 ve 25195/07).

Parmak ve Bakır/Türkiye kararına konu olayda, başvuranlar, İzmir'in bazı mahallelerinde üzerinde Türkçe ve Kürtçe dillerinde çeşitli sloganlar içeren bildirimleri dağıtmış, insanları milliyetlerinden ve mensubu olduğu etnik ve dini gruplardan kaynaklanan farklılıklarını bir kenara bırakmaya ve "Faşist Türk Devletine" karşı halkın sınıf mücadelesi çerçevesinde birleşmeye davet etmiştir. Başvuranlar hakkında açılan soruşturmada gözüaltına alınmıştır. Aramada propaganda mahiyetindeki belgeler, örgütün sözde tüzü-

gü bulunmuştur. Emniyet Müdürlüğü, başvuruların dâhil olduğu grubun nihai amacının Türkiye’de Marksist-Leninist devrim yapmak olan bir terörist örgütü olduğunu bildiren bir dosya hazırlamıştır. İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, ele geçen belgelerden, bazı şüphelilerin susma hakkını kullanmalarından yola çıkarak, bazı başvuruların BPKK/T isimli örgütün kurucusu, bazılarını da bu örgütün üyesi olmak suçlarını işlediğini kabul ederek 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/1 maddesinin ilk cümlesi uyarınca cezalandırmıştır. Mahkeme, örgüt üyeleri fiziksel şiddete başvurmuş olsalar bile, ele geçirilen belgelerden anlaşıldığı üzere amaçlarını gerçekleştirmek için tehditlerde bulunma gibi manevi cebir teşkil eden eylemlerde bulduklarını belirtmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü’nün hazırladığı dosyadaki bilgi notu da kararda etkili olmuştur. Mahkeme, örgüt tüzüğünde, kişiler üzerinde manevi cebir oluşturmaya yetecek ölçüde ciddi beyanların olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme hangi üyenin hangi eylemleri gerçekleştirdiğinin üzerinde fazla durmadan sanıkların birbiri ile iletişim içerisinde olduğunu, toplantılar düzenlediklerini, örgüt adına eylemler gerçekleştirdiklerini ve dolayısıyla birlikte çalıştıklarını sabit bulmuştur. Mahkûmiyet kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır.

AIHM, Sözleşmenin 7. maddesinin içerdiği güvencelerden bahsettikten

sonra, Türk hükümetinin, bir derneğin sadece tüzüğünün niteliğine dayalı olarak, örgüte atfedilebilir şiddet içeren eylemleri bulunmasa bile terör örgütü olarak kabul edildiğini gösteren, daha önceden verilmiş emsal karar sunmadığını, keza terör suçları bağlamında “manevi cebir” kavramını kullanan yerel içtihat örnekleri sunmadığını tespit ederek (*Parmak ve Bakır/Türkiye*, § 66) 3713 sayılı Kanunu incelemiştir. AIHM, 3713 sayılı Kanun’a göre, bir topluluğun terör örgütü muamelesi görmesi için bir kısım kümülatif koşulun bir arada olması gerektiği, bunların kısaca cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birine başvurma olduğunu tespit etmiştir. Bu yöntemlerin arkasında ideolojik veya siyasi nedenler bulunmalıdır. Fiili şiddet veya bu tür şiddeti kullanma niyeti suçun tanımının temelidir. Manevi cebir, kanunda olmadığı için suçun unsuru sayılamaz (*Parmak ve Bakır/Türkiye*, §§ 67-75). Dava konusu örgütün daha önceden şiddet içerikli hiçbir eylemi tespit edilememiştir. Tespit edilen tek husus, el ilanları dağıtmaktır. Başvurular, dağıttıkları belgelerde ifade edilen siyasi fikirler ve özlere dolaşarak terör örgütü üyeliğinden mahkûm edilmiştir. Hâlbuki örgütün, nihayetinde bir dereceye kadar maddi cebire işaret eden, güç ve şiddet kullanarak suç işlemeyi amaçlaması gereklidir. Mahkûmiyet kararında, manevi cebrin

terörizm anlamına geldiği sonucunu haklı çıkaracak şekilde suçu oluşturan unsurlarla nasıl bir ilginin olduğu açıklanmamıştır. Hem geçerli ulusal içtihatla hem de ulusal hukuk tarafından tanımlandığı üzere suçun mahiyetiyle bağdaşmayan bir yorumla yargısal takdir hakkı genişletilerek Sözleşme'nin 7.maddesi ihlal edilmiştir.

Başvuranların örgüt suçundan mahkûmiyetlerine dair kararın delilleri, dağıttıkları bildiri, derneklerinin tüzüğü ve Emniyet Genel Müdürlüğünün hazırladığı bilgi notudur. Terör örgütünden bahsedilebilmesi için 3713 sayılı Kanun'a göre mutlaka bir şiddet eyleminin olması gerekir. Mahkûmiyet kararında mahkeme, şiddet eylemi olmadığı halde manevi cebirin varlığından bahsederek şiddet olgusunun bu şekilde gerçekleştiği yorumunu yapmıştır. Hâlbuki 3713 sayılı Kanun, manevi cebir şekliyle şiddetin varlığını kabul etmeye izin vermeyecek kadar açıktır. Yapılan yorum, suçun özülle tutarlı olmadığı için AİHM, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Yorumun makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerektiğine dair inceleyeceğimiz karar, Güler ve Uğur/Türkiye (AİHM, 02.12.2014, 31706/10 ve 33088/10) kararıdır.

Demokratik Toplum Partisi'nin (DTP) aktif üyesi ve bölge yöneticisi olan başvuranlar, güvenlik güçleri ta-

rafından öldürülen üç PKK üyesi için DTP'nin Altındağ (Ankara) binasında düzenlenen dini bir törene (mevlit) katıldıkları için terör örgütü lehine propaganda yapma suçundan mahkûm edilmiştir.

Tören kaydının görüntülerinin yer aldığı CD, isimsiz bir ihbar mektubu ile soruşturma mercilerine gönderilmiş, başvuranların, "PKK'nın şehitleri" anısına düzenlenen törene katıldığı bildirilmiştir. Soruşturmada başvuranlar, dini vecibelerini yerine getirmek amacıyla törene katıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Açılan davada, başvuranlara mahkûmiyet kararı veren mahkeme, törende anılan kişilerin terör örgütü üyesi olmaları, örgüte yönelik yürütülen operasyonlar sırasında güvenlik güçlerince öldürülmeleri, tören için seçilen yerin siyasi parti binası olması, masalara PKK bayrağı serilmesi ve örgüt üyelerinin fotoğraflarının konulması gerekçesine dayanmıştır.

AİHM, ibadetle dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğünün sözleşme tarafından korunduğuna işaret ederek bu uygulamanın ölüm sonrasında düzenlenen törenleri de kapsadığını kabul etmiş, hayatını kaybeden kişilerin yasadışı bir örgüt üyesi olup olmamalarının bir önemi olmadığını vurgulamıştır. AİHM propaganda kavramını, olaylar, kişiler ya da belli riskler hakkında kamuoyu algısını etkileyen bilgilerin bilinçli bir şekilde tek yönlü olarak yayılması şeklinde tarif ederek,

bir terör örgütü ile kendini özdeşleştirme şeklindeki bazı davranışların ve özellikle bu tür bir örgütün övülmesinin, terörizme destek gösterisi olarak ve şiddet ve nefreti teşvik olarak görülebileceğini kabul etmiştir.

Öngörülebilirlik koşulunun gerçekleşmesi için kişinin ilgili kanun metninden yola çıkarak, gerektiğinde mahkemeler tarafından yapılan yorumların da yardımıyla, hangi fiillerin veya ihmallerin kendisine sorumluluk yüklediğini bilebileceği durumları ifade eder. AİHM'ne göre başvurular törenin düzenlendiği yerin seçimi konusunda belirleyici olmamıştır. Dini törenin gerçekleştirildiği binada yasadışı bir örgüte ait sembollerin bulunmasından sorumlu oldukları sonucuna varmaya yeterli bulgu da yoktur. Sadece dini bir törene katılmanın 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 fıkrasının uygulama alanına girebileceğinin öngörülmesi mümkün değildir.

AİHM, yaşarken yaptığı fiiller ne olursa olsun, öldüğünde her insan gibi ölenin de geride kalanlar tarafından yerine getirilmesi manevi yükümlülük olarak kabul edilen bir takım dini uygulamaların olacağına işaret etmektedir. Dini uygulamaların, propagandaya dönüşme riski her zaman bulunur. Somut olayda, başvuruların, kendi etki alanları dışında seçildiği ve dizayn edildiği anlaşılan bir ortamda, sadece dini inançları gereği bulunuyor olmalarının, propaganda olamayacağı, örgüt propagandasını yasaklayan kanun

metninden bu sonucun çıkarılmasının makul bir kişi tarafından öngörülmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır.

Son örneğimiz, Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendirildiği fakat suçun özümüyle tutarlı olmayan ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını yerine getirmeyen Mürsel Yıldız kararıdır (B. No: 2020/22149, 15/6/2022)

Davaya konu olayda, başvuran, bir terör örgütü kurucu tarafından yazılmış, piyasada satılan kitaptan bazı sayfaları, “*Sosyoloji Ders Notları*” arasına koyarak, cezaevinde bulunan başka bir kişiye göndermiştir. Gönderilen kişiye ulaşmadan notlara el konulmuş, açılan davada başvurana, terör örgütüne yardıma teşebbüs suçundan ceza verilmiş, mahkumiyet kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Anayasa Mahkemesi, piyasada bulunan bir kitabın fotokopilerinin ceza infaz kurumuna göndermesinin hangi surette terör örgütüne yardım suçunu oluşturduğu yönünde bir değerlendirme yapılmadan başvurucunun cezalandırmasını ifade özgürlüğünün ihlali kabul etmiştir.

Suçun özümüyle tutarlı olmayan ve makul şekilde öngörülmesi mümkün olmayan yorumlar, aslında yorum değildir. Bu tür yorumlar, ne kadar zorlanırsa zorlansın, norma dâhil edilmesi mümkün olmayan hukuk dışı düşüncelerdir. Hukukçu kılıklı hukuk bil-

mezlerin, normun suçun unsurlarını içermemesinden faydalanmak suretiyle işkence yaparak niyetlerini norma söylettirmeden ibarettir.

Yama teorisi, öncelikle yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerekliliği üzerinde durarak normun araçsallaştırılmasının önüne geçer.

### SONUÇ YERİNE

Yama teorisinin çıktıları olarak sonuça şunları söylemek mümkündür; Kanunlardan beklenen, suç olarak kabul edilen olgunun ya da fiilinin ne olduğunu açıkça göstermesidir. Fakat bu, kimi suçların doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda kanunilik ilkesi gereğince suçun unsurlarını tanımlama sorumluluğu, yargı mercilerine aittir.

Yargı mercileri bir yandan değişmezi temsil eden norma dayanmak öte yandan değişen sosyal ihtiyaçlara bir cevap vermek zorundadır. Yorum, değişimin değişmeyenle hukuksal bağlantısını kurmak, değişimle süreklilik dengesini sağlamaktır.

Sosyal hayat sürekli değişim içindedir fakat hukuk, bireylere belirli bir istikrarı sağlamakla yükümlüdür. Değişimle süreklilik arasında denge kurulurken, kanunilik ilkesi gereğince yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlaması gerekir. Yorum, norma anlam verme faaliyeti olduğuna göre,

norma verilecek anlamın, hem gelişim anlamında değişime açık olması hem de görece sürekliliği temin etmesi gerekir. Yama teorisi, normu, sosyal hayatın değişimi karşısında güncelleyerek anlamı görece olarak sürekli kılar. Yeni ihtiyaçlar yeni yorumu zorunlu kılarken yeni yorum, yeni bile olsa eskisiyle (başlangıç yorumu) bağlantısını sürdürmeli, istikrarı sağlamalıdır. İhtiyaç duyulan yeni yorum, yama yorumudur. Yama yorum, yama yapılacak, önceden var olan ve sürdürülen bir başlangıç yorumunun varlığını zorunlu kıldığı için, önceki yorumla uyumlu olmak, önceki yorumu işlevsel kılmak gibi bir amaca hizmet eder. Yama yorumun normla ve önceki yorumla bağlantısı, yorumun tüm aşamalarının takip edilebilmesini mümkün kılar. Bu şekilde yorum, keyfi bir düşünsel faaliyet olmaktan çıkarak, birikimli ilerlemenin tüm unsurlarını içeren hukuk bilimsel bir faaliyet halini alır.

Suçun özüyle tutarlı yorum, normun yorumunu geliştirmeye izin verirken yorum yapanı normun içinde kalmaya zorlar. Norma için *ratio legis*, bu şekilde korunur. Normun başkalaştırılması önlenir. Yama teorisinin en önemli ayaklarından olan suçun özüyle tutarlı yorum, yorumla norm bağlantısını sürekli kıldığından, normdan yeni suçlar üretilmesini engeller. Suçun özüyle tutarlı olma, fiili suç olarak var eden sosyal ihtiyacın ana fikrine sadakati temsil ederken öngörülebilirliği de



besleyen ana damar olur.

Makul şekilde öngörülebilir yorum, zaten suçun özülüyle de tutarlıdır. Bu şekilde yorum, normun olası mantıksal-hukuksal sınırınıdır. Bu sınırın dışına çıkılması, normun da dışına çıkılması, ilgili dava için normun yeniden yazılması anlamına gelir. Normun yeniden yazılması, yorum değildir, kanun yaratmak suretiyle yetki aşımıdır.

Makul şekilde öngörülebilir yama yorum, değişen sosyal hayatın getirdiği zorunluluklar nedeniyle, demokratik bir toplumda sosyal ihtiyacı tam olarak karşılamaktan uzak kalan bir normu yeniden işlevsel hale getirir. Birikimi ve ilerlemeyi sağlar. Birikimle oluşmuş yorum, yama yorumlarla sürekli güncellenir. Değişimle süreklilik dengesi, yama yorumla mümkündür.

Yama yorumlama tekniği, sadece maddi ceza hukuku için geçerli bir teori değildir. Tüm hukuk düzenine uyarlanabilir. Temel haklara müdahale eden tüm maddi ceza hukuku normları ve özellikle de sadece adı söylenmiş, içeriği belirsiz normlar yönünden, vatandaşların haklarını korumada daha etkili bir yorum yöntemidir. Yama yorum, normu amaç, kapsam ve tarihi süreç bakımından belirli hale getirir. Normun açık, net, anlaşılır olmasını sağlayarak uygulama birliğine hizmet eder. Hukuki güvenlik sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçilir. Ka-

nun, keyfi davranmanın aracı olmaktan çıkarak, sahip olduğu asgari maddi içerikteki belirsizlik giderilir.

## KAYNAKÇA

### *AİHM KARARLARI*

- Alimuçaj/Arnavutluk, 20134/05, 07.02.2021
- Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 36815/03, 14.01.2010
- Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye [BD], 23536/94 and 24408/94)
- Buzadji/Moldava, [BD], 23755/07, 05.07.2016
- Coëme ve Diğerleri/Belçika, 32492/96 , 32547/96 , 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, 22.06.2000
- Del Rio Prada/İspanya, [BD], 42750/09, 21.10.2013
- Güler ve Uğur/Türkiye, 31706/10 ve 33088/10 , 02.12.2014
- K.-H.W./Almanya [BD], 37201/97 , 22.03.2001
- Kafkaris/Kıbrıs, [BD], 21906/04 , 12.02.2008
- Korbely/Macaristan [BD], 9174/02 , 19.10.2008
- Kononov/Letonya [BD], 36376/04 , 17.05.2010
- Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, [BD], 13279/05, 20.10.2011
- Parmak ve Bakır/Türkiye, 22429/07 and 25195/07, 03.03.2020
- S.W. ve C.R./Birleşik Krallık, 20166/92, 22.11.1995
- Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) [BD], 14305/17 , 22.12.2020



- Stögmüller/Avusturya, 1602/62, 10.10.1969
- Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya, 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22.03.2001
- Unédic/Fransa, 20153/04, 18.03.2009
- Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve Diğerleri/Fransa [BD], 24846/94 ve 34165/96 ila 34173/96 , 28.10.1999

#### **AYM KARARLARI**

- Ayşe Ortak [GK], B. No: 2018/25011, 6/1/2022
- Ahmet Urhan, B. No: 2014/13961, 9/10/2019
- Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015
- Cem Burak Karataş [GK], B. No: 2014/19152, 18/10/2017
- Eyyüp Güneş [GK], B. No: 2017/28308, 21/10/2021
- Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019
- Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021
- Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019
- Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015
- İslam Şahin, B. No: 2014/7280, 21/1/2016
- Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019
- Mürsel Yıldız, B. No: 2020/22149, 15/6/2022
- Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021
- Sara Akgül, [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018
- Tuğba Arslan, [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014
- Tüncay Yıldız ve diğerleri, B. No: 2014/12717, 8/1/2020
- Uğur Çelik, B. No: 2015/20244, 15/6/2016

# Dijital Hümanizm ağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Suçsuzluk Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı

Ceren ÖZBEK<sup>1</sup>

## zet

Dijital hümanizm, dijitalleşmenin her alanda insan merkezli bir yaklaşımla gerçekleşmesini hedeflemektedir. Sosyal medya, günümüzde bireylerin düşüncelerini geleneksel medyanın sınırlarına bağlı kalmadan paylaşılabilmelerini sağlayarak toplumsal sorunlara ilişkin kamusal kaygıların ifadesi için kullanışlı bir alan haline gelse de ceza adaletinin sağlanması sürecinde şüpheliye veya sanığa ait doğru ve/veya yanlış bilgilerin sosyal medya platformlarında kontrolsüzce yayılabilmesi kişilerin henüz yargılama tamamlanmadan suçlu olduğu önyargısını oluşturabilmektedir. Kişinin toplum tarafından yargısız şekilde infaz edilmesinin yanı sıra, bireylerin dijital ortamda adeta etiketlenmesi, ilgili kişiler bakımından suçsuzluk karinesi erozyonuna sebebiyet verirken, bu durum aynı zamanda bireylerin lekelenme ve unutulma haklarını önemli derecede ihlal etmektedir. Bunun nlenmesi bakımından düşünülebilecek sosyal etkileşim alanlarının kısıtlanması ise, temel haklar ve özgürlükler kapsamında korunan haber alma ve ifade özgürlüğünün keyfi şekilde sınırlandırılması riskini de beraberinde getirmektedir. Bireylere sağlanan bu sanal ortamda, bireylerin mağdur edilmemesi için sosyal medya kullanıcılarının da hukuki ve etik il-

kelere riayet etmeleri zorunludur. Bu bildirinin amacı, ceza yargılamasına hâkim olan ilkelerden biri olan ve uluslararası normlar, içtihatlar ve iç hukuk dzenlemelerince korunan suçsuzluk karinesinin, sosyal medyada etkisini giderek kaybetmesinin bireyler için doğurabileceği sonuçları irdeleyerek dijital hümanizm ışığında hukuki çerçevesinin belirlenmesi gereken sosyal medya bakımından lekelenmeme hakkının taşıdığı önemi ortaya koymaktır.

**Anahtar Kelimeler:** dijital hümanizm, lekelenmeme hakkı, suçsuzluk karinesi, sosyal medya, dijital görünmezlik

## I. Giriş

Günümüzde internetin yarattığı sınırsız bilgi ve erişim olanakları kitlelerin iletişim biçimlerinde değişikliklere yol açmıştır. Sosyal medya, günden güne daha da çekici bir hâl olarak kullanıcılarına kendi profilleri aracılığıyla hayatlarını, alışkanlıklarını, görüşlerini paylaşılabildikleri bir iletişim ve ilişkiler ağı sunmaktadır.<sup>2</sup> Bu bağlamda “medya” artık sadece izleyici ya da okuyucunun *pasif konumda* olduğu ga-

<sup>1</sup> Av., LL.M., Eberhard Karls Tübingen Üniversitesi, Doktora ğrencisi, E-posta: ozbek.ceren@yahoo.com

<sup>2</sup> Frank R. REMMERTZ., “Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht”, *MMR*, Cilt: 54 (2018), Sayı: 8, s. 507.

zete ve televizyon gibi daha geleneksel olarak tabir edilebilecek iletişim araçlarıyla sınırlı değildir.<sup>3</sup> Gerçekten internet ve sosyal medya, kullanıcılarının artık doğrudan doğruya paylaşımlar yaparak bilgi yayan *dinamik aktörler* konumunda olduğu araçlardır.<sup>4</sup> “We Are Social” şirketinin yrttğu çalışma kapsamında Türkiye’nin 2022 sosyal medya kullanımı verilerine göre ocak ayı itibariyle ülkemizde 68,90 milyon sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. Bu sayı, toplam nüfusun yüzde 80,8’ine tekabül etmektedir. Türkiye’deki sosyal medya kullanıcıları 2021 yılından beri 8,9 milyon (yüzde 14,8) artış göstermiştir. Bireylerin sosyal medyada harcadığı süre ise günlük 2 saat 59 dakika olmakla birlikte sosyal medyayı kullanma nedenlerinin başlıca sebebi arkadaşlar ve ailelerle bağlantıda kalmak iken, ikinci sebebinin ise haberleri okumak oluşturmaktadır.<sup>5</sup>

İnternetin bilgiye erişimi kolaylaştırmasının ötesinde, sosyal medya kişilerin seslerini daha büyük kitlelere

duyurabildikleri bir düşünce açıklama platformu haline gelmiştir.<sup>6</sup> Hatta bu mecralar yoluyla herhangi bir suça karıştığı düşünülen kişilere kolayca herhangi bir delile dahi dayanmadan hukuka aykırı fiil isnadında bulunlabilmektedir. Günümüzde geleneksel medya organları ve gazeteciler de farklı görüşleri derlemek ve potansiyel haberleri tespit etmek için sosyal medyayı kullanmaktadır. Örneğin, birçok gazetecinin Twitter hesabı bulunması da sosyal medyayı görece kolay ve hızlı bir haber kaynağı haline getirmektedir.<sup>7</sup> Ancak herkesin sosyal medya kullanıcısı olabilmesi zaman zaman kullanıcılar tarafından doğru veya yanlış olduğu araştırılmadan kamuoyu önünde tartışılan hukuka aykırı fiiller, o olay bakımından şüpheli veya sanık konumundaki kişilerin toplum önündeki şeref ve saygınlığını rencide edebilmektedir. Öte yandan sosyal medyanın dinamik karakteri nedeniyle bu platformlarda suç faaliyetlerinin rapor edilme şekli kamuoyunun suç sürecine ve adaletin tecellisine ilişkin algılarını da etkileyebilmektedir.<sup>8</sup>

3 Ramazan ÖZKEPİR & S. Zeki KOCAMAN & E. Hilmi KART, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 797.

4 Bahar ATALAY, “Bilişim Suçları, İletişim ve Sosyal Medya”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 10 (2018), Sayı: 3, s. 13.

5 <https://datareportal.com/reports/digital-2022-turkey>, Son erişim tarihi: 22.03.2023.

6 Twitter hk. detaylı inceleme için bkz: Gwen BOUVIER & David MACHIN, “What Gets Lost in Twitter ‘Cancel Culture’ Hashtags?”, *Discourse & Society*, Cilt: 32 (2021), Sayı: 3, ss. 307–327.

7 Li ZENG ve diğerleri, “Detecting Journalism in the Age of Social Media: Three Experiments in Classifying Journalists on Twitter”, *ICWSM*, Cilt: 13 (2019), Sayı: 1, s. 548.

8 Lukas STRBEL, *Persönlichkeitsschutz von Strafttern im Internet*, Nomos, Baden Baden, 2016, s. 186.

Basın özgürlüğü çerçevesinde basın mensuplarının belirli şartlar altında hakkında haber yapılan kişinin kişilik hakları ile sınırlanan alanı aşmalarının hukuka uygun kabul edilebileceği görülmektedir. Bununla birlikte basın mensubu olarak nitelenemeyecek olan sosyal medya kullanıcıları tarafından sanık veya şüphelinin kişilik haklarının ihlal edilerek yargılama süreci henüz daha tamamlanmadan kamuoyu önünde suçlu şeklinde lanse edilmesi hukuka uygunluk hali olarak kabul edilen haber alma hakkının kullanılmasının sınırlarını aşabilecektir.<sup>9</sup>

Anayasa m. 15 uyarınca “...suçlu-luğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” Ancak sosyal medya kullanıcılarının paylaşımlarında kişiler hakkında “katil”, “sapık”, “hırsız” gibi ifadeler kullanılması ve ses, görüntü vb. paylaşımlarda bulunulması devam eden muhakeme sürecini etkileyebileceği gibi ceza hukuku bakımından suç oluşturan bir fiil de oluşturabilecektir.<sup>10</sup> Ancak bu sorumluluğun varlığını tespit etmek yapılan her paylaşım bakımından kolay olmayacaktır. Herhangi bir editoryal kontrolden geçmeyen bu paylaşımlar

suçsuzluk karinesinin giderek zayıflamasına ve günümüzde en çok tartışılan sorunlardan biri olan sosyal medyada dezenformasyonun körüklenmesine de sebep olabilecektir.

İşte bu sorunu ortadan kaldırmak yani teknolojinin insan hakları ve onuru bakımından ortaya çıkardığı sorunlara insan merkezli bir çözüm bulmak amacıyla bir grup akademisyen, politika yapıcı ve iş insanlarından oluşan bir topluluk Dijital Hümanizm Girişimi adı verilen ve teknoloji alanındaki gelişimin insan çıkarları merkezli kalmasını sağlamaya çalışan uluslararası bir işbirliği oluşturmuştur. Söz konusu platform daha sonra Viyana’da gerçekleştirilen bir forum sonrasında Mayıs 2019 tarihinde Dijital Hümanizm Hakkında Viyana Manifestosu’nu yayınlamıştır.<sup>11</sup> Bu manifesto mevcut ve gelecekteki teknolojik gelişmeler üzerinde düşünme ve harekete geçme çağrısı niteliği taşımaktadır.<sup>12</sup>

Söz konusu manifestonun temel il-kelerini şu şekilde ifade etmek mümkündür<sup>13</sup>:

- Dijital teknolojiler demokrasiyi ve kapsayıcılığı teşvik edecek şekilde

9 Gökhan TANERİ, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, *TAAD*, Cilt: 7 (2016), Sayı: 24 , s. 437.

10 Dilara YÜZER, “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15 (2013, Basım Yılı: 2014), Sayı: 15, s. 1674.

11 <https://dighum.ec.tuwien.ac.at/>, Son erişim tarihi: 22.03.2023.

12 Viyana Dijital Hümanizm Manifestosu, <https://dighum.ec.tuwien.ac.at/dighum-manifesto/>, Son erişim tarihi: 22.03.2023.

13 <https://dighum.ec.tuwien.ac.at/dighum-manifesto/>, Son erişim tarihi: 22.03.2023.

- tasarlanmalıdır. Bu mevcut eşitsizliklerin üstesinden gelmek ve toplumlarımızı daha kapsayıcı hale getirmek için dijital teknolojilerin özgürleŐtirici potansiyelini kullanmak için özel bir çaba gerektirecektir.
- Gizlilik ve ifade özgürlüğü demokrasi için temel değerlerdir ve faaliyetlerimizin merkezinde yer almalıdır. Bu nedenle, sosyal medya ve evrimii platformlar gibi yapıların, fikirlerin özgürce ifade edilmesine, bilgilerin yayılmasını ve gizliliğin korunmasını daha iyi sağlamak için değiştirilmesi gerekir.
  - Geniş bir kamusal söylemi temel alan etkili düzenlemeler, kurallar ve yasalar oluŐturulmalıdır. Yazılım programlarının ve algoritmaların tahmin doğruluğunu, adaletini ve eŐitlilięini, hesap verebilirliğini ve Őeffaflıęını sağlamalıdır.
  - Yasa koyucuların teknoloji tekellerine müdahale etmesi gereklidir. Bu bağlamda hkmetler tüm kararları piyasaya bırakmamalıdır.
  - İnsan haklarını etkileme potansiyeline sahip bireysel veya kolektif kararlar, insanlar tarafından alınmaya devam etmelidir. Karar vericiler kararlarından sorumlu ve hesap verebilir olmalıdır. Otomatik karar verme sistemleri, insanların karar
- verme sürecini yalnızca desteklemeli ve fakat onların yerini almamalıdır.
- Bu alandaki zorlukların üstesinden gelmenin n koşulu farklı disiplinleri bir araya getiren bilimsel yaklaŐımlardır. Bilgisayar bilimi/bilişim gibi teknolojik disiplinler, sosyal bilimler, beŐer bilimler diğer bilimlerle iş birliği yaparak bilgi birikimlerini bir araya getirmelidir.
  - Üniversiteler, yeni bilgilerin üretildiği ve eleştirel düşüncelerin geliŐtirildięi yerlerdir. Bu nedenle özel bir sorumlulukları vardır ve bunun farkında olmaları gerekir. Üniversite ve sanayi araştırmacıları toplumun daha geniş bir kesimiyle açık bir Şekilde ilişki kurmalı ve toplumun yaklaşımları üzerinde düŐünmelidir. Bunun, yeni bilgi ve teknolojileri üretme pratiğine dahil edilmesi ve aynı zamanda düşünce ve bilim özgürlüğünün savunulması gerekir.
  - Uygulayıcılar bilgi teknolojilerinin etkisine ilişkin ortak sorumluluklarını kabul etmelidir. Hiçbir teknolojinin tarafsız olmadığını anlamalı ve hem potansiyel faydaları hem de olası olumsuzlukları görmek için duyarlı hale gelmelidir.
  - BeŐer bilimler, sosyal bilimler ve mühendislik çalışmalarından gelen bilgileri birleştiren yeni eğitim

müfredatı için bir vizyona ihtiyaç vardır. Otomatik karar verme ve yapay zekâ çağında, yaratıcılık ve insani yönler dikkat, geleceğin mühendislerinin ve teknoloji uzmanlarının eğitimi için elzemdir.

- Bilgisayar bilimi/bilişim ve bunun toplumsal etkisine ilişkin eğitim mümkün olduğunca erken başlamalıdır. Öğrenciler, bilgi teknolojisi becerilerini söz konusu etik ve toplumsal sorunların farkındalığı ile birleştirmeyi öğrenmelidir.

Sosyal medyada linç ve damgalama kişilerin veya kurumların hem maddi hem de manevi zarar görmesine neden olabilecek devamlı ve sistematik negatif düşünce açıklamalarını ifade etmektedir. Kullanıcıların hedefi haline gelen birey toplumdan dışlanma riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bir nevi kişiler dijital ortamda etiketlenerek, yaptığı yanlış ve haksız davranış nedeniyle yalnızlaştırılarak cezalandırılmaktadır.<sup>14</sup> Her ne kadar toplumda büyük şok yaratabilen olaylar bakımından bu tepkiyi toplumsal vicdani kanaatin doğal bir neticesi olarak kabul edebilirsek bile bu

kontROLSÜZ paylaşım sağanağı kişilerin adil şekilde yargılanmasının önünde bir engel oluşturabilmektedir.<sup>15</sup>

Kişi hakkında isnat edilen suçlamanın mahkeme hükmüyle sabit kılınmadan önce sosyal medyada paylaşılması ve yorumlanması ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri olan suçsuzluk karinesinin sosyal medyadaki rolünü tekrar inceleme ihtiyacı doğurmuştur. Belirtmek gerekir ki, kişinin yargı ve devlet organları karşısında suçlu muamelesine tabi tutulmaması kadar, gündelik hayatında sosyal ilişkiler kurduğu, yaşam alanlarını paylaştığı kişiler tarafından da henüz yargılanmadan suçlu muamelesi görmemesi oldukça önemlidir.<sup>16</sup> Sosyal medya çağında giderek artan bu görünmezlik talebi<sup>17</sup> ile birlikte suçsuzluk karinesine paralel şekilde, kişinin toplum nezdinde saygınlığı ve onurunun zarar görmesini engelleyen lekelenmemesi hakkının etkin bir şekilde korunması gereklilik arz etmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde sosyal medyanın karakteristik özellikleri çerçevesinde değişen gazetecilik anlayışı

14 İngilizcede “cancel culture” olarak bilinen ve son zamanlarda hakkında dünya çapında tartışmalar bulunan iptal kültürü de sosyal medya platformlarının geliştirdiği güçlü ve hatta hak ihlallerine sebebiyet verebilecek tehlikeli bir durumdur. İptal kültürü, toplumda olumsuz yankı uyandıran hadiselerde adı geçen bireylerden verilen desteğin toplu şekilde geri çekilmesi; kişinin tamamen dışlanması anlamına gelir. Detaylı inceleme için: Eve NG, *Cancel Culture: A Critical Analysis*, Palgrave Macmillian, New York, 2022.

15 Monika SIMMLER & Sine SELMAN, “«Shitstorms» als strafprozessuale Begleiterscheinung”, *forum-poenale*, Cilt (2018), Sayı: 5, s. 436.

16 YÜZER, 2014, s. 1673.

17 Cengiz GÜL & Rumeysa İSPİR, “Dijital Görünmezlik Hakları”, *Journal Of Social, Humanities and Administrative Sciences*, Cilt: 7 (2021), Sayı: 42, s. 1273.

ortaya konulacaktır. Devamında haberleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde ceza muhakemesinin sağlıklı şekilde yürütülmesi için kabul edilen ilkelerin sosyal medyadaki paylaşımlar sonucunda ihlal edilebileceği hal-ler incelenecektir. Çalışmanın nc bölümünde ise suç şüphesi altındaki kişilerin sosyal medyada damgalanmasının insan onurunun korunması bakımından sonuçları, bu doğrultuda suçsuzluk karinesinin zayıflaması endişesi ve bir dijital görünmezlik talebi olarak lekeleneme hakkının yeri değerlendirilecektir.

## II. Sosyal Medyada Suç İsnadı

Bilginin paylaşımı konusunda evrensel bir standarda sahip olmayan sosyal medya hesaplarında her kullanıcı tanık olduğu herhangi bir haksızlığı duyurabilmektedir. Bu sayede her kullanıcının adeta birer gazeteci haline dönüştüğü söylenebilecektir.<sup>18</sup> Ancak kullanıcılar tarafından yapılan paylaşımların herhangi bir redaksiyondan yoksun olması nedeniyle bu kanallar

aracılığıyla yayılan haberlerin güvenilirliği ise sorunlu hale gelebilecektir. Nitekim animasyon, illüstrasyon, montaj, canlandırma, dijital oyunlarla üretilmiş fotoğraf ve görsellerde yansıtılan gerçeklik kolayca deforme edilerek bu paylaşımlardaki haberlere sosyal medya kullanıcıları tarafından ekleme, çıkarma, kolaj veya montaj yapılabilir. <sup>19</sup> Bilgilerin bu şekilde kolayca arpıtılabilmesi, sahte haberlerin sanal ortamda hızlı şekilde yayılabilmesi, gerçeğe ulaşmanın nnn kapanmasına yol açarak sosyal medyada yalan ya da yanlış adli haberlerin yayılması bakımından bir dezenformasyon riskini de beraberinde getirmektedir.<sup>20</sup>

### A. Değişen Gazetecilik ve Terminolojik Sınıflandırma Sorunu

Bireylerin haber alma özgürlüğü işleyen bir demokrasinin vazgeçilmez bir unsurudur. Ceza yargılamalarının aleniyeti, amaçlanan işlemlerin kanuna uygun yapılmasının denetlenebilmesi işlevine ek olarak, toplumun

18 Yurttaş gazeteciliği, haberleri halka yakındır ve aynı zamanda bağımsızdır. Yenilikçi sunum biçimleriyle siyasi söylemi canlandırmaya ve çözüm odaklıdır. Alman literatüründe farklı katılımcıların katkı sağlayabildiği katılımcı gazetecilik anlayışı için bkz: Sven ENGESSER, *Die Qualitt des Partizipativen Journalismus im Web*, Springer, Wiesbaden, 2013, s. 31 vd.

19 Sonja GEIRING, *Risiken von Social Media und User Generated Content Social Media Stalking und Mobbing sowie datenschutzrechtliche Fragestellungen*, Peter Lang, Frankfurt, 2017, s.29.

20 Türk Dil Kurumu'na göre "bilgi çarpıtma" şeklinde ifade edilen dezenformasyon, yanlış bir haber ile bireyi, toplumu, devleti yıpratmak maksadıyla bilgi yayma anlamına gelmektedir. Yalan haberler dezenformasyonun kaynağını oluşturmaktadır. Bkz: Ahmet Taha GEDİKLİ, "Karşılaştırılabilir Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşımlarının nlenmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt: 2 (2020), Sayı: 2, ss. 224, 225; Serena GIUSTI & Elisa PIRAS, "In search of paradigms: Disinformation, fake news, and post-truth politics, Democracy and Fake News", *Democracy and Fake News Information Manipulation and Post-Truth Politics* (Derleyenler: Serena GIUSTI & Elisa PIRAS), Routledge, New York, 2020, s. 3.



özgürce fikir üretebilmek için ihtiyacı olan bilgiye sahip olmasını karşılamaya hizmet eder.<sup>21</sup>

Gazetecilik mesleğinin icrası gazeteciye belirli haklar vermiş olduğu gibi gazeteciler bir haberi yaparken gazetecilik mesleğinin gerektirdiği sorumluluklar çerçevesinde hareket etmelidirler.<sup>22</sup> Bu nedenle medya organları genellikle bir şüpheyi anonimleştirilmiş şekilde haberleştirmeyi tercih ederler. Özellikle politikacı, milletvekili, devlet memuru, sanatçılar gibi kamuoyu önünde belirli bir önemi haiz olan kişilerin şüpheli veya sanık olmasının yanında suçun ağırlığına göre de olayların haber niteliği artabilmektedir. Bu hallerde artık şüphelinin ya da sanığın adı veya fotoğrafı yayınlanabilir ya da kişi haberin veriliş şekline dolaylı teşhis edilebilir hale gelebilir. Bu durumda da artık kişinin özel alanına yapılan bir müdahaleden bahsedilecektir.<sup>23</sup>

Bireylerin haber alma özgürlüğü, beraberinde güncel haberlere ulaşma hakkını getiriyor olmakla birlikte bu durum, içinde bir suç şüphesinin yer aldığı olaylar ve güncel davalara ilişkin gelişmelerin belirli kriterler çer-

çevesinde kamuoyu ile paylaşılmasını da zorunlu kılmaktadır. Bilinmesinde kamu yararının olduğu kabul edilen haberler kişilik haklarının sınırlandırılmasına sebep olabilir ve bu durumlarda haberleşme özgürlüğü bir hukuka uygunluk sebebidir. Yürütülen bir soruşturma ve kovuşturma hakkında yapılan haber kamuoyunun ilgisine sunulurken henüz hakkında bir hüküm verilmemiş kişinin toplumdaki saygınlığının zedelenmemesi için gazetecilerin haber yayınlanmadan önce bir değerlendirme yapmaları gerekir. İşte haber yapılırken dikkate alınması gereken ilkeler gazetecilerin özen yükümlülüğü (İngilizcede ise “duty of care”, Almancada “Sorgfaltspflicht”) olarak adlandırılır.<sup>24</sup> Ceza adaletinin işleyişi ile ilgili olarak verilen haberlerin gerçeğe uygun ve güncel olması, haberin verilmesinde toplumsal yarar ve ilginin bulunması aynı zamanda haberde konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık bulunması gereklidir.<sup>25</sup> Bunun yanı sıra soruşturma aşamasında suçlamanın niteliği ve ciddiyeti, soruşturmanın durumu, tutuklama şartları gibi kriterler de önem arz eder.<sup>26</sup> Nitekim basının icra ettiği görevler ve basın

21 Kerstin LIESEM, “Die Verdachtsberichterstattung im Spannungsverhältnis zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz”, *Freiheit und Journalismus* (Derleyenler: Andrea CZEPEK & Melanie HELLMIG & Beate ILLG & Eva NOWAK), Nomos, Baden Baden, 2018, s. 110.

22 YÜZER, 2014, s. 1674.

23 LIESEM, 2018, s.112.

24 Alexander MOLLE, “Die Verdachtsberichterstattung”, *ZUM*, Cilt: 54 (2010), Sayı: 4, s. 332.

25 LIESEM, 2018, s. 113; YÜZER, 2014, s. 1668.

26 YÜZER, 2014, s. 1671.

açıklamaları bu ölçütlere uyulduğu takdirde Anayasa tarafından korunan haber alma hakkı kapsamında hukuka uygun sayılacaktır. Yayınlanan haberin konusu olan ilgili kişiinin itibarına verdiği zarar ne kadar ciddi ve kalıcı olursa, zen yükümlülüğünün standartları da o kadar yüksek olmalıdır.<sup>27</sup> Burada aslen gazeteci kamu yararı ile suçlanan kişiinin kişilik hakları arasında bir denge kurmak zorundadır.

Adliyeye ilişkin haberler habercilikte, üçüncü sayfa haberleri olarak adlandırılan, adını gazetelerin üçüncü sayfasında yayınlanan ve ağırlıklı olarak, kaza, yangın, gasp, darp, cinsel şiddet, yaralama, öldürme gibi adli olayları anlatan haberlere verilen addır.<sup>28</sup> Ancak hukuk terminolojisinde bu haberler için bir terim belirlenmemiştir. Bu eksiklik sebebiyle her ne kadar “adliyeye ilişkin haberler”, “adli haberler”, “suç haberleri” gibi birçok farklı şekilde ifade edilmeye çalışılsa da Anayasa tarafından korunan haberleşme hakkı kapsamında izin verilen bu “nc sayfa haberlerinin” sınırının belirlenebilmesi adına bir terminoloji sorunu olduğu tespiti yapılmalıdır.

Sosyal medyanın kişileri habere ulaştırma konusundaki rolünün artma-

sıyla birlikte bu durum daha da belirsiz hale gelmektedir. Doğruluğu ve kaynağı her zaman belirlenemeyen sosyal medyada yapılan paylaşımlar aracılığıyla yapılan suç isnadının gazetecilik kapsamında bir faaliyet olup olmayacağı tartışmalı hale gelmektedir. Bu durumun ceza muhakemesinin ilkeleri ve kişilik hakları bakımından yaratabileceği sorunları daha iyi anlayabilmek için öncelikle sosyal medyanın özellikleri incelenmelidir.

## **B. Sosyal Medyanın Karakteristik zellikleri**

Günümüz bilgi çağında bilgi aktarımı için kitle iletişim araçlarının yanı sıra sosyal medya sayesinde kolayca üstü örtülen durumlar dahi kamuoyu tarafından bilinir ve konuşulur hale gelmiştir. Bu bir yandan teknolojik ilerlemenin mantıksal bir sonucudur, diğer yandan da toplumun değişen kamusal alan anlayışından kaynaklanmaktadır. Sosyal medya çağında kamusal alanın sınırları giderek genişlemektedir. Bu alan artık bireyin kişisel varlığını gerektirmemekte ve dolayısıyla insanların bilgi alışverişinde bulunmaya yönelik ihtiyacı zaman ve mekâna bağlı kalmadan karşılanmaktadır.<sup>29</sup>

27 MOLLE, 2010, s. 333.

28 Necla MORA, “nc Sayfada Türk Toplumı”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, Cilt: 5 (2008), Sayı: 2, s. 8.

29 Ralf HOHLFELD & Alexander GODULLA & Rosanna PLANER, “Das Phnomen Social Media”, *Rechtshandbuch Social Media* (Derleyenler: Gerrit HORNUNG & Ralf MÜLLER-TERPITZ), Springer, Berlin-Heidelberg, 2021, ss. 14, 15.

Anlık sosyal medya paylaşımları haber muhabirleri tarafından da birer haber kaynağı olarak görülmeye başlanmıştır.<sup>30</sup> Sosyal medyanın dinamikleri özellikle şiddet içeren suçlar ve doğal afetler gibi toplumda infial yaratan olaylar sırasında belirginleşmektedir. Örneğin, Twitter, geleneksel medya organlarının güvenilirliğinin sarsıldığı veya rejimlerin internet sitelerine erişimi kısıtladığı kriz zamanlarında bilgiye erişim için güçlü bir araç haline gelmiştir.

Web 2.0 olarak adlandırılan yeni bir çağa girildikten sonra, internetin bir platform olarak kabul edilmesiyle bilgisayar endüstrisinde bir devrim gerçekleşmiştir ve internetin kullanıcılarına sundukları da bu eksende değişikliğe uğramıştır.<sup>31</sup> Günümüzdeki dijitalleşme eğilimi ile üretim ve dağıtım maliyetleri yüksek olan fiziksel dağıtım yöntemlerine tabi eski medyanın yanı sıra düşük fiziksel üretim ve dağıtım maliyetlerine sahip olan “*dijital medya*” ya da bir başka deyişle “*yeni medya*” kavramı ortaya çıkmıştır. Özellikle medyanın değişen koşullarda neden “yeni” sıfatına ihtiyaç duyduğu da tartışılabilir. Bu ifade somut ya da soyut bir şeye verilen ve kalıcılığı olan bir isim değil, onun niteleyen bir sıfat olmasından dolayı önüne gelen

kavramın değiştiğini anlatsa da aslında “*medya*” kavramı özünde değişmemiştir. Bunun yanı sıra kimi iletişim bilimciler yeni medya kavramında kullanılan “yeni” ifadesinin aslında bir sıfat olmaktan çok her şeyin daha yenilikçi ve ilerici olduğuyla ilgili bir ideolojiye dayandığını ifade etmişlerdir.<sup>32</sup>

Kişiler artık daha küçük ölçekli organizasyonlar aracılığıyla kolay üretilen bu içeriklere, aynı zamanda daha hızlı erişebilir hale gelmişlerdir. *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *LinkedIn*, *YouTube* gibi popüler iletişim ağlarını oluşturan sosyal medya platformları; herkesin yayıncılık yapabilmesini sağlayan bloglar, podcastler, videolar; kullanıcılar tarafından düzenlenip bilgi alışverişi için kullanılabilen *wikiler* (İng. Wikis, Hawaii dilindeki hızlı kelimesinden türetilmiştir) ve forumlar; *WhatsApp* gibi anlık çevrimiçi mesajlaşma uygulamaları bu dönemin kullanıcılarına sunduğu dijital imkanlardır. Bu iletişim kanallarının ortak yönü kullanıcılara çevrimiçi bir ağa, diğer bir deyişle internete, bağlı ve etkileşime açık bir ortam sağlamalarıdır. Ancak çalışmanın konusu dijitalleşen dünyada adli haberlerin en hızlı yayılma alanlarından biri olan sosyal medya platformları ile sınırlandırılmıştır.

30 ENGESSER, 2013, ss. 49, 50.

31 George ZARKADAKÍS, The Internet Is Dead: Long Live the Internet, Perspectives on Digital Humanism (Derleyenler: Werthner HANNES ve diğerleri), [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-86144-5\\_7](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-86144-5_7), Son erişim tarihi: 14.06.2023, s. 47.

32 Wendy H. K.CHUN & Thomas KEENAN, *New Media, Old Media A History and Theory Reader*, Routledge, New York, 2006, s. 3

Sosyal ağlarda ilişki kurma biçimleri, iletişim (birbirini anlama amacına hizmet eden içeriği kavrama süreci), etkileşim (kullanıcılar arasında ilişkiye girme), katılım (iletişimi başlatma ve buna tepkiden verme) ve iş birliği (bir sosyal anlam yaratma amacı) olarak sınıflandırılabilir.<sup>33</sup> Ancak bu iletişim kanallarını diğer yeni medya araçlarından ayıran temel özellik bu paylaşım platformlarının bir “ağ etkisini” (İng. “network effect”, Alm. “Netzwerkeffekt”) haiz olmasıdır.<sup>34</sup> Bu platformlarda başarılı olmanın kurallarının başında sürekli daha fazla insana ulaşmak bulunmaktadır. Örneğin, yeni medya ürünü olan bir blog sayfasının bir okuyucusu veya bir milyon okuyucusu olmasının onun öz değerine katkısı sınırlıdır. Öte yandan, Twitter gibi bir sosyal ağda yer alan bir hesabı bu blog sayfasından ayıran ise bu hesabın içeriğini yayan ve yayılmasına katkıda bulunan kişilerin sayısının çoğalması, değerinin katlanmasıdır. Ağlar üzerindeki her yeni paylaşım ile birlikte bir bütün olarak bu ağın değeri artmakta, böylelikle internet adeta yeni bir topluluk haline gelmektedir.<sup>35</sup>

Diğer bir yandan bu iletişim ağları çoğu zaman ücretsiz ve herkese açıktır. Kullanıcı olmak isteyen her kimse belirli kişisel bilgilerini paylaşarak, hatta bazı hallerde anonim dahi kalarak kısa sürede kolayca bir hesap açabilmektedir. Herhangi bir internet kullanıcısı tarafından oluşturulabilen tüm medya web içeriği, toplu bir terim olarak “*kullanıcı tarafından oluşturulan içerik*” (İng. user generated content) şeklinde tanımlanır. Bu hukuki bir terim olmamakla birlikte iletişim, medya ve ekonomi literatüründe farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. İnternet aracılığıyla kamunun erişimine sunulan bu içeriği geleneksel medyadan ayıran en önemli unsur bu paylaşımların herhangi bir editoryal incelemeden muaf olmasıdır.<sup>36</sup>

Son zamanlarda sosyal medyada yapılan paylaşımlar kapsamında tartışmalı hale gelen bir diğer konu ise dezenformasyon olarak adlandırılan yanlış veya doğruluğu kesin olarak bilinmeyen ve kasıtlı olarak yayılan bilgi paylaşımlarıdır. Bu platformlara artan talep ile birlikte haber ile yorum ve görüş ayrımı arasındaki fark giderek ayırt edilemez hale gelmeye başlamış olup,

33 HOHLFELD & GODULLA & PLANER, 2021, s. 14.

34 HOHLFELD & GODULLA & PLANER, 2021, s. 17.

35 HOHLFELD & GODULLA & PLANER, 2021, s. 13.

36 Sosyal medyada kullanıcıların neler paylaşabileceği belirli etik kurallar ve platform kullanım ilkeleleri belirlendikten sonra kullanıcıların inisiyatifine bırakılmıştır. Ancak telif hakkı ihlali, nefret söylemi, terör propagandası içeren paylaşımlar bakımından sosyal medya şirketlerinin bu platformlarda paylaşılan içerikleri denetlenmekle yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz: Robert ESSER, “Strafrechtliche Aspekte der Social Media”, *Rechtshandbuch Social Media* (Derleyenler: Gerrit HORNUNG & Ralf MÜLLER-TERPITZ), Springer, Berlin-Heidelberg, 2021, s. 387.

okurun ve izleyicinin neyin haber, neyin yorum olduğunu kolayca seçebilmesi zorlaşmıştır.<sup>37</sup>

Sosyal medyanın bu özellikleri dikkate alınıp “geleneksel gazetecilik” ve “internet haberciliği” birbiri ile karşılaştırıldığında, sosyal medyanın araç olarak çok daha geniş imkanlar sunduğu ortadadır. Buna ek olarak toplumun sadece pasif olarak haber içeriğini okumasını değil, görmesini, duymasını hatta interaktif şekilde habere yorum yaparak katılmasını da mümkün kılmaktadır. Yani geleneksel haberciliğin aksine haberlere ilişkin geri bildirimler anlık olarak iletilebilirken bu sayede haberciliğin hızı artmıştır. Geçmiş haber paylaşımlarına erişilebilirlik artık sadece belirli bir zaman aralığıyla sınırlı kalmamaktadır.<sup>38</sup> Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davası sürecinde olaya ilişkin sosyal medyada hızlı şekilde kulaktan kulağa yayılabilen paylaşımlar telafisi güç zararlar doğurabilecek hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir.

### III. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırları

Suç şüphesinin derecesine bağlı olarak artabilecek aleniyet, özellikle suçluluğun ispatının zor olduğu du-

rumlarda kamu yararı olsa bile hukukun üstünlüğü ve temel haklar kapsamında belirleyici sınırlara tabidir.

#### A. Çatışan İki Değer Olarak Haber Alma Hakkı ve Kişilik Hakları

Kişilik hakkının bir tezahürü olarak kişinin mahremiyetinin korunması, aynı zamanda bireyin kendini tasvir etmesinin korunmasını da içerir. Bu varyantta, genel kişilik hakkı özellikle kişisel yaşam ve karakter imajının sunumu üzerinde kendi kaderini tayin etme hakkının korunması olarak işlev görür. Birey sadece kendisini kamuya nasıl sunmak istediğine karar verme hakkına değil, aynı zamanda kişisel gerçeklerin ne zaman ve hangi sınırlar dahilinde açıklanacağına da kendisi karar verme hakkına sahiptir.<sup>39</sup> Kişinin dokunulmaz ve son derece gizli alanı diğer tüm menfaatlerden önceliklidir ve bu bağlamda bilgi edinme konusundaki kamu menfaatinin de önüne geçer.

Bilindiği üzere hayat alanı hayatın genel alanı ve özel alanı şeklinde ikiye ayrılmakta hayatın özel alanı ise özel hayat ve hayatın gizli alanından oluşmaktadır. Hayatın genel alanı, kişinin kamuya açık olan ve herkes ile

37 Konu hk. detaylı inceleme için bkz: Shu KAI ve diğerleri, “Combating disinformation in a social media age”, *WIREs Data Mining and Knowledge Discovery*, Cilt: 10 (2020), Sayı: 6.

38 ÖZKEPİR & KOCAMAN & KART, 2020, ss. 796, 797.

39 Marco MANSDÖRFER, “Das Recht des Beschuldigten auf Selbstdarstellung im Ermittlungsverfahren”, *ZStW*, Cilt 123 (2011), Sayı 3, ss. 570, 571.

paylaştığı alanı, özel hayat alanı kişinin sadece belli kişilerle paylaştığı bir alanı ifade ederken hayatın gizli alanı ise kişinin sadece kendisi ya da yakın gördüğü birkaç kişi ile paylaştığı alanı ifade eder.<sup>40</sup>

Bu çerçevede kural olarak, bir kişinin dış dünyadaki davranışlarıyla ilgili olan eylemler dokunulmaz olan özel hayat alanına dahil değildir. Bu bakımdan, şüphelinin/sanığın toplumun bir üyesi olarak, kişisel gelişimin en başından itibaren sosyal toplumla temas halinde gerçekleştiği bir alan olan bu alanda belirli bilgilerin ifşa edilmesine katlanması gerekir.<sup>41</sup> Birey kendi davranışlarının geniş bir kamuoyu tarafından gözlemlenmesine ve faaliyetlerinin dış dünya üzerindeki etkileri nedeniyle eleştirilmeye kendini hazırlamalıdır.

O halde cezai soruşturma ve kovuşturmalarla ilgili haber yapılması durumunda, ilgili kişinin “kendi yaşamını veya yaşamındaki belirli olayları kamuya sunup sunamayacağını ve ne ölçüde sunabileceğini belirleme” hakkı etkilenir.<sup>42</sup> Bununla birlikte, koruma, sanığın kamuoyunda yalnızca öznel

olarak algıladığı (arzu ettiği) kendi imajına uygun olarak tasvir edilmeyi talep edebileceği kadar ileri gidemez. Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre basın özgürlüğü ile kişilik hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda, hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması beklenilemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Ceza yargılaması ya da yargılamadan etkilenen kişiler artık kamuoyunda özel bir yere sahip olsa da bu halde kamunun bilgi sahibi olmasında menfaatinin bulunup bulunmadığına ve/veya ifşa edilen bilginin niteliksel önemine de bakılmalıdır. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır.<sup>43</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen Lebach kararında (henüz) hüküm giymemiş sanık, hakkında, bilgi edinme hakkının “bu amaç için alışlagelmiş araçlarla” tatmin edilmesini kabul etmelidir.<sup>44</sup> Bununla birlikte, Frankfurt Yüksek Bölge Mah-

40 Yeşim ÇELİK, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *TAAD*, Cilt: 8 (2017), Sayı: 32, ss. 392, 393.

41 Benjamin KORTE, *Praxis des Presserechts*, C.H. Beck, München, 2014, ss. 55, 56.

42 Pınar Bahar DOĞAN, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 72 (2014), Sayı: 4, s. 485 vd.; MANSDÖRFER, 2011, s. 571 vd.

43 Yargıtay 4. HD. T. 07.02.2012, E. 2012/928, K. 2012/1563; Yargıtay 4. CD T. 23.03.2009, E. 2008/9869, K. 2009/4275.

44 Almanya Anayasa Mahkemesinin 05.06.1973 tarihli Lebach Kararı, (Karar No: 1 BvR 536/72 (BVerfGE 35, 202 ff.))

kemesi'nin 1979 tarihli bir kararına göre, basının bir şüpheliyi daha soruşturma aşamasında fail olarak adlandırmasına bazı durumlarda izin verilmiştir.<sup>45</sup> Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Araştırılması, kamu yararı açısından önemli olan ciddi bir suç işlendiğine dair büyük bir şüpheye yol açmışsa ve suçlamaların doğruluğu ikna edici ise;

- Olayın koşullarının ilgili kişinin fail olarak açıkça ihbar edilmesini gerektirmesi ve yayınlanan metinden henüz bir mahkeme kararı olmadığına anlaşılması halinde.

Bu karar, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hem de Alman Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen suçsuzluk karinesini göz ardı etmektedir. Her şeyden önce, suç isnadının vahameti daha soruşturma aşamasında fail olarak tanımlanmayı haklı gösteremez. Çünkü tam da bu durum şüphelinin ciddi bir şekilde damgalanması tehlikesine neden olabilir.<sup>46</sup> Bu çerçevede şüpheli hakkında izin verilen teşhir edici habercilik bakımından suç şüphesi hakkında "izin verilen" habercilik ile suçlu hakkında "önyargılı" habercilik arasındaki kesin ayrıma riayet etmelidir.

Haberleşmenin artık fazlasıyla sosyal medya üzerinden yürümeye başlamasıyla çatışan haklar değişmeye başlamış olsa da çatışan haklar tartışması devam etmektedir. Sosyal medyada gerçekleşen iletişim gazete, radyo, televizyon gibi geleneksel kitle iletişim araçlarının aksine doğrusal şekilde gerçekleşmediğinden burada gerçekleşen iletişimin basın özgürlüğü kapsamında haber, düşünce ve bilgilere ulaşma hakkı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Kitle iletişimi artık klasik yayın yöntemi olan yazılı basını da kapsayan ve fakat radyo, televizyon, sinema ve internet gibi modern yayın araçlarını da içine alan geniş bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle "basın özgürlüğü" kavramı da yerini "*haberleşme ve iletişim özgürlüğü*" kavramına bırakmaya başlamıştır.<sup>47</sup> İletişim özgürlüğü ise, kaynağını düşünceyi açıklama özgürlüğünden alır. Bu özgürlük, bireyin özgürce ve hiçbir engelle karşılaşmaksızın bilgi edinebilmesini, haber alabilmesini ve bu hususta tüm iletişim araçlarından yararlanabilmesini gerektirir. Böylece iletişim araçlarını, düşünceleri paylaşmak ve yaymakta özgürce kullanarak kişileri bilgilendirmek ve iletişim araç-

45 Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesinin 06.09.1979 tarihli Kararı, (Karar No: OLG Frankfurt - 16 U 75/79)

46 Frank SALIGER, "Aushöhlung der Unschuldsvermutung durch gezielte Öffentlichkeit?", *Kritik*, Cilt: 96 (2013), Sayı: 3, s. 180.

47 ÖZKEPİR & KOCAMAN & KART, 2020, s. 92 vd.



larının verdikleri bilgileri edinmek imkânı, iletişim özgürlüğünün bir gereği olarak ortaya çıkar.<sup>48</sup>

Basın hukuku yıllar içerisinde büyük bir gelişme göstermiş olmasına rağmen, radyo, televizyon ve internet konusunda aynı gelişmeyi gösteren müstakil bir hukuk dalının ortaya çıktığını söyleyebilmek mümkün değildir. Teknolojik gelişimin ürünü olan yeni iletişim araçlarının sahip olduğu düşünceyi açıklama özgürlüğü ile basın özgürlüğü kavramının birebir örtüştüğünü söylemek de mümkün değildir.<sup>49</sup> Bu sebeple, kitle iletişim araçlarının birçoğu, farklı hukuki rejimlere tabi tutulmuş ve basın özgürlüğünden ayrı olarak tanımlanmış ve düzenlenmiştir. şunu da belirtmek gerekir ki, teknolojik gelişmeye paralel olarak ortaya çıkan yeni kitle iletişim araçlarının hepsinin “basın” kavramı altında isimlendirilmesi, basını ve basın özgürlüğünü belirsizleştiren bir durum olur ve bu özgürlüğü ilkelerinin ortaya koyulmasını da zorlaştırır.<sup>50</sup> Bu sebeple de çoğunlukla basın özgürlüğü kavramını, yazılı eserlerle sınırlı olarak kullanma eğilimi yaygındır. Sosyal medyada gerçekleşen iletişimin ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilmesi halinde ise

artık kişilik hakları ile atışması halinde sınırlandırılması ve iki temel hak arasındaki dengenin bulunması farklı şartlara tabi olacaktır.

## **B. Sosyal Medyada Yer Alan Adli Haberlerin Ceza Muhakemesi İlkeleri ile İlişkisi ve Adil Yargılanma Hakkı**

Adil yargılanma hakkı da dahil olmak üzere soruşturma evresinden başlayarak suç şüphesi altında bulunan kişiye sağlanan haklar ceza muhakemesinin temel ilkeleriyle doğrudan ya da dolaylı şekilde bağlantılıdır. Sıralamak gerekirse, ceza muhakemesinin kamusalığı ilkesi; soruşturmanın ve kamu davasının kanuniliği ilkesi; suçsuzluk karinesinden yararlanma-lekeleneme ilkesi; şüpheden sanık yararlanır ilkesi; yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi; doğal hâkim ilkesi, çelişmeli muhakeme ilkesi; davasız yargılama olmaz ilkesi ceza muhakemesinin tüm evre ve devreleri bakımından anlam ifade eden önemli ilkelere dir.<sup>51</sup>

Kişi bir hukuka aykırı fiil ile suçlandığında adil şekilde yargılanıp bu

48 Abdi ERKAL, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Medyada İfade zgrlğ İçtihadı”, *Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar*, Cilt: 5 (2021), Sayı: 18, ss. 308, 309.

49 Till KÖSTLER, *Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken und das Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, DEGRUYTER, Berlin–Boston, 2022, ss. 7, 11.

50 ÖZKEPİR & KOCAMAN & KART, 2020, s. 47 vd.

