H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Nisan Akgül, Gün'n Haysa Belenli, Hazal Altıparmak ○ Kimyasal Hadım

Burç'n Aydoğdu ○ Kant'ın Hak Öğretisinde Kazanılmış Hak - Doğal Hak Ayrımı

Hasan Ali Başaran ○ Spinoza'nın Politika Felsefesinde *Doğa Durumu* - Sivil Durum İlişkisi

Aylin Küç Cepdibi ○ İrade ve Egemenliğin Politik Alana Yansımasının Tiranik Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme

Bda Çakmakkaya ○ Cezalandırıcı Adalet Anlayışından Onarıcı Adalet Anlayışına: Kuhncu Paradigma Değişiminin Bir Değerlendirmesi

Kurtuluş Tayanç Çalışır ○ Hapsetme Olgusuna Sistem Dışı Yaklaşım

Berrak Burç'n Dilaver ○ St. Thomas Aquinas: Yeni Bir Dönemin Felsefesini Kurmak

Veysel Dinler ○ Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine

Muzaffer Dülger ○ Hukuki Pragmatizm: Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard Posner

Mehmet Eren Gedikli ○ Platon'da Devlet - Adalet İlişkisi

Mevlüt Göl ○ Anayasa Başlangıçlarında Anayasanın Felsefesi ve İdeolojisi

Peyami Safa Gülay ○ Egemen Özneye Basit Müdahale: Dil Oyunu Neyi Varsayar?

Ahmet Gürbüz ○ Dinsellik ve İdeoloji Olgusu ya da İslamiyet ve Müslümanlar Bağlamında Din/Dindar ve İdeoloji/İdeolojik Kişilik Dönüşümü

Altan Heper ○ Felsefe, Hukuk Felsefesi ve Etik Açıdan Kişi, Kısa Bir Giriş

Kasem'n Işıktaç ○ Doğal Hukukta Yeni Bir Perspektif: L. L. Fuller

Yusuf Karakoç ○ Hukukun Adaleti: Hakkaniyet

Furkan Kararmaz ○ John Dewey'in Hukuk Felsefesinde 'Olan' ve 'Olması Gereken'

Muharrem Küç ○ Selb'in Ölümü: Post-Travma ve Toplumsal Nekahet Dönemlerinde Hukukun Rolü

Özen Kurtuluş ○ Güç Piramidinin Hukukun İrandırıcılığı ve Bütünü Temsil İddiasına Etkisi

Rabia Sağlam ○ Yargıç Merhameti, Reis Bey'in Merhametsizliği

Aydan Ömür Sarlu ○ Tanıma Kuralı: Değerlendirmeler

Musra Tan ○ Parrhesia Kavramı Işığında Parti Disiplini ve Milletvekillerinin İfade Özgürlüğü

Bngün Topuzkanamış ○ İktidarsız Hukuka Edebiyat Denir!

Mehmet Turhan ○ Hans Kelsen'e Göre Adalet

Mehmet Akif Tutumlu ○ Gerekçe İlkeleri Üzerine Bir Deneme

Mevlüt Uyanık ○ Türkiye'nin Son 15 Yılında Siyasal ve Sosyal Kimlik Teşekkülü Süreci Analizi: Muhafazakâr Demokrat, "Müslüman Demokrat" ve "Dindar Demokrat" Tasavvurları - Yeni Bir Din Oluşturmanın Gerekliliği

Hüneyra Kılınaz ○ Hukuki Statüleri Bakımından Türkiye'nin Ezidilere Yönelik Ayrımcı Politikalarına Eleştirel Bir Bakış

28

Hazırlayanlar: *Saim Üye, Nadire Özdemir, Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız*

İSTANBUL BAROSU

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HFSA VIII aramızdan ayrılan **Prof. Dr. Adnan Güriz, Prof. Dr. Cahit Can, Prof. Dr. Mehmet Yüksel, Prof. Dr. Vecdi Aral** hocalarımıza ithaf olunur.

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – VIII" Sempozyumu
İstanbul Barosu-HFSA Bildiriler
15-18 Mayıs 2017, İstanbul

28. KİTAP

Editörler
Saim Üye, Nadire Özdemir,
Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI
İstanbul 2019

Genel Yayın Sıra No: 2016/12

ISBN: İSBN 978-605-9446-02-0
Yayıncı Sertifika No: 12457

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

İstanbul Barosu Yayınları

İstiklal Cad. Orhan A. Apaydın Sk. Baro Han Beyoğlu-İST
Tel: (0212) 251 63 25 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. Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır

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

SUNUŞ

HFSA'nın bu kitabı 15 Mayıs 2017-18 Mayıs 2017 tarihleri arasında, İstanbul'da, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde gerçekleştirilen ve HFSA ile İstanbul Barosu işbirliğinde düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – VIII" Sempozyumunun bildirilerinden oluşmaktadır.

HFSA-VIII Sempozyumu aramızdan ayrılan Prof. Dr. Adnan Güriz, Prof. Dr. Cahit Can, Prof. Dr. Mehmet Yüksel, Prof. Dr. Vecdi Aral hocalarımıza ithaf olunmuştur.

HFSA'nın gerek sempozyumunun düzenlenmesinde gerekse kitaplarının basılmasında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosu'na teşekkürlerimizi sunuyoruz.

İÇİNDEKİLER

1. Nisan Akgül, Güzin İlaysu Belenli, Hazal Altıparmak - Kimyasal Hadım 7
2. Burçin Aydoğdu - Kant'ın Hak Öğretisinde Kazanılmış Hak - Doğal Hak Ayrımı 38
3. Hasan Ali Başaran - Spinoza'nın Politika Felsefesinde Doğa Durumu - Sivil Durum İlişkisi 44
4. Aylin Kılıç Cepdibi - İrade ve Egemenliğin Politik Alana Yansımasının Tiranik Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme 53
5. Eda Çakmakkaya - Cezalandırıcı Adalet Anlayışından Onarıcı Adalet Anlayışına: Kuhncu Paradigma Değişiminin Bir Değerlendirmesi 73
6. Kurtuluş Tayanç Çalışır - Hapsetme Olgusuna Sistem Dışı Yaklaşım 85
7. Berrak Burçin Dilaver - St. Thomas Aquinas: Yeni Bir Dönemin Felsefesini Kurmak 134
8. Veysel Dinler - Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine 153
9. Muzaffer Dülger - Hukuki Pragmatizm: Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard Posner 168
10. Mehmet Eren Gedikli - Platon'da Devlet - Adalet İlişkisi 192
11. Mevlüt Göl - Anayasa Başlangıçlarında Anayasanın Felsefesi ve İdeolojisi 197
12. Peyami Safa Gülay - Egemen Özneye Basit Müdahale: Dil Oyunu Neyi Varsayar? 219
13. Ahmet Gürbüz - Dinsellik ve İdeoloji Olgusu ya da İslamiyet ve Müslümanlar Bağlamında Din/Dindar ve İdeoloji/İdeolojik Kişilik Dönüşümü 227
14. Altan Heper - Felsefe, Hukuk Felsefesi ve Etik Açıdan Kişi, Kısa Bir Giriş 236
15. Yasemin Işıktaç - Doğal Hukukta Yeni Bir Perspektif: L. L. Fuller 245
16. Yusuf Karakoç - Hukukun Adaleti: Hakkaniyet 251
17. Furkan Kararmaz - John Dewey'in Hukuk Felsefesinde 'Olan' ve 'Olması Gereken' 261
18. Muharrem Kılıç - Selb'in Ölümü: Post-Travma ve Toplumsal Nekahet Dönemlerinde Hukukun Rolü 270
19. Özen Kurtuluş - Güç Piramidinin Hukukun İnandırıcılığı ve Bütünü Temsil İddiasına Etkisi 288
20. Rabia Sağlam - Yargıç Merhameti, Reis Bey'in Merhametsizliği 297
21. Aydan Ömür Surlu - Tanıma Kuralı: Değerlendirmeler 305
22. Mısra Tan - Parrhesia Kavramı Işığında Parti Disiplini ve Milletvekillerinin İfade Özgürlüğü 319
23. Engin Topuzkanamış - İktidarsız Hukuka Edebiyat Denir! 324
24. Mehmet Turhan - Hans Kelsen'e Göre Adalet 328
25. Mehmet Akif Tutumlu - Gerekçe İlkeleri Üzerine Bir Deneme 357
26. Mevlüt Uyanık - Türkiye'nin Son 15 Yılında Siyasal ve Sosyal Kimlik Teşekkülü Süreci Analizi: Muhafazakâr Demokrat, "Müslüman Demokrat" ve "Dindar Demokrat" Tasavvurları -Yeni Bir Din Oluşturmanın Gerekliliği- 379
27. Hümeyra Yılmaz - Hukuki Statüleri Bakımından Türkiye'nin Ezidilere Yönelik Ayrımcı Politikalarına Eleştirel Bir Bakış 404

Kimyasal Hadım

Nisan AKGÜL[1], Güzin İlaysu BELENLİ[2], Hazal ALTIPARMAK[3]

Özet

Bu makale, hadım kavramı ve tarihçesini, Türkiye'de cinsel suç faillerine kimyasal hadım uygulanması için, Temmuz 2016'da Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Kimyasal Hadım Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"yi; uygulanacağı kişilerde oluşturacağı psikolojik ve fiziksel etkiler, çeşitli ülkelerdeki uygulanma yöntemleri, TC anayasasına uygunluğu, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler bakımından uygulanabilirliği ve etik sorunu kapsamında incelemektedir

Giriş

Bu çalışma, Türkiye'de yeni yasalaşmış olan kimyasal hadımın suçlular üzerindeki etkilerini; Türkiye cezalandırma sistemi ve uluslararası insan hakları kapsamında, uygulamanın, suç oranlarının azalmasını sağlayıp sağlamadığı ve suçun tekrar işlenmesini önleyip önlemediği gibi hususları göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmıştır ve cinsel suçlulara kimyasal hadım uygulaması getirilmesinin yanlışlığını ortaya koymaktadır.

Hadım Kavramı ve Hadımlaştırmanın Tarihçesi

Kastrasyon, kişinin, cinsel salgı bezlerinin alınması yolu ile cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir.[4] Tıp biliminde geçen kastrasyonun, bilinen ve yaygın kullanımı hadımdır. Hadımın sözlük anlamı ise kısırlaştırılmış erkektir.[5] Ancak belirtmek gerekir ki sözlükteki bu anlam tam karşılığını vermemekte, farklı bir kavramı tanım olarak vermektedir. Kısırlaştırma ve hadım tıbbi açıdan birbirinden farklı kavramlardır. Latince castrare "kesmek, özellikle organ kesmek" fiilinden 'tion' ekiyle türetilmiş olan bu sözcüğün (Lat: castratio) Fransızca (castration) ve İngilizcedeki (castration) karşılığı 'iğdiş etme'dir.

Hadımlaştırmanın, çok eski zamanlara, insanlık tarihindeki kayıtlardan bile öncelere dayandığı bilinmektedir. Avrupa, Hindistan, Afrika ve Çin kültürlerinde dinsel ve sosyal nedenlerden dolayı kullanıldığı, ilk kasıtlı hadım kayıtlarının ise enük üretmek için Lagash şehrindeki Sümerliler tarafından gerçekleştirildiği ifade edilmektedir.[6]

1 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi
2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi
3 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi

4 M. Onursal Cin, "İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/maka-le/147.doc, Son güncelleme: 18 Ekim 2016,

5 "Türk Dil Kurumu Sözlüğü", http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa6081084437.506160, Son güncelleme: 9 Ekim 2016.

6 Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 81(2009): 6.

Hadımlaştırmanın Türleri

Hadımın iki türü vardır:

1. Cerrahi Yöntem(Orşiektomi)

2. Kimyasal Yöntem (Medikal Kastrasyon-Kimyasal Hadım)

Cerrahi yöntem, testislerin ameliyatla alınması işlemidir. Günümüzde sağlık sorunları sebebiyle nadir de olsa başvurulan bir yöntemdir. Cerrahi kastrasyon, sosyal kontrolü sağlama amaçlı olarak yüzyıllarca kullanılmıştır.

Kimyasal yöntem ise, modern hormon tedavisi yöntemleriyle testesteron seviyesini azaltmak ve cinsel dürtüleri indirgemek amaçlı kullanılan bir işlemdir. Kimyasal hadım yöntemi aşağıda detaylıca açıklanacaktır.

Kimyasal Hadım

Kimyasal hadım, kullanılan birtakım ilaçlarla hormon üretimini kontrol altına almaya çalışan bir yöntemdir. Bu yöntem, beyni etkileyerek testislerdeki testesteron üretimini uyaran hormonları engellemek ve cinsel suçluların şiddet içeren cinsel eğilimlerini azaltmak amacını taşır.[7]

Birçok ülkenin yasalarında karar verme yeterliliğinin boyutları belirlenmiştir. Buna göre tersi ispatlanmadıkça, kural olarak ergin bir kişi yeterlidir ve karar verme yetkisine sahiptir.

Karar verme yeterliliği ile ilgili yaklaşımlarda bazı davalar etkili olmuştur. Bu davalar özellikle Amerika'da görülen davalardır. Bunlardan ilki 1914 yılında görülen Schloendorff davasıdır. Schloendorff davasında, izin alınmadan hastaya tıbbi müdahale yapılması yasaklanmış olmakla birlikte, aydınlatılmış onamın ön koşul ögelerinden birisi olan yeterlilik ögesine ilişkin bir tanım da yapılmıştır. Bu davada hâkim Cardoza 'yetişkin yaşta ve sağlam aklı olan her insanın kendi bedenine ne yapılacağını belirleme hakkına sahip olduğunu' belirtmiştir.[8]

1960 yılında görülen Dusky davasında, mahkeme tarafından alınan kararda yasal yeterliliğin dayandırıldığı standartların ana hatları belirlenmiştir. Bu standartlar; davalının kendisine yönelik suçlamaları anlaması ve makul bir şekilde değerlendirmesidir.

1978 yılındaki Rennie v. Klein davasında, hastada mental bir hastalığın olmasının tıbbi tedaviye aydınlatılmış onam vermede yetersiz olduğunu göstermediği karara bağlanmıştır. Ayrıca psikiyatrik bozukluğu olan birçok hastanın aydınlatılmış onam kararını vermede yeterli olabilecekleri, hastanın karar verme yeterliliğini mahkemeler tarafından değil, psikiyatri uzmanları tarafından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[9]

Kastrasyon uygulamasının bir tedavi olup olmadığının belirlenmesinde de Rennie v. Klein davasında uygulanmış olan bir test baz alınmaktadır. Bazı

7 "Chemical Castration: Is It Ethical?", http://www.neulaw.org/blog/1034-class-blog/4034-chemical-castration-is-it-ethical, Son güncelleme: 10 Ekim 2016.

8 Rahime Aydın Er, "Psikiyatri Hastalarının Tedaviye Karar Verme Yeterliliği" (doktora tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2009), 31.

9 Rahime Aydın Er, "Psikiyatri Hastalarının Tedaviye Karar Verme Yeterliliği" (Doktora tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2009), 32.

mahkeme kararlarında bulunan dört bölümlük bu test, psikoterapatik ilaçların hastalara zorunlu olarak kullandırılıp kullandırılmayacağını belirlemek amacıyla yapılmıştır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda psikoterapatik ilaçların kullandırılmasının bir ceza değil tedavi olarak kabul edildiği takdirde bu testi geçtiği kabul edilmiştir.

Rennie testi şu değerlendirmelerden oluşmaktadır:

1. Söz konusu prosedürün tedavi edici değeri nedir?

2. Bu değerin kabul edilebilirliği tıbbi çalışmalarla ortaya konmuş mudur?

3. Tedavi, uygulanan programın sürekli parçalarından biri midir?

4. İlacın yararlarının sağladığı etki nedir?

Rennie testini kimyasal hadım için uygulayan eleştirmenler, bu yöntemin testin birinci aşamasında kaldığını ileri sürmüşlerdir. Çünkü kimyasal hadım için kullanılan ilaçların tedavi edici etkisinin çok az olduğu görülmektedir. Bunun nedeni olarak da; bu yöntemin, kişilerin şiddet içeren davranışlarındaki öfke ve husumet güdüsünü ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı belirtilmektedir. Bu tedavinin psikolojik danışma ile birlikte uygulanmadığı durumlarda ise tedavi etkisinin daha da düşük olacağı bilinmektedir.[10]

Kimyasal hadım yönteminin bir ceza olduğunun ileri sürülmesinde, Rennie testinin birinci bölümünde kalmasında en güçlü argümanlardan biri kullanılan ilaçların tedavi edici özelliği ile ilgili yeterli tıbbi çalışmaların bulunmamasıdır. Eleştirmenler bu ilaçların henüz deneysel aşamada olduğunu ve tıp camiasında genel bir kabulün henüz oluşmadığını belirtmektedirler.

Tedavi etmeye yönelik olmadığına dair en önemli diğer bir argüman ise bu ilaçların zararlı etkilerinin yararlı etkilerine nazaran daha ağırlıkta olmasıdır. Bu zamana kadar ki çalışmalar göstermektedir ki, kimyasal kastrasyon için kullanılan bazı ilaçların kısa dönemdeki yan etkileri aşırı olmayan seviyede olsa da, uzun dönem kullanıldığında ise kabul edilemeyecek derece önemli yan etkiler ortaya çıkmaktadır. Bu yan etkiler yukarıda açıkça türlerini belirttiğimiz ve insan haklarına aykırı olan, bir insanın hayati fonksiyonlarına darbe niteliğindeki yan etkilerdir.

Tedavi edici nitelikte olmayan bu ilaçların sürekli ve belirli dozajlarda alınması gerektiğinden, uzun dönemde ortaya çıkabilecek neredeyse tüm yan etkileri ortaya çıkaracağı kanaatindeyiz. Çünkü cinsel suçları işleyen bu kişiler bu sapkınlıklarını dürtülerini engellemekle, testosteron seviyesini azaltmakla ortadan kaldıramayacaklardır; bu sebeple de uzun dönem, bir ömür boyu, kullanmaları gerekmektedir.

Tıbbi Çalışmaların Yeterliliği

Kimyasal hadımın bir ceza müeyyidesi mi yoksa tedavi mi olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Kimyasal kastrasyonun bir ceza olduğunu ileri süren görüşler genellikle kimyasal hadımda kullanılan bu tür ilaçlarla ilgili yeterince tıbbi çalışmanın olmadığını

10 Adnan Ataç, "Tıp Etiği Açısından Katrasyon", *Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı*, (2010 Mayıs), 171. (Erişim Tarihi: 17.12.2016).

ileri sürmektedirler. Bu ilaçların deneysel aşamada olduğunu, dünyada genel bir kabul görmediğini savunmaktadırlar. Zararlı etkilerinin yararlı etkilerinden fazla olması sebebiyle uzun süreli etkilerin de tam görülemediğini iddia etmektedirler. Çünkü hayvan deneylerinde yapılan uzun süreli çalışmalarda meme kanserine, rahim kanserine neden olduğuna dair bulgular vardır.

Kimyasal kastrasyonun tedavi olduğunu savunan görüşler ise hastanın kontrol edilemeyen dürtülerini ortadan kaldırdığını ileri sürerek, bunu çok büyük bir yarar olarak görmektedirler. Uzun süreli kullanımında yan etkiler görülen tedaviler, bazı hastalıklar için uygulandığı ve uygulanırken tartışılmadığı için kimyasal hadımın yan etkilerini de tartışmaya gerek görmemektedirler. Örneğin; yeme dürtülerini kontrol edemeyen obezler için yan etkileri olan tedaviler uygulanmaktadır. Midesinin bir bölümün alınması veya uzun süreli yan etkileri olan ilaçların kullanılması gibi tedavi yöntemleriyle obeziteyle savaşılmaktadır.[11] Burada da kimyasal hadımda olduğu gibi yan etkiler için bir belirsizlik durumu vardır, konsensüs söz konusu değildir. Bir hekimin vicdani kanaatine göre, hastası için verdiği karar uygun görülmektedir. Bu sebeplere dayanarak kimyasal hadımın bir tedavi olduğunu ileri süren görüşler ilaçların yan etkilerini görmezden gelmektedir.

Bu görüşler değerlendirildiğinde kimyasal hadımın bir ceza mı tedavi mi olduğuna karar verilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Cinsel sapkınlığa sahip hastalar için kullanıldığında bir tedavi olduğu ileri sürülebilir. Cinsel suçlular için kullanıldığında ise bir ceza müeyyidesi olarak kabul edilmesi gerekir. Türkiye'de ve yukarıda incelediğimiz diğer ülkelerde de görüldüğü gibi kastrasyon cinsel suçlulara karşı uygulanmaktadır. Ülkemizde her ne kadar kimyasal hadıma karar verildikten sonra hükümlü, bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporu alınmak üzere Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanelere sevk edilse de bunu, "hekimin hastası için uygun gördüğü bir tedavi yöntemi" olarak görmek etik değildir. Çünkü asıl kararı İnfaz Hâkimliği vermekte ve hastanın rızası aranmamaktadır. Ceza müeyyidesi olan kimyasal hadım için, yan etkilerini ve yeterli tıbbi çalışmanın olmamasını görmezden gelmek bir insanın hayatını bu denli etkileyen ilaçların kullanılması kararını bizim almamızı engellemektedir.

Kimyasal Hadım Yönteminde Kullanılan İlaçlar

Kimyasal hadım günümüzde en fazla parafili hastalarına uygulanır. Parafili hastaları, cinsel dürtülerini kontrol edemedikleri için cinsel suçları işleyen kişilerdir. DSM-IV-TR'ye göre 8 çeşit parafili vardır. Bunlar; pedofili, travestik fetişizm, teşhircilik(cinsel organları sergileme merakı), fetişizm, röntgencilik, cinsel mazoşizm, cinsel sadizm, değdirme- frottörizm (bir insana rızası dışında dokunma ve o insanı okşama ile tanımlanan bir cinsel sapkınlık)dır.[12]

11 Muharrem Uçar, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", *Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı*, (2010 Mayıs), 155. (Erişim tarihi:15.02.2017).

12 N.W. Dunsieth, E.B. Nelson, L.A. Brusman-Lovins, J.L. Holcomb, D. Beckman, J.A. Welge, et al., "Psychiatric and Legal Features of 113 Men Convicted of Sexual Offenses", *The Journal of Clinical Psychiatry*, 65(2004), 293-300 (Erişim tarihi: 5.12.2016).

Kimyasal hadım yönteminde kullanılan ilaçlar LHRH analogları olarak bilinmektedir. LHRH analogları anti-hormon analoglarıdır. Erkeklerde üretilen testesteron miktarını azaltır. Bu yönden cerrahi hadım kadar etkilidir. Ülkemizde bulunan LHRH analogları; Zoladex, Lucrin ve Decapeptyl'dir. Bu ilaçlar, ayda bir kez enjeksiyon şeklinde uygulanır.

Kimyasal hadım yönteminde kullanılan bir diğer ilaç da Depo-Provera'dır. Suni progesterondan oluşan bu ilaç, libido kesici özelliğe sahiptir. MPA (medroxyprogesterone acetate) tedavisi olarak uygulanan Depo-Provera, haftalık enjeksiyonlar şeklinde alınır.

Tüm bu ilaçların kimyasal hadım yönteminde kullanılma amacı; testesteron seviyesini azaltarak cinsel dürtülerini ve sapkın davranışlarını kontrol altına almaktır. Bunun sonucunda erkeğin ereksiyon ve boşalma gibi cinsel faaliyetleri azalmaktadır.

İlaçların Yan Etkileri

LHRH analogları, yan etkileri olan ve uzun süreli etkileri tam olarak gözlemlenmemiş ilaçlarıdır. Bu yan etkilerden en sık görülenleri; metabolizma ve beslenme bozuklukları dolayısıyla aşırı kilo alımı, değişen ruh hali ve depresyon gibi psikolojik bozukluklar, sinir sistemi bozuklukları, yorgunluk, sıcak basması ve aşırı terleme, soğuk algınlığı, hipertansiyon, deride döküntü, baş ağrısı, kas, iskelet, bağ doku ve kemik bozukluklarıdır.

Çok yaygın biçimde görülmese de aşırı ilaç duyarlılığı, anaflaktik reaksiyonlar(aniden başlayan ve ölüme neden olabilen ciddi bir alerjik reaksiyon), hipofiz bezinde kanama, memelerde hassasiyet, psikotik bozukluklar(düşünce ve duyunun ağır oranda bozulduğu zihin durumunu tanımlamakta kullanılan genel bir psikiyatri terimidir.), üreterik tıkama(idrar yolları tıkanması) da bahsedilen ilaçların kullanımının yan etkilerindendir.

Kimyasal Hadım Yönteminin Yarar-Zarar Oranı

Kimyasal hadımda uygulanan ilaç tedavisi genel olarak tersine çevrilebilir bir tedavidir. Bu yöntem uygulandıktan sonra bırakıldığında, davranışlar eski haline döner. Kimyasal hadım yöntemi durdurulduğunda sapkın davranışlar, dürtülerini kontrol edememe, cinsel taciz ve tecavüz suçlarını işleme durumları herhangi bir azalma olmadan devam etmektedir. Kimyasal hadımın görüldüğü gibi gerçek anlamda bir tedaviyi karşılayamamasının yanı sıra, kullanılan ilaçların bazı sağlık problemlerine yol açtığı belirlenmiştir.

Anti-androjenik ilaç tedavisinde sayısız yan etki gözlemlenmiştir. Aşırı kilo artışı, kemik erimesi, kardiyovasküler hastalıklar gibi ciddi boyuttaki bu rahatsızlıklar ortaya çıkmaktadır. Kimyasal hadım tedavisi; cinsel suçluların davranışlarını düzeltmediğinden, sadece kullanıldığı zamanlarda bazı faydalar gösterdiğinden uzun dönem ve hatta bir ömür boyu kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple uzun dönemde çıkan insan hayatını derinden etkileyecek bu yan etkilerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Depresyon, aşırı yorgunluk hali, kan pıhtılaşmasıyla alakalı problemler, diyabet gibi rahatsızlıklar ise bazı kullanıcılarda gözlemlenmiştir. Bu bulguları kimyasal hadım yönteminde uygulanan ilaç tedavisiyle bağdaştırmanın güç olduğunu iddia eden bazı görüşler var ise de[13] ilaçların prospektüsleri okunduğunda, yan etkiler kısmında bu rahatsızlıklar gösterilmektedir.

Kimyasal kastrasyonun yararlarını ve zararlarını ölçtüğümüz zaman hangisinin daha ağır geldiğini tartmak gerekir. The American Civil Liberties Union'a göre bu tedavi yöntemi etik değildir. Bu grup, kimyasal kastrasyonun acımasız ve alışılmamış bir ceza yöntemi olduğunu savunmaktadır. Bu grup çeşitli sağlık problemlerine maruz kalındığını ve üreme yeteneğine müdahale edildiğini savunmaktadır. Amerika'da yine bu yöntemin acımasız olduğunu savunan görüşlere göre insan haklarına aykırı olması dolayısıyla kimyasal hadım Eighth Amendment Cruel and Unusual Punishment Clause hükümlerine karşıdır.[14]

Araştırmalar göstermektedir ki, kimyasal hadım sapkın davranışları gösteren kişileri tedavi etmemektedir. Tedavi bir kere dahi durdurulduğunda testesteron seviyesi artmaktadır. Bunun yanı sıra çeşitli sağlık problemlerine yol açması dolayısıyla da insan haklarına aykırıdır. Nitekim "tedavi" dahi olmayan bu yönteminin sapkın davranışları kontrol altına alamaması yalnızca testesteron seviyesini azaltılması ve insan yaşamını önemli derecede etkileyecek sağlık problemlerine yol açması, kıyaslama yapıldığında zararlarının yararlarına baskın geldiğini göstermektedir.

Sağlık Açısından Kimyasal Hadım

Çocuklara yönelik sapkın cinsel arzuları olan suçlularda kimyasal hadımın bir çözüm olabileceği belirtilmektedir. Ancak bu suçluların büyük bir çoğunluğu tehlikeli ve antisosyal kişiler olmalarına rağmen cinsel bir hastalıktan muzdarip değillerdir. Bu nedenle kimyasal hadıma tabi tutulmaları, tartışmasız olarak, tıbbi açıdan uygun değildir.[15]

Östrojenler, erkeklerin fizyolojisinde çok önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü östrojenlerin; iskelet büyümesi, kemik olgunlaşması, beyin fonksiyonu ve kardiyovasküler biyoloji üzerinde olumlu etkileri vardır. Bu nedenle kimyasal hadım etme; osteoporoz(kemik erimesi), kalp-damar hastalığı ve bozulmuş glikoz ve lipit metabolizması da dâhil olmak üzere çeşitli yan etkiler ile ilişkilidir. Depresyon, sıcak basması, kısırlık ve kansızlık da oluşabilir. Ayrıca tedavi süresi uzadıkça kimyasal hadımın bu yan etkileri artabilir.[16]

13 "Chemical Castration: Is It Ethical?," http://www.neulaw.org/blog/1034-class-blog/4034-chemical-castration-is-it-ethical, Son güncelleme: 13 Şubat 2017.

14 Raymond A.Lombardo, "California's Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders", *Fordham Law Review*, volume 65, issue 6, article 8(1997): 2612.

15 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal,* volume 3:3 (2006): 567.

16 Joo Yong Lee and Kang Su Cho, "Chemical Castration for Sexual Offenders: Physians' Views", Journal Korean Medical Science (2013): 172

Kimyasal kastrasyon, suçluyu bedensel ve zihinsel olarak etkisiz hale getirir ve şiddetli, kısa ve uzun vadeli, sağlık sorunlarına maruz bırakır. Kimyasal kastrasyon cinsel suçluların vücut fonksiyonlarını engellemektedir, sakatlamaktadır.[17]

Kimyasal hadım, cinsel suçlulara karşı derin bir fiziksel saldırı teşkil eder. Kadın hormonlarının erkek vücuduna ciddi dozlarda pompalanması, çok ağrılı olur ve muhtemelen uzun vadede ölümcül sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle uzun vadede kimyasal hadım işlevsiz hale gelecek ve işkence haline dönüşecektir. Kısacası cezalandırmak için kimyasal hadım yöntemine başvurmak, suçluların sağlığının ve refahının hiçbir öneminin olmadığını gösterir.[18]

Psikolojik Açıdan Kimyasal Hadım Yöntemi

İki tip cinsel suçlu bulunmaktadır ve hadım edilme tecavüzcülerin aksine parafililer[19] –özellikle pedofililer[20]- için bir tedavi yöntemi olarak öngörülmektedir. Pedofililer, tecavüzcülerden hem suç doğasından kaynaklı olarak hem de biyolojik ve psikolojik nedenlerden dolayı farklıdırlar. Pedofililer tecavüzcülerin aksine saldırgan değildirler ve zorla elde etme psikolojisi içinde de değildirler.

Pedofililer suç işlediklerini bilirler ancak bunun psikolojik açıdan tedavi edilmesi için psikoterapi gibi yöntemler yeterli olmamaktadır. Çünkü pedofililer dürtülerinin etkisi ile bu davranışları gerçekleştirirler.

Tecavüzcülerin hadım edilmesi ne şekilde olursa olsun bir tedavi şekli değil aslen bir cezalandırmadır. İnsan bedenine yapılacak bu tarz bir müdahalenin insan haklarıyla da hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı açıktır.

Tecavüzün amacı ilk bakışta cinsel doyum gibi görülse de tecavüzcünün asıl amacı psikolojik kontrol etme duygusudur. Olağan yollarla kontrol edemeyeceği kişiyi, rızası olmaksızın, kontrol etme çabası içine girer. Tecavüz, zorla elde etmedir. Tecavüzcü geçmişte yaşadıklarının etkisiyle bastırdığı duyguları bu şekilde ortaya çıkarır. Yani tecavüz düşüncesi bir anda ortaya çıkan bir fikir değildir.

Elde edilen bazı veriler, cinsel suçluların gelecekte cinsel suçları işlemede olasılığın nispeten daha düşük olduğunu gösterse de organ kullanmak suretiyle bu suçu işlemeyen veya işleyemeyen bu suçlular başka cisimlerle aynı eylemi gerçekleştirmektedir. Bu durumda da farklı insanlık suçları meydana gelir.

17 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law* Journal, volume 3:3 (2006): 599.

18 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journa*l, volume 3:3 (2006): 568.

19 Parafili: Bir kişinin yoğun fantezi, anormal arzular içinde bulunmasını tanımlayan psikoloji terimidir. http://sosyolojisi.com/parafili-nedir-ne-demektir-hakkinda-bilgi/7127.html .

20 Pedofili: Sübyancılık. Yetişkin bir kimsenin ergenlik öncesi çocukları veya ergenliğe yeni girmişleri cinsel açıdan çekici bulması ve cinsel eğiliminin çocuklara yönelik olmasına neden olan psikoseksüel rahatsızlık. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b530e83f0f645.03201178

Cinsel saldırganların birçoğunun psikolojik olarak sağlıklı olmayan bir şekilde yetiştikleri gözlemlenmiştir (Hudson ve Ward 1997).