51 Tuğba BAYRAKTAR & Nuran KOYUNCU, “Adil Yargılanma Hakkı”, *ICPESS*, Cilt: 2 (19-22 Mayıs 2017), s. 166 vd.

suçlamadan aklanma hakkına sahiptir. Bu nedenle suçsuzluk karinesi bir yandan sanığı haksız suçlamalardan korurken, diğer yandan da adil bir yargılamayı güvence altına alır.<sup>52</sup> Aslen, adil yargılanma hem bir hak hem de ceza muhakemesine hâkim bir ilke olarak kabul edilir. Davanın bağımsız ve tarafsız, yasayla kurulan, mahkeme önünde, makul sürede ve açık duruşmada görülmesini gerektirir.<sup>53</sup> Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin iç hukuk kuralı haline gelmesiyle birlikte bizim hukukumuzun da bir parçası olmuş ve anayasada doğrudan düzenlemiştir. AİHM istikrarlı içtihatlarıyla adil yargılanma kavramının kapsamı sürekli genişletmektedir. Mahkeme bu kavramın muhakeme bakımından “ideal koşulları oluşturma zorunluluğu” olarak algılanması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden ortaya çıkan unsurları da kapsayan genel (torba) bir hak olduğunu söylemiş-

tir. AİHS her ne kadar adil yargılama hakkı bakımından sadece kovuşturma evresini düzenlemiş gibi görünse de bu hak soruşturma evresinde de geçerlidir.<sup>54</sup> Bu çerçevede, alenilik, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi muhakeme ilkeleri de adil yargılanma hakkı ile çok sıkı bir ilişki içindedir.<sup>55</sup> Kamuoyunun ceza muhakemesi sürecinden direkt olarak haberdar olmasını sağlayan kovuşturma evresindeki aleniyet ilkesi adil yargılama bakımından adeta bir denetim mekanizması oluşturmaktadır.

Her ne kadar çalışmanın konusu sosyal medyada suçsuzluk karinesinin rolü ve dijital dünyada lekelenmeme hakkının önemi çerçevesinde sınırlanmış olsa da sosyal medyada yer alan haberler dolaylı veya doğrudan şekilde belirli ceza muhakemesi ilkelerini ihlal edebilmektedir. Suçsuzluk karinesinin aslında ceza muhakemesi sürecinde şüpheli ve sanığa koruma sağladığı kabul edilen ilkeler için bir

52 LIESEM, 2018, s. 117.

53 Bu hakkın temeli Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama hürriyetine dayanır. Sanığın isnadı öğrenme, savunma hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma, kendini savunma veya müdafinin yardımından yararlanma gibi hakları da adil yargılanmanın unsurlarındandır. Bkz: BAYRAKTAR & KOYUNCU, 2017, s. 168.

54 Esra BAHAR, “Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Cilt: 1 (2022), Sayı: 68, s. 268.

55 Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuk kuralı haline gelmesiyle birlikte de bizim hukukumuzun bir parçası olmuş ve anayasada doğrudan bahsedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devamlı içtihatlarıyla adil yargılanma kavramının kapsamı sürekli genişletilmektedir. Mahkeme bu kavramın muhakeme bakımından “ideal koşulları oluşturma zorunluluğu” olarak algılanması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden ortaya çıkan unsurları da kapsayan genel (torba) bir hak olduğunu söylemiştir. Bkz: Veli Özer ÖZBEK & Koray DOĞAN & Pınar BACAKSIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 88.

ıkış noktası olarak kabul edilmesi gereklidir. şüpheliyi veya sanığı muhakeme sürecinin en başından itibaren korumaya değer görmeyerek bir suçlu olarak kabul etseydik bir yargılama olmasına zaten gerek olmazdı. Çalışmanın bu bölümünde sosyal medyada yayılan adli haberler dolayısıyla etkilenebilecek ceza muhakemesi ilkeleri değerlendirilecektir.

### 1. Soruşturmanın Gizliliği İlkesi

Kovuşturma aşamasında; aleniyet ilke, gizlilik ise istisnadır.<sup>56</sup> Ancak mahkeme sürecine henüz başlamadan kapsamlı bir soruşturma yürütülebilmesi için soruşturmanın gizliliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke, soruşturmanın seyrini kamuoyundan gizlemeyi amaçlar, böylece yalnızca soruşturmayla bağlantısı olan veya soruşturma hakkında bilgilendirilme hakkı olan kişiler bilgilendirilebilir. Gizlilik, n soruşturmalar ve sorgulamalar, tanıkların dinlenmesi, delillerin toplanması, kişilere ve konutlara el konulması veya aranması ve iddianamenin düzenlenmesi sırasında Cumhuriyet savcılığının kararları da dahil olmak üzere ceza soruşturması kapsamında yürütülen soruşturma işlemlerini kapsar.<sup>57</sup> Gizliliğin nedeni, bir yandan soruşturmanın çıkarlarını korumak, diğer yandan da sanığın itibarını korumak ve tanıkları etkilemekten kaçınmaktır.

Soruşturma makamı tarafından iddianame hazırlanmadan, hatta henüz bir değerlendirme yapılmadan önce şüphelilere ve olaya dair paylaşılan bilgiler mağdur başta olmak üzere olaya dahil olan kişilerin kişilik hakları ve itibarı için tehlike oluşturabilecektir. Sosyal medya kullanıcıları tarafından kitlesel ve sürekli olarak soruşturmaya ait bilgilerin yayınlanması ve yorumlanması soruşturmanın seyrini etkileyebilmektedir. Bu haberlerin, soruşturma ve hatta kovuşturma sonuçlanmadan önce kamuya açık bir ortamda herkes tarafından tartışılması kişinin adil bir mahkeme önünde aleyhine olan delilleri yalanlama fırsatını elinden alarak soruşturma usullerinin korunmamasına yol açarak aslında ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma amacına da ters düşmektedir.<sup>58</sup>

şüphelinin kötü imajının kamuoyunda yayılması, tanıkların ceza adleti sistemine hizmet etmek için ayrıntı vermek ve yargılamanın devamında mahkemeye gelme konusunda isteksiz kalmalarına neden olabilecektir. Ayrıca olaya ilişkin haberler sosyal medyada belirli bir bağlamda yayıldığında ve kamuoyunda aslından farklı bir karşılık bulunduğunda, tanıklar kendilerini doğrudan gördükleri veya duyduklarını anlatmaktan ziyade kamuoyunda yer alan anlatıyı takip etmeye zorlayan

56 ÖZBEK & DOğAN & BACAKSIZ, 2022, s. 648.

57 ÖZBEK & DOğAN & BACAKSIZ, 2022, s. 107.

58 Akif YILDIRIM, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 5 (2017), Sayı: 9, s. 498.

bir sosyal baskı altında hissedebilirler.<sup>59</sup> Yani sosyal medyada yer alan haberler tanığın sahip olduğu bilgi hakkında düşünme biçimini olumsuz etkileyebilecektir.

## 2. Hâkim Tarafsızlığı

Tanıkların duruşmada sadece ve sadece gerçeği anlatmasının yanında hâkimin tarafsızlığı da muhakemenin seyri için büyük önem arz eder. Hâkimin tarafsız olması, görevini yaparken hiç kimseyi kayırmamasını, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında kalmamasını ifade etmektedir.<sup>60</sup> Hâkimin hangi hallerde tarafsızlığını yitireceği kanunla önceden belirlenmiştir. Şayet hâkim, sosyal medya kullanımından dolayı önyargılı dış etkilere maruz kalırsa tarafsızlığının şüpheye düşeceği tehlikesi ortaya çıkacağından bu takdirde hâkimin davadan çekilmesi için bir sebep oluşmuş olacak mıdır sorusu gündeme gelmektedir.<sup>61</sup>

Bir hâkim tarafından sosyal medya kullanımının toplum nezdinde bir

önyargı algısı oluşturup oluşturmadığı ve hangi koşullar altında oluşturduğu sorusu ülkeden ülkeye farklı değerlendirilebilmektedir. Bunun nedenleri çeşitlilik göstermekte olup farklı hukuk gelenekleri nezdinde bireysel hak ve özgürlüklerin diğer ilkelerle dengeleme biçimine, yargının ve idaresinin kendine özgü yapılarına ve yargıya atfedilen rol ve işlevlere bağlıdır. Genel olarak, bu çerçevede iki yorumun hâkim olduğu görülmektedir: Kara Avrupası hukuk sisteminin kabul edildiği ülkelerde, hakimler duruşma öncesinde - yayınlarda veya örneğin sosyal medyada - kısmi beyanlarda bulunmuş olsalar bile, belirli standartlara uyulduğu sürece (örneğin, taraflardan biriyle akrabalık ilişkisi olmaması, mali çıkarları olmaması vb.) yani kanunda belirlenen çekilme sebepleri haricinde hâkim görevini ifa etmeye devam edebilir. Anglosakson hukukuna göre yapılan yorumda ise, sosyal medya dahil olmak üzere kamuya yapılan açıklamaların tarafsızlık şüphesi doğurabileceği ve bir hâkimin davadan çekilmeye zorlayabileceği daha yaygın olarak kabul edilmektedir.<sup>62</sup>

59 Micheal BOND, *The Power of Others*, Oneworld Publications, London, 2014, ss.164-169.

60 Faruk TURHAN, "Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı ve Görev Yasaıkları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22 (2018), Sayı: 4, s. 132.

61 Anja SCHOELLER-SCHLETTER, "Impartiality of Judges and Social Media Approaches, Regulations and Results", <https://www.kas.de/documents/265308/265357/Impartiality+of+Judges+and+Social+Media.pdf/eb313aed-88ca-c677-4231-d84c02ee914c?version=1.0&t=1591861554477>, Son erişim tarihi: 22.03.2022.

62 Mahmut ŞEN, "Hâkimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18 (2014), Sayı: 3-4, s. 649 vd.

Kanımızca hâkimin bir sosyal medya aracı kullanmış olmasđ tek başına hâkimin reddi sebebi ya da tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep olarak nitelenemeyebilir ise de şayet hâkim bakmakta olduğu bir dava ya da benzer bir dava ile ilgili paylaşımda bulunmuş ise bu hal CMK m. 25 anlamında tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep olarak kabul edilebilir.

#### **IV. Sosyal Medyada İnsan Onurunun Korunması ve Suçsuzluk Karinesinin Zayıflamasđ Endişesi**

Kişinin toplumun düzenini bozduğu için suçlu olarak hüküm giymesi halinde dahi insan onurunun dokunulmazlığı çerçevesinde üçüncü şahıslar tarafından yapılan küçük düşürücü ifadelere ve sosyal aşağılamaya karşı korunması gerekir. İnsan onurunun korunması, kişilik hakları içerisinde anayasal ifadesini bulur ve bu varyantta toplumsal geçerlilik sebebini korur.<sup>63</sup> Buradan hareketle devletin suç şüphesi altında bulunan kişinin kişilik haklarını ve bu bağlamda suçsuzluk karinesini korumak ile mükellef olduğu kabul edilirken bunun üçüncü taraflara yani sosyal medya kullanıcılarına etkisi incelenmelidir.

#### **A. Suç şüphesi Altındaki Kişinin Damgalanması ve İnsan Onuru**

Sadece cezalandırılabilir davranışlar değil, aynı zamanda bir suç şüphesinin ortaya çıkmasının kamuoyunda tartışmaya açılmasıyla artık yargılama yalnız mahkeme nezdinde yürütülen bir yargılama olmaktan çıkar. Bu suretle aslında “yargılanan” kişi aynı zamanda toplum önünde bir damgalanmaya da maruz bırakılmaktadır. Bir arkaik cezalandırma biçimi olarak damgalama yöntemi artık modern uygarlıklar tarafından kullanılmamaktadır.<sup>64</sup> Devlet, ceza soruşturmasına dahil olan kişinin de onurunu korumakla mükelleftir çünkü insanın sadece insan olmasından ötürü her koşulda saygıyı hak ettiği kabul edilmektedir. İnsanın bu değeri veya insanın özü hukukta daha ziyade, tüm insanların sahip olduğu temel bir özellik olarak, insan onuru kavramı içerisinde ele alınmıştır.

Onur kavramı sözlükte insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinesis ve başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar olarak tanımlanmıştır.<sup>65</sup> Bu çerçevede insanın bizatihi bir

63 Atilla TANRIVERMİş, *Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekeleneme Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 62 vd.

64 STRBEL, 2016, ss. 17, 18.

65 İnsan onuru kavramı, Antik Yunan ve Roma’da genellikle, kişinin toplumdaki statüsünü ifade etmek üzere kullanılan, dignitas ya da human dignitas kelimeleri ile ifade edilmiştir. Ortaçağda bu kavram umumi-

değer olarak kabul edilmesinin ceza hukuku yargılamasına önemli yansımalarının olması kaçınılmazdır. Kişinin suç işlemiş olması şüphesi veya hüküm giymesi dahi onun insan onurunu yok edemez.

Hukuk devletinin hümanist bir devlet olarak amacı insanı devletleştirmek değil, devleti insanileştirmektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na ilişkin hazırlanan Adalet Komisyonu Raporu'nda insan haysiyeti; “bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh ve manevi güç” olarak tanımlanmıştır.<sup>66</sup> Rapora göre, insan haysiyeti bağlayıcı bir değerdir. Bu nedenle doğal olarak, insanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerinkârı anlamına gelen her türlü işlem, insan haysiyetine aykırıdır.

Özellikle kişinin nefret suçu, cinsel saldırı gibi ağır suçlardan dolayı şüpheli veya sanık konumunda olması

halinde, **toplumsal alanın dışına itme yöntemi** olarak sosyal medyada damgalanma daha şiddetli ortaya çıkabilmektedir. Bu kişinin özel hayatı da dahil olmak üzere iş hayatı, toplumdaki itibarı ve kişisel ilişkileri etkilenebilmektedir. Kişiler depresyon, anksiyete, sosyal izolasyon gibi sorunlarla baş etmek zorunda kalabilmektedirler.<sup>67</sup>

### 1. Suçsuzluk Karinesi Tanımı ve Kapsamı

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği ortaya çıkarırken insan haklarını ve dolayısıyla da insan onurunu korumaktır. Hukukun evrensel kuralları gereğince sanık mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçsuz kabul edilir.<sup>68</sup> AİHS'nin 6. maddesinin 2. paragrafına göre, suçlanan her kişi, suçluluğu kanunen sabit olunca kadar masum sayılır. Şüpheli veya sanık durumunda bulunan kişinin bir suçlama ile karşı karşıya olması sebebiyle hakkında; araştırma, soruşturma

yetle insanların statülerine bağlıdır. Rönesans'la başlayan süreçte ise insan onuru artık küçük bir seçkinler grubunun değil, herkesin sahip olduğu bir nitelik olarak görülmüş ve herkesi kapsayan bir ideale dönüştürülmüştür. İnsan onuru kavramı da, Batı literatüründe, temelini hümanizm düşüncesinden almaktadır. Hümanizm, Batının aydınlık döneminde Ortaçağın skolastik düşünüşüne tepki olarak, eski Yunan ve Latin kültürünü en yüksek kültür örneği, insan varlığı ile insan sevgisini en yüce ideal ve amaç olarak sayan, bilim, sanat ve felsefe görüşünü bu yolda geliştirilen bir öğretilerdir. Bkz: TANRIVERMİŞ, 2019, s. 60 vd.

66 TBMM Adalet Komisyonunun CMK Tasarısına İlişkin Raporu, (T.1.12.2004., E.1/535,1/292, Karar: 65).

67 Jeremy Harris LIPSCHULTZ, *Social Media Communication*, Routledge, New York, 2020, s. 72.

68 Suçsuzluk karinesi, ceza muhakemesi süjesi olan insan onurunun korunması kavramıyla doğrudan alakalıdır. İspat yükünü davacıya yükleyen ilk pozitif hukuk düzenlemesi olan Hammurabi Kanunları'nda suçlananın lehine bir karinenin olduğu görülmektedir. Suçsuzluk karinesine ait bazı izlerin antik Yunan ve Roma'da dahi mevcudiyetini ifade eden görüşler bulunmaktadır. Hatta şüpheden sanığın yararlandırılmasının ve suçsuzluk karinesinin felsefi temelleri Romalıların “Bir masum mahkûm edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın” özdeyişi ile atılmıştır. Bkz: Danny J. BOGGS, “The Right to Fair Trial”, *University of Chicago Legal Forum*, 1998, s. 5.

ve kovuşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek düşüncesi ile kişi aleyhine bazı güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir. Kişinin hakkında şüphe bulunmasını masum olmadığı şeklinde yorumlamak dahi insan haklarının korunması anlamında ceza yargılamasının amacı ile bağdaşmayacağı gibi, kişileri son derece çekingen ve ürkek hale getirebilecektir. Olsa olsa sanık veya şüpheli bu durumda ne masum kabul edilebilir ne de suçludur.<sup>69</sup> Bu nedenle de çalışmada literatürde daha sık kullanılan “masumiyet karinesi” terimi yerine “suçsuzluk karinesi” terimi tercih edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hukuki anlamda karine bilinen bir şeyden bilinmeyen bir şeyin çıkarılma faraziyesidir. Burada bir değerlendirme yapılabilmesi için bu ilkenin farklı hukuk sistemlerinde nasıl kabul gördüğüne bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde suçsuzluk karinesi, itham edilen kişinin, devlete ve topluma karşı korunmasını sağlayan, kişinin suçlu olduğu varsayımıyla hareket edilmesini yasaklayan ve adil yargılanma hakkının başlangıç noktası olan varsayımsal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Anglosakson hukuk

sisteminde ise bu ilke adil yargılamanın unsuru olmaktan ziyade, suçluluğu makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanmadıkça kişinin suçlu sayılmamasına hizmet eden ve ispat külfetini düzenleyen prosedürel bir ilke olarak anılmaktadır.<sup>70</sup>

Suçsuzluk karinesinin, suç işlediği hususunda şüphe duyulan kişiyi koruduğu noktasında duraksama yoktur. Weingend’e göre suçsuzluk karinesinin paradoksal doğası, bir suçla itham edilen kişiyi, hayatın tecrübelerine ve insanların sezgilerine karşı korumaktır.<sup>71</sup> Weingend’in ifadesinden hareket edecek olursak, suçsuzluk karinesinin işlerlik kazanması için evvela bir suç ithamının bulunması gerekir. Eğer ortada herhangi bir suç ithamı ya da ithamla bütünleşik bir durum söz konusu değilse, suçsuzluk karinesinin uygulama alanı bulacağını söylemek, kural olarak, imknsız hale gelir. O halde karineyle korunan kişi, bir taraftan masum olduğu varsayılırken, diğer taraftan da işlendiği iddia edilen suçun makul şüphelisi olmaya devam eder.

Burada ortaya çıkan sorun ise; suçsuzluk karinesi kavramının bir ceza muhakemesine ihtiyaç duyuduğu kabul

69 İlhan ÜZÜLMEZ, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Cilt: 18 (2005), Sayı: 58, s. 44.

70 D. John JACKSON & J. Sarah SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012, s. 200.

71 Thomas WEIGEND, “Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justices”, *Criminal Law, Philosophy*, Cilt: 8 (2014), Sayı: 2, s. 287.



edildiğinde sosyal medya araçlarında verilen adli haberler bağlamında böyle bir karineden söz edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada ise suçsuzluk karinesinin “üçüncü taraf etkisi” kavramı ortaya çıkmaktadır.

## 2. Suçsuzluk Karinesinin Üçüncü Taraf Etkisi

Sosyal medya aracılığıyla gerçeklerin kolayca tahrif edilebildiği ve çarpıtılabildiği gözlemlendiğinde sosyal medyada suçsuzluk karinesinin rolünü inceleme gereği doğmaktadır. Bunun nedeni aslında sanığın kişiliğinin ve onurunun korunmasının, toplumda yayılabilecek haberler nedeniyle en başından itibaren daha yüksek bir koruma seviyesine sahip olması düşüncesidir. Sosyal medyanın bilgiyi yayma hızı düşünüldüğünde bu kaygı daha da artmaktadır.

Alman hukukunda geliştirilmiş olan “temel haklarda üçüncü taraf etkisi” teorisine göre özel hukuk kişileri de devlet gibi temel haklara riayet etmelidir ve temel haklar özel hukuk alanındaki bütün hukuki ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanabilir olmalıdır. Teorinin ortaya çıkış sebebi anayasada düzenlenmiş olan temel hakların daha çok devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenlemesi sebebiyle bu hakların bi-

rey tarafından devlete karşı ileri sürülebilir olması fikridir. Teori, söz konusu temel hakların bireyler arasında da onların birbirine karşı ileri sürülebilir olmasını ifade etmektedir.<sup>72</sup> O halde teoriye göre suçsuzluk karinesi de her bireyin diğerine karşı ileri sürebildiği bir hak olarak kabul edildiğinde bireyler tarafından icra edilen sosyal medya haberciliği bakımından birbirlerine karşı doğrudan ileri sürülebilir bir hak olarak kabul edilmelidir.

Bununla birlikte özel kişiler arasında temel hakların doğrudan bir üçüncü taraf etkisinin kabulünün sakıncaları da bulunmaktadır. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının öncelikle bireyin özgürlüğünü zayıflatacağı ileri sürülmektedir. Hâkimin özel hukuk ilişkilerinde temel hakları doğrudan uygulaması halinde, iki özel kişinin temel haklarını birbirinden ayırmak, bunlar arasındaki sınırları çizmek ve ilişkiye her uyumsuzlukta devlet eliyle müdahale etmek özel hukukun tabiatına uygun olmayacaktır.<sup>73</sup>

Konuyu suçsuzluk karinesi bağlamından ele alacak olursak sosyal medyada şüpheli veya sanık konumundaki kişilerin henüz bir mahkeme kararına dahi dayanılmadan olayın faili ve/veya suçlusu şeklinde damgalanması bazı

72 Detlev W BELLING & Nurten İNCE, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 12 (2014), Sayı: 137, s. 7 vd.

73 BELLING & İNCE, 2014, s. 27 vd.

muhakeme ilkelerinin ve bu çerçevede suçsuzluk karinesinin koruma alanı ile haberleşme ve ifade özgürlüğünün çakışmasına ve kaçınılmaz olarak özel hukuk ilişkilerine yansımaya sebebiyet verecektir.

Bununla birlikte suçsuzluk karinesinin özel kişiler arasında “dolaylı bir etkiye” sahip olduğu ifade edilmelidir. Örneğin, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının e bendi uyarınca “Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.” Nitekim bu kanunun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsadığından sosyal medya paylaşımları bakımından uygulanabilirliği tartışmalıdır.<sup>74</sup>

Yine 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK’ye eklenen “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığını taşıyan m. 217/A ile getirilen “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu dü-

zeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklindeki düzenleme de aslında suçsuzluk karinesinin dolaylı olarak bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanabilmesine imkan vermektedir.

Suçsuzluk karinesi sosyal medyada yayılan adli haberler için sınırlayıcı bir standart olarak kullanılması söz konusu olabilecektir.<sup>75</sup> İster ulusal, ister yerel, isterse bireysel faaliyet yürütsün, bir gazeteci veya haberci de 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında bir “içerik sağlayıcı” sayılmaktadır. Örneğin, yapılan haber haberleşme hakkının sınırlarını aşarak zaten internet üzerinden hakaret suçunu oluşturuyorsa işleyen sıradan bir kişi de bir basın mensubu da 5651 sayılı Kanun’a göre içerik sağlayıcısı olarak kabul edilecek ve TCK m. 125 kapsamındaki koşullara göre cezalandırılacaktır. Basın mensubu kişilerin yapmakta oldukları faaliyetin ağırlığı ve önemine göre sıradan kişiler gibi cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise tartışmalı bir konudur.<sup>76</sup> İlgili kişiyi vaktinden önce «fail» ola-

74 ÖZKEPİR & KOCAMAN & KART, 2020, s. 702 vd.

75 ÜZÜLMEZ, 2005, s. 52.

76 ÖZKEPİR & KOCAMAN & KART, 2020, s. 798.

arak adlandırarak kasıtlı veya en azından kabul edilmiş bir önyargı, hakaret suçunu oluşturabilecek olsa da aceleyle bir anlık galeyana gelerek atılan bir tweet daha sonra sanığın kesinleşmiş mahkumiyeti nedeniyle doğru çıkması ya da haber alma hakkı kapsamında meşru menfaat algısının öne sürülmesi halinde, haberi yapan paylaşılan kişinin cezadan kurtulup kurtulamayacağı da tartışılmalıdır.<sup>77</sup> Haber alma hakkını aşan ifadeler her zaman TCK ve diğer cezai hükümler çerçevesinde cezalandırılabilir değildir. Ancak suçluluğun yasal olarak kanıtlanmasına kadar, ne yargıçların ne soruşturma makamlarının ne de medyanın, örneğin savunmanın beklentileri hakkında yorum ya da ilgili kişinin suçlu olduğuna işaret eden açıklamalar yapmaması gerekir.

Sosyal medyanın günümüzdeki toplumu bilgilendirme ve yönlendirme işlevi düşünüldüğünde suçsuzluk karinesinin artık sanığın toplumda suçlu şekilde damgalanmasına ve hatta topluma yeniden kazandırılmasına engel teşkil eden haller bakımından ele alınarak dolaylı üçüncü taraf etkisi haklı gösterilebilir. İşlenmiş bir suç şüphesinin ihbar edilmesinin, ilgili kişide en az devletin cezai kovuşturma-

sının yapabileceği kadar öznel olarak hissedilen büyük bir zarara neden olabileceği düşünüldüğünde bunu yapma yükümlülüğü daha da geçerlidir. Suçsuzluk karinesi, adil yargılanma hakkının unsuru olarak sadece resmi makamlar önünde değil, bunların yanı sıra üçüncü kişiler huzurunda da ileri sürülebilen toplumsal yaşamın devamlılığı açısından gerekli temel bir hukuk prensibidir. Buna göre, bireylerin toplumda barış içinde bir arada yaşayabilmeleri, şüphelinin suçluluğunun kesin hükümle sabit olacağı yönündeki bağlayıcı usul kuralının kabulüne bağlıdır. Bu nedenle, resmi mercilerin dışında üçüncü kişilerin de suçsuzluk karinesini ihlal etmeme yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.<sup>78</sup>

Ancak günümüzde iletişimin geldiği noktaya bakıldığında basın mensuplarından böyle geniş bir özen yükümlülüğü beklenebilse de herhangi bir kritere tabi olmadan bilgi ve düşüncelerin paylaşılabilirdiği sosyal medyada kullanıcılarından beklenmesi özel hukuk kişinin yükümlülüklerini fazlasıyla genişleterek ifade özgürlüğünü katlanılmaz derecede sınırlandırabilecektir. Bunun yerine suç şüphesi altındaki kişilerin dijital alanlardaki görün-

<sup>77</sup> Gazeteciler bakımından böyle bir durum söz konusu olduğunda aceleyle atılan başlığın daha sonra sanığın kesinleşmiş mahkumiyeti nedeniyle doğru çıkması ya da gazetecinin meşru menfaat algısını öne sürmesi halinde, haberi yapan medya temsilcisi cezadan kurtulmaktadır; ikinci durumda, gerçek dışı iddialar haklı bile görünebilir. Bkz: Joachim BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens*, Nomos, Baden Baden, 1980, s. 247 vd.

<sup>78</sup> ÜZÜLMEZ, 2005, s. 52.

mezlik taleplerini öngören prensipler ve hakların kabulü daha makul bir çözüm önerisi olabilecektir. Bu çerçevede kişinin şeref ve itibarını koruyarak, onuruna zarar gelmesini engelleyen lekeleneme hakkı adil yargılanma kapsamındaki suçsuzluk karinesinin toplumda ve sosyal medyada karşılık bulmasına yol açabilecektir.

## **B. Dijital Görünmezlik Çerçevesinde Lekeleneme Hakkı**

Kişinin toplum nezdinde saygınlığının ve onurunun zarar görmemesi amacına hizmet eden lekeleneme hakkı ile kişilerin bir suç ithamı ile karşılaştıklarında bile kendini rahat ve güvende hissetmesinden bahsedilir. Bilgi ve iletişim imkânlarının giderek çoğaldığı ve yaygınlaştığı çağımızda şüpheli ve sanik olarak yer aldıkları haberlerin internetin sanal dünyasından silinmesini veya görünürlüğünün engellenmesini istemeleri ancak lekeleneme hakkının güvence altına alınması ile mümkündür.<sup>79</sup> Aksi halde sosyal medyada kontrolsüz tepkilerin gelişmesi halinde şüpheli veya sanığın toplum nezdinde damgalanması daha kolay olmakla birlikte hedef alınan bu kişi açısından telafisi güç zararların ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

Lekeleneme hakkı ile suçsuzluk karinesi arasında sıkı bir ilişki olup aynı amaca hizmet etseler de bu iki güvence arasında farklılıklar bulunmaktadır. Suçsuzluk karinesinin amacı bakımından özünde suç şüphesi altında bulunan bir kişinin hüküm verilene kadar yargılama makamlarının önyargılı muamelesini önlemek söz konusu iken, lekeleneme hakkında daha çok kişinin toplum nezdinde saygınlığının korunması böylelikle onur ve şerefine korunması amaçlanmaktadır.<sup>80</sup>

Suçsuzluk karinesine rağmen şüpheli veya sanik hakkında koruma tedbirlerine başvurarak kişinin hak ve özgürlükleri sınırlandırılıyorsa kamuoyunun yararı göz önünde bulundurularak haberleşme ve ifade özgürlüğünün sosyal medyadaki sınırları karşısında lekeleneme hakkının daraltılmasına ne kadar katlanılması beklenmektedir. Çünkü aslında sosyal medyada yer verilen haberler bağlamında haber alma ve verme hakkı lekeleneme hakkı ile daha yakından ilişkilidir. Şayet ki, suçsuzluk karinesinin üçüncü taraflara doğrudan etkisi savunulamayacak olsa bile sosyal medyada yer alan içerik sağlayıcılarının toplumda yaşayan her bireyin lekeleneme hakkını ihlal etmesi bakımından bir sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

79 Fatih AKINCI, "Lekeleneme Hakkı", *TAAD*, Cilt: 11 (2020), Sayı: 43, s. 194.

80 ÖZBEK & DOĞAN & BACAĞSIZ, 2022, s. 234.

7078 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 140. maddesi uyarınca ihbar ve şikayet konusu fiilin suç oluşturmadığının açıkça anlaşılması ya da ihbar ve şikayetin soyut nitelikte olması halinde verilebilecek soruşturmaya yer olmadığı kararı düzenlemesinin lekelenmeme hakkına hizmet ettiği söylenebilecektir.<sup>81</sup> Burada Cumhuriyet Savıcısına kişiye şüpheli sıfatını verip vermeme konusunda dikkatli davranma zorunluluğu öngörülmesi önemli bir adımdır. Bu sayede bireyin her asılsız iddia karşısında şüpheli sıfatının getirdiği külfete katlanması önlenerek toplum karşısında itibarının zedelenmemesi, onurunun zarar görmemesi açısından temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi sağlanmaktadır.<sup>82</sup>

#### IV. Sonuç

Sosyal medya, hayatın her alanında yer almaya başlamakla birlikte, ceza muhakemesi sürecini de etkileyebilir hale gelmiştir. Gerçekten muhakeme sürecinde şüpheli ve sanık konumunda bulunan kişiler bakımından bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle bir suç şüphesinin bulunduğu durumlarda veya ceza muhakemesi devam

ederken haberleşme özgürlüğü kapsamında adli haberler medya tarafından kamuoyu ile paylaşılabilen bu da şüpheli veya sanık hakkında yapılan linç ve damgalanmaya yol açarak kişilik haklarını ihlal etmekte, kişinin muhakeme sırasında ve sonrasındaki hayatını etkileyebilmektedir. Bu durum sosyal medyada kullanıcıları tarafından oluşturulan içeriğin ağ etkisiyle hızlı ve denetimsiz şekilde farklı kullanıcılara erişmesinden kaynaklanmaktadır. İşte bu nedenle sosyal medyada adli haberlerin paylaşılması ve suç isnadı özellikle kamu yararı olsa bile haberleşme ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aşabilecektir.

Sosyal medya ve çevrimiçi platformlar fikirlerin özgürce ifade edilmesine, bilgilerin yayılmasına hizmet etmesi gerektiği kadar bireyler özel hayatının gizliliğinin korunmasına da saygı gösterilen bir alan olmalıdır. Bu bağlamda özellikle şüpheli ve sanık hakkında yapılan düşünce açıklamaları insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde kişilerin sosyal medyada etiketlenmesine sebep olmamalı ve yine ceza muhakemesi ilkelerini ihlal etmemelidir.

81 Berrin AKBULUT, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 10 (2022), Sayı: 1, s. 156 vd.

82 AKINCI, 2020, s. 194.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT Berrin, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 10 (2022), Sayı: 1.
- AKINCI Fatih, “Lekelememe Hakkı”, *TAAD*, Cilt: 11 (2020), Sayı 43.
- ATALAY Bahar, “Bilişim Suçları, İletişim ve Sosyal Medya”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 10 (2018), Sayı: 3.
- BAHAR Esra, “Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Cilt: 1 (2022), Sayı: 68.
- BAYRAKTAR Tuğba & KOYUNCU Nuran, “Adil Yargılanma Hakkı”, *ICPESS*, Cilt: 2 (19-22 Mayıs 2017).
- BELLING Detlev W. & İNCE Nurten, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 12 (2014), Sayı: 137.
- BOGGS Danny J., *The Right to Fair Trial*, University of Chicago Legal Forum (1998).
- BOND Micheal, *The Power of Others: Peer Pressure, Groupthink, and How the People Around Us Shape Everything We Do*, Oneworld Publications, London, 2014.
- BORNKAMM Joachim, *Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens*, Nomos, Baden Baden, 1980.
- BOUVIER Gwen & MACHIN David, “What Gets Lost in Twitter ‘Cancel Culture’ Hashtags?”, *Discourse & Society*, Cilt: 32 (2021), Sayı: 3.
- CHUN Wendy H. K. & KEENAN Thomas, *New Media, Old Media A History and Theory Reader*, Routledge, New York, 2006.
- CZEPEK Andrea & HELLWIG Melanie & ILLG Beate & NOWAK Eva, *Freiheit und Journalismus*, Nomos, Baden Baden 2018.
- ÇELİK Yeşim, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *TAAD*, Cilt: 8 (2017), Sayı: 32.
- DOĞAN Pınar Bahar, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 72 (2014), Sayı: 4.
- ENGESSER Sven, *Die Qualität des Partizipativen Journalismus im Web*, Springer, Wiesbaden, 2013.
- ERKAL Abdi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Medyada İfade Özgürlüğü İçtihadı”, *Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar*, Cilt: 5 (2021), Sayı: 18.
- GEDİKLİ Ahmet Taha, “Karşılaştırmalı Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşımlarının Önlenmesi”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, Cilt: 2 (2020).
- GEIRING Sonja, *Risiken von Social Media und User Generated Content Social Media Stalking und Mobbing sowie datenschutzrechtliche Fragestellungen*, Peter Lang, Frankfurt, 2017.
- GIUSTI Serena & PIRAS Elisa, *In search of paradigms: Disinformation, fake news, and post-truth politics*, Democracy and Fake News, Routledge, New York, 2020.
- GÜL Cengiz & İSPİR Rumeysa, “Dijital Görünmezlik Hakları”, *Journal Of Social, Humanities and Administrative Sciences*, Cilt: 7 (2021), Sayı: 42.
- HANNES Werthner, PREM Erich, LEE Edward A., GHEZZI Carlo, Perspectives on Digital Humanism, [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-86144-5\\_7](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-86144-5_7).

- HORNUNG Gerrit & MÜLLER-TERPITZ Ralf, *Rechtshandbuch Social Media*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2021.
- JACKSON D. John & SUMMERS J. Sarah, *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012.
- KORTE Benjamin, *Praxis des Presserechts*, C.H. Beck, München, 2014.
- KÖSTLER Till, *Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken und das Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, DeGruyter, Berlin-Boston 2022.
- LIPSCHULTZ Jeremy Harris, *Social Media Communication*, Routledge, New York, 2020.
- MANSDÖRFER Marco, “Das Recht des Beschuldigten auf Selbstdarstellung im Ermittlungsverfahren”, *ZStW*, Cilt: 123 (2011), Sayı: 3.
- MOLLE Alexander, “Die Verdachtsberichterstattung”, *ZUM*, Cilt: 54 (2010), Sayı: 4.
- MORA Necla, “Üçüncü Sayfada Türk Toplumunu”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, Cilt: 5 (2008), Sayı: 2.
- NG Eve, *Cancel Culture: A Critical Analysis*, Palgrave Macmillian, New York, 2022.
- ÖZBEK Veli Özer & DOĞAN Koray & BACAKSIZ Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- ÖZKEPİR Ramazan/ KOCAMAN S. Zeki/ KART E. Hilmi, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- REMMERTZ Frank R., “Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht”, *MMR*, Cilt: 54 (2018), Sayı: 8.
- SALIGER Frank, “Aushöhlung der Unschuldsumutung durch gezielte Öffentlichkeit?”, *KritV*, Cilt: 96 (2013), Sayı: 3.
- SCHOELLER-SCHLETTER Anja, “Impartiality of Judges and Social Media Approaches, Regulations and Results”, <https://www.kas.de/documents/265308/265357/Impartiality+of+Judges+and+Social+Media.pdf/eb313aed-88ca-c677-4231-d84c02ee914c?version=1.0&t=1591861554477>.
- SHU Kai & BHATTACHARJEE Amrita & ALATAWI Faisal & NAZER Tahora H. & DING Kaize & KARAMI Mansooreh & LIU Huan, “Combating disinformation in a social media age”, *WIRES Data Mining and Knowledge Discovery*, Cilt: 10 (2020), Sayı: 6.
- SIMMLER Monika & SELMAN Sine, “«Shitstorms» als strafprozessuale Begleiterscheinung”, *forumpoenale*, Cilt (2018), Sayı: 5.
- STRÖBEL Lukas, *Persönlichkeitsschutz von Straftätern im Internet*, Nomos, Baden Baden, 2016.
- ŞEN Mahmut, “Hâkimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18 (2014), Sayı: 3-4.
- TANERİ Gökhan, “Sosyal Medyada Paylaşım Sorumluluğu”, *TAAD*, Cilt: 7 (2016), Sayı: 24.
- TANRIVERMİŞ Atilla, *Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenememe Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- TURHAN Faruk, “Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde Hâkimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22 (2018), Sayı: 4.



- ÜZÜLMEZ İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Cilt: 18 (2005), Sayı: 58.
- WEIGEND Thomas, “Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justices”, *Criminal Law, Philosophy*, Cilt: 8 (2014), Sayı: 2.
- YILDIRIM Akif, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 5 (2017), Sayı: 9.
- YÜZER Dilara, Basın Yoluyla Adli Haberlerin Veriliş ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 15 (2013, Basım Yılı: 2014), Sayı: 15.
- ZENG Li & DAILEY Dharma & MOHAMED Owla & STARBIRD Kate & SPIRO Emma S., “Detecting Journalism in the Age of Social Media: Three Experiments in Classifying Journalists on Twitter”, *ICWSM*, Cilt: 13 (2019), Sayı: 1.

# Orta Çağ'da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme

Emre PARTALCI<sup>1</sup>

## Özet

Tebliğde Orta Çağ Avrupası'nda var olan çok hukuklu düzen ele alınmaktadır. Farklı kaynaklardan sadır olan bu hukuklara ilişkin değerlendirme hukuk sosyolojisinin etkin hukuk ve geçerli hukuk kavramlarına başvuru olarak yapılmaktadır. Böylelikle konunun özgün bir bakış açısı ile ele alınması hedeflenmektedir. Günümüzde hukuk tanımı çoğunlukla hukuk ile modern devlet arasındaki ilişki vurgulanarak yapılıyor. Halbuki hukuk bakımından evrensel bir tanım verebilmek için onun tarihsel serencamı da hesaba katılmalıdır. Orta Çağ'a dönüldüğünde, hukuk ile devlet arasında günümüzdekinden farklı bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Hukukun etkinliği bakımından da geçerliliği bakımından da devletin rolünün günümüzdekinden farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu vargıya gelenek ile hukuk arasındaki ilişki üzerine bir çözümleme yaparak ulaşılmaktadır. Çözümleme iki ayaklıdır: İlk olarak hukuk ve gelenek arasındaki ilişkiye odaklanılmaktadır. Orta Çağ Avrupası'nın bir döneminde, gelecekte olacak olanlara uygulanacak kuralların, geçmişten beri uygulanagelenlere sıkı surette bağlandığı görülmektedir. Bu tespitin ardından yapılan soyutlamayla ise geleneğin otoritesine ulaşılmaktadır. Bu bakımdan tebliğde etkin hukukları geleneksel uygulamanın belirlediği, bu hukuka geçer-

lilik kazandırmanın ise geleneğe mündemiç bulunan bir otorite olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** gelenek, otorite, etkin hukuk, geçerli hukuk, Orta Çağ

## GİRİŞ

Malum olduğu üzere eskiler, iyi bir tanımın tanımını “efradını cami, ağyarını mani” diyerek verirler. Kelimeler güncelliğini yitirse de tanım kuvvetini kaybetmemiştir. Kuvvetin bir kısmı tanımın veciz ifadesinden kaynaklanır; “onu oluşturan fertleri bir araya getiren, geri kalanı ise dışlayan” dense, herhalde aynı etkiyi yaratmaz. Ama yine de bir şeyi tanımlamada güdülmesi gereken temel kaygıları ifade etmeye yarar sanıyorum. Bu tebliğ, hukuk tanımlanırken neler onun “efrad”ına dahil edilmeli ve neler “ağyar” olarak değerlendirilmeli sorusuna, Orta Çağ'da hukukun durumu üzerinden bir yanıt arayışı olarak meydana çıkmıştır. Daha belirgin olarak denilebilir ki bu tebliğ, günümüzde hukuk tanımlarında genellikle karşılaşılan “devlet”in, bu

<sup>1</sup> Arş. Gör. Dr. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: partalcieyre@hotmail.com

tanımlardaki yerini sorgulamanın bir ürünüdür. Söz konusu sorgulama mesnetsiz de değildir; Orta Çağ'da hukuk ile devlet arasında benzer bir ilişki kurmadaki güçlüğü dayanmaktadır.<sup>2</sup>

Bu sebeple, her ne kadar sorgulayışın kökeninde günümüzde hukuk-devlet ilişkisine bakarak bu ilişkiyi mutlaklaştıran bazı yaklaşımlar yer alsada, bu tebliğde meseleyi doğrudan bu değil, fakat buna da cevap vermeye imkân yaratacak şekilde Orta Çağ'da hukuk ve onun geçerliliği oluşturmaktadır.

## ORTA ÇAĞ'DA HUKUK

“Orta Çağ” deyişini sınırlamakla söze başlanabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Orta Çağ demekle sadece bir zamana değil aynı zamanda bir coğrafyaya referans verilmektedir. Yakın zamanda Türkçeye de çevrilen Bauer'in eserindeki<sup>3</sup> kavrayışla, “Orta Çağ” ifadesinin yalnız ve yalnız Avrupa için bir anlam ifade ettiği söylenebilir. Öte

yandan Orta Çağ, Avrupa'nın yaklaşık 1000 yıllık bir zaman dilimine gönderme yapan, antikite ile modernitenin ortasındaki zaman dilimidir. Bu geniş zaman dilimini, başı sonu birmiş gibi değerlendirmek mümkün değildir. Bu tebliğde tüm Orta Çağ'a yönelik bir değerlendirme yapma çabası yoktur. Orta Çağ içinde belli bir tarihsel kesite, Bloch'un bölümlendirmesiyle birinci feodal çağa (başlangıcından 11. yüzyıl ortalarına değin)<sup>4</sup> odaklanılacaktır.

Odaklanılacak tarihsel kesitte hukukun durumu uzun uzadıya betimlenmektense, bilindik bir fıkraya başvurulabilir: Diyelim ki Nasreddin Hoca 10. yüzyılda Galya'da kadı olmuş. Önüne bir uyuşmazlık gelmiş. Uyuşmazlığın davacı tarafı, atalarının Burgonya'da yaşayan eski Roma tebaası olduğunu bu sebeple uyuşmazlığa *Lex Romana Burgondionium*'un uygulanması gerektiğini söylemiş. Hoca davacıya “haklısın” demiş. Davalı tarafsa atalarının Vizigot olduğunu dolayısıyla

2 “Devlet ve hukukun birbirleri için ve birbirlerine bağlı olarak ve birbirlerine göre var oldukları düşüncesi Orta Çağ'a yabancıdır” (Otto GIERKE, “Orta Çağ'da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk”, Çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, *Devlet Kuramı* içinde (Der. Cemal Bâli AKAL), Dost Yay., Ankara, 2013, s. 130); “[K]itlenin seçmemesine rağmen takip etmek zorunda hissettiği bir otorite, hukukun “kaynağı”dır [...] o kesinlikle doğrudan veya dolaylı olarak devletin bir emri değildir. [...] O, devletin bir edimi değildir; hatta devlet tarafından tanınmayabilir, onu tanıyacak bir devlet olmayabilir” (Edward JENKS, *Law and Politics in the Middle Ages*, London, John Murray, 1898, s. 2, 3).

3 Thomas BAUER, *Neden İslam'ın Orta Çağ'ı Yoktu?*, Çev. Hülya Yavuz Akçay, Runik Kitap, İstanbul, 2021.

4 Marc BLOCH, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara, 1983, s. 84. Birinci feodal çağa odaklanılmasının sebebi, hukuk bakımından bu dönemin sonrasına nazaran bir hayli farklı görünüm sergilemesidir. 12. yüzyıl, kurulan üniversiteler ve canlanan Roma hukuku öğrenimi ile bu yüzyıldan sonrasını öncesinden radikal şekilde ayırmaktadır (bkz. Harold J. BERMAN, *Hukuk ve Devrim*, Çev. Kuvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020, s. 175 vd.; Charles Homer HASKINS, *Üniversitelerin Doğuşu*, Albaraka Yay., İstanbul, 2022, s. 17 vd.).

davaya *Lex Wisigothorum*'un uygulanması gerektiğini öne sürmüştü. Hoca ona da “haklısın” diye yanıt vermiş. Bu defa bir dinleyici “Hoca nasıl olacak da her iki yasaı uygulayacaksın?” demiş. Bir başkası “Hoca, bu yasa metinleri Latince; ama sen Latince bilmiyorsun!”. Başka biri “Hoca, taraflar şampiyonlarını seçse, onlar çarpışsa ve haklı olana Tanrı karar verse?”... Hoca hepsine “haklısın” demiş.<sup>5</sup>

Birinci feodal çağda bir yargılamada bu fıkradaki durumun gerçekleşmesini yadırgamamak gerekir. Roma'nın yıkılmasından sonraki süreç, Roma hukukunun yerini giderek tuhaf bir “çok hukuklu sistem”in almasına sebep olmuştu. Cermen işgalciler eski Roma eyaletlerini kontrolü altına almalarına karşın buralarda yönetici azınlık durumundaydılar.<sup>6</sup> Ülkelerini Roma idari sistemi uyarınca yönetmekteydiler.<sup>7</sup> Yanı sıra, ülkelerinde yaşayan, sorunlarını Roma usulüncü çözmeye alışmış Romalı ahalilerine Roma yasalarını bahşetmişlerdi.<sup>8</sup>

Avrupa'daki kavim hareketliliği ve bunun yaratmış olduğu kaotik durum göz önünde tutulduğunda, bahşedilen yasaların Roma'da uygulananlarla ne ölçüde örtüştüğü tartışılabilir. Nitekim bu derleme yasaların tevatür yoluyla, yarım yamalak derlendiği ve derlenme sürecinde de bazı ilavelerin ya da çıkarmaların olduğu belirtilmektedir.<sup>9</sup> Sonuçta, Avrupa'nın farklı yerlerinde, Roma'nın varisi denilebilecek insanların aralarındaki hukuki uyumsuzlukları gidermede kullanılan Roma hukuku derlemeleri ortaya çıkmıştır.

Bu ilk hareketi, bir ikincisi izledi. O güne değin yazılı, derlenmiş (kodifike edilmiş) yasalara sahip olmayan Cermen kavimleri, geleneksel hukuki uygulamalarını yazılı hale getirerek derleme yoluna gittiler.<sup>10</sup> Bunda hiç şüphesiz bu kavimlere tebaa olmuş Romalılar için derlenen Roma yasalarına bir öykünme de mevcuttur.

5-8. yüzyıllar arasında Avrupa'nın farklı yerlerinde görülen bu derleme etkinliğinin, günümüzün yasama et-

5 Hocanın fıkrasını Avrupa'daki uygulamayla bir araya getiren akli evvelin ben olmadığını, bu tebliği sunmaya hazırlanırken fark ettim. Orta Çağ hukukuyla dünyanın başka yerlerinde ortak bir paydayı tespit ederken Harold Berman da Nasreddin Hoca'nın bu bilindik fıkrasının orijinalini aktarmaktadır (BERMAN, s. 116). Fıkra içeriği, Lyon'lu Piskopos Agobard'tan nakledilen olaylara dayanılarak oluşturulmuştur (bkz. Paul VINOGRADOFF, *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku*, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin vd., Ed. M. Tefvik Özcan, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s. 31, 32).

6 Fernanda PIRIE, *The Rule of Laws*, Profile Books, London, 2022, s. 152.

7 PIRIE, s. 152

8 VINOGRADOFF, s. 26; R. C. VAN CAENEGEM, *Özel Hukuk Tarihi: Giriş*, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, vd., Pinhan Yay., İstanbul, 2022, s. 40, 41.

9 VINOGRADOFF, s. 26, 38, 39.

10 VINOGRADOFF, s. 34, 35; VAN CAENEGEM, s. 42, 43.

kinliğinden belirgin bir farklılığa sahip olduğunu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Derleme etkinliği siyasi iktidardan bağımsız şekilde gerçekleşiyor değilse bile, günümüzde parlamentoların gerçekleştirdiği türden bir yasama etkinliği de söz konusu değildir.<sup>11</sup> Kralın temel görevi, var olan hukuku değiştirmek değil onu korumaktır; bu bakımdan kralın hukukun üstünde değil onun altında olduğu söylenmektedir.<sup>12</sup> Söz konusu olan, gerek Romalılar arasında, gerekse Cermen kavimler arasında mevcut bulunan hukuki uyumsuzlukları gidermeye yönelik uygulamaların toplanması ve ilanından ibarettir. Yoksa bir hukuki uyumsuzluğa, yepyeni bir çözüm yolu üretmek değildir. Siyasi iktidarın buradaki işlevi, bu derleme etkinliğini örgütlemek ve derlenmiş yasaları izhar etmektir.

Avrupa'da çok hukuklu bir düzen oluşurken eş zamanlı olarak toplumsal sahada bir bütünleşmenin var olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Cermen kavimlerle Romalı tebaa arasında dilde ve kültürde entegrasyon söz konusudur. Bu entegrasyonda Roma kökleri ve Hristiyanlık etkin rol oynamaktadır. Bir kere Cermen kavimler Hristiyan-

laşmaktadır. Hristiyanlaşma vakıası, toplumsal alanda bütünleşmeyi hızlandırdığı gibi, yeni krallıkların Roma geçmişi ile ilişki kurmalarını kolaylaştırmıştır.<sup>13</sup> Nitekim miladi 9. yüzyıla girilirken Şarلمان, Roma İmparatoru olarak papanın elinden taç giyecektir.

Sözün özü birinci feodal çağda ayrı ayrı tespit edilebilecek bir parçalanma ve bir de bütünleşme tespit etmek mümkündür. Hukuki açıdan bütüncül bir Roma hukukunun yerini Avrupa'nın farklı yerlerinde mukim Romalılar için derlenmiş "Roma kodları" ile Cermen kavimlerin "kavim kodları" almıştır<sup>14</sup>. Ancak Roma'yı yıkan istilaların ilk etkilerinin sona ermesinin ardından "kavim" ya da "yöresel" hukuki farklılıklara kaynaklık eden toplumsal farklılıkları ortadan kaldıracak türden bir bütünleşme de cereyan etmiştir. Varılan noktada kişi, farklı coğrafyalara ya da köklere referansla uyumsuzluğuna bu köklerden kaynaklanan bir hukuk kuralının uygulanmasını talep edebilir duruma gelmiştir.<sup>15</sup> Yani kodlar ülkeleleri değil, kişileri takip eder olmuştur.<sup>16</sup> *Professio juris* denen uygulamaya göre kişi uyumsuzlukta kendisine uygulan-

11 JENKS, s. 7; BERMAN, s. 91, 101, 102.

12 KERN, s.70, 73; J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 13, 14.

13 Henri PIRENNE, *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XVI. Yüzyıla Kadar*, Selenge Yay., İstanbul, 2022, s. 20, 21.

14 Perry ANDERSON, *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, İletişim Yay., İstanbul, 2017, s. 132, 133.

15 VINOGRADOFF, s. 32, 33.

16 PIRENNE, s. 21.

çak hukuku adeta seçmektedir.<sup>17</sup> Öyle ki bu durumu anlatmak için “hukuk din kadar kişiseldir; bir hukuka tâbiyete ilişkin beyan, bir inanca tâbiyete ilişkin beyana benzer”<sup>18</sup> denmiştir.

Öte yandan sözü edilen derlemeler Latince’dir<sup>19</sup>. Buna karşın derleme etkinliğinin ardından geçen süreç Latince aleyhine olmuştur: Latince toplumsal hayattan git gide koparak kilisenin tekeline geçmiştir. Kendi gündemine sahip olan kilise ise Latince bilgisini söz konusu kodlara yöneltmemiştir.<sup>20</sup> Latince ile kilise arasındaki bağın konuyla ilgili bir diğer vechesi daha vardır. Latince ruhbanın tekeline girdiği nispette laik kesimin yazılı kültürü de gerilemiştir.<sup>21</sup> Bu iki gelişme, yani Latincenin giderek ruhbanlaşması ve laik kesimin yazılı kültürünün git gide gerilemesinin sonucunda kodlar unutulmaya ya da uygulanmamaya başlanmıştır.<sup>22</sup>

*Ubi societas ibi jus*, yani nerede toplum varsa orada hukuk vardır. Orta Çağ’da gelinen durum, hukukun tümüyle yittiği gibi bir anlama yol açmamalıdır. Yazılı kültürün yerini sözlü kültüre bırakmasına paralel olarak kodların yerini gelenekler almaktadır.<sup>23</sup> Söz konusu olan, normatif olanı herhangi bir yasa yaratıcı iradenin tayin etmemesi; insan eylem ve etkinliğinin zamanla normatif anlam kazanmasıdır.<sup>24</sup> Yerel düzeyde, yapılagelenin, yapıldığı üzere yapılmaya devam edilmesi en belirgin hukuk kuralı halini almıştır.<sup>25</sup>

## HUKUK, İKTİDAR VE OTORİTE

Orta Çağ’da hukukun temel nitelikleri de bu koşullarda belirginleşmiştir. Bu dönem hukuku hukuk olarak nitelenenin ölçütleri olarak kadimlik ve iyilik öne çıkmaktadır<sup>26</sup>. Bu dönem,

17 Tiziana FAITINI, “The Latin Roots of the ‘Profession’”, *History of Political Thought*, Winter 2017, Vol. 38, No. 4, s. 619-621.

18 JENKS, s. 16.

19 PIRIE, s. 151; VAN CAENEGEM, s. 42.

20 Dario IPPOLITO, “Hukukta Çoğulculuk”, *Ortaçağ I: Barbarlar, Hristiyanlar, Müslümanlar* içinde (Der. Umberto Eco), Alfa Yay., 6. Bs., İstanbul, 2019, s. 221, 222..

21 PIRENNE, s. 39.

22 BLOCH, s. 146.

23 VINOGRADOFF, s. 33. “Ortaçağ hukuk zihniyeti bağlamında [...] ‘gelenek’ kavramı, hukukun ayrık bir parçası değil bizatihi kendidir” (Mehmet Cemil OZANSÜ, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014, s. 81).

24 Walter ULLMAN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, s. 193.

25 BLOCH, s. 149 vd; IPPOLITO, s. 220.

26 Fritz KERN, *Kingship and Law in the Middle Ages*, İngilizceye Çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939, s. 149 vd.

hiçbir merkezi iktidarın ya da kralın yürürlüğe koymadığı, dolayısıyla günümüzden farklı olarak geçerliliği devletle ilişkilendirilemeyecek bir hukuk söz konusudur. Siyasi iktidar hukuku yaratan merci değildir. Ancak bu, siyasi iktidarın hukukla herhangi bir ilişkisi yok demek de değildir. Bu ilişki iki açıdan kurulabilir. Birincisi siyasi iktidar, kendi koymadığı fakat onunla ilgili de söz söyleyen bir hukukla tâbiyet ilişkisi kurabilir. Yani kaynağı kendisi olmayan ama onunla da ilgili kayıtlar içeren bir hukuka mecburen riayet eder. Sonraları Aquinolu Thomas'ın pozitif yasanın üstüne yerleştiği sonsuz yasa, doğal yasa ve ilahi yasa<sup>27</sup>, bu dünyanın dışında/ötesinde konmuş olmak dolayısıyla üzerinde bulunan düzlemdeki herkese, bu arada yöneticiye de, üstün gelmek bakımından yöneticinin tâbi olduğu bir hukuku imleyen bir örnek teşkil eder.

İlişki ikinci bir açıdan da kurulabilir. Bu yönüyle siyasi iktidarın hukukun geçerliliğiyle bir ilişkisi olduğu bile ileri sürülebilir. Şöyle ki yönetici kendi koymadığı hukuku uygulamaktadır. İlişkinin bu yönü, pekâlâ yöneticinin koymadığı yasayı uygulama iradesinden hareketle de açıklanabilir. Eğer böyle değerlendirilirse, etkin hukukun uygulanmasını irade ortaya koymak suretiyle var eden -ya da belki daha doğru ifadeyle etkinliğini sürdür-

mesine olanak tanıyan, etkin hukukun etkinliğini teminat altına alan- ve bu bakımdan onun geçerliliği hakkında da söz sahibi bir siyasi iktidarı düşünmek mümkün hale gelir. Yalnız her iki ihtimal için de gözden kaçırılmaması gereken bir durum, siyasi iktidarın etkin hukuku belirlemediğidir.

Örnek vermek gerekirse Cermen yasaları, Romalı tebaa için olsun Cermen kavimleri için olsun derlenmelerinden de evvel etkin hukuktur. Onların derlenmeleri yeni bir hukuk ihdas etmek değil var olan hukuku kayıt altına almaktır. Bu bakımdan yasaları derleyenler, yukarıda belirtildiği üzere ya iradi olarak ya da mecburen, onların uygulamasını üstlenmektedir. Cermen yasaları etkinliğini yitirdikten sonra devreye giren gelenek hukuku için de durum benzerdir. Geleneksel hukukun, her ne kadar içeriği belirsiz olsa da, etkin hukuk olarak belirmesi siyasi iktidar dışında meydana gelmekte, ancak onların uygulanması yöneticilerin eliyle gerçekleşmektedir.

Bu noktada artık Orta Çağ'da etkin hukukları geçerli kılan unsurun ne olduğu sorusuna cevap aranabilir. Bu bakımdan çeşitli cevaplar vermek mümkündür. Örneğin eğer yönetici koymadığı yasayı uygulama iradesini gösteriyorsa ya da başka bir deyişle yöneticinin iradesi, etkin hukukun et-

27 Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Bs., Der Yay., İstanbul, 2021, s. 56.



kinliğini sürdürmesi noktasında belirleyici bir amil ise, bu durumda geçerlilik unsuru olarak yöneticinin iradesine işaret etmek de mümkün olur. Bütünlüklü olarak değerlendirildiğinde modern öncesi için bu ihtimal, benim kavrayışında mümkün değildir. Akal'ın tespit ettiği üzere modernlik ile öncesi arasındaki kesinti, modernlik için cari olan dünyevi yasayı modern öncesine teşmil etmenin önüne set çeker.<sup>28</sup> Modern öncesi toplum ya da eş anlamlı şekilde geleneksel toplum için siyasi iktidarın uygulanmasını meşrulaştıran kaynak her ne ise, hukukun uygulanmasını sağlayan kaynak da odur. Bu kaynak toplumdun topluma, toplumun değerleri merkezde olacak şekilde farklılık gösterebilir.<sup>29</sup> Ancak hepsi için geçerli olan, ortak payda, dünyevi değil dıșsal bir kaynak oluşudur.

Yönetenlerin onu meşrulaştıran kaynağı göz ardı ederek olgusal olarak tespit edilmesi mümkün olduğu gibi etkin hukukun da onu geçerli kılan kaynağı göz ardı ederek tespit edilmesi mümkündür. Yönetenin kim olduğunu “ne adına yönetiyorsun?” sorusunu sormadan bulabileceğimiz gibi etkin olan hukuku onu neyin geçerli kıldığını araştırmaya başlamadan da gözlemleyebiliriz. Ama araştırmayı bu noktada sonlandırırız siyasi iktidar-

da olduğu gibi hukukta da meşruiyete ilişkin söz söyleme imkanını yitiririz. Bu şekildeyse siyasi iktidarı kaba kuvvetten ayırt edemeyeceğimiz gibi geçerli hukuku yöneticinin iradesinden ayırt edemeyiz.