Knight ve Prentky (1990) yaptıkları sınıflamada, cinsel saldırganları, fırsatçı, öfkeli ve kinci olarak üç şekilde sınıflandırmışlardır: Fırsatçı cinsel saldırganlar, cinsel saldırılarını bir uyarıcı karşısında ya da cinsel doyum dürtüsü ile işlemektedirler. Dürtü kontrol yetersizlikleri nedeniyle saldırıları çoğunlukla planlanmamıştır. Bu grup içinde yer alanlar eğitim, iş ve beceri açından düşük veya yüksek sosyal yetkinliğe sahip kişiler olabilir. Öfkeli cinsel saldırganlar ise, saldırganlık, nefret ve öfke duyguları sonucu harekete geçerler. Bu tür suçlular, mağdur bir direnç davranışı göstermese bile şiddet uygulayarak mağdurun ağır yaralanmasına veya ölümüne neden olabilirler. Kinci cinsel saldırganları harekete geçiren dürtü de yine nefret duygusudur. Genellikle mağdurlarını aşağılamak için fiziksel zarar verme yolunu seçerler (Knight ve Prentky 1990).

Ayrıca, cinsel saldırganın yeniden cinsel suç işleme eğilimiyle ilişkili risk faktörleri, tipik olarak statik ya da dinamik faktörler olarak iki grupta sınıflandırılmaktadır. Yaş, bir cinsel sapkınlığı tercih etme, cinsel ya da farklı bir suç işleme geçmişi ve hiç evlenmemiş olma statik risk faktörleri olarak değerlendirilmektedir (Hanson ve Bussiere 1998). Dinamik faktörler ise, sabit ve akut faktörler olarak iki grupta incelenmektedir. Sabit risk faktörleri, cinsel uyarılma, bilişsel çarpıtmalar ve sorumluluk düzeyleri gibi süreğen özelliklerle ilişkili faktörlerdir. Akut risk faktörleri de maddeyi kötüye kullanma, sosyal izolasyon ve olumsuz duygusal durumlar gibi hızlı değişen faktörlerdir (Hanson ve Harris 2001).

Cinsel suçlar toplumun bütünlüğünü ihlal eder ve genel halk için büyük bir endişe kaynağıdır. Tekrar meydana gelmesinin önlenmesi mevcut seçeneklerinin hapsedilmesi veya cinsel davranışsal modifikasyonun uzatılması nedeniyle etkili bir tedavinin oluşturulması şüphesiz önem taşımaktadır.

Hadım işlemi, günümüzde kimyasal yöntemlerle yapılmaktadır. Geçmişte yapılmış olan "kesilerek hadım" yönteminin yerini hormon tedavisi şeklinde sürekli uygulanmasıyla etki gösteren kimyasal hadım yöntemi almıştır. Ancak kimyasal hadım geçici bir çözümdür yani hormon tedavisinin kesilmesi ile fail cinsel davranışları yapabilme yeteneğini geri kazanır.

Yapılan araştırmalarda 3 aylık kimyasal hadım tedavisi periyodunda cinsel fantezilerin ve mastürbasyon sıklığının azaldığı görülmüştür.

Danimarka'da kimyasal hadım yöntemi yaklaşık 30 senedir uygulanmaktadır. Kimyasal hadım, orada bir ceza olarak değil psikolojik tedavi olarak uygulanmaktadır. Özellikle parafilik nitelikteki cinsel suçluların alışılmadık cinsel dürtülerinin bu tarz geri dönüşü olan bir ilaç ve hormon tedavisi yöntemi ile dürtülerinin azalmayacağını kabul etmek gerekir.

FBI raporlarına göre, ABD'de her dört kız ve altı erkek çocuktan biri cinsel tacize uğramaktadır. 20 tacizciden ancak biri ağır hapis cezasına çarptırılmaktadır.

Salıverilenlerden yüzde 75'i aynı suçu tekrar işlemektedir.

Çeşitli Ülkelerde Kimyasal Hadım Uygulaması

Kimyasal hadım yöntemini uygulayan ülkelerin her biri, bunu farklı koşullarla yasalaştırmıştır. Bu ülkelerden bazılarının kimyasal hadımla ilgili uygulamalarına değinmek gerekir.

İtalya;

İtalya'da 17 Şubat 1997'de yapılan kimyasal hadıma ilişkin ilk resmi önerinin denenmesi sırasında bir adam tekrar tecavüz suçunu işledi. O zamandan beri bu süreç hakkında çok ihtilaf olmuştur. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki İtalya'da yasa süresince hiç kimse tedaviye zorlanamazdı ve yasa bireysel saygının sınırlarını aşamazdı.

İtalya'da pedofili ile bağlantılı suçlar, 2006 yılında güncellenen 269/98 kanunuyla yönetilir. Bu yasa, uygun farmakolojik tedavi ile müdahale olasılığını kapsamaz. Yasanın temel amacı çocukları cinsel saldırının tüm formlarına ve şiddete karşı korumaktır. Ayrıca bu yasayla, pedofilinin genel ahlaka karşı işlenen bir suç olduğu kabul edilmiştir. Yasada, cinsel ilişki nesnel doğayla ilgili olarak değerlendirildi. Bu sebeple cinsel alaka, yerel geleneklerle ilgili olarak yapılandırıldı.[21]

Almanya;

Almanya'da 1969 yılından beri kimyasal hadım yasal olarak uygulanmaktadır. 25 yaşının üstünde olması şartı ile tedavi için uygunluğu klinik olarak değerlendirilmiş kişiler kimyasal hadıma tabi tutulmaktadır. İşkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaların önlenmesi için Avrupa Komitesi Konseyi (CPT) tarafından yayınlanan 2014 tarihli raporda, Almanya'nın kimyasal hadım uygulamasına son vermesi gerektiği çünkü cerrahi kastrasyonun kişilerin tekrar seks suçları işlemesini engellemediği, geri dönüşü olmayan bir müdahale olduğu ve tıbbi bir zorunluluk olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmaktadır.[22]

Danimarka;

Danimarka'da kimyasal hadım, koşullu salıverilenlere ve kısa süreli hükümlülere uygulanır. Kimyasal hadım tedavisi sürecindeki kişiler sosyal servis tarafından takip edilir.

İsveç;

İsveç›te kimyasal hadım sadece yeniden suç işleme eğilim yüksek olan ve tedavinin kesin sonuç vereceği tespit edilen kısa hükümlülere uygulanır.

Kore;

Kore'deki kimyasal hadım uygulamasına göre ise suçlunun koşullu salıverilmesinden önce üç ay suçluya kimyasal hadım tedavisi yapılır ve saldırganın davranışlarında değişiklik meydana gelip gelmediği denenir.

21 Mauro Silvani, Nicola Mondaini, Alessandro Zucchi, "Androgen Deprivation Therapy (castrationtherapy) and Pedophilia:What's New", *Page Press Journals*, volume 87, no 3 (2015), 224(Erişim Tarihi: 01.05.2017).

22 "Germany Anti Torture Monitors Want Definitive End to Surgical Castration of Sex Offenders", http://www.humanrightseurope.org/2014/07/germany-anti-torture-monitors-want-definitive-end-tosurgical-castration-of-sex-offenders/, Son güncelleme: 25 Nisan 2017.

Kaliforniya;

Kaliforniya'da 17 Eylül 1996 yılında kabul edilen yasa ile kimyasal hadım uygulaması ilk defa Amerika'nın bir eyaletinde uygulanmaya başlamıştır. Bu yasa suçlu için herhangi bir yaş limiti öngörmemektedir. Bu uygulamada şartlı tahliye edilecek kişilere uygulanacak tedavi hakkında bilgi verilir. Suçlular, cerrahi hadım ve kimyasal hadım seçeneklerinden istediklerini tercih etme hakkına sahiplerdir.

Ceza infaz kurumu yöneticileri şartlı tahliye edilecek kişileri, şartlı tahliye edilmelerinden bir hafta öncesinden başlayarak, gözetim altına alır ve gözetimin artık gerekmediğine karar verene kadar gözetime devam eder. Kaliforniya'da uygulanan yasaya göre şartlı tahliye ile kimyasal hadıma konu olabilecek suçlar; homoseksüellik, oral birleşme, kişilere karşı zor kullanarak şiddet, baskı ve korkutma ile cinsel eylemlerde bulunmak, kuvvet kullanarak şiddet ve baskı ile tecavüz etmektir.[23]

Florida;

Florida'da 1 Ekim 1997 yılında kimyasal hadım yasası yürürlüğe girmiştir. Bu yasaya göre kimyasal hadım tedavisinin uygulanmasında tedavinin uygulanacağı kişiler bu konuda bilgilendirilmemektedir. Tedavinin uygulanıp uygulanmayacağına doktorlar karar verir. Florida'daki kimyasal hadım yasasına göre şartlı tahliye olacak kişilere uygulanacak kimyasal hadım tedavisine tahliyelerinden bir hafta önce başlanır.

Kaliforniya'nın kimyasal hadım yasası, hem ulusların ilkiydi hem de onu takip eden kimyasal hadım yasalarının çoğunun modeli idi. Kaliforniya'da, 12 yaşında veya daha genç olan bir mağdur üzerinde kanunda geçen özel tecavüz yöntemlerinden birini uygularsa o faile kimyasal hadım yapılır. Birinci suçtan sonra, şartlı tahliye şartı olarak kimyasal hadım talebinde bulunma hakkına sahiptir; ikinci bir suçtan sonra kimyasal hadım zorunlu hale gelir. Kaliforniya yasalarına göre mahkemece kimyasal hadıma karar verilmesi için bir doktorun, tedaviyi tıbben uygun olduğu veya tıbben güvenli olduğu konusunda onay vermesine veya cinsel suçluya bir cinsel bozukluk teşhisi konmasına yasal olarak bir mecburiyet yoktur. Ayrıca her ne kadar suçlunun tedavinin etkileri konusunda bilgilendirilme hakkı varsa da, reddetme hakkı yoktur.

Dört eyalet-Lousiana, Iowa, Montana, Florida- Kaliforniya yasasından sonra modellenen kimyasal kastrasyon kanunlarını yürürlüğe koydu.

Kaliforniya'nın aksine, dört eyaletten üçü tedavi yapılmadan önce bir çeşit tıbbi incelemeye ihtiyaç duyuyor. Bununla birlikte, herhangi bir tüzük, bir doktora katılmayı gerektirmez; ayrıca, kimliğe büründükten sonra cinsel suçlunun cinsel bir bozukluk tanısı konmasını şart koşmaz. Ve hiçbir devlet suçlunun bu konuda bilgilendirilip onayının alınmasına gerek duymaz. İki eyalet (Louisiana ve Montana) suçlunun işlemin etkileri konusunda bilgilendirilmesini gerektirir, ancak izin almayı gerektirmez. Diğer iki

23 "Castration of Sex Offenders", https://www.cga.ct.gov/2006/rpt/2006-R-0183.htm, Son güncelleme: 1 Mayıs 2017.

eyalet (Florida ve Iowa) ise failin kimyasal kastrasyonun etkileri konusunda bilgilendirilmesini de onayının alınmasını da gerekli bulmuyor.

Florida Yüksek Mahkemesi, istem dışı ilâcın uygulanmasına yönelik mahkûmların iki şartı sağlamasını arar:

1. İlaç tıbbi olarak uygun olmalıdır

2. İlacın, daha az müdahaleci yöntemlerle sağlanamayan üstün bir devlet menfaatine uygun olması gerekir.[24]

Kaliforniya tarzı yasaların aksine, Oregon'un kimyasal hadım yasası ise, bu tedavinin bir suçlunun cezasının bir parçası olarak dayatılmasını gerektirmez. Bu yasaya göre kimyasal hadım bir tedavi yöntemi olarak uygulanmalıdır ve tedavi için adayların belirlenmesine ilişkin yasal kriterler şunlardır:

1. Cinsel suç nedeniyle hüküm giymiş olmalılar

2. Serbest bırakıldıktan 6 ay içinde tedavileri gerçekleşmeli

3. Düzeltme Daireleri, kimyasal kastrasyondan 'fayda sağlama olasılıklarının' yüksek olduğunu belirlemelidir.

Adaylar seçildikten sonra, kimyasal kastrasyonun tıbbi olarak uygun olduğundan emin olmak için bir doktora yönlendirilmelidirler. Fakat bu uygulamada da her ne kadar suçlunun tedavinin etkileri konusunda bilgilendirilmesi hakkı varsa da, bu kişinin rızasını bırakma hakkı yoktur.[25]

Türkiye'de Kimyasal Hadım

Türk Hukuk Sistemi'nde hadımlaştırmaya yönelik özel bir kanun yoktur. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun bu konuyla ilgili bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, bu kanunun 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "Bu Kanunun öngördüğü haller dışında (…) kastrasyon ameliyesi yapılamaz." 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 4. maddesine göre ise "Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir." Kanun koyucu zorunluluk halinin şartlarının bulunduğu haller dışında hadımlaştırmanın serbest olmadığını ifade etmiştir.

Kişinin rahatsızlığı sebebiyle hastaneye gitmesi sonucu muayene yapılmasıyla birlikte konulan teşhis üzerine tedavi ve bu sayede ilgilinin sağlığına kavuşabilmesi için tıbbi müdahale öngörelebilir. Gerçekleştirilecek bu cerrahi kastrasyon ameliyesinin hukuka uygun hale gelebilmesi, kişinin rıza göstermesine bağlıdır. İlgilinin rızasının alınabilmesi ve bunun hukuken geçerli olabilmesi için de hadımlaştırmanın etkisi ve sonuçları hakkında kişinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Buna aydınlatılmış onam denilir. Aydınlatılmış onamı alınan kişiye yapılan bu cerrahi müdahale hukuka uygun hale gelecektir. İlgili rıza göstermedikçe hadımlaştırmayı gerçekleştirmek mümkün değildir. Zira

24 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal,* volume 3:3 (2006): 578, (Erişim Tarihi: 01.05.2017).

25 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal*, volume 3:3 (2006): 580, (Erişim Tarihi: 01.05.2017).

kişi rıza göstermemesine rağmen, tedavi amaçlı da olsa tıbbi bir müdahalede bulunulması insan onuruyla bağdaşmaz.

5728 sayılı kanuna göre, ilgilinin aydınlatılmış onamının yazılı olarak alınması gerekmektedir. Yine aynı maddedeki değişikliğe göre hadımlaştırma ameliyatı yapılacak kişinin küçük veya kısıtlı olması halinde velisinin veya vasisinin onayının alınması zorunludur.

Hadımlaştırmanın hukuka uygun olmasından bahsedilebilmesi için, bu ameliyatın tabiplik mesleğini icra etmek hususunda yetkiyle donatılan ve bu işin uzmanı olan bir tabip tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aynı zamanda hadımlaştırmanın tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Hadımlaştırmadan dolayı cezai sorumluluğun belirlenmesinde beş ihtimal söz konusudur. Bu ihtimalleri hukuka uygunluk şartlarındaki eksiklikle bağlantılı olarak değerlendireceğiz.

İlk durum, tıbbi bir gereklilik olmasına rağmen ilgilinin rızası olmadan gerçekleşen hadımlaştırmadır. Bu ihtimalde, sağlık açısından hadımlaştırmanın bir gereklilik olmasına rağmen; ilgili rıza göstermemiştir veya ilgilinin rızasına başvurulmamıştır. Böyle bir durumda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; sağlık açısından gerekli olmasına rağmen ilgilinin rızası bulunmadan yapılan tıbbi müdahale hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir. Burada hekim TCK m. 86 gereğince kasten yaralamadan dolayı sorumludur. Diğer bir görüşe göre; bu gibi hallerde hekim kasten yaralamadan dolayı cezalandırılmaz. 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde 5728 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre hekimin sorumluluğuna gidilmelidir. Bu maddeyle de hekimin sorumluluğu kabahat neviden bir haksızlık olarak müstakil bir yaptırıma bağlanmıştır. Prof. Dr. İlhan Üzülmez'in görüşüne göre ise; hekimin işlemiş olduğu tek fiille, biri suç teşkil eden diğeri kabahati oluşturan iki ayrı haksızlığı gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi ve Kabahatler Kanununun 15/3. maddesi hükmü çerçevesinde sadece suç teşkil eden haksızlıktan dolayı failin cezalandırılması gerekir.

Tıbbi gereklilik olmasına rağmen ilgilinin rızası olmadan gerçekleştirilen hadımlaştırmayla hekim hem TCK m.101/1. maddedeki kısırlaştırma suçunu hem de kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini (TCK m. 87/2) gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumda ortaya farklı neviden fikri içtima hükümlerinin (TCK m.44/1) uygulanmasını gerektiren bir hal ortaya çıkar. Farklı neviden içtima, işlediği bir fiil ile birden fazla suçun ortaya çıkmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektirenle cezalandırılmasıdır. TCK'ya göre daha ağır bir yaptırım gerektirdiği için fail hakkında sadece kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden dolayı yaptırım uygulamak gerekir.

İkinci durum; tıbbi gereklilik olmaksızın ve fakat ilgilinin rızası çerçevesinde hadımlaştırmanın gerçekleştirilmesidir. Gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m.17) gerekse 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 2/4 ve 4/3. maddeleri tıbbi gereklilik olmaksızın hadımlaştırmaya yönelik ilgilinin gösterdiği rızayı geçerli saymamaktadır. Bu

şekilde hadımlaştırma ameliyesini gerçekleştiren hekim, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden (TCK m.87/2,c) dolayı sorumlu tutulacaktır.

Üçüncü durum; hadımlaştırmanın ilginin rızası üzerine veya rızası olmaksızın ve fakat hekim olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda 1219 sayılı kanunun 25. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacaktır. Bu madde aynen "Diploması olmadığı halde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis veya bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklindedir. İlgilinin rızası olup olmamasına göre de maddenin farklı cümlelerine gidilmesi gerekse de esas itibariyle kısırlaştırma suçunun nitelikli hali (TCK m.101) oluşacaktır. Aynı zamanda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli de (TCK m.87/2,c) ortaya çıkacağından her halükarda farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre hareket edilmesi gerekecek ve fail kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden sorumlu tutulacaktır.[26]

Dördüncü ihtimal; hadımlaştırmanın tıbbi bir gereklilik üzerine rızaya dayalı olarak ve fakat uzman olmayan hekim tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Uzman olmayan hekimin gerçekleştirdiği müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Fakat müdahale sonucunda kişi şifa bulmuş ise, hekimin cezalandırılması yoluna gidilemez. Buna karşılık, hadımlaştırmaya yönelik müdahale sonucunda kişinin sağlığı daha da kötüleşmiş veya kişi ölmüşse cezai sorumluluk söz konusu olacaktır. Hekimin somut olayda neticeye ve bu neticeye yönelik kast veya taksirine göre sorumluluğu yoluna gidilecektir.[27]

Beşinci ve son ihtimal; hekimin hatalı teşhis koyması sonucunda ilgilinin rızası da alınarak gerekmediği halde hadımlaştırmayı gerçekleştirmesidir. Teşhis hatası söz konusu olduğundan bu gibi hallerde kasti sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Bu ihtimalde, hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı söz konusudur. Bu nedenle ancak taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu gibi hallerde hekimin, ancak taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden dolayı (TCK m.89/3,b) sorumluluğu gündeme gelecektir.[28]

Görüldüğü gibi Türkiye'de biyolojik kastrasyon kabul edilmemiştir. Ancak tıbbi bir gereklilik olması halinde, uzman kişi tarafından ve ilgilinin rızası alınması suretiyle cerrahi kastarasyona izin verilmektedir.

26.07.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlü-

26 İlhan Üzülmez, "Hadımlaştırmadan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk", *Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı*, (2010 Mayıs), 164-167. (Erişim Tarihi: 18.01.2017)

27 İzzet Özgenç, Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan* II, (2007): 2193, (Erişim Tarihi: 01.06.2017).

28 İlhan Üzülmez, "Hadımlaştırmadan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk ", *Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı*, (2010 Mayıs), 168, (Erişim Tarihi: 02.02.2017)

lükler Hakkında Yönetmelik" ile kimyasal hadım uygulaması getirilmiştir. Bu yönetmeliğe göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı ve 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, cezalarının infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde kimyasal hadım uygulanabilecektir. Bu yönetmelik, 13/12/2014 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Buna göre cezalarının infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde kimyasal hadım, tıbbi tedaviye tabi tutulmak ya da tedavi amaçlara programlara katılmak şeklindeki hükümlere dayanmaktadır. Koşullu salıverilme halinde Türk Ceza Hukuku Sisteminin dayandığı esaslardan olan "iyi halin saptanması" ile salıverilme hükümleri uygulanır.

Yönetmelikte bahsedilen tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.

Cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilmeden önce hükümlü, bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporu alınmak üzere bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı ile üroloji veya endokrinoloji ve metabolizma hastalıkları uzmanı hekimler bulunan Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelere sevk edilir. Bu raporda kişi hakkında tıbbi tedaviye gerek olup olmadığı, gerek var ise hangi yöntemin uygulanacağı hususlarının belirtilmesi istenir. Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerde söz konusu raporun verilemeyeceğinin anlaşılması halinde hükümlü bu hastane başhekiminin vereceği karar ile üniversite hastanelerine sevk edilir.

Gelen rapor göz önüne alınarak tıbbi tedavi uygulanıp uygulanmayacağı hakkında karar alınmak üzere dosya, raporlarıyla birlikte infaz hâkimliğine gönderilir. Hakkında tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilen hükümlü, gerek duyulması halinde kurum tarafından tedavinin uygulanması için sağlık kurumuna sevk edilir. Tedavi için kullanılacak ilaç bedelleri Adalet ve Sağlık Bakanlıkları arasında düzenlenecek protokol kapsamında ödenir.

Tedaviye yönelik işlemler, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler için ceza infaz kurumu müdürlüğü, denetimli serbestlik altında ve koşullu salıverilen hükümlüler için ise denetimli serbestlik müdürlüğünce takip edilir.

Tedavinin tamamlanıp tamamlanmadığı ile uygulanan tedavi ve süreç hakkındaki bilgiler altışar aylık süreler ile kurum müdürlükleri tarafından sağlık kurumundan istenir. Süresi içerisinde başvurmadığı veya tedaviye uymadığı tespit edilen hükümlüler hakkında 15. Madde uyarınca işlem yapılır. Buna göre program ile uyarı ve çağrılara uyulmaması yükümlülüğün ihlali sayılır. Yü-

kümlülüğün ihlal edilmesi durumunda, psiko-sosyal servis görevlilerinin hazırladığı rapor üzerine hükümlü idare ve gözlem kurulunca uyarılır. Uyarı, bir yazı ile hükümlü veya yükümlüye tebliğ edilir. Gerektiğinde yükümlü çağırılarak yükümlülüklerine ilişkin hususlar ve ihlalin sonuçları psiko-sosyal servis görevlileri veya vaka sorumlusu tarafından kendisine sözlü olarak da açıklanır. Yükümlünün gelmemesi durumunda daha önce yapılmış olan yazılı uyarı yeterli sayılır. Uyarı için yapılan tebligatta, yeni bir ihlal durumunun tespit edilmesi halinde tekrar bir uyarının yapılmayacağı, ceza infaz kurumunda bulunanlar hakkında disiplin cezası uygulanacağı, denetimli serbestlik altında olanlar için ise dosyanın gereği için infaz hâkimliğine gönderileceği, bu durumda koşullu salıverilme kararının da bu hususa göre değerlendirileceği, koşullu salıverilmiş olanların ise ihlal durumlarının mahkemelerine bildirileceği ve koşullu salıvermelerinin kaldırılabileceği ihtar edilir.

Tedbir kararlarının gereklerini mazereti olmaksızın ve kasıtlı bir şekilde ihlal eden hükümlü uyarılmaz, varsa mazereti komisyon veya idare ve gözlem kurulu tarafından değerlendirilir.

Bu yönetmeliğin 8. maddesine göre, bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz.

Yükümlülüğün; usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen yerine getirilmeye başlanmaması, uyarılara rağmen ihlal edilmesi, infaz edilmesi hallerinde yükümlülüklerin sonlandırıldığı Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla infaz hâkimliğine bildirilir.

Yükümlüler ile kanuni temsilcileri, infaz hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kurumca hazırlanan denetim planları ve raporları ile müdürlükçe yapılan uyarılar gibi işlem ve eylemlerin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile genelgelere aykırı olduğu gerekçesiyle kuruma itirazda, infaz hâkimliğine ise şikâyette bulunabilirler. Şikâyet yoluna başvurulması, yapılan işlem veya faaliyetin yerine getirilmesini durdurmaz. İnfaz hâkimi giderilmesi güç veya imkânsız sonuçların doğması ve işlem veya faaliyetin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda işlem veya faaliyetin ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.[29]

Tıbbi tedavi olarak geçen kimyasal hadım uygulamasında, kişi elektronik ortamda izlenmez. Elektronik izleme, hükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar ile toplum içinde izlenmesini, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun veya toplumun korunmasını destekleyen uygulamalardır. Böyle bir uygulamanın olmaması da günümüz şartları da değerlendirildiğinde hükümlünün izini kaybettirmesini kolaylaştıracaktır.

Kişilerin ceza infaz kurumu müdürlüğü veya denetimli serbestlik müdürlüğünce altışar aylık periyotlar halinde izlenmesi gerek süre açısından uzundur gerekse denetim açısından sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır. Nitekim hükümlünün tedaviye katılmaması halinde

29 RG, 26.07.2016, Sayı 29782.

dürtülerini ilaçla dahi kontrol altına alamayan bu cinsel saldırı suçlularının, topluma verdiği zarar ve mağdur sayısında artışa sebep olacaktır. Bununla birlikte; kimyasal hadımın kişiye sağlık açısından büyük ölçüde zarar vermesi-kemik erimesi, depresyon, aşırı kilo artışı, kalp ritminde bozukluklar, şeker hastalığına sebep olması- insan haklarına aykırıdır. Aynı zamanda bu yöntemin dürtüyü engelleyememesi, şu an yeterli sayıda tıbbi çalışmanın bulunmaması etkenleri de kimyasal hadımla birlikte cinsel suçları artıracak nitelikte olacaktır.

Mağduriyetteki artışlar iyi değerlendirilmemiş bir tedavinin sonucu olacak ve dolayısıyla bu tedaviye izin veren Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin "sosyal devlet anlayışına" da darbe vuracaktır.

Nitekim Türk Psikiyatri Derneği'nden bir kişi yönetmeliğin bazı hükümlerinin durdurulması ve iptali istemiyle dava açtı. Dosya üzerinden ilk incelemeyi yapan Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet Faruk Özer yönetmeliğin 7/1. maddesinde 'cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem' ifadesine yer verilerek, kanunda yer almayan bir tanımlamaya gidildiği ve 'tıbbi tedavi' kavramından ayrıldığını belirtti. Hâkim Özer, bu durumun yetki aşımı olduğunu savundu. Danıştay 10. Dairesi de bu görüş ışığında yönetmeliğin 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına oy çokluğuyla karar verdi. Kararın gerekçesinde, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17/2 maddesine dayandı: *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."* Bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği anlatıldı. Gerekçeli karar şu şekildedir:

2016/12975

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Türk *Psikiyatri Derneği*

Vekili: Av. Tülay Ekici Aksoy

Tunus Cad. No:21/3 Kavaklıdere / ANKARA

Davalı: Adalet Bakanlığı / ANKARA

Davanın Özeti: 26.07.2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin; 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer alan "Tedavi Merkezi" tanımının, 6. maddesinin 1. fıkrasının, 7.maddesinin 1. fıkrasının, 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz" şeklindeki son cümlesinin, 15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının hukuka aykırı olduğu, 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali ve yürütülmesinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi: Ahmet Faruk Özer Düşüncesi: Dava konusu Yönetmeliğin dayanağı olan 5275 sayılı Kanunun 108. maddesinde, cinsel suçlardan hüküm giyenler hakkında tıbbi

tedaviye tabi tutulma ve tedavi amaçlı programlara katılma yükümlülüğüne infaz hâkimi kararıyla karar verilebileceği, buna ilişkin usul ve esasların çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

5275 sayılı Kanunun 108. maddesine dayanılarak çıkartılan dava konusu Yönetmelikte, cinsel suçlardan hükümlü olanların tıbbi tedavilerine ve iyileştirme programlarına yönelik hükümlere yer verilmekle birlikte, Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ifadesine yer verilerek Kanunda yer almayan bir tanımlamaya gidildiği ve bu suretle Yasa koyucunun amaçladığı "tıbbi tedavi" kavramından ayrılarak cinsel isteğin yok edildiği bir "yöntem" benimsendiği görülmektedir.

Bu haliyle Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ifadesinin, Kanunun idareye verdiği düzenleme yetkisini aştığı sonucuna ulaşıldığından, Yönetmeliğin bu kısmına yönelik olarak yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın ve ara kararı cevabının geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; 26.07.2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin; 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer alan "Tedavi Merkezi" tanımının, 6. maddesinin 1. fıkrasının, 7.maddesinin 1. fıkrasının, 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz" şeklindeki son cümlesinin, 15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının hukuka aykırı olduğu, 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; 12. maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin hukuki dayanağı olan 5275 sayılı Ceza ve *Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108. maddesinde:*

"(1) Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,

c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,

İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.

(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.

(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.

(4) Hâkim, mükerrer hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.

(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Hâkim, mükerrer hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.

(7) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklere ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrerler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

(8) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Çocuğa karşı işlenen bir suçtan *dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.*

(9) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, *26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102'nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü* fıkrasında tanımlanan reşit olmayan*la cinsel ilişki suçundan, 188'inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde,* aşağıdaki tedavi veya yükümlülük*lerden bir veya birkaçına infaz* hâkimi tarafından karar verilir:

a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak

b) Tedavi amaçlı programlara katılmak

c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak

d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak

e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak

f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

(10) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

(11) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle *Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.*

Anılan Kanun maddesine dayanılarak 26.07.2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede davaya konu Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1. maddesinde Yönetmeliğin amacı; 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı ve 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, cezalarının infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde tâbi olacakları yükümlülüklerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesi ile bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak tanımlanmıştır. 5275 sayılı Kanunun 108. maddesinin 9. fıkrasında, cinsel suçlardan hüküm giyenler hakkında cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde maddede belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verileceği hükmüne yer verilmiştir. Madde metninde tedavinin tanımı yapılmamakla birlikte uygulamanın nasıl olacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeye de gidilmemiştir. Ancak 108. maddenin 11. fıkrasında, konuyla ilgili usul ve esasların Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasada tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hükme bağlanmak suretiyle, kişinin vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığı Anayasada güvence altına alınmıştır. Buna göre ancak, kanunda açıkça belirtilmek, sınırı ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemeler getirilebilecektir.

Bu kapsamda Yönetmeliğin dava konusu 7. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesi: Yönetmeliğin «Tıbbi tedaviye tabi tutulmak" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında tedavinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; «Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.» ifadesine yer verilmiştir.

5275 sayılı Kanunun 108. maddesinde "tedavi" den ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Oysa Anayasanın 17. maddesi uyarınca, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin ancak kanunla yapılması şarttır. Bu sebeple; kişilerin vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve ileride telafisi mümkün olmayacak sonuçlar doğurabilecek nitelikte uygulamalar içeren bir düzenlemenin en temel çıkış noktasını oluşturan "tedavi" tanımının Anayasanın 17. maddesi kapsamında Kanunda belirtilmesi ve Kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde Yönetmelik hükümlerine aktarılması gerekirken, Kanunda sınırları belirsiz "tedavi" kavramını da aşar nitelikte "yöntemler" içeren davaya konu düzen-

lemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup, uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonucuna varılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer alan "Tedavi Merkezi" tanımının, 6. maddesinin 1. fıkrasının, 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının, 8. maddesinin 2. Fıkrasında yer alan "Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz» şeklindeki son cümlesinin, 15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının incelenmesi:

Yönetmeliğin yukarıda belirtilen maddelerinde genel olarak tedavinin yapılacağı kurumlara, tedaviye karar verme sürecine ve hükümlü ile yükümlülerin uyması gereken kurallara yer verildiği görülmekte olup, anılan düzenlemeler yönünden bu aşamada yürütmenin durdurulmasını gerekli kılacak şartların oluşmadığı kanaatine varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların kısmen gerçekleştiği anlaşıldığından, 26.07.2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin;

(1) 7. maddesinin 1. fıkrasının tamamının yürütülmesinin durdurulmasına oyçokluğuyla,

(2) 7. maddenin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin yürütülmesinin durdurulmasına esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla,

(3) Yönetmeliğin 7/1. maddesi dışındaki dava konusu hükümlerine yönelik olarak yürütmenin durdurulması isteminin reddine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi (7) gün içinde İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz edilebileceğinin taraflara duyurulmasına, 07.06.2017 tarihinde karar verildi.

(X)-KARŞI OY:

Yönetmeliğin dava konusu 7. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesinden; hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılması veya denetimi tedaviler olarak belirtilmiş "ile" bağlacından sonra gelen kısımda ise; cinsel isteğin azalması veya yok edilmesi yöntem olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanunun 108. maddesinin ancak "tedavi" konusunda idareye düzenleme yapma yetkisi verdiği, ancak anılan yönetmelik hükmü ile kanun hükmünü aşar nitelikte ve «tedavi"den ayrı olarak cinsel isteğin azalması veya yok edilmesi şeklinde bir "yöntem" belirlendiği görülmektedir.

Bu durumda, Kanunda idareye "tedavi" amaçlı yönetmelik çıkarma konusunda verilen yetkiyi aşar nitelikte düzenleme içerdiği sonucuna varıldığından, Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.» ibaresine yönelik *olarak yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerekeceği oyu ile fıkranın tamamına yönelik olarak verilen yürütmenin durdurulması kararına bu gerekçeyle katılmıyoruz.*

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Göre Kimyasal Hadım Yöntemi

Kişilerin temel hak ve hürriyetleri anayasalarda ve uluslararası alanda kabul gören pek çok anlaşmada koruma ve güvence altına alınmıştır. Hukuk sistemlerinde normlar hiyerarşisinde en yukarıda bulunan anayasalar, temel hak ve hürriyetleri en geniş açıdan koruyan olgulardır.