Orta Çağ söz konusu olduğunda geçerli hukukun yöneticinin iradesinden ayrı bir kaynağı vardır. Hukuku geçerli kılan, yöneticinin iradesi değildir. Aslında hukuku geçerli kılan unsuru bulmak için bakışları çetrefilli yollara çevirmeye gerek de yoktur. Orta Çağ söz konusu olduğunda soru pek de fark etmeksizin cevap aynıleşebilmektedir: Tanrı.<sup>30</sup> Hukuku geçerli kılanın da tanrı olduğu kestirmeden söylenebilecekse de açıklamanın bu kadarıyla önemli eksikleri vardır. Çünkü gelenek hukuku ya da kökleri geleneksel yapıp etmelerle ilişkilendirilebilecek kodlaştırılmış Cermen yasaları, tanrının “bunlar benim yasalarımdır” dediğı buyruklar değildir. Orta Çağ'ın kavrayışında hukuk, tanrının yarattığı dünyada, bu dünyayla birlikte yaratılmıştır. Yani tanrı dünyayı ve insanları yaratırken insanlar arasındaki ilişkilere yönelik kuralları da yaratmıştır. İnsanların sürdürdükleri ilişkiler ve uyumsuzluk halinde onu çözmeye yönelik uygulamaları da gelenek kanalıyla yarıdılışa ulaşmaktadır. Yani hukuk, ya-

28 Cemal Bâli AKAL, *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost Yay.1998, s. 358, 359.

29 Oktay UYGUN, *Devlet Teorisi*, 7. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2020, s. 8.

30 “Tüm hukukun kaynağında devlet değil, tanrı yer almaktadır” (KERN, s. 150).

radılıştan uygulandığı âna değin gelenek yoluyla taşınmış kutsal bir niteliğe sahiptir. Burada şu ayrımı da yapmanın yeridir: Hukuk gelenek içinde değişmiyor değildir. Bilakis sözlü kültür hâkim olduğu nispette, yani yazıyla kayıtlı hale gelmediği sürece, hukuk nesilden nesile değişebilir. Geleneksel hukukta geçmişten o güne değin gelen, kuralların içeriği değil; onların geçmişten, geçmişin başladığı yer olan yaradılıştan bu yana uygulanageldiği inancıdır. Bu da bizleri geleneğin otoritesine ulaştırmaktadır. Hatırlanacağı üzere otorite kelimesini ortaya atan ve dolayısıyla onun karşılık geldiği ilişki biçimini tanımlayan Romalılar da onu (otoriteyi) geçmişteki bir hadisenin (Romanın kuruluşu) günümüzde olup bitenler üzerindeki hakimiyeti olarak açıklıyorlardı. *Auctoritas* (otorite) kendine uyulduğu nispette ve sürece, *potestas*'ı yani iktidarı meşrulaştıran ilke idi.<sup>31</sup> Geçmişte, Romanın kuruluşunda var olan prensibin yüzyıllar sonra Roma'da siyasi iktidarı meşrulaştırması hadisesinde, geçmişte yani dışsal olanın güncel ve dünyevi olana galip gelmesi durumunun mevcudiyeti gözden kaçmamalıdır. Bu form Orta Çağ'da siyasi iktidar bakımından iki

kılıç kuramı ile sürdürülmüştür.<sup>32</sup> Ancak bu formun siyasi iktidar ilişkisiyle mahdut olduğunu düşünülmemelidir. Zira Nisbet'in işaret ettiği üzere "sosyal fonksiyonlarda derinlemesine kök salan; aile, mahalle, kilise cemaati ve lonca iç düzeninin ayırt edilemez bir parçası olan, her fırsatta ritüelleştirilen otorite, insanın soluduğu havayı fark edememesi kadar kanıksanmış, geleneğin ve ahlâkın dokusuna derinlemesine nüfuz ve sirayet etmişti".<sup>33</sup> Dolayısıyla otorite elbette siyasi iktidarı, ama aslında onun da bir cüzü olduğu tüm toplumsal hayatı gelenek ve ahlak kanalıyla kuşatmaktadır. Hukuk bakımındansa otorite özellikle geçmişten gelen uygulamaya sarılarak, yani gelenek kanalıyla var olmuştur. Bu bakımdan etkin hukuklara meşruiyet kazandıran, onları geçerli hukuk kılan, taşıyıcısının gelenek olduğu otoriteden söz etmek mümkündür. Taşıyıcısı gelenektir; gelgelelim bu durum onun geçmişten gelen, yani gerçekten de geleneksel olan uygulamaları geçerli hale getirmesini zorunlu kılmaz. Özellikle yazılı kültürün gerilediği ve yerine sözlü kültürün ikame olduğu koşullarda geleneksel olan, aslında sadece insanların hafızalarının ona ge-

31 Hannah ARENDT, *Geçmişle Gelecek Arasında*, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, 5. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2014, s. 175 vd.

32 Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. Bs., Ankara, İmge Yay., 2011, s. 160-167.

33 Robert NISBET, *Sosyolojik Düşünce Geleneği*, Çev. Yusuf Kaplan, 2. Bs., İstanbul, Paradigma Yay., 2016, s. 148.

leneksellik atfedebildiğinden ibarettir. Ancak bunun yapılabilirdiği yerde artık “iyi” ve “kadim” hukuktan bahsediyorum demektir.

Şu halde evet, insanların Orta Çağ’da hukuk dediği şeyi hukuk kılan nitelikler, onun iyi olması ve kadim olmasıdır. Ama diğer yandan hukukun iyi ve kadim olarak ortaya konması da son kertede onu insanların nasıl nitelendiği ile ilgilidir. Yoksa iyi ve kadim olarak nitelenen hukuk gerçekten de iyi ve kadim olmayabilir. Yani sözün özü Orta Çağ’da hukukun iyi ve kadim olarak nitelenmesi, Orta Çağ insanının gözündeki değerine göredir ve bu bakımdan sübjektiftir.

O halde neyin, neden iyi ve kadim olarak nitelendiğini tespit etmek için geleneğe bir defa daha bakışları çevirmek gerekiyor ki objektif olarak hukuku geçerli kılan prensip açıklanabilsin. Gelenek, tanrı yarattığı için iyi ve tanrı yarattığından beri uygulanageldiği için kadimdir. Fakat diğer taraftan uygulama, aslında insanların hafızalarındakinden ibarettir. Objektif olmak gerekirse, uygulanmakta olan tanrının yarattığı değil, insanların uygulandığını hatırladıklarıdır; eğer tanrı yaratmadıysa ondan kaynaklı iyilik vasfını da taşımaz.

Öyleyse hafızanın imkân verdiği nispette geleneksel olanda, iyi ve ka-

dim olarak nitelenmeyi haklılaştıran bir öz bulmak gerekir. Hafıza-ı beşerde pekâlâ değişip duran geleneğin, değişmeyen bazı temel özelliklerini bulmak mümkündür. Tanrıdan geldiğine inanıldığı, yani ânda, dünyevi düzlemde kurulmadığı için *dışsal* olması; tanrıdan kaynaklandığı düşüncesiyle *kutsallık* atfedilmesi ve böyle alımlanması sebebiyle dünyevi düzlemde ileri sürülmesi muhtemel pozitif hukuka nazaran *üstün* olması, değişip duran içeriğinden bağımsız olarak geleneğin temel nitelikleridir. Dikkat edilirse bu sayılanlar, geleneği Orta Çağ insanların nasıl değerlendirdiğinden (sübjektif olandan) farklı şeylerdir. Bunlar, geleneksel olanla Orta Çağ insanının kurduğu ilişkiye yönelik objektif tespitlerdir. İşte bu dışsal, kutsal ve üstün oluştur ki kadim ve iyi olsun ya da olmasın kadim ve iyi olarak değerlendirilen hukuka kapı aralar.

## SONUÇ

Bu tebliğde Orta Çağ’da gelenek, hukuk ve otorite bakımından söylenenler, modern toplumla geleneksel toplum arasında bir kontrast oluşturmaya yönelik genelleştirilmiş bazı hipotezler şeklinde şöylece tekrarlanabilir:

Modern toplumlarda esas olan etkin hukukun devlet eliyle ihdas edilmesidir. Devletin hukuku yarattığı an sıfır noktasını teşkil eder. Dolayısıyla

hukuk geleceğe yönelik bir projeksiyonu yansıtır. Geleneksel toplumların etkin hukukuysa geçmişten beri uygulanagelenlerdir. Bu hukukun sıfır noktası yaradılıştır. Projeksiyonsa bugünden yaradılışa doğru geçmişe yönelir.

Modern hukukun kaynağını “tek”-leşirme yönünde bir taziyik vardır. Daha doğrusu devlet, hukuku yaratma hakkını herhangi bir ortakla bölüşmek istemez. Geleneksel toplumsa geçmişe/yaradılışa/kuruluşa referans verebilen her hukuku, kaynağına tali bir önem atfederek benimser.

Dolayısıyla modern hukuk, devlet eliyle dünyevi düzlemde yaratılır. İçinde yaşadığımız dünyada çıkıp hukuku yaratan devlet, hem kendisinin hem de hukuk yaratmayı da içerecek şekilde tüm etkinliğinin meşruiyetini de dünyevi düzlemde yaratır ve varlığını ve etkinliğini içinde bulunduğumuz düzlemdeki diğer bir kaynağa, yani ulusa dayandırır. Geleneksel toplumdaysa hukuk toplum eliyle fakat dışsal düzlemde yaratılır. Bu son söylenen paradoks gibi görülebilir. Ancak devletin denklemden çıktığı senaryoda hukukun toplumsal ilişkilerden başka bir kaynağı da kalmamaktadır. Söz konusu olan, toplum tarafından kendi iç işleyişini düzenlemek üzere süreç içerisinde oluşturulan kurallara, zamanla dışsal bir nitelik atfedilmesidir. Orta Çağ Avrupası örneğinde bu nitelik, tanrısal bir düzenin yaradılıştan o güne

değin geldiği düşüncesiyle ortaya çıkmaktadır. Tanrıdan geldiği için iyi ve tanrı tarafından yaratıldığından beri öyle olduğu için kadim hukuk...

Modern hukukun geçerlilik ölçütünün “devletten sadır olmak” olduğuna şüphe yoktur. Geleneksel toplumdaysa geçerlilik için geleneğin otoritesine müracaat edildiği görülmektedir. Bu, bir açıdan etkin hukuk ile geçerli hukuk arasındaki farkı ortadan kaldıran bir durum gibi görülebilir. Ama geçerlilik ölçütü, gelenekte mündemiç soyt bir öze irca edildiği nispette incelikli bir ayrıma gitme imkânı da aynı önermeden çıkarsanabilir. Gelenek, taşıdığı tüm içerikte mündemiç olan bir kutsal, dışsal ve üstün öz dolayısıyladır ki etkin bir hukuku geçerli kılan ilkedir. Kutsal, dışsal ve üstün bu ilke, geleneğin tümüne sinmiş ortak özelliklerin bir soyutlamasıdır. Bu bakımdan geleneğin aslında tek bir içeriği ve geçerlilik bakımından tek bir önermesi mevcuttur: Yapılagelenin yapılması gereken olduğu önermesi.

Yinelemek gerekir ki Sonuç bölümünde genele teşmil edilenler, özelde Orta Çağ'da tespit edilmesinden ibarettir. Sonuçta Orta Çağ örneği üzerinden ulaşılan bu hipotezleri, başka örnekleri değerlendirmek suretiyle doğrulamak ya da yanlışlamak, hukuku tarihi içinde yerleştirerek tanımlamamıza hizmet edecektir.

**KAYNAKÇA**

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent: *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. Bs., Ankara, İmge Yay., 2011.
- AKAD, Mehmet, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 17. Bs., Der Yay., İstanbul, 2021.
- AKAL, Cemal Bâli: *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost Yay., 1998.
- ANDERSON, Perry: *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, İletişim Yay., İstanbul, 2017.
- ARENDT, Hannah: *Geçmişle Gelecek Arasında*, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, 5. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2014.
- BAUER, Thomas: *Neden İslam'ın Orta Çağ'ı Yoktu?*, Çev. Hülya Yavuz Akçay, Runik Kitap, İstanbul, 2021.
- BERMAN, Harold J.: *Hukuk ve Devrim*, Çev. Kıvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020.
- BLOCH, Marc: *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara, 1983.
- FAITINI, Tiziana: "The Latin Roots of the 'Profession'", *History of Political Thought*, Winter 2017, Vol. 38, No. 4, s. 603-622.
- GIERKE, Otto: "Orta Çağ'da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk", Çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, *Devlet Kuramı* içinde (Der. Cemal Bâli AKAL), Dost Yay., Ankara, 2013, s. 129-137.
- GOUGH, J. W.: *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- HASKINS, Charles Homer: *Üniversitelerin Doğuşu*, Albaraka Yay., İstanbul, 2022.
- IPPOLITO, Dario: "Hukukta Çoğulculuk", *Ortaçağ I: Barbarlar, Hristiyanlar, Müslümanlar* içinde (Der. Umberto Eco), Alfa Yay., 6. Bs., İstanbul, 2019, s. 217-222.
- JENKS, Edward: *Law and Politics in the Middle Ages*, London, John Murray, 1898.
- KERN, Fritz: *Kingship and Law in the Middle Ages*, İngilizceye Çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939.
- NISBET, Robert: *Sosyolojik Düşünce Geleneği*, Çev. Yusuf Kaplan, 2. Bs., İstanbul, Paradigma Yay., 2016, s. 148.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014.
- PIRENNE, Henri: *Avrupa Tarihi: Kavimler Göçü'nden XVI. Yüzyıla Kadar*, Selenge Yay., İstanbul, 2022.
- PIRIE, Fernanda: *The Rule of Laws*, Profile Books, London, 2022.
- ULLMAN, Walter: *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975.
- UYGUN, Oktay: *Devlet Teorisi*, 7. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2020.
- VAN CAENEGEM, R. C.: *Özel Hukuk Tarihi: Giriş*, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, vd., Pinhan Yay., İstanbul, 2022.
- VINOGRADOFF, Paul: *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku*, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbay, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, Ed. M. Tevfik Özcan, Göçebe Yay., İstanbul, 1997.

# Mağduru Suçlamak Faili Aklamak: Mağdura Yönelik Yüklemeler Üzerine Bir Değerlendirme

Osman SÜMER<sup>1</sup>

## Özet

İnsanoğlu, sosyal bir varlık olması sebebiyle tek olarak başladığı hayatını devam ettirebilmek ve ihtiyaçlarını karşılayabilmek için toplu yaşama eğilim göstermiştir. Bu ortam bir düzenin varlığını gerekli kılar. Ne var ki, içinde yaşadığı sosyal, siyasi ve ekonomik yapı ihtiyaçlara cevap vermediği durumda birey, çatışma yaşamaktadır. Bu çatışmanın ortaya çıkardığı gerginlikten dolayı birey, suç ve sapma davranışı sergilemektedir. Sözü edilen davranışın, diğer bireyler üzerinde mağduriyet yaratması kaçınılmazdır.

Öte yandan “mağdur suçlayıcılık”, bir suçun işlenmesinde suçlu gibi mağdurun da bir payı olduğuna dair mağduru suçlamak anlamına gelir. Sorumluluğun suç işleyene (faile) değil, saldırıya uğrayan bireye yüklenmesini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Suç işleyen hakkında konuşulmasını engeller ve suç işleyeni unutturmanın önünü açar. Ayrıca, saldırının nereden geldiğini önemsizleştirir. Mağdur olan bireyde, kusur ya da kabahat bulmaya çalışılarak, mağduriyetin kendisinin o kusur üzerinden ortaya çıktığı mesajı verilir. Çoğu zaman açıktan suçlamada bulunmaz. Örtük olarak mağdurun hak ettiğini telkin eder. Tabi ki de, mağdur suç-

layıcı yorumlar mağduru olumsuz yönde etkiler ve aynı zamanda suç işleyeni aklamaya yönelik bir zemin hazırlar.

Dolayısıyla “*mağdur kendini yeterince ifade edebiliyor mu?*” sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; “*mağdur suçlayıcılığı hususunda taviz verilmesi, suçu işleyenin suç işlemekten çekinmemesini sağlıyor*” hipotezinin sınanması amaçlanmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmamızda “mağdur” ve “mağdur suçlayıcılık” ile ilgili kavramsal ve kuramsal altyapıyı hazırlayan literatür taraması yapılacaktır. Ardından adalet istatistikleri ve yargı kararları örnekleri üzerinden eleştirel boyutta irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** sosyal düzen, adalet, suç, mağdur, mağdur suçlayıcılık

Suç mağduru, ceza hukuku açısından mühim sonuçlar yol açan bir kavramdır. Bu kavramla, ilk olarak akla suç fiili ile saldırıya uğrayan kişi ya da “suç mağdurları” gelir.<sup>2</sup> Yine, suçtan zarar gören kavramı ile çakışabilmektedir. Ne var ki, anılan iki kavram bazen

1 Dr., Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Doktoru, E-Posta: osmansumer@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5459-4655

2 Tuğrul KATOĞLU, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *A.Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, 2012. s. 657-659.

bağdaştığı halde bazen ayrışabilmektedir. Suçtan doğrudan zarar gören kişiler mağdur, dolaylı zarar gören ya da suçla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hakları zarar gören kimse-ler de suçtan zarar gören şeklinde tarif edilmektedir.<sup>3</sup> Suçun mağduru kavramından, yalnızca suç fiilinden zarar gören herkesi değil, bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahiplerini de anlamlanmalıdır.<sup>4</sup>

Öte yandan, “suç mağduru” ifadesinin çağrıştırdığı görüntü birçok insan için çantasını sokakta kaptıran yaşlı bir kadın gibi biri olarak kalır. Böyle bir mağdur, her bakımdan klişeye uyar. Savunmasız, masum, savaşamayacak ve bu nedenle sempati ve yardımı hak eden biri şeklinde algılanır.<sup>5</sup>

Tabi bir de mağduriyetin sorumluluğunu en azından bir dereceye kadar mağdura yüklemeye yönelik tarihsel bir eğilim vardır. Örneğin ilk mağdur uzmanları, mağdurları sorumluluk derecelerine göre sınıflandıran tipolojiler yarattılar.<sup>6</sup>

Von Hentig, belirtilen sürece katılan ilk mağdur bilimcilerden biridir. Açıkça çalışmalarında,<sup>7</sup> suç davranışını açıklamaya odaklanmıştı. Şöyle ki, suçluluğu anlama girişiminde mağdurların rolünü inceleyen ilk bilim adamlarından biridir. İnsanların ne derece mağdur, eğilimli olduklarını inceledi. Kendisi insanların, “doğuştan suçlular” olduğu gibi “doğuştan mağdurlar” olduğunu da savundu. Ona göre, doğuştan mağdurlar “yırtıcılarının” eylemlerini talep eden kendi kendine zarar veren bireylerdi.<sup>8</sup> Psikolojik, sosyal ve biyolojik faktörlere dayalı bir tipoloji geliştirdi. Mağdurları değişen mağduriyet riskini yansıtan kategorilere göre sınıflandırdı. Örneğin, hem gençlerin (çocuklar ve bebekler), hem de yaşlıların, göçmenler (dil ve kültüre aşına olmamaları nedeniyle) ve azınlıklar (“ırksal olarak dezavantajlı oldukları” için) gibi mağdur olma eğiliminde olduklarını savundu. Ayrıca, “zihinsel olarak engelli” olanlar (akıllı bireyler ile uyuşturucu ve alkol bağımlıları dâhil), sıkıcı normaller (düşük zekâya sahip bireyler), dep-

3 Olgun DEĞİRMENÇİ, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 77, 2008, s.42.

4 KATOĞLU, 2012. s.662.

5 Brian WILLIAMS, *Victims of Crime and Community Justice*, Jessica Kingsley, London 2005, s.134.

6 Helen EIGENBERG, Tammy GARLAND, “Victim blaming”. *Controversies in Victimology* içinde (Editör: Laura J. MORIARTY), Elsevier Press, Newark, NJ 2008, s.22.

7 Hans VON HENTIG, Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 31, Issue 3, 1941, s.303-309.; Hans VON HENTIG, *The criminal and his victim: Studies in the sociobiology of crime*, Yale University Press, New Haven, CT 1948.

8 VON HENTIG, 1941, s.303.



resif bireyler, ahlaksız insanlar (yani, rastgele insanlar), işkenceciler (istismarcı ebeveynler) ve açgözlü bireyler olan “kazanç”. “yalnız ve kalbi kırık” dullar/dullar ile şantaj, haraç ve güven oyunlarının mağduru olan “engellenen, muaf tutulan veya kavga eden” bireyleri de ayrı ayrı kategorilendirdi. Son bir grup olarak kadınları, zayıf ve kolay av oldukları için mağdur olarak belirtti. Tipolojisinde temsil edilen insanlardan bazıları, sadece kim oldukları ve sosyal statüleri nedeniyle (örneğin, gençler, yaşlılar, akıl hastaları ve göçmenler) mağduriyete karşı daha savunmasız olan gruplar şeklinde belirtmektedir. Bununla birlikte, diğer grupları da kendilerini savunmasız hale getiren durumlara (örneğin, edilen birey veya gasp mağduru olanları) yerleştirdi.<sup>9</sup>

Von Hentig, bazı durumlarda mağdurların mağduriyetlerine çok az katkıda bulunduğunu veya hiç katkıda bulunmadığını kabul etti. Aynı zamanda sık sık, failer ve mağdurlar arasında “karşılıklı bir eylem” olduğunu savundu. Ona göre, bahse konu eylemden dolayı mağdur artık pasif bir nesne değil, kriminalizasyon sürecinin aktif bir

öznesidir.<sup>10</sup> Bu doğrultuda mağduriyet, bir sosyal etkileşim süreci olmaktadır.

Bu sonuç; diğer mağdur bilimcileri, mağdur olma sürecini incelemeye yöneltti. Birçok mağdur bilimci,<sup>11</sup> Von Hentig’ in örneğini takip ettiler. Mağdurlar ve suçlular arasında paylaşılan sorumluluğun derecesini kategorize eden çeşitli tipolojiler tasarladılar. Mendelsohn, anılan erken dönemin en ünlülerinden birisidir. 1947’de Bükreş’te bir konferansta sunduğu bildirisine ithafen “mağdur bilimin babası” olarak anılır. Tüm mağdurları tanımlayan ortak özelliklere (örneğin, hepsinin paylaştığı şeyler) atıfta bulunan mağduriyet ve mağduriyet terimlerini icat etti. Altı mağdur kategorisi belirledi. Bunlardan ilki; tamamen masum mağdurlar, mağduriyetleri için hiçbir sorumluluk taşımazlar ve eyleme katkıda bulunmak için hiçbir şey yapmazlar. İkincisi; hafif suçluluk taşıyan mağdurlar, kasıtsız eylemleri mağduriyete yol açan kişilerdir. Üçüncüsü; gönüllü mağdurlar, aslında kendi mağduriyetlerinin yaratılmasına yardımcı oldular. Dördüncü ve beşincisi de; suçlu mağdurların çoğu, başka bir kişiye karşı bir suç başlatır ve daha

9 VON HENTIG, 1941, s.304-307.

10 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.22-23.

11 Harry Elmer BARNES, Negley King TEETERS, *New Horizons in Criminology*, Prentice Hall, New York 1959.; Benjamin MENDELSON, The Origin of the Doctrine of Victimology, *Excerpta Criminal*, Volume 3, 1963, s.239-244.; Stephen SCHAFER, *The Victim and His Criminal*, Random House, New York 1968.; LeRoy L. LAMBORN, Toward a Victim Orientation in Criminal Theory, *Rutgers Law Review*, Volume 22, Issue 4, 1968, s.733-768.; Andrew KARMEN, Auto Theft: Beyond Victim Blaming, *Victimology*, Volume 5, Issue 2-4, 1980, s.161-174.

sonra bunun yerine mağdur olur. (örneğin, öldürülen bir hırsız). Altıncı ve sonuncusu; hayali mağdurlar, kuruntuludur ve/veya kişisel motivasyonlara dayalı bir suç uydururlar (örneğin, var olmayan bir suçu işlediği için birinin başını belaya sokmak için). Daha önceki çalışmaları esasında, dar bir suçluluk görüşünü (örneğin, bugün sokak suçu olarak adlandırdığımız şey) kullanılarak suç eylemlerindeki rollerine dayalı mağdurları kategorize etmeye odaklanmış olsa da, daha sonraki araştırmaların<sup>12</sup> bakış açısını iş kazası ve soykırım mağdurlarını içerecek şekilde önemli ölçüde genişletti. Anılan tipoloji de beş tür mağdur tanımladı: (1) suçluların mağdurları; (2) kişinin kendi benliğinin mağdurları (intihar, bilinçaltı dürtüler, kendine zarar verme davranışı); (3) çevre tarafından anti-sosyal davranışların mağdurları (örneğin, sosyal baskı, sınıf ayrımcılığı, soykırım, savaş suçları); (4) teknoloji mağdurları (örneğin, zarar veren bir ilacın yetersiz testi) ve (5) doğal çevrenin (sel ve kasırgalar) mağdurları. Genel olarak Mendelsohn, mağdur biliminin amacının daha az mağdur üretmenin yollarını bulmak ve böylece mağdur önleme kavramını ortaya koymak olduğunu savundu.<sup>13</sup> Benzer şe-

kilde mağduriyet hakkındaki görüşleri, mağdur küçümsenmesi kavramının gelişmesine katkı sağlayan mağdurun kusurluluğunun belirlenmesine de izin verdi.

Mendelsohn, von Hentig gibi bazı mağdurların mağduriyetlerinden doğrudan sorumlu olmadıklarını açıkladı. Bazı mağdurların, suçludan daha suçlu olduğunu savundu.<sup>14</sup> Bu tür bir düşünce, mağdurların mağduriyetlerinin sorumluluğunu paylaşması yönünde kavramsal bir iklim yaratmada etkili oldu.

Von Hentig ve Mendelsohn' un çalışmalarını birleştiren Schafer,<sup>15</sup> mağdur sınıflandırmasını risk faktörlerden ziyade işlevsel sorumluluğa dayandırdı. Yedi tür mağdur tanımladı. Schafer' in tipolojisi mağdurları sorumluluk açısından kategorize etti. Buna göre; ilk kategori olan "sorumluluk yok" kategorisinde dört tane (ilgisiz, biyolojik olarak zayıf, sosyal olarak zayıf ve siyasi mağdurlar); ikinci kategori olan "az sorumluluk" kategorisinde bir tane (tetikleyici mağdurlar); üçüncü ve son kategori olan "orta/yüksek sorumluluk" kategorisinde iki tane (kışkırtıcı ve kendi kendini mağdur eden mağdurlar) mağdur türü bulunmaktadır. Birbirleriyle ilgisi olmayan mağdurlar, bir failin cezai davranışının

12 Clyde W. FRANKLIN, Alice P. FRANKLIN, *Victimology Revisited*, *Criminology*, Volume 14, Issue 1, 1976, s.125-136.

13 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.23.

14 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.23-24.

15 SCHAFER, 1968.

talihsiz alıcısı ve bu nedenle de fiilden sorumlu olmayan kişilerdir. Benzer şekilde, biyolojik olarak zayıf mağdurlar (örneğin yaşlılar, genç, fiziksel engelliler) ve sosyal açıdan zayıf mağdurlar (göçmenler ve azınlıklar) mağduriyetlerinden sorumlu değildir. Fiziksel veya sosyal özelliklerinden dolayı sadece çekici hedeflerdir. Yine, iktidardaki kişi ve kurumlara karşı çıktıkları için mağdur olan siyasi mağdurlar da mağduriyetlerinden sorumlu değildir.<sup>16</sup> Ancak kışkırtıcı edici mağdurlar, suçlunun davranışına bir düzeyde tepki göstermesi nedeniyle bir miktar sorumluluğu paylaşırlar.

Schafer' in “fonksiyonel sorumluluk” kavramı, bu nedenle kendi mağduriyetlerinin gerçekleşmesinde aktif olarak önlemenin, mağdurun sorumluluğunda olduğunu savundu.<sup>17</sup> Von Hentig, Mendelsohn ve Schafer, mağdurun neden olduğu ve mağdurluk seviyesinin nasıl sınıflandırılması gerektiği konusundaki görüşlerde farklılıklar taşıdılar da, hepsi birçok açıdan benzerdir. Yaklaşımları, sınırlı miktarda sorumluluğu, mağdurlar ve suçlular arasında bölme eğilimindedir. Buna göre; mağdurlar tamamen

sorumlu olabilir, tamamen masum olabilir veya bunların arasında bir yerde olabilir. Belirtilen bakış açısını savunanlar için, mağdurun eylemlerinin önemli olduğunu ve ceza adalet sisteminin suçluya tepki verme biçimini ve ayrıca halkın suça bakışını etkilediğini iddia edilmektedir.<sup>18</sup> Öte yandan, mağdur biliminde zamanla paylaşılan sorumluluk kavramına odaklandığında mağduriyetle ilgili başka teoriler de ortaya çıkmıştır. Yaşam tarzı ve rutin faaliyetler de dâhil olmak üzere pek çoğu suçu mağdura yüklemeye devam etmektedir.<sup>19</sup>

Bu anlamda, bireyin mağdur olup olmayacağı konusunda sosyal yapı, rol beklentileri, demografik özellikler, günlük rutin ve belirli gruplara maruz kalma belirleyici olmuştur.<sup>20</sup> Bu nedenle, suç niteliğindeki gruplarla düzenli olarak temasa geçen bireylerin mağdur olma olasılığı daha yüksektir. Ayrıca, “riskli” yaşam tarzlarıyla meşgul olan mağdurların, bir şekilde mağduriyetleriyle suçlandıklarını ima eder. Yaşam tarzı teorisine benzer şekilde, “rutin faaliyetler yaklaşımı”, zaman ve mekândaki yakınsamanın suç ve mağduriyete

16 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.24.

17 Harvey WALLACE, *Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives*, Second Edition, Pearson. Boston 2007.

18 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.25.

19 Christopher J. SCHRECK, Bonnie S. FISHER, Specifying the Influence of Family and Peers on Violent Victimization: Extending Routine Activities and Lifestyles Theories, *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 19, Issue 9, 2004, s.1023.

20 Michael J. HINDELANG, Michael R. GOTTFREDSON, James J. GAROFALO, *Victims of Personal Crime: An Empirical Foundation for Theory of Personal Victimization*, Ballinger, Cambridge, MA 1978.

yol açtığını savunur. Bu argümanlara göre mağduriyetin gerçekleşmesi için uygun bir hedef, motive olmuş bir suçlu ve yetenekli bir vasinin olmaması gerekir.<sup>21</sup> Dolayısıyla uygun hedefler, kolay erişim ve kaçış sunar, bir miktar ödül sunar ve genellikle bir taşınabilirlik unsuru içerir.

Bunun yanında ampirik araştırmalar, mağdur olma süreci dışında kişinin mağdur olmasına neden olan ortak özellikleri tespit edememiştir. Aslında, kişinin mağdur olmasına neden olan tek şey mağdur olma sürecidir. Yani mağduru mağdur olmayanlardan ayrılan tek şey mağdur olma sürecidir. Bu durum, mağdurların kavramsal olarak bir uça tamamen suçsuzdan diğer uça tam sorumluya kadar değişebildiği bir süreklilik yaratır. Hatta kültürel olarak meşru mağdurlar yaratma süreci, bazı insanların mağdur edilmesini daha kabul edilebilir kılmaktadır. Ne var ki, toplum anılan konuda herhangi bir şey yapmak için kaynaklarını kullanmaya daha az istekli olmaktadır. Yine kültürel olarak, meşru mağdurlar yaratmaya yönelik belirtilen süreç, mağdurlar

için zararlıdır. Başka bir deyişle, toplum mağduru suçlamaya başladığında mağdur açısından daha da travmatize olmaktadır. Keza mağdur, burada sadece mağduriyetin sonuçlarıyla uğraşmakla kalmamakta, aynı zamanda bir ölçüde suçlu olduklarının söylenmesinin ek yüküyle de baş etmektedir.<sup>22</sup> Açıkçası, birçok mağdur kendi durumlarından sorumlu tutulduklarında ortaya çıkan ek mağduriyetten kendilerini korumak için sessizliği kullanır.

Bir başka yönden, herhangi bir suç için tahsis edilecek belirli bir miktar sorumluluk varsa, “*dikkat, suçludan çok mağdurun davranış ve güdülerine odaklanmıştır*” o zaman tanım gereği, mağdurlar suçlandığında suçlular eylemleri için tam sorumluluktan kaçarlardı.<sup>23</sup> Burada kast edilen “mağdurun çöküşü” kavramı, suçluların davranışlarını rasyonelleştirmek için kullanabilecekleri kültürel bir çerçeve sağlar.<sup>24</sup>

Görüldüğü gibi suçlulara göre mağdurlar, o zaman istediklerini isterler ya da hak ettiklerini alırlar veya sürekliliğin en uç noktasında, herhangi bir

21 Lawrence E. COHEN, Marcus FELSON, Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach, *American Sociological Review*, Volume 44, Issue 4, 1979, s.588-608.

22 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.29-31.

23 Daina SCULLY, *Understanding Sexual Violence: A Study of Convicted Rapists*, Unwin Hyman, Boston 1990, s.45.

24 Ezzat FATTAH, “The use of the victim as an agent of self-legitimation: Toward a dynamic explanation of criminal behavior”, *Victims and society* İçinde (Editör: Emili Viano), Visage, Washington, DC 1976, s.105-129.; Daina SCULLY, 1990.; Elizabeth Anne STANKO, *Intimate Intrusions: Women's Experiences of Male Violence*, Unwin Hyman, Boston 1993.

zararı reddederler.<sup>25</sup> Mağduru suçlayan anılan görüşler, bireysel suçluların davranışlarını mazur gösterme biçimini etkiler. Ancak, kültürel olarak türetilmiş oldukları için mazeretlerinin bireysel rasyonalizasyona giden kalıcı bir gücü vardır. Belirtilen inançları onaylamak için? Bu sorunun birkaç olası cevabı var. Birincisi; mağduru suçlama, adil bir dünyayı içeren başka bir güçlü sosyal inanç seti ile tutarlıdır.<sup>26</sup> Başka bir deyişle, iyi insanların başına kötü şeyler gelmez. Bu tür bir düşünce, insanların yanlış bir güvenlik duygusu hissetmelerine de izin verir. Herkesin kendi hayatı üzerinde kontrol sahibi olduğunu ve bireylerin sadece belirli önlemler alıp belirli şekillerde davranmaları durumunda mağduriyeti önleyebileceklerini ima eder. İkincisi; mağdur suçlama bakış açıları kavramsal olarak mağduru önleme fikrine izin verir. Bu, insanlara bireyler olarak (yanlış) bir yetkilendirme duygusu verebilirken, aynı zamanda insanlar mağdur olduklarında verilen zararı da artırabilir. Üçüncüsü; mağdur suçlama, suçluların motivasyonları hakkındaki zor soruları yanıtlamaya yardımcı olur. Dikkati geleneksel kriminolojinin suç önleme konusundaki yetersizliğinden uzaklaştırır. Zira geleneksel kriminoloji, bu yüzyılın çoğunu suçlular ve

suçlu olmayanlar arasındaki ayrımları incelemek ve suçluluğun nedenlerini belirlemekle geçirdi. Fakat fazla ilerleme kaydetmedi. Bu sebeple, bazı durumlarda mağduru suçlamak suçlunun motivasyonlarını anlamaktan daha kolaydır. Çünkü mağdurlara odaklanmak, suçu önlemenin bir yolu olarak dikkatimizi suçlulardan uzaklaştırmamızı sağlar.<sup>27</sup> Bu bağlamda, ceza adaleti sisteminin ve kriminolojinin odağı zorunlu olarak suçlulardan mağdurlara kaydırıldığı iddia edilebilir.

### 1. Mağdur Suçlayıcılık Kavramı

Mağdurların suç araştırmalarında yeniden ortaya çıkma yollarından biri mağduriyetlerine katkıda bulunma yollarıyla ilgilidir. Mağduru suçlama, mağduru basitleştirme ve mağduru küçültme, cezai fiiller için paylaşılan sorumluluk kavramını incelemek için kullanılan birçok etiketten bazılarısıdır. Genel olarak konuşursak, mağduru hızlandırıcı davranışlar, mağdurların kendi mağduriyetlerini ortaya çıkarmasına neden olan davranışlardır. Öte yandan muhalifler, mağdurun çöküşünün mağduru suçlamaya yol açtığını, dikkati failden ve suç sorumluluğundan uzaklaştırdığını savunuyorlar. Aslında mağduru suçlama kavramı, mağduriyetle ilgili birkaç önemli so-

25 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.31-32.

26 Melvin J. LERNER, Evaluation of performance as a function of performer's reward and attractiveness, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 1, Issue 4, 1965, s.355-360.

27 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.31-33.

ruyu ele almaya yardımcı olmak için kullanılır:<sup>28</sup>

- Suç eyleminden kim sorumludur?
- Suçlu mu, mağdur mu yoksa her ikisi mi?
- Biri diğerinden daha mı sorumludur?
- Mağdurun rolünü incelemek uygun mudur?
- Suç önleme çabaları, mağdurların mağduriyetlerinde oynayabilecekleri herhangi bir rolü dikkate alması gerektiriyor mu?
- Mağduru suçlamada toplum nasıl bir rol oynuyor?

En basit hâli ile mağduru suçlamayı tanımlamak için çok önemli olan değer, failin olayları yorumlamasıdır. Bu açıdan mağdurun davranışı, “suçlunun eylemlerini yorumlaması” kadar önemli değildir.<sup>29</sup> Bu nedenle, mağdurun kışkırtıcı veya baştan çıkarıcı bir şekilde hareket ettiği algılanıyorsa veya “kötü” bir üne sahipse saldırı, mağdurun hızlandırılmış olarak tanımlanmaktadır.<sup>30</sup> Çoğu durumda mağduru suçlama, nezaket ve ilgiyle örtülüdür. İnsancılığın kokulu bir sisi tarafından

gizlenmiştir. Mağduru suçlama sürecini gözlemlerken, kişinin kafası karışır ve yönünü şaşırır.<sup>31</sup> Bir anlamda mağdur için oldukça samimi, derin bir endişe gösterirler.

Diğer bir taraftan, mağduru suçlamanın kanunun yürütülmesi ve sosyal düzene ilişkin sorunlara nasıl uygulandığını çok incelikli bir şekilde kavramak için anlaşılması gereken üç şey vardır. İlki; özünde suç ve suçluluk sorunlarını adaletsiz sosyal koşulları vb. izahlara bağlamaya çalışan sosyal bilimciler ve liberal politikacıları anlamak gerekir. İkincisi, yasaları ihlal edenler ve yasaları ihlal edenlerin varlığı ile kolluk kuvvetleri ve mahkemelerin adalet sisteminin işleyiş yöntemlerini kavramak gerekir. Son olarak da, kolluk kuvvetlerinin gerçek işlevinin kavranması gerekir.<sup>32</sup> Burada kast edilen şey, yasaları uygulamak değil, sosyal düzeni korumaktır.

Bunun yanında mağduru suçlama eğilimi, birçok özel konuda mağduru savunma eğilimi ile tekrar tekrar çatışır. Belirli mağdurların, failleriyle birlikte olanlardan sorumlu olduklarına dair argümanlar, mağduru suçlama olarak nitelendirilmiştir. Benzer şekilde mağduru suçlama, suçlu ve mağdurun bir şekilde suç ortağı olduğunu ve

28 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.21-25.

29 Menachem AMIR, *Patterns in Forcible Rape*, University of Chicago Press, Chicago 1971, s.2.

30 EIGENBERG, GARLAND, 2008, s.26.

31 William RAYN, *Blaming the Victim*, Vintage Books, New York 1976, s.6.

32 RAYN, 1976, s.194-195.

aralarında bir dereceye kadar karşılıklık/ortaklık, ortak yaşam veya karşılıklı ilişki olabileceğini varsayar.<sup>33</sup>

Öte taraftan mağduriyet, nesnellığe yönelik özlemlerine rağmen, mağduru suçlamaya yönelik kaçınılmaz bir eğilim barındırabilir. Burada, mağdurun davranışını önce dikkatli bir şekilde yeniden yapılandırılması kaçınılmazdır. Bu da bir suç sırasında ve sonrasında eylemlerin ve tepkilerin adım adım analizleri, zarar gören tarafların acılarına katkıda bulunan ne yaptıklarına veya yapamadıklarına dair kanıtları ortaya çıkaracaktır. Buna bağlı olarak mağduru suçlama, üç aşamalı bir düşünce sürecini takip eder.<sup>34</sup> İlk olarak; alan bireylerde yanlış bir şeyler olduğu varsayımı yapılır. Tutumlarında, davranışlarında veya her ikisinde de etkilenmeyen çoğunluktan önemli ölçüde farklı oldukları söylenir. İkincisi; bu varsayılan farklılıkların içinde buldukları kötü durumun kaynağı olduğu düşünülür. Akıl yürütme devam eder; “eğer herkes gibi olsaydı, saldırı için hedef olmazlardı”. Üçüncüsü de; mağdurlar gelecekte sorun yaşamamak istiyorlarsa düşünce ve davranış biçimlerini değiştirmeleri gerektiği konusunda uyarılır. Zira mağdurlar, dü-

şüşlerine neden olan dikkatsiz, aceleci veya kışkırtıcı davranış kalıplarını terk etmelidirler. Bu bağlamda mağduru suçlama, çeşitli nedenlerle yaygın olarak kabul edilen bir görüştür. “Neden oldu?” gibi rahatsız edici sorulara net ve anlaşılır cevaplar sağlar. Ve “Neden ben değil de o?” Mağduru suçlamanın psikolojik çekiciliği de vardır.<sup>35</sup> Çünkü derin felsefi ve hatta teolojik inançlara dayanır.

Elbette suçlama, davranışı ahlaki olarak yanlış veya sosyal olarak uygunsuz olarak tanımlayan günlük davranış değerlendirmesinin bir yönüdür. Suçlamanın ahlaki veya sosyal yanlış yapmayı gerektirdiği varsayımı, onu yasal sorumluluk gibi benzer kavramlardan ayırır. Bencil, düşüncesiz veya kaba olmak gibi sıradan sosyal yaşamda insanların işlediği suçların çoğu, cezai veya hukuki sorumluluğun sınırlarının ötesindedir.<sup>36</sup> Öyle ki, insanlar sosyal veya ahlaki suçlar işlemeyen katı sorumluluk temelinde yasal olarak sorumlu tutulabilirler.

Mağduru suçlama ile ilgili önceki araştırmalar çeşitli endişeleri yanıtlıyor. Bu alandaki ilk çalışmaların

33 Andrew KARMEN, *Crime Victims An Introduction to Victimology*, Cengage Learning, Boston 2015, s.138-139.

34 RAYN, 1976.

35 KARMEN, 2015, s.139.

36 Mark D. ALIKE, Culpable control and the psychology of blame, *Psychological Bulletin*, Volume 126, Issue 4, 2000, s.556.



ağırlığı, savunmacı atıfların<sup>37</sup> ve adil dünya hipotezlerinin<sup>38</sup> motivasyonel varsayımlarına odaklanmıştır. Diğer çalışmalarda<sup>39</sup> görgü tanığının belirlenmesi gibi psiko-hukuki konuları araştırmıştır. Buna göre araştırması kapsamına giren konular şunlardır:<sup>40</sup>

- Sonuca ilişkin bilgilerinin suçlama atıfları üzerindeki etkileri,
- Suçlama veya sorumluluk yüklemelerinin; gözlemcinin, failin veya mağdurun fiziksel, demografik veya kişilik özelliklerinden nasıl etkilendiği,
- nedensel etki gibi belirli kriterlerin nasıl olduğu,
- sonuçların öngörülmesi,
- araya giren nedensellik; niyet, sebep ve hafifletici koşullardır.

Yukarıda bahsedilen alanların her birinde yapılan araştırmalar, suçlamanın nispeten belirli yönlerine odaklan-

mıştır. Buna göre:<sup>41</sup>

- Savunma amaçlı atıf araştırması, tesadüfi olaylara odaklanmıştır. Bu nedenle kasıtlı zarar vermeyle daha az alakalıdır.
- Psiko-hukuk çalışmaları ağırlıklı olarak yargı sistemindeki ve jüri karar verme sürecindeki pratik konularla ilgilenmektedir.
- Sonuç yanlılığı ve karşı olgusal akıl yürütme araştırması; niyet, öngörü, nedensellik ve hafifletici koşullar gibi suçlama kriterlerinden ziyade olay sonuçlarına odaklanmıştır.
- Bireysel farklılık çalışmalarının ana odak noktası; otoriterlik ve kontrol odağı inançlar gibi faktörlerin suçlama veya sorumluluk yargıları üzerindeki ılımlı etkileri göstermek olmuştur.
- Belirli suçlama kriterlerini araştıran araştırmalar; suçun bile-

37 Kelly G. SHAVER, Defensive attribution: Effects of severity and relevance on the responsibility assigned for an accident, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 14, Issue 2, 1970, s.101-113.; Jerry M. BURGER, Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: A meta-analysis of the defensive attribution hypothesis, *Psychological Bulletin*, Volume 90, Issue 3, 1981, s.496-512.

38 Melvin J. LERNER, Dale T. MILLER, Just world research and the attribution process: Looking back and ahead. *Psychological Bulletin*, Volume 85, Issue 5, 1978, s.1030-1051.; Melvin J. LERNER, *The belief in a just world: A fundamental delusion*, Plenum Press, New York 1980.

39 Robert BUCKHOUT, Eyewitness testimony, *Scientific American*, Volume 231, Issue 6, 1974, s.23-31.; Elizabeth F. LOFTUS, *Eyewitness testimony*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1979.; Michael R. LEIPPE, Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence, *Law and Human Behavior*, Volume 4, Issue 4, 1980, s.261-274.

40 ALIKE, 2000, s.556.

41 ALIKE, 2000, s.556-557.

şenlerini belirlemede yardımcı olmasına rağmen, bu bileşenler arasındaki karşılıklı ilişkiler veya suçlama yüklemelerinin yapıldığı süreç hakkında çok az ipucu sağlamıştır.

Bunlarla beraber mağduru suçlamaya ilişkin araştırmalar, adil dünya inancının korunması-diğer, mağdurla algılanan özdeşleşme, mağdur suçlamasında cinsiyet farklılıkları gibi iddia edilen mağdur sorumluluğunun belirleyicilerini incelemektedirler.<sup>42</sup>

Ana hatları çizilmeye çalışılan “mağduru suçlama”, doğası gereği bir günah keçisi yapma alıştırması, çarpık bir mantık örneği veya bir duygusuzluk işareti değildir. Hangi suçun ilgi odağı olduğuna, mağdurların kim olduğuna ve bazı insanların davranışlarını neden kınadığına bağlıdır. Benzer şekilde, mağduru savunmak her zaman mazlumların davasını savunanların giriştiği asil bir girişim değildir. Bazen taraf değiştirirler ve davanın gerçeklerine, suçun niteliğine ve ilgili taraflara bağlı olarak mağdur savunu-

cuları olurlar. Bireyler tutarlı değildir. Neredeyse herkes belirli mağdurları suçlar ve diğerlerini savunur. Mağduru suçlamanın ve mağduru savunmanın güçlü yönleri, savunucularının belirli suç eylemlerini inceleme ve gerçek hayattaki olayları yeniden yapılandırma istekliliğinde yatmaktadır. Mağduru suçlama ve mağduru savunma ile ilgili çatışan iki bakış açısı, kimin kime ve hangi koşullar altında ne söylediğini ve ne yaptığını çok ayrıntılı bir şekilde incelemektedir. Mağduru suçlama ve mağduru savunma argümanları, bir yanda teorik önermeler ve soyutlamalar, diğer yanda ise insanların gerçekten nasıl düşündükleri ve davrandıkları arasındaki boşluğu doldurur. Her iki perspektifin de en ciddi dezavantajı, makroskopik olmaktan çok mikroskopik olma eğilimidir. Dahası mağduru suçlama ve mağduru savunma argümanları, her davanın belirli ayrıntılarına o kadar takılır (veya çıkmaza girer ki), hem suçluların hem de mağdurların tutum ve davranışlarını şekillendiren daha geniş sosyal güçleri ve çevresel koşulları görmezden gel-

42 David ADERMAN, Sharon S. BREHM, Lawrence B. KATZ, Empathic observation of an innocent victim: The just world revisited, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 29, Issue 2, 1974, s.342-347.; Suzan T. BELL, Peter J. KURILOFF, Ilsa LOTTES, Understanding attributions of blame in stranger rape and date rape situations: An examination of gender, race, identification, and students social perceptions of rape victims, *Journal of Applied Social Psychology*, Volume 24, Issue 19, 1994, s.1719-1734.; Hein F.M. LODEWIJKX, Tim WILDSCHEUT, Bernard A. NIJSTAD, Wim SAVENIJE, Marieke SMIT, In a violent World a just world make sense: The case of “senseless violence” in the Netherlands, *Social Justice Research*, Volume 14, Issue 1, 2001, s.79-94.; Kess VAN DEN BOS, Marjolein MAAS, On the psychology of the belief of a just world: Exploring experiential and rationalistic paths to victim blaming, *Personality and Social Psychology Bulletin*, Volume 35, Issue 19, 2009, s.1567-1578. ;Rebecca M. HAYES, Katherine LORENZ, Kristin A. BELL, Victim Blaming Others: Rape Myth Acceptance and the Just World Belief. *Feminist Criminology*, Volume 8, Issue 3, 2013, s.206.

me eğilimindedirler. Böylece, iki bakış açısının yandaşları ne zaman çatışır- sa, istemeden de olsa sistemin temel kurumları (insanları görevleri yerine getirmek için organize etmenin yerleşik yolları) ve kültürü (yaşam tarzı, gelenekler) ile birlikte onu sorunlarından kurtarırlar.<sup>43</sup> Yine de bu dış etkiler, dramadaki oyuncuları gibi kişileri iyi prova edilmiş suçlu ve mağdur rollerini oynamaya ve çok tanıdık bir trajedi de iyi bilinen bir senaryoyu takip etmeye zorlamaktadır.

Bu yönüyle mağdurlar “Neden ben?” diye sorduğunda Mağdur bilimciler, yanlış zamanda yanlış yerde olma, kader ya da sadece kötü şans kavramlarının çok ötesine geçen açıklamalar önerirler. Zira mağduru, faille birlikte yaşananlar için bir dereceye kadar sorumluluğu paylaşma olasılığını artıran açıklamalar, sert tartışmalara konu olmaktadır. Ne var ki mağduru suçlama argümanları; ihmal yoluyla kolaylaştırma, pervasızlık nedeniyle çöküş ve kışkırtma neticesi provokasyona odaklanmaktadır. Benzer şekilde mağdur suçlama vasıtasıyla, mağdur tarafların daha güvenli bir hayat yaşamak istiyorlarsa yollarını değiştirmeleri gerektiğinde ısrar edilmektedir. Öte yandan mağduru savunanlar, tüm suç kanuna karşı koyanlara yükler (suç-

luyu suçlamak) ya da hem suçluların, hem de mağdurların hayatlarını şekillendiren sosyal kurumlarda ve kültürel değerlerde (sistem suçlaması) hata bulurlar.<sup>44</sup> Söz gelimi farklı riskler, büyük ölçüde yasadışı davranışlar için sıcak noktaların yakınında tehlikeli kişilere az veya çok maruz kalmayla sonuçlanan rutin faaliyetler ve yaşam tarzları tarafından belirlenir.

## 2. Haksız Tahrik’ in Geniş Yorumu

*“Mağdur kendini yeterince ifade edebiliyor mu?”* sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; *“mağdur suçlayıcılığı hususunda taviz verilmesi, suçlu işleyen suç işlemekten çekinmemesini sağlıyor”* hipotezinin sınanması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda;

Ceza hukuku temelde hiçbir zaman kontrolün kaybını bir savunma olarak kabul etmez. Aksine kişiden beklenen daima davranışlarını kontrol altında tutmasıdır. Kural olarak failin hayatına, hürriyetine, mal varlığına vb. karşı faili kızdıran, rahatsız eden, tahrik eden fiiller, fail tarafından sabırla karşılanmalıdır ve failin tahammül göstermesi beklenmektedir. Aksi hâlde kişi, suç işlediği durumda cezai sorumluluğu doğacaktır.<sup>45</sup> Bu durumun istisnası “haksız tahrik” kurumudur. Haksız

43 KARMEN, 2015, s.157.

44 KARMEN, 2015, s.174.

45 Devrim AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, *AÜHFĐ*, Cilt 54, Sayı 1, 2004, s. 229.

tahrikin varlığı altında fail, haksız bir fiilin etkisinde hareket etmiş ve kanunda kabul edildiği üzere cezasında indirimle gidilmesinin nedenidir.<sup>46</sup> Şöyle ki ceza hukuku, failin psikolojisine verdiği önem sonucu haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişiye verilecek cezayı daha az olacak şekilde öngörmüştür. Ancak yalnızca psikolojik olarak açıklanabilecek olan bir kurumun, hukuk nazarında doğrudan düzenlenmesi mümkün değildir.<sup>47</sup> Bundan dolayı kanun koyucu, belli durumlarda haksız tahrikin varlığını kabul etmiştir.

Bir fiil, olay ve bu olayın kişileri ile olan ilişkiler söz konusu olduğunda, tahrik hukuki bir anlam kazanır. Bu manada tahrik, kişinin belirli bir hususa özendirilmesi ya da itilmesi, bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi, mevcut bir durumun sürdürülmesi gibi amaçlarla kişinin iradesinin harekete geçirilmesi, iradesi üzerinde etki yapılması ya da iradesinin belirli bir yöne itilmesi şeklinde tarif edilebilir.<sup>48</sup>

Haksız tahrik özelinde değerlendirildiğinde, faile ait psikolojik durum mağdurun haksız hareketleri sonucu

failde meydana gelen hiddet veya şiddetli eledir. Haksız tahrikin ortaya çıkardığı bu heyecanın etkisindeki kişinin işlediği suçun varlığı bakımından herhangi bir tartışma yoktur. Suç sabittir. Ancak, burada asıl tartışma failin kınanabilirliği üzerinedir.<sup>49</sup> Fail içinde bulunduğu heyecanın da etkisiyle, kendisinde önceden var olmayan, mağdurun sebep olduğu haksız bir davranıştan ötürü ortaya çıkan bir hiddet hâlinde bu suçu işlemiştir.

Yine, haksız tahrikten söz edebilmek için tahrik teşkil eden bir fiilin varlığı zorunludur. Kanunumuz, hangi hallerin tahrik oluşturacağını göstermediği için bir fiilin tahrik edici nitelikte olup olmayacağı değişken ölçütlere göre belirlenmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda, tahrike maruz kalan kimsenin kişilik nitelikleri tahkir eden ile buna tepki gösteren kişi arasındaki ilişki, zaman ve yer koşulları gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır.<sup>50</sup>

Unutulmamalıdır ki, failin kişiliğinin dikkate alındığı modern ceza hukukunda failin suç işlemesine neden olan ruhsal durumunun da suça etki eden bir neden olduğu kabul edilmiştir.

46 Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, Bölüm 11, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1997, s.348.

47 Faruk EREM, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 3.Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s.51.

48 Gökhan Yaşar DURAN, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s.3.

49 DÖNMEZER, ERMAN, 1997, s.346.; AYDIN, 2004, s. 226.

50 DÖNMEZER, ERMAN, 1997, s.363.

Haksız tahrik kurumu, suçta etki eden kişisel, sübjektif ve kanuni bir indirim nedenidir. Sübjektif olması suçun manevi unsuruna (kusurluluğa) etki ettiği; genel olması her fail hakkında ve kural olarak her suçta uygulanacağı; kanuni olması ise olayda varlığının hâkim tarafından re ‘sen araştırılması anlamına gelir. Bir olayda mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler varsa ve bu haksız hareketler failin hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına neden olmuşsa, bu duygunun etkisiyle mağdura yönelik tepki suçu işleyen failin cezasının bir miktar indirilmesi kabul edilmiştir.<sup>51</sup>

Bu çerçevede çalışmanın hipotezi sınanırken, haksız tahrik nedeniyle ceza indirimi uygulanan, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.81-85) kapsamda yer alan “Kasten öldürme” (T.C.K. Md.81) “Nitelikli haller” (T.C.K. Md.82), “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” (T.C.K. Md.83) suçları ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.86-92) kapsamda yer alan “Kasten yaralama” (T.C.K. Md.86), “Neticesi sebebiyle

ağırlaşmış yaralama” (T.C.K. Md.87) suçlarına ilişkin adalet istatistikleri ve yargı kararları örneklerinden hareketle, hukuk felsefesi ve sosyolojisi açısından tartışmakta yarar görüyoruz.

### 3. Adalet Ceza Sistemindeki Uygulama Örneklerinin Nicel Yansımaları

Bu bakış açısıyla sözü konusu suçlara ilişkin TÜİK Adalet İstatistikleri,<sup>52</sup> Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Arşivi<sup>53</sup> ile Adalet İstatistikleri Arşiv verileri<sup>54</sup> ve yargı kararları örneklerinden<sup>55</sup> yararlanılmıştır. Bu bağlamda “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar”a ilişkin çalışma kapsamındaki ilgili suçlara ilişkin istatistikler ve yargı kararları örnekleri iki alt başlıkta ele alınacaktır.

#### 3.1. Çalışma Kapsamındaki İlgili Suçlara (T.C.K. Md.81-83, 86-87) İlişkin İstatistikler

Bu doğrultuda belirtilen arşiv verileri ışığında genel durum ilgili tablolar ve grafikler aşağıdaki gibidir:

Tablo 1’de; 2012-2021 yılları ara-

51 AYDIN, 2004, s. 249.

52 TÜİK Adalet İstatistikleri, [http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt\\_id=1070](http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070), (Erişim tarihi: 12.06.2022 15:08).

53 Adalet Bakanlığı Adli İstatistikleri Yayın Arşivi, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 18:35).

54 Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 16:20).

55 Yargıtay karar arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 20:10).

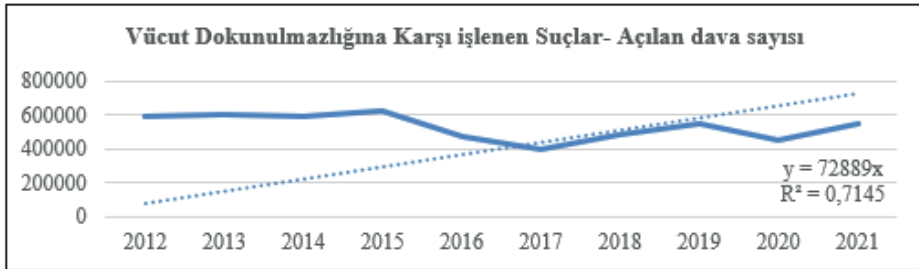
sındaki “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” (T.C.K. Md.81-85) ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar”ına (T.C.K. Md.86-92) ilişkin açılan dava sayısını görebilmekteyiz.

Ayrıca, TÜİK Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi ile Adli İstatistik Yayın Arşiv verilerine baktığımızda, 2011 yılı öncesi belirtilen suçlarda açılan dava sayısına ilişkin veriye rastlanmamıştır.

Yıllar	Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar- Açılan dava sayısı	Hayata Karşı İşlenen Suçlar -Açılan dava sayısı
2012	593849	25243
2013	601278	26677
2014	588454	25845
2015	625149	28986
2016	474654	25770
2017	398545	29625
2018	478690	28779
2019	540997	27811
2020	454411	24659
2021	546701	27479

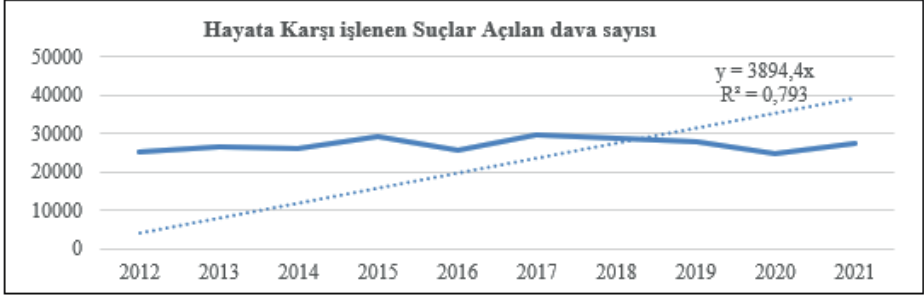
**Tablo 1** Adalet Bakanlığı Adli İstatistikleri Yayın Arşivi, [http://www.adli-sicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay / adli-istatistikler-yayin-arsivi](http://www.adli-sicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi)

Grafik 1 “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar”ına (T.C.K. Md.81-85) ilişkin açılan dava sayısı



Tablo 1’e göre, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar”ına (T.C.K. Md.81-85) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 72889’lık bir artma vardır. Modelin açıklayıcılık oranı % 15,11’ dir. (Grafik1)

Grafik 2 “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” ’ına (T.C.K. Md.86-92) ilişkin açılan dava sayısı



Tablo 1’e göre, “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” ’ına (T.C.K. Md.86-92) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 3894’lük bir artma vardır. Modelin açıklayıcılık oranı %56,91’ dir. (Grafik 2)

Tablo 2’ de; 2012-2021 yılları arasındaki “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.81-85) kapsamında yer alan “Kasten öldürme” (T.C.K. Md.81) “Nitelikli haller” (T.C.K. Md.82), “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” (T.C.K. Md.83) suçları ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.86-92) kapsamında yer alan “Kasten yaralama” (T.C.K. Md.86), “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” (T.C.K. Md.87) suçlarına ilişkin açılan dava sayısını görebilmekteyiz.

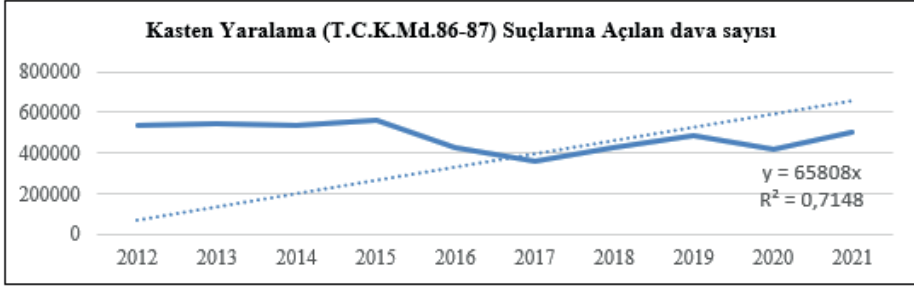
Ayrıca, TÜİK Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi ile Adli İstatistik Yayın Arşiv verilerine baktığımızda, 2011 yılı öncesi belirtilen suçlarda açılan dava sayısına ilişkin veriye rastlanmamıştır.