T.C. 1982 Anayasası'nda 12 vd. maddeleri kapsamında temel hak ve hürriyetleri; 17 vd. maddelerinde de kişi hakları ve hürriyetlerini güvence altına almıştır.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 12.madde: Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.(1.fıkra)"

Bu fıkraya göre ırk, dil, din, cinsiyet, siyasi görüş farkı aranmaksızın yaşayan herkes kişiliğe sahip olmasından doğan, herkese karşı ileri sürebileceği temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 13. madde: Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Kişiler temel hak ve özgürlüklerini başkalarının hak ve özgürlük alanına müdahalede bulunmadan kullanmalıdır. Bu sınır, topluluk halinde yaşamanın getirdiği doğal bir sınırdır. Bu sebeple kişiye kişiliğine bağlı olan temel hak ve hürriyetler, ancak ilgili maddelerde belirtilen sebep ve amaçlara uygun olarak, *ölçülülük ilkesinene* ve *laik Cumhuriyetin gereklerine"* aykırı olmadan ve yalnızca kanun ile sınırlandırılabilir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlamanın yapılamaması hususunda, bu kavramı tanımlamak gerekirse, bu ilke, sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da değinilen bu ilke, "Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadır" şeklinde tanımlanmıştır.[30]

1982 Anayasası'nın ikinci bölümünün başladığı 17. madde vd. hükümleri, kişinin hak ve ödevlerini düzenler.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. Madde: Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.(1. Fıkra)

30 Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II", *T*ürkiye *Barolar Birliği Dergisi*, 82(2009): 12, (Erişim Tarihi: 01.05.2016).

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. (2. Fıkra)

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. (3. Fıkra)"

Maddede belirtilen haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 19. Madde: Kişi hürriyeti ve güvenliği

Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.(1. Fıkra)

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. (2. Fıkra)"

Anayasanın 19. maddesinin belirtilen ilgili fıkralarında kişilerin hürriyetinden normal koşullarda yoksun bırakılamayacağı, bu yoksun bırakmanın hangi hallerde meşru olduğu sayılmıştır.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 38. Madde: Suç ve cezalara ilişkin esaslar

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.(1. Fıkra)

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.(2.Fıkra)

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.(3. Fıkra)"

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunda yazılı olarak belirtilmemiş hiçbir suçun karşılığı olarak kanunda yazılı belirtilmemiş bir yaptırım uygulanamaz. Ayrıca yine bu ilkenin sonucu olarak kişiye suçu işlediği zaman kanunda belirtilmiş olandan daha farklı ve daha ağır bir ceza verilemez.

"1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 40. Madde: Temel hak ve hürriyetlerin korunması

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.(1. Fıkra)"

Anayasanın yukarıda belirtilen ve yine Anayasa tarafından kişilere tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes bu ihlalin kaldırılması için gerekli başvuruları yapma ve koruma talep etme hakkına yine anayasal olarak sahiptir.

Değerlendirme

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, temel hak ve hürriyetleri ve kişi hak ve hürriyetlerini ilgili maddelerde saymış, bu hak ve hürriyetleri de yine kendi çerçevesinde güvence altına almıştır. Kimyasal hadımın anayasaya uygunluğu ile ilgili yukarıda ele alınan anayasa maddeleri çerçevesinde bir açıklama yapmak gerekir.

Kimyasal hadım, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sayılan cinsel suçlara karşı bir yaptırım olarak tasarlanmıştır. Kimyasal hadım yaptırımına çarptırılan kişilerin düzenli hormon ve ilaç tedavisiyle cinsel istek ve dürtülerinin kontrol altına alınması amaçlanmaktadır. Böylece kanunda tanımlanan cinsel suçları işleyen kişiler, bir daha cinsel faaliyet gösterememe gibi bir cezaya maruz bırakılmaktadır. Önceki kısımlarda da açıklandığı gibi kimyasal hadım, geleneksel cerrahi hadım gibi kesin bir çözüm yolu değildir. Kimyasal hadımın etkilerinin sürekli olarak devam edebilmesi için ilaç ve hormon tedavisinin ilgili kişiye sürekli olarak uygulanması gerekmektedir. Kimyasal hadım yöntemi ile kişinin cinsel özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmaktadır.

Cinsel özgürlük; kişiliğe bağlı olan, kişi ile var olan, dokunulamaz ve vazgeçilemez bir haktır. Doğrudan kişinin vücut bütünlüğü ile ilgilidir. Bu özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki kimyasal hadım yöntemi de bu sebeple insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir yaptırım hükmündedir. Bu yöntem ile cinsel faaliyetleri yerine getirme yeteneği elinden alınan kişinin, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ve doğuştan gelen bir hakkı elinden alınmaya çalışılmaktadır.

Kişilere tanınan hak ve hürriyetler, yukarıda da belirtildiği gibi, bir başka kişinin hak ve hürriyet alanını ihlal etmedikçe genişletilebilir. Bir başka kişinin hak ve hürriyet alanını ihlal eden fiillerin Anayasa tarafından korunan hak ve hürriyetler kapsamında olmayacağı açıktır. Kanunda belirtilen cinsel suçları işleyen kişiler, suçun mağduru olan kişinin vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olmaktadırlar. Buna karşılık olarak da kanunda belirtildiği şekilde hapis cezası yaptırımına mahkûm edilmektedirler. Hukuk sistemimizde cezalar, ilkel toplumlardaki gibi kıyas yöntemi ile değil; güncel ve modern yaşamın gereklerine uygun olarak orantılı ve kanuna uygun bir biçimde verilmektedir. Buna dayanarak cinsel suçları işleyen kişilere karşı yine onların cinsel özgürlüklerini sınırlandıran, ellerinden alan bir ceza yöntemi; modern ceza hukukuna ve elbette Anayasaya uygun olamayacak, ilkel toplumlarda uygulandığı gibi kısas yöntemi uygulanmış olacaktır. Ayrıca kişinin cinsel özgürlüğünün kimyasal hadım yöntemi ile elinden alınması, hakkın özüne bir saldırı niteliğinde olacak ve Anayasaya aykırı nitelikte olacaktır.

Kimyasal hadım, her ne kadar bir ceza değil tedavi yöntemi olarak görülse de, etkileri uzun vadede kesin saptanmış bir uygulama değildir. Yani hala bir tıb-

bi deney vasfında olduğu söylenebilir. Suçlu da olsa bir kişiyi sonuçları uzun vadede belli olmayan bir deneye maruz tutmak, bir tedavi olmayacak aksine kişinin haysiyeti ve vücut bütünlüğüne aykırı bir durum oluşturacaktır. Bu da yukarıda sayılan Anayasa maddeleri çerçevesinde ele alındığı zaman, Anayasanın temel hak ve özgürlükler ve de kişi hak ve özgürlükleri koruyan ve güvence altına alan maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Türkiye'de Bazı Hukukçuların Kimyasal Hadıma Bakışı

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Çetin Arslan kimyasal hadım uygulamasının cezanın yanında bir "güvenlik tedbiri" olarak getirilmesini, çocuklara cinsel istismarda bulunan sanıkları cezadan kurtaracak bir uygulamaya dönüşmemesi için uyarıda bulunmuştur. Bu uygulamanın, ceza yanında güvenlik tedbiri olarak getirilmemesi, bir cezasızlık hali olmaması ve şartlı salıvermenin koşulu haline getirilmemesi gerektiğini beyan etmiştir. Bunlara ek olarak böyle bir düzenlemenin mutlaka kanunla gerçekleştirilmesi gerektiğini ve yasalar gereği tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaması gerektiğini vurgulamıştır.[31]

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Timur Demirbaş, kimyasal hadımın suçlulara tercih hakkı sunularak uygulanması gerektiğini savunmaktadır.[32]

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Köksal Bayraktar, kimyasal hadım önerisinin insan haklarına aykırı olduğunu söylemektedir. Ceza hukukunun amacının suçlu olan kişiyi iyileştirmek ve topluma duyarlı bir birey haline getirmek olduğundan bahsederek ve kimyasal hadımın ceza hukukuna taban tabana zıt olduğunu ileri sürmektedir.[33]

Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler Bakımından Kimyasal Hadım Uygulaması

1) İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme

İşkence ve kötü muameleye tabi olmama ve bu nitelikte cezaya çarptırılmama hakkı, uluslararası hukukta mutlak olarak yasaklanan, savaş hali dahil olmak üzere hiçbir istisnası olmayan bir haktır. İşkence yasağının bu mutlak niteliği, insanın onuruna ve kişiliğine karşı en ağır saldırı olarak kabul edilen bu nitelikteki eylemlerin, uluslararası hukukta buyruk emirle (jus cogens) yasaklan-

31 "Ceza Hukukçusundan Kastrasyon Uyarısı", http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ceza-hukukcusundan-kastrasyon-uyarisi-40751092, Son güncelleme: 4 Mart 2018.

32 "Tecavüz Sanıklarına Kimyasal Kısırlaştırma Cezası Verilsin Mi?", http://www.haberturk.com/yazarlar/gulin-yildirimkaya/216090-tecavuz-saniklarina-kimyasal-kisirlastirma-cezasi-verilsin-mi, Son güncelleme: 4 Mart 2018.

33 "Tecavüz Sanıklarına Kimyasal Kısırlaştırma Cezası Verilsin Mi?", http://www.haberturk.com/yazarlar/gulin-yildirimkaya/216090-tecavuz-saniklarina-kimyasal-kisirlastirma-cezasi-verilsin-mi, Son güncelleme: 4 Mart 2018.

masına da neden olmuştur.[34] Bunun bir sonucu olarak da devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine saygıyı dünyada yaymak ve bunlara uymak maksadıyla 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Bu sözleşme 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 3441 sayılı Onay Kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır.

"Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler;

Birleşmiş Milletler Antlaşmasında ilan edilen ilkelere uygun olarak insanlık aleminin tüm mensuplarının eşit ve vazgeçilmez haklarının tanınmasının, dünyada hürriyetin, adaletin ve barışın temelini oluşturduğunu düşünerek,

Bu hakların, kişinin haysiyetine bağlı olarak meydana geldiğini kabul ederek,

Devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve özellikle 55. madde gereğince İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine saygıyı dünyada yaymak ve bunlara uyma yükümlerini düşünerek,

Hiç kimsenin işkence veya zalimane, gayrıinsani veya küçültücü muamele veya cezaya tabi tutulmamasını öngören, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddelerini dikkate alarak,

Genel Kurul tarafından 9 Aralık 1975 tarihinde kabul edilen, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayrıinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Beyanname'yi keza dikkate alarak,

Bütün dünyada işkence ve diğer zalimane, gayrıinsani veya küçültücü muamele veya cezaya karşı mücadeleyi daha etkinleştirmeyi arzulayarak,

Aşağıdaki maddeler üzerinde anlaşmışlardır."

Buna göre bu sözleşmeye taraf olan devletler, her türlü işkenceye, gayrıinsanı veya küçültücü muameleye tabi tutulan kimseleri korumaktadır ve aynı zamanda insanlık dışı, küçültücü ve işkence olarak sayılabilecek ceza koymaktan yasaklıdır. Nitekim sözleşmenin 4. maddesinde bu husus açıkça dile getirilmektedir:

"1. Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.

2. Her Taraf Devlet, fiilleri ağırlıklarını dikkate alarak uygun müeyyidelerle cezalandıracaktır.[35]"

34 "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/5.pdf, Son güncelleme :26 Şubat 2018.

35 "İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme", http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf, Son güncelleme: 26 Şubat 2018.

Açıkça görülecektir ki anlaşmaya imza atan Türkiye Cumhuriyeti Devleti de kimyasal hadım uygulamasını getirerek niteliği itibariyle küçültücü, insanlık dışı ve işken mahiyetinde olan bu ceza müeyyidesiyle anlaşmaya aykırı davranacak ve Sözleşmenin 4. maddesini ihlal dolayısıyla 4/2'ye göre cezalandırılacaktır. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; hukukumuza göre uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığının bir norm olarak kabul edilmesi dolayısıyla bu sözleşmeye aykırılıktan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin cezalandırılması madde hükümlerine göre mümkün kabul edilmektedir. Bu durum egemenlik haklarımıza da bir müdahale niteliğinde olacağından yasa koyucuların devletimizi uluslararası anlamda zor durumda bırakmamaları gerektiğinin, bu sebeple de kimyasal hadım uygulamasının ülkemizde kabul edilmemesi gerektiğinin kanaatindeyiz.

2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

"Madde 3: İşkence Yasağı

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz."

Sözleşmenin en yalın maddesi olan bu hükümde mutlak işkence yasağı kabul edilmiştir. Buna göre hangi kamusal nedenlerle olursa olsun işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemler kabul edilemez.

Aynı şekilde, yakın geçmişteki bazı davalarda da AİHM, devletlerin yetki alanları içindeki bireylerin, özel kişiler de dahil olmak üzere hiç kimse tarafından işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz kalmamasını teminen önlem almak zorunda olduklarını açıkça ifade etmiştir.[36]

Türkiye'nin 1950 yılında imzalayıp 1954 yılında onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu maddesine bakıldığında da görülecektir ki; kimyasal hadımın niteliği itibariyle onur kırıcı, küçük düşürücü, insanlık dışı ve işkence olması dolayısıyla bu uygulamanın getirilmesi AİHS'ye aykırılık olacaktır.

Kimyasal Hadımda Rızanın Etkisi

Rıza olsun ya da olmasın, ceza zorlayıcıdır. Bu nedenle etik literatürde kimyasal hadım şiddetle tartışılmaktadır.

Kimyasal hadım, cinsel suçlu bilgilendirilmeden, istemsiz uygulandığı zaman insan haklarını gözetmeyebilir; bu halde tedavi olarak değil yalnızca ceza olarak değerlendirilebilir.

Tıbbi tedavinin zorlayıcı dayatmayla gerçekleştirilmesinde özellikle, düşünce süreçlerini etkileyen ya da ciddi yan etkiler getiren ilaçlarla ilgili endişeler güçlüdür. Faillere aklı etkileyen maddelerin zorla uygulanması; düşüncenin değiştirilmesine veya kontrol edilmesine yol açar ve dolayısıyla özgür bir toplum için çok önemli olan düşünce ve konuşmanın bağımsızlığını yok etme potansiyeline sahiptir. Benzer şekilde, ciddi yan etkilere sahip ilaçların zorla yüklenmesi,

36 "İşkencenin Yasaklanması- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz -Aisling Reidy- İnsan Hakları El Kitapları, No. 6", http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/iskencenin_yasaklanmasi.pdf, Son güncelleme: 26 Şubat 2018

sistemin 'tedavi' görünümünde zalim bir ceza uygulayabileceği konusunda önemli bir tehlike oluşturmaktadır.[37]

Zorunlu kimyasal hadım tartışmalı bir adımdır; çünkü ciddi yan etkileri olan bir tıbbi tedaviyi içerir.

İzin ahlaken dönüştürücüdür. Eğer bir cinsel suçlu tedavi için gönüllü olursa, etik olarak kabul edilemeyecek olanı etik olarak kabul edilebilir bir şeye dönüştürebilir.[38] Fakat bu iznin geçerli olabilmesi için; bireyin muvafakat konusunda yetki sahibi olması, rızanın haberdar edilmesi ve rızanın zorlanmadan verilmesi gerekir.

İnsan hakları, suçlu olsun olmasın, herkesin sahip olduğu bir olgudur. Bu nedenle suçluların tedavisine devam edilebilmesi için toplumun korunması ile suçlunun insan hakları arasında bir denge kurulması hayati önem taşımaktadır.

Onay verilmesinin özgür, bilgilendirilmiş ve geçerli olduğundan emin olmak için, faillerin izin verme ile ilgili tüm risklerin farkında olduklarından emin olunması ve bu zihinsel kapasiteye sahip olmaları gerekir.[39]

Aydınlatılmış onam (bilgilendirilmiş onam), tıp etiğinin temel ilkelerinden olan özerklik ilkesine dayanmaktadır ve iyi hekimlik uygulaması önkoşullarından biridir. Aydınlatılmış onam süreci; hastanın kendisine uygulanacak herhangi bir tıbbi işleme onay verebilmesi ya da reddedebilmesi için yeterince bilgilendirilmesi, aldığı bilgi üzerine düşünmesi, özgür seçimine dayalı kararını vermesi sürecidir. Uygulanacak tanı ve tedavi yöntemlerinin niteliği, beklenen yararları, olası yan etkileri, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bunların özellikleri hastaya anlatılmalıdır.

Kimyasal hadım, tedavi olarak kullanılıyorsa, suçlu hasta konumundadır ve bu durumda bilgilendirilmiş onam gereklidir.