Yıllar	Kasten Yaralama Suçlarına (T.C.K.Md.86-87) Açılan dava sayısı	Kasten Öldürme Suçlarına (T.C.K.Md.81-83) Açılan dava sayısı
2012	537681	10679
2013	546766	11622
2014	532289	11098
2015	561586	13132
2016	422806	12369
2017	358511	16361
2018	426115	14178
2019	483650	13314
2020	416104	13329
2021	499961	14545



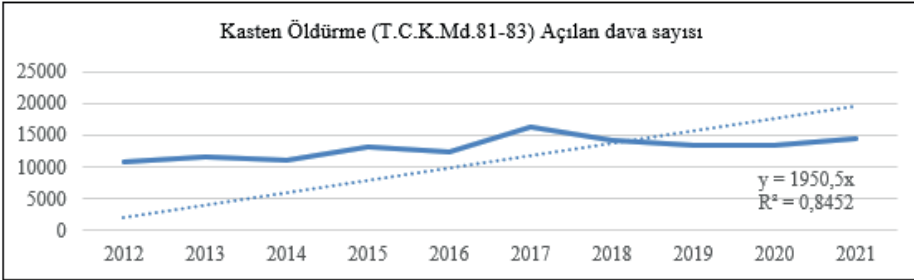
**Tablo 2** Adalet Bakanlığı Adli İstatistikleri Yayın Arşivi, [http://www.adlisciil.adalet.gov.tr/Home/Sayfa Detay / adl-istatistikler-yayin-arsivi](http://www.adlisciil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adl-istatistikler-yayin-arsivi)

Grafik 3 Kasten Yaralama Suçlarına (T.C.K.Md.86-87) ilişkin açılan dava sayısı



Tablo 2'ye göre, Kasten Yaralama Suçlarına (T.C.K.Md.86-87) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 65808'lik bir artma vardır. Modelin açıklayıcılık oranı % 14,62'dir. (Grafik 3)

Grafik 4 Kasten Öldürme Suçlarına (T.C.K.Md.81-83) ilişkin açılan dava sayısı



Tablo 2'ye göre, Kasten Öldürme Suçlarına (T.C.K.Md.81-83) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 1950'lik bir artma vardır. Modelin açıklayıcılık oranı % 9,1'dir. (Grafik 4)

### 3.2. Çalışma Kapsamındaki İlgili Suçlara (T.C.K. Md.81-83, 86-87) İlişkin Yargı Kararları Örnekleri

“Mağdur kendini yeterince ifade edebiliyor mu?” sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; “mağdur suçlayıcılığı hususunda taviz verilmesi, suçu işleyen suçu işlemekten çekinmemesini sağlıyor” hipotezinin sınanması amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda haksız tahrik nedeniyle ceza indirimi uygulanan; “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.81-85) kapsamda yer alan “Kasten öldürme” (T.C.K. Md.81) “Nitelikli haller” (T.C.K. Md.82), “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” (T.C.K. Md.83) suçları ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” (5237 sayılı T.C.K. Md.86-92) kapsamda yer alan “Kasten yaralama” (T.C.K. Md.86), “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” (T.C.K. Md.87) suçlarına ilişkin yargı kararları örneklerinden hareketle değerlendirilecektir. Bu doğrultuda çalışmamız kapsamında belirlediğimiz;

#### **Yargıtay 1. Ceza Dairesi**

**E: 2009/2667 K: 2009/2678**

**T: 11/05/09 kararında:**

*olaydan önce sanık Süleyman ile maktul Ramazan ve katılan-mağdur Hıdır arasında sanık Süleyman’dan aldıkları mobilyaların borcunun ödenmemesinden kaynaklanan hukuki ihtilaf nedeniyle, olay günü sanık Süleyman’ın diğer sanıklar Tekin ve Temel’le birlikte maktul ve katılan-mağdurun dükkanına geldikleri ve sanık Süleyman’ın maktul ve katılan-mağdura üç el ateş etmesi sonucu bir adet mermi katılan-mağdur Hıdır’ın sağ boyun bölgesine isabet ettiği, ameliyata alındığı, katılanın...yaralanması nedeniyle hayati tehlikeye, uzuv zaafına ve çehrede sabit esere maruz kaldığı olayda;... Sanık Süleyman ile öldürü-*

*len Ramazan ve katılan-mağdur Hıdır arasında özel hukuk anlaşmazlığından çıkan olayda, öldürülen ve katılan-mağdurdan kaynaklanan sanıklara yönelik tahrik oluşturacak herhangi bir haksız eylemi bulunmadığı halde, sanıklar hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayin edilmesi, ...BOZULMASINA, ...11.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.*

#### **Yargıtay 1. Ceza Dairesi**

**E: 2008/10577 K: 2009/7790**

**T: 16.12.09 kararında:**

*Olay günü saat 23.30 sıralarında maktulün de içinde bulunduğu gruptaki kişilerin kendi aralarında tartıştıklarını gören sanıkların, bu kişilere bakmaları üzerine, maktulün arkadaşı tanık İsmail’in yüksek sesle sanıklara bağırarak neden baktıklarını sorduğu ve onlara yönelik sinkaflı küfürler ettiği, sanıkların geri dönerek küfreden şahsın yanına gelmek istemeleri üzerine, maktul ile arkadaşı R.’in ve daha sonra tanık D.’un gruptan ayrılarak sanıkların yanına giderek onları yatırtmaya çalıştıkları sırada; sanık A.’in, aniden maktul ve arkadaşlarına sinkaflı şekilde küfredip bıçağını çıkartarak maktule vurduğu, yere düşen maktulün tekrar kalkarak kaçmaya başladığını gören sanık M.Y.’in maktulü yakalayarak kaçmasını engellediği ve bu sırada sanıklar A. ve M.’in ellerindeki bıçaklarla maktule vurarak öldürdükleri olayda;...Maktulden kaynaklanan ve tahrik oluşturacak*

*her hangi bir haksız fiil bulunmadığı halde, haksız tahrik hükmü uygulanarak yazılı şekilde eksik ceza tayini;... Bozmayı gerektirmiş,... 16.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.*

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi**

**E: 2021/11712 - K: 2021/14961**

**T: 14.12.2021 kararında:**

*Sanığın babasını bıçaklarken engel olmak isteyen katılanı, adli raporda belirtildiği üzere, kesici delici aletle göğüs sol tarafta 3-4 adet, sırtta 3-4 adet batın ve göğüs boşluğuna ...hayati tehlikeye sebep olacak şekilde yaralandığı olayda; ...Baba oğul olan taraflar arasında mevcut ve önceki olayların gelişim seyri, maktulden sanığa yönelen haksız söz ve davranışların nitelik ve derecesi dikkate alındığında; haksız tahrik hükümlerini düzenleyen 5237 sayılı TCK 'nin 29. maddesi uyarınca sanık hakkında asgariye yakın oranda indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde indirim yapılarak sanık hakkında eksik ceza tayini,...Bozmayı gerektirmiş,...14/12/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.*

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi**

**E: 2021/7078 - K: 2021/14951**

**T: 13.12.2021 kararında:**

*katılan sanıklar arasında 26/05/2016 tarihinde karşılıklı yaralama olayı gerçekleştiği, husumetin yaşanan bu kavga ve kavgaya bağlı davalar nedeniyle büyüdüğü, sanık ... 'ın 31/08/2017 tarihinde Cebrail mahal-*

*lesinden geçtiği sırada... Kıraathanesi önünde oturmakta olan ... 'ı gördüğü, hiçbir şey söylemeden bıçakla saldırarak ... 'ı baş, boyun, sağ bacak ve göğüs bölgelerinden ... öldürücü nitelikte 6 darbeye yaralandığı, başına ve göğüsüne aldığı darbelerin... kanamasına neden olması nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, kafatasında... (parietal kemikte) hayat foksiyonlarını...etkileyecek şekilde kırık olduğu, olay yerinde bulunanların aktif müdahalesiyle ... 'ın eylemine devam edemediği anlaşılan olayda; Katılan ... 'ın yaklaşık bir yıl üç ay önce gerçekleşen birinci olaydaki husumet nedeniyle, sanık hakkında tahrikten 5237 sayılı TCK 'nin 29. maddesi gereğince asgari oranda indirim yapılması gerektiğinin düşünül-meyerek yazılı şekilde (1/2) oranında indirim yapılarak eksik ceza tayini,... BOZULMASINA,... 13/12/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.*

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi**

**E: 2021/8537 - K: 2021/14984**

**T: 14.12.2021 kararında:**

*Akın ve Yıldırım aileleri arasında kız kaçırma meselesi yüzünden eskiye dayalı husumet bulunduğu, suç tarihinde sanığın, babası ... ve maktul ... ile konuşmakta iken, ... 'in kendisine küfür etmesi sebebiyle aralarında çıkan tartışma sonrasında, babası ... ile oturmakta olan maktul ... 'a ruhsatsız silah ile ateş ederek öldürdüğü olayda; TCK 'nin 29. maddesinde belirtilen asgari oranda haksız tahrik indirimi*

uygulanması yerine, yazılı şekilde indirim yapılması suretiyle sanığa eksik ceza tayini,... Bozmayı gerektirdiğinden,... 14/12/2021 gününde oy birliği ile karar verildi.

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi E:**  
**2021/7034 - K: 2021/14600**  
**T: 2.12.2021 kararında:**

Sanığın, eski damadı olan maktulün, olay tarihinde, başka bir ilde yaşamaması nedeniyle göremediği oğlu ile görüşmek için sanığın ikametine gittiği, maktul ile sanık arasında, sanığın ikamet ettiği sitenin girişinde yaşanan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine maktulün, sanığı eliyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı ve ardından sanığın, maktulü bıçakla yaralayarak ölümüne neden olduğu olayda,... 5327 sayılı TCK'nin 29. maddesinin uygulanması sırasında asgariye yakın oranda indirim uygulanması gerekirken, yazılı şekilde indirim yapılarak eksik ceza tayin edilmesi, Bozmayı gerektirdiğinden,... 02.12.2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi**  
**E: 2021/8882 - K: 2021/14338**  
**T: 23.11.2021 kararında:**

sanık ... ile maktul ...'in resmi evli oldukları, Sevda'nın Hayrettin'in şiddetine uğraması nedeniyle bu durumu ...'da yaşamakta olan aile bireylerine ilettiği, kardeşi Mehmet ve amcasının oğlu Muhammed'i ...'e çağırdığı,

sanıklar Muhammed ve Mehmet'in ...'dan ...'e geldikleri, doğrudan Sevda'nın evine gittikleri, her üç sanığın maktule darp eyleminde bulunma hususunda görüş birliğine vardıkları, yaptıkları bu plan çerçevesinde pideci dükkanında çalışan maktulü eve çağırdıkları, maktulün eve gelmesi ile birlikte her üç sanığın eylem ve irade birliği içinde hareket ederek sopa, yumruk ve tekme darbeleriyle maktulü darp ettikleri, hastaneye kaldırılan Hayrettin'in genel beden travması nedeniyle... öldüğü olayda; Sanık... ile aralarındaki akrabalık derecesi itibarıyla Sevda'nın şiddete uğraması eyleminin sanık yönünden haksız tahrik oluşturmayacağı gözetilmeden sanık hakkında TCK'nin 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini,...Bozmayı gerektirmiş, 23.11.2021 gününde oy birliği ile karar verildi.

Örneklerini sunduğumuz “Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar” kapsamında yer alan “Kasten öldürme ve Nitelikli halleri, Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” suçları ile “Hayata Karşı İşlenen Suçlar” kapsamında yer alan “Kasten yaralama, Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama” suçlarına ilişkin yargı kararlarından anlaşılacağı üzere;

Tahrik teşkil eden fiilin haksız olup olmadığına ilişkin verilen kararlarda tahrik hükümlerinin geniş yorumlanması mağdur suçlayıcılığına zemin hazırlamaktadır. Beraberinde mağdur

olan bireyde, kusur ya da kabahat bulmaya çalışılarak, mağduriyetin kendisinin o kusur üzerinden ortaya çıktığı mesajı verilir. Böylece, suç işleyen bireyin davranışlarını mazur göstermeye yönelik anlayış gelir. Bu da toplumdaki haksızlık duygusunun artmasına neden olur.

### Son Söz Yerine

*“Mağdur kendini yeterince ifade edebiliyor mu?”* sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; *“mağdur suçlayıcılığı hususunda taviz verilmesi, suçu işleyen suçu işlemekten çekinmemesini sağlıyor”* hipotezinin sınanması amaçlanmaktadır. Çalışmanın hipotezi sınanırken; TÜİK Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Arşivi ile Adalet İstatistikleri Arşiv verileri ile yargı kararları örneklerinden yararlanılmıştır.

Bu noktadan hareketle sözü edilen verilerine baktığımızda;

“Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar”ına (T.C.K. Md.81-85) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 72889’lık bir artma vardır. Yine aynı suç kapsamında yer alan, kasten öldürme suçlarına (T.C.K. Md.81-83) dair açılan dava sayısında da her yıl 1950’lik bir artma bulunmaktadır.

Bunun yanında “Hayata Karşı İşlenen Suçlar”ına (T.C.K. Md.86-92) ilişkin açılan dava sayısında her yıl 3894’lük bir artış söz konusudur. Gene

aynı suç kapsamında yer alan, kasten yaralama suçlarına (T.C.K.Md.86-87) dair açılan dava sayısında her yıl 65808’lik bir artma vardır.

Bu bağlamda basitçe söylemek istersek 2021 yılı itibarıyla; kasten yaralama suçlarına (T.C.K.Md.86-87) dair açılan 499961 dava; kasten öldürme suçları (T.C.K.Md.81-83) ile ilgili açılan 1454 dava bulunmaktadır. Bu kadar çok sayıda açılan dava sayısı göz önüne alındığında; sözü edilen davaların mağdurlar açısından örnek Yargıtay kararlarında da bu açıkça görüldüğü gibi haksız tahrik hükümlerinin geniş yorumlanması durumunda mağdur suçlayıcılığına zemin hazırlar. Benzer şekilde mağdurlara aşırı sorumluluk yüklemek, meşru mağdurlar yaratılmasına ve suçluların davranışlarının mazur gösterilmesine neden olur. Bu da beraberinde, bir suçun işlenmesinde suçlu gibi mağdurun da bir payı olduğuna düşüncesinin toplumda yaygınlaşmasını sağlar. Buna bağlı olarak da, suç işleyen hakkında konuşulmasını engeller ve suç işleyen unutturmasının önünü açar. Bu çerçevede, saldırının nereden geldiğini önemsizleştirir. Nihayetinde, suç işleyeni aklamaya yönelik uygun ortam yaratır.

Bütün bunlara ek olarak, ceza hukuku açısından cezanın işlevi, genel anlamıyla ceza karşısında bireyde uyandırdığı/doğurduğu etkidir. Bu bağlamda, mağdur suçlayıcılığı ile sorumluluğun

suç işleyene değil de saldırıya uğrayan bireye yüklenmesi, bireyde adaletin tecelli etmesi konusunda olumsuz etki yaratır. Böylece mağdur, kendisini güçsüz ve korunmasız hissederek, beklentilerinin karşılanmadığı düşüncesine kapılmasıyla adalete olan güveni sarsılır. Bu minvalde, suç mağduru olma olanak ve koşullarının geliştiği günümüzde, haksız tahrik hükümlerinin geniş yorumlanması neticesinde kuşkusuz adalet talep edenlerin sayısının gitgide artması beklenmektedir.

#### KAYNAKÇA

- Andrew KARMEN, Auto Theft: Beyond Victim Blaming, *Victimology*, Volume 5, Issue 2-4, 1980, s.161-174.
- Andrew KARMEN, *Crime Victims An Introduction to Victimology*, Cengage Learning, Boston 2015.
- Benjamin MENDELSON, The Origin of the Doctrine of Victimology, *Excerpta Criminal*, Volume 3, 1963, s.239-244.
- Brian WILLIAMS, *Victims of Crime and Community Justice*, Jessica Kingsley, London 2005.
- Christopher J. SCHRECK, Bonnie S. FISHER, Specifying the Influence of Family and Peers on Violent Victimization: Extending Routine Activities and Lifestyles Theories, *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 19, Issue 9, 2004, s.1021-1041.
- Clyde W. FRANKLIN, Alice P. FRANKLIN, Victimology Revisited, *Criminology*, Volume 14, Issue 1, 1976, s.125-136.
- Daina SCULLY, *Understanding Sexual Violence: A Study of Convicted Rapists*, Unwin Hyman, Boston 1990.
- David ADERMAN, Sharon S. BREHM, Lawrence B. KATZ, Empathic observation of an innocent victim: The just world revisited, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 29, Issue 2, 1974, s.342-347.
- Devrim AYDIN, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 1, 2004, s.225-254.
- Elizabeth F. LOFTUS, *Eyewitness testimony*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1979.
- Elizabeth Anne STANKO, *Intimate Intrusions: Women's Experiences of Male Violence*, Unwin Hyman, Boston 1993.
- Ezzat FATTAH, "The use of the victim as an agent of self-legitimation: Toward a dynamic explanation of criminal behavior", *Victims and society* İçinde (Editör: Emili Viano), Visage, Washington, DC 1976, s.105-129.
- Faruk EREM, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 3.Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984.
- Gökhan Yaşar DURAN, *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Hans VON HENTIG, Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 31, Issue 3, 1941, s.303-309.



- Hans VON HENTIG, *The criminal and his victim: Studies in the sociobiology of crime*, Yale University Press, New Haven, CT 1948.
- Harry Elmer BARNES, Negley King TEETERS, *New Horizons in Criminology*, Prentice Hall, New York 1959.
- Harvey WALLACE, *Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives*, Second Edition, Pearson. Boston 2007.
- Hein F.M. LODEWIJKX, Tim WILDSCHUT, Bernard A. NIJSTAD, Wim SAVENIJE, Marieke SMIT, In a violent World a just world make sense: The case of “senseless violence” in the Netherlands, *Social Justice Research*, Volume 14, Issue 1, 2001, s.79-94.
- Helen EIGENBERG, Tammy GARLAND, “Victim blaming”. *Controversies in Victimology* içinde (Editör: Laura J. MORIARTY), Elsevier Press, Newark, NJ 2008, s.21-36.
- Jerry M. BURGER, Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: A meta-analysis of the defensive attribution hypothesis, *Psychological Bulletin*, Volume 90, Issue 3, 1981, s.496-512.
- Lawrence E. COHEN, Marcus FELSON, Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach, *American Sociological Review*, Volume, 44, Issue 4, 1979, s.588-608.
- LeRoy L. LAMBORN, Toward a Victim Orientation in Criminal Theory, *Rutgers Law Review*, Volume 22, Issue 4, 1968, s.733-768.
- Kelly G. SHAVER, Defensive attribution: Effects of severity and relevance on the responsibility assigned for an accident, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 14, Issue 2, 1970, s.101-113.
- Kess VAN DEN BOS, Marjolein MAAS, On the psychology of the belief of a just world: Exploring experiential and rationalistic paths to victim blaming, *Personality and Social Psychology Bulletin*, Volume 35, Issue 19, 2009, s.1567-1578.
- Mark D. ALIKE, Culpable control and the psychology of blame, *Psychological Bulletin*, Volume 126, Issue 4, 2000, s.556-574.
- Melvin J. LERNER, Evaluation of performance as a function of performer’s reward and attractiveness, *Journal of Personality and Social Psychology*, Volume 1, Issue 4, 1965, s.355-360.
- Melvin J. LERNER, Dale T. MILLER, Just world research and the attribution process: Looking back and ahead. *Psychological Bulletin*, Volume 85, Issue 5, 1978, s.1030-1051.
- Melvin J. LERNER, *The belief in a just world: A fundamental delusion*, Plenum Press, New York 1980.
- Menachem AMIR, *Patterns in Forcible Rape*, University of Chicago Press, Chicago 1971.
- Michael J. HINDELANG, Michael R. GOTTFREDSON, James J. GAROFALO, *Victims of Personal Crime: An Empirical Foundation for Theory of Personal Victimization*, Ballinger, Cambridge, MA 1978.
- Michael R. LEIPPE, Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence, *Law and Human Behavior*, Volume 4, Issue 4, 1980, s.261-274.
- Olgun DEĞİRMENCİ, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 77, 2008, s.33-86.



- Rebecca M. HAYES, Katherine LORENZ, Kristin A. BELL, Victim Blaming Others: Rape Myth Acceptance and the Just World Belief. *Feminist Criminology*, Volume 8, Issue 3, 2013, s.202-220.
- Robert BUCKHOUT, Eyewitness testimony, *Scientific American*, Volume 231, Issue 6, 1974, s.23-31.
- Stephen SCHAFER, *The Victim and His Criminal*, Random House, New York 1968.
- Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, Bölüm 11, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1997.
- Suzan T. BELL, Peter J. KURILOFF, Ilsa LOTTES, Understanding attributions of blame in stranger rape and date rape situations: An examination of gender, race, identification, and students social perceptions of rape victims, *Journal of Applied Social Psychology*, Volume 24, Issue 19, 1994, s.1719-1734.
- Tuğrul KATOĞLU, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, 2012. s.657-694.
- William RAYN, *Blaming the Victim*, Vintage Books, New York 1976.
- *Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi*, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 16:20).
- *Adalet Bakanlığı Adli İstatistikleri Yayın Arşivi*, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 18:35).
- *TÜİK Adalet İstatistikleri*, [http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt\\_id=1070](http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070), (Erişim tarihi: 12.06.2022 15:08).
- *Yargıtay karar arama*, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.06.2022 20:10).

# Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme

Pirali Çağrı ŞENSOY<sup>1</sup>

## Özet

Yargılamanın kurucu üç mesleğinden birisi olan avukatlık diğer mesleklere nazaran toplum nezdinde sevilmemekte ve dışlanmaktadır. Bu fenomenin başkaca sebeplerini bulmak mümkündür. Biz bu bildiride avukatlık mesleğinin sevilmemesinin sebebine ilişkin psikanalitik bir inceleme yapılarak bu sebeplerden birisinin kökenini ortaya çıkartmaya çalışacağız.

Psikanalizin kurucusu olarak kabul edilen Sigmund Freud insan karar alma sürecinde yalnızca bilinçli faktörlerin etkili olduğu tezine karşı çıkararak insan eylemlerini yönlendiren bilinçdışı alanı keşfetmiştir. Freud'a göre insanlar kimi duygu ve düşüncelerini çeşitli sebeplerle bastırırlar ancak bu duygu ve düşünceler kaybolmaz, insan eylemlerini manipüle etmeye devam eder.

Bilinçdışı unsurların eylem ve duyguları manipüle ettiği bir alan da tabulardır. Freud'a göre tabular çok eski yasaklardır. Bu yasaklar vasıtasıyla insanların vahşi istekleri bastırılır. Ancak bilinçdışında tabuya yönelik istem devam etmektedir. Tabu bir başkası tarafından ihlâl edildiğinde toplum tarafından faile karşı kıskançlık duyguları oluşur ve fail artık tabunun işlenebileceğinin sembolü hâline gelerek tabu olur. Freud bu teorisini

“Tabuların Aktarımı Teorisi” olarak ifade etmektedir.

Avukatlık mesleği çoğu zaman tabu olarak kabul edilen fiillerle birlikte anılmaktadır. Özellikle ceza yargılamalarında avukatlar (müdafiler) tabuları ihlâl ettiği itham edilen sanıkların vekili konumdadırlar. “Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme” başlıklı işbu bildiride avukatlık mesleğinin sevilmemesinin bir sebebinin de Freud'un söz konusu teorisiyle izah edilebileceği incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** adalet psikolojisi, bilinçdışı, psikanaliz, tabu, avukat

## GİRİŞ

Her dilde avukat şakaları mevcuttur. Komik olmayan şakalar konusunda Amerikalıların özel bir mahareti olduğuna ise kuşku yoktur. Bunlardan konumuz açısından en çarpıcı olanı şu Amerikan esprisi olabilir: “*Bilim insanları deneylerinde neden fareler yerine avukatları kullanmalılar? Çünkü avukatlar daha hızlı türüyorlar, bilim insanları farelerden uzaklaşmaya baş-*

1 Arş. Gör. Pirali Çağrı ŞENSOY, E-posta: piralicagri@gmail.com  
RTEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı araştırma görevlisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı öğrencisi

*ladı ve farelerin yapmayı kabullene-  
meyecekleri bazı şeyler vardır”.*<sup>2</sup>

Avukatların halk nezdinde pek iyi bir intibai olduğunu söylemek maa-  
lesef mümkün değildir. İyi puanlarla  
rakipleri arasından sıyrılarak hukuk  
fakültesini kazanmış ve bu zorlu fakül-  
teyi başarılı bir şekilde bitirip mezun  
olarak avukatlık yapmaya hak kazan-  
mış gençlerin hayattan pek çok bek-  
lentisi mevcuttur. Buna rağmen stajyer  
ve genç avukatlar hemen mesleğin  
başında ekonomik ve meslekî pek çok  
sorunla baş etmek durumunda kal-  
maktadır. Avukatlık mesleğinin gerek  
kurgulanmasından gerekse hâlihazırda  
doğasından kaynaklanan tüm stres ve  
zorluklarının yanında avukatlara karşı  
beslenen hınç ve nefret her yaştan avu-  
katın hayat kalitesi ve psikolojisi üze-  
rinde yıpratıcı etkiler yaratmaktadır.  
Üstelik maalesef kimi zaman nefret  
duygusu fiile dönüşmekte, avukatlar  
sırf mesleklerini icra ettikleri için sal-  
dırya uğramakta ve hatta katledilmek-  
tedirler. Her yıl bu neviden meş’um  
haberlere tanık olmak mümkündür<sup>3</sup>.

Avukatlara yönelen kötü düşünce-  
lerin bugüne veya bizim ülkemize has  
bir fenomen olduğunu söylemek güç-  
tür<sup>4</sup>. İncil’den bugüne pek çok farklı  
tarihli metinde avukatların olumsuz  
olarak anıldığını görmek mümkündür.  
Birbirinden farklı çağlarda ve coğraf-  
yalarda avukatlık mesleğine yönelen  
bu olumsuz tutumun kökünde ya avu-  
katlık mesleğinin doğasından veya  
avukatlık mesleğine yönelen bakışlar-  
dan kaynaklanan bir şey olmalıdır. Biz  
bu çalışmada özellikle ikincisini, hal-  
kın tasavvurunda neden böyle bir avu-  
kat intibai olduğunu inceleme konusu  
yapacağız. Bu incelemeyi yaparken  
insan psikolojisinin keşfinde bir kilo-  
metre taşı olan Sigmund Freud’un fi-  
kirlerine başvurarak bilinçdışına yöne-  
lecek, Freud’un tabulara ilişkin yapmış  
olduğu psikanalitik değerlendirmenin  
sorunumuzu çözmeye bir araç olarak  
kullanılabileceğini iddia edeceğiz.

Bizim çalışmamızdan önce avu-  
katlık mesleğinin kötü imajını araş-  
tırma konusu yapan pek çok bilimsel  
çalışma olmuştur. Ülkemizde de yeni

2 Robert C. POST, “On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass”, *California Law Review*, Cilt 75 (1987), Sayı 1, s. 379.

3 Birkaçı için bkz. 2021 yılında Avukat Ersin ARSLAN haciz için gittiği evde silahlı saldırıya uğrayarak hayatını kaybetti. (<https://www.sabah.com.tr/yasam/hacze-giden-avukat-olduruldu-5421370>, E.T.: 15.09.2022), 2022 yılında Avukat Servet BAKIRTAŞ müvekkilinin tazminat davasını geri çekmemesi üzerine borçlu tarafından ofisinde silahlı saldırıya uğrayarak hayatını kaybetti. (<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/kanli-baskinlar-avukat-servet-bakirtas-ve-dava-acan-kadini-oldurdu-42096873>, E.T. 15.09.2022)

4 Avukatlık mesleğinin bize özgü sanılan problemlerinin evrenselliğine dair tespit için bkz. Elyesa Koysak, “Richard L. ABEL, Ole HAMMERSLEV, Hilary SOMMERLAD & Ulrike SCHULTZ (Ed.), *Lawyers in 21st-century societies*. Vol. 1: National reports, Oxford: Hart Publishing, 2020, 976 s.”, *İnsan ve Toplum*, Cilt 11 (2021), Sayı 4, s. 258.

yeni meslek sosyolojisi çalışmaları yapılmakta ve bu çalışmalar bağlamında hukuk meslekleri analiz edilmektedir<sup>5</sup>. Ancak bizim taramalarımızda şimdikiye değin ulaşabildiğimiz kaynaklar genellikle saha çalışmaları veya metinlerin incelenmesi ile avukatlık mesleğinin nasıl bir imaja sahip olduğunu belirlemeye yönelikti. Diğer çalışmalardan farklı olarak bizim çalışmamız sorunun bilinçdışı bir sebebe dayandığını iddia eden ilk çalışma olması hüviyetini taşımaktadır. Diğer yandan Freud'un tabuların aktarımı üzerine geliştirdiği tez de gerek Türkiye'de gerekse tüm akademide yeterince çalışılmış değildir. Aktarım kavramı psikanalizde çok temel bir yer işgal ettiği hâlde Freud'un tabuların aktarımıyla ilgili özel olarak ele aldığı hususlar görebildiğimiz kadarıyla arka planda kalmıştır. Bu eksiklik bizim çalışmamızda da özellikle de alan dışından olmamız ve multidisipliner bir çalışma yapıyor olmamız dolayısıyla, kimi sınırlılıklara yol açmıştır. Umuyoruz ki çalışmamızda iddia ettiğimiz tez üzerine psikiyatri ve psikoloji alanındaki araştırmacılar da düşünme imkânı bulacak, çalışmamızı eleştirerek gelişimine katkı sağlayacaktır.

Tüm bu girizgahtan sonra şunu söyleyebiliriz ki avukatlık mesleğine yönelmiş olan kötü algının temelinde elbette pek çok farklı sebep yatıyor

olabilir. Biz bu çalışmada psikanaliz düşüncesinden ve özellikle Freud'un tabuların aktarımı teorisinden yararlanarak avukatlara yönelen kötü düşüncelerin arkasında tabunun olduğunu, tabunun suçluya ve oradan da avukata bulaşarak toplum tarafından avukatlara olumsuz birtakım sıfatların layık görülmesine yol açtığını iddia edeceğiz. Böylece avukatlara yönelen şiddetin önüne geçebilmek adına en azından elimizde bir teşhis olmasını arzuluyoruz.

Çalışmamızın daha iyi anlaşılabilmesi için bazı kavram ve durumlar hakkında önceden uyarıda bulunmakta yarar görüyoruz. Halkın avukatlara yönelik algısına odaklanan çalışmamız hâliyle hukukçu algısına ters gelebilecek ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet verecek bazı kavramsal farklılıklar taşıyabilir. Şöyle ki: Öncelikle çalışmamız boyunca avukatlık mesleği üzerine bir inceleme yapacağız. Ancak çalışmamızın (şüpheli veya sanığı savunan ceza muhakemesindeki bir süje olarak) özel bir avukatlık türü olan müdafilik akılda tutularak algılanması çalışmamızın anlaşılmasına katkı sağlayacaktır. Halk nezdinde müdafî veya avukat gibi bir ayrım söz konusu değildir. Bu sebeple de hiç ceza davası almayan bir avukat müdafilere yönelen bir algıdan nasibini almaktadır. Bu bağlamda algının tüm avukatlara yöneldiği ancak

5 Bu çalışmalarla ilgili bkz. Elyesa KOYTAK, "Meslek Sosyolojisinde Teorik Yaklaşımlar", *Journal of Economy Culture and Society*, (2020), Meslekler Özel Sayısı, s. 4.

kökeninde avukatın müdafî hâlinin mevcut olduğuna dikkat çekmemiz gerekiyor. Diğer bir dikkat edilmesi gereken husus ise suçlu kavramının da her zaman suçlu olan kimseleri karşılamayacağı, hatta avukatın müdahil olduğu bir yargılama süreci ele alındığından bilakis suçlu yerine suçlu olduğu iddia edilen kimselerin anlaşılmasının daha doğru olacaktır. Halk nezdinde masumiyet karinesi çoğu zaman ihmal edilen bir hukuk düsturudur. Halka göre “dava görülüyorsa demek ki bir şey yapılmıştır” ve “avukatlar suçluları savunmaktadır”. Bu sebeple halk nezdinde “suçlu” ile hukukçu nezdinde “suçlu” kavramları her zaman paralel olmamaktadır. Hal böyle olunca çalışmamızda “suçlu” olarak ifade ettiğimiz kavramı hem “mahkumiyeti kesinleşmiş suçlu” hem de yargılaması devam eden “suçlu olduğu iddia edilen kimse” olarak birlikte ve genel algılamak hukuken yanlış olsa da çalışmamızın odaklandığı halk algısına daha uygun düşecektir.

Elinizdeki çalışmanın ilk bölümü avukat imajına odaklanıyor. Bu bölümde öncelikle avukatlık mesleğinin tarihi köklerine yer verildikten sonra avukatlık mesleğinin bugün itibarıyla nasıl bir hüviyete büründüğü genel hatlarıyla inceleniyor. Ardından avukatların kötü imajını ve olası sebeplerini incelemek için öncelikle bu imajın köklerine ve popüler kültürdeki yansımalarına yer veriliyor. Yapılan saha

araştırmalarından elde edilen sonuçlar incelenerek halk nezdinde avukat algısı tespit edilmeye çalışıyor. Sonunda bugüne değin avukatlara yönelen menfi algının literatürde yer alan olası sebepleri inceleniyor.

İkinci bölüm Freud’a ve Freud’un çalışmamızda bir yöntem olarak kullanıldığımız tabuların aktarımı teorisine odaklanıyor. Bu bölümde ilkin Freud’un psikolojik görüşlerinin genel bir tanıtımına yer veriliyor. Ardından Freud’un özellikle Totem ve Tabu kitabından yola çıkılarak tabu kavramı ve tabuların aktarımının Freud düşüncesindeki özel anlamı inceleniyor.

Nihayetin son bölümde tabuların avukatlık mesleğine sirayeti ele alınıyor. Bu bölümde avukatlık mesleğinin ilk bölümde ortaya çıkan ve incelenen literatürdeki görüşlerle açıklanamayan menfi algısının Freud’un teorisıyla açıklanması deniyor. Bunun için öncelikle Freud’un tabu ile ilişki içerisindeki bir başka meslek olan cellatlık mesleği üzerinden verdiği örnek inceleniyor. Ardından suç kavramı ile tabu kavramının ilişkisi ele alınarak cezaların kökeninde tabu düşüncesinin ne şekilde yer aldığı kısaca bir tanıtım yapıyor ve suçlu kimselerin nasıl tabu hâline geldikleri inceleniyor. Tüm bunlardan sonra ise mesleklerinin gereği olarak suçlu veya suçlu olduğu iddia edilen kimselerle ilişki içerisinde olan avukatların tabudan ne şekilde etkilendiği, tabunun avukatlara bulaşa-

rak avukat tabusunu nasıl yarattığı ele alınıyor.

## 1. Mazlumun yahut Şeytanın

### Avukatı

#### 1.1. Avukatlık Mesleğinin Tarihi Kökeni

Etimolojik sözlüklere göre avukat kelimesi çağırnak anlamına gelen “vocare” kelimesinden türemiştir. Bu kelime aynı zamanda Türkçeye geçmiş olan “vokal” kelimesiyle aynı kökten türemiştir. Advocare kelimesi “(mahkemeye) çağırnak”, advocatus ise “(mahkemeye) çağırılan” (veya tanık) anlamlarını taşıırken “avukat” kelimesi bugünkü anlamına evrilmiştir<sup>6</sup>.

Bugünkü anlamda profesyonel bir avukatlık mesleği modern hukukun bir ürünüdür. Bununla birlikte bugünkü avukatlığın köklerini Antik Yunan'da bulmak mümkündür. Antik Yunan yargılamalarında önceleri davalarda tarafların kendilerini savunmaları esastı ve savunmaya yardımcı olmak amacıyla bir meslek teşekkül etmiş değildi. Bu sebeple avukatlık mesleğinin ilk nüveleri tarafların mahkemelerde ne şekilde davranmaları gerektiğini yazılı olarak

onlara veren “legographe” (yazıcı yahut arzuhalci) adı verilen bir uğraşın ortaya çıkmasıyla atıldı. Daha sonra bu kimseler, tarafların ne söyleyeceklerini unutmaları veya yanlış söylemeleri üzerine onların yanında bulunmaya başlamış ve böylece avukatlık mesleği doğmuştur<sup>7</sup>.

Antik Yunan'da avukatlık bir onur görevi olarak bilinirdi. Bu sebeple esirler ve hür olmayan kimselerin avukatlık yapmaları yasaktı. Yine çeşitli yüz kızartıcı fiilleri işleyenler, ahlaksız olarak tanınan kimseler ve hatta o dönemki toplum yapısında mahcup olarak kabul edildikleri için kadınlar avukatlık yapamazlardı<sup>8</sup>. Avukatlığın para karşılığı yapılması ise mümkün değildi. Güzel bir kadının güzelliğini satması ne kadar utanç verici ise avukatın hukukî yardımından para talep etmesi de o kadar gayri ahlakî kabul ediliyordu<sup>9</sup>. Avukatların davadan para almalarının yasaklanmasının arkasında böyle bir ilişkinin avukata bağımsızlığını kaybettireceği ve davanın avukatın şahsî meselesi hâline gelmesine sebebiyet vereceği şeklinde bir düşünce de yatmaktaydı<sup>10</sup>. Bu dönemde henüz bir meslek olarak teşekkül etmemiş

6 Sevan NİŞANYAN, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, Everest, İstanbul 2012, s. 45.

7 Faruk EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 48 (1990), Sayı 2, s. 206-207; Ejder YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44 (1995), Sayı 1, s. 193; Hakan ÖZTATAR, “Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları”, Malatya, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bilim Uzmanlığı Tezi, 2011, s. 14.

8 EREM, 1990, s. 207; YILMAZ, 1995, s. 193.

9 EREM, 1990, s. 209.

10 EREM, 1990, s. 210.

olan avukatlık uğraşının getirisi daha ziyade içtimaî ve siyasi itibardı.

Eski Roma'da da avukatlık mesleğinin benzer bir serüveni olmuştur. Bu dönemde patrisyenler ve advocatuslardan mürekkep ikili bir avukatlık mesleği olduğu söylenebilir<sup>11</sup>. Tıpkı Antik Yunan'da olduğu gibi Roma'da da ilk zamanlar avukatlık ücret alınmadan yapılan bir işti. Ancak sonraları ücret alma konusu serbest bırakılmış ve böylece bir meslek olarak avukatlık teşekkül etmiştir<sup>12</sup>. Ancak yine de avukatlık mesleğinin katı etik kuralları vardı, örneğin avukatların bir meslek kuralı olarak davanın haksızlığını anlayınca davadan çekilmeleri gerekiyordu<sup>13</sup>.

Avukatların davaları kazanmak için bazen meslek etiği dışına çıktıkları da anlatılmaktadır. Özellikle bu nevi bir savunma olarak Antik Yunan'da yaşadığı anlatılan Pryné adlı bir kadının savunmasını üstlenen Hypérides'in, ahlâk dışı davranışta bulunduğu iddiasıyla yargılanan müvekkilinin göğüslerini açarak hâkimleri etkilemesi ve beraat alması bu nevi savunmalara ilginç bir örnektir<sup>14</sup>. Yine Roma'da

avukatların heyeti etkilemek için alkışlayıcılar tuttukları, bu alkışlayıcılarla savunmalarını daha etkili kılmaya çalıştıkları da anlatılan bir durumdur<sup>15</sup>.

Bu topraklar için avukatlık daha yeni bir kavramdır. Bununla birlikte bu topraklarda da avukatlık mesleğinin köklerini birkaç yüz yıl önceye götürmek mümkündür. Seyahatname'de Evliya Çelebi tıpkı Antik Yunan'da logographelerin bir benzeri olarak tarafların dilekçelerini ve mahkemelerde ne yapmaları gerektiğini yazarak tarafa veren bir arzuhalci sınıfının teşekkül ettiğini anlatmaktadır<sup>16</sup>. Modern anlamda avukatlık mesleğinin ülkemizde ortaya ilk çıkışı ise yabancı mahkemelerinde avukatlık yapmak üzere Osmanlı'ya gelen yabancı avukatların kurdukları baro ile başlamıştır<sup>17</sup>. Daha sonra önce 1875'te Fransızca eğitim veren Galatasaray Lisesi Hukuk Fakültesi kurulmuş, bu fakülte kapatıldıktan sonra 1880'de İstanbul Hukuk Mektebi'nin kurulmasıyla ilk Türkçe hukuk eğitimi veren okul teşekkül etmiştir<sup>18</sup>.

11 EREM, 1990, s. 208.

12 EREM, 1990, s. 209; YILMAZ, 1995, s. 195. Krş. ÖZTATAR, 2011, s. 13.

13 EREM, 1990, s. 209; ÖZTATAR, 2011, s. 14.

14 YILMAZ, 1995, s. 194; ÖZTATAR, 2011, s. 15.

15 EREM, 1990, s. 208; YILMAZ, 1995, s. 195; ÖZTATAR, 2011, s. 13.

16 YILMAZ, 1995, s. 196; ÖZTATAR, 2011, s. 17.

17 YILMAZ, 1995, s. 197.

18 YILMAZ, 1995, s. 197.



## 1.2. Avukatlık Nedir? Ne Değildir? Sınırları Nelerdir?

Doktrin, yargılamada diyalektik bir usulün uygulandığını düşünmektedir. Buna göre yargılamanın üç tarafı (üç saç ayağı) mevcuttur. Bunlar temel olarak tez (iddia makamı ya da hukuk davasında davacı, ceza davasında savcılık), antitez (savunma makamı ya da hukuk davasında davalı, ceza davasında sanık) ve sentezdir (yargı makamı ya da hâkim veya heyet). Böylece yargılamada tez ve antitezin çarpışarak sentezi doğurduğu kabul edilir<sup>19</sup>.

Avukatlık mesleğinin yalnızca davada tarafa vekalet eden bir meslek olduğunu söylemek bugün için kapsayıcı olmayan bir tanımlama olacaktır. Gerçekten de 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ikinci maddesi avukatlığın amacını açıklarken

*“Avukatlığın amacı; hukukî münasabelerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini*

*adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.”*

hükmüne yer vermiştir. Bu tanımlamada özellikle iki husus göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi kanunun avukata hukukî mesele ve anlaşmazlıkların çözümüne katkı sağlanması, ikincisi ise bunu yaparken çözümlerin adalet ve hakkaniyete uygun olması ödevlerinin yüklenmesidir. Gerçekten de Avukatlık Kanunu'nun birinci maddesi avukatlığı “kamu hizmeti ve serbest bir meslek” olarak ifade etmektedir. Bu ifade avukatlık mesleğinin serbest bir meslekten aynı anda bir kamu hizmetini -ki bu kamu hizmeti hukukî meselelerin adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesidir- yerine getirmekte olduğunu ifade etmektedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlar yargının kurucu unsurlarından olup bağımsız savunmayı serbestçe temsil ederler.

Avukatlık Kanunu özellikle md. 1/2'de avukatların savunmada yani diyalektik yargılama sürecindeki antitez pozisyonunda olduğunu ortaya koymaktadır<sup>20</sup>. Gerçekten de avukat yardımından yararlanmak adil yargılanma hakkının bir görünümü olarak

19 EREM, 1990, s. 206; İsa BAŞBÜYÜK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19 (2013), Sayı 2, s. 1345.

20 Bu hüküm konumuz bakımından önemli bir noktaya temas etmektedir. Aşağıda ayrıntısıyla ele alınacağı üzere yargılama sürecinde avukatın pozisyonu, kanunun bu hükmü de dikkate alındığında, üzerine suç ithamı atılan -ve bir an için masumiyet karinesini görmezden gelecek araştırmakta olduğumuz avamın bakışından bakarsak suçlu olan- kimse ile aynı tarafta yer almakta gözükmektedir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden şimdilik bu hususa dikkat çekmekle yetiniyoruz.

tebartüz etmektedir<sup>21</sup>. Hukukî bilgiden yoksun olan kimsenin bir suçlama karşısında hukukî bilgisizlikten, usûle yabancı olmasından, bilgi ve becerisinin yetersizliğinden veya hiç değilse kendisini yargılayan organların devlet gibi güçlü bir yapı olması karşısında korkup çekinmesi gibi ihtimaller dolayısıyla haksız bir şekilde mahkûm olmasının önüne geçebilmek amacıyla profesyonel bir hizmet alması modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş ve hatta zorunlu müdafiliğin gerektiği durumlarda olduğu gibi kimi durumlarda zorunlu tutulmuştur<sup>22</sup>. Aynı zamanda iddia makamı olan savcılık her ne kadar sanığın lehine de aleyhine de delil toplamakla görevliyse de neticede bir devlet organıdır. Hüküm kuracak olan makamın da bir devlet organı olan hâkim olduğu düşünüldüğünde yargılamanın devlet görevlisi olmayan bir üçüncü göz tarafından denetlenmesi ve silahların eşitliğinin sağlanması adına kamusal bir savunma makamı gerekmektedir<sup>23</sup>. Toplumsal savunma görevini yargılamada avukatlar üstlenmektedir<sup>24</sup>.

Avukatlık Kanunu birinci maddesinde avukatlığın kamu hizmeti olduğuna ve aynı zamanda bir yönüyle de serbest meslek olduğuna dikkat çekmiştir. Avukatlığın kamu hizmeti olması ve yargılamada toplumsal savunma makamını işgal ediyor olmaları sebebiyle bağımsız olmaları temin edilmiştir. Öyle ki avukat (müdafî) sanığın emir ve talimatı altına girmez ve hatta dilediğinde müvekkilinin iradesi aleyhine işlem yapabilir<sup>25</sup>. Avukatlık mesleğinin bu niteliği avukatlara bazı hak ve ödevler yüklemiştir. Bunlardan bazıları sır saklama, sebep göstermesizin kendisine teklif edilen işi reddetme, vekillikten çekilme, bilgi belge ve dosya inceleme örnek alma; meslek unvanının gerektirdiği özen, doğruluk, onur, saygı ve güvene uygun davranma gibi hak ve sorumluluklardır<sup>26</sup>. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu'nun 34'üncü maddesinin uymaya zorunlu kıldığı TBB Meslek Kuralları'ndan bir tanesi de avukatın yargılamanın yalnızca hukukî yönüyle ilgilendiği, taraflar arasındaki anlaşmazlıktan doğan düşmanlığın dışında kalmaları gerektirir<sup>27</sup>.

21 BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1341.

22 Benzer bkz. BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1346.

23 BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1350.

24 BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1344. Benzer fikirler için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, "Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67 (2009), Sayı 2, s. 151.

25 BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1342.

26 Avukatlık Kanunu md. 34-65. Ayrıca bkz. Filiz BERBEROĞLU YENİPİNAR, *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 115-436.

27 TBB Meslek Kuralları, md. 6. Ayrıca bkz. BERBEROĞLU YENİPİNAR, 2016, s. 304.

İlgili mevzuattan alınan bu örnekler bize avukatlık mesleğinin ayrıntılı etik kurallarla bezendiğini gösteriyor. Avukatın yalnızca bir tarafın vekili olmanın ötesinde yargılamanın daha sıhhatli yapılabilmesi adına bir kamu hizmeti yürüttüğünü söylemek mümkündür. Bu bağlamda her ne kadar yargılamada suçla itham edilen kimse ile aynı pozisyonda bulunuyorsa da bu pozisyonun sanık ile avukatı eşleştirmeye müsaade etmediğini göstermektedir. Her ne kadar kanuni mevzuat ve avukatların etik kuralları sanık ile avukatı eşitlemiyorsa da halk nezdinde aynı şeyin geçerli olduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

### 1.3. Avukatlığın Kötü İmajı ve Olası “Diğer” Sebepleri

#### 1.3.1. Avukatın Kötü İmajının Kökleri ve Popüler Kültürde Avukat İmajı

Avukatlık mesleğinin halk nezdindeki kötü itibarı herkesçe bilinen bir vakıadır<sup>28</sup>. Özellikle avukatların yalancı olduğu hatta hukuk fakültelerinde

yalan konuşma dersleri verildiği gibi dedikodular halk arasında yaygındır. Üstelik bu şayialar ve avukatlık mesleğini rencide edici şakalar ülkemize mahsus da değildir<sup>29</sup>. Özellikle Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association, ABA) ve Amerikalı hukukçular bu kötü imajın sebeplerini araştırmak üzere pek çok saha çalışmasıyla teorik çalışmaya imza atmıştır.

Kendisi de bir hukukçu olan eski Amerika Birleşik Devletleri başkanı Abraham Lincoln avukatların sahtekâr olduğu yönünde halk arasında belirsiz bir popüler inancın mevcudiyetini, bunun neredeyse evrensel olduğunu ifade ederek genç avukatları uyarıyor<sup>30</sup>. Avukatlığın kötü imajı gerçekten de bugün ortaya çıkmış bir durum değildir. Post bu imajın kökenlerini İncil’de bulmanın mümkün olduğunu söylüyor<sup>31</sup>. Samuel Taylor Coleridge “Şeytanın Düşünceleri” isimli ünlü şiirinde şeytanın çıktığı bir yürüyüşte karşılaştığı manzaralara verdiği tepkileri tasvir ederken avukatlarla ilgili şu ifadelere yer veriyor: “O (Şeytan<sup>32</sup>) bir engereği

28 Michael ASIMOW, “Bad Lawyers in the Movies”, *Nova Law Review*, Cilt 24 (1999), Sayı 1, s. 548.

29 “İyi bir avukat iyi bir yalancı olmalıdır.” özdeyişi bu evrensel şayialardan birisidir. (Post, 1987, s. 388.) Aynı doğrultuda bkz. KOYTAK, 2021, s. 258.

30 Abraham LINCOLN, *Collected Works of Abraham Lincoln. Volume 2*, NJ: Rutgers University Press, New Brunswick 1953, s. 82. URL: <http://name.umdl.umich.edu/lincoln2> (E.T. 05.08.2022) Leonard E. GROSS, “The Public Hates Lawyers: Why Should We Care?”, *Seton Hall Law Review*, Cilt 29 (1999), Sayı 4, s. 1413.

31 POST, 1987, s. 379. Post’un Luka 11:46’dan şöyle naklediyor: “*Woe unto you also, ye lawyers! for ye lade men with burdens grievous to be born*”. Aynı pasaj Türkçe İncil tercümesinde şu şekilde geçmektedir: “*İsa, ‘Sizin de vay halinize, ey Yasa uzmanları!’ dedi. ‘İnsanlara taşınması güç yükler yüklersiniz, kendiniz ise bu yükleri kaldırmak için parmağınızı bile kıpırdatmazsınız.’*” *Kutsal Kitap: Tevrat, Zebur, İncil Yeni Çeviri*, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul 2014, s. 1102.

32 Yazarın Notu

*öldüren bir avukat gördü / Ahırın yanındaki bir gübre yığımında / Ve şeytan gülümsedi, aklına geldiği için / Kabil ve kardeşi Habi*"<sup>33</sup>. Bununla da sınırlı değil, avukatların kötü imajı Shakespeare'den Thomas More'a kadar kendine referans bulabiliyor. Shakespeare, Kral VI. Henry'nin ikinci cildinde çok tartışılan "yapacağımız ilk iş bütün avukatları öldürmek" repliğine yer veriyor<sup>34</sup>. Kendisi de bir avukat olan Thomas More, Ütopyasından avukatları dışlıyor ve avukatları insanlara yalan söylemeyi öğretmekle, hilelere başvurup yasayı kurnazca kötü amaçla yorumlamakla itham ediyor<sup>35</sup>.

Avukatlara yönelik bu algının popüler kültürde de özellikle de filmlerde karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Gerçekten de sinema filmlerinde senaristler genellikle avukat karakterini olumsuz tasvir etme eğilimindedir<sup>36</sup>. Çalışmalar sinema filmlerinin 1950'li ve 60'lı yıllarda avukatları daha olumlu tasvir ederken 1970'ten sonra

olumsuz gösterme eğiliminin arttığını gösteriyor<sup>37</sup>. Asimow'a göre 1970 öncesindeki filmlerde avukat tasvirinin olumlu olmasında Hollywood'da o dönemde yürürlükte olan ve "Production Code Administration" ya da "Hays Code" olarak bilinen sansür yasasının etkisi olabilir<sup>38</sup>. Bu yasa yapımcılardan filmlerde insanlarla alay edilmemesi ve yasa ihlaline sempati oluşturulmaması gibi hususlara dikkat edilmesini istiyordu. Bu sebeple filmlerde kötü avukatlara yer verilse bile muhakkak filmin sonunda tüm suçlular gibi kötü avukatların da cezalarını çekmeleri gerekiyordu<sup>39</sup>. Asimow bu yasaların yürürlüğe girmesinden önce çekilmiş ve olumsuz avukat tasviri yer alan filmlerin bu dönemde tekrar çekilerek olumsuz tasvirlerin yumuşatıldığını ifade ediyor<sup>40</sup>. Ancak 1970'lere gelindiğinde başta "Godfather serisi", yine Al Pacino'nun "...and Justice for All" filmi, Jack Nicholson'ın oynadığı "Carnal Knowledge" gibi filmlerle tekrar olumsuz avukat algısı başlamış

33 Kenneth LASSON, "Lawyering Askew: Excesses in the Pursuit of Fees and Justice", *All Faculty Scholarship*, Cilt 74 (1994), Sayı 11, s. 752.

34 William SHAKESPEARE, *Kral VI. Henry - II*, (çev. Özdemir Nutku), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015, s. 97. Ayrıca bkz. POST, 1987, s. 379; Gary A. HENGSTLER, "Vox Populi - The Public Perception of Lawyers: ABA Poll", *ABA Journal*, Cilt 79 (1993), Sayı 9, s. 65; LASSON, 1994, s. 724.

35 Thomas MORE, *Utopia*, (çev. Sabahattin EYUBOĞLU, Vedat GÜNYOL, Mina URGAN), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2013, s. 78; Mine Urgan, "Thomas More'un Yaşamı ve Utopia'nın İncelenmesi", *Utopia* içinde, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2013, s. 172; POST, 1987, s. 379; LASSON, 1994, s. 730.

36 ASIMOW, 1999, s. 549.

37 ASIMOW, 1999, s. 561.

38 ASIMOW, 1999, s. 570 vd.

39 ASIMOW, 1999, s. 570-571.

40 ASIMOW, 1999, s. 572.

ve bu dönemde avukat tasviri olumsuz eğilim yönünde büyük bir ivme kazanmıştır<sup>41</sup>. Asimow, 284 film üzerinden yaptığı incelemesinde 1970 yılından önce pozitif algı daha yüksekken (örneğin 1960-1969 yılları arasında filmlerde %76) buna karşın 1970'ten sonra bu algının tersi yönde (örneğin 1980-1989 yılları arasındaki filmlerde %35) seyrettiğini ortaya çıkartmıştır<sup>42</sup>. Bu dönemde avukatlar şahsî yaşamlarında kaba ve kötü davranış gösteren, sefil bir yaşam süren, eşine ve evlatlarına kötü davranan, madde veya alkol bağımlısı, cinsel sapkınlıkları olan bir karakterde tasvir edilmişlerdir<sup>43</sup>. Bu karaktere eşlik eden iş yaşamlarında ise etrafındakilere kötülük yapan, sahtekâr, müvekkillerine karşı sadakatsiz ve onları umursamayan, ne pahasına olursa olsun kazanma tutkusuna sahip, beceriksiz, dava kovalayan (ambulans avcısı), iş arkadaşlarına ve çalışanlarına karşı kaba, sadakatsiz ve özellikle de yalancı bir avukat profili çizilmiştir<sup>44</sup>.

### 1.3.2. Halk Tasavvurunda

#### Avukat Tasviri

Avukatların bu kötü imaja sahip olması sosyologların, hukukçuların ve baroların dikkatini çekmiş, fenomeni incelemek için pek çok araştırma yapılmıştır. Bu araştırmaların ayrıntılı sonuçları çalışmamızın kapsamını aşacağından biz dipnotta örnek çalışmaların künye bilgilerini vermekle yetiniyoruz<sup>45</sup>. Bu çalışmaların konumuz açısından alakalı sonuçlarına aşağıda yer vermeden önce ifade etmek gerekiyor ki avukatların halk nezdinde kötü bir imaja sahip oldukları çalışmaların ortak sonucudur. Ancak bununla birlikte *American Bar Foundation Research Journal*'in (ABFRJ) araştırmasında halka avukatlar hakkında görüşleri sorulmuş, avukatlara ise kendileri hakkında, avukat meslektaşları hakkında ve halk nezdinde avukatın nasıl gözükiyor olabileceği hakkında görüşleri alınarak karşılaştırılmıştır<sup>46</sup>. Bu çalışmada avukatların halkın kendileri hakkındaki düşüncelerini tahmin etmeye yönelik vermiş olduk-

41 ASIMOW, 1999, s. 576.

42 ASIMOW, 1999, s. 568. Üstelik gerçek hayattan hikayelerin yer aldığı filmler çıktığında durum daha da avukatların aleyhine olacak şekilde değişmektedir. (ASIMOW, 1999, s. 569.)

43 ASIMOW, 1999, s. 578-579.

44 ASIMOW, 1999, s. 579-581.

45 Yapılan örnek araştırmalar için bkz. Marvin W. MINDES, Alan C. ACOCK, "Trickster, Hero, Helper: A Report on the Lawyer Image", *American Bar Foundation Research Journal*, Cilt 7 (1982), Sayı 1, s. 177-233; HENGSTLER, 1993, s. 60-65. Ayrıca The National Law Journal tarafından yapılan araştırma için bkz. Post, 1987, s. 180; Charles SILVER, Frank B. CROSS, "What's Not to like about Being a Lawyer?", *The Yale Law Journal*, Cilt 109 (2000), Sayı 6, s. 1474. Türkiye'deki çalışmalar için bkz. KOYTAK, 2020, s. 4.

46 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 191.

ları cevaplar, halkın görüşünden daha karamsar bir eğilim göstermiştir. Bu farklılaşmanın temelinde çeşitli sebepler araştırmacılara sonuçların bu şekilde çıkmasının sebebi anket sonuçlarının yanıltıcı olması veya halkın gerçek kanaatlerini gizlemesi olabilir<sup>47</sup>. Diğer bir ihtimal biraz öz eleştiriye yer vermek suretiyle avukatların kendilerini bildiklerinden halk nezdinde de böyle görüldüklerini sanmaları olabilir<sup>48</sup>. Üçüncü ihtimal avukatlardan nefret eden kimselerin seslerinin daha yüksek çıkması sebebiyle halkın böyle bir kötü intibaa sahip olduğu düşüncesinin mevcut olması ihtimalidir<sup>49</sup>. Son ihtimal ise avukatların avukat olmayanlara karşı bir paranoyaya sahip olmaları ve güvensizlik taşımaları sebebiyle halkın düşündüğünden daha kötü bir imaja sahip olduklarını düşünüyor olabilecekleridir<sup>50</sup>.

Her ne kadar ABRFJ’de yayınlanan çalışma avukatların sandıkları kadar olumsuz bir tablonun gerçek olmadığını ortaya koyuyorsa da yukarıda ifade edildiği üzere avukatlar hakkında kötü

bir imajın mevcut olduğu tüm anketlerin ortak sonucudur.

Bu araştırmalarda halk tasavvurunda avukatlar kimi özellikleriyle beliriyor. Bunlardan ilki araştırmalara göre halk avukatların parayı çok önemsediklerini ve açgözlü olduklarını düşünmektedir<sup>51</sup>. Avukatların parayı önemsedikleri düşüncesinin bir uzantısı da avukatların daha çok para kazanabilmek adına gereksiz davalar açtıkları düşüncesidir<sup>52</sup>. Halk tasavvurunda zenginlerin parayla hukuku satın aldıkları, avukatların da buna aracılık ettiği algısı vardır<sup>53</sup>. Halka göre avukatlar para için zenginlerle ve şirketlerle birlik olup fakir ve zayıf kimsele ezmektedir<sup>54</sup>. Halk avukatların parayı çok önemsediklerini bu sebeple de para için etik değerlerinden vazgeçtiklerini düşünmektedir<sup>55</sup>.

Halk arasında avukatların kamu çıkarını gözetmedikleri anlayışı hâkimdir<sup>56</sup>. Ortalama bir vatandaş vicdanlı, ahlaklı ve hakkaniyetli bir avukatı kabullenememektedir<sup>57</sup>. Halk avukat-

47 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 193.

48 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 194.

49 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 194.

50 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 194.

51 POST, 1987, s. 380; HENGSTLER, 1993, s. 63; ASIMOW, 1999, s. 548.

52 GROSS, 1999, s. 1409.

53 GROSS, 1999, s. 1421.

54 GROSS, 1999, s. 1413, 1414.

55 LASSON, 1994, s. 725; HENGSTLER, 1993, s. 62; LASSON, 1994, s. 725.

56 SILVER ve CROSS, 2000, s. 1450.

57 LASSON, 1994, s. 725.

ların daima suçlu kimselerin çıkarına ve dolayısıyla toplumun aleyhine çalıştıklarını düşünmektedir. Halka göre avukatlar kazanma hırsıyla suçluları korumaktadır<sup>58</sup>. Öyle ki halkın tasavvurunda avukat, müvekkili suçunu itiraf edecek olsa kazanmak için buna engel olabilecek karakterdedir<sup>59</sup>. Özellikle de araştırmanın yapıldığı ülkelerde avukatların cüz'î bir kısmı ceza davalarıyla ilgilenmekte kalan avukatlar hukuk davalarına yönelmekte veya mahkeme dışı hukukî ilişkilerde (örneğin sözleşmeler, hukukî danışmanlıklar) çalışmakta olduğu hâlde halk avukatları ceza mahkemesinde görülen davalarla tanımakta ve yargılamaktadır<sup>60</sup>. Avukatlar genellikle medyatik davalardan göz önüne gelmektedir. Medyatik davalar hukukî akıl yürütmenin geri planda kaldığı, popülizmin ön plana çıktığı bir süreçtir. Bu sebeple bu davalar hakkında yayılan düşünceler avukatın imajına olumsuz tesir edebilmektedir<sup>61</sup>.

Halk avukatların hukuk sistemini manipüle ettiklerini ve yasaları arka-

dan dolandıklarını düşünmektedir<sup>62</sup>. Bu düşünce öyle eskidir ki Kral 12. Louis hukukçuların hukuka kunduracıların deriye uyguladıkları muameleyi uyguladıklarını yani çekip çekiştirerek hukuku esnettiklerini söylemiştir<sup>63</sup>. Yine avukatların davaları çetrefilli hâle getirerek anlaşılmasız kıldıkları yönünde bir düşünce mevcuttur. Halk, avukatları bu amaçla Latince ve Fransızca kavramları kullanmakla itham etmektedir<sup>64</sup>.

Bu noktada araştırmalarda ortaya çıkan iki ilginç ve birbirini besleyen/doğrulayan sonuç mevcuttur. Araştırmalar halkın avukat tercihini belirleyen etkenlerden bir tanesinin -sevmeme sebepleriyle aynı olarak- avukatların kanunları arkadan dolanabilmeleri ve kanunî kestirmeleri bilmeleri olduğunu gösteriyor<sup>65</sup>. Bununla birlikte avukatlar da müvekkillerinin kendilerinden hilebaz olmalarını beklediklerini varsayıyorlar<sup>66</sup>. Araştırmalarda tarafların avukat seçerken davalarını kazanmak için özellikle de boşanma

58 LASSON, 1994, s. 726. Benzer doğrultuda bkz. POST, 1987, s. 385.

59 HENGSTLER, 1993, s. 63.

60 HENGSTLER, 1993, s. 64.

61 LASSON, 1994, s. 726; ASIMOW, 1999, s. 545.

62 POST, 1987, s. 380.

63 LASSON, 1994, s. 767.

64 GROSS, 1999, s. 1412.

65 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 380; LASSON, 1994, s. 727.

66 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 194; LASSON, 1994, s. 734.



davalarında kötü karakterli avukatları tercih ettiklerini gösteriyor<sup>67</sup>.