Kimyasal kastrasyon kavramı, bir kişinin cinsel suç işlemeye eğilimini ortadan kaldırmaz. Bireyin hormon seviyeleri etkilense de hiçbir zaman tamamen kaybolmaz. Üstelik bazı çalışmalar, cinsel saldırı eğilimleri ile hormon seviyeleri arasındaki sorunun tartışılabilir olduğunu göstermektedir. Kimyasal hadımın caydırıcılık yönü de tartışmalıdır çünkü bazı çalışmalar eğilimleri %75'den %2'ye düşürdüğünü göstermekle birlikte, öte yandan diğer çalışmalar anlamlı bir etki olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte kimyasal hadım uygulamasının cinsel saldırı sayısını azalttığını söylemek güçtür.[40]

Etik ve Felsefik Açıdan Kimyasal Hadım Yönteminin Değerlendirilmesi

Tıbbi etik ve insan hakları; insanlık onuruna, temel hak ve özgürlüklere

37 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal, volume 3:3 (2006): 592, (Erişim Tarihi: 02.03.2017).

38 "The Ethics of Chemical Castration (Part One)", https://ieet.org/index.php/IEET2/print/8498, Son güncelleme: 21 Temmuz 2018.

39 "Ethical Issues in Chemical Castration", https://www.ukessays.com/essays/criminology/ethical-issues-in-chemical-castration.php, Son güncelleme: 23 Nisan 2017.

40 "Debates over Chemical Castration for Sex Offenders", https://turkeyandfacts.com/debates-over-chemical-castration-for-sex-offenders-7a42ed714086, Son güncelleme: 15 Nisan 2017.

tam saygı duyulması gerektiğini ifade eder. Bu açıdan bakıldığında, bireylerin, aldıkları tıbbi prosedürlerden önce bilgilendirilmiş onam vermeleri gerekmektedir. Çeşitli uluslararası kanunlar bilgilendirilmiş onam hakkını korur. Uluslararası Af Örgütü gibi birçok insan hakları örgütü kimyasal kastrasyonun cezalandırma yöntemi olarak kaldırılması için kampanya yürütmektedir.

Kimyasal hadım tedavisinde hastanın rızasının aranmaması uluslararası insan hakları hukukuyla çelişir Dahası, kimyasal hadımın kullanılmasının çocuklara yönelik şiddet olaylarının sayısını azaltacağına dair bir kanıt bulunmaması dolayısıyla çocukların cinsel istismarının ortadan kaldırılması ile kimyasal hadım arasında korelasyonel bir ilişki bulunmamaktadır.[41]

Kimyasal kastrasyon yasaları insanlık onurunu inkâr etmektedir. Çünkü kimyasal kastrasyon yasaları cinsel suçluları "kişiden" çok, "şey" olarak görür.

Dahası, kimyasal kastrasyonun öne sürülen amacı, cinsel suçluları daha fazla bütün haline getirmek değil, onları sakatlamak ve böylece onları incitmektir. Suçlunun acısını en üst düzeye çıkarmak için hesaplanan veya bu acıları önemsiz bir mesele olarak gören bir ceza acımasızdır. Çünkü failin diğer insanlar gibi endişe etmemizi gerektirecek bir konu olmadığını ima eder. Oysaki suçlu, en ağır cezaya layık olsa bile, tüm insanlara olan saygı ve endişeyi hak eder. Dolayısıyla sistem, faili istediği gibi imha etmekte özgür değildir; bunun yerine onu, insanlığın doğasında olan ve devredilemez onuruna uygun bir şekilde cezalandırmalıdır. En kötü suçluların dahi insani haysiyetini ve değerini koruduğu fikri, geleneksel görüşten ayrılmaktır.[42]

Mağdurların korunmasında, kurtarılmasında ve cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesinde bir adım önde olmak önemlidir. Bu da cezaya odaklanarak değil, öncelikle önlemlerin alınması ile gerçekleştirilebilir.

Feminizm perspektifine göre; ölüm cezası ve hadım cezaları cinsel şiddet için çözüm olmamaktadır. Çünkü tecavüzün gerçekleştirilmesinin sebebi çoğunlukla; cinsel tahrik eylemlerinde bulunmak değil, gücü ile mağdurun üzerinde hâkimiyet kurmaktır. En kötüsü ise hadım edilen bu failler farklı araçlar kullanarak eylemlerine devam edeceklerdir ki bu durum daha farklı insanlık suçlarının ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Bu nedenler dolayısıyla öncelikle faillerin cezalandırılmasına değil, kadınların ve çocukların korumasına odaklanılmalıdır.[43]

Tekrar Suç İşleme Eğilimi

Elde edilen bazı veriler, cinsel suçluların gelecekte cinsel suçları işlemede

41 "The Effects of Coercive Chemical Castration on Human Rights: The Case of Indonesia", https://globalpublicpolicywatch.org/2016/04/12/the-effects-of-coercive-chemical-castration-on-human-rights-the-case-of-indonesia/, Son güncelleme: 15 Nisan 2017.

42 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity," University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal, volume 3:3 (2006): 599, (Erişim Tarihi: 02.02.2017).

43 Nila Sukmanig Rahayu, "Raising Awareness of Gender-Based Violence on Heaven Earth", European Journal of Sustainable Development, volume 5:3(2016): 443, (Erişim Tarihi: 03.05.2017).

olasılığın nispeten daha düşük olduğu; fakat gelecekte cinsel suçlar dışındaki suçları işlemelerinde daha büyük bir risk oluşturduğunu göstermektedir.

Genel tekrarlanma riski nispeten düşük olmakla birlikte, iki faktör büyük ölçüde artan risk ile ilişkilidir:

1. Sapkın cinsel çıkarların varlığı
2. Antisosyal yönlendirme varlığı.

Cinsel çıkarlar şu şekilde tanımlanmıştır: Cazibe merkezlerini yasadışı(örneğin; çocuklarla cinsel ilişki, tecavüz) veya alışılmadık (örneğin; Fetişizm) cinsel eylemlere dayandırmak. Amerikan Psikiyatri Birliği bu durumu parafili olarak tanımlar

İkinci önemli risk faktörü olan antisosyal yönelim, pek çok cinsel suçlunun genel olarak suçlularla ortak özelliklerini içerir: Dürtüsellik, işsizlik, madde kullanma, kural ihlali vb. Bu özellikler yeterince güçlü ve kalıcı olduğunda, 'antisosyal kişilik bozukluğu' meydana gelir. Bazı suçlular hem antisosyal hem de parafiliktir. Bu tür suçluların, tekrar tekrar suç işlemeye karşı çok büyük bir risk oluşturdukları görülmektedir.[44]

KAYNAKÇA

- ARMUTÇU, Oya. "Ceza Hukukçusundan Kastrasyon Uyarısı". http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ceza-hukukcusundan-kastrasyon-uyarisi-40751092. Erişim: 26.02.2018
- YILDIRIMKAYA, Gülin. " Tecavüz Sanıklarına Kimyasal Kısırlaştırma Cezası Verilsin Mi?". http://www.haberturk.com/yazarlar/gulin-yildirimkaya/216090-tecavuz-saniklarina-kimyasal-kisirlastirma-cezasi-verilsin-mi. Erişim: 26.02.2018
- "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", son güncelleme 26 Şubat 2018, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/5.pdf
- "İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme", son güncelleme 26 Şubat 2018, http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf
- İşkencenin Yasaklanması- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz -Aisling Reidy- insan hakları el kitapları, No.6", son güncelleme 26 Şubat 2018, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/iskencenin_yasaklanmasi.pdf
- "Türk Dil Kurumu Sözlüğü", son güncelleme 9 Ekim, 2016 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa6081084437.506160
- Chemical Castration: Is It Ethical?", son güncelleme 10 Ekim,2016 http://www.neulaw.org/blog/1034-class-blog/4034-chemical-castration-is-it-ethical

44 John F. Stinneford, "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal, volume 3:3 (2006): 570, (Erişim Tarihi: 01.05.2017).

- "Chemical Castration: Is It Ethical?," son güncelleme 13 Şubat,2017, http://www.neulaw.org/blog/1034-class-blog/4034-chemical-castration-is-it-ethical
- http://www.humanrightseurope.org/2014/07/germany-anti-torture-monitors-want-definitive-end-to surgical-castration-of-sex-offenders/ Erişim Tarihi: 25. 04. 2017
- https://www.ukessays.com/essays/criminology/ethical-issues-in-chemical-castration.php Erişim Tarihi: 23.04. 2017
- https://turkeyandfacts.com/debates-over-chemical-castration-for-sex-offenders-7a42ed714086 Erişim Tarihi: 15. 04. 2017
- "The Effects Of Coercıve Chemıcal Castratıon On Human Rıghts: The Case Of Indonesia", son güncelleme: 15 Nisan, 2017, https://globalpublicpolicywatch.org/2016/04/12/the-effects-of-coercive-chemical-castration-on-human-rights-the-case-of-indonesia/
- AKBABA, Zeynep Burcu. "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 81(2009):6
- AYDIN ER, Rahime. "Psikiyatri Hastalarının Tedaviye Karar Verme Yeterliliği". Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2009
- ATAÇ, Aydın. "Tıp Etiği Açısından Katrasyon". *Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı*, (2010 Mayıs), 171. (erişim 17.12.2016)
- UÇAR, Albay Muharrem. "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı, (2010 Mayıs), 155. (erişim 15.02.2017)
- DUNSIETH, N.W., NELSON, E.B., BRUSMAN-LOVINS, L.A., HOLCOMB, J.L., BECKMAN, D., WELGE, J.A., et al., "Psychiatric And Legal Features Of 113 Men Convicted Of Sexual Offenses", *The Journal of Clinical Psychiatry*, 65(2004), 293-300 (erişim: 5.12.2016)
- LOMBARDO, Raymond A., "California's Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders", Fordham Law Review, volume 65, issue 6, article 8(1997): 2612
- STINNEFORD, John F. "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity" University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal Vol. 3:3 (2006): 567-568-599
- LEE, Joo Yong and CHO, Kang Su. "Chemical Castration for Sexual Offenders: Physians' Views", Journal Korean Medical Science (2013): 172
- SILVANI, Mauro, MONDAINI, Nicola, ZUCCHI, Alessandro "Androgen deprivation therapy(castrationtherapy) and pedophilia:What's new", Page Press Journals, Vol 87, No 3 (2015), 224(Erişim Tarihi: 01.05.2017)
- STINNEFORD, John F.. "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity"

University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository- University Of St. Thomas Law Journal Vol. 3:3 (2006): 570, 578, 580, 592, 592

- ÜZÜLMEZ, İlhan. "Hadımlaştırmadan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk", Ankara Barosu Yayınları III. Sağlık Kurultayı, (2010 Mayıs), 164-167, 168. (erişim 18.01.2017)
- ÖZGENÇ, İzzet. Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk, s.2193
- AKBABA, Zeynep Burcu. 2009. Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s.12
- DANAHER, John. "The Ethics of Chemical Castration (Part One)", *Institute for Ethics and Emerging Technologies*, (2013 Aralık) (erişim: 24. 04. 2017)
- RAYAHU, Nila Sukmanig, "Raising Awareness of Gender-Based Violence on Heaven Earth", European Journal of Sustainable Development 5,3(2016): 443
- 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
- RG, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmelik, 26.07.2016, Sayı 29782.

Kant'ın Hak Öğretisinde Kazanılmış Hak - Doğal Hak Ayrımı

Burçin AYDOĞDU[1]

Ahlak Metafiziği adlı eserinde[2] Immanuel Kant, Doğal Hak (Jus Naturae[3])-Pozitif Hak ayrımından bahsettikten sonra bundan daha temel bir ayrımın Doğuştan Gelen Haklar (Jus Connatum[4])-Kazanılmış Haklar (Jus Acquesitum[5]) olduğunu ifade eder.[6] Doğal Haklar-Pozitif Haklar ayrımı, hakların kaynağına bağlı bir ayrımdır. Doğuştan Gelen Hak ile Kazanılmış Hak arasında yapılan ayrım ise insan iradesine yönelik etkiyi esas alan bir ayrımdır. Doğal Hak kavramı ile Doğuştan Gelen Hak kavramı çok iç içedir. Pozitif Hak kavramı ile Kazanılmış Hak kavramı da bu felsefi bağlamda çok iç içedir.

Bu kavramları ahlak ve hukuk felsefesinde taşıdıkları anlam bakımından ayırabilmek için Doğal Hak ve Pozitif Hak kavramlarına Roma hukukundan beri hangi anlamların yüklenmiş olduğunu ve Kant'ın Doğuştan Gelen Hak ve Kazanılmış Hak ayrımı yaptığı ahlak ve hukuk felsefesinin temellerini anlamaya ihtiyaç vardır.

Doğal Haklar, devletin buyruklarından bağımsız olarak insanlarda var olduğu kabul edilen ortak adalet anlayışına uygun olarak tanınan haklardır. Pozitif haklar ise otoritenin buyrukları çerçevesinde tanınarak şekillenen haklardır.

Immanuel Kant bu ayrımı daha üst bir noktadan, ahlak temelinden ele alır. Bu ayrımı iradeye dayandırmasının ardında Immanuel Kant'ın hak kavramını özgür iradeye dayandırması vardır. Immanuel Kant'ın özgürlük kavramını anlamak için ise öncelikle onun Evrensel Ahlak Yasası'nı[7] anlamak gerekir. Bu

1 Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

2 Orijinal adıyla Metaphysik der Sitten; ilk baskısı 1797'de Königsberg'de yapılmıştır. Henüz Türkçeye çevrilmemiştir fakat Immanuel Kant'ın Grundlegung zur Metaphysik der Sitten adlı eserinin Türkçeye Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi adıyla tercüme edilmiş ve yerleşmiştir. Bkz. Immanuel Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, çev. İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009. Bu olguya dayanarak, Immanuel Kant'ın Metaphysik der Sitten adlı eserini de kıyasen Ahlak Metafiziği adıyla anmakta sakınca görülmemektedir.

3 Immanuel Kant, Metaphysics of Morals, çev. Mary Gregor, ed. Raymond Geuss, Cambridge University Press, 1991, s. 55.

4 Immanuel Kant, Lectures on Ethics, ed. Peter Heath, J. B. Schneewind, çev. Peter Heath, Cambridge University Press, 1997, s. 337.

5 A.g.e., s. 337.

6 Immanuel Kant, Metaphysics of Morals, çev. Mary Gregor, ed. Raymond Geuss, Cambridge University Press, 1991, s. 63.

7 H. J. Paton, The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy, University of Pennysilvania Press, 1971, s. 133.

yasaya dayanarak belirlenen özgürlük alanı kişinin özgür iradesini oluşturur ve özgür iradeye içeriden ve dışarıdan getirilen sınırlamalar da Immanuel Kant'ın Doğuştan Gelen Hak ve Kazanılmış Hak ayrımını oluşturur.

Immanuel Kant'ın *Evrensel Ahlak Yasası* faydacılık, hazcılık gibi doğru davranışı bulmak için, sonucu esas alan etik anlayışlarının karşısına, sonucu değil etik normu esas alan bir ölçüt olarak ortaya konmuştur. Immanuel Kant'ın *Evrensel Ahlak Yasası* doğru davranışın hangisi olduğunu bulmak amacıyla sonucu değerlendirirken insanı bir araç olarak değil amaç olarak esas alır. Faydacılık ve benzeri anlayışlardan temel farkı budur. Zira akıl ve haysiyet sahibi olmakla insan, ahlakın nesnesi değil öznesidir.

İnsanı araç değil amaç sayan ve pek çok ahlak ve din felsefesinde izi bulunabilecek bir ahlaka düstur olan "sana yapılmasını istemediğini sen de başkasına yapma" ilkesi, günümüzde kısaca empati adını verdiğimiz ilke de Immanuel Kant'ın *Evrensel Ahlak Yasası*'ndan eksiktir. Çünkü bu ilkenin tatbik edilmesi gereken her etik problemde ahlaki kararın muhatabı bir insan olmayabilir. Bir kişiler topluluğu ya da bir nesne karşısında ahlaki karar verildiği zaman empati kurma ilkesi işletilemez. Mesela bir insan kimsenin olmadığı bir yolda kırmızı ışıkta durmanın doğru olduğuna hangi empatiye göre karar verecektir? Bir filmin lisanslı DVD'sini her halükarda almayacak olan bir insan korsan ürünü de almamaya hangi empatiye dayanarak karar verecektir? Örnekler çoğaltılabilir.

Evrensel Ahlak Yasası'nın formülü şudur: "Öyle davran ki, o şekilde davranmana imkan tanıyan ilke, evrensel bir yasa da olabilsin"[8]. Bu formülü, verdiğimiz örneklere tatbik ettiğimizde empatinin yetersiz kalarak ulaşamadığı çözümlere ulaşabildiği görülmektedir. Somut olayda empatiyle anlamdırılmasa bile evrensel bir ahlak yasası olarak kırmızı ışıkta beklemek davranışı anlamlıdır. Tabii evrensel kural halinde ele alındığında anlamlı olup da münferit olayda anlamsız kalan örneklerle Immanuel Kant'ın *Evrensel Ahlak Yasası*'nın genel geçerliğine itiraz edilmiştir.[9] Çalışmanın konusu *Evrensel Ahlak Yasası* çerçevesindeki irade serbestliğinin anlamını belirtmek olduğu için bu tartışmalar ele alınmayacaktır.

Kant'ın özgürlük kavramı bu nitelikteki ahlaki kararı verirken ortaya çıkmaktadır. Bu kuralı uygulayan kişi bu karara kendi serbest iradesiyle varmalıdır. Serbest iradeden kast edilen ise doğru olan davranışı toplumsal baskı, alternatif bir menfaat, din (cennet vaadi, cehennem korkusu), hatır gibi hiçbir etki altında olmadan seçebilecek iradeye sahip olmaktır. Kişi tüm bu etkilere rağmen, gerektiğinde bunlardan birini ya da birkaçını karşısına alarak kendi iradesiyle, vicdanıyla karar verebiliyorsa o kişinin özgür iradeyle hareket ettiği söylenebilir. İşte hem ahlak hem hukuk bağlamında hak kavramının çerçevesini çizerken davranışlara yön veren bir itki olarak özgür iradeden kast edilen bu, ki-

8 Paul A. B. Clarke, Andrew Linze, Dictionary of Ethics, Theology and Society, Routladge, 1996, s. 311.
9 Andrea Esser, "Kant on Solving Moral Conflicts", Kant's Ethics of Virtue, ed. Monika Betzler, 2008, s. 283.

şinin eli kolu bağlı bile olsa kimsenin ele geçiremeyeceği, kişiye özel iradedir.

Bununla birlikte; şu hususu da açıklığa kavuşturmak gerekir: Kişinin özgür iradesiyle verdiği karar, ona dışarıdan etki eden sosyal yapı, din ve benzeri faktörlerin gerektirdiği davranış kalıbı ile aynı sonuca varıyorsa bu, o kişinin bağımsız olmadığı anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle, bağımsız iradeyle karar vermek demek diğer etkenleri her koşulda ve fırsatta reddetmek değil, bunlar kişinin kendi iradesiyle çatıştığında reddedebilmesi demektir.

İnsanların, hiçbir dış etki altında kalmadan, *Evrensel Ahlak Yasası*'nı gözeterek yaptığı tercihlerle sergilediği davranışlar onların özgür iradelerinin dışavurumudur. Tam bu noktada Immanuel Kant özgür iradenin dışavurumlarına iki sınırlama getirmektedir. İlki, insanın kendi içinden kaynaklanan sınırlamadır. Bu sınırlamadan geçebilen davranışlara Doğuştan Gelen Hak adını vermektedir. Öbürü ise insana dışarıdan dayatılan sınırlamadır. Uygulamada bu, devlet otoritesinin buyrukları olmaktadır. Bu otoritenin izin vermiş olduğu davranış kalıplarına ise Kazanılmış Hak adı verilmektedir.

Doğuştan Gelen Hak kavramı ile Doğal Hak kavramı hem anlamsal hem morfolojik açıdan benzemektedir. Bu, tesadüf değildir. Türkçede "doğa" kelimesi doğmak fiilinden türediği için[10] "Doğuştan Gelen Haklar"la benzeşmesi normaldir. Benzer şekilde Latince "Jus Naturae" terimindeki doğal anlamına gelen "naturae" kelimesi de "Jus Connatum" terimindeki doğuştan gelen anlamında "Connatum" kelimesiyle kökteştir. İkisi de Latincede doğmuş anlamına gelen 'natus' kelimesinden türemedir.[11]

Bununla birlikte, salt kökenlerine bakarak bu iki kelimenin eşanlamlı olduğu ya da aralarındaki nüansın önemsiz olduğu sonucuna varmak tabii ki yanlış olur. Amacımız tam tersini savunmak, bu iki terim zaman içinde farklı anlamlara bürünmüş olduklarını terminolojik anlamlarıyla göstermektir. Immanuel Kant'ın "Ahlak Metafiziği" adlı eserinde belirttiği üzere Doğal Haklar, saf rasyonel nitelikte, önsel[12] haklardır.[13] Pozitif Haklar ise Yasama otoritesinin iradesinin yansıması olduğu için farklıdır. Doğal Hak nitelemesindeki sorun, yasama otoritesinin olmadığı durumda önsel bilgiyi esas alan insan rasyonalitesinin hangi sonuçlara ulaşacağının nesnel anlamda kestirilemezliğidir.

10 İsmet Zeki Eyüboğlu, "Doğa", Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, Sosyal Yayınlar, 1. bası, Haziran 1988, s. 86; Belirtmek gerekir ki "doğa" ve "doğal" kelimelerinin Türkçeyi özleştirme çalışmalarında tabii kelimesine karşılık olarak Fransızca Nature ve Natural kelimelerinin natum'dan türemiş olmasına analoji yürüterek türetilmiş olması muhtemeldir. Dolayısıyla, Latince terminolojiyle Türkçe terminoloji arasındaki benzerlik tesadüf değildir. Bkz. Sevan Nişanyan, "Doğa", Sözlerin Soyağacı - Çağdaş Türkçenin Kökenbilim Sözlüğü, Everest Yayınları, 5. bası, İstanbul, 2010, s. 86

11 Walter W. Skeat, "Connate", An Etymological Dictionary of the English Language, Dower Publcations Inc., Londra, 2005, s. 130, https://books.google.com.tr/books?id=jeeGAAAAQBAJ erişim: 23 Temmuz 2017.

12 Immanuel Kant'ın orijinal tabiriyle "a priori".

13 Immanuel Kant, An Exposition of The Kant's Philosophy of Law as Introduction to the Science of Right, çev. W. Hastie W.B. Edinburg, 1887, s. 55.

Öncelikle, hak sahibi olmak konusunda hangi yargımızın saf insan rasyonalitesinden hangisinin örf-adet, teamül, din, kişisel önyargı gibi sonsal[14] deneyimlerden kaynaklandığını ayırt etmek çok zordur. Hak konusundaki sonsal deneyimlerimizin bazıları önsel bilgilerimizi doğrular niteliktedir. Hiçbir kimsenin başkasını öldürmeye hakkı olmadığı bilgisi gibi. Dolayısıyla, nelerin doğal hak olduğunu nelerin doğal hak olmadığını tespit etmek için kişinin sonsal bilgileri zihninden soyutlaması, rasyonel karar vermesini sağlayacak en saf önsel bilgileri de onlarla birlikte silmesi sonucunu doğurur. Bu da kişiyi doğal hak tespitindeki en temel enstrümanından yoksun bırakır. Hakka dair önsel bilgiye dayalı rasyonel düşünceyle çatışan sonsal bilgileri tespit etmek gerekir. Bu da yukarıda anlattığımız gibi, Immanuel Kant'ın ahlak felsefesi açısından özgür iradeye kavuşmanın yani zihni dış etkilerden bağımsızlaştırmanın gereğidir. Ne var ki bu, her bireyin kendi içinde vermesi gereken mücadeledir. Her bireyin kendi içindeki özgür irade mücadelesinin farklı olması bir yana, nelerin doğal hak olduğuna dair nesnel tespitte bulunabilmek için tüm insanlığın bu özgür irade mücadelesini yüzde yüz başarıyla gerçekleştirmiş olması gibi bir koşul öne sürmek gerçekçi olmayacaktır. Özgür irade mücadelesini, insanlara ahlaken yön veren bir düstur olarak ahlak felsefesinde ait olduğu yerde bırakarak, haklar sisteminde tüm insanların üzerine anlaşabileceği farklı bir yaklaşım benimsemek gerekir. Zira Doğal Hak-Pozitif Hak ayrımında kendi ülkesinin mevzuatını bilen herkes nelerin pozitif hak olduğunu söyleyebilir ama nelerin Doğal Hak olduğunu söylemek için sonsal deneyimlerden soyutlanmış özgür iradenin rasyonelliğin toplumdaki tüm bireylerin ulaşmasını beklemek gerekir. Bu da söz konusu, geleneksel haklar sisteminin içeriğini Doğal Hak kanadı açısından doldurmayı zorlaştırmaktadır.

Immanuel Kant'ın Doğuştan Gelen Hak-Kazanılmış Hak ayrımında ise Doğuştan Gelen Hak kavramının içeriği tespit edilirken rasyonaliteden hangi hakların doğacağına değil, hangi hakların yapısı itibarı ile rasyonellikle belirlenebileceğine bakılmaktadır. Bir başka ifadeyle, önsel bilgiyle donatılmış saf bir rasyonellikten hak kapsamına gidilmemekte, bir hakkın kapsamı esas alınarak onun niteliği itibarı ile çerçevesinin önsel bilgiye dayalı saf rasyonellikle çizilip çizilmeyeceğine göre değerlendirme yapılmaktadır.

Immanuel Kant'ın kendi kurduğu haklar sistemine göre Doğuştan Gelen Haklar'ın tamamını tek bir kelimeyle özetlemek mümkündür: Özgürlük. Bir insanın sahip olduğu özgür irade çerçevesinde hareket edebilmesi onun Doğuştan Gelen Hakkı'dır. Immanuel Kant buna "İçsel Benim-Senin"[15] adını vermektedir. Bu hak kategorisini bir kişinin başka kişilerden bağımsız olması, kendi kararını kendi verebilmesi diyebiliriz. Bunun da temelinde kişinin kararlarını özgür iradeyle verme imkanına sahip olması vardır. Bu anlamda Doğuştan Ge-

14 Immanuel Kant'ın orijinal tabiriyle "a posteriori".

15 Immanuel Kant'ın orijinal tabiriyle "Meum vel Tuum internum". Immanuel Kant, An Exposition of The Kant's Philosophy of Law as Introduction to the Science of Right, çev. W. Hastie W.B. Edinburg, 1887, s. 55.

len Hakların içeriğinde Yaşama Hakkı başta olmak üzere Zorla Çalıştırma Yasağı, Kişi Özgürlüğü gibi haklar vardır. Dolayısıyla Immanuel Kant her bireyin kendi iç dünyasında farklı rasyonellik olsa dahi, içeriği üzerinde uzlaşılabilecek bir hak alanı yaratmıştır.

Immanuel Kant'ın kurduğu bu haklar sisteminde Doğuştan Gelen Haklar'ın karşısında Kazanılmış Haklar yer almaktadır. Immanuel Kant bunlara da "Dışsal Benim-Senin"[16] adını vermektedir. Kişinin kendi dışındaki nesneler üzerinde nasıl tasarruf edebileceği ve başka kişilerin özgür iradelerinin yansıması olan davranışlarla kendi özgür iradesinin yansıması olan davranışlar çatıştığında sınırın nerede çizilmesi gerektiğine dair getirilen dışsal sınırlamalar kişinin Kazanılmış Haklar'ının da çerçevesini çizmektedir. Bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, konut hakkı gibi pek çok özel hak bu hak kategorisinin içinde sayılabilir. Medeni toplumlarda bu çerçeveyi çizen, devlet olduğu için Kazanılmış Haklar'ın da Pozitif Haklar ile genel itibarla benzeştiği söylenebilir fakat hem içerikleri hem de içeriklerinin tespit edilebilirliği açısından iki kategorizasyon tipi arasında farklar vardır.

Yasama otoritesinin iradesi sonucu olsa bile, yani Pozitif Hak kapsamına girse dahi bir kişinin özgürlüğüne dokunan yani "İçsel Benim-Senin" ayrımına temas eden düzenlemeler Immanuel Kant'ın kurduğu haklar sisteminde kimse lehine Kazanılmış Hak olarak tanınamaz çünkü Doğuştan Gelen Haklar'a tecavüz niteliğindedir. Ayrıca, kişiler arasındaki her özel hak çatışması, mülkiyet hakkı çekişmesi mevzuatta düzenlenmemiş olabilir. İnternet gibi teknolojik gelişmelerin mevzuatın önünden gittiği durumlarda mevzuatın söz konusu hak çatışmaları ortaya çıktıktan sonra düzenlendiği görülmüştür. İşte bu tür hukuki meselelerde çekişme konusu olan hakkın bir Pozitif Hak olmaması mümkündür. Zira henüz o konuda mevzuat yoktur. Hatta ihtimaldir ki yargıç o hukuki meseleyi, o konu hakkında yasama organı bir düzenleme getirene kadar, ahlak ve/ya örf-adet hukukuna göre çözecektir. Bu tür hukuki meselelerde kişiye tanınan söz konusu hakka Pozitif Hak demek mümkün değildir ama Immanuel Kant'ın haklar sistematizasyonuna göre bu tür bir mesele "Dışsal Benim-Senin" ayrımının kapsamındadır ve bu yüzden Doğuştan Gelen Hak değil bir Kazanılmış Hak niteliğindedir.

SONUÇ

Doğal Hak - Pozitif Hak ayrımı ile Immanuel Kant'ın ona alternatif olarak getirdiği Doğuştan Gelen Hak - Kazanılmış Hak ayrımı kaba hatlarıyla birbirine yakın ayrımlardır. Yaşama Hakkı bu anlamda bir Doğal Hak olduğu gibi aynı zamanda Doğuştan Gelen Haktır. Eşya üzerinde sahip olunan haklar çoğunlukla bu anlamda birer Pozitif Hak olduğu gibi Immanuel Kant'ın ayrımı açısından da Kazanılmış Hak niteliğindedir.

Bununla birlikte Immanuel Kant'ın yaptığı ayrımda Doğuştan Gelen Hak kavramı önsel bilgiyle donatılmış insan rasyonelliğine dayandırılmamıştır. Immanuel Kant insan rasyonelliğini ahlak

16 Immanuel Kant'ın orijinal tabiriyle "Meum vel Tuum externum".

felsefesinin özgür irade anlayışının temeline koymuştur ama hukuki ilişkilerin kategorizasyonunda doğrudan doğruya özgürlük kavramını esas almıştır. Bir kişinin bu anlamdaki özgürlüğünün dokunulmazlığına Doğuştan Gelen Hak adını vermiştir.

Immanuel Kant, diğer hak kategorisi olan Kazanılmış Hak kavramını da, yasama otoritesinin iradi tasarruflarına dayandırmamıştır. Kişinin kendi benliği dışındaki varlıklar üzerindeki hareket özgürlüğünün sınırlarına Kazanılmış Hak adını vererek, henüz bir davranış pozitif hak şeklinde düzenlenerek otorite tarafından tanınmış olmasa bile onun kategorik olarak Kazanılmış Hak kapsamına girdiğini tespit etmiştir.

Kanaatimizce Immanuel Kant'ın Doğal Hak - Pozitif Hak ayrımına kattığı bu bakış açısı söz konusu ayrımı reddetmeyi değil onun eksiklerini rasyonel bir şekilde kapatmayı amaçlamaktadır. Zira Pozitif Hak tespitinin önünde yasama iradesinin zamana karşı yarışı varken ve Doğal Hak tespitinin önünde kişilerin rasyonelliğinin öznelliği engeli varken Immanuel Kant'ın yaptığı bu ayrımda davranış kalıpları nesnel olarak zamana ve öznelliğe yenik düşmeden tasnif edilebilmektedir. Bu nedenle Immanuel Kant'ın haklar sistemine getirdiği bu ayrım, Doğal Hak-Pozitif Hak ayrımından daha geniş kapsamlı ve daha belirlenebilir olarak, daha üst düzey bir ayrımdır.