### 1.3.3. Avukatlar Neden Sevilmiyor?

Avukatlara yönelik bu kötü tasavvurun bir sebebi olmalıdır. Yapılan araştırmaların amaçlarından bir tanesi de bu nedeni bulmak ve çözüm üretmektir. Şimdiye kadar yapılan çalışmalarda avukatların sevilmemesinin kimi nedenleri tespit edilmiştir. Bunlardan ilki avukatlık mesleğinin kötü örnekleridir. Gerçekten her meslekte iyi ve kötü örnekler olduğu gibi avukatlık mesleğinin de kötü örnekleri vardır. Kötü örnek olan, gerçekten halkın itham ettiği gibi açgözlü, hırslı, etik değerleri hiçe sayan avukatların varlığı gözümüzü kapatamayacağımız bir gerçektir. Bu gibi kötü örneklerin avukatlara yönelik olumsuz algıyı kuvvetlendirdiğine şüphe yoktur<sup>68</sup>. Özellikle kazalardan ve afetlerden sonra mağdurlara ulaşım vekalet almaya çalışan “ambulance-chaser”<sup>69</sup> (ambulans avcısı) olarak anılan veya örneğin gereksiz malpraktis davalarıyla hastaların umutlarını sömüren hekimlerin en nihayetinde beraat edecekleri davalarda

tarafların maddi ve manevi yıpranmalarına sebebiyet veren bu nevi kötü avukatların avukatlık mesleği mensuplarına yapışan açgözlü avukat algısına sebebiyet verdikleri kuşkusuzdur<sup>70</sup>.

Bunun yanında filmlerin, popüler kültürün daha ilgi çekici olmaları sebebiyle genelde bu çeşit avukatları ön plana çıkartarak avukata yönelik olumsuz algıyı beslediği de avukatlık imajındaki kötü algıyı değerlendirirken üzerinde durulabilecek bir sebep olabilir<sup>71</sup>. Gerçekten de sinema filmleri yaşamadığımız pek çok duyguyu bize kendi perspektifinden öğretir. Asimow ilginç bir örnek veriyor: Bir kimseye Vietnam Savaşı’nda savaşmak isteyip istemediği sorulsa o kişi neye göre karar verir? En çok da filmlerde gördüğü sahnelerle göre karar verir. Bunun gibi avukatla teşrikimesai içerisinde olmayan kimseler de avukata ilişkin algılarını filmler aracılığıyla geliştirirler<sup>72</sup>. Dolayısıyla filmlerdeki olumsuz avukat örnekleri avukatı bu filmlerden tanıyan kimseler için gerçeklik hâline gelebilir.

Avukatlara yönelik imaj her zaman etik bir sebebe dayanmamaktadır. Avu-

67 LASSON, 1994, s. 728.

68 LASSON, 1994, s. 739; ASIMOW, 1999, s. 548.

69 LASSON, 1994, s. 733.

70 Dolores K SLOVITER, “Perceptions of the Legal Profession”, *Western New England Law Review*, Cilt 10 (1988), Sayı 1, s. 178, 179.

71 GROSS, 1999, s. 1422-1424. Ayrıca bkz. ASIMOW, 1999, s. 550.

72 ASIMOW, 1999, s. 551-552.

katlık hizmetinin pahalı bir hizmet olması<sup>73</sup>, avukatlığın prestijli olması ve hatta avukatların servet sahibi olmaları da avukatlara kıskançlığa dayalı bir hıncın yönelmesine sebebiyet verebilmektedir<sup>74</sup>. Avukatların verdiği hizmetin pahalılığı açgözlü oldukları yönündeki algıyı kuvvetlendiriyor olabilir.

Tüm bunların yanında araştırmalar genellikle avukatlarla çalışan kimsele-  
rin avukatlara daha sempatik baktığını göstermektedir<sup>75</sup>. Ancak buna karşın avukatlara yönelik kötü düşünceleri besleyen sebeplerden bir tanesinin de kaybedilen davalarda avukatların günah keçisi görülmesi olduğu ortaya koyulmuştur<sup>76</sup>. Gerçekten de tıpkı iyi notu öğrencinin aldığı kötü notu hocanın verdiği gibi müvekkil haklı olduğu için kazanır ancak kaybedilirse muhakkak avukatın ihmali veya hatası mevcut olduğu düşünülür. Tıpkı bunun gibi yargı sisteminden kaynaklanan hukuksuzluklar da kimi zaman avukatlara yüklenebilmekte, avukatlar yargı sistemiyle müvekkil arasında usturma-  
ça işlevi görmektedirler<sup>77</sup>.

Çalışmalarda avukatlara yönelik kötü düşüncelerin bir diğer sebebinin ise psikolojik olabileceği ileri sürülmüştür. İnsanlar genellikle en mutsuz zamanlarında avukata giderler. Çalışmalar insanların avukatlar ile kötü ve stresli zamanlar arasında bir çağrışım kuruyor olabileceği üzerinde durmaktadırlar<sup>78</sup>. Gerçekten de Türkiye'de avukatların müvekkillerinin dertlerini emen birer sünger oldukları, para karşılığında insanların dertlerini satın aldıkları gibi özdeyişler mevcuttur<sup>79</sup>. Çalışmalar da bu özdeyişlere paralel olarak halkın avukata yönelen kötü düşüncelerinin arkasında böyle bir çağrışımın mevcut olabileceğini iddia etmektedir.

Avukatlık mesleğinin saygınlığını yitirmesinin sebeplerinden bir tanesi de avukat sayısındaki artış olabilir<sup>80</sup>. Avukat sayısındaki artış aynı zamanda avukatların gelir düzeyinin düşmesine, özellikle de mesleğe yeni başlayan gençlerin geçimlerini sağlayabilmek adına etik ilkelerinden taviz veremelerine, yani mesleğin kötü temsili olma-

73 GROSS, 1999, s. 1406; ASIMOW, 1999, s. 536.

74 GROSS, 1999, s. 1408; ASIMOW, 1999, s. 543-544; SLOVITER, 1988, s. 176.

75 MINDES ve ACOCK, 1982, s. 194; HENGSTLER, 1993, s. 62; GROSS, 1999, s. 1418.

76 GROSS, 1999, s. 1408, 1426. Benzer bir fikir için bkz. ASIMOW, 1999, s. 546.

77 GROSS, 1999, s. 1414.

78 GROSS, 1999, s. 1420; ASIMOW, 1999, s. 537.

79 Daha sonradan avukatlar arasında bilindiğini gördüğüm ve çokça karşılaştığım bu özdeyişleri ilkin sayın hocam ve aynı zamanda avukatlık stajını yanında yaptığım meslek büyüğüm Av. Nedim Şenol ÇELİK'ten duymuştum.

80 ASIMOW, 1999, s. 544.

larına sebebiyet veriyor olabilir. Üstelik filmler ve popüler söylemler genç avukatları “evrak çantalı Rambolar” olmaya zorlamaktadır<sup>81</sup>.

Tüm bunların dışında avukat reklamları çalışmalarda özellikle üzerinde durulan bir husustur. Avukatlık Kanunu’nun 55’inci maddesi avukatların reklam sayılabilecek teşebbüs ve hareketlerde bulunmalarını yasaklamıştır. Bu sebeple reklama dayalı kötü algı-lama Türkiye’deki avukatlara yönelik kötü algının bir sebebi olarak arka planda kalıyor olabilir<sup>82</sup>. Reklam yasağının mevcut olmadığı yahut bizdeki gibi kesin olarak yasaklanmadığı ülkelerde avukat reklamlarının halk üstünde kötü bir avukat imajı bıraktığı ortaya konulmuştur. Yabancı literatürdeki çalışmalarda reklamların avukat imajı üzerindeki kötü tesiri üzerinde ısrarla durulmakta ve çözüm getirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>83</sup>.

Halk tasavvurunda avukatların neden kötü bir imaja sahip olduğuna dair düşünceler bunlarla sınırlı değildir. Bir diğer düşünceye göre avukat gözlüklerinin siyah camı halka kendisini yansıtmaktadır<sup>84</sup>. Gerçekten de avukatlara

“yalancı” yaftasının yakıştırılmasında kimi zaman müvekkillerin yanlış yönlendirmeleri ve yalan beyanları sebep olabilmektedir. Müvekkillerin tarafı yönlendirmeleri neticesinde çoğu zaman avukatlar kovuşturma aşamasında olayın hakikatini kavrayabilir hâle gelmektedirler. Avukatların tabiri caizse toplumun sosyal dehlizlerinde çalıştıkları düşünüldüğünde üzerlerine kir bulaşması anlaşılabilir bir şeydir.

Saha araştırmalarından çıkan bu sonuçların yanında meslek sosyolojisi kapsamında da kimi teorik araştırmalar da yapılmış, bu araştırmalar kapsamında ortaya birtakım fikirler atılmıştır. Bu fikirlerden birisi çalışma alanlarında teknolojinin artması, mesainin rutin hâle gelmesi ve özellikle çalışma ortamının kiteselleşme ve mesleklerin yapılanmasında bürokrasinin ve şirketleşmenin artmasıyla “mesleklerin aşınması”dır. Tecrübe, beceri, hafıza gibi nitelikler yerini makinelere bırakmıştır. Böyle olunca yıllarca pek çok kararlar karşılaşılarak tecrübe sahibi olmuş üstat avukatlar içtihat bankalarını içeren makinelerin hafıza ve hızına yenik düşmüştür. Bilgelik içeren meslekler katı prosedürler altında ezilen,

81 ASIMOW, 1999, s. 583.

82 Arka planda kalıyor olabilir diyoruz çünkü bizde de her ne kadar reklam yasağı mevcut olsa da bu yasağı delmek için yapılan kimi zaman etik ihlâl de sayılan reklam niteliğindeki davranışlar mevcuttur ve bu davranışlar -yabancı literatürdeki çalışmalarla birlikte düşünüldüğünde- avukatlara yönelen kötü itibayı artırıyor olabilir.

83 GROSS, 1999, s. 1430; HENGSTLER, 1993, s. 62; ASIMOW, 1999, s. 547.

84 POST, 1987, s. 386.

sonuç odaklı mesleklere dönüşmüşlerdir<sup>85</sup>. Bir diğer fikre göreyse kapitalist sistemin gelişmesiyle burjuvazi tüm saygın meslekleri ücretli işçisi hâline getirmiştir. Avukatlık (veya hekimlik) gibi meslekler sermayedarlardan veya proleterlerden farklı bir sınıf konumundayken teknoloji kullanımının artmasıyla şirketleşmeler ve vasıfsızlaşma ortaya çıkmıştır<sup>86</sup>. Bu durum da avukatların kamusal alanda saygın bir birey olmak yerine ücret karşılığında buyurulan işi yapan bir vasıfsız işçi konumuna inmesine sebebiyet vermiştir. Meslekler sosyolojisi alanında ileri sürülen fikirlerde ortaya koyulan bu dönüşümden hukuk mesleği de nasibini almıştır.

Buraya kadar sayılan tüm bu sebepler avukatlara yönelik kötü algının oluşmasında elbette geçerli sebepler olabilirler. Ancak biz bu sebeplerin avukata yönelmiş olan algıyı açıklamak için yeterli olduğu kanaatinde değiliz. Zira avukatla işi olmuş insanların avukatlara yönelik daha sempatik bir tavır benimserken avukatla çalışmamış kişilerin avukatlara daha olumsuz bir algı beslemeleri bize bu algının temelinde avukatın tutumlarından daha fazlası olduğunu göstermektedir. Yine mesleğin kötü temsilcileri elbette meslek itibarı açısından olumsuz tesir yaratmaktadır. Fakat bu kötü temsilciler her meslekte bulunmaktadır, buna rağmen diğer mesleklerde avukatlara

yöneldiği gibi bir olumsuz algı yaratmamıştır. Sözgelimi kolluk güçlerinin kimi kötü karakterli temsilcilerinin çetelerle iş birliği yapıyor olmaları halk tasavvurunda bu mesleklerin “kahraman” imajına zarar vermemektedir. Öğrencilerini istismar eden veya öğrencilerine zulmeden kötü öğretmenler “öğretmenlik mesleğinin kutsallığı”na leke sürememektedir. O hâlde avukatlık mesleğinin üzerindeki olumsuz algının kötü avukatlardan kaynaklandığını söylemek yeterli olmayacaktır. Üstelik tüm bu kötü temsiller ve yerel uygulamalardan kaynaklanan etik dışı görülen davranışlar avukatlık mesleğine farklı coğrafyalarda ve farklı tarihi dönemlerde aynı olumsuz algının yüklenmesini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Avukatlık mesleğinin doğasından kaynaklanan, her tarihte ve coğrafyada geçerli olan birtakım sebepler olmalıdır.

Biz bu kapsamda Freud'un tabuya ilişkin düşüncelerinin avukatlara yönelen ve evrensel olan bu algının temelindeki bilinçdışı süreci açıklayabileceğini düşünüyoruz. Aşağıda Freud'un genel düşüncelerine, tabuların aktarımının nasıl bir bilinçdışı mekanizma kurguladığına değindikten sonra avukatlık mesleğine yönelen algının bu fikirlerle açıklanabileceğini göstereceğiz. Bu incelemeyi yaptığımızda görülecektir ki avukatlık mesleğinin

85 KOYTAK, 2020, s. 11.

86 KOYTAK, 2020, s. 14.

sahip olduğu kötü imaj her coğrafyada ve her tarihte sabit olarak kalan insanla (ve onun zihin yapısıyla, bilinçdışıyla) ve avukatlık mesleğinin doğrudan kendisiyle ilgilidir.

## 2. Freud'un Tabuların Aktarımı Teorisi

### 2.1. Genel Olarak Freud ve Psikolojik Görüşü

Freud çağımıza en çok tesir eden düşünürlerden bir tanesi olup çağdaş düşüncenin kurucularından bir tanesi sayılabilir<sup>87</sup>. Pek çok tartışmalı düşünceye sahip olsa da Freud'un insanı anlamada bilime bir ufuk açtığına kuşku yoktur<sup>88</sup>. Bir tıp doktoru olan Freud psikanalizin ortaya çıkmasına ve böylece psikolojinin bir bilim olarak tezahürüne imkân hazırlamıştır<sup>89</sup>. Freud'un fikirleri ortaya çıktığı dönemden bugüne kadar çokça tartışılmıştır. En başta Freud'un öğrencisi ve çalışma arkadaşı olan Carl Gustav Jung ve Alfred

Adler gibi psikolojinin önemli isimleri Freud'un teorisini eleştirerek kendi psikolojik yaklaşımlarını geliştirmişlerdir<sup>90</sup>. Buna karşın özellikle Frankfurt Okulu'nun Freud'un yaklaşımını bir yöntem olarak benimsemesiyle<sup>91</sup> Freud tekrar gündeme gelmiştir. Özellikle de Lacan'ın "Freud'a dönüş" çağrısıyla birlikte mevcut "Freud algısı" eleştirilerek sosyal bilimlerde Freud'un ünü ve etkisi artan bir etkiyle devam etmiştir<sup>92</sup>.

Freud bir tıp doktoru ve psikolojinin kurucusu olarak düşüncesi ve çalışmalarında öncelikle ruh sağlığı ve ruhî bozuklukların tedavisine odaklanıyordu. Ancak Freud'un keşifleri toplumun yapıtaşı olan insanın zihin yapısını ve bilişsel süreçlerini keşfetmekle birlikte toplumsal bir yön de taşıyordu<sup>93</sup>. Gerçekten de bu ilişki sebebiyle Freud'un çalışmalarında çoğu zaman sosyolojik incelemelerin ve topluma dair fikirlerin yer aldığını görmek mümkündür.

87 James STRACHEY, "Sigmund Freud'un Yaşamı ve Düşünceleri", *Düşlerin Yorumu I* içinde, (Ed. Sigmund Freud, çev. Emre KAPDIN), Payel Yayınları, İstanbul 1996, s. 20.

88 Benzer doğrultuda bkz. STRACHEY, 1996, s. 21.

89 Arthur George TANSLEY, "Sigmund Freud 1856—1939", *Obituary Notices of Fellows of the Royal Society*, Cilt 3 (1941), Sayı 9, s. 255. Psikanaliz Freud'un psikoloji görüşünü açıklamak için kullanılan bir kavramdır. Öyle ki Freud kendi psikolojik görüşünün temel ilkelerini benimsemeyen düşünürlerin çalışmalarının "psikanaliz" olarak anılmasına karşı çıkmaktadır. TANSLEY, 1941, s. 265.

90 TANSLEY, 1941, s. 264.

91 Bkz. Anthony ELLIOTT, *Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş*, (çev. İbrahim Yıldız vd.) Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 61. Özellikle bu dönemde Herbert Marcuse'nin çalışmalarına bakılabilir Herbert MARCUSE, *Eros ve Uygurluk: Freud Üzerine Felsefi Bir İnceleme*, (çev. Aziz Yardımlı), İdea Yayınevi, İstanbul 1998.

92 Lacan'ın Freud'a dönüş çağrısı için bkz. ELLIOTT, 2017, s. 137; Louis ALTHUSSER, "Freud ve Lacan", *Freud'dan Lacan'a Psikanaliz* içinde, (Editör: Saffet Murat TURA), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996, s. 185.

93 Aynı doğrultuda bkz. Nuriye MERKİT, "Sigmund Freud'da Uygurluğun Temel Dinamikleri ve Birey Üzerindeki Etkisi", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, (2016), Sayı 21, s. 124.

Freud kariyerinin ilk döneminde çeşitli çalışma alanlarına yöneldiyse de 1880'li yılların sonuna yaklaşıldığında kendi psikolojik düşüncesini oluşturmaya başlamıştır. Joseph Breuer'in histerinin temelinde olduğunu varsaydığı "unutulmuş yaralanma" sorunuyla ilgilenen Freud bilinçdışına ilişkin görüşünü geliştirmiştir<sup>94</sup>. Gerçekten de Freud çalışmalarında insan davranışlarının tamamının bilinçli olmadığını, birtakım davranışların arkasında kimi bilinçdışı zihinsel süreçlerin etkili olduğu temel tezini ortaya koymuştur<sup>95</sup>.

Freud zihnin id (o), ego (ben) ve süperego (benüstü, ben ideali) olmak üzere üç ayrı yapıdan meydana geldiğini düşünmektedir<sup>96</sup>. Bu yapılardan ilki olan id insan zihninin en ilkel haz dürtülerinin doyum talep ettiği yapıyı ifade etmektedir. Bu yapı yıkıcı, kaba cinselliğin ön planda olduğu, ilkel ve bu sebeple de toplumsal yapıyla uyumsuz isteklerin talep edildiği içsel güdü-

lerin yer aldığı bir alandır<sup>97</sup>. Bu alandaki tüm istekler birbirinden bağımsız olarak ve anında doyum aramaktadır<sup>98</sup>. Bu yönüyle idin mızımsız bir çocuğa benzediğini söylemek yanlış olmayacaktır. İd taleplerini egoya yöneltmektedir. Ego zihnin gerçekçi tarafı olarak çevreyle ilişkilerin yürütüldüğü, idden ve süperegodan gelen taleplerin dengelenerek bilince yansıtıldığı yapıyı ifade eder<sup>99</sup>. Bununla birlikte ego kendinden menkul bir kuvvetle değil, idden gelen dayatmalarla hareket etmektedir. Freud'un benzetmesiyle id bir at ise ego atın üzerindeki binicidir. Binici atı attan aldığı kuvvetle idare eder, kudretin kaynağı olan at bazen sürücüsünün arzuları mugayirine de hareket edebilir<sup>100</sup>. Zihnin üçüncü ve son yapısı ise süperegodur. Süperego eleştirel ve ahlakî bir görev üstlenerek ahlakî yasakların ve ideallerin zihindeki yapısını ifade etmektedir<sup>101</sup>. Süperego metapsikolojik bir kavram olup emir ve yasaklarını kişinin geçmişin-

94 STRACHEY, 1996, s. 21.

95 Sigmund FREUD, *Haz İlkesinin Ötesinde: Ben ve İd*, (çev. Ali BABAOĞLU), Metis Yayınları, İstanbul 2011, s. 75 (Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 75 vd.); STRACHEY, 1996, s. 21; Tansley, 1941, s. 251; Charles BRENNER, *Psikanaliz: Temel Kavramlar*, (çev. Işık SAVAŞIR, Yusuf SAVAŞIR), HYB Yayıncılık, Ankara 1998, s. 40; Necla TUZCUOĞLU, "Psikanaliz Kuramı ve Özellikleri", *Marmara Üniversitesi Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi*, Cilt 7 (1995), Sayı 7, s. 275.

96 BRENNER, 1998, s. 41; Mehmet Tevfik ÖZCAN, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 98. Bu yapı hakkında ayrıntılı bilgi almak için bkz. FREUD, 2011, s. 85 vd.

97 STRACHEY, 1996, s. 22; BRENNER, 1998, s. 41; Charles RYCROFT, *Psikanaliz Sözlüğü*, (çev. M. Sağman KAYATEKİN), Ara Yayıncılık, İstanbul 1989, s. 75; TUZCUOĞLU, 1995, s. 275.

98 STRACHEY, 1996, s. 22.

99 BRENNER, 1998, s. 41; STRACHEY, 1996, s. 23-24; ÖZCAN, 2015, s. 99.

100 RYCROFT, 1989, s. 40; TUZCUOĞLU, 1995, s. 276.

101 Sigmund FREUD, *Kitle Psikolojisi*, Bozak Yayınları, İstanbul 1975, s. 56; STRACHEY, 1996, s. 24; BRENNER, 1998, s. 41.

den alır, toplumsal bir yöne sahiptir bu sebeple de her zaman kişinin hâlihazırda benimsediği ahlakî düşünceleriyle bağdaşmak durumunda değildir<sup>102</sup>.

Freud psikolojik görüşünün zihnin bu yapısı üzerine bina etmiştir. Gerçekten de sağlıklı ve dengeli bir kişiliğe sahip olmak için bu yapının dengeli ve uyumlu olması gerekmektedir. Sözgelimi Freud histerik hastalıkların kökenini id ile süperego arasındaki çatışmada bulmaktadır. Buna göre psiko-cinsel bir enerjinin tezahürü olan libidinal istekler süperegodan kaynaklanan korku veya utanç sebebiyle bastırıldığında dolambaçlı yollardan kendisine çıkış yolu arar<sup>103</sup>. Bu süreç psikolojik hastalıkların ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Hastalık böyle bir arka planı olduğundan tedavi sürecinde de söz konusu engellerin ortadan kaldırılması marifetiyle bastırmanın sona ermesi amaçlanmaktadır<sup>104</sup>.

## 2.2. Tabu Kavramı ve Tabuların Aktarımı

Tabu en geniş anlamıyla yasaktır. Freud, Wundt'a atıfta bulunarak ta-

buları “*insanlığın yazıya geçmemiş en eski yasaları*” olarak tanımlıyor<sup>105</sup>. Freud’a göre tabular çoğu zaman toplumsal düzenin sağlanması için ortaya konulmuş çok eski yasaklar olup<sup>106</sup> bu yasaklar nesilden nesle aktararak gelenek hâline dönüşmüştür<sup>107</sup>. Artık gelinen noktada insanlar nedenini ve niçinini sorgulamadan bu yasaklara uymaya, yasaklara uymayanları da cezalandırmaya devam etmişlerdir<sup>108</sup>. Bu yasaklar dinsel veya etik yasalar gibi değildir zira herhangi bir kaynakları veya mantikî sebepleri olduğu için bunlara tâbi olunulmaz, yasaklar vardır ve uyulur; bu yasaklar tâbi olanlar için oldukça doğal sayılırlar<sup>109</sup>.

Antropolojiden elde edilen veriler Freud için insanın bilinçdışı yapısını anlamakta bir araç olarak kullanılmıştır. Böylelikle kendisinden önceki araştırmacılardan farklı olarak tabuların psikanalizini yapmaya, özellikle de saplantı nevrozları ile tabular arasındaki benzerliğe dikkat çekerek antropolojiden gelen verileri modern insanın (ve hastalıklarının) anlaşılma-

102 RYCROFT, 1989, s. 157; TUZCUOĞLU, 1995, s. 276. Aynı doğrultuda bkz. ÖZCAN, 2015, s. 98.

103 TANSLEY, 1941, s. 255.

104 TANSLEY, 1941., s. 256.

105 Sigmund FREUD, *Totem ve Tabu*, (çev. Kamuran ŞİPAL), Say Yayınları, İstanbul 2017, s. 54.

106 FREUD, 2017, s. 54-55.

107 FREUD, 2017, s. 69.

108 FREUD, 2017, s. 57.

109 FREUD, 2017, s. 54.



sına kullanmaya çalışmıştır<sup>110</sup>. İlkel insanlardaki tabu inancının da modern toplumlarda bir şekilde kendisine yer bulduğu Freud tarafından ortaya konulmuştur<sup>111</sup>.

Tabular bir nesne veya insan olabilir. Aynı şekilde kutsal sayılan bir nesne veya insan tabu olabileceği gibi kirli ve pis sayılan şeyler de tabu sayılabilir. Tabulara örnek olarak kabile reisi, büyücü, savaşa gidecek olan asker, ölmüş kimse veya kan gösterilebilir<sup>112</sup>. Tabu olan eylemler gerçekleştirilecekse veya tabuya dokunulacaksa öncesinde muhakkak bir törenin yapılması gerekir, tıpkı bunun gibi tabu bilerek veya bilmeden gerçekleşmişse bu durumda tabuyu gerçekleştiren kişinin çeşitli törenlerle arınması/temizlenmesi gerekir.

Tabular tabiat üstü ve tehlikeli bir kudrete/mistik metafizik bir içeriğe (ilkel dinler için bu metafizik kudret

“mana” kavramıyla açıklanmıştır<sup>113</sup>) sahiptirler. Tabuların sahip oldukları bu kudret hem kutsal hem de tehlikelidir. Tabunun nesnesi birey için “*korku uyandıran, tekin olmayan*” bir yapıdadır<sup>114</sup>. Bu yapı saygıyı ve nefreti bir arada barındıran ikircikli (ambivalenz) bir duruma işaret eder<sup>115</sup>.

Freud'un düşüncesinde bu nevi ikircikli yapılara ve çatışmalara rastlamak mümkündür. Babaya karşı duyulan saygı ve nefret<sup>116</sup>, yaşama dürtüsü (arzusu) ve ölüm dürtüsünün (arzusunun) bir arada bulunması<sup>117</sup> bu nevi ikirciklere örnek olarak sayılabilir. Freud tıpkı bunlar gibi tabuya karşı da bilinçdışında istek ve korkunun ikircikli şekilde bir arada bulunduğunu keşfetmiştir<sup>118</sup>. Freud'un zihin kurgusuyla birlikte okunacak olursa insanların süperegosu tarafından belirli bir eylem yasak (tabu) olarak telakki edilmekte, bu yasağı ihlâl etmekten korkulmakta ve uzak durulmakta; idi

110 FREUD, 2017, s. 27, 62-63, 69.

111 Freud tabuyu anlarsak “kategorik buyruk”u da açıklığa kavuşturabileceğimizi söyleyerek Kant’a göz kırpmıştır. FREUD, 2017, s. 58.

112 Hikmet TANYU, “Totem, Totemizm ve Tabu Üzerinde Yeni Araştırmalar”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 26 (1984), Sayı 1, s. 169. Freud'ta da benzer örnekler mevcuttur bkz. FREUD, 2017, s. 58.

113 TANYU, 1984, s. 168.

114 FREUD, 2017, s. 60.

115 FREUD, 2017, s. 62.

116 FREUD, 2011, s. 92; FREUD, 2017, s. 94.

117 Freud, 2011, s. 100; RYCROFT, 1989, s. 123; MERKİT, 2016, s. 136.

118 Freud'un bu konudaki delilleri ve klinik gözlemleri çalışmamız kapsamını aşacağından Freud'un iddiaları delillendirilmeyecek, yalnızca ifade edilecektir. Ayrıntılı bilgi için kaynağa müracaat edilebilir. Bkz. FREUD, 2017, s. 66.

tarafındansa çelişkili bir şekilde yasak olanı gerçekleştirmek, yasak olana sahip olmak istenmektedir. Freud bu ikiciliği şöyle tanımlıyor: *“Bilinç dışında ilgili yasakları çiğnemekten çok istedikleri bir şey yoktur; öte yandan, böyle davranmaktan da korkup çekinmektedirler. Korkmalarının tek nedeni, içlerinde böyle bir yasağa yer vermemeleridir.”*<sup>119</sup>

Bir gün bir kimse tabu olan nesneye dokunur veya tabu olan fiili gerçekleştirirse tabu ihlâl edilmiş olur. Gerekli ritüeller gerçekleştirilmeden tabu ile ilişkiye girilmesi tabudaki metafizik kudretin (mananın) tabuyu işleyen kimseye geçmesine ve böylelikle tabuyu işleyen kimsenin de tabu hâline gelmesine sebebiyet verir<sup>120</sup>. Metafizik bir anlatımla tabunun aktarımı olarak ifade edilen olay esasında bir takım bilinç dışı süreçlerin tetiklenmesini tasvir etmektedir. Freud bu süreci şöyle tanımlamaktadır: Toplumun fertleri bilinç dışında tabuyu ihlâl etmeye dönük bir arzuya sahiptir. Bir gün toplum içinden bir fert tabuyu ihlâl ettiğinde toplum fertlerinin kıskançlıklarını

celbeder<sup>121</sup>. (Freud bunu *“ayartma”* kavramıyla açıklamaktadır<sup>122</sup>.) *“Öyle ya, herkese yasaklanan şey ona yasak değildir!”*<sup>123</sup>. Tabuyu ihlâl eden kimse artık insanlara tabunun ihlâl edilebilir olduğunu hatırlatmaktadırlar. (Freud bu durumu ise *“anımsatma”* kavramıyla açıklamaktadır<sup>124</sup>.) Böylelikle fail başka insanlara tabunun ihlâl edilebilirliğini anımsatmakta ve aynı zamanda tabuyu ihlâl etmeye yönelik kıskançlıklarını celbederek aynı eylemi yapmak yönünde onları ayartmaktadır<sup>125</sup>. Tam bu noktada Freud tabuların aktarılabılır bir nitelikte olduğunu, adeta bulaşıcı bir hastalık gibi bir kimseye oradan bir başka kimseye bulaşıp aktarılabildiğini iddia etmektedir<sup>126</sup>.

### 3. Tabunun Avukatlık Mesleğine Sirayeti

#### 3.1. Freud’un Cellat Örneği

Freud’un doğrudan tabuların avukatlık mesleğiyle ilişkisini ele aldığı bir çalışması mevcut değildir. Bu yönüyle Freud’un tabuların aktarımıyla alakalı düşüncelerini avukatlık mesleğine yönelen kötü algıyı açıklamakta

119 FREUD, 2017, s. 69.

120 FREUD, 2017, s. 57.

121 FREUD, 2017, s. 71.

122 FREUD, 2017, s. 73.

123 FREUD, 2017, s. 71.

124 FREUD, 2017, s. 73.

125 FREUD, 2017, s. 73.

126 FREUD, 2017, s. 74.

bir yöntem olarak kullanmak ilk defa bu metnin yazarı tarafından denemektedir. Bununla birlikte Freud bir başka mesleğin, “cellatlık” mesleğinin tabuyla ilişki içerisinde olduğuna *Totem ve Tabu* isimli kitabında örnek olarak kullanmıştır.

İnsanlık tarihinin tabu hâline gelmiş en eski yasaklarından bir tanesi bir başka insanın öldürülmesidir. İnsan öldürme tabusunun kökünde bir başka tabu olan ölüm tabusu mevcuttur. Ayrıntısına burada girmeyeceğimiz yukarıda değindiğimiz bir ikilik olarak insan içerisinde yaşama dürtüsünü ve ölüm dürtüsünü bir arada bulundurur. Bu ikircikli yapı ölüme doğaüstü bir kudretin yüklenmesine sebebiyet vermiştir. Ölüm tabu olduğu gibi cinayet de tabudur, bir ceset de tabudur. Kanın ruhun taşıyıcısı olarak ilkel inanışlarda önemli bir yer taşıdığı ve kutsallığa sahip olduğu, taşıdığı doğaüstü kudret (mana) sebebiyle büyülerde ve totemlerde kullanıldığı bilinen bir durumdur<sup>127</sup>. Bir başka insanın öldürülmesi öylesine derin bir tabudur ki Freud kitabında savaşta düşmanımı öldüren ilkel insanların savaşı bırakıp temiz-

lenme ritüeline koyulmalarını örnek olarak vermektedir<sup>128</sup>. Bunun gibi bir kimse hakkında yürürlükteki hukuka uygun olarak verilmiş idam cezasının infazı da kimi ritüeller içeriyor olsa da bu fiili gerçekleştiren kimseler (cellatlar) tabu olmaktan kurtulamıyorlardı.

Freud cellatlık mesleğinin orta çağ toplumundaki konumunun ilkellerin tabu anlayışıyla paralellik arz ettiğini ifade etmektedir<sup>129</sup>. Cellatlar toplumun yürürlükteki hukukuna uygun olarak verilmiş idam cezasını infaz eden kamu görevlileridir. Dolayısıyla fiilleri hukukun içinde ve hukuken meşrudur. Buna karşın bu mesleğin mensupları halk tarafından pek sevilmezlerdi, dışlanırlardı. Cellatlık yapan kişiler toplumdan geçici veya sürekli olarak tecrit edilirdi<sup>130</sup>. Freud'un vermiş olduğu bu örnek esasında Türk medeniyetinde de geçerli olan bir durumdu. Öyle ki cellatlar öldüklerinde halkın geri kalanıyla aynı mezarlığa defnedilmezler, cellatlar için özel olarak oluşturulmuş mezarlıklara defnedilirlerdi<sup>131</sup>. Mezar taşlarının üstüne de diğer mezar taşlarında olduğu gibi ad veya dua gibi herhangi bir yazı yazılmazdı<sup>132</sup>. Cel-

127 Kan sembolünün kültürdeki kullanımı için bkz. Yasemin OĞUZ GÜNER, “Kültürel Miras Olarak Kan Sembolü”, *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7 (2019), Sayı 16, s. 814-835.

128 FREUD, 2017, s. 81.

129 FREUD, 2017, s. 82.

130 FREUD, 2017, s. 81-82.

131 Osmanlı'da cellat mezarları için bkz. Burcu BAŞ, “Osmanlı Devleti'nde Cellatlar ve Cellat Ocağı”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, (2021), Sayı 50, s. 74.

132 Osmanlı'da cellat mezarları için bkz. BAŞ, 2021, s. 74.

latlara yönelen bu kötü yakıştırma hiç kuşkusuz cellatların yaptığı işin tabuyla olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Başkalarına yasak olan “can alma” fiilî cellat için yasak değildir. İdam cezasının infazı suretiyle ölümün ve bir insan öldürmenin doğüstü gücü cellatlara sirayet etmekte ve cellatları da bir tabu hâline getirmektedir. Dikkat edilirse cellatların yaptıkları fiil dolayısıyla toplumdaki dışlandıkları bu tarihî dönemlerde henüz ölüm cezalarına karşı bir anlayış gerçekleşmiş değildi ve hatta o dönemki algılayışta cellatların suçlu kimseleri infaz ederek toplumu güvenlik içerisinde tuttukları da söylenebilirdi. Ancak bütün bunlar cellatların tabu hâline gelmesini engellemeye yetmiyordu.

### 3.2. Suç ve Tabu

Freud tabuların yazıya geçirilme- miş çok eski yasaklar olduğunu ifade etmiştir. Freud’un kurgusu içerisinde bu dönem henüz Tanrıların ve dinlerin bilinmediği kadar eski devirleri işaret etmektedir<sup>133</sup>. Söz konusu sistemin, modern anlamda hukukun henüz teşekkül etmediği bir dönemde insanların sahip olduğu iptidai bir hukuk olduğu ifade edilebilir. Böyle bir organizasyon

içerisinde tabular ile hukukun özdeş olduğu söylenebilir. Ancak Freud tabularının bu tarihî dönemde sıkışıp kalmadıklarını, nesilden nesle aktararak artık kökenini unutmakla birlikte tabuya ilişkin bilginin aktarıldığını düşünmektedir<sup>134</sup>. Gelenen süreçte tabular ile hukuk sistemi ayrılmış, tabular hukuk sisteminin yanında diğer bir sosyal düzen kuralı olarak<sup>135</sup> varlıklarını sürdürmeye devam etmişlerdir. Bugün hâlen kimi zaman hukuk kurallarıyla örtüşen kimi zamansa farklılaşan şekilde tabuların varlıklarını sürdürdüklerini söylemek mümkündür. Sözelimi insan öldürmek bir suç tipi olarak düzenlenmişken enest ilişki bir suç olarak öngörülmemiş sadece medeni hukuk anlamında evlilik birliğinin kurulmasına engel olarak görülmüştür.

Suçlar ile tabunun ilişkisini açıklamak çalışmamızın kapsamını aşacak derecede ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirir. Ancak tabuların avukatlık mesleğine sirayetini izah etmeden önce suçluların tabu nesnesi hâline gelmesini açıklamak açısından bu noktada birkaç söz söylemek gerekiyor. Esasında devlet ile baba metaforu arasındaki ilişki incelenerek devletin koyduğu kuralların (özellikle devletin

133 FREUD, 2017, s. 54.

134 FREUD, 2017, s. 69.

135 Tabuların birer sosyal düzen kuralı olduğunu ifade ederken yalnızca epistemolojik olarak bilinebilir kuralardan bahsetmiyoruz, bilinçdışı süreçte bilmeyerek taşıdığımız yargıları da içine koyuyoruz. Bu manada tabuları birer sosyal düzen kuralı olarak ifade etmenin doğruluğu tartışılabilir, ancak bu tartışma çalışmamızın mahiyetini aşacağından burada üzerinde durulmamıştır.

“yapma” demesi olan ceza hukuku kurallarının) ihlâliyle babaya itaatsizlik metaforu üzerinden Freudyen bir okuma yapmak bizce mümkündür<sup>136</sup>. Ancak bunun dışında da yukarıda ifade edildiği gibi hukuk kurallarıyla tabuların örtüşmesi çoğu zaman gerçekleşen bir vakıadır. Psikanaliz literatüründe de “*otorite ya da sosyal baskı nedeniyle yasaklanmış her eylem tabu olarak tanımlanabilir*”<sup>137</sup> kabul edildiğinden hukuk kurallarına aykırı davranışın bir şekilde tabunun ihlâli olarak yorumlanabileceğini söylemek aşırı yorum olmayacaktır<sup>138</sup>.

Freud tabuları incelerken insan bilinçdışında tabulara yönelik bir arzunun mevcudiyetini iddia etmiştir. Freud'un bu tespitine benzer bir tespiti ceza hukukunun kurucu metinlerinden bir tanesi olan Cesare Beccaria'nın “Suçlar ve Cezalar Hakkında” isimli kitabında görüyoruz. Beccaria suçların kökenini toplum sözleşmesi bağlamında incelerken her insanın başkalarını bağlayan ancak kendisini bağlamayan bir sözleşme arzuladığını ifade ediyor<sup>139</sup>. Hukuk kurallarıyla insanlar için meşru alanın çizildiği ancak buna rağmen insan tabiatında meşru alanın

dışına dair bilinçdışı bir arzu olduğunu görüyoruz. Bir gün bir kimse sınırları aşarak gayrimeşru fiili işlediğinde artık o kimse toplumun (esasnda o fiili gerçekleştirmeyi bilinçdışında kendileri de arzulayan) diğer fertleri tarafından bir kıskançlık nesnesi hâline gelecek diğer insanları ayartmakta, dahası suçun işlenebilirliğini diğer insanlara anımsatmaktadır.

Freud cezaların kaynağını da tam olarak burada görmektedir. Tabuyu ihlâl eden kimsenin cezalandırılması suretiyle zahiren kişinin temizlenmesi (kefaret) sağlanmakta böylelikle suçlunun ve toplumun tabudan gelen şeytanî güçlerden arındırılması mümkün kılınmakta, tanrıların gazabı önlenmektedir. Bu niteliğiyle cezanın ritüelistik bir yönü olduğu söylenebilir. Ancak diğer taraftan bilinçdışında kişilerin ayartılmaları ve anımsamaları sona erdirilmekte, cezaların caydırıcı etkisi dolayısıyla toplum düzeni temin edilmektedir. Tüm bunların yanında Freud'a göre bir yandan da ceza toplumun bilinçdışı arzusunu fail üzerinden (ona ceza vasıtasıyla kötülük gerçekleştirerek) tatmin etmesine imkân sağlar<sup>140</sup>.

136 Bu bağlamda kısa bir benzer okuma için bkz. MERKİT, 2016, s. 126-127.

137 RYCROFT, 1989, s. 160.

138 Tabunun süperego ile ilişkisine yukarıda değinmiştik. ÖZCAN süperegonun (dolayısıyla konumuz açısından tabunun) ego üzerinde baskı kurarak toplumsal (yani normatif) olanı egoya dayattığını ifade etmektedir. (ÖZCAN, 2015, s. 99. Aynı doğrultuda benzer fikirler için bkz. MERKİT, 2016, s. 125.)

139 Cesare BECCARIA, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. Sami SELÇUK), İmge Kitabevi, Ankara 2018, s. 28.

140 FREUD, 2017, s. 122.

Toparlamak gerekirse suç ile tabu arasında yakın bir ilişki vardır. Hatta suç işlemenin bizatihi kendisi tabudur. Sözelimi bir insan öldüren suçlu tabuyu ihlâl ederek tabu hâline gelmektedir. Tabuların bulaşıcı etkisi dolayısıyla suçlular cezaevine konularak toplumdan tecrit edilirler, suçlarının cezasını çektikten sonra tahliye edilse bile bu kimselere iş verilmez, kız verilmez, arkadaşlık edilmez, bu kimseler toplumdan dışlanırlar<sup>141</sup>.

### 3.3. Tabunun Avukata Bulaşması ve Avukat Tabusu

Freud'un buraya kadar aktardığımız teorisini şu şekilde yalınlaştırmak mümkündür: Tabu adı verilen ve insanlar tarafından uğursuz sayılarak korkulan birtakım yasaklar vardır. Ancak bir yandan da insanların bu yasaklara yönelik bilinçdışı arzuları mevcuttur. Bir gün bir kimse bu yasağı ihlâl edip tabu olan edimi gerçekleştirdiğinde artık o kimse de tabu hâline gelir. Sözelimi bir insanı öldürmek tabu konusu olan bir fiildir. Bir kimse bir başka kimseyi öldürdüğünde tabuyu ihlâl etmiş olur.

Diğerlerine yasak olan ve yapılmaması gereken fiili yapan kişi de artık tabu hâline gelmiştir. Hem birilerini öldürebilme kudretine sahip olduğunu göstererek diğer insanların kıskançlıklarını üzerine çekmiş hem de uğursuz olanı gerçekleştirerek uğursuz bir kimse olmuştur. Bu sebeptir ki katiller ve diğer suçlular insanların meraklarını celbeder, bu kimseleri tecessüs etmek korkuyla karışık bir haz hissini uyarır. Üstelik tabu bir savaş neticesinde veya bir kanun emrinin ifası kapsamında gerçekleşse de tabu olmaktan çıkmamaktadır. Mesela kanun emrinin ifası bağlamında insan öldürme fiilini gerçekleştiren cellatlar her ne kadar fiilleri hukuken meşru olarak tavsif ediliyorsa da toplum tarafından dışlanan bir meslek grubudur. Tüm bu örnekler Freud'un tabuların aktarımı teorisini delillendiren ve ilkel insanla modern insanın bilinçdışı yönünden özdeşliklerini gösteren pek çok örnekten sadece bir kaçıdır<sup>142</sup>.

Avukatlık da tıpkı cellatlık gibi tabuyla, tabu hâline gelmiş kimselerle

141 Tabu hâline gelmiş kişinin toplum tarafından "damgalanmasıyla" topluma karışmaması ve yeni suçları işlemeye itilmesiyle ilgili kriminoloji teorisi için "Damgalama Teorisi"ne bakılabilir. Kısa bir giriş için bkz. Yasemin İŞIKTAÇ ve Umut KOLOŞ, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 217; Yasemin İŞIKTAÇ, *Adalet Psikolojisi*, Sümer Kitabevi Yayınları, İstanbul 2020, s. 119-120; Yaşar SALİHPAŞAOĞLU ve Dilara Buket DİDİN, *Teorik ve Pratik Hukuk Sosyolojisi*, Lykeion Yayınları, Ankara 2022, s. 125 vd.)

142 Bugün hâlen insanlar devlet başkanlarında ya da önemli kimselerde (veyahut da bir suçluda örneğin bir katilde) bir çeşit doğaüstü kudretin mevcut olduğuna dahası bu kudretin bulaştığına bilinçli yahut bilinçsiz şekilde inanırlar. Bu sebeple bir devlet yöneticisinin eşyalarına kimsenin görmeyeceği bilinse bile dokunulmaya çekinilir, doğaüstü bir kudretin (mananın) bu eşyalara sindiği hissiyatı oluşur ya da elleri kelepçeli bir kimsenin küçük bir çocuğu okşamasına izin verilmez, bir şekilde o kimsenin dokunmasıyla şeytani gücün küçük çocuğa bulaştıracağından korkulur.

ilişki içerisinde olan bir meslektir. Her şeyden önce avukatlar tabuyu ihlâl ettiği iddia edilen kimseleri(n haklarını) müdafaa etmektedirler. Böyle olunca yargılamanın diyalektiği içerisinde iddia ve yargı makamının dışında savunma makamında yani tabu hâline gelmiş kimse ile aynı makam içerisinde bulurlar. Öyleyse Freud'un tabunun aktarımına dayalı teorisinden yola çıkılarak tabu hâline gelmiş kimse ile ilişki içerisinde olan ve yargılamada onun haklarını müdafaa eden avukatın da tabu hâline geldiğini düşünebiliriz. Gerçekten de avukatlar mesleklerini icra edebilmek için suçlu veya suçlu olduğu iddia edilen kimselerle teşrikimesai içerisinde girmektedirler. Savunmanın etkili yapılabilmesi için avukat ile (toplum nezdinde suçlu, tabu hâline gelmiş olan) müvekkili arasında birtakım sır paylaşımlarını da ihtiva edebilecek şekilde özel bir ilişki gelişir. Dışarıya kapalı olan bu ilişki suçluya bulaşmış olan tabunun avukata da bulaşmasına sebebiyet verir. Böylece nasıl ki suçlu tabuyu anımsatarak tabu hâline gelmekteyse avukat da tabu hâline gelmiş olan suçluyu anımsatmakta ve böylece tabu hâline gelmektedir.

Gerçekten de avukatlar “avukat taraf değildir” demekte, avukatlık kanunu ve avukatlık meslek kuralları da bunu tasdiklemekte ve hatta zorun-

lu tutmakta olduğu hâlde avukatların çoğu zaman taraf gibi addedildikleri bir vakıadır. Toplumun önemli bir kesiminin “suçluları savunduğu” gerekçesiyle avukatlık mesleğine karşı önyargıyla yaklaştığı bilinen bir gerçektir<sup>143</sup>. Avukat -aslında böyle olmasa bile halk nezdinde- suçlunun ceza almaması için çalışan bir kimsedir<sup>144</sup>. Suçlu tabuyu ihlâl eden bir kimse olarak uğursuz, bir nevi şeytanî varlıktır. Böyle olunca cezadan kurtulmak için her türlü hileye (yani başka tabuları ihlâl etmeye de) başvurabilir. Suçlunun avukatı da bu hileleri temin eden kimse olarak suçlunun işbirlikçisi ve hileci olmalıdır, öyle ya tabuyu ihlâl ederek tabu hâline gelen kişiyi savunmaktadır. Avukatlara atılan “kanunları arkadan dolanan” töhmetinin ardında bu nevi bir bilinçdışı süreç olabilir. Avukatın tabu olmasının sebebi bununla sınırlı değildir. Avukat, suçlunun ceza almamasını temin ederek esasında tabunun ihlâl edilebilirliğine de katkı sağlar. Zira avukat tabunun ihlâlinin cezasız kalmasına sebebiyet verir, böylece toplumun üzerinde uğursuzluk giderilemez ve toplum lanetlenir. Tabu hakkında yukarıdaki bilgiler hatırlanacak olursa tabu çiğnendikten sonra artık adeta tanrılara kurban verilmeli, bu suçtan temizlenilmelidir. Aksi hâlde o katil herkese cinayet işleme edimini

143 BAŞBÜYÜK, 2013, s. 1340.

144 Burada suçlu diyoruz çünkü halk nezdinde masumiyet karinesinin de mevcut olduğunu söylemek oldukça güçtür. “Neden tutuklandı, demek ki bir suçu var!” çok bilinen bir klişedir.



anımsatacaktır ve böylece “hastalığını” (tabuyu) herkese bulaştıracaktır. Üstelik bir de suçlu cezalandırılarak toplumun kıskançlığa dayanan içgüdüğü bastırılacaktır. Ancak buna rağmen avukat araya girerek içgüdüünün bastırılmasına, suçun temizlenmesine engel olmaktadır. Tüm bu ifade ettiklerimizi düşünürken gözden kaçırılması gereken husus sıradan vatandaşın mahkeme, yargılama, masumiyet karnesi gibi kavramlara günlük yaşam içerisinde oldukça uzak olduğu, mahkemeye düşmeyi bile olumsuz bir durum olarak addettikleri, üstüne üstlük sıradan vatandaşların cinayet, hırsızlık, tecavüz gibi fiilleri çevrelerinde görmedikleri ve kendilerine çok uzak addettikleri akıldan çıkartılmamalıdır. Tüm bu süreç sürekli bu kavramlarla iştiligal hâlinde olan avukatların tabu hâline gelmesine sebebiyet veriyor olabilir.

## SONUÇ

Avukatlık mesleği, tarihi kökleri Antik Yunan’a ve Roma’ya kadar uzanan bir meslektir. İlk zamanlar bir onur mesleği olarak seçkin kişiler tarafından ve herhangi bir ücret alınmadan yapılan bu uğraş zamanla belirli bir ücret karşılığında yapılan bir mesleğe dönüşmüştür. Bugün itibarıyla avukatlık, yargılama diyalektiği içerisinde savunma makamında yer alan bir yargı makamı aynı zamanda da kamu hizmeti yürüten bir serbest

meslek olarak avukatlık kanununda kendisine yer bulmuştur.

Bir onur mesleği olarak ortaya çıkan avukatlık tarihin çeşitli dönemlerinde ve birbirinden farklı coğrafyalarda genellikle ortak bir olumsuz imajın muhatabı olmuştur. Avukatlığa yönelen bu kötü imajın İncil’e kadar uzandığını, Shakespeare ve Thomas More gibi ünlü yazarların metinlerinde kendisine yer bulduğunu görüyoruz. Popüler kültürün lokomotifleri olan sinema filmlerinde de avukatların kötü karakterli kişiler olarak olumsuz tasvirlerine yer verildiği görülmektedir. Bu kötü imaj yapılan saha araştırmalarında da ortaya çıkmaktadır. Halkın zihin dünyasında avukatlar yalancı, paragöz, kamu çıkarını gözetmeyen, yasaları arkadan dolanan bir karakterdedir. Yapılan araştırmalar bu imajın arkasında çeşitli sebepler olduğunu ortaya koymuştur: Avukatlık mesleğini kötü temsil eden meslek mensupları, popüler kültürün olumsuz etkisi, avukatlığın pahalı bir meslek olması veya avukatların servet sahibi olmaları gibi pek çok sebep önceki çalışmalarda ortaya konulmuştur.

Avukatlara yönelen kötü algının izahında bugüne kadar ortaya konulan sebepler bizce avukatlık mesleğinin neden birbirinden farklı çağlarda ve birbirinden bağımsız coğrafyalarda aynı kötü imaja sahip olduğunu açıklamaya yetmemektedir. Öyleyse soru-

nu tasvirin sahibi olan halkta aramak gerekebilir. Çalışmamızda söz konusu inceleme yapılırken Freud'un tabuların aktarımı teorisi bir araç olarak kullanılmıştır. Psikanalizin kurucusu olarak kabul edilen Sigmund Freud insan eylemlerinin tamamının bilinçli saiklere dayanmadığını, bir kısım insan eylemlerinin de bilinçdışı süreçlerin etkisiyle ortaya çıktığını iddia etmektedir. Çalışmamızda Freud'un zihin teorisine dair kısa bir tanıtıma yer verildikten sonra hemen tabularla ilgili fikirleri incelenmiştir. Freud'a göre tabular temeli çok eski tarihlere dayanan kaynağı unutulmuş yasaklardır. Geline süreçte artık nedeni ve niçini dikkate alınmaksızın tabulara uyulur ve uymamaya metafizik anlamlar yüklenir. Ayrıntısı çalışmamızda açıklandığı üzere Freud'a göre tabular bulaşıcı bir hüviyete sahiptir ve tabuyu ihlâl eden kimse de tabu hâline gelir.

Freud tabuların bulaşıcı hüviyetine örnek verirken pek çok örneğinin yanında cellatlara yönelik kötü algının arkasında tabuların aktarımına dayalı bir sürecin yaşandığını göstermektedir. Avukatlara yönelen kötü algının da benzer bir sürece dayandığı iddiasında olarak öncelikle suç işleyen kimselerin nasıl ve neden tabu hâline geldiğini önceki bölümlere de müracaat etmek suretiyle ortaya koyduk. Bu bölümde ayrıca tabuların suç ve ceza ile ilişki-

sine dair kısa açıklamalara da yer verdik. Bunun akabinde son bölümde suç işleyerek tabu hâline gelen suçluyla yargılama diyalektiğinde aynı makamda bulunan, mesleğini icra edebilmek için suçlu veya suçlu olduğu iddia edilen kimselerle teşrikimesai içerisinde olan, savunmanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için yine bu kimseler ile sır paylaşımı içerisinde giren avukatların mesleklerinin gereği olarak tabuya dokunduklarını böylece bu yakın ilişkinin tabunun avukatlara sirayetinde sebebiyet verdiği ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Biz bu incelemeyi yaparken alanımızın sınırlarını zorladığımızın, sosyoloji ve psikoloji bilimin alanına çok yaklaştığımızın farkındayız. Ancak hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanının çalışma sahalarından bir tanesi de bir yargılama süjesi olan avukata yönelik sosyolojik algının tespiti ve iyileştirilmesi olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de avukatlık mesleğinin itibarı ile hukuka duyulan güven arasında doğru orantılı bir ilişki vardır<sup>145</sup>. Avukatların yalancılıkla itham edildiği, yasaları arkadan dolanabilen kimseler olarak algılandığı bir zeminde hukuka olan güvenin sağlıklı bir şekilde tesis edilmesi de mümkün değildir. Çalışmamızın öncelikli amacı sosyoloji, psikoloji ve sosyal psikoloji alanında çalışan araştırmacıları avukatlara

145 "Adalet gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir, aynı zamanda adaletin gerçekleştiği görünmelidir de." (SLOVITER, 1988, s. 182.)

yönelen algının üzerine düşünmeye teşvik etmektir. Bugün itibarıyla meslekler sosyolojisi üzerine ve özellikle hukuk meslekleri özelinde araştırmalarda mütevazı de olsa bir artış söz konusudur<sup>146</sup>. Bu Freud'un fikirlerine dayanan ancak bir yönüyle de spekülasyon olan çalışma ile biz alandaki araştırmacıların dikkatlerini toplumdaki avukat algısı üzerine çekmek istiyoruz.

Çalışmamızın nihai hedefi avukatlara yönelik sözlü veya fizikî şiddetin sona ermesidir. Bu maksatla avukatlara yönelik kötü algının sebeplerinin araştırılmasını en azından sorunun teşhisi adına önemli görüyoruz. Gelecek çalışmalardan beklentimiz teorimizin eleştirilmesi böylelikle avukatlara yönelik kötü algının sebeplerinin ortaya çıkartılmasıdır. Bunun ardından avukatlara yönelik algının iyileştirilmesi mümkünse ne gibi yöntemlere başvurulabileceği şayet mümkün değilse bunun tespiti ile avukatların kötü algıdan maddî ve manevî olarak en az etkilenmeleri için ne gibi bir düzenlemenin yapılacağı araştırmacılar tarafından tartışılabilir.

## KAYNAKÇA

- ALTHUSSER, Louis: “Freud ve Lacan”, *Freud'dan Lacan'a Psikanaliz* içinde, (Editör: Saffet Murat TURA), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996.
- ASIMOW, Michael: “Bad Lawyers in the Movies”, *Nova Law Review*, Cilt 24 (1999), Sayı 1, s. 533-594.
- BAŞ, Burcu: “Osmanlı Devleti'nde Cellatlar ve Cellat Ocağı”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, (2021), Sayı 50, s. 55-80.
- BAŞBÜYÜK, İsa: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19 (2013), Sayı 2, s. 1339-1372.
- BECCARIA, Cesare: *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. Sami SELÇUK), İmge Kitabevi, Ankara 2018.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- BRENNER, Charles: *Psikanaliz: Temel Kavramlar*, (çev. Işık SAVAŞIR, Yusuf SAVAŞIR), HYB Yayıncılık, Ankara 1998.
- ELLIOTT, Anthony: *Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş*, (çev. İbrahim YILDIZ vd.), Dipnot Yayınları, Ankara 2017.
- EREM, Faruk: “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 48 (1990), Sayı 2, s. 206-214.
- FREUD, Sigmund: *Haz İlkesinin Ötesinde: Ben ve İd*, (çev. Ali BABAOĞLU), Metis Yayınları, İstanbul 2011.
- ———: *Kitle Psikolojisi*, Bozak Yayınları, İstanbul 1975.

<sup>146</sup> KOYTAK, 2020, s. 4. Ayrıca eleştirisi için bkz. KOYTAK, 2020, s. 19.

- ———: *Totem ve Tabu*, (çev. Kamuran ŞİPAL), Say Yayınları, İstanbul 2017.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67 (2009), Sayı 2, s. 151-156.
- GROSS, Leonard E.: “The Public Hates Lawyers: Why Should We Care?”, *Seton Hall Law Review*, Cilt 29 (1999), Sayı 4, s. 1405-1460.
- HENGSTLER, Gary A.: “Vox Populi - The Public Perception of Lawyers: ABA Poll”, *ABA Journal*, Cilt 79 (1993), Sayı 9, s. 60-65.
- IŞIKTAÇ, Yasemin, KOLOŞ, Umut: *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Adalet Psikolojisi*, Sümer Kitabevi Yayınları, İstanbul 2020.
- KOYTAK, Elyesa: “Meslek Sosyolojisinde Teorik Yaklaşımlar”, *Journal of Economy Culture and Society*, (2020), Sayı Special Issue: Occupations and Professions Meslekler Özel Sayısı, s. 1-27.
- ———: “Richard L. Abel, Ole Hammerslev, Hilary Sommerlad & Ulrike Schultz (Ed.), *Lawyers in 21st-century societies*. Vol. 1: National reports, Oxford: Hart Publishing, 2020, 976 s.”, *İnsan ve Toplum*, Cilt 11 (2021), Sayı 4, s. 253-259.
- *Kutsal Kitap: Tevrat, Zebur, İncil Yeni Çeviri*, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul 2014.
- LASSON, Kenneth: “Lawyering Askew: Excesses in the Pursuit of Fees and Justice”, *All Faculty Scholarship*, Cilt 74 (1994), S. 11 s.723-775.
- LINCOLN, Abraham: *Collected Works of Abraham Lincoln. Volume 2.*, NJ: Rutgers University Press, New Brunswick 1953.
- MARCUSE, Herbert: *Eros ve Uygarlık: Freud Üzerine Felsefî Bir İnceleme*, (çev. Aziz YARDIMLI), İdea Yayınevi, İstanbul 1998.
- MERKİT, Nuriye: “Sigmund Freud’da Uygarlığın Temel Dinamikleri ve Birey Üzerindeki Etkisi”, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, (2016), Sayı 21, s. 123-140.
- MİNDES, Marvin W., ACOCK Alan C.: “Trickster, Hero, Helper: A Report on the Lawyer Image”, *American Bar Foundation Research Journal*, Cilt 7 (1982), Sayı 1, s. 177-233.
- MORE, Thomas: *Utopia*, (çev. Sabahattin EYUBOĞLU, Vedat GÜNYOL, Mina URGAN), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2013.
- NİŞANYAN, Sevan: *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, Everest, İstanbul 2012.
- OĞUZ GÜNER, Yasemin: “Kültürel Miras Olarak Kan Sembolü”, *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7 (2019), Sayı 16, s. 814-835.
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik: *Hukuk Sosyolojisine Giriş, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2015.
- ÖZTATAR, Hakan: “Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları”, Malatya İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bilim Uzmanlığı Tezi, 2011.
- POST, Robert C.: “On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass”, *California Law Review*, Cilt 75 (1978), Sayı 1, s. 379-389.
- RYCROFT, Charles: *Psikanaliz Sözlüğü*, (çev. M. Sağman KAYATEKİN) Ara Yayıncılık, İstanbul 1989.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, DİDİN, Dilara Buket: *Teorik ve Pratik Hukuk Sosyolojisi*, Lykeion Yayınları, Ankara 2022.
- SHAKESPEARE, William: *Kral VI*.

*Henry - II*, (çev. Özdemir NUTKU),  
Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları,  
İstanbul 2015.

- SILVER, Charles, CROSS, Frank B.:  
“What’s Not to like about Being a  
Lawyer?”, *The Yale Law Journal*, Cilt 109  
(2000), Sayı 6, s. 1443-1503.
- SLOVITER, Dolores K: “Perceptions  
of the Legal Profession”, *Western New  
England Law Review*, Cilt 10 (1988), Sayı  
1, s. 175-182.
- STRACHEY, James: “Sigmund Freud’un  
Yaşamı ve Düşünceleri”, *Düşlerin Yorumu  
I* içinde, (Editör: Sigmund Freud, çev.  
Emre KAPDIN), Payel Yayınları, İstanbul  
1996, s. 15-26.
- TANSLEY, Arthur George: “Sigmund  
Freud 1856—1939”, *Obituary Notices of  
Fellows of the Royal Society*, Cilt 3 (1941),  
Sayı 9, s. 247-275.
- TANYU, Hikmet: “Totem, Totemizm ve  
Tabu Üzerinde Yeni Araştırmalar”, *Ankara  
Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*,  
Cilt 26 (1984), Sayı 1, s. 1.
- TUZCUOĞLU, Necla: “Psikanaliz Kuramı  
ve Özellikleri”, *Marmara Üniversitesi  
Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri  
Dergisi*, Cilt 7 (1995), Sayı 7, s. 275-285.
- URGAN, Mine: “Thomas More’un Yaşamı  
ve Utopia’nın İncelenmesi”, *Utopia* içinde,  
Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları,  
İstanbul 2013, s. 109-244.
- YILMAZ, Ejder: “Bir Meslek Olarak  
Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, *Ankara  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt  
44 (1995), Sayı 1, s. 193-208.

# Bernard Edelman'ın Hukuk Anlayışı

Emre ŞİMŞEK<sup>1</sup>

## Özet

Bernard Edelman'ın hukuk teorisi, Marksist hukuk anlayışına kendi dönemine kadar olan düşünce akışından farklı yaklaşım sağlamaktadır. Edelman, Pashukanis etkisinde kuramını hukuk öznesi, telif hukuku ve sınıfların öznelikleri üzerine kurmaktadır. Teorisyenin hukuk anlayışında, özellikle Marksizmin Althusserci yorumlanışının etkileri görülmektedir. Bu etki hukukun ideolojik yönünün büyük özne olarak değerlendirilmesinde kendisine yer bulmaktadır. Büyük özne, küçük özne olan hukuk öznesini yönlendirmesine ve çift katmanlı bir ayna işlevi görerek onun mevcut hukuk teorisi içerisinde şekillenmesine sebebiyet vermektedir. Esasında bu durum Edelman'ın argümanlarında sermayenin, metanın ve hukukun karşılıklı etkileşimleriyle hak tanımları ve hak sınıflandırılmasının izleğinde analiz edilmektedir. Bu durum Edelman tarafından Fransız hukuk literatüründe fotoğraf sanatının icrai alanı üzerinden değerlendirilerek, telif hukukuna ilişkin öznellik alanının gelişimleri ele alınmakta ve hukukun sermaye ilişkisi gösterilmeye çalışılmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Bernard Edelman, Marksist hukuk teorisi, sermaye hukuk ilişkisi, telif hukuku, hukuk öznesi

## GİRİŞ

Fransız Marksist hukuk teorisye-ni Bernard Edelman esasen Fransız bir hukukçu olmasına karşın, zaman zaman Amerikan hukuk doktrini ve Amerikan fikri mülkiyet hakları üzerine görüşlerine çalışmalarında yer vermektedir. Örneğin bu çalışmalarından bazılarında, Edgar Rice Burroughs'un *Tarzan*'ı ve Charles Schultz'un *Snoopy*'sinin Fransız pornografik versiyonunu içeren davalardan kaynaklanan intihal ve taklit konularını tartışmıştır. Edelman'ın esere, eseri dile getiren özneye ve bu özneyi dile getiren söylemlere yönelik postyapısalcı (Louis Althusser ve Michel Foucault'nun argümanlarının da etkisiyle) fikri mülkiyet haklarına ilişkin ilgisi düşünüldüğünde, bu hakların elde edilmesi ve hukuki özneliğin tanımlanışında özellikle Fransız hukukundaki fotoğraf ve sinema haklarının mülkiyetine odaklanmasıyla kendisine bu alanda büyük bir yer edinmiştir.<sup>2</sup> Bu konu özelinde, özellikle Edelman'ın düşünceleri yalnızca

1 Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, E-posta: emrevsimsek@gmail.com

2 Jane M. Gaines, *Contested Culture : The Image, the Voice, and the Law Cultural Studies of the United States*, University of North Carolina Press, London, 1991, s. 1-3.

fikri mülkiyet doktrininde değil, aynı zamanda çağdaş söylem teorilerini gerekçeli olarak hukukun içerisinde yorumlaması açısından özgül bir karakter barındırmaktadır. Bu bağlamda Edelman, postyapısalcı bir dil “oyunu” tarzını hukuk teorisine aktarmaktadır.

Sovyet hukuk kuramcısı E. B. Pashukanis burjuva hukuku kuramsallaştırması ortaya koyarak nasıl bir Marksist hukuk kuramı olabileceği veya olmaması gerekliliği üzerine düşüncelerini aktarmaktadır. Pashukanis’in hukuk teorisi, tüm hukuki alanı topluluk yerine birey odaklı olarak ele almakta, mülkiyet haklarının sahibi olarak hukuki öznenin ekseninde örgütlendiği bir anlayış ortaya koymaktadır.<sup>3</sup> Paul Hirst’ün yorumlayışıyla, Pashukanis’in çalışmasının eksenlerinden birisi, “hak” tanımını evrensel bir şekilde ele almak yerine tarihsel olarak belirli bir “burjuva hakkı” olarak görmek açısından sağladığı çerçevedir. Pashukanis, “kamusal alanda bir kategori olarak ‘hak’ın geçerliliğine meydan okumayı” da temellendirme alanı olarak karşımıza çıkarmaktadır.<sup>4</sup> Pashukanis’in hukuki ilişkiler yaklaşımı, “hukuk teorisinin atomu, en basit,

indirgenemez unsuru” olan özne-birey ile başlamaktadır.<sup>5</sup> Bu açıdan özne iki temel özelliği haizdir: hakları vardır ve mülk sahibi olabilir. Pashukanis’in hukuk teorisinin en özgün olduğu nokta, sözleşme teorilerinden Hegelci temele getirdiği eleştiridir. Marx’ın değer teorisine paralel olarak, Pashukanis’in “hukukun meta mübadelesi teorisi”, meta üretimi teorisinin üzerinden okunması nedeniyle tanıdık bir yerdedir.<sup>6</sup> Pashukanis, mülkiyetin, mal sahiplerinin metaları (ister emek ister mal olsun) mübadele etme ihtiyacından doğduğunu savunmaktadır. Yasal biçim, meta biçimini belirlemez; meta biçimi yasal biçimi belirler:

“Hukuki anlamda mülkiyet, insanlar birbirlerine bu hukuki ehliyetle yatırım yapmak istedikleri için değil, metaları ancak mülk sahibi kılığında mübadele edebildikleri için ortaya çıkmıştır. Nesnelere üzerindeki sınırsız tasarruf gücü, sınırsız meta dolaşımının yansımalarından başka bir şey değildir.”<sup>7</sup>

Meta mübadelesi yapan iki mülk sahibi arasındaki bu simetrik ilişki, “meta sahiplerinin isteklerinin birbiriyle yarı yolda buluştuğu” sözleşmenin temelidir.<sup>8</sup> Sözleşme, iki bağımsız

3 Hugh Collings, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Newyork, 1982, s. 109-110.

4 Paul Q. Hirst, *Law, Socialism, and Democracy*, Routledge Library Editions: Political Science, Newyork, 2010, s. 56.

5 Evgeny B. Pasukanis, *Genel Devlet Teorisi ve Marksizm*, Çev.: Onur Karahanoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 108-110.

6 Gaines, *Contested Culture...*, s. 20.

7 Pasukanis, *Genel Devlet Teorisi ve Marksizm*, s. 124-125.

8 Karl Marx, *Kapital*, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 280.



Hegselci “iradenin” eşit olarak ölçüldüğü yerdir. Özgür iradeye sahip iki meta sahibinin mübadeleye girmesi dışında her şeye kör olan sözleşme hukuku, sözleşme ilişkisine giren eşit olmayan kişilere eşit muamelesi yapar. Sözleşme hukukunun görünürdeki simetrisi aslında eşitsizliği teşvik etmektedir.<sup>9</sup>

Eleştirel hukuk çalışmaları akademisyenlerinin Pashukanis'e itiraz ettikleri nokta, meta biçimi ve hukuki biçimi tam anlamıyla bir arada değerlendirmesidir. Öyle ki bu örtüşürme, ekonomik ve hukuki olan arasındaki önemli farkları görmeye olanak sağlamamaktadır. Eleştirel hukukçular, hukuk ve üretim biçiminin eşanlamlı ve birbirinin yerine kullanılabilir olmadıklarına vurgu yapmaktadırlar. Bu önemli tespit haricinde, Pashukanis'in sözleşme ilişkilerine yönelik eleştirisi, iki temelden hareketle eleştirel hukuk çalışmalarının sözleşme yorumlarına yakın görünmektedir. İlk olarak, eleştirel hukuk çalışmaları da sözleşmenin her türlü eşitsizliği, adaletsizliği ve çelişkiyi maskeleyişini savunmaktadır.<sup>10</sup> İkinci olarak, Edelman ve eleştirel hukuk çalışmalarında görüldüğü kadarı-

la Pashukanis için de sözleşme, hukuki soyutlamanın hukuk deneyimimize dönüştüğü yer olarak karşımıza çıkmaktadır. Pashukanis'in “Sözleşmenin dışında, özne ve irade kavramları hukuki anlamda sadece cansız soyutlamalar olarak var olurlar. Bu kavramlar ilk olarak sözleşmede hayat bulur.”<sup>11</sup> açıklaması bu anlayışla paralellik göstermektedir.

## Bernard Edelman'ın Hukuk Öznesi Yaklaşımı ve Yapısalcılık İlişkisi Üzerine

### a. Hukuk Öznesi

Edelman'ın hukuk öznesi görüşünde, hukuki söylemde yer alan ideolojinin konumlanması gereği “büyük özne” ve “küçük özne” olarak bir ayırım oluştuğu görülmektedir.<sup>12</sup> Büyük özne ve küçük özne arasında, söylemsel olarak birbirini etkileme ve emir-komuta ilişkisi gibi bir ağ bulunmaktadır. Bu açıdan, Edelman'ın ideoloji kavramına yaklaşımında hukukun konumlanması iki katmanlı bir yansıtıcı<sup>13</sup> olarak belirtilmektedir.<sup>14</sup> Bu iki katmanlı yansıtıcı, birbirini besleyen ve birbiriyle bağlantı içerisinde olan bir anlama karşı-

9 Gaines, *Contested Culture...*, s. 21-22.

10 Gaines, *Contested Culture...*, s. 22-23.

11 Pasukanis, *Genel Devlet Teorisi ve Marksizm*, s. 121.

12 Ali Murat Özdemir, “Hukukun Krizi: Günümüz Türkiye'sinde İktidar ve Şiddet”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 3, 2010, s. 53.

13 Orijinal metinde “Doubly Speculary” olarak ele alınan kavram bu şekilde çevrilmiştir.

14 Bernard Edelman, *Ownership of the Image- Elements for a Marxist Theory of Law*, Routledge & Kegan Paul First Edition, 1979, s. 32.

lık gelecek biçimde kullanılmaktadır. Büyük özneyle anlatılmak istenen şey kısaca hukuki ideolojidir, küçük özne ise hukuk öznesi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>15</sup> Bu açıdan değerlendirildiğinde, büyük öznenin buyruğuyla hareket eden bir hukuki özne yapısı mevcuttur. Ancak hukuk ideolojisi, direkt olarak bir özne tanımı gerçekleştirmez. Özneyi, sahip olan/mülkiyeti haiz bir şey olarak inşa eder.<sup>16</sup> Bu noktada hukukun kendisini var etme mekanizması Pashukanis düşüncesinde olduğu gibi meta mübadelesi ve kapitalizm ekseninde anlatılır; ancak Edelman'ın Pashukanis'ten özne itibarıyla ayrılığı, mevcut meta mübadelesi ilişkilerine göre hukuki ilişkilerin gerçeğin çarpıtılmasından ziyade daha çok mevcut hukuk, özneleri ve deneyimleri inşa eden bir toplumsal ilişkiler ağının parçası olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>17</sup> Böylece hukuki özne de inşa edilen bu ağ içerisinde kendisine yer bulmaktadır. Edelman'nın teorisinde yer alan farklı tipte özne kategorilerinin gerçek tarihsel bireyler tarafından doldurulmasının zorunlu olmadığı açıkça ifade edilmektedir:

“Böylece bu kategorilerin canlandırılması göreceğiz. İş sözleşmelerini imzaladıklarını ve yasadışı grevler için verilen mahkûmiyet kararlarını haklı çıkardıklarını göreceğiz. Üretim ilişkilerinin gerekli kurallarını uyguladıklarını göreceğiz.”<sup>18</sup>

Fakat öncelikle üzerinde durulması gereken soru işaretlerinden bir tanesi “Sözleşmeyi imzalayan ‘onlar’ kimdir?” ‘Onlar’ “kategorileri” mi yoksa kişileri mi ifade etmektedir ve aradaki fark nasıl kavranabilecektir?<sup>19</sup> Yasal sözleşme, bizi birbirimizle tamamen yeni bir ilişki içine yerleştiren bir kültür metnidir. Bu nedenle hukukun içerisinde hayat bulan bu “özne”nin neye karşılık geldiği belirlenmelidir.<sup>20</sup>

“Özne” terimini, sınırlarıyla örtüşüyor gibi görünen diğer kavramlardan kesin bir şekilde ayırmak oldukça zordur. Birey, insan, ego, kişi, yazar bir öznellik hali olarak görülebilecektir. Bu birbirine zıt gibi görünen ve birbiri içine geçmiş olan karmaşa felsefe geleneğinde hukuk öznesinin tarihsel ve karşılaştırmalı konumlandırılması açısından önemlidir. Öznellik esasında, gelişimsel ve dönüşen özel-

15 Roger Cotterrell, “Conceptualizing law: problems and prospects of contemporary legal theory”, *Economy and Society* 10 (3), 1981, s. 348-366.

16 Özdemir, “Hukukun Krizi”, s. 54.

17 Özdemir, “Hukukun Krizi”, s. 54

18 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 33.

19 Gaines, *Contested Culture...*, s. 23.

20 David F. Greenberh ve Nancy E. Anderson, “From Substance to Form: the Legal Theories of Pashukanis and Edelman”, *Social Text*, No. 7, Spring - Summer, 1983, s. 80.

likleri barındırması bakımından malik olmanın ve konuşan “ben”in dünyayla ilişkisinde merkezileştirdiğini ifade etmektedir. Özgür ve eşit özneler, yasal-dilbilgisel bir “ben”in güvenli bakış açısından mal ve fikir alışverişinde bulunurlar. Edelman, Pashukanis’i izleyerek, burjuva hukukunun “hukuktaki özne” etrafında örgütlendiği önermesinden yola çıkmaktadır. Kendisine sahip olması sayesinde (öznellik), haklara sahip olan ve mülk sahibi olabilen bu özne, yine Pashukanis’ten alıntılanacak olursa, bu hukukun “en basit ve en eksiksiz” unsurudur.<sup>21</sup> Edelman’ın “özne” kavramını kullanırken bunun kategorik olarak algılanması gerekliliğine dair Pashukanis’ten farklılığı öznenin türüne göre değerlendirilmesini gerektirmektedir.

## 1.2. Edelman’da Yapısalcılık Etkisi

Öznenin bulunduğu her alanda yer alan söylem bir başka öznenin dolayımından geçtiğinde, yorumlamayı da beraberinde getirmektedir. Bu durum hukuk açısından ve diğer sosyal bilim alanlarında farklı özellikler göstermektedir. Bu bağlamda hukuki söylemin etkililiğinin, örneğin edebi yorumlama ve dil bilgisinden farklı bir düzende olduğu varsayılmaktadır. Bu

durum, hukuki söylemin yorumlanmasının gerçek sonuçları/yaptırımları olduğu kaygısına karşılık gelmektedir. Örneğin, suçluluk, sosyal ve ekonomik eşitlik ve hatta yaşam ve ölüm gibi tanımlamalar çeşitli mevzuatlarca hüküm altına alınarak ilgili makamlarca ortaya koyulan hukuki yorum meselesidir. Edelman’ın teorisi, Pashukanis ve Fransız Marksist teorisyen Louis Althusser’in birlikte yorumlanması olarak görülebilecektir.<sup>22</sup> Edelman yalnızca Althusser’in “İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları”<sup>23</sup> (DİA) kitabına değil, ayrıca Althusser’in özne kategorisini ortaya koyanın burjuva ideolojisinin yanı sıra yasal ideoloji olduğuna dair önerisine başvurularda bulunmaktadır. Althusser’in hukuki özneye dair bir vurgu içeren alıntısında, öznenin tarihsel özgüllüğü gibi tartışmalı bir sorunu da ortaya koymaktadır:

“..Burjuva ideolojisi, özellikle de hukuk ideolojisinin yükselişyle birlikte yalnızca bu isim altında (özne) ortaya çıksa dahi, özne kategorisi, belirlenimi ne olursa olsun (bölgesel ya da sınıfsal) ve ideolojinin tarihi olmadığı için tarihsel arka planı ne olursa olsun, tüm ideolojilerin kurucu kategorisidir.”<sup>24</sup>

Althusser ilgili eserde devam eden dipnotta da “ideolojik bir kavram ya-

21 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 194-195.

22 Cotterrell, “Conceptualizing law...”, s. 360-361.

23 Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

24 Louis Althusser, *Lenin and Philosophy and Other Essays*, Monthly Review Press, Newyork, 1971, s. 170.

ratmak için ‘hukuki özne’nin hukuk kategorisini ödünç aldığı ekler: insan doğası gereği bir öznedir.”<sup>25</sup> Bu tür bir ödünç alma (hukuk ideolojisinden burjuva öznesi ve burjuva ideolojisinden hukuki özne) hem daha geniş özne hem de hukuktaki öznenin özgüllüğü üzerine tartışmayı gerektirmektedir.

Edelman’ın teorisine geri dönecek olunursa, Althusser etkisiyle, tarihteki özne ve özneliğin doğallaştırılması farklı izleklerle anlamlandırılabilir. İlk olarak tarihteki özne sorunu insanın “doğası gereği” nasıl bir özne olduğunu akla getirmektedir.<sup>26</sup> Althusser ideolojinin tarihi olmadığını ifade etse de tarihsel olarak ideolojik özne kategorisinin başka isimlerle (Platoncu ruh, Tanrı) anıldığını da ifade etmektedir (bu duruma ek olarak belirlenebilecek çeşitli öznelikleri Romalı özne-yurttaş, Hristiyan ruhu, Kartezyen “ben”, Kantçı aşkın özne ve Freudçu deneysel özne de eklenebilir).<sup>27</sup> Althusser’in genel olarak “İdeoloji” (bazen tüm toplumlarda evrensel olarak etkin olduğunu vurgulamak için büyük harfle yazılır) ile tarihsel olarak belirli “ideolojiler” arasında yaptığı (kültürel çalışmalar için temel olan) ayırım da dikkat çekmektedir. Tarihin belirli bir döneminde batı kültüründeki ideolojik

merkez, kültürel formların birleştiği ve onlar olmadan var olamayacak tutarlılık orijini “insan”a göre eylemdir. Althusser, “İnsan” kategorisine ilişkin, DİA kitabında anlamlandırdığı burjuva özne arasında bir bağlantı kurmasa dahi başka yerlerde bu konuda ve teorik “özne” kategorisi ile bu kategoriye işgal edebilecek tarihsel olarak belirli insanlar arasındaki farklar konusunda açıklamalarda bulunmaktadır.<sup>28</sup>

“İnsan” burjuva ideolojisinin bir mitidir: Marksizm-Leninizm “insan”dan yola çıkamaz. “Ekonomik olarak verili toplumsal dönemden” başlanmaktadır ve analizinin sonunda, “vardığında”, gerçek insanları bulabilir. Dolayısıyla bu ortaya konulan kimşeler, mevcut üretim tarzının toplumsal ilişkilerinden, sınıf ilişkilerinden ve sınıf mücadelesinden yola çıkan bir analizin varış noktasıdır. Bu kimşeler, burjuva ideolojisinin “insan”ından oldukça farklıdır.<sup>29</sup> Bu pasaj, “insan”la başlayan hümanist yaklaşım ve üretim tarzıyla başlayan materyalist analiz arasındaki karşıtlık açısından önem arz etmektedir. Postyapısalcılık, hümanist bireysel eylemlilik mitinin maskesini düşürerek Althusser’in pozisyonunu daha da korunak-

25 Althusser, *Lenin and Philosophy...*, s. 171.

26 Steve Edwards, “‘Beard Patentee’: Daguerreotype Property and Authorship”, *Oxford Art Journal*, Vol. 36 (3), 2013, ss. 369–394.

27 Gaines, *Contested Culture...*, s. 24.

28 Cotterrell, “Conceptualizing law...”, s. 360-362.

29 Althusser, *Essays in Self-Criticism*, s. 129.

lı hale getirmektedir.<sup>30</sup> Hümanistlere göre, dili kendimizi ifade etmek için kullanarak ve eylemlerimizin sonucunu belirleyebilecekmişiz gibi hareket ederek bireysel failer olarak hareket ederiz. Ancak postyapısalcılık, fail olarak hareket etme yeteneğimizin, dilsel kendini ifade etme ve sosyal belirleme için doğuştan gelen herhangi bir kapasiteden değil, bu tür bir fail-özne olarak inşa edildiğimiz gerçeğinden kaynaklandığını söyleyecektir. İnsan failin yerine postyapısalcılık bize inşa edilmiş ve konumlandırılmış özneyi, bir dili “konuşacağı” dilsel ya da ikonik işaretleri seçmeyen ama bunun yerine o dil tarafından “konuşulan” özneyi verir.<sup>31</sup>

### 1.3. Edelman'ın Teorisinde Telif Hakkı

Edelman'ın teorisinde, hukuk öznesinin fotoğrafik yaratma sürecine müdahalesi, olması gerektiği gibidir. Bu durum, Edelman'ın hukuk öznesinin tarihsel olarak fotoğrafik eyleme dahil edilme aşamalarını takip ederken alaycı bir şekilde gözlemlendiği gibi, fotoğrafçı “makineden koparılmış” ve “harekete geçirici öznenin alanına” geri yerleştirilmiştir.<sup>32</sup> Edelman'ın bu

anlatısında “yazar”, “fotoğrafçı”, “yaratıcı” ve “özne” kavramsallaştırmasını ele alırken adeta tüm bu nitelermeleri birbirine eş gibi kaleme almaktadır.

Althusser'in “ideoloji” yaklaşımı bizim aracılığımızla ve genellikle de bizim hevesli iş birliğimizle işlev kazanmaktadır. İdeoloji, bizleri işlevsel olarak kullanarak, kapitalist üretim tarzını yeniden üretmek için üretilmesi gereken toplum türüne ideal özneler “uydurmaktadır”. İdeoloji, Althusser'in ele alış şekliyle “devşirir”; fakat özneleri zorlamamaktadır.<sup>33</sup> Hali hazırda böyle bir zorlamaya gerek yoktur; çünkü bizler özneler olarak kendimizi bu konumda tanımlayarak, var olmanın başka türüsünü görmeyiz ve kendimizi ideolojinin inşa ettiği varoluşun mutlak yarığında tanımlamaya teşne olmuşuzdur.<sup>34</sup> Edelman'ın bu “atanmış” özne kavramına dayanarak ortaya çıkardığı düşünce, kapitalist toplum yapısının hak sahibi, özne-hukukçu konumunu gerektirmesidir. Althusser'in kuramında, öznelere inşasından bazen tek başına ideoloji sorumlu olarak ele alınmaktadır.<sup>35</sup> Bu yaklaşıma, spekülative bir öngörü olarak yaklaşılabilceği gibi aynı za-

30 Edwards, “ ‘Beard Patentee’ :...”, s. 373.

31 Gaines, *Contested Culture...*, s. 25.

32 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 51.

33 “Hukukta bir özne olduğunuz için, (kendinizi) elde etme ve satma yeteneğine sahipsiniz”. Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 32.

34 Gaines, *Contested Culture...*, s. 26.

35 Luiz Eduardo Motta, “Marxism and the Critique of Modern Law: The Limits of the Judicialization of Politics”, *Décalages*, Vol. 2 (3), 2020, ss. 18-20.

manda Edward Palmer Thompson gibi düşünürler Althusser'in yapısalcı temellerinin tarihin oluşumunda insan failerin rolünü reddettiğine dair endişelerini dile getirmişlerdir.<sup>36</sup> Marksist bir ideoloji teorisi için bu yaklaşımlar önemlidir; çünkü Marksist analizin en çarpıcı yönü, ekonomik pratiklerin aşkın bir şekilde yüzen bir üstyapıya göre belirlenimler olarak ayrıcalıklı olmasıdır.<sup>37</sup>

Paul Hirst, öznenin bölünmüş yönünü göz önünde bulundurmanın farklı sonuçlar doğuracağını düşünmektedir.<sup>38</sup> Edelman'ın hukuk öznesi (yapılar tarafından üretilen ve konumunun farkına varamayan) Althusser'deki "psikanalitik" etkiden bir şeyler taşımaktadır; fakat "*Ownership of the Image*" temelinde psikanalitik teoriye dayanan bir argümana sahip değildir. Kendisini Althusser'in genel özne teorisi içinde konumlandırılan Edelman, Hirst'ün "süreçler için destekler (*supports for processes*)" olarak özneler teorisi olarak tanımladığı şeye daha yakın bir tartışma inşa eder. Hirst'ün örneği bir tür sahiplik veya sorumlulukla ilgilidir. Hukuk, öznelenirini, bir mahkemenin tedbir kararı talep etmek ya da başka bir varlığı tazminat için dava etmek gibi yasal eylemlerde

bulunabilecek şekilde konumlandırır. Hukuk, varlıklarını onların haklarını tanıyarak inşa eder ve bu tanıma eyleminde hukuk onları birleşik ve tutarlı olarak görmektedir. Ayrıca hukuki söylem, bu varlıklara çeşitli statüler kazandırır. Hirst'ün özne yaklaşımında dinamik ve güçlü olan taraf hukukun bazı varlıklara (köleler ve ikincil kişiler) özne statüsü vermeyi reddedebilmesi ya da insan olmayan varlıkları yekpare hukuki özneler olarak üretebilmesiyle ilgilidir. Bu şekilde, şirketler, anonim şirketler ve hayvanlar (tröstler aracılığıyla) hukuk öznesi konumunda ele alınabileceklerdir.<sup>39</sup>

Nancy Anderson ve David Greenberg, Edelman'ın "Ownership of the Image" kitabını değerlendirirken, insanların hukuku tam olarak hangi açılardan kullandıklarına ilişkin çeşitli öncüller öne sürmektedirler. Örneğin:

"Özellikle, hukuki ideolojinin kabulü, söz konusu davaya bağlı olarak dengesiz olabilir. İnsanlar işlerini yürütürken hukuku dikkate almazlar. Ancak dikkate aldıklarında da sadece yasayı takip etmekle kalmazlar. Ondan kaçmaya çalışırlar, onu kendi amaçlarına göre bükerek ve ne olduğu ve ne olması gerektiğine dair kendi yorumlarını ileri sürerler. Aynı şekilde, davranışlarını

36 Stuart Hall, "Nine In Defence of Theory [1981]". *Selected Writings on Marxism*, edited by Gregor McLennan, New York, USA: Duke University Press, 2021, pp. 273-281.

37 Cotterrell, "Conceptualizing law...", 358-362.

38 Paul Q. Hirst, "Althusser and the theory of ideology, "Economy and Society", Vol. 5:4, 1976, 385-412.

39 Hirst, "Althusser and the Theory of Ideology," s. 401.

düzenlerken yasaların uygulanma olasılığını da hesaplayabilirler.”<sup>40</sup>

Bu bağlamda, insanların hukuku gündelik yaşamları içerisinde konumlandıkları yer göz önüne alındığında, Edelman'ın ideolojideki hukuki özneyi teorileştirmesiyle ele alışı Pashukanis'ten de etkilenecek, burjuva hukukunun ideolojik “etkisinin” kendilerini “özgür iradeli” gibi düşünerek hareket eden özneler üretimidir.<sup>41</sup> Dolayısıyla, “özgür irade” söylemi direkt olarak bir yanılsamadan ibarettir. Edelman bu duruma ilişkin olarak “Sonunda ilişki özgür iradeye, özel mülkiyetin bireysel özel iradeye dayandığı yanılsamasına gönderme yapar.”<sup>42</sup> Hukukta “ben yaparım” bir “ben yapabilirim”dir. Sözleşme Hegelci bir eylemdir, saf bir irade buluşmasıdır.<sup>43</sup> Anderson ve Greenberg, insanların bir kurgusal alanda bulduklarının farkında olarak, sözleşmelere taraf olduklarını belirtirler ve bu bilme hali, tarafları adil olmayan sözleşmelerin hükümlerinden kaçmanın yollarını aramaya itmektedir.

Sinema ve fotoğraf üzerinden telif ve öznellik meselesine dönecek olursa, Edelman için, öznelerin sinema mekanizmaları tarafından oluşturulduğunu öne sürmenin tehlikesi, teorisinin gerçek sınıf mücadelesini yadsıması ve öznenin konumunun kapsamlı biçimde tespit ediliyor olmasına rağmen mücadelenin hiçbir kazanım yaratmamasıdır.<sup>44</sup> Edelman şu alıntıyla düşüncesini dile getirmektedir: “Başka bir deyişle, kamera/öznenin geri dönüşüne tanık oluyoruz. Artık makine tarafından emilen özne değil, özne haline getirilen makinedir. Makine kendi içinde bir yaratıcı haline gelmiştir.”<sup>45</sup> Edelman'ın hukuki öznellik teorisi ve eleştirel yaklaştığı sinema özneliği, yine de ortaklaşılın Althusserci izleği, ideolojinin döngüselliklerine yönelik eleştirileri ve özne-konumu teorileştirmeleriyle yakından ilişkili değerlendirilebilecektir. Her iki yorumlamada da bir kurum, varsayımsal özneleri öngören “yapısal konumlar” inşa edilmektedir. Sinema kurumsallaşmasının, filmle belirli bir tür etkileşimi organize eden “izleme” durumunu tahayyül etmesi gibi, hukuk kurumu da öznesinin belirli bir oranda

40 Anderson and Greenberg, “From Substance to Form...” s. 82-83.

41 Motta, “Marxism and the Critique of Modern Law...”, s. 18-20.

42 Elizabeth Kingdom, “The protection of law. Introduction to Bernard Edelman: ‘The legalisation of the working class’”, *Economy and Society*, Vol. 9 (1), ss. 44-49.

43 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 23.

44 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 65.

45 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 64-65.



katılımını varsaymaktadır.<sup>46</sup> Edelman düşüncesinde temelde, burjuva hukukunun “iki özne arasındaki zorunlu ilişkiyi varsayması” düşüncesi yer almaktadır.<sup>47</sup> Nitelenen bu durum, meta sahipleri konumunda yer alan ve özgürce sözleşme akdetme hakkına sahip özneye karşılık gelmektedir; ancak bu metayı haiz kimseler, sözleşmeyle hukukten simetrik bir şekilde yapılandırılmışlardır. Söylem ekseninde düşünüldüğündeyse, hukuk ve sinema aynı özneyi varsayar.<sup>48</sup> Bu özne, konuşmakta, gayrimenkul ipoteği almakta ya da bir iş sözleşmesi imzalamakta özgür olduğunu düşünen bir öznedir. Ancak bu özne özgür değildir. Diğer bireylerle antagonistik bir ilişki içerisinde, kültürel yaşamı tekillik ve kendine yetme üzerine kurulmuştur. Bu tekillik duygusu, birey yol kenarındaki bir reklam panosuna, sanat müzesindeki bir resme ya da dergideki bir fotoğrafa baktığında bile her gün pekiştirilir. Burada da tutarlı bir dünya, tekil bir bakış açısı etrafında örgütlenmiştir.<sup>49</sup>

Edelman’ın hukuk öznesi fotoğrafçıyı sorgularken “yaratıcı” (*creator*) ile başlar. Ancak Edelman’ın çalışması, sinema filmi üretimi ve kolektif

üretim bağlamında yapımcıların ve yönetmenlerin hukuki konumunu değerlendirmeyi de gerektirmektedir; çünkü sinema, Edelman’ın on dokuzuncu yüzyılda Fransız hukukunda özne olarak yaratıcıya ilişkin fotoğrafçıdan başlayan genel bakışını yansıtmaktadır. Fransız hukukunda yapımcı şirket, bir zamanlar fotoğraf eseriyle ilgili olarak fotoğrafçının durduğu konumda durabilmektedir. Edelman’a göre bu durum “gerçek yaratıcı öznenin sermaye olduğu” anlamına gelmektedir ve devamında da “Sermaye, müdahale ettiği kişinin ta kendisi haline gelir. Sermaye özne maskesine bürünür, canlanır, konuşur ve sözleşmeler imzalar.”<sup>50</sup> Edelman’ın “Ownership of the Image” eserinde bahsettiği üzere, Fransız hukukunda fotoğrafçının eseri için bir ressamın kiyle aynı hukuki korumanın sağlanıp sağlanamayacağı ilk kez ihtilaf konusu olduğunda Fransa mahkemeleri konuya ilişkin tereddüt etmiştir. Edelman’ın anlatisıyla, “Hukuk bu soru karşısında önce şaşırды ve ilk cevabı ‘karşı çıkma’ (*resistance*) oldu.” Fransız hukuku için en önemli soru, mekanik ürünün içinde insana ait herhangi bir şey olup olmadığının söylenip söylenemeyece-

46 Gaines, *Contested Culture...*, s. 31.

47 Edelman, *Ownership of the Image...*, 32.

48 John Frow, “The subject of law”, *Social Theory and Legal Politics*, Wickham, G., (ed.), Local Consumption Publications, Sydney, 1987, ss. 68-74.

49 Gaines, *Contested Culture...*, s. 32-33.

50 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 57.

ğiydi. Mahkemenin tartışmasında, yazılmış bir eser insan ruhundan bir şeylerle doludur, ancak makine tarafından üretilen bir eser tamamen ‘ruhsuzdur.’<sup>51</sup> Fransız mahkemeleri bu kararın yayınlanmasından kısa bir süre sonra, içtihatlarını aksi yönde değiştirmeye başlamışlardır. Bu açık ihlal, dönemin Fransız bakanı Alphonse Lamartine’in 1840’larda verdiği ifadelerinde dramatik biçimde bir yaklaşımı göstermektedir:

“Fotoğrafçılığın uşaklığı yüzünden, asla bir sanat olamayacak olan ama optik aracılığıyla doğayı aşırıan bu tesadüfi icadı temelden küçümsüyorum. Bir bardağın kâğıt üzerindeki yansımaları bir sanat mıdır? Hayır, bu bir manevrayla anlık olarak yakalanan bir güneş ışınıdır. Ama insan anlayışı nerede? Seçim nerede? Kristalde belki. Ama kesin olan bir şey varsa, o da insanın içinde olmadığıdır.”<sup>52</sup>

Fotoğrafçılığı “doğayı aşırarak” olarak gören Lamartine, sonrasında fotoğrafçılık için “sanattan daha iyi olduğunu; sanatçının güneşle iş birliği yaptığı bir güneş fenomeni olduğunu” beyan etmiştir.<sup>53</sup> Bu düşünce dönüşümünün izleğini takip etmek, esasında özneleşme halinin ne ekseminde değişime uğradığını da açıkça ortaya çıkarmaktadır. On dokuzuncu

yüzyılın ortaları ve sonlarında binlerce Fransızın fotoğraf teknolojileriyle geçimini sağladığı ve Fransa’nın fotoğrafik görüntüler ihraç ettiği anlaşıldıkça, fotoğraf ürününün teliflerine karşı korunması elzem hale gelmiştir. Edelman’ın ele aldığı üzere, “Ruhsuz fotoğrafçı, bir sanatçı ve film yapımcısı, bir yaratıcı olarak inşa edilecektir, çünkü üretim ilişkileri bunu talep edecektir.”<sup>54</sup>

Edelman’ın teorisi için önemli olan, yasanın fotoğraf eserinin telifine ilişkin haklarını koruyabilmesi için, fotoğrafçının (makinenin içinde kaybolan yaratıcı öznenin) hukuk denklemi içerisine yeniden yorumlanarak eklenmesi gerekliliğidir. Sonuçta, mekanik eylemde, fotoğraf makinesi kullanımının “ruhsuz emeğinde” bir ruh bulunmalıdır. Özne fotoğrafa kendinden bir şeyler, “orijinal kavram” olarak adlandırdığımız insanlık ve tikellik kombinasyonunu sağlamaktadır. Bu özgün anlayışla, yaratıcı özne ve deklanşör sayesinde açığa çıkmış olan eseri iç içe geçerek “bölünmez” bir bütünlüğe sahip olacaktır.<sup>55</sup> Fotoğraf makinesinin çevrildiği yer olarak herhangi bir manzara görünümünün özgün bir sanat eserine dönüşme diyalektiğine vurgu

51 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 44.

52 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 45.

53 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 50-51.

54 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 46.

55 Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 44.

yaparken Edelman, “Herkes ait olanı ‘entelektüel’ olarak sahiplenmek için onu yeniden üretmemeliyim, çünkü o zaman herkese ait olanı teşhir etmekten başka bir şey yapmamış olurum, ama onu üretmeliyim” şeklinde durumdan bahsetmektedir.<sup>56</sup> Edelman’ın eleştirisinin de tanıklık ettiği gibi, fotoğraf makinesinden önce gerçek dünyanın basitçe bir makine tarafından geri alınması ve çoğaltılması olan şey, birdenbire bu gerçek dünyanın özgün bir ürününe dönüşmektedir. Yaratıcı özne objektifin önündeki nesnenin üzerine getirildiğinde, yaratıcı özne ve nesnenin birleşmesinden tamamen yeni bir şey üretilir. Ve bu yeni şey sanatsal ya da fikri mülkiyet konusu meydana getirmektedir.

## SONUÇ

Günümüzde yapay zekanın kullanım alanlarının genişlemesi, otonom sistemlerin gelişmekte olması, bilişim teknolojileri alanında uzaktan kumanda sistemlerinin gelişmesi ve buna benzer yazılımların çeşitli aparatlarla kontrol ediliyor olması, sürücüsüz araçların varlığı vb. etkenlerle hukuk öznesi fikrinin aşama aşama sadece kurgusal bir kabul ve sermaye odaklı yaklaşımdan kurtulmaya muhtaç olduğu aşikardır. Bu anlamda hukuk öznesinin, yapısal

özelliklerinin ayrıştırılarak etkisel alanının boyutları incelenmeli, eğer yalnızca sermaye odaklı bir hukuk özneliği atfı söz konusuysa bu daha sarıh bir şekilde anlaşılabilir. Edelman’ın hukuk öznesine ilişkin tanımlaması ve hukuk öznesinin ele alınışında başvurduğu temel argümanlar, yeni teknolojilerin eski “atanmış” kategorileri devre dışı bırakabileceğine yöneliktir. Ancak yalnızca, bu durum da atanmış mevcut dünya anlayışlarına göre yeniden biçimlendirilmek üzere bir hukuk özneliği inşasını gerekli kılmaktadır. Bilim ve mühendislik insan yeteneklerini aşan teknolojiler üretebilir; fakat bu icatlar kısa süre içinde yeniden algılanır, evcilleştirilir ve kullanıldıkça insanileştirilir. Bu durum da doğrudan hukuk alanına sirayet edecek ve hukukun kanalize olacağı bir odak oluşturacaktır. Edelman’ın bu analizi fotoğraf ve sinema üzerinden, sermaye ilişkisiyle metanın nasıl algılanması gerektiğini adeta afişe ederek ortaya koymaktadır. Yalnız tekil bir özne tanımının dışına çıkarak Marksist argümanları yeniden yorumlamakta ve çağının içerisinde değerlendirme konusu olan, yapısalcılığı kendi hukuk öznesi teorisine uyarlamaya çalışmaktadır. Bu durum makalenin, Althusser’e ilişkin bölümlerinde ve özellikle fotoğraf sanatının

56 Bu açıdan bir değerlendirme, Edelman’ın “gerçeğin aşırı sahiplenilmesi” teorisidir. Edelman’ın kastettiği, sanat ürününe yazarın yaratımı yoluyla sağlanan korumanın çifte sahiplenme olduğudur. Fotoğraf makinesinin önündeki “gerçeklik”, fotoğrafçı onu “yaratmadan” önce her zaman bir tür mülkiyet olacaktır; ya kamusal “ortak” mülkiyet ya da özel mülkiyet olacaktır. Bunun vurguladığı şey, Edelman’ın teorisindeki yeniden üretim ve temellük arasındaki zıt ilişkidir. Edelman, *Ownership of the Image...*, s. 43.

doğayı kendi özgülüğünden çıkararak nasıl bir tutumla fikri mülkiyete konu etmesi hali bakımından dikkatle ele alınmaya çalışılmıştır. Makale içeriğinde de üzerinde durulduğu gibi, Edelman'ın büyük özneyle hukuki ideolojiyi imlemesi küçük özne olarak hukuk öznesini nitelemesi bütüncül bir öznellik teorisi yerine söylemin işlevsel etkisini ayrı ayrı öznellikler üzerinden değerlendirme fırsatını ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda dil felsefesi ve söylem analizleriyle, büyük öznenin buyruğuyla hareket eden bir hukuki özne yapısı oluşması, kurgusal ve sermaye ilişkisiyle birlikte değerlendirilebilmektedir. Buna karşın hukuk ideolojisi olarak işaret edilen büyük öznelikte salt bir özne tanımı gerçekleştirilmemektedir. Böylece, hukuk ideolojisinin söylemsel alanlarının ortaya çıkması ve kurgusal bir alanda özneyi, sahip olan/mülkiyeti haiz bir şey olarak tanımlama olanağını açmaktadır.

#### KAYNAKÇA

- Althusser, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.
- Althusser, Louis, *Lenin and Philosophy and Other Essays*, Monthly Review Press, Newyork, 1971.
- Collings, Hugh, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Newyork, 1982.
- Cotterrell, Roger, "Conceptualizing law: problems and prospects of contemporary legal theory", *Economy and Society*, Vol. 10 (3), 1981, s. 348-366.
- Edelman, Bernard, *Ownership of the Image Elements for a Marxist Theory of Law*, Routledge & Kegan Paul; First Edition, 1979.
- Edwards, Steve, "'Beard Patentee': Daguerreotype Property and Authorship", *Oxford Art Journal*, Vol. 36 (3), 2013, ss. 369-394.
- Frow, John, "The subject of law", *Social Theory and Legal Politic*, ed.: Wickham, G., . Local Consumption Publications, 1987, Sydney, ss. 68-74.
- Gaines, Jane M., *Contested Culture : The Image, the Voice, and the Law Cultural Studies of the United States*, University of North Carolina Press, London, 1991.
- Greenberh, David F. ve Anderson, Nancy E., "From Substance to Form: the Legal Theories of Pashukanis and Edelman", *Social Text*, No. 7, Spring - Summer, 1983.
- Hall, Stuart. "Nine In Defence of Theory [1981]". *Selected Writings on Marxism*, edited by Gregor McLennan, New York, USA: Duke University Press, 2021, pp. 273-281.

- Hirst, Paul Q., *Law, Socialism, and Democracy*, Routledge Library Editions: Political Science, Newyork, 2010.
- Hirst, Paul Q, “Althusser and the theory of ideology, *Economy and Society*, Vol. 5:4, 1976, 385-412.
- Kingdom, Elizabeth, “The protection of law. Introduction to Bernard Edelman: ‘The legalisation of the working class’”, *Economy and Society*, Vol. 9(1), ss. 44-49.
- Marx, Karl, *Kapital*, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.
- Motta, Luiz Eduardo, “Marxism and the Critique of Modern Law: The Limits of the Judicialization of Politics”, *Décalages*, Vol. 2 (3), 2020.
- Özdemir, Ali Murat, “Hukukun Krizi: Günümüz Türkiye’inde İktidar ve Şiddet”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 3. 2010.
- Pasukanis, Evgeny B., *Genel Devlet Teorisi ve Marksizm*, Çev: Onur Karahanoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.

# Ceza Yargılamasına Epistemoloji Penceresinden Bir Bakış: Maddi Gerçeğin Keşfi ve Geçmişin Yeniden İnşası

Özgür TAŞDEMİR<sup>1</sup>

## Özet

Ceza muhakemesi hukukunun amacı, sanığın temel haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza yargılamasında epistemolojinin de alanına giren, sübut ve hukuksal olaydan oluşan iki sorun çözümlür. Bu çalışmada, geçmişte yaşanmış bir olayın maddi gerçekliğinin keşfi çabasına, yani sübut sorununa, epistemolojik açıdan yaklaşılabilecektir. Ceza yargılaması, epistemoloji aracılığıyla ilk elde irdelenebilecek, maddi gerçek, vicdani kanaat, şüphe, tanıklık, delil, şüpheden sanığın yararlanması gibi, kavramlar ve ilkeler barındırır. Yargıç, geçmişte yaşanmış bir olayın nesnel “gerçekliğini”, önündeki deliller vasıtasıyla yeniden, doğru bir biçimde keşfetmeye çalışır. Delillerin ortaya konulması, olayın, tanıklığına başvuru alanların belleklerinde aldığı biçim, sanık hakkındaki şüphelerin yenilmesini sağlayabileceği gibi geçmiş de yeniden inşa eder. Yargıç, basit, makul, kuvvetli olarak sınıflandırılan şüphe basamaklarını aşarak, oluşla ilgili hiçbir tereddütü barındırmayan vicdani kanaatini oluşturur. Çalışmamızda, yargıç özne olarak merkeze koyulacak, yargılama boyutuyla epistemolojik erdem ve yükümlülükler irdelenecektir. Fricker’ın

önyargıları göz önüne aldığı, tanıklığa özgü epistemik adaletsizlik biçimleri değerlendirilecek, şüphe ve vicdani kanaat incelenirken de genel olarak, Chisholm’un kanıt dayalı doğru inanç tanımıyla, kesin bilgiye varmak için öngördüğü epistemik seviyelerden yola çıkılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** ceza muhakemesi, epistemoloji, yargıç, şüphe, erdem epistemolojisi, epistemik adaletsizlik

## I. Giriş

Ceza muhakemesi hukukunun nihai amacının, sanığın temel haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak olduğu öğretice kabul edilir<sup>2</sup>. Epistemoloji, yargılama sırasında ulaşılmaya çalışılan “maddi gerçeğin” kendisi ile yargılama sırasında üretilen “bilgi” üzerinde irdelemelerde bulunmamızda bizlere ışık tutabilir. Ceza yargılamasında epistemolojinin de alanına giren, sübut<sup>3</sup> sorunu ve hukuk-

1 Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, E-posta: kucuktasdemir@ankara.edu.tr

2 Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 72 vd.

3 Günümüzde nadiren kullanılan bu eski Türkçe kavramı kasten kullanıyorum. Sübut, “Varlığı, gerçekliği kesin olarak ortaya çıkma anlamlarına gelmektedir. (Bkz. **Kubbealtı Sözlük**, <http://lugatim.com/s/s%-C3%BCbut>)

sal olaydan oluşan iki sorun çözülür<sup>4</sup>. Geçmişte yaşanmış bir olayın maddi gerçekliğinin keşfi, bu sorunlardan ilkidir. Diğeriyse ortaya çıkartılmaya çalışılan gerçekliğe hangi hukuk normlarının uygulanacağıyla ilgilidir. Dolayısıyla yargıç, hem geçmişte yaşanmış olayın maddi gerçekliğini, hem de uygulamakla yükümlü olduğu hukuk normlarını saptamak zorundadır. Dolayısıyla hukuk kuralları ve hakkında bir yargıya varılacak olan mahkeme dışında gerçekleşmiş maddi olay birbirleriyle tandem biçimde düşünülebilir<sup>5</sup>. Kanımızca bu noktada üç farklı gerçeklikten oluşan bir gerçeklikler kümesiyle karşılaştığımız söylenebilir. Bunlardan biri yargılama sürecine ve yargılanan olaya hangi hukuk normlarının uygulanacağına ilişkin hukuksal gerçekliktir. Diğeriyse, dış dünyada meydana gelmiş, geçmişte yaşanmış ve yargılayanların doğrudan içinde olmadığı, yargılanan fiile ilişkin maddi gerçekliktir. Sonuncusuysa bunlar üzerinden yeniden inşa edilen, deliller aracılığıyla ortaya konan mahkeme salonunda oluşturulacak gerçekliktir. Mahkeme salonundaki gerçeklikle, orada yansıtılmaya çalışılan ve yargılanan olayın gerçekliğinin farklı olduğu şüphesiz ileri sürülebilir. Bu yine

de ceza muhakemesinin, maddi gerçeğe ulaşma amacını ortadan kaldırmaz. Çalışmanın devamında da açıklanacağı üzere, maddi gerçeklik, doğruluğun bir kıstasıdır<sup>6</sup>. Yargılanan uyuşmazlığın adil bir biçimde çözümü bütünüyle buna bağlıdır.

Bu çalışmada, yargılama sırasında ele edilen bilgilerle, geçmişte yaşanmış bir olayın yeniden inşası irdelenecektir. Bu doğrultuda, ceza yargılaması, epistemoloji aracılığıyla ilk elde irdelenebilecek, maddi gerçek, vicdani kanaat, şüphe, tanıklık, deliller, ispat gibi kavramlar barındırır. Çalışma, ceza muhakemesi hukukunun, epistemolojideki birçok yaklaşımın ve onlarca ileri sürülen birçok görüşün uygulamada da test edilebileceği, geniş ve de daha da önemlisi ciddi bir alan olduğunu vurgulamak amacındadır. Ceza yargılamasına doğrudan ve derinlemesine epistemoloji gözlüğünden bakmak yerine, ceza yargılamasında yer alan kimi kurum, kavram, süreç ve ilkelerin epistemoloji alanıyla hangi noktalarda, hangi yaklaşımlarla kesiştiğini, yargı makamını odağıma alarak vurgulamaya çalışacağım.

4 Maddi olayın saptanması, hukuki olayın da saptanması demektir ve tam tersi de geçerlidir. (Yenisey/ Nuhoglu, 2017, s. 82 ve 83.)

5 Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law, Justice in the Search for Truth*, Oxford, USA, 2008, s. 7.

6 Bkz. Lai, 2008, s. 77.



## II. Tarihsel Süreçte Ceza Yargılaması ve Maddi Gerçeğin Keşfi Çabası

Maddi gerçekliğin keşfinin, ceza yargılamasının en önemli amaçlarından biri olduğu vurgulanabilir. Foucault, “*Hakikat ve Yargısal Biçimleri*” adlı eserinde, tarih boyunca uyumsuzlukların temelde iki usulle çözüldüğünü belirtir ve bunu açıklamak için antik Yunan’dan örnekler verir. Bunlardan ilki diğerine göre arkaik olandır ve iki savaştının kimin haklı olduğuna karar vermek için savaşmasına dayanır; Homer’ın eserlerinde örneklerine rastlanabilir. Bu usulün yankısını düellolarda duyurduğunu söylemek yanlış olmaz. İkincisiyse, gerçekliğe ulaşma çabasıyla Kral Oidipus, Antigone ve Electra eserlerinde karşımıza çıkar. Böylelikle Foucault’a göre üç soruyla yüzleşmemiz gerekir<sup>7</sup>. Hakikat, nasıl, hangi koşullarda, kural ve kıstaslarla ortaya konabilir? Bu bilim felsefesinin olduğu kadar, yargılamanın da bir sorunudur. Hakikat nasıl açıklanacak ve insanlar buna nasıl ikna edilecektir? Foucault, eski Yunan’da bunun için retoriğe başvurulduğunu söyler. Gün-

müzde, yargılama sırasında yargıcı ve İçtihat hukukunda ek olarak jüriyi ikna etmek için önemlidir.

Sonuncusu soruysa, maddi gerçeğin bilgisine nasıl ulaşılabacağıyla ilgilidir. Bu soruya verilen yanıtı, araştırma ve tahkik etmeyle<sup>8</sup> ulaşılan bilgi<sup>9</sup> oluşturur. Eski Yunan’da ilk örneklerini gördüğümüz bu bilme biçimine, Roma İmparatorluğunun geleneksel çöküş tarihinden 12.yüzyıl engizisyonuna kadar rastlamayız. Bu tarihten sonraysa, Rönesansla genellik kazanır, bir idare ve iktidar aracı olarak karşımıza çıkar<sup>10</sup>, karma sisteme (işbirliği sistemi)<sup>11</sup> dayanan modern ceza yargılamasına kalıcı olarak izlerini bırakır. Bu bağlamda, geçmişte yaşanmış bir gerçekliğin keşfi ve yeniden inşası için deliller aracılığıyla ondan geriye kalanların tahkik edilmesinde aklımıza tarihçiler ve hatta arkeologlar gelebilir. Gerçekten de ideal bir durumda nasıl ki onlar geçmişte yaşanan gerçeklikleri en yalın ve bozulmamış durumlarıyla tarafsızca ortaya çıkartıyorlarsa, başka bir anlatımla geçmişle gelecek arasında ulaklık yapıyorlarsa, ceza yargılaması sırasında yapılacak soruşturma

7 Bkz. Michel Foucault, “*Truth and Juridical Forms*”, *Social Identities*, V.2:3, 1996, (ss.327-342), s. 328.

8 Anlamsal içeriği geniş olduğundan ve birebir biçimde ceza muhakemesi hukukunda teknik anlamıyla kullanmadığımı vurgulamak için “tahkik” sözcüğünü seçtim. Tahkik sözcüğü için bkz. **Kubbealtı Lügati**, (<http://lugatim.com/s/tahkik>)

9 Foucault, 1996, s. 328.

10 Foucault, 1996, s. 340 vd.

11 Modern ceza yargılaması hukuku itham ve tahkik sistemlerinin sentezinden oluşan karma sistemden (işbirliği sistemi) oluşur.

sırasında da geçmiş, içinde bulunulan zaman adına yeniden inşa edilecektir<sup>12</sup>.

### III. Ceza Yargılamasına Epistemoloji Gözlüğüyle Bakmak

Epistemolojideki geleneksel görüşe göre, bilgi, yalnızca gerekçelendirilmiş inanç değil, gerekçelendirilmiş doğru inançtır<sup>13</sup>. Ceza yargılamasında hakikat, dava konusu olayın maddi gerçekliğinde, gerekçelendirilmiş doğru inanç yoluyla aranır<sup>14</sup>. Kanımızca buradaki doğruluğun, geçmişte mahkeme salonu dışında yaşanmış, yargılanan suça konu olan olayın maddi gerçekliğine ve barındırdığı nesnel olgulara tekabül etmesi gerekir. Burada, gerekçelendirme ve doğruluk arasındaki köprüyü, deliller, delillerin sahip olması gereken özellikler ve delillerin mahkeme salonunda doğrudan doğruya tartışılıp değerlendirilmesi kurar<sup>15</sup>.

Ceza yargılamasında deliller, belirti delilleri (dolaylı deliller) ve doğrudan deliller olmak üzere iki kategoriye ayrılır. Bu ayrım, kimi zaman göz ardı edilmekle birlikte, aslında farklı bilim türlerinden elde edilen bilgileri göz önüne serer. Belirti delileri, olay yerin-

de ve suçun maddi konusu üzerinde, fizik kuralları gereğince, olaydan geriye kalan izlerdir. Bilimsel yöntemlerle ortaya çıkartılır ve saklanırlar. Kriminalistik alanı bu faaliyetle ilgilidir. Bu faaliyetler sırasında uzmanlardan yararlanılır. Adli antropoloji, adli balistik yine bu doğrultudaki örnekler olarak sunulabilir. Bu alanların uzmanlarıyla, bir arkeologla arasında benzeşim kurulabilir. Yargıçsa, delil elde etme araçlarının sunduğu, bu deney ve gözleme dayalı, doğa bilimleri kaynaklı bilgiyi kullanacaktır. Burada doğa kurallarının dışına çıkılamayacağından, ele edilen belirtiler arasında ilişkilendirme kurmak ve bunların hukuka uygun bir biçimde elde edildiğini denetlemek dışında kanaatini oluşturmada fazlaca bir esnekliğe sahip değildir. Başka bir anlatımla, bilimsel olarak ispatlanan olgular karşısında, yargıcın kanaatlerine yer kalmayacaktır<sup>16</sup>.

Diğer bir delil türüyse, doğrudan delillerdir. Bunlar beyan ve belge delilleri olmak üzere ikiye ayrılırlar. Beyan delilleri, tanık, sanık ve mağdur anlatımlarından oluşur. Bu noktada da bir tarihçiyle benzeşim kurulabilir.

12 Bkz. Charles P. Nemeth, **Private Security and the Investigative Process**, 4th Edition, UK, CRC Press, 2020, s.13

13 Baç, Murat, "Epistemoloji", **Çağdaş Epistemolojiye Giriş**, (Ed. Mehdiyev Nebi), İnsan Yayınları, İstanbul, 2011, (ss.21-49), s. 35.

14 Lai, 2008, s. 171.

15 Öte taraftan yazının devamında da değerlendireceğimiz üzere tek başına sadece bu yeterli değildir.

16 Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanın İlkesi**, 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 351.

Zira, bu ikinci delil kategorisi yorum ve hafızaya dayanır. Olayın içinde yer alanlar ve tanıklar vasıtasıyla yapılan bilgi aktarımı ile o bilginin gerekçelendirilmesi arasında bir asimetri ortaya çıkar<sup>17</sup>. Dolayısıyla olayın içinde herhangi bir biçimde yer alanların, unuttukları, hatırladıkları ya da yanlış hatırladıkları ve hatta değer yargılarıyla değişen bakış açıları, bir benzetmeyle paralaks hatasına yol açabilir. Buna ek olarak, yargıç, olayın içinde yer alanların anlatımlarını ve davranışlarını anlamlandırmaya çalışırken sosyal bilimlerden elde edilen (örn. kriminoloji, psikoloji vb.) bilgilere de başvurabilecektir. Zira maddi olayın içinde çoğu zaman doğrudan gözlemlenemeyen, faillerin zihinsel durumlarına ilişkin süreçlerin de (kastın yoğunluğu, saik, beklenebilirlik gibi) olaydan çıkarım yoluyla saptanması gerekir<sup>18</sup>. Son olarak, yargıç maddi olaya hukuk kurallarını uygularken formal bilimlerden yararlanacaktır. Yürürlükteki hukuk kurallarından, hukukun genel ilkelere ve yorum yöntemleri ile mantık kurallarından yararlanabilir, yorum bilgisi dahil olmak üzere hukuksal bilgisini kullanır. Bunun yanı sıra yargıç, suç konusu olayın nasıl gerçekleştiğini olayla ilişkili diğer vakıaları birleştirerek çözmeye çalışacak ve bunu

yaparken de mantık kurallarından yararlanacaktır ama, mantık kurallarına uygunluk tek başına geçmişte yaşanan olayı ortaya koymazlar. Mantık kuralları sadece kontrol mekanizması niteliğindedirler<sup>19</sup>.

Bütün bu bilim türlerinden elde edilen bilgilere başvuruyor oluşu, yargıcın vicdani kanaatini oluşturması için yeterli midir? Tüm bunlar, olay hakkındaki anlatımların ve olay içindeki ilişkilerin kavranmasında, hukuktan neşet eden, değer yargılarıyla eylemlerin, ve hatta eylemlerin olduğu bağlamın harmanlanmasıyla oluşan kimi kavramların (örn. haksız tahrik, hakaret, kusurluluk, müstehcenlik, taksir vb.)<sup>20</sup>, argümantasyonda kullanımlarında kendiliklerinden bize yol gösterebilirler mi? Yoksa, yalnızca vicdani kanaatiyle bağlı olan yargıcın, başkaca özelliklere de sahip olması mı gerekir? İşte tüm bu soruların kesişimindeyse deliller dolayımıyla mahkeme salonunda oluşan, dışarıda, geçmişte kalan maddi gerçekliğin, aktarımlarla bir yapbozun parçaları gibi yeniden oluşturulmaya çalışıldığı, mahkeme salonundaki gerçeklik bulunur. Ceza muhakemesinin varması gereken sonuçlardan biri de yargıcın olayı yeniden kurgulayış biçimiyle,

17 Robert Audi, **Epistemoloji**, Bilgi Teorisine Çağdaş Bir Giriş, 3.Bası, Nobel, Ankara, 2018, s. 156 vd.

18 Lai, 2008, s. 7.

19 Doğan, 2022, s. 335.

20 Konuyla ilgili bkz. Lai, 2008, s. 7.

gerçekte olmuş olanın uyuşmasıdır<sup>21</sup>. Bu uyuşma, mahkeme salonuyla onun dışında yaşanmış geçmişin gerçekliği arasında, yargıçla muhakemenin diğer özneleri arasında, doğru olan ile adil olan arasında<sup>22</sup> bir gerilimin eseridir. İşte epistemoloji, tam da bu noktada yol gösterici olabilir.

#### IV. Epistemoloji Ceza Yargılamasına Katkıda Bulunabilir Mi?

Epistemoloji, özellikle toplumsal epistemoloji, doğrudan delillerden elde ettiğimiz bilgiler söz konusu olduğunda yargılama makamlarında farkındalık yaratabilir. Çünkü yukarıda da açıklandığı üzere, ceza muhakemesinde etik ve epistemolojik kaygıların, ispat ve gerekçelendirme süreçlerinde gözetilmesi gerektiği söylenebilir<sup>23</sup>. Böylelikle, son kertede, uyuşmazlıkla ilgili karara varacak olan yargıcın gözlerinden olaya bakmak, onun ahlaki muhakemesini de değerlendirmek gerekecektir. Böylelikle, yargıçtan hem ahlaki hem de epistemik itimad<sup>24</sup> kazanmasına yönelik beklentiler için-

de olabileceğimiz söylenebilir. Belki burada, Foucault'nun tasviriyle, adil olanla hakikatin ilişkisini bulmak olanaklıdır<sup>25</sup>. Bu süreçte yargıcın, mesleki bilgisinin yanı sıra birtakım erdemlere sahip olması aranır. Mitolojilerden edebiyata, siyasi söylemlerden hukuk metinlerine kadar tarih boyunca yargıçlara çeşitli erdemler yüklenmiş<sup>26</sup> veya bunlara sahip olmadıkları için yerilmişlerdir. Nitekim, doğrudan deneyimlemediği, geçmiş bir olay hakkında adil bir hükme varabilmek, erdemli olabilmeyi gerektirir. Bu durum da bize epistemolojik erdemleri hatırlatmaktadır. Kaldı ki yasalar da yargıçlara, bağımsız ve tarafsız olmalarını, sadece vicdani kanaatlerine dayanmalarını emreder.

Bir yargıç epistemik adaletsizliklerin farkında olmalıdır. Bu bağlamda Miranda Fricker'in önyargıları irdelediği, epistemik adaletsizlik biçimleri değerlendirilebilir. Flicker'a göre epistemik adaletsizlik iki biçimde ortaya çıkar: tanıklığa özgü ve yorumbilim-

21 Doğan, 2022, s. 348.

22 Doğru olan ve adil olan ilişkisi için bkz. Michel Foucault, **Kabahat İşlemek-Doğruyu Söylemek, İtirafın Adalet Kurumundaki İşlevi**, Ketebe, İstanbul, 2022, s. 62 vd.

23 Lai, 2008, s. 48.

24 Epistemik itimat kavramıyla ilgili olarak bkz. Öncül Analitik Felsefe Dergisi, **Erdem Epistemolojisi**, (<https://onculanalitikfelsefe.com/erdem-epistemolojisi-john-turri-mark-alfano-stanford-encyclopedia-of-philosophy/>)

25 Foucault, 2022, s. 95.

26 Örneğin, Mecelle'de *Hâkim, hakim, fehim(zeki), müstakim(doğru), emin, mekin (temkinli) ve metin olmalıdır*» denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sami Selçuk, **Suç Yargılama Süreci Hukuku, Dogmatigi ve/ya Grameri**, İmge, Ankara, 2022, s. 488 vd.

sel<sup>27</sup>. Tanıklığa özgü epistemik adaletsizlik biçimlerinde tanık hakkındaki önyargılar<sup>28</sup>, anlatımlarına gereken önemin verilmemesine yol açabilir. Bu açıdan verilebilecek en güzel örnek, mağdur beyanlarına tecavüz mitle-riyle saldırılmasıdır. Tecavüz mitle-ri, tecavüz eyleminin kendisi, faili ve mağduru hakkındaki önyargılı, basma-kalıp, yanlış inanışları tanımlar<sup>29</sup>. Bu inanışlara, mağduru suçlamak, failin davranışlarını türlü nedenlerle hafif-letmek, tecavüze yalnızca belli kişi-lerin maruz kalabileceğini söylemek dahildir ve bunlar çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilirler<sup>30</sup>. Yorumbilgisel epistemik adaletsizlik biçimiye ki-şinin, bir deneyimin algılanması ve aktarılması için gerekli olan kavram-lardan yoksunluğuyla ilgilidir<sup>31</sup>. Öte taraftan, başta da belirttiğimiz gibi geçmişte yaşanan olay delillerle yeni-den inşa edilip sübut ettirildikten sonra

bu olay hakkında hangi hukuk kural-larının uygulanacağı sorusuyla karşı karşıya kalırız. Tam da bu kesişimde, olayın hem yeniden inşasında hem de metnin içindeki kavramların anlam-landırılmasında kültür ve dolayısıyla değer yargıları kaynaklı adaletsizlik-lerle karşılaşmamız olasıdır. Burada toplumsal epistemoloji önemli bir rol oynar. Yargılama sırasında üretilen bilginin seyrini, olayları açıklamakta kullanılabilen kültürel model ve sözs-el biçimlerin geçerliliğini irdelememize olanak tanır<sup>32</sup>. Bu açıdan güzel bir ör-nek, Nicolle Zeegers'ın feminist epis-temologların eleştirileri doğrultusunda, Hollanda'da "tecavüz" sözcüğüne ve ona içkin olan "cebir" kavramına ilişkin, zaman içindeki anlamlandırma farklılıklarını incelediği çalışmasıdır<sup>33</sup>. Zeegers'a göre, 70'li ve 80'li yıllar-da feminist hareket, fiziksel şiddet ve tehdit kullanımı dışında da kadınların,

27 Hermeneutik adaletsizlikle ilgili güzel bir film örneği ve hakkındaki yazı için bkz. Francisonfilm: Greenbook, [philosophytalk.org](https://www.philosophytalk.org/blog/francisonfilm-green-book?fbclid=IwAR0jC64AxNaFjltqQZ7sGXSSNURlaSYNU73Bkz6jG3fQR_aMOTUjgYVzv8), (https://www.philosophytalk.org/blog/francisonfilm-green-book?fbclid=IwAR0jC64AxNaFjltqQZ7sGXSSNURlaSYNU73Bkz6jG3fQR\_aMOTUjgYVzv8, Erişim Tarihi: 1.6.2023)

28 Önyargılar, insanlarla ilgili izlenimlerimizi etkileyen bilişsel önyargılardan, bilgi elde etme yolumuzu etkileyen önyargılardan, gelecekle ilgili tahminlerimizi etkileyen önyargılardan oluşabilirler (Bu doğrultuda bkz. Itamar Shatz, "Önyargı Azaltma Teknikleri: Bilişsel Önyargılarınızdan Nasıl Kurtulursunuz?", **Evrim Ağacı**, (Çev. Eda Alparslan), (Ed. Çağrı Mert Bakırcı), (https://evrimagaci.org/onyargi-azaltma-teknikleri-bilissel-onyargilarinizdan-nasil-kurtulursunuz-10709, Erişim Tarihi: 2.06.2023)

29 Tecavüz mitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ezgi Çetiner, **Mağdur Beyanına Dayalı Hüküm Kurulması Bağlamında Nitelikli Cinsel Saldırı Suçunda İspat**, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 90.

30 Çetiner, 2022, s. 91

31 Bkz. Miranda, Flicker, **Epistemic Injustice, Power & Ethics of Knowing**, Oxford, USA, 2007, s. 147 vd.

32 Gülcan Palo, "Bilginin Toplumsallaşması ve Sosyal Epistemoloji", **Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S51, 2013, (ss.75-84), s. 80.

33 Zeegers Nicolle. "What Epistemology Would Serve Criminal Law Best in Finding the Truth About Rape?" **Law and Method**, 2012, (ss. 60–71), s. 63.

ekonomik bağımlılıkları, çocuklarıyla ilgili endişeleri ve sorumlulukları gibi kimi toplumsal kırılğanlıklar kaynaklı, daha farklı, ince ve rafine zorlama biçimleriyle karşı karşıya kaldıklarını vurgular. Bunun üzerine 90'lı yıllarda ilgili yasa hükümlerinin kavramsal çerçevesi genişletilerek, mağduru evden çıkarmamak, çocuklarına haksız fiillerde bulunmak, ona şantaj uygulamak gibi eylemler eklenmiştir<sup>34</sup>.

Yargılamadaki öznelerin kullandığı dil ile gerçekliğin yeniden inşası ve temsili söz konusu olur. Buna karşın yargılamanın özneleri mahkemede, toplumsal yaşamın ve hukuk dünyasının kavramlarını (hatta bunlar kanunilik ilkesi egemen olduğunda ne kadar açık ve belirli olursa olsun), kendi habitusları, şematik algı sistemleri, toplumsal konumları ve gündelik hayatı anlamlandırma biçimleriyle kavrarlar<sup>35</sup>. Böylelikle, ulaşılmaya çalışılan maddi gerçekliğin yeniden inşası ve temsilinde kullanılacak kimi hukuksal kavramların anlamlandırılmasında bile taraflar arasında sosyal ve kültürel mesafeler belirgin olarak gözlemlenebilir<sup>36</sup>. Buna yargılamada özne olarak yer alan hukuk profes-

yonellerinin, yani hâkimin, savcının, müdafinin ve katılan vekilinin kullandıkları hukuk dili de dahildir. Zira ceza yargılamasında ulaşılmaya çalışılan maddi gerçeklik, ilk elde hukukun kavramlarıyla tanımlanacaktır. Bu doğrultuda, Türk Ceza Kanunu'nun Toplumla Karşı Suçlar kısmında yer alan madde hükümlerinde görülebilecek olan, tahrik, aşağılama, hayasızca hareket, müstehcenlik gibi kavramlar ilk aklımıza gelen örneklerdir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yargıç, geçmişte yaşanmış bir olayın nesnel "gerçekliğini", önündeki deliller vasıtasıyla yeniden, doğru bir biçimde keşfetmeye çalışırken, makul, kuvvetli olarak sınıflandırılan şüphe basamaklarını aşarak, oluşla ilgili hiçbir şüpheyi ve tereddüdü dahi barındırmayan vicdani kanaatini oluşturur. Kanımızca yargıcın şüphelerini yenerek vicdani kanaatini oluşturduğu yolda, şüphe derecelerinin belirlenmesinde Chisholm'un kanıtı varmak için öngördüğü epistemik seviyelere dikkat çekilebilir<sup>37</sup>. Chisholm, bu seviyeleri, bir önermenin zıddıyla eşit kanıtlara sahip olmadığı "mümkün" ile başlatır. Bu seviyeler, kararsız kalmaktansa bir

34 Zeegers, 2012, s. 63.

35 M. Carmen África Vidal Claramonte, "Re-presenting the 'Real'" *The Translator*, V.11 N.2, 2005, (ss.259-274), s. 263.

36 Bkz. Claramonte, 2005, s. 263.

37 Hasan Yücel, Başdemir, "Gerekçelendirme, Epistemik Seviyeler ve Kesin Bilgi: Farabi ve Chisholm Karşılaştırması", *Epistemoloji Temel Metinler*, (Ed. H. Y. Başdemir), Hitit Kitap Y., Ankara, 2010, (ss. 175-209), s. 193 vd.

önermeye inanmak için kanıtlarımızın olduğu “bilmeye açık olma” ile devam eder. Önermenin zıddıyla ilgili kanıtlara sahip olmadığımız “makul şüphelerin ötesine geçme” üçüncü aşamadır. Zıddıyla ilgili kanıtlara sahip olmadığımız gibi önermenin gerekçelendirilmesi lehine kanıtlarımızın çok daha fazla olduğu durumları ifade eden “açıklık”<sup>38</sup> dördüncü aşamadır. Bunun bir ötesinde, bir önermenin gerekçelendirilmesi lehine ve zıddının yanlışlığı hakkında delillerimizin olduğu “apaçıklık” beşinci aşamayı, “kesinlik” ise (örn. matematiksel aksiomlar) son aşamayı oluşturur<sup>39</sup>. Bu doğrultuda, ceza yargılaması sırasında, iddia ve savunma makamının savları değerlendirilirken, diğer tarafı yanlışlayan ve öteki tarafı doğrulayan kanıtların, karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

## V. Sonuç

Ceza muhakemesinin, maddi gerçeğe insan haklarına saygılı bir biçimde ulaşma hedefinde, adil yargılanma, şüpheden sanık yararlanır, delillerin doğrudan doğruyalığı gibi ceza yargılamasının temel ilkelerine dayanılması, hukuka uygun bir yargılamadan söz etmek, hükümlüleri bile kendileri hakkında verilen hükme ikna etmek ve

yargılamanın meşruiyetini sağlamak adına olmazsa olmaz bir koşullardır. Buna ek olarak, yargılamada kullanılan delillerin, olayı temsil edebilecek, gerçekçi, algılanabilir, elde edilebilir, sağlam, güvenilir nitelikte ve müşterek olmaları, hukuka uygun yollardan elde edilmeleri, maddi gerçeklikle mahkeme salonunda sunulan gerçekliğin çakışmasında önemli nirengi noktalarıdır. Yine de tüm bunların (hukukta yöntembilmine uyulması da dahil olmak üzere), usul adaletine (*procedural justice*) mükemmelen ulaşılmasını sağlayabilecekleri ve maddi gerçekliği tüm çıplaklığıyla ortaya koyabilecekleri kabul edilse dahi olayın hakikatine ve adil bir hükme varılmasını kendiliklerinden sağlayabilme olanakları tartışılmalıdır. Kaldı ki geçmişte yaşanmış ve içinde bulunmadığımız bir olayı hiçbir zaman mutlak olarak bilemeyiz. Bu yüzden, ceza yargılaması sırasında, mahkeme salonunda yeniden kurgulanıp ortaya konan, yargıcın vicdani kanaatinde oluşacak gerçekliğin her zaman onu yapana da bağlı olduğu ileri sürülür<sup>40</sup>. Bu öznelikten kaçınabilmek için yargıcın kanaatinde boşluk, çelişki, akıl ve mantık kurallarına aykırılık bulunmamalıdır<sup>41</sup>. Kanımızca, yine de tüm bunlar yetmez.

38 Başdemir, burada “kanıta dayanma” çevirisini kullanmıştır. Kavramın anlamını karşılamadığı için biz tercih etmedik. (Bkz. Başdemir, 2010, s. 194.)

39 Başdemir, 2010, s. 193-197.

40 Yargıcın kanaatin sübjektif ve objektif yönleri için bkz. Doğan, 2022, s. 357 vd.

41 Doğan, 2022 s. 357



Adil olanla hakikatini ilişkisini, vicdanlarında kurmaları beklenen yargıçların birtakım erdemlere sahip olmaları bir zorunluluk olarak belirir. Bu doğrultuda ilk önce epistemolojik adaletsizliklere karşı farkındalık geliştirmeleri gerektiği söylenebilir. Bunun yanında, uyumsuzluğun taraflarıyla empati kurabilmeleri, kendi kişiliklerinden sıyrılarak, öznel değer yargılarından ve önyargılardan uzak bir biçimde onların da insan olduğunu unutmadan<sup>42</sup> insani özelliklerini ve içinde buldukları, onları yaratan sosyoekonomik ve sosyokültürel koşullar göz ardı etmemeleri de adil olana ulaşma ideali için önemlidir<sup>43</sup>. Mademki yaşanmış gerçeklik yeniden kurgulanacak ve eldeki delillerden kimi çıkarımlar yapılacaktır, bilgi oluşturma sürecinde, öznenin karakter özelliklerine vurgu yapan, mesuliyetçi erdem epistemolojisi<sup>44</sup>, yargıçların sahip olmaları gereken nitelikler konusunda bizlere ışık tutabilir. Zira çıkarımsal bilgileri<sup>45</sup> oluşturma sürecinde ahlaki açıdan bir sorumluluk taşıyor olmamız düşünülemez<sup>46</sup>.

#### KAYNAKÇA

- Audi, Robert, **Epistemoloji**, Bilgi Teorisine Çağdaş Bir Giriş, 3. Bası, Nobel, Ankara, 2018.
- Baç, Murat, “Epistemoloji”, **Çağdaş Epistemolojiye Giriş**, (Ed. Mehdiyev Nebi), İnsan Yayınları, İstanbul, 2011, (ss. 21-49).
- Bartosz Brozek, **The Legal Mind**, A New Introduction to Legal Epistemology, Cambridge Press, 2020.
- Başdemir, Hasan Yücel, “Gereçlendirme, Epistemik Seviyeler ve Kesin Bilgi: Farabi ve Chisholm Karşılaştırması”, **Epistemoloji Temel Metinler**, (Ed. H. Y. Başdemir), Hitit Kitap Y., Ankara, 2010, (ss. 175-209).
- Chisholm, Roedrick, **Theory Of Knowledge**, Prentice Hall, 1989.
- Claramonte, M. Carmen África Vidal, “Re-presenting the ‘Real’” **The Translator**, V.11 N.2, 2005, (ss. 259-274).
- Çetiner, Ezgi, **Mağdur Beyanına Dayalı Hüküm Kurulması Bağlamında Nitelikli Cinsel Saldırı Suçunda İspat**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.
- Doğan, Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanın İlkesi**, 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- Flicker, Miranda, **Epistemic Injustice, Power & Ethics of Knowing**, Oxford, USA, 2007.

42 Akla, Faruk Erem’in ünlü, “suçluyu kazıyın, altından insan çıkar” deyişi getirilebilir.

43 Bkz. Lai,2008, s. 80 vd.

44 Nebi, Mehdiyev “*Gettier Sorununa Alternatif Bir Yaklaşım: L. Zagzebski ’nin Erdem Epistemolojisi*”, **Çağdaş Epistemolojiye Giriş**, (Ed. Mehdiyev Nebi), İnsan Yayınları, İstanbul, 2011, (ss.103-117) s. 109 vd.

45 Çıkarım ve bilginin genişlemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Audi,2018, s. 176 vd.

46 Mehdiyev, 2011, s. 110.

- Foucault, Michel, **Kabahat İşlemek-Doğruyu Söylemek, İtirafın Adalet Kurumundaki İşlevi**, Ketebe, İstanbul, 2022.
- Fricker, Miranda, **Epistemic Injustice**, Power & Ethics of Knowing, Oxford, 2007.
- Klamberg, Mark, **Epistemological Controversies and Evolution of Evidence in International Criminal Trials**, Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, No: 65, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3313509](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3313509).
- Lai, Ho Hock, **A Philosophy of Evidence Law, Justice in the Search for Truth**, Oxford, USA, 2008.
- Laudan Larry, “*The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice*”, Epistme 2008, (s.282-294).
- Laudan Larry, **Truth, Error and Criminal Law**, An Essay in Legal Epistemology, Cambridge, 2006.
- Medina, José, “*Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System*”, Social Epistemology, 2020, DOI: 10.1080/02691728.2020.1839594.
- Mehdiyev, Nebi, “*Gettier Sorununa Alternatif Bir Yaklaşım: L. Zagzebski'nin Erdem Epistemolojisi*”, **Çağdaş Epistemolojiye Giriş**, (Ed. Mehdiyev Nebi), İnsan Yayınları, İstanbul, 2011, (ss. 103-117).
- Nemeth, Charles P., **Private Security and the Investigative Process**, 4th Edition, UK, CRC Press, 2020.
- Oxford, **Epistemoloji**, (Ed. Paul K. Moser), 2.Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2020.
- Öncül Analitik Felsefe Dergisi, **Erdem Epistemolojisi**, (<https://onculanalitikfelsefe.com/erdem-epistemolojisi-john-turri-mark-alfano-stanford-encyclopedia-of-philosophy/>)
- Palo, Gülcan, “*Bilginin Toplumsallaşması ve Sosyal Epistemoloji*”, **Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, s.51, 2013, (ss. 75-84).
- Philosophytalk.org, Francisonfilm: Greenbook, , ([https://www.philosophytalk.org/blog/francisonfilm-green-book?fbclid=IwAR0jC64AxNaFjIjtqQZ7sGXSSNURLaSYNU73Bkz6jG3fQR\\_aM0tUjgYVzv8](https://www.philosophytalk.org/blog/francisonfilm-green-book?fbclid=IwAR0jC64AxNaFjIjtqQZ7sGXSSNURLaSYNU73Bkz6jG3fQR_aM0tUjgYVzv8), Erişim Tarihi: 1.6.2023).
- Selçuk, Sami, **Suç Yargılama Süreci Hukuku, Dogmatığı ve/ya Grameri**, İmge, Ankara, 2022.
- Shatz, Itamar, “*Önyargı Azaltma Teknikleri: Bilişsel Önyargılarınızdan Nasıl Kurtulursunuz?*”, **Evrım Ağacı**, (Çev. Eda Alparslan), (Ed. Çağrı Mert Bakırcı), (<https://evrimagaci.org/onyargi-azaltma-teknikleri-bilissel-onyargilarinizdan-nasil-kurtulursunuz-10709>, Erişim Tarihi: 2.06.2023).
- Weigend, Thomas, “*Is the Criminal Process About Truth?: A German Perspective*”, Harvard Journal Of Law & Public Policy, Vol.26, N.1, (ss. 157-173).
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Zeegers, Nicolle “*What Epistemology Would Serve Criminal Law Best in Finding the Truth about Rape?*”, Recht en Methode in onderzoek en onderwijs 2012 (2) 1, (ss. 60-71).

# Pozitif Hukukun “Ama” ile İmtihanı: Tarık Özbilgen Perspektifinden Etiyoloji-Aksiyoloji Gerilimi Üzerine Bir Tartışma

Serap TEPE<sup>1</sup>

## Özet

Toplumsal yaşamın sürdürülebilir kılınması ancak tesis edilen toplumsal düzenin istikrarıyla mümkün hale getirilebilir. Toplumsal düzenin istikrarı ise bu düzenin başat taşıyıcısı niteliğindeki (pozitif) hukuk kurallarının nasıl oluşturulduğuyla ve nasıl uygulandıklarıyla doğrudan ve kaçınılmaz bir biçimde ilgilidir. Bu yönüyle bir ödev mi yoksa bir fonksiyon mu olduğu tartışmasından bağımsız olarak hukukun toplumsal düzenin inşası ve korunması bağlamında sahip olduğu anlamın en hassas noktasını pozitif hukuk kurallarının “amaca uygun” bir biçimde oluşturulması ve uygulanması meselesi teşkil etmektedir. Söz konusu meseleye dair “amaca uygunluk” tartışması için en ideal zemin hukuk sosyolojisi olmalıdır. Türk hukuk sosyolojisi geleneğinin en özgün temsilcilerinden biri olan Tarık Özbilgen bu amaca uygunluk tartışmasını “*hukuk sosyolojisi alanında değer yargısının zorunluluğu*” tartışması içinde eleştirel bir perspektifte ele almaktadır. Özbilgen’in etiyojoloji (nedenbilim)–aksiyoloji (değer teorisi) gerilimi (hem bağlantı hem de çatışma anlamında) ile ilgili yaptığı çözümleme üzerinden “*yasa sert de olsa yasadır ama...*” ile başlayan pek çok itirazı temellendirebilmek mümkün görünmektedir. Bu çalışmada öncelikle Tarık Özbilgen’in Türk hukuk sosyolojisi gelene-

ğindeki yeri ortaya konulduktan sonra Özbilgen’in “*etik sosyal düzen*” tasarımı içinde hukuk sosyolojisinde değer yargısının zorunluluğu hakkındaki yaklaşımı ana hatlarıyla değerlendirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Tarık Özbilgen, hukuk sosyolojisi, değer yargısı, etiyojoloji, aksiyoloji

## GİRİŞ

Hukuk sosyolojisinin müstakil bir ders olarak hukuk fakültelerinin öğrenim planına dahil edilmesine zemin hazırlayan 1933 Üniversite Reformu, Türkiye’de hukuk sosyolojisinin akademik bir alt disiplin olarak kurumsallaşma süreci bakımından bir dönüm noktası olmuştur. Zira 1933 öncesinde hukuk ile sosyolojinin ilişkilendirildiği pek çok eserle karşılaşılmasına rağmen bu ilişkiye bağımsız bir akademik kimlik tayin edilmemiş, ya genel (umumi) sosyoloji altında ya da pozitif hukuk disiplinlerinde bir “bakış açısı” olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda Türk hukuk sosyolojisi düşüncesinin gerçek anlamda şekillenmesi 1933

1 Sosyolog, İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, E-posta: serap.ok.tepe84@gmail.com

sonrasına tekabül etmektedir. Henüz yeni kurulmuş bir cumhuriyette devlet inşası kadar toplum inşasının da zorunlu olduğu bilinci, bu inşa sürecinin en önemli bileşenlerinden biri olan hukukun kültürel bir bakış açısıyla zenginleştirilmesi fikrini de ortaya çıkarmıştır.<sup>2</sup> Bu fikrin kendisini en çok hissettirdiği alanlardan biri şüphesiz hukuk sosyolojisi olmuştur. Bir hukuk kültürünün olgunlaştırılmasında hukuk felsefesi ve hukuk tarihi ile birlikte belirleyici alanlar arasında sayılan hukuk sosyolojisinin kendisini özgün bakış açısıyla ortaya koyan öncülerden biri de Tarık Özbilgen olmuştur.

Gerek metodoloji gerek içerik gerekse üslup açısından Tarık Özbilgen’in hukuk sosyolojisi düşüncesine atfedilebilecek ilk nitelik “özgünlük” olacaktır. Zira yazar ismi karartılmış bir hukuk sosyolojisi çalışması yüzeysel bir şekilde incelense dahi ilgili çalışmanın müellifinin Tarık Özbilgen olduğu ifade edilebilir. Bunu mümkün kılan en önemli özellik ise Özbilgen’in dönemi itibariyle “nevi şahsına münhasır” kabul edilebilecek bir terminolojiyle geliştirdiği yazım stilidir. Kabul etmek gerekir ki hukuk sosyolojisi gibi sert bir zeminde ayırt edilebilir ayak

izleri bırakmayı başarmak dahi tek başına önemlidir.

Esasında Özbilgen’in dil konusundaki hassasiyeti ve terminoloji tercihi<sup>3</sup>, aynı zamanda politik bir duruş sergileme iradesinin de tezahürüdür ki bunu Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri eserinin önsözünde “*gerek bilim ve kültürün gelişimini olanaklı kılmak, hiç değilse kolaylaştırmak; gerekse ulusumuzun insanlığı temsil eden Batı supranasyonal global toplumu ile entegrasyonunu sağlamak için Osmanlıcadan tüm arınmış ve fakat Batı dillerinden yapılan resepsiyonlarla zenginleştirilmiş bir kültür dili meydana getirmek*”<sup>4</sup> diyerek açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu tavrı ile hukuk sosyolojisine yaklaşımı ve ona yüklediği anlam bakımından hocası Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu’nu hatırlattığını söylemek mümkündür.

Özbilgen’in “özgünlüğü”nü ortaya koyan göstergelerden biri de hukuk sosyolojine getirdiği “eleştirisel” bakıştır. Özbilgen’in eserlerinde ön plana çıkan “eleştirisellik” kavramı, genelde sosyolojisinin, özeldense hukuk sosyolojisinin o dönem itibariyle ihmal edilen ahlâksal karakterinin ön plana

2 Ziyaeddin Fahri FİNDİKOĞLU, İçtimaiyat, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, s.16.

3 Özbilgen’in terminolojisiyle ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Kasım AKBAŞ, “Ders Kitaplarındaki Hukuk Sosyolojisi”, *HFSA* 18 (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ/ Gülriz UYGUR), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 190.

4 Tarık Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971, s. VIII

çıkarılması açısından önemlidir.<sup>5</sup> Özbilgen Comte, Durkheim, Duverger gibi düşünürlerin etkisindeki pozitivist eğilimlerin gölgesi altında “değer yargısı” kavramına derin bir antipati hatta bir fobi geliştirildiğini ileri sürer. Bu nedenle ahlâktan kopuş eğiliminin söz konusu olduğunu eleştirel bir bakış açısıyla ortaya koyar. Bu eğilimi temelden reddetmekle yetinmeyip hukuk sosyolojisi açısından moralizasyonun adeta bir varlık koşulu olduğunu, bu bağlamda sosyolojik temelde kurulan hukuk–ahlâk ilişkisinin bir tercih değil, bilakis bir zorunluluk olarak algılanması gerektiğini kararlılıkla belirtir. Özbilgen’in bu kararlılığı ahlâkın sosyal alana müdahil olmasını bir işgal (tasallut) olarak gören pozitivist-sosyolojist anlayışa esaslı bir karşı koyuş olarak kabul edilebilir.<sup>6</sup> Bu bağlamda Özbilgen; kendi deyimiyle moralizasyonu hukuk sosyolojisinin pozitivist damarını hem besleyen hem de dengeleyen bir unsur olarak kabul etmiş, “değer yargısı” kavramıyla hukuk sosyolojisi arasında oluşturulmaya çalışılan uyumsuzluğun tehlikesini apaçık bir şekilde görünür kılmıştır.

Bu çalışmada Özbilgen’in hukuk sosyolojisine kimlik kazandıran “değer yargısının zorunluluğu” bakış açısı ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede Özbilgen’in genel hukuk sosyolojisi düşünce evre-

niyle tutarlı bir yol izleyebilmek adına, yapılacak değerlendirmelerin odağına “ama” bağlacı yerleştirilecektir. Kanaatimizce Özbilgen’in gerek “değer yargısı” kavramını sosyal düzenin ayrılmaz bir parçası haline getirme isteği, gerekse ahlâki, hukuk sosyolojisinin fonksiyonel bir bileşeni olarak anlama çabası açısından ileri sürdüğü itirazların bütünü yine kendi deyimiyle “pozitivizmomani” içindeki hukuk anlayışına karşı dile getirdiği esaslı bir “ama” ile özetlenebilir. Küçük bir kelime oyunuyla somutlaştırmak gerekirse, Özbilgen’in pozitivistliğe karşı yüksek sesle vurguladığı “ama”, ahlâktan yoksun bırakılan bir hukuk sosyolojisinin “âmâ” yani kör kalacağı tespitiyle örtüşürülebilir.

### **TARIK ÖZBİLGEN’DE HUKUK-HUKUK SOSYOLOJİSİ ANLAYIŞI**

Özbilgen’in hukuk sosyolojisi anlayışını daha sağlam temeller üzerine konumlandırabilmek için onun genel olarak hukuka bakışı ele alınmalıdır. Bu bağlamda kendisinin “Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri” eserini “Eleştirel Hukuk Sosyolojisine Giriş” olarak kabul etmek kanaatimizce abartılı olmayacaktır. Dolayısıyla öncelikle Özbilgen’in hukuk tanımı ve bu tanımı mümkün kılan sistematikten hareketle hukuk sosyolojisini nasıl ko-

5 ÖZBİLGEN, 1971, s. XI; AKBAŞ, 2008, s. 191.

6 ÖZBİLGEN, 1971, s. XI.

numlandığı üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Özbilgen’e göre hukuk; sosyal bir realiteyi etik değerler açısından düzenleyen normlar kompleksidir, yani sistemidir.<sup>7</sup> Yine Özbilgen tarafından yapılan bir diğer tanıma göre de hukuk, sosyal yaşamı ahlâksal değerlere göre düzenlemeyi amaçlayan, maddesel yaptırımlarla donatıma elverişli davranış kuralları arasındaki ilişkiler kompleksidir.<sup>8</sup> Birbirini destekleyen bu iki tanım, kendisinin üç katmanlı hukuk anlayışını da ortaya koyması bakımından değerlidir. Zira Özbilgen’e göre hukuk tridimensiyonality olarak nitelendirdiği üç katmanlı bir yapının, bu katmanların zorunlu ilişkisine dayanan bir bütündür. Esasında kendisi “dimensiyon”u bir terim olarak kullanırken “unsur, eleman, bileşen” gibi Türkçe karşılıklarına da yer vermektedir ancak kanaatimizce bu “dimensiyon”ları ele alış ve konumlandırış biçimi bunların birer “katman” olarak kabul edilmesine imkân sağlamaktadır.<sup>9</sup> Zira Özbilgen’in “dimensiyon” konumlandırması horizontal değil vertikaldir.

Özbilgen’in işaret ettiği bu katmanlar kendisinin yukarı yönlü sıralamasıyla etik katman, sosyal realite katmanı ve normatif katmandır. Her

ne kadar “Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri” kitabında yüzeyden derine yani normatif katmandan etik katmana doğru bir seyir takip etmiş olsa da eserin girişinde bunun bir ders kitabı olduğunun bilinciyle yapılan bir tercih olduğunu vurgulamıştır. Esasında hukuk anlayışının etik temeller üzerinde inşa edilen toplumsal gerçekliğin korunabilir ve sürdürülebilirliğini sağlayacak pozitif kurallar silsilesinde ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Burada etik katmanı temele alarak, etik ilkelerin (ki burada kastettiği öncelikle doğal hukuk düşüncesinde şekillenen rehber ilkelerdir) yasa koyucu iradenin tezahürü olan pozitif hukuk kurallarını öncelediği kabulünü yansıtır. Etik katmanın hemen üstüne sosyal realite katmanını yerleştirir. Ona göre sosyal realite, yani toplumsal gerçeklik etik değerleri referans olarak inşa edilir. Fakat bu ilkeler inşa edilen toplumsal gerçekliğin sürdürülebilirliğini güvence altına alamamaktadır. Bu nedenle maddi yaptırımlarla desteklenen ve kendi deyimiyle yönetmeci bir iradenin ürünü olan (bu yönüyle pozitif olan) davranış kurallarına ihtiyaç vardır.<sup>10</sup>

Kanaatimizce Özbilgen’in bu çözümlenmesi son derece önemlidir. Ni-

7 Tarık ÖZBİLGİN, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 27.

8 ÖZBİLGİN, 1976, s. 28.

9 ÖZBİLGİN, 1976, s. 4.

10 ÖZBİLGİN, 1976, s. 3.

tekim kendisinin hukuk düşüncesi bakımından taşıyıcı katman sosyal realite katmanıdır. Bu katman, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında adeta bir katalizör görevi üstlenen, iki katmanı dengeleyen her iki katmanı birbirine bağlayan, daha da önemlisi her iki katmanı birbirinden haberdar eden katmandır.

Burada Özbilgen'in hem hukuksal hem de politik bakışında kendini net bir biçimde gösteren aşırılıkların tehlikesinden kaçınma refleksini görmek de mümkündür. Gerçekten Özbilgen'in hukuk anlayışına salt doğal hukukçu ya da pozitivist şeklinde bir kimlik atfetmek mümkün değildir çünkü bunlardan birine bir diğerinden fazla anlam ve değer biçildiğinde denge içine kalması gereken tridimensiyonlitenin bozulacağını kabul eder. Başka bir ifadeyle doğal hukukçu ve pozitivist anlayışı birbirlerine karşı değersizleştirmez ve aslında mücadele edilmesi gereken temel problemin bu iki kutup arasındaki "değersizleştirme" çabasından kaynaklandığını ifade eder. Dolayısıyla anılan iki kutbun dengeli olması gerektiğine vurgu yapar. Bu dengenin sağlayıcısı sosyal realite katmanıdır ve bu katmanın temel disiplini de hukuk sosyolojisidir.<sup>11</sup> Özetle, Özbilgen için hukuk sosyolojisi, hukukun varlık bütününe dengeleyen, koruyan

ve sürdüren sosyal realiteyi anlamının olanağıdır.

Özbilgen'in hukuk sosyolojisini bu şekilde konumlandırması kaçınılmaz olarak eleştirel bir karakteri de beraberinde getirmektedir. Özbilgen, hukuku normlardan ibaret sayan hukuksal pozitivizm ve normativizmin de sırf değer olarak kabullenen doğal hukukçu görüşün de ve nihayet norm ve değer varlığını görmezden gelerek sadece sosyal olguya indirgeyen sosyolojik pozitivizmin de birtakım eksiklikleri barındırdığını belirtmektedir.<sup>12</sup> Bu noktada en çok hukuksal pozitivizme yoğunlaşmıştır. Bu yoğunlaşmanın odak noktası da "değer yargısı" kavramının ikinci plana atılması, sosyo-moral alanın pozitif hukuk ile ilişkisinin adeta değersizleştirilmesi olmuştur. Söz konusu ikinci plana atma veya değersizleştirme eğilimi sosyal bilimlerin deney odaklı yaklaşımlarının bir sonucu olarak değerlendirmiştir. Özellikle 19. yy. sonu 20. yy. başında sosyal bilimlerin yöntem açısından doğa bilimlerini referans almaları, Özbilgen'in deyimiyile de "sosyal bilimlerin doğa bilimlerini taklitçiliği" bu sonucu ortaya çıkarmıştır. Hatta Comte'un sosyolojiye karşılık gelecek şekilde "toplumsal fizik" terimini tercih etmesine getirilen eleştiriler de buradan kaynaklanmaktadır. Sosyal bilimlerin yönetsel açıdan doğa bi-

11 ÖZBİLGİN, 1976, s. 5 vd.

12 ÖZBİLGİN, 1971, s. 67 vd.



limlerini yakından takip etmesinin doğal yansıması da determinist zincirin değer yargılarından arındırılmasıdır. Bu doğa bilimleri için kabul edilebilir bir yansıma olabilir ama sosyal bilimlerde özellikle sosyoloji gibi sosyal fenomenlerin esas alındığı bir alanda “değer” kavramının, moralitenin bypass edilmesi düşünülemez. Özbilgen bu durumun altını çizirken her sosyal fenomenin veya kurumun bir ahlâk anlayışına göre varlık göstereceğini işaret etmektedir. Bu nedenledir ki, sosyolojinin temel görevlerinden birinin de ahlâkın yeniden yapılandırılması, rekonstrüksiyonu olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda Gurtvich’i de referans alarak ahlâkın sadece felsefenin, özeldense hukuk felsefesinin tekeline bırakılamayacak kadar önemli olduğunu, ahlâkın metafizik alandan reel alana geçişinin sosyoloji ile mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Burada özellikle hukuksal pozitivizmin hukuk kurallarının içeriğini yasa koyucu iradesine indirmesinin, sosyal realitenin “belirleyen” konumundan “belirlenen” konumuna çekmesinin hukuk sosyolojisine varlık alanı tanımayacak bir raddeye ulaşmasını ciddi bir şekilde eleştirmektedir.

Sosyal olgular hakkındaki değer yargılarını kamuoyu araştırmalarının sonuçlarından çıkarmaya çalışmak beyhudedir; zira genelde sosyolojiyi, özeldense hukuk sosyolojisini bir sosyal olgu karşısında sadece cevap veren

değil aynı zamanda cevap arayan bir kimliğe kavuşturmak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle sosyolojiyi ve dolayısıyla hukuk sosyolojisini “o halde” ile başlayan yargılarla sınırlı tutup, “neden” sorusunu sormaktan ve ardından “çünkü” ile başlayan yanıtlar aramaktan mahrum bırakmamak gerekir. Bu tespiti hukuk–ahlâk ilişkisi bağlamında Özbilgen’in sözleriyle özetlemek gerekirse;

“Evet hukuk, ahlâksallıkla belirli –yani ayırt edici karakterlerinden biri ahlâksallık olan– bir davranış kuralıdır. Örneğin ‘her yurttaş, diktatörün her dediğini yerine getirmekle yükümlüdür, buna uymayanlar hapisle cezalandırılır.’ biçimindeki bir kural, bir hukuk kuralı sayılmaz. Zira bu, ‘herkes hasta olan annesini öldürecek tir’ yolundaki bir diktatör buyruğuna uymayı da içerir ki, böyle bir buyruğu hukuk diye kabullenmek, herhalde hukuka sövgüden öteye bir anlam taşımaz.”<sup>13</sup>

İşte Özbilgen için pozitif hukukun “ama” ile imtihanı burada başlar ve bu imtihan açıkça hukuk sosyolojisinin etkin olduğu imtihandır. Bu yönüyle Özbilgen’in hukuk sosyolojisi adeta bir “ama sosyolojine” dönüşmektedir ve buradaki “ama”nın içi değer kavramıyla doldurulmaktadır.

13 ÖZBİLGİN, 1976, s. 19.

## HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN DEĞER YARGISININ ZORUNLULUĞU VE ETİYOLOJİ-AKSİYOLOJİ BAĞLANTISI

Özbilgen'in hukuk sosyolojisi perspektifinde buraya kadar çizilmeye çalışılan çerçeve bir bütün olarak somutlaştırılmak istenirse şüphesiz birbirini takip eden şu iki başlığı ele almak gerekecektir. Bunlar "hukuk sosyolojisi alanında değer yargısının zorunluluğu" ve "etiyojoloji (yani nedenbilim)-aksiyoloji (değer teorisi) bağlantısı"dır.

Özbilgen hukuk sosyolojisi alanında değer yargısının zorunluluğunu tartışırken hırsızlık örneği üzerinden hareket etmektedir. Bir suç olarak hırsızlığın yasalarca tanımlanmasının, bu eylemin niçin bir suç olarak düzenlendiğine tek başına yanıt veremeyeceğinin üzerinde durmakta ve hırsızlık olarak nitelendirilen eylemin esasında kendisine izafe edilen değer yargısıyla birlikte suç haline geldiğini vurgulamaktadır. Bunu vurgularken de "*değer yargısı meselesi etiğin meselesidir, sosyolojiyi ilgilendirmez*" savına da kararlı bir şekilde karşı koymaktadır. Bu karşı koyuş da hukuk sosyolojisinin aksiyolojik yani değer meselesine dair teorik tartışmaların sosyolojik araştırmalarda birincil seviyede göz

önünde bulundurulmasına zemin hazırlamıştır.<sup>14</sup> Başka bir ifadeyle Özbilgen'e göre aksiyoloji hukuk sosyolojisi söz konusu olduğunda kendisini evinde hissetmelidir.

Buradan bir adım öteye geçildiğinde hukuk sosyolojisi zemininde etiyojoloji-aksiyoloji gerilimiyle karşılaşmaktadır. Buradaki gerilimi hem bir bağlantı hem de bir çatışma alanı olarak iki açıdan ele almak gerekmektedir. Hangi açının öne çıkarılacağı hukuk sosyolojisinde değer meselenin nasıl ele alındığına göre değişkenlik gösterir. Örneğin Özbilgen'in kararlı eleştirilerinin merkezindeki pozitivist sosyoloji anlayışı ya da sosyolojist anlayış penceresinden hukuk sosyolojisinin etiyojoloji ve aksiyoloji ile ilişkisi ancak bir çatışma ile nitelendirilebilir. Ancak Özbilgen'in işaret ettiği gerilim bağlantı kurma anlamındadır. Ona göre sosyoloji "*maddesel olayları inceler, ampirik olayların etiyojolojisiyle ilgilenir*" yani nedenleri araştırmaktadır.<sup>15</sup> Bu ampirik olaylar sadece ampirik alemi gözlemlemeyle çözülebilseydi, sosyolojinin işi çok kolay olurdu çünkü ortada sadece mantık ilkeleriyle şekillenmiş, sosyo-moral değer yargılarından arındırılmış, kausal yani nedensel zincirlerle çevrelenmiş çıplak bir sosyal düzen söz konusu olurdu. Ne var ki, bunun mümkün olamaya-

14 ÖZBİLGİN, 1971, s. 74.

15 ÖZBİLGİN, 1971, s. 75.

çağı apaçık ortadadır. İnsan için ahlâk varsa, din varsa, örf-adet varsa, kültür varsa, bunların hepsini kapsayacak bir değer kavrayışından söz edilebiliyorsa –ki tartışmasız edilmektedir– o halde toplumu, sosyal realiteyi, sosyal olguları, ampirik olayları, özetle genel olarak sosyolojinin özel olarak da hukuk sosyolojisinin varlık alanını bunlardan yalıtılmış bir şekilde kurgulamak olanaksızdır.<sup>16</sup> İşte gerek hukuksal gerekse sosyolojik pozitivizmin karşısına diktiği, onları sınıdığı, onları kendilerini öz sınımaya davet ettiği “ama” burada, yani hukuk sosyolojisi temelinde etiyojoloji–aksiyojoloji ilişkisinde somutlaşmaktadır: “Evet yasa böyle diyor ama neden? Evet bir kimsenin malını çalmak, bir kimseyi öldürmek suçtur, yasa bunu söylüyor ama neden?”

Özbilgen’den anlaşılan odur ki, bu soruları hukuk sosyolojisi sorduğunda verilecek yanıtların ayağı muhakkak yere basacaktır. Çünkü verilecek her yanıt sosyal realite içinde hem ampirik hem de aksiyolojik temellere oturtulacaktır. Özbilgen’in hukuk sosyolojisi anlayışı açısından bu nokta belki de bir kilit taşıdır. Bu değerlendirme Özbilgen’in ifadeleriyle sonlandırılmalıdır:

“Ahlâk doğrudan, hukuk ise dolaylılıkla değer ile ilgili olduğundan aksiyolojinin kapsamına girdiği cihetle etiyojolojik araştırmalar zorunlulukla

aksiyojolojiye götürmekte, hukuk sosyolojisi alanında etiyojoloji, aksiyolojii ile eşşel bir yol izlemektedir.”<sup>17</sup>

## SONUÇ

Tarık Özbilgen’in hukuk sosyolojisi düşüncesinin yörüngesi hukuk ve toplum arasındaki ilişkinin tüm boyutları ve ayrıntılarında “değer yargısı” fikrinin öncelikle ve özellikle gözetilmesi, bunun yanında pozitif hukukun da her zaman aksiyolojik sınımaya tabi tutulması gerekliliğidir. Bu gerekliliğinin içselleştirilmesini iki alanın “sağlaması”yla sınıamak ve tartışmak mümkündür. Bunlardan birincisi sınır durumlarında hukukun uygulanabilirliğidir. Sınır durumlardan kastettiğimiz şey nedir? Tam anlamıyla gri alanlardır. Hukuk ve din gibi normatif düzen mekanizmalarında siyah ve beyaz alanlarla ilgili hüküm oluşturmak görece daha rahattır. Ancak gri alanlarda hangi tonun daha baskın olduğu üzerinden bir hükme ulaşmak her zaman zor olmuştur; zira bir toplumsal düzenin sürdürülebilirliği her durumda siyah veya beyaz hükmünün verilebilmesine bağlıdır, griler çözüm getirmez. Her gride siyah mı baskın beyaz mı, bunun ölçülmesi ve baskın olan ton üzerinden hüküm verilmesi gerekir. Bu bakımdan gri alanlar hukukta da sınır alan olarak ifade edilebilir. Bu tür alanlar genellikle özgürlüğün güvenliğe feda edildiği

16 ÖZBİLGİN, 1971, s. 76.

17 ÖZBİLGİN, 1971, s. 76.

alanlar olur. Korkuyla baş etmek için en kestirme yol silahları keskinleştirmektir. İlk keskinleşenler de en etkili silahlardır, bunların başında da hukuk gelir. İşte daha önce hatırlattığımız “yasa serttir ama yasadır” sözüne itaatin temelinde de bu korkuyu görmek mümkündür. Niklas Luhmann’ın meşhur tiktak bomba örneğinden yola çıkıp işkencenin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılması, yurttaş-düşman kategorileri oluşturularak hukukun da bu kategorilere göre uygulanması, sivil itaatsizlik eylemlerinin anarşi ve teröre indirgenerek tartışmasız cezalandırılması sınır durumlarda korkunun bizi değer tartışmasından uzaklaştırdığına birer örnek olarak düşünülebilir. Lakin unutmamak gerekir ki, en kısa yol her zaman en güvenli ve doğru yol değildir. İşte Özbilgen’in hukuk sosyolojisinde moraliteye yüklediği anlam ve değer bu tür sınır durumlarda sergilenen katı pozitivist tutumların sınanmasına olanak tanıyacaktır.

İkinci sağlama ise toplumsal realitenin pozitif hukuka yön verici karakteri ile ilgilidir. Bu özellikle cezalandırmaya ilişkin meselelerde ön plana çıkmaktadır. Özbilgen’in de üzerinde durduğu gibi önemli olan yeni suçlar türetip bu suçlara ağır cezalar yüklemek değildir. Bunun bireyler üzerinde yaratacağı korkunun toplumsal etkisinden medet ummak sorunun yanlış

teşhis edildiğinin göstergesidir. İnsanlık tarihinin hiçbir döneminde cezalar ağırlaştırılarak suçlar önlenememiştir. Bu suçların toplumsal temelleri araştırılıp temelde yatan sosyolojik probleme odaklanılmadıktan sonra pozitif hukuk tek başına bir çare sunamamıştır. Öyle olsa vaktiyle ölüm cezası öngörülen suçların hiç işlenmemesi beklenirdi. Örneğin Artun Ünsal’ın *Kan Davası* adlı eserinde bu gerçekle yüzleşmek mümkündür.<sup>18</sup> Günümüzün önemli mücadele alanlarından kadına karşı şiddetle mücadelede yapılan şey sadece ilgili kanunlarda yeni suçlar oluşturmak veya mevcut suçların cezalarını ağırlaştırmaktır. Fakat bunun bir çözüm getirmediği açıktır. Sadece caydırıcılığa ümit bağlamak fazla iyiniyetli olmaktır. Bu ve benzeri alanlarda toplumsal realiteyi gözler önünde seren sosyolojik çalışmaları merkeze almadan gerçekçi çözümleri yakalayabilmek olanaklı görülmemektedir.

İşte Özbilgen’in hukuk sosyolojisini doğal hukuk ile pozitif hukukun arasına bir denge unsuru olarak konumlandırması, pozitif hukukun gücünü toplumsal realiteden alacağına dair kararlı vurgusu, “evet bu eylem neden suç olmalı?”, “bu suçun cezası neden arttırılmalı?” “bu tercihlerle beklediğimiz sonuçlara ulaşmak mümkün mü?” sorularına yanıt bulmanın ancak hukuk sosyolojisiyle mümkün olabileceği dü-

18 Artun ÜNSAL, *Kan Davası*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.

şüncesi pozitif hukuk yaratıcılarının kulak vermesi gereken uyarılardır.

#### KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Kasım, “Ders Kitaplarındaki Hukuk Sosyolojisi”, **HFSA 18** (Hazırlayanlar: Hayrettin ÖKÇESİZ/ Gülriz UYGUR), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008
- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, İçtimaiyat, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.
- ÖZBİLGİN, Tark. **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- ÖZBİLGİN, Tark. **Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971.
- ÜNSAL, Artun, **Kan Davası**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.

# Yargıç ve Empati

Mehmet Akif TUTUMLU<sup>1</sup>

## Özet

Bir insanın kendisini karşısındaki insanın yerine koyarak onun düşüncelerini doğru olarak anlama, duygularını hissetme ve bu durumu ona anlatma süreci olarak tanımlanan empatinin yargıç tarafından kullanılması, başka anlatımla yargıcın yargısal faaliyetlerinde empati yapması acaba onun tarafsızlığını zedeler mi? Bu soruya olumsuz yanıt verdiğinde bu kez empatinin sınırlarını çizme sonucu ortaya çıkar. Bu çalışmada her iki soru ve sorunun işlenmesine, çözüm yolları üzerinde düşünce geliştirmesine yönelik bir amaç gütmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** yargılama, yargıç, empati, sempati, takdir yetkisi

## I. Empati Kavramı

### A. Kavramın Kökeni

Empati kavramının dünya kültür tarihine girişi, estetik kuramıyla ünlü Alman filozof Theodor Lipps'in

**einfühlung** kavramıyla olmuştur. Empati anlamına gelen bu kavram, kişinin kendisini algı nesnesine yansıtmasını ifade eder. Yani içeriden hissederek bir şeyin içine girmek, örneğin hissederek bir tablonun, bir romanın içine girmektedir.

Bu terim daha sonra 20. yüzyılın başlarında İngiliz psikolog Edward Brodford Titchener tarafından psikoloji literatürüne aktarıldı.<sup>2</sup>

### B. Tanımlar

Empati, Fransızcadan (*empathie* sözcüğünden) dilimize girmiş bir sözcük<sup>3</sup> olup,<sup>4</sup> günümüz Türkçesinde bu sözcüğe karşılık olarak *duygudaşlık* terimi önerilmiştir.<sup>5</sup> Ancak biraz sonra empati türlerini açıklarken anlaşılacağı üzere, duygudaşlık terimi empati türlerinin tümünü karşılamadığı için biz bu

<sup>1</sup> Yargıç, Ankara, E-posta: mehmetakiftutumlu@gmail.com

<sup>2</sup> Alfie KOHN, *İnsan Doğasının Aydınlik Yüzü*, Çev.: Yiğit Ataman, Görünmez Adam Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 160.

<sup>3</sup> Bkz. *TDK Sözlük*, empati maddesi, *tdk.sozluk.gov.tr*, Erişim Tarihi: 23.9.2019.

<sup>4</sup> *Nişanyan Sözlük*'te empati sözcüğünün eski Yunanca'da en+pathia (hissetme, duyma) sözcüğünden kaynaklandığı, bu terimin 1900 yılında Almanca *einfühlung* sözcüğü ile karşılandığı ve buradan İngilizce'ye *empathy* şeklinde geçtiği ileri sürülmüştür. Sevan NİŞANYAN, *Nişanyan Sözlük*, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, Liber Plus Yayınları, Ankara 2018, s. 223.

<sup>5</sup> *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2015, s. 330; ayrıca bkz. *TDK Sözlük*, empati maddesi, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 580.

çalışmada empati kelimesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde duygudaşlık olarak ifade edilen empati kavramı şöyle tanımlanmıştır:

“Aynı duyguları paylaşma; kendini duygu ve düşüncede bir başkasının yerine koyabilme.”<sup>6</sup>

*Selçuk Budak* tarafından hazırlanan *Psikoloji Sözlüğü*'nde ise empati kavramı şöyle açıklanmıştır:

“Başkalarının düşünce ve duygularının ve bunların muhtemel anlamlarının objektif bir şekilde farkında olma, karşısındakinin duygu ve düşüncelerini temsili olarak yaşama. Bu haliyle hem bilişsel hem de duygusal bir süreçtir, kişinin kendini karşısındakinin durumunda hayal etmesiyle, mendi benzer deneyimlerini hatırlamasıyla gerçekleşir.”<sup>7</sup>

Anılan kavramın *Felsefe Ansiklopedisi*'ndeki izahı ise şöyledir:

“Empati, bir insanın kendisini karşısındaki insanın yerine koyarak onun düşüncelerini doğru olarak anlama, duygularını hissetme ve bu durumu ona anlatma sürecidir.”<sup>8</sup>

Empati, karşısındaki *doğru* anlama ve algılama işlemidir. Bunun için kişinin kendi ölçütlerini değil, muhatabının anlam dünyasının ölçütlerini kullanması gerekir.

Empatinin bilimsel alanda da, neredeyse yazar sayısı kadar tanımı bulunmaktadır.<sup>9</sup> *C.G. Rogers*'ın tanımı<sup>10</sup> kanımızca kavramı yeterince aydınlatan bir tanım olup şöyledir:

“Bir kişinin kendisini karşısındaki kişinin yerine koyarak olaylara onun bakış açısıyla bakması, o kişinin duygularını ve düşüncelerini doğru olarak anlaması, hissetmesi ve bu durumu ona iletmesi sürecine empati adı verilir.”

## B. Sempatiden Farkı

Empati ile sempati akraba kavramları gibi bir izlenim verse de özünde farklı anlamları olan kavramlardır. Empatide kişinin karşısındaki anlaması esastır, onunla özdeşleşmesi söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, empati, adeta bir başkasının ayakkabılarını giyebilmek ve onlarla hissetmektir; ancak bu durum, o kişiyle birlikte üzümlüp kederlenmek, yani benzer duy-

6 *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 580.

7 Selçuk BUDAK, *Psikoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2003, s. 258.

8 Şennur TUTAREL-KIŞLAK, “Empati”, *Felsefe Ansiklopedisi* içinde (Editör: Ahmet Cevizci), Cilt 5, Eba-bil Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 425.

9 Çeşitli tanımlar için bkz. Cavit ÜNAL, “İnsanları Anlama Kabiliyeti”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 3, 1972, s. 79; Nuri BİLGİN, *Sosyal Psikoloji Sözlüğü*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003, s.101-102.

10 “Bir kişinin kendisini karşısındaki kişinin yerine koyarak olaylara onun bakış açısıyla bakması, o kişinin duygularını ve düşüncelerini doğru olarak anlaması, hissetmesi ve bu durumu ona iletmesi sürecine empati adı verilir.” C.R ROGERS, *Carl Rogers on Encounter Groups*, HarperCollins, New York 1970, aktaran: Üstün DÖKMEN, *İletişim Çatışmaları ve Empati*, 47. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2012, s. 157.



guları duyumsamak, sempati duymak demek değildir. “**Sempatide anlamak değil, yandaş olmak esastır, diğerine hak vermek söz konusudur.**”<sup>11</sup>

### C. Özdeşleşmeden Farkı

Empati, temelde bilince dayalı, bilişsel bir faaliyettir. Derhal kavranamayan faaliyetleri *taklit* ve *çıkar-sama* yoluyla anlamak için gösterilen zihinsel bir çabadır. Oysa özdeşleşme, kendine özgü hiçbir taklitçiliği gerektirmeyen, bilinçli bir çabaya dayalı olmayan, dahası bilinçsiz, heyecansal bir psikolojik durumu ifade eder.<sup>12</sup>

## II. Empati Türleri

### A. Temel Empati

Başkalarının hislerini paylaşmak, sözsüz duygusal işaretleri okumak şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>13</sup> Başka bir deyişle temel empati, duyguları okumaya dayalı bir beceridir. Bu yeti de ayna nöronlar olarak adlandırılan sinir hücreleri sayesinde olmaktadır. Nöronlar, duyguların fark edilmesini ve fark eden kişiye bulaşmasını sağlamaktadır.

### B. Empatik İsalet

Başka birinin hislerini, düşüncelerini ve niyetlerini doğru şekilde anlayabilme becerisini ifade eder.<sup>14</sup> Bu becerinin temel empatiden farkı, başkasının doğrudan dile getirilmemiş hislerini ve düşüncelerini, çeşitli verilerden ve bağlamsal unsurlardan çıkarsama başarısını ortaya koymasıdır.

### C. Bilişsel Empati

Bu tür empatide kişinin kendisini başkasının yerine koyması, onun bakış açısını anlaması esastır. Bu tür empatiyi, merak eden, sorgulayan zihni melek sahibi kişiler becerebilir.<sup>15</sup>

### D. Duygusal Empati

Başkasının hissettiğini hisseden kişi, duygusal empatiyi gerçekleştirmiş olur.<sup>16</sup> Duygusal empatiyi sağlayan nörolojik yapıyı *Goleman* şöyle açıklamaktadır: “Duygusal empati, korteksin altında yer alan ve derinlemesine düşünmeden hızla hissetmeyi sağlayan, beynin evrim öncesi bölümlerinden amigdala, hipotalamus, hi-

11 TUTAREL-KIŞLAK, 2007, s. 425. (Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.)

12 ÜNAL, 1972, s. 7-6.

13 Yıldız Dilek ERTÜRK, *Davranışlarımız ve Biz, Sosyal Psikoloji Bakışıyla Kalabalık İçinde Ben Olmak*, Pozitif Yayınları, İstanbul 2017, s. 158.

14 ERTÜRK, 2017, s. 159.

15 Daniel GOLEMAN, "Empati Nedir?", *Duygusal Zekâ Empati*, Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınevi, İstanbul 2018, s.10-11.

16 Duygusal empati, korteksin altında yer alan ve derinlemesine düşünmeden hızla hissetmeyi sağlayan, beynin evrim öncesi bölümlerinden amigdala, hipotalamus, hipokampus ve orbitofrontal korteksin yönetimindedir. Bu merkezler, başkasının duygusal durumunun bize yansımaları sağlar.

pokampus ve orbitofrontal korteksin yönetimindedir. Bu merkezler, başkasının duygusal durumunun bize yansımını sağlar.”<sup>17</sup>

### E. Empatik İlgı

Bu tür empati, bir beklentiyi içerir: “Başkasının benden beklentisini sezdiğimde bu tür empatiyi gerçekleştirmiş olurum.”<sup>18</sup>

### F. Duyarlılık Empatisi

Bu tür empati, sosyal algı alanının empoze ettiği içeriğin **görünüm** itibarıyla kabul edilmesine dayanır. Başka bir deyişle, algılanan içeriğin arka planını oluşturan, davranışın gerçek motiflerinin bilgisini içermez.<sup>19</sup>

### G. Reflektif Empatisi

Reflektif empati, sosyal içeriğin görünüş itibarıyla değil, mesajın temelindeki motifler açısından kavranmasıdır.<sup>20</sup> Öte yandan reflektif empati sadece o anda oluşan etkilerden değil, yer ve zaman bakımından geniş bir alana yayılmış geçmiş yaşantılarını kapsamı bakımından duyarlılık empatisinden ayrılır.

## III. Empatinin

### Gerçekleştirilmesinin Koşulları

#### A. Duygusal Zekâya Sahip Olmak

Empati, ruhbilim alanına ait bir terimdir; esas olarak insanı anlamının bir aracı olarak işlev görür. Kişinin ilişkiye girdiği insanı tam olarak anlayabilmesi, belli bir anlama ve algılama düzeyine sahip olmasını gerektirir. Bu da *duygusal zekâyı* gerekli kılar. Duygusal zekâ, “*kişinin kendi duygularını anlaması, başkalarının duygularına empati beslemesi ve duygularını yaşamını zenginleştirecek biçimde düzenleyebilmesi için gerekli olan bir zekâ*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>21</sup>

Demek oluyor ki empatinin ön şartı, duygusal zekâyı sahip olmaktır.<sup>22</sup>

#### B. Hayal Gücüne Sahip Olmak

Başkasının hissettiğinin aynısını hissetmek mümkün değildir, zira her insanın hisleri özel ve biriciktir; tekrarlanamaz, birebir başkasına transfer edilemez. Dolayısıyla empati, doğal olarak üretilen bir edim değil, hayal gücü sayesinde mümkün olan başkası-

17 GOLEMAN, 2018, s. 12-13.

18 GOLEMAN, 2018, s. 10-11.

19 ÜNAL, 1972, s. 89.

20 ÜNAL, 1972, s. 89.

21 ERTÜRK, 2017, s. 165.

22 Nur Metin KORKMAZ, “Müsait Bir Zamanda Aynı Duyguda Buluşalım mı?”, *Psikeart*, Empati Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58, s. 49.

nı anlama biçimidir.<sup>23</sup> *Adam Smith* de başkasının duygusuna dair bir anlayış oluşturmamız için geçer tek yolun *tasavvurumuz* olduğunu ileri sürer.<sup>24</sup>

### C. Benmerkezci Tutumu Askıya Almak

Kişinin kendi duygu ve düşüncelerini, kısacası kendi varlık aktlarını merkeze alarak dünyayı algılaması ve yorumlaması, yani benmerkezci bir tutumla yaşamını idame ettirmesi, temel bir insani durumdur. Ancak empati kurmak için kişinin benmerkezci tutumunu bir kenara bırakması (askıya alması) gerekir. Yani kişi, kendi bakış açısından çıkararak, karşısındakinin bakış açısına yerleşmesini becermelidir, aksi halde tam bir anlamadan söz edilemeyecektir.

### D. Yüksek Duygusal Farkındalık ve Duyarlığa Sahip Olmak

Kişide duygusal duyarlılık ve farkındalığın yüksek olması doğal olarak onun empati düzeyini de yükseltir. Kendi duyguları ile barışık olmayan, onların üzerinde düşünmeyen kişinin başkasının duygularına önem verip onu anlaması mümkün değildir.

### E. Anlamanın İfade Edilmesi

Kişi, karşısındakinin anlamasına rağmen bu durumu ona ifade etmiyor, bir şekilde iletmiyorsa empati süreci tamamlanmamış demektir. Zira empati kişinin kendi egosuna değil, ötekine hizmet eden bir zihinsel-psikolojik süreç ve tutumdur.

### IV. Empati Duygusunun Kazanılması ve Geliştirilmesi

Empatinin insanda doğuştan var olan bir yeti olup olmadığı konusunda kesin bir bilimsel kanıt veya bulgu yoktur. Parma Üniversitesinde nörologların maymunlar üzerinde yaptığı bir araştırmaya göre, maymunların belli bir işi sadece kendileri yaparken değil, aynı şeyi yapan, örneğin muz yiyen bir başkasını izlerken de aktiveleşen beyin hücreleri keşfettiler ve bunlara “ayna nöron” adını verdiler. Bazı nörologlar bu ayna nöron kuramının insanlar için de geçerli olduğunu ileri sürdüler.<sup>25</sup> “Ayna nöronlar bize kavramsal akıl yürütme yoluyla değil, **doğrudan taklit yoluyla**; düşünerek değil, **hissederek** başkasının zihnini kavrama olanağı verir.”<sup>26</sup>

23 KORKMAZ, 2018, s.49.

24 Adam SMITH, *Ahlaki Duygular Kuramı*, Çev.: Berkay Tartıcı, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017, s. 19.

25 Tiffany Watt SMITH, *Duygular Sözlüğü*, Türkçesi: Hale Şirin, Kolektif Kitap, İstanbul 2018, s. 78.

26 Sandra BLAKESLEE, Cells That Read Minds, New York Times, 10 Ocak 2006; Jonah LEHRER, *Karar Anı, Beynimiz Karar Vermemizi Nasıl Sağlıyor?*, Çev.: Ferit Burak Ayder, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2010, s. 202 (Vurgular bana aittir, M.A.T.).

18. yüzyıl filozoflarından *Adam Smith* de 1759'da yayımladığı *Ahlaki Duygular Kuramı* adlı eserinde, empatinin insan doğasından kaynaklanan bir yeti olduğunu ileri sürer. Örneğin, der:

“Birisinin bacağına ya da koluna bir şey düşeceğini gördüğümüzde doğal olarak korunmaya çalışır ve kendi bacağı-mızı ya da kolumuzu çekeriz; düştüğün-de ise bir ölçüye kadar mağdurun yanı sıra biz de aynı acıyı hissederiz.”<sup>27</sup>

Bir dönem *Edmund Husserl*'in asistanlığını yapmış olan *Edith Stein*, 1916 yılında doktora tezi olarak sunduğu ve kültür tarihinde ihmal edilmiş bir felsefe klasiği sayılan *Empati Sorunu Üzerine* (On The Problem Of Empathy) adlı eserinde; başkalarının ruhsal durum ve öznel deneyimlerini çıkarım yoluyla değil, empati yetimiz sayesinde anlayabildiğimizi öne sürer. Empati, insanda verili olan, indirgenemez olan bir yönelimsellik durumudur. Dolayısıyla empatik edimlerimizde karşımızdakini salt bir beden olarak değil, bir birey, bir zihin olarak da algılarız.<sup>28</sup>

Doğuştan olsun veya olmasın, aslında empatinin bilinç temeli bebeklik çağında atılıyor. Bir annenin veya bakıcının çocuğu aynalaması ile bebeğe empatik tutum aktarılır. Anlaşıldığını hisseden, temel ihtiyaçlarının karşılandığını, sevildiğini anlayan bebek, böylece başkalarını anlayabilme yeteneğini de geliştirmiş oluyor.<sup>29</sup> Yapılan araştırmalara göre empati, yaşla birlikte artmaktadır.<sup>30</sup> Öte yandan empati geliştirilebilen bir yetenektir.<sup>31</sup>

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bu yetenek, olumsuz şartlarda kaybolmaktadır. Empati yeteneğini sonradan kazanabilmenin yolu zihinsel yetenekleri geliştirmekten geçiyor. Merak etmeyi ve sorgulamayı, açık uçlu sorular sormayı, hızlı yargılardan kaçınarak, olayları ve insan davranışlarının anlamı üzerinde düşünmeyi ilke edinen kişiler empati yeteneğini de geliştirmiş olacaklardır.

Okuma, empati kurma yeteneği kazandıran edimlerden biridir.<sup>32</sup> Okumadan kasıt sadece mesleki yayınları değil, edebi, felsefi ve kültürel diğer metinleri okumaktır. Özellikle nitelikli edebi yapıtlar, sinema filmleri ve

27 SMITH, 2017, s. 20.

28 Kris Mc DANIE/Edit STEIN: "Empati Sorunu Üzerine", *Felsefenin İhmal Edilmiş On Klasiği* içinde Türkçe Söyleyenler: İlke Aksu-Onur İşci, Heretik Yayıncılık, Ankara 2019, s. 212 vd.

29 Ece Tathan BEKAROĞLU, "Empati İle Acının Kaynaklarının Düellosu", *Psikeart*, Empati Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58, s. 59.

30 ÜNAL, 1972, s. 84.

31 TUTAREL-KIŞLAK, 2007, s. 425.

32 Ertuğrul YAMAN, *Ortak Yaşam Sanatı Uzlaşma Kültürü*, Eysem, Ankara 2018, s. 103.

tiyatro oyunları bize insan dünyasının karmaşık yapısı hakkında daha ince kavrayışlar, yeni duyarlılıklar kazandırmaması bakımından önemlidir.

## V. Empati Kavramının Hukukta Uygulanabilirliği (Yargısal Empati)

### 1. Öğreti

#### a) Olumsuz Yaklaşımlar

Yargı dünyasında, yargıçların yargılamada duygularını kullanmaları, bunu kararın gerekçesinde belirtmeleri, genel olarak, kabul edilmemektedir. Zira böyle bir tutumun yargıcın tarafsızlığına engel olacağı, dolayısıyla adaletsiz kararlara yol açacağı düşünülmüştür.

*Yasemin Işıktaç*, yargıcın, karar sürecinde, davada muhatap olduğu insanları *anlamaya gayret etmesi* gerektiğini ileri sürer.<sup>33</sup> Ancak yazar, empati konusunda şu görüşleri dile getirir:

“Yargıç sanıktan, kamuoyundan, toplumsal çevreden, siyasi karar ve konulardan olabildiğince az etkileneceği bir süreçte hüküm verebilmelidir. Bunun sağlandığı makul karar süreci, içgüdüsel, çelişmeci, öznel, coşkulu ve kişisel nitelikte olmamalıdır. **Karar vermede empati kurma süreci yargıda kullanılmaz. Yani içe bakış yöntemi, kendini**

**sanığın, yakınlarının ve tanığın yerine koyması doğru değildir.”<sup>34</sup>**

*Faruk Erem*, yargıcın kendisini sanık durumunda farz etmesi ve aynı olayda kendisinin nasıl hareket edeceğini düşünmesinin tavsiye edildiğini, fakat yargıcın kendisini ister sanık, ister mağdur yerine koymuş olsun varacağı neticenin hiçbir zaman objektif olamayacağını; zira her iki halde de yargıcın muhayyile ile ilgili bir ameliyeye başvurmuş olacağını, çoğunlukla ifrata kaçacağını ve psikolojide hatalı bir usul sayılan içe bakış metodunu kullanmış olacağını ileri sürmüştür.<sup>35</sup>

*Brenner Fissell*'a göre:

“Halk, politikacılar ve hâkimler, yargı empatisine muhalefette aynı hizadalar. Bu “anti-empatik dönüş”, derin entelektüel kökenlere sahiptir ve bu köklerin kazılması değerli bir iştir. Bu klasik hukuk ortodoksidir. Hem klasik hukuk ortodoksisini hem de modern adli empati eleştirmenleri, yargılamının nihai işlevini “hukukun üstünlüğünün” korunması olarak görürler ve buna göre “hukukun” ve “politikanın” keskin bir şekilde ayrılmasını ve hukuk kaynaklarının yalnızca akıl ve mantık kullanılarak uygulanmasını; duygusallığa (empatiye) yer verilmesini talep ederler.”<sup>36</sup>

*Sándor Marai*, *Buda'da Bir Boşanma* adlı romanında bir adli olay bağla-

33 Yasemin IŞIKTAÇ, *Adalet Psikolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 316.

34 IŞIKTAÇ, 2016, s. 314.

35 Faruk EREM, *Adalet Psikolojisi*, Sevinç Matbaası, 8. Bası, Ankara 1987, s. 326.

36 Brenner FISELL, "Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History", *Michigan State Law Review*, Vol. 817, 2016, s. 850.

mında empati konusunda yargıcın yaklaşımını şöyle anlatır:

Romanın başkışisi olan Yargıç Kövimes'i bir gece yarısı evine döndüğünde, kendisini sürpriz bir konuk beklemektedir: arkadaşı, Dr. Grenier. Boşanma davası açtığı eşini öldüren Grenier, olayın maddi ve psikolojik sebeplerini yargıç arkadaşına anlatmak ister; aslında anlatmak istediği biraz da varoluşsal bir duruma ilişkindir. Amacı, eski arkadaşlık hatırından yararlanmak değildir; istediği Yargıcın kendisini empatiyle dinlemesidir.

*“Gün ışıyınca göreve başlayacak olan yargıç beni anlayamaz. Elbette bir şekilde o da karar verir, bu görevi. Ama benim bu gece ihtiyacım olan yargıç o değil. Bana lazım olan yargıcın kürsüden inmesi lazım. Kendisinin de davanın bir parçası olabilmesi gerekiyor. Yukarıdan bakarak değil, yasaların prizmasından geçerek değil, bu davaya başka türlü yaklaşmalı. Yani senin anlayacağın, benim yargıcım aynı zamanda zanlı da olmalı ya da benim yargıcın biraz savcı, biraz avukat da olmalı. Yani tam anlamıyla tarafsız bir yargıç! Beni anlıyor musun?”*

Yargıç Kövimes, çocukluk arkadaşı Dr. Grenier'i dinledikten sonra onu şöyle yanıtlar.

*“İki türlü yargıç olmaz! Gece yarısının da yargıcı tektir, ki ona da vicdan derler...Karar diyorsun, karara ihtiyacın var, öyle anlıyorum. Dostum, karar büyük ve kutsal bir iştir. **Ben duygusal anlarda verilen duygusal ifadeler sonucunda bir karara varamam.** Karar tüm bunların üzerinde olan bir şeydir. Bizler, yani yargıç ve zanlı sadece kutsal kararın doğmasında birer aracız, dostum. Karar veren yer yüksek bir mercedir...Yargıçtan bir şey bekleme. Bu saatte o da sana yardım edemez. Ama eğer, bir dostunun yardımına ihtiyacın varsa, merak etme, bundan kaçmam, sana yardım ederim. Kedini toplu, ah-bap! Ne olmuş olursa olsun, insan olarak kalmalıyız...Yargıç sana yardım edemez. Ama acından pay üstlenirim, nasihatlerde bulunurum. Sonuçta hepimiz insanız. Ama insan olmamız hiçbir şeyin özrü olamaz.”<sup>37</sup>*

Görüldüğü gibi Yargıç Kövimes, yargıç sıfatıyla cinayet işlemiş olan arkadaşına empatiyle yaklaşma gibi bir tutumu benimsemez. Empatik yaklaşımı ancak bir arkadaş olarak benimser.

## b) Olumlu Yaklaşımlar

Ancak son yıllarda hukuk literatüründe bu görüşe katılmayan hukukçu ve yazarların fikirleri dikkat çekmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, bi-

<sup>37</sup> Vurgular bana aittir, M.A.T.

lişsel sürecin sonucu olan duyguların yargılara yansması engellenemez, zira her insan gibi yargıç da duygusal tepkiler verir; bu durumda tartışılması gereken duyguların reddi değil, duygulara yargılamada ne kadar önem verilmesi gerektiğidir.<sup>38</sup> *Martha Nussbaum*'a göre, duyguları, sorunları çözen bir araç olarak değil, sorunların varlığına dikkatimizi çeken bir araç olarak algılamak gerekir. Bu bağlamda öncelikle yargılamaya katılanların duyguları tahayyül edilmeli, empati kurmak suretiyle onların duygu durumları kavranmalıdır. *Nussbaum*'a göre empati, başkasının deneyiminin yaratıcı yeniden inşasıdır. Burada deneyimin içeriği (iyi mi kötü mü; acı verici mi mutluluk verici mi? vs..) düşünülmez.<sup>39</sup> Deneyim bir olgu olarak kavranır.

Kısacası *Nussbaum*'a göre duygular kararın gerekçesini oluşturmazlar;<sup>40</sup> karara varmadan önce, tarafları ve olayların oluşunu doğru şekilde anlamak bakımından yargıca yardımcı olurlar.

Literatürde yargıcın empati kullanımına olumlu yaklaşan diğer yazarlara baktığımızda ise şu yazarlara ve

görüşlere rastlamaktayız. Bunlardan *Anne Colby*'e göre:

“Empati sahibi yargıçlar yargı kolunun bir parçası olarak rollerini aşmazlar ve yasa dışı faktörleri yanlış bir şekilde dikkate almazlar. Gerçekleri tespit etmek, anlamlandırmak ve yasaları uygulamak için **basitçe empati** kullanırlar. Yargıçlar, yasaların oluşturduğu hassas dengeyi değiştirerek baş parmaklarını adalet terazisinin bir tarafına yerleştirmezler; terazinin her iki tarafına yerleştirilecek uygun ağırlığı belirlemek için **sadece empati aracını kullanırlar**. Yargı empatisini destekleyenler, tıpkı herkes gibi hukukun üstünlüğüne bağlıdır. Görüşün taraftarları, kanunları takip eden yargıçları istemektedirler. Ancak, yasanın yeterince belirsiz ya da açık uçlu olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu anlamda, **empati, tarafsızlığa engel değildir; aksine tarafsızlığın bir gereğidir.**”

*Mary Anne Franks* de empatinin doğru karar oluşturulmasına katkısından şöyle söz eder:

“**Empatinin temel erdemi, bize doğru, nesnel veya tarafsız olduğumuzu varsaymamamızı söylemesidir.** Bir karar vericinin doğru sonucu elde etme-

38 Aydın Furkan KAYNAK, “Martha C. Nussbaum’un Duygu Teorisinden Hareketle Yargılamada Empati ve Sempatı Kavramlarının Rolü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 165-181.

39 KAYNAK, 2021, s. 175.

40 André Gide’in *Kadınlar Okulu* adlı romanında, roman başkişisi –anlatıcı ben- kocası Robert’a kendisiyle evlenmesinin nedenlerini söylemesini ister; Robert’ın, duyguların rasyonel bir neden anlayışına temel alınmayacağına ilişkin şu cevabı dikkat çekicidir: “*Duyguların söz konusu olduğu yerde, nedenlerden nasıl söz edebilirsiniz?*” André GIDE, *Kalpazanlar*; Çev.: Tahsin Yücel, Can Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 76.



sine yardımcı olabilecek bir alçakgönüllülük penceresi açar. Empatinin kendisi herhangi bir sonucu dikte etmez. Varsayımlarımızı ve önyargılarımızı olgulara ve kanıtlara maruz bırakmamız konusunda ısrar eder. Tabii ki **empatinin sınırları vardır**. Hakimlerin, katillerle, tecavüzcülerle ve çocuk tacizcilerine empati kurmak da dahil olmak üzere, belirli bir davada her tarafla empati kurma girişimi garip olurdu.”<sup>41</sup>

Yargıcın empatik tutumuna olumlu bakan yazarlardan biri de *Thomas Morawetz*'dir. Empatik bir kararın empatik olmayan bir karardan her zaman daha iyi olduğunu ileri süren yazara göre, hayal gücümüz sayesinde ötekinin yaşantısını, ötekiyle benzer ve farklı yönlerimizi kavramak mümkün iken, bu imkânı kullanmamak, kendimizi duygusuzluğa ve ahlaki yetersizliğe mahkum etmek demektir.<sup>42</sup>

“Empati hâkime, önüne gelen hukuki problemin taraflarca nasıl anlaşıldığını görmesinde ve yeni bir bakış açısı edinmesinde yardımcı olur. Yaratıcı bir deneyim olarak empati, yargılamanın taraflarının perspektifinden olaya yaklaşmayı sağlayarak hâkimin “**anlayış evrenini**”<sup>43</sup> genişletecektir. Genişleyen anlayış evreniyle hâkim, yargılama sırasında alterna-

tif bir bakış açısı kazanacaktır. Duyguların etkisiyle olumsuz ilerleyebilecek bir yargılamanın, örneğin bir ceza yargılamaında öfkeyle sanığa yönelmenin tehlikelerini ancak alternatif bakış açılarıyla aşabiliriz.”<sup>44</sup>

*Gülriiz Uygur* 'un görüşleri de olumlu yöndedir:

“Hâkim, bütün ön yargılara karşı dikkatli olmalıdır. Bununla ilgili olarak, doğru sonuca ulaşmak için, kendi siyasi görüşlerine yakın olanlara karşı empati ve sempati göstermemelidir. Hâkim karşılaştırma yapabilmek için empatiye ihtiyaç duyar. Ayrıca birinin durumuna empati göstermek ve sempati göstermemek mümkündür. Yargısal karar almada empati, taraflar için neyin önemli olduğunu anlamayı sağlar. Hâkimlerin kendilerini başkalarının yerine koyma kapasitesi olmalıdır.”<sup>45</sup>

Bu bağlamda *Uygur*, *ilgilenen hâkim* kavramından söz eder. İlgilenen hâkim yargısal sürecin bir seyircisi değil, bir katılanıdır; dolayısıyla aldığı kararın etik özelliği vardır. “*İlgilenen hâkim, önündeki adaletsizliği görüp, bu durumda ne yapması gerektiğini bulan hâkimdir.*”<sup>46</sup> Adaletsizlik olgusunu görmek de, empati göstermeyi gerekli kılmaktadır.

41 M.A.FRANKS, “Lies, Damned Lies, and Judicial Empathy”, *Washburn Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2011, s. 69.

42 KAYNAK, 2021, s. 176.

43 Vurgulama bana aittir, M.A.T.

44 KAYNAK, 2021, 177.

45 Gülriiz UYGUR, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s.164.

46 UYGUR, 2013, s. 210-211.

*Uygur* öğretide *Alexander Nikolaevich Shytov*'ın görüşlerine de değinmektedir. *Shytov*'a göre, empati duymak, tamamıyla başkasının perspektifini almaktır, ancak hukukta başkalarının perspektifini tamamıyla almak zordur, bu nedenle, başkalarının deneyimlerini anlamaya çalışmak olan sempati, karar almada tarafsızlığa engel olmayan bir durumdur.

*Furkan Kararmaz*, “*Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*” başlıklı doktora tezinde, uyuşmazlığın çözümünde birçok aşamadan geçtiğini, ilk aşamada yargıcın olayı genel hatlarıyla kavramaya çalıştığını, ikinci aşamada ise pragmatik bir yöntem olarak, taraflarla empati kurarak, kendi sınırlı bakış açısını aşmayı başararak olayı daha yetkin bir şekilde kavrama şansını elde edeceğini şöyle ifade etmektedir:

“Pragmatik yargılamanın ikinci aşamasında uyuşmazlığa konu olan olay, farklı tarafların bakış açılarına göre **yeniden inşa** edilir. **Bu aşamada yargıç, kendisini tarafların yerine koyarak, söz konusu olayın gerçekleşme biçimini her bir tarafın gözünden görmeye çalışır (empati)**. Böylece yargıç, olaya ilişkin farklı algılar ve tarafların muhtemel saikları hakkında da bir kavrayışa sahip olmaktadır.”<sup>47</sup>

Yargıcın karar verirken bir görme biçim olarak empati kurması gerektiğini ileri süren yazarlardan biri de Yargıç *Hilmi Şeker*'dir:

“Empati ve sempati yeteneğini yitirme riski: Yargıcın göreliliğini sağlama onu münzevi bir yaşama mahkûm etmekle sağlanamaz. Yargıcın yansızlığı ile bağımsızlığını sağlamak, toplumla ilişkilerini sağlıklı bir değer üzerine inşa etmekle mümkündür. Etik ilişki değerlerinin mecburi istikameti, sokakla yargıç arasındaki münasebeti doğru bir temel üzerine konuşturur. Unutmamak gerekir, yargıç etrafındakilerden topladıkları ile değer üretir ve esasında yargıcı var eden etik bu sermayedir. Yargıcın hukuktan adalet devşirmesi, hükümle bir hakikat inşası için görme biçimini gözden geçirmesi ya da yenilemesi gerekir. Görmek, müşahade etmek çağın çağırısıdır ve bir perspektife sahip olmayı gerektirir. Empati ve sempati, bir görme biçimidir. Duygudaşlık yansızlıkla çelişmez. Hükümün ve yargılamanın yegâne umarı somut olay adaletiyle buluşmak onu adaletle tahvil etmektir. Yargıcın görmeyi öğrenmeden, yansızlık ile bağımsızlığını neyin tehdit ettiğini algılayamaz. Hayata katılma görmeyi öğretir, görmek yargılamanın koşuludur. Estetik bir yargılama görmekle, görmeyi öğrenmekle mümkündür.”<sup>48</sup>

*Mustafa Tören Yücel* doğrudan empati kavramına değinmemekle birlik-

47 Furkan KARARMAZ, *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Antalya 2017, s. 131-132.

48 Hilmi ŞEKER, “Yargıçların Düşünce Özgürlüğünün Görünüm Biçimleri”, <https://hukukbook.com/yargiclarin-dusunce-ozgurlugunun-gorunum-bicimleri/>, Erişim Tarihi: 28.03.2022.

te, adalet dağıtma işinde duygulardan büsbütün arınmanın mümkün olmadığına işaret ederek şu düşünceleri ileri sürmektedir:

“Adalet dağıtımında **yapılamayacak**<sup>49</sup> olan nesne, duygulardan arınmaktadır. Yapılabileceğin en iyisi, hâkimin duygularına daha duyarlı, daha fazla dengeli olması ve onları daha iyi irdelemesi ve ayrıntılı dile getirebilmesini umut etmektedir.”<sup>50</sup>

## 2. Uygulama (Hâkimlik Eğitimi-Stajı)

Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde kurulan Kişisel Gelişim Merkezi'ne bağlı Kişisel Gelişim Bürosu'nun görevleri arasında 2 nci maddede belirtilen şu hususlar bulunmaktadır:<sup>51</sup>

“Hâkim ve savcılar ile adayların kamu çalışanları, vatandaşlar ve yargının diğer sülheleri ile etkili iletişim ve **empati kurma**, beden dili, öfke kontrolü, yöneticilik ve liderlik, zaman yönetimi vb. kişisel gelişim alanlarında bilgi, beceri ve yetkinliklerini artırmaya yönelik eğitim programlarını planlamak ve yürütmek.”

Bir haber sitesinde hâkim ve savcılara yönelik empati kursları ile ilgili haberde<sup>52</sup> şu bilgilere yer verilmektedir:

“Adalet Bakanlığı'nın, ‘rol yapma’ ve ‘drama’ eğitimi verdiği hakimlerin kürsü ve duruşma heyecanını yenmeleri için, ‘sanal duruşmalar’ düzenlediği ortaya çıktı.

Adalet Akademisi'nin çalışmaları kapsamında mahkeme salonları kuran Adalet Bakanlığı, hâkimleri, katil, hırsız gibi sanık, davacı, savcı avukat rollerine sokarak özellikle mesleğe yeni başlayan hakimlerin tecrübe kazanmasını amaçlıyor. Gerçek dosyalar üzerinden kurgulanan sanal yargılamalar için bakanlık yetkilileri, ‘canlı tiyatro’ nitelendirmesinde bulunuyor. Yetkililer, “Sanık gibi giyiniyor, suçunu sanık gibi savunuyoruz. Tiyatrodan farkımız yok” diyor. İleri yaşta olan bazı hakim ve savcılar da bu eğitimden geçiriliyor.”

Haberde, iyi hâkim/kötü hâkim ayırımı ile ilgili şu ifadeler yer veriliyor:

“Profesyonel sinema ve tiyatrocuların rol aldığı kısa filmler çeken bakanlık, ‘iyi hakim/savcı’ ve ‘kötü hakim/savcı’ modellerine ilişkin farkındalık yaratmaya çalışıyor. **‘İyi hakim, kötü hakim kim?’ sorusuna ise yetkililer, “İyi hâkim toplumun beklentilerini karşılayan bir hâkimdir. Kötü hakim toplumla barışık olmayan, topluma rağmen kendisini topluma göre yenileyemeyen**

49 Vurgulamalar bana aittir, M.A.T.

50 Mustafa Tören YÜCEL, *Adalet Psikolojisi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2014, s. 250.

51 <https://www.taa.gov.tr/sayfa/kisisel-gelisim>, Erişim Tarihi: 04.10.2019.

52 <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/hkim-ve-savcilara-empati-egitimi-h120250.htm>, erişim tarihi: 04.10.2019.

**hakimdir. Toplumun dışında kalan hâkimdir”** karşılığını veriyor.<sup>53</sup>

Aynı haberde, isim zikretmeksizin Bakanlık yetkililerinin şu beyanlarına yer verilmektedir:

“**Empati önemli.** Kürsü sürekli yukarıda. Vatandaş yargılarken sürekli yukarıdan bakıyorsun, tepeden bakıyorsun, zamanla hâkimlerimizi olduğundan daha güçlüymüş gibi bir duyguya itiyor. **Zaman içinde kürsüdeki yukarıdan bakmaya yol açan ortam hâkim ve savcılarımızı toplumdan koparıyor.** Bunu kontrol etmek adına diyoruz ki, ‘Gelen taraflar yaşlı ise anne babanızın yerine koyun, gençse kardeşinizin yerine koyun. Onlar sizden nasıl tavır ve davranış bekliyorlarsa siz de ona göre davranın’. Tavırlarını daha da güzelleştirsin insani vasıflarını genişletsin. Yargıdaki güveni ve memnuniyeti artırmak amaç.”

Aynı haber çerçevesinde yapılan yorumda, Adalet Bakanlığının söz konusu düzenlemesi ile, sadece hukukla yetinmeyip şiir ve sanatla ilgilenen, halkla haşır neşir olan Osmanlı kadı modeline benzer sisteme geçtiği ifade edilmektedir:

“Osmanlı İmparatorluğu döneminde halk arasındaki anlaşmazlıkları ve davaları çözen kadınların eğitim sistemi de çok yönlüydü. **Yazdıkları şiirler ve ilgilendikleri sanat dallarıyla Osmanlı tarihinde ayrı bir yeri olan kadınlar, yargı-**

**lama kadar sanatsal taraflarını da öne çıkararak halkla haşır neşir oluyorlardı.** Adalet Bakanlığı’nın Osmanlı dönemindeki kadı modeline yakın bir eğitim sistemine geçmesi dikkat çekti.”

*Ramazan Ertürk* yabancı ülkelerdeki hukuk eğitimi bağlamında kaleme aldığı bir araştırma makalesinde empati kavramına nasıl yer verildiğini şöyle belirtiyor:

“Birleşik eğitim sistemini benimseyen Almanya’da tüm meslek stajları bu tek staj eğitiminde tamamlanmaktadır. Avukat, hâkim ya da savcı olmak isteyen her meslek grubu için tek staj olduğundan farklı meslekler icra edecek olsalar da iletişim ve empati kurma becerileri kazanmış olmaları sağlanmaktadır. Böylelikle avukat, hâkimin nasıl karar vereceğini bilerek hareket edecek, hâkimin de avukatın taleplerini anlaması daha da kolaylaşacaktır.”<sup>54</sup>

### 3. Anayasa ve Yasal Sınırlar

#### a) Anayasa

1982 Anayasasının 138 inci maddesi hükmü yargıcın karar verirken hangi sınırlar içerisinde hareket etmesi gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

53 Vurgulamalar bana aittir, M.A.T.

54 Ramazan ARITÜRK, “Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Hukuk Eğitim Reformu Önerisi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2020, Sayı: 9, s. 4.

Buna göre yargıç, Anayasaya, yasa ve hukuka uygun şekilde karar vermek zorundadır. Bu normatif sınırlar içerisinde olmak kaydıyla yargıç, sonuç olarak vicdani kanaatine başvurabilecektir. Başka bir deyişle yargıç, vicdani kanaatine eksen olarak pozitif hukuk normlarını göz ardı edemeyecektir. Anılan Anayasal hüküm, Anayasa, yasa ve hukuku karar verme ediminin nesnel sınırları olarak belirtilirken, öznel bir yapı olarak vicdani kanaat olgusunu kabul etmiştir. Pozitif hukuk normlarının uygulanmasında empati duygusunun bir rol oynamacağı kuşkusuzdur. 138 inci maddenin temelini oluşturan 1961 Anayasasının 132 nci maddesinin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir:

“Hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır ve delillerin takdirinde ve bunların sonunda hükme varışında vicdani kanaatine göre hareket edecektir.”<sup>55</sup>

Ancak empatinin mevcudiyeti, vicdani kanaatin oluşumunda, diğer unsurların yanı sıra - bir ölçüde- söz konusu edilebilir kanısındaız.

### **b) Yasal Sınırlar**

4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Hukukun Uygulanması ve Kaynakları başlığını taşıyan 1'inci maddesi hükmü şöyledir:

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere yargıcın hukuku uygulamasında, başka bir deyişle hukuki karar oluşturmasında yasa basamaklı bir norm silsilesi öngörmüştür. Buna göre somut bir hukuki uyuşmazlıkta önce yasa hükmü, yasa hükmünün bulunmaması hâlinde örf ve âdet kuralı uygulanacak, bunun da bulunmaması hâlinde yargıç adeta bir yasa koyucu gibi davranarak hüküm oluşturacaktır. Belirtilen düzenlemeye göre, hukukun uygulanmasında asıl olan, yargıcın pozitif normlara ve nesnel ölçütlere göre hareket etmesi gerektiridir.

## **3. Bazı Kavramların Empati Kavramı İle İlişkisi**

### **I. Takdir Yetkisi**

#### **A.Genel Olarak**

Takdir yetkisi, yasa koyucunun bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçi (intralegem) boşluklardır. Bu boşluğu yargıç, somut olayın özelliklerini, normun amacını, hukukun düzeninin temel

55 Kâzım ÖZTÜRK, *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C. III, Ankara 1966, s. 3478.

prensiplerini, toplumdaki ahlaki dü-  
şünceleri, sosyal adalet gibi hususları  
göz önünde tutarak doldurmak duru-  
mundadır, ki bu yetkisine takdir yetkisi  
denilmektedir.<sup>56</sup>

Yargıca takdir yetkisi tanıyan temel  
kural, 4721 Sayılı Türk Medenî Ka-  
nunu'nun 4 üncü maddesinde yapılan  
düzenlemedir. Hüküm şöyledir:

“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya  
durumun gereklerini ya da haklı sebep-  
leri göz önünde tutmayı emrettiği konu-  
larda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre  
karar verir.”

Görüldüğü üzere yargıcın takdir  
yetkisini kullarken dayanabileceği iki  
ölçüt norm vardır: a) hukuk, b) hakka-  
niyet ilkesi.

Hakkaniyet ilkesinin gözetilmesi,  
hukuk kurallarının genel ve soyut ol-  
masından kaynaklanan bir ihtiyaçtır.  
Bu bağlamda, somut olayın özellik-  
lerinin gözetilerek ve tarafların çıkar

durumlarının tartılarak karar verilme-  
si, hakkaniyet ilkesinin davaya uygu-  
lanması anlamına gelir. Vurgulamak  
gerekir ki hakkaniyet ilkesi, hâkimin  
sempati veya antipatisine, acıma veya  
merhamet duygularına göre (keyfi şe-  
kilde) karar vermesi demek değildir.<sup>57</sup>

## II. Manevi Tazminat Davalarında Takdir Yetkisi

Takdir yetkisinin en çok uygulandı-  
ğı davaların başında manevi tazminat  
davaları gelmektedir.<sup>58</sup> Yüksek Mah-  
keme, manevi tazminat kurumunun te-  
mel amacının, olay nedeniyle mağdu-  
run duyduğu acı ve elemin, ızdırabın  
kısmen de olsa giderilmesi olduğunu  
içtihat etmiştir. Bu bağlamda yargıç,  
manevi tazminatı takdir ederken, mağ-  
durun duyduğu -ve özellikle bedensel  
zararlarda-ileride duyacağı elem ve  
acıyı, ızdırabı gözetmek durumunda-  
dır. Burada empati duygusu devreye  
girmektedir.<sup>59</sup>

56 Seyfullah EDİS, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hu-  
kuk Fakültesi Dergisi*, 1972, Cilt: 30, Sayı: 1, s. 172.

57 Davut BÜLBÜL, *Hakimin Takdir Yetkisi*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanma-  
mış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009, s. 57.

58 Bkz. TMK m. 25; TBK m. 56, 58.

59 Nitekim iş kazasında sakat kalan işçinin açtığı manevi tazminat davasında ilk derece mahkemesi hâkimi  
manevi tazminat miktarını takdir ederken, diğer unsurların yanı sıra açıkça **empati kurulduğundan** söz  
etmiştir:

“03/08/2008 günü öğlen yemeği sıralarında davalı işverenin müteahhit olarak yol asfaltlama işini üstlen-  
miş olduğu Maltepe Cevizli Mahallesiindeki asfalt serim işinde davalı işverene hizmet akdiyle bağlı çalışan  
SŞ, işveren tarafından araba ile gönderilen öğlen yemeğini yemek için, çalışan işçiler tarafından kendile-  
rine uygun bir yer seçerek öğlen yemeğini yemek için seçtikleri yol seviyesindeki düz ve takiben 4 m<sup>2</sup>'lik  
yer üzerinde 12-13 kişiden ibaret olan işçiler her bir arada yemek yemekte oldukları sırada buldukları  
yerin kömürlük olması nedeniyle üzerinde bulunan ağırlığa dayanamayıp çökmesi sonucu, işçilerin hepsi  
1,5 metre yükseklikten beton enkazı ile birlikte düştükleri sırada, kazalı işçi SŞ'nin **ayağı beton blok al-  
tında kalarak kırılması** biçiminde meydana gelen olayın 506 sayılı yasanın 11. Maddesine göre iş kazası  
olduğu, iş kazasının meydana gelmesinde davalı işverenin **%80**, davacı işçinin **%20** oranında kusurlu

Seçtiğimiz emsal içtihatlardan bazıları şöyledir:<sup>60</sup>

“Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeni ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan **acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı** ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli ve tarafların kusur durumu da göz önünde tutularak, 6098 Sayılı TBK’nın 56. maddesindeki (818 Sayılı BK’nın 47. maddesi ) özel haller dikkate alınarak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, TMK’nın 4. maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.” (**Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 10.4.2019, E. 2016/10152, K. 2019/4464**)

"Manevi tazminat isteminin temelinde, davalıların haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere, haksız eylemin unsurları; zarar, fiil ile zarar arasında illiyet bağı ve fiilin hukuka aykırı olmasından ibarettir.

Öte yandan, mülga 818 Sayılı BK’nın 47’nci (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 56.) maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği, 22.6.1966 tarih ve 1966/7 Esas 1966/7 Karar sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde, taktir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar, her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken, ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Yine BK 47’inci (TBK m.56 ) maddesi hükmüne göre; hâkimin özel halleri göz önünde tutarak, manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği

olmaları karşısında, davacının davalı aleyhine açmış olduğu maddi tazminat istemli davasının ispatlanması sebebiyle 09.03.2012 tarihli bilirkişi raporunun 1. seçeneğindeki hesap miktarı baz alınarak kısmen kabulüne, bu itibarla, 2.148,56.-TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacının fazlaya ilişkin talebinin reddine, davacının davalılar aleyhine açmış olduğu manevi tazminat istemli davasının ise, mahkememizce 12/09/2013 tarih, 2013/232 Esas ve 2013/613 sayılı kararda manevi tazminatla ilgili verilen hükümde aynen direnilerek ve ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin yaşı, olay tarihi, **iş kazası neticesinde davacının operasyona maruz kalması**, her ne kadar maluliyeti % 0 olsa dahi, iş kazasına bağlı olarak **3-4 ay süre ile olay nedeniyle iş ve güçten kaldığı, bir müddet evde yatmak zorunda kaldığı** ve çalışmadığı gibi durumlar göz önüne alındığında, bunun yanında olayın işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek, ve **empati de kurularak** TBK’nın. 56.maddesi ile Yargıtayın 22.06.1966 gün 7/7 Sayılı Tevhidi İçtihat Kararındaki esaslar dikkate alınarak kabulüne, bu itibarla 15.000,00.-TL. olarak takdir edilen manevi tazminat davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine karar vermek gerekmiştir.” (**İstanbul 1. İş Mahkemesi’nin 19/03/2015 tarih ve E. 2014/885, K.2015/82 sayılı (direnme) kararı**). Belirtilim ki bu karar (direnme), **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.2018 tarih ve E.2017/21-1592,K.2018/127 sayılı kararı** ile onanmıştır.

60 Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.



tutar adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı, aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmayı, aynı zamanda **ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden**, tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O hâlde bu tazminatın sınırı, onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut hâlde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Manevi tazminat, duyulan **elem ve ızdırabın kısmen ve imkân nisbetinde iadesini amaçladığından** hâkim, MK'nın 4'üncü maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını tespit etmelidir.

Hâkim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, **beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözetmelidir.**” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 7.3.2019, E. 2015/21-2228, K. 2019/256)<sup>61</sup>

### III. Dava, Kanun yolu ve Talep Dilekçelerinde Takdir Yetkisi

Bir manevi tazminat davasında davacı vekili, trafik kazasında yaralanan müvekkili davacı için manevi tazminat talebinde bulunurken, empati kavramına, şu ifadelerle dayanmıştır:

“(…) anlatmaya kelimelerin yetmeyeceği **sadece empati kurmak suretiyle az da olsa manen hissedebileceğimiz** müvekkilinin çektiği fiziki ve manevi acıların bir nebze olsun dindirilebilmesi için 25.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizleriyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini arz ve talep ederiz.”<sup>62</sup>

Diğer bir manevi tazminat talebi örneği:

“(…) tarafların sosyo-ekonomik durumlarına uygun ve müvekkilinin manevi acısı gözetilerek **empati duygusuyla belirlenmiş manevi tazminat taleplerinin** kabulünü talep ederiz.”<sup>63</sup>

Velayet hakkının kullanılmasına ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesini içeren bir istinaf başvuru dilekçesinde, kararın doğuracağı sonuçlar hakkında empati yapılması gerektiği şöyle ifade edilmiştir:

“İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı istinaf dilekçesinde; ilk derece mahkemesi-

61 Aynı yönde: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2003 tarihli ve 2033/21-368-355 sayılı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 tarihli ve 2004/13-291-370 ve 19.06.2013 tarihli ve 2013/21-20-868 sayılı kararları.

62 Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi,29.06.2022,E.2022/1299,K.2022/1106.

63 Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi, 07.02.2022, E.2021/238,K.2022/241.

nin kararının Türk gelenek ve göreneklerine, hukuka aykırı olduğunu, velayet hakkına dayalı olarak böyle bir karar verilemeyeceğini, velayet hakkının her an değişebilecek bir statüde olduğunu, verilen **kararın sonuçlarının empati yapılarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu** bildirerek, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmesi talebiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur.<sup>64</sup>

Benzer bir istinaf dilekçesi:

“Davacılar vekili, davalı sürücünün alkollü ve asli kusuru neticesinde destek murisinin ölümleri nedeniyle müvekkililerinin ciddi şekilde psikolojik çöküntüye uğradıklarını, manevi olarak onarılması mümkün olmayan yara aldıklarını, davalı sürücünün ekonomik durumunun dikkate alınmadığını, **müvekkilleri bakımından empati de kurularak** hukuka ve vicdana uygun manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini, hukuk ve vicdanla bağdaşmayacak nitelikte düşük manevi tazminat miktarlarına hükmedilmesinin hukuka aykırıdır.”<sup>65</sup>

#### IV. Bazı Tazminat Kararlarında Empati Kavramına Atf

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.2018 tarih ve E. 2017/21-1592 ve K. 2018/127 sayılı kararında geçen olaylarda da iş kazası sebebi ile uğranılan manevi zarara karşılık yerel sayılı kararında mahkemenin hükmettiği manevi tazminat miktarının

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi’nce bozulması üzerine yerel mahkeme ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin yaşı, olay tarihi, iş kazası neticesinde davacının operasyona maruz kalması, her ne kadar maluliyeti %0 olsa dahi iş kazasına bağlı olarak 3-4 ay süre ile olay nedeniyle iş ve güçten kaldığı, bir müddet evde yattığı ve çalışmadığı gibi durumların göz önüne alındığı, olayın işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı ve **empati de kurulduğu** gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

**Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında**, ilk derece mahkemesince verilen manevi tazminat miktarı az bulunarak, yeniden yüksek miktardan manevi tazminat takdir edilmiş, **gerekçede empati kurmaktan söz edilmiştir**<sup>66</sup>, kararın ilgili paragrafı şöyledir:

“Davacı vekilinin hükmolunan manevi tazminatın çok düşük kaldığı ve Dairemizce bir karar verilmesi yönündeki istinaf başvurusu, davacının geçirmiş olduğu iş kazası tarihi, kaza tarihindeki yaşı, kaza sonucu oluşan maluliyet durumu ve oranı, davacının yaşadığı çevredeki sosyal ve manevi etkileri, kararın incelendiği tarih itibarıyla davacının halen evlenmemiş olduğu hususları dikkate alındığında davacının çekmiş olduğu acı ve ızdırabın o an geçirdiği kaza ve dö-

64 Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi, 12.03.2021, E. 2020/1498,K.2021/397.

65 İzmir Bölge Adliye Hukuk Mahkemesi, 11.Hukuk Dairesi,22.02.2021,E. 2018/785,K.2021/81.

66 Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.

nem ile sınırlı kalmayıp hayatının her döneminde içselleştirerek yaşaması söz konusu olacağından **Mahkemece 70.000 TL olarak belirlenen tazminatın düşük kaldığı değerlendirilerek kararın bu yönden de kaldırılması gerekmiş, tüm bu sebepler muvacehesinde empati yapılarak 120.000 TL manevi tazminatın hakkaniyetli olacağı hususunda dairemizde vicdani kanaate varıldığından** aşağıdaki şekilde hüküm tesis olunmuştur.”<sup>67</sup>

### **a) Ceza Davasında Takdiri İndirim Yapılması**

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Takdiri indirim nedenleri” başlıklı 62. maddesi hükmünde indirim oranları ve indirim sebepleri şöyle düzenlenmiştir:

“1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

Belirtelim ki yasada geçen takdiri indirim sebepleri sınırlayıcı olmayıp, yol gösterici niteliktedir. Başka deyişle

anılan hükümle yargıca serbest takdir yetkisi tanınmıştır; ancak bu yetki elbette keyfi uygulamanın gerekçesi değildir. Yasal düzenlemeden temel amaç, yargıcın olaya ve eyleme etki eden tüm olgu ve unsurları değerlendirerek hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir hüküm kurmasına, böylece cezanın bireyselleştirilmesine olanak sağlamaktır. Nitekim bu durum Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2015/19-861, K.2019/390 sayılı kararında şöyle açıklanmıştır:

“5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra “gibi” denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin kanunda sayılanlarla sınırlı bulunmadığı, aksine bunların örnek olarak belirtildiği açıkça vurgulanmıştır. Kanunda sayılan; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi nedenler, uygulamada hâkimi sınırlayıcı değil, yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. Bunun sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nın, tıpkı 765 sayılı Kanun'da olduğu gibi takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil, serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmektedir.

Serbest takdir sisteminin sonucu olarak, sanık yararına takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu

67 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 24.Hukuk Dairesi,17.05.2018,E.2018/1765,K.2018/1335.

belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumda olan kişidir. Hâkim; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”nin yanında, somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemez nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır.”

Belirtilen takdir yetkisinin kullanılmasında empatinin ne ölçüde etkili olacağı konusunda önceden bir belirleme yapmak mümkün değildir. Ancak her somut olay bağlamında; suçun niteliğine, eylemin işleniş biçimine, eylemin sonuçlarına ve etkilerine (mağdurun durumu) ve sanığın durumuna göre bir değerlendirme yapmak mümkün olabilecektir.

### **b) Haksız Tahrikin Derecesinin Belirlenmesi**

Haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29 uncu maddesi hükmünde şöyle düzenlenmiştir:

“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan

yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir, diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.02.2014 tarih ve E.2013/1-665, K.2014/66 sayılı kararında haksız tahrikin tanımı ve koşulları şöyle ifade edilmiştir:

“Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında oluşturduğu karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Tahriki oluşturan bir fiil olmalı,
- b) Bu fiil haksız bulunmalı,
- c) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- d) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı,
- f) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.

5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’da yer alan ağır tahrik-hafif tahrik ayırımına son verilmiş ve tahriki oluşturan fiilin, somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından değerlendirilmesi yapıp, sanığın iradesine olan etkisi göz önüne alınarak maddede gösterilen iki

sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun çeşitli kararlarında tartışmasız olarak benimsendiği üzere, tahrik nedeniyle yapılacak indirimin oranı belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve **tahrik eden ile edilenin durumları** göz önüne alınıp değerlendirilmelidir.”

Anılan yasa hükmünün düzenlemesinden ve Yargıtay kararındaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, yargıç haksız tahrikte indirim oranını tespit ederken, bir ölçüde değerlendirme ve takdir yetkisini kullanacaktır. Bu bağlamda yargıç, diğer unsurların yanı sıra, failin öfke veya şiddetli elemin etkisinde kalıp kalmadığını, kalmış ise bunun yoğunluğunu değerlendirmek durumundadır, ki bu bir ölçüde empati duygusunun devreye girmesini gerekli kılmaktadır.

## VI. Görüşüm

Bilişsel ve duyuşsal unsurları içeren empati, diğerinin fenomenolojik alanına girmek demektir. Bu, kişinin, karşısındakinin dünyasına girme, onu anlama deneyimidir. Başta TMK m.4'te ve birçok hukuk kuralında hâkimin takdir yetkisine; TCK'da cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında yine hâkimin takdir ve değerlendirme yetkisine yer verilmiş ise de pozitif hukukumuzda yargıcın karar verme aşamasında empati yapmasına dair düzenlemeye, kav-

ram yahut ibareye yer verilmemiştir. Esasında empati psikolojik bir kavram olup, bunun bir insan deneyimi olarak işlevsellik kazanması için yasal düzenlemeye de gerek yoktur.

Nitekim, TV ve yazılı basına yansıyan bir haberde ABD'de 96 yaşındaki bir sanığın kanser olan oğlunu hastaneye muayene için götürürken hız sınırını aştığı suçlamasıyla mahkemede hâkimle aralarında geçen diyalog ve yargılama sonunda verilen karar (davanın düşmesi) yargısal empatiye örnek olarak gösterilebilecek bir olgudur. Duruşma salonunda hâkimin oğlu da seyirci olarak bulunuyordu. Haber şöyle:

*“Televizyonların ünlü hakimi Frank Caprio öyle bir davayla karşılaştı ki 96 yaşındaki adamın yaptığı hareket sadece ABD değil tüm dünyanın yüreğini dağladı. Hakim Caprio'nun karşısına 96 yaşındaki Victor Coella çıktı. Yaşlı adam okul bölgesinde hız sınırını aşmakla suçlanıyordu. Tabii Coella iddialara ilk başta inanamadı. Hakim sözlerini yineleyince 96 yaşındaki adam o kadar hızlı araç kullanmadığını belirtti. Zaten 96 yaşında olduğunu bu yüzden yavaş kullandığını söyledi. Ancak 96 yaşındaki Coella bir an oğlunu kan tahliline götürmek için hızlanmış olabileceğini hatırladı. Normalde gerek duymadıkça araç kullanmadığını ama engelli olan oğlu kanser hastası olduğu için sadece onu hastaneye götürmek gibi acil durumlarda araç kullandığını belirtti. “Oğlunu muayenehaneye mi götürüyordun?” Yaşlı baba ise engelli oğlunun kansere*

yakalandığını, iki haftada bir gitmesi gerektiğini belirtti.”90’lı yaşlarındasın ve hala oğlunla ilgileniyorsun...”Ardından Coella’ya oğlunun yaşını sordu. Coella, kanser hastası oğlunun 63 yaşında olduğunu söyledi. Ardından hakim kendisinin de bir oğlu olduğunu belirtti ve kameralar hakimin salonun diğer tarafında oturan oğluna döndü. Bu durum karşısında uygulanan hakim “Oğluma kötü örnek oluyorsun, kendimi baskı altında hissediyorum” diye takıldı. Stresten ve yaşadıklarından dolayı uygulanan 96 yaşındaki baba karar öncesi biraz gerildi. Hakim Caprio sanık için iyi dileklerini sundu, oğluna geçmiş olsun dileklerini iletti. Ve davanın düştüğünü söyledi. 96 yaşındaki fedakar baba hakime teşekkür etti ve tüm dünyaya fedakarlığın yaşının olmadığını gösterdi.”<sup>68</sup>

Bizim hukukumuzdan bir uygulama örneği göstermek gerekirse: İşyerinde çalışan işçilerin öğle yemeğini yedikleri kömürlüğün üzerindeki beton blokun 1,5 metre yükseklikten çökmesi üzerine, davacı işçinin **ayağının beton blok altında kalarak kırılması** biçiminde meydana gelen olayın 506 sayılı yasanın 11. maddesine göre iş kazası olduğu, iş kazasının meydana gelmesinde davalı işverenin **%80**, davacı işçinin **%20** oranında kusurlu olduğu belirtilen olaydan ötürü ilk derece mahkemesinde 20.000 TL manevi tazminata hükmedilmiştir. (**İstanbul**

**1. İş Mahkemesi’nin 19/03/2015 tarih ve E. 2014/885, K. 2015/82 sayılı (direnme) kararı**). İlk derece mahkemesi yargıç, manevi tazminat miktarını takdir ederken, diğer unsurların yanı sıra, empati yaptığını da gerekçeli kararında açıkça belirtmiştir.

Yine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 31.12.1976 tarih ve Esas No: 1976/9370, Karar No: 1976/13138 sayılı kararında yargısal empati kavramını çağrıştıran şu ifadeye yer verilmiştir:

“Hakim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa, 'insan kokusu', taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”

*Arslan Topakkaya, Hukuk Hermeneutiği* adlı kitabında hukuk ve edebiyat ilişkisini incelerken, *Nussbaum*’a yollama yaparak “*poetik hâkim*” kavramını dile getirir. Buna göre klasik hâkim, hakkında karar verdiği kişilerin özel hayatını ve dünya görüşünü dikkate almaz iken, poetik hâkim ilgili kişinin hayat şartlarını insani bir drama olarak dikkate alacaktır. Başka bir anlatımla hukukçu (hâkim), bağımsızlığını kaybetmeden, somut karakter ve sosyal durumlar yardımıyla duygusal anlamda derinleşmeyi başarabilecek-

68 “Hız Sınırını Aşmakla Suçlanan Adamin Duygulandıran Savunması”, <https://onedio.com/haber/hiz-sinirini-asmakla-suclanan-96-yasindaki-adamin-tum-dunyayi-duygulandiran-savunmasi-882246>, Erişim Tarihi: 22.08.2019.

tir. Belirtmek gerekir ki poetik unsur karar oluşturmada asli unsur olarak değil, tamamlayıcı unsur olarak dikkate alınmak gerekecektir.<sup>69</sup> Burada sözü edilen yargıcın poetik ediminin bir bakıma empatik davranışı içerdiği söylenebilir.

Özellikle, manevi tazminat davalarında mağdur yönünden empati yapma yeteneği göstermeyen yargıcın, tazminat miktarını belirlerken, adalet duygusunu tatmin eder bir şekilde karar vermesi hayli güç gözükmektedir. Aynı durum, ceza davalarında yargıcın temel cezayı takdir ederken ve cezanın bireyselleşmesi için yan hükümleri uygularken de geçerlidir.

Yargıca takdir yetkisinin tanınmadığı birçok davadan empati yapma ihtiyacından söz edilemeyecektir. Yine, yargıcın, söz gelimi dolandırıcı, psikopat-seri katil veya tecavüzcü konumundaki bir sanıkla empati yapmama çağı aşikârdır.

Şu hususları belirtmekte yarar görüyorum:

- Empati pozitif hukuk hükümlerinin uygulanmasına kuşkusuz engel değildir.
- Empati, kişiyi önyargıdan<sup>70</sup> kurtardığı gibi onu daha duyarlı hâle getirir.<sup>71</sup> Dolayısıyla yargıcın bazı davalarda empati yapması, vereceği kararların daha nesnel ve gerçekçi olmasını da sağlar.
- Yine empati, bir mahkeme kararının asli unsuru olmayıp, bazı davalar yönünden **tamamlayıcı** bir işlev gösterir.
- Bundan başka empati, **sempatiye dönüşmedikçe** yargıcın tarafsızlığı için bir tehdit oluşturmaz. Zira ikisi farklı kavramlardır. Şöyle ki, empati başkasıyla ilgili **bilgi edinme süreciyle** ilgili iken, sempati, başkası hakkındaki **kaygılarımızı ve onun durumunu düzeltmeye** yönelik isteğimizi yansıtmaktadır.<sup>72</sup> Dolayısıyla tarafsızlığa engel olan empati değil, sempatidir.
- Empati, kişinin, karşısındaki insanın duygu ve düşüncelerini içinde bulunduğu durum bağlamında an-

69 Arslan TOPAKKAYA, *Hukuk Hermeneutiği (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)*, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 125.

70 Bangolar Yargı Etiği İlkeleri (Değer 2, Tarafsızlık, m.2.1.) ile Yargıtay Yargı Etiği İlkelerine (Değer 2, Tarafsızlık, m.2.7.1) göre; hâkimin, davaya ilişkin olarak bir taraf hakkında önyargıya sahip olması tarafsızlığını zedeleyen bir olgu olarak kabul edilmiştir. A. Can TUNCAY, *Yargı Etiği Açısından Tarihte Ünlü Davalar*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 15-71.

71 Mehmet Zeki AYDIN, *Empati*, 2. Basım, Nobel Yayıncılık, Ankara 2014, s. 3.

72 Frans De WALL, *Empati Çağı, Daha Anlayışlı Bir Toplum İçin Doğadan Dersler*, Çev.: Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, İstanbul 2014, s. 142.



lamasını sağlayan bilişsel, duyuşsal bir süreci ifade eder. Ancak bu **karşımızdaki kişinin tüm davranışlarını doğru bulmak ya da onaylamak anlamına gelmez.**<sup>73</sup>Başka deyişle anlamak başka, haklı bulmak başka şeydir.<sup>74</sup> Bu hususun yargısal empati bakımından sonucu şudur: Yargıcın, sanık veya mağdur yahut hukuk davasının tarafları ile –bazı davalarda- empati yapması, muhakkak onların lehine olan hükümleri uygulayacağı anlamına gelmez.

- Empati, **yargılamaksızın**, karşısındaki kişiyi anlamak demektir. Burada *Emil Cioran*'ın bir önermesini tartışmakta yarar var. *Cioran, Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*<sup>75</sup> adlı kitabında empati konusunda şunları söyler: “*Kimseyi kendi yerine koymadan yargılama*”. *Bu eski atasözü, her türlü yargılamayı olanaksız kılar. Çünkü, birini ancak tam olarak onun yerine kendimizi koyamadığımız için yargılarız.*”

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere, empatinin esası, kendimizi başkasının yerine koymak değil, başkasını kendi koşulları ve bakış açısı içerisinde anlamaktır. Dolayısıyla bu aşamada herhangi bir yargılama yani başkasını değer normuna tâbi tutmak söz konusu değildir. Hukuki değerlendirme ve yargı kurma edimi, anlama ediminden sonra gelen bir edimdir. Dolayısıyla anlama ve yargılama eşzamanlı edimler olmadığından *Cioran*'ın sözünü ettiği durum, en azından hukuk yargılaması bağlamında, söz konusu olmaz.

- Burada kısmen uygulanabilirliği üzerinde durduğumuz empati kavramı, davada taraflardan birinin hukuki veya siyasi düşünce biçiminin yargıç tarafından benimsenmesi, yargıcın kendisini adeta davanın tarafı veya **sanıkla özdeşleştirmesi durumunu kapsamaz**. Böyle bir durum yargıcın tarafsızlığını zedeleyer.<sup>76</sup>

73 AYDIN, 2014, s. 4.

74 “Bir insanla empati kurmak demek, onun görüşlerini kabullenmek demek değildir. Bir insanla empati kurduğumuzda, o insanın neye önem verdiğini fark ettiğimizde **aslında o insana önem vermiş ve onu bir insan olarak algılamış oluruz**. Empati kurmak, anlamak demektir.” (Ömer BALDIK, *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Dersleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2004, s. 316, Vurgular bana aittir, M.A.T.).

75 Emil CIORAN, *Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*, Çev.: K.Sarılioğlu, Gendaş Kültür, İstanbul 2001, s. 85.

76 Nitekim basına yansıyan bir olayda (ceza davasında verilen beraat kararının gerekçesinde), yargıcın gerekçeyi kaleme alırken sanıkla aynı düşünce dünyasını paylaşarak, siyasi değerlendirmede bulunulması, tarafsızlığını zedeleyen, dolayısıyla disiplin ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Nitekim basın, konuyla ilgili HSK Başkanının şu beyanlarına yer vermiştir: “Gerekçe incelendiğinde, hakimin sanıkla aynı düşünce dünyasını paylaştığı izlenimi verip, kendisini sanık yerine koyduğu, toplumun farklı kesimlerinin siyasi düşüncelerine, bu kesimlerin olaylar hakkındaki kanaatlerine yer verdiği ve siyasi değerlendirmelerde bulunduğu görülüyor (...) Hâkimin kararda zikrettiği gerekçenin

- Yargıç, toplum adına hüküm kuran bir kamusal figürdür. *Ben duygusuyla değil biz duygusuyla hareket etmek mevkiindedir. Alfred Adler'e göre biz duygusu, "başkasının gözüyle görmek, başkasının kulağıyla duymak ve başkasının kalbiyle hissetmek demektir."*<sup>77</sup> Dolayısıyla biz duygusuyla biçimlenen adalet duygusunun adil karara dönüşmesinde empati yapmanın önemi daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.
- *Iris Murdoch'a göre başka bir kişinin gerçekliğini anlamak aşk, adalet ve merhamet işidir. Buna göre, yargılamada tarafların gerçekliğini anlamak anlamına gelen empati kurmak da yargıcin kaçınamayacağı bir adalet işidir.*<sup>78</sup>

#### KAYNAKÇA

- ARITÜRK, Ramazan: "Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Hukuk Eğitim Reform Önerisi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 9, Temmuz 2020, s. 1-64.
- AYDIN, Mehmet Zeki: *Empati*, Nobel Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2014.
- BALDIK, Ömer: *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Dersleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2004.
- BİLGİN, Nuri: *Sosyal Psikoloji Sözlüğü*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003.
- BUDAK, Selçuk: *Psikoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2003.
- BÜLBÜL, Davut: *Hakimin Takdir Yetkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2009.
- *Duygusal Zekâ - Empati* (Derleme), Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınevi, İstanbul 2018.
- CIORAN, Emil: *Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*, Çev.: K. Sarıalioğlu, Gendaş Kültür, İstanbul 2001.
- DE WALL, Frans: *Empati Çağı, Daha Anlayışlı Bir Toplum İçin Doğadan Dersler*, Çeviri: Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, İstanbul 2014.

---

hukuk ahlakına, yargı geleneklerimize, Anayasa ve yasalarımızın öngördüğü sınırlara aykırı olması, en önemlisi ise **hakimin tarafsızlık ilkesini gölgeleyen**, adalete duyulan güven ve saygınlığı azaltıcı nitelikte görülmesi nedeniyle Hakimler ve Savcılar Kanununun öngördüğü yaptırıma tabi kılınmıştır." Cumhuriyet Gazetesi, 07.03.2019, s.8; <https://www.haberturk.com/Erişim Tarihi: 07.03.2019>.

77 Alfred ADLER, Kurze Bemerkungen über Vernunft, Intelligenz und Schwachsinn, Internationale Zeitschrift für Individualpsychologie 6 (1928), s. 267-272 (Manfred Reh binder, *Hukuk Sosyolojisi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Çeviri: İlyas Doğan-Hilal Kafkas, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 218'den naklen).

78 Raymond GAITA, *Filozofun Köpeği*, İngilizceden Çev.: Suut Kemal Angı, Dost Yayınları, Ankara 2005, s. 87.

- DÖKMEN, Üstün: İletişim Çatışmaları ve Empati, Remzi Kitabevi, 47. Basım, İstanbul 2012.
- EDİS, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1, 1972, s. 172 vd.
- EREM, Faruk *Adalet Psikolojisi*, 8. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1987.
- ERTÜRK, Yıldız Dilek: *Davranışlarımız ve Biz, Sosyal Psikoloji Bakışıyla Kalabalık İçinde Ben Olmak*, Pozitif Yayınları, İstanbul 2017.
- Brenner FISSELL, “Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History”, *Michigan State Law Review*, Vol. 817, 2016.
- RANKS, M.A: “Lies, Damned Lies, and Judicial Empathy”, *Washburn Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2011.
- GAITA, Raymond: *Filozofun Köpeği*, Çev.: Suut Kemal Angı, Dost Yayınları, Ankara 2005.
- GIDE, Andre: *Kalpazanlar*, Çev.: Tahsin Yücel, Can Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019.
- GOLEMAN, Daniel: “Empati Nedir?”, *Duygusal Zekâ Empati*, Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınları, İstanbul 2018.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Adalet Psikolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- KARARMAZ, Furkan: *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2017.
- KAYNAK, Aydın Furkan: “Martha C. Nussbaum’un Duygu Teorisinden Hareketle Yargılamada Empati ve Sempati Kavramlarının Rolü” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, 2021, s. 165-181.
- KOHN, Alfie: *İnsan Doğasının Aydınlik Yüzü*, Çev.: Yiğit Ataman, Görünmez Adam Yayınları, İstanbul 2022.
- KORKMAZ, Nur Metin: “Müsait Bir Zamanda Aynı Duyguda Buluşalım mı?”, *Psikeart Empati Özel Sayısı*, Sayı: 58, Temmuz- Ağustos 2018.
- LEHRER, Jonah: *Karar Ânu, Beynimiz Karar Vermemizi Nasıl Sağlıyor?*, Çev.: Ferit Burak Ayder, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2010.
- MARAİ, Sandor: *Buda’da Bir Boşanma*, Çev.: Tarık Demirkan, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2022.
- MCDANIEL, Kris: “Edit Stein: Empati Sorunu Üzerine”, *Felsefenin İhmal Edilmiş On Klasığı*, Editör: Eric Schliesser, Çev.: İlke Aksu-Onur İşci, Heretik Yayıncılık, Ankara 2019.
- NİŞANYAN, Sevan: *Nişanyan Sözlük*, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, Liber Plus Yayınları, Ankara 2018.
- ÖZTÜRK, Kâzım: İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. III, Ankara 1966.
- REHBINDER, Manfred: *Hukuk Sosyolojisi, Genişletilmiş 2. Baskı*, Çeviri: İlyas Doğan-Hilal Kafkas, Astana Yayınları, Ankara 2019.
- SMITH, Adam: *Ahlaki Duygular Kuramı*, Çev.: Berkay Tartıcı, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017.

- SMITH, Tiffany Watt: *Duygular Sözlüğü*, Türkçesi: Hale Şirin, Kolektif Kitap, İstanbul 2018.
- ŞEKER, Hilmi: *Yargıçların Düşünce Özgürlüğünün Görünüm Biçimleri*, <https://hukukbook.com/yargiclarin-dusunce-ozgurlugunun-gorunum-bicimleri/>, Erişim Tarihi: 28.03.2022.
- TATHAN BEKAROĞLU, Ece: “Empati ile Acının Kaynaklarının Düellosu” *Psikeart Empati Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58.
- TOPAKKAYA, Arslan: *Hukuk Hermeneutigi (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)*, Adalet Yayınları, Ankara 2019.
- TUNCAY, A. Can: *Yargı Etiği Açısından Tarihte Ünlü Davalar*, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- TUTAREL-KIŞLAK, Şennur: “Empati”, *Felsefe Ansiklopedisi*, Editör: Ahmet Cevizci, Cilt: 5, Etik Yayınları, İstanbul 2007.
- *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005.
- *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2015.
- UYGUR, Gülriz: *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.
- ÜNAL, Cavit: “İnsanları Anlama Kabiliyeti”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 3, 1972.
- YAMAN, Ertuğrul: *Ortak Yaşam Sanatı Uzlaşma Kültürü*, Eysem, Ankara 2018.
- YÜCEL, Mustafa Tören: *Adalet Psikolojisi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2014.