KAYNAKÇA

- Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten; Königsberg, 1797
- Immanuel Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, çev. İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009.
- Immanuel Kant, Metaphysics of Morals, çev. Mary Gregor, ed. Raymond Geuss, Cambridge University Press, 1991
- Immanuel Kant, Lectures on Ethics, ed. Peter Heath, J. B. Schneewind, çev. Peter Heath, Cambridge University Press, 1997
- H. J. Paton, The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy, University of Pennysilvania Press, 1971
- Paul A. B. Clarke, Andrew Linze, Dictionary of Ethics, Theology and Society, Routladge, 1996
- Andrea Esser, "Kant on Solving Moral Conflicts", Kant's Ethics of Virtue, ed. Monika Betzler, 2008
- İsmet Zeki Eyüboğlu, "Doğa", Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, Sosyal Yayınlar, 1. bası, Haziran 1988
- Sevan Nişanyan, "Doğa", Sözlerin Soyağacı - Çağdaş Türkçenin Kökenbilim Sözlüğü, Everest Yayınları, 5. bası, İstanbul, 2010
- Walter W. Skeat, "Connate", An Etymological Dictionary of the English Language, Dower Publcations Inc., Londra, 2005
- Immanuel Kant, An Exposition of The Kant's Philosophy of Law as Introduction to the Science of Right, çev. W. Hastie W.B. Edinburg, 1887

Spinoza'nın Politika Felsefesinde Doğa Durumu-Sivil Durum İlişkisi

Hasan Ali BAŞARAN[1]

Toplum, siyaset ve hukuk felsefesi, günümüzde halen toplumsallığın ve buna bağlı olarak da insanın toplumsal ve sivil durumunun neliğini ve kaynağını sorunsallaştırmaktadır. Bu sorunsallaştırmanın temelinde, esasen insan varlıklarının toplumsal durumunun soykütüğünü teşhis etmek amacı yatmaktadır. Bu amaç doğrultusunda toplum ve siyaset teorisyenlerinin ve düşünürlerinin yegâne amacının, insan varlığının toplumsallığını ve toplumsallığından ayrılamayan politik doğasını gün yüzüne çıkarmak olduğu anlaşılmaktadır. Metafizik, epistemoloji ve etik üzerine argümanlar, esasen politik bir maksada ulaşmak istemektedir. Aristoteles, Kant ve Spinoza, epistemolojik ve etik anlayış ortaya koyarken aslında politik kaygılar ve amaçlar taşımaktadır. Dahası toplum teorisyenlerinin bir diğer önemli amacı, insan varlıklarını birlikte yaşamaya götüren nedenleri ve olguları teşhis etmektir. Gerçekten de "Devlet" olarak tanımlanan aygıtın ve oluşumun temelinde ne bulunduğu ve neden insanların böyle bir organizasyon içerisinde yer aldığı her zaman bir tartışma konusu olmuştur.

Modern düşüncenin yapıtaşları olan Hobbes, Locke ve Rousseau gibi düşünürler, işte bu devlet ile varoluş gösteren toplumsal veya sivil durumun doğasını sorunsallaştırmaktadır. Bu teorisyenlerin ulaşmak istediği unsur, esasında bir sivil durumdan önce varoluş gösteren doğal bir durumun haritalandırılmasıdır. Böylece insan varlıklarının doğal ve sivil durumlarını gün yüzüne çıkarmak isteyen bu girişimler, bu iki durum arasındaki geçiş ilişkisini bir "sözleşme" veya "antlaşma" anlayışı ile açıklamak istemektedir. İlk bakışta insanların veya bireylerin bir devlet çatısı altında birleşmelerini ve devletin varoluşunun neliğini açıklama bakımından zengin söylemler barındırsa da, yaşadığımız çağ bakımından bu söylemler ve açıklamalar, toplum, siyaset ve hukuk felsefesinin problemlerine tatmin edici yanıtlar verememektedir. Bunun en temel nedeni, insan varlıklarının doğal ve sivil durumlarını ortaya koyan bu iddiaların her şeyden önce, insanın toplumsallığına yönelik bir yapaylık oluşturmasıdır. Gerçekten de insanın doğa durumundan çıkarak, bir "pakt" veya "sözleşme" ile bir devlet çatısı altında sivil duruma geçmesi, yapay ve aşkın bir durumu ve hamleyi oluşturmaktadır. Bu anlayış, devletin temellerini ya da kökenini yapay bir düzleme taşırken, insanın top-

1. Dr.

lumsallığını da yapaylaştırır. Hobbes, Locke ve Rousseau'nun söylemleri, devletin varlığını sağlam temellere oturtmak için sözleşmeci bir anlayış ortaya koyarken, insanın toplumsal olan doğal niteliklerini adeta ona yabancılaştırır. Modern düşünürler, toplumsallığı ve onun getirilerini, olumsal ve serbest "ortak bir irade"nin aşkın unsurları olarak lanse etmektedirler. İşte bütün bu spekülasyonlar, günümüz insanının yaşamı ve onun getirilerini yeniden sorunsallaştırmasına neden olmaktadır. İnsanoğlu varlığı, doğal durumunu, toplumsallığı, özgürlüğü, devleti, sivil durumu ve sahip olduğu hukuku sorun haline dönüştürerek, aslında bilinçli ya da bilinçsiz olarak bir arayışı dışa vurmaktadır. Bu arayış, her şeyden önce yaşama karşı iyimser bir çabayı dışa vurarak, birarada ve farklılıkların kapsandığı, onların bir tümelliğine ulaşmaya yönelik politik bir arayışı ortaya koymaktadır. Böylece günümüz teorisyenleri, Hobbes, Locke ve Rousseau'nun doğa durumu ve sivil durum arasında çizdikleri ve sözleşmeyle belirlenen sınırları aşmak istemektedir. Bu amaç doğrultusunda yine modern bir düşünür olarak açığa çıkan 17. yy düşünürü B. Spinoza'ya başvurulmaktadır. Burada sorun haline dönüştürülmesi gereken nokta, Spinoza'nın Hobbes, Locke ve Rousseau'dan farklı olarak ne söyleyebileceğidir, yani Spinoza, bu düşünürlere alternatif olabilecek neyi iddia etmektedir? Nihayetinde insanların Spinoza'da aradığı şey aslında nedir?

Bütün bu spekülasyonlar, bizleri, Spinoza'nın haritalandırdığı bir varlık anlayışının (ontoloji) çözümlenmesine götürmektedir. Gerçekten de Spinoza'yı diğer düşünürlerden ayrı kılan öncelikli unsur, onun spesifik bir varlık anlayışı üzerinde ısrar etmesidir. Bu varlık anlayışı, yalnızca metafiziksel veya ontolojik bir dünya görüşü sunmamaktadır, bunun yanında bu anlayış, insanın doğasının ve toplumsallığının da parçalarını vermektedir. Bu varlık anlayışı, yaşam veya doğa ile içkin bir ilişkisellik ile bütünleşen Tanrı, yani töz anlayışını ortaya koymaktadır. Böylelikle Spinoza açısından ilk hareket noktası, ontolojik bir spekülasyon gibi görünse de esasen politik bir spekülasyona yöneliktir. Bu spekülasyon, varlık anlayışına ve bu anlayışın niteliklerine paralel olan "yasa" kavramının çözümlenmesine yönelik bir girişimdir. Buna göre, *yasa* kavramı ile *Tanrı, töz, doğa* yani *Varlık* kavramı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Spinoza, yasa kavramının soykütüğünde bu kavrama dair bir ayrımın yapılmasını teşhis eder. Buna göre tanrısal veya tabii yasanın niteliklerinin, insani bir yasanın sahip olabileceği niteliklerden kesin olarak ayrılması gerekir. Bu doğa farkı ayrımı dolayımıyla Spinoza açısından yasa sözcüğü, ya tabiatın veya doğanın zorunluluğuna ya da insanların bir kararına bağlı olarak tanımlanmaktadır (Spinoza, 2008: 95). Dahası "tabiatın zorunluluğuna bağlı olan yasa zorunlulukla şeyin tabiatından ya da tanımından kaynaklanan yasadır. Bir insani karara bağlı olan ve daha özel biçimde hukuk kuralı diye adlandırılan yasayı ise insanlar kendileri ve başkaları için koyarlar."(Spinoza, 2008: 95) Böylece Spinoza açısından toplum, siyaset, devlet ve hukuk felsefesinin temelleri kendiliğinden atılmış bulunmaktadır. Öncelikli hareket noktası, Varlığın

bilgisi ve bu bilgi ile bütünleşen tanrısal veya evrensel yasanın çözümlenmesidir. Tanrı'nın sonsuz, değişmez ve evrensel doğası ile varoluşu, tanrısalın yani doğanın yasasını oluşturmaktadır. Spinoza, "Tanrı [Deus] ile saltık olarak sonsuz Varlığı, eş deyişle, her biri bengi ve sonsuz özü anlatan sonsuz yüklemden oluşan tözü" anlamaktadır (*Ethica*, Bölüm 1, Tanım 6). Dahası Spinoza **açısından Varlığın yani Tanrı'nın** tözsel varoluşu, yaşamdaki her şeyin varlık nedeni olarak açığa çıkmaktadır. Spinoza'nın **çözümlemesine göre, töz ve ona** ilineksel olarak bağlı olan tarzlar dışında bir gerçeklik yoktur ve her şey, tözün yani Tanrı'nın nedenselliğinde açıklanabilir. **Öyleyse** Tanrı her şeyin geçici değil ama içkin nedenini oluşturmaktadır (*Ethica*, **Bölüm 1, Önerme 18**). Demek ki Tanrı olmazsa hiçbir şey olamayacağı ve kavranamayacağı için tabiattaki her şey, Tanrı kavramını, özü ve mükemmelliği ölçüsünde içerir ve dile getirir (Spinoza, 2008: 98).

Bu ontolojik ve metafiziksel spekülasyonlar, Tanrı kavramı ile yasa kavramını yeniden bütünleştirmektedir. Buna göre yaşamdaki her şey veya içkin neden olarak töz ve onun üretimi olan tarzların oluşturduğu bütünsel gerçeklik, tanrısalın yani doğanın yasasını meydana getirmektedir. Bu yasa evrensel, sonsuz ve değişmez bir yasa olarak kendine özgü bir doğa ile anlaşılabilir. Buna göre "tanrısal yasanın en yüce ödülü yasanın kendisidir."(Spinoza, 2008: 100) Tanrı'nın varoluşuna ilineksel olarak bağlı olan insan varlıkları için en büyük epistemolojik ve psikolojik deneyim, sonsuz Varlığın bilgisine ve idesine ulaşmaktan başka bir şey değildir. "Gerçekten de Tanrı idesinin buyurduğu şey şudur: Tanrı en üstün yararımızdır ya da Tanrı bilgisi ve sevgisi tüm eylemlerimizin yönelmek zorunda olduğu son amaçtır." (Spinoza, 2008: 98) Evrensel doğanın yasasının bilgisine ulaşmak ve idesini yakalamak, Tanrı'ya yönelik bir sevgi ve bağlılık oluşturmaktadır. "Tanrı sevgisi Tanrı bilgisinden doğar ve Tanrı bilgisi de kendiliğinden kesin ve bilinir ortak nosyonlardan çıkarılmalıdır."(Spinoza, 2008: 99) Ontolojik ve epistemolojik bir bütünleşmeye varmak isteyen Spinoza açısından her şey, Tanrı'ya bağlı olduğu için ve de varoluşlarının nedenselliğini Tanrı'dan aldıkları için esasında her şey, ortak olan birtakım kavramlara yani nosyonlara sahip olmak zorundadır. *Yaşam* yani *tanrısal yasa*, adeta her şeyiyle birlikte Tanrı'nın ve onun sıfatlarının ve de ondan üretilen tarzların dile getirilip anlatılmasından başka bir şey değildir. Ortak kavramlar genel olarak doğal nedenselliğe içkin oldukları gibi, özel olarak insan doğasına da içkin olan doğru fikirlerdir (Balibar, 2004: 111). Demek ki ortak kavramların, zorunlu olarak Tanrı'nın sonsuz fikrini dışa vurdukları ve dolayısıyla da tanrısal yasayı ifade ettikleri anlaşılmaktadır.

Spinoza'nın ontolojik ve epistemolojik kaygıları, tanrısal olan doğa yasasının teşhis edilmesine dikkat çekmektedir. Gerçekten de bu evrensel ve değişmez yasanın temelinde bulunan şey nedir ve bu yasa kendisini nasıl sonsuzca muhafaza etmektedir? Bu iddialar, Spinoza'nın dikkatini yeniden Tanrı kavramının bir analizine götürmektedir. Buna göre bu evrensel ve tanrısal yasanın özünde "kud-

ret" yani "güç" kavramı bulunmaktadır. Bu anlayışta Tanrı'nın gücü, onun özünün kendisi ile bütünleşmektedir (*Ethica*, **Bölüm 1, Önerme** 34). **Böylelikle** Spinoza, tanrısal yasayı Tanrı'nın gücü ile bütünleştirerek, esasında toplum ve siyaset felsefesinin kökenini kurmaktadır. Gerçekten de bu disiplinde her şey, tanrısal yasanın yani doğa yasasının kavranabilmesinde yatmaktadır. "Doğadaki her şeyin kendisi sayesinde varolduğu ve eylemde bulunduğu güç Tanrı'nın ebedi gücünden başkası olamaz."(Spinoza, 2007: 16) Varlığın yani Tanrı'nın özünün güç ile tanımlanması, ona ilineksel olarak bağlı olan fenomenal dünyanın yani doğanın parçalarının da esasen güçler çokluğu olarak varoluş gösterdiğini açığa çıkarır. İşte bu temel noktada tanrısal yasanın ürettiği bir "hak anlayışı" doğmaktadır. Böylece Spinoza, hukuki bir kavram olan hak kavramının ontolojik soykütüğünü teşhis etmiştir. Tanrısal yasa, doğal hakkı belirlemekte ve tanımlamaktadır. Spinoza'ya göre "doğal varlıkların, sayesinde varoldukları ve eylemde bulundukları gücün, Tanrı'nın gücünün kendisi olduğunu bilirsek, doğal hakkın ne olduğunu kolayca anlarız."(Spinoza, 2007: 16) Bu hak, özünü ve doğasını Tanrı'nın mutlak gücünden almaktadır. Demek ki doğanın gücü ile Tanrı'nın gücü bütünleşerek doğa yasasını ve doğal (tabii) hakkı oluşturmaktadır. "Kuşkusuz, mutlak olarak düşünüldüğünde tabiatın, gücü altında olan her şey üzerinde üstün bir hakkı vardır. Bir başka deyişle, tabiatın hakkı onun gücünün uzandığı yere kadar uzanır. Çünkü tabiatın gücü her şey üzerinde üstün bir hakkı olan Tanrı'nın gücüdür."(Spinoza, 2008: 230-231) Burada açıkça görülmektedir ki tanrısal güç, tanrısal yasayı oluşturarak aslında, tabiatı oluşturan bütün üyelere farklı derecelerde güçler bahşetmektedir. Bundan dolayıdır ki, var olan her şey, kendi varlığında sürmeye, gücünü çoğaltmaya ve muhafaza etmeye çabalamaktadır ve bu çaba *(conatus)*, onun edimsel özünü oluşturmaktadır (*Ethica*, **Bölüm 3, Önerme 6 ve 7).** Dolayısıyla da her şey gibi insan varlıkları da doğanın gücünden pay almak zorundadır. Demek ki "insanın gücü, doğanın gücünün bir parçasıdır."(Armaner, 2009: 10) İşte bu temel noktada Spinoza açısından hak kavramının, doğanın yasası ve gücüyle birlikte tanımı daha da açığa çıkmaktadır. Bu anlayışa göre hak, "güç" ile ifade edilebilir ve hem tanrısal yasa hem de insani yasa, "güç kavramı" ile anlam kazanmaktadır. Buna göre tanrısal yasaya bağlı doğa durumu, *doğal hak*kı oluşturur. Spinoza'nın politika felsefesinde hem Tanrı kavramı hem de insan kavramı doğasından gelen gücünün sağladığı "hak" ile tasavvur edilmek zorundadır. Demek ki "her bireyin, gücü altında olan her şey üzerinde üstün bir hakkı vardır. Ya da her insanın hakkı, kendisine ait belirlenmiş gücün uzandığı yere kadar uzanır. Tabiatın üstün yasasına göre de her şey, elinden geldiğince, kendi varlığında varolmayı sürdürmeye uğraşır."(Spinoza, 2008: 231) Hobbes'un doğa durumu anlayışına paralel bir anlayışa sahip olan Spinoza açısından doğa durumu, bulanık ve karmaşık bir karakter sunmaktadır. Doğa durumunda insan varlıkları, doğal haklarından dolayı kendi varoluşlarını korumak için mücadele etmekte ve çaba harcamaktadır. Gerçekten de insani bir

yasanın toplumsal veya sivil egemenliği olmadan, sırf doğal hakkın hükümranlığında günah diye bir şeyden söz edemeyiz ve bu durumda, her varlık tabiatının yasalarına göre, yaptığı her şeyi üstün bir hak uyarınca yapmaktadır; yani doğal durumda bilgenin de cahilin de kendi doğalarına uygun olarak her şeyi yapmaya üstün bir hakkı bulunmaktadır (Spinoza, 2008: 231). İşte bu temel noktada doğa durumunun insan varlıkları için sürekli ve sürdürülebilir olmadığı görülmektedir. Esasında doğa durumuna ve tanrısal yasaya içkin olan ortak kavramlarla ve nosyonlarla varoluş gösteren insan varlıkları, doğa durumunda kendilerini kaotik bir düzlem içerisinde bulur. Sahip olduğu akıl yetisi, tanrısal yasa ile paralellik gösteren insan varlığı, gücünü ve varlığını koruma içgüdüsüne sahiptir. Dolayısıyla "her insanın tabii hakkı, sağlıklı akılla değil, arzu ve güçle belirlenir."(Spinoza, 2008: 231) Böyle bir yaşamsal düzlemde "aklın kötü saydığı şey, evrensel tabiatın düzeni ve yasalarına değil, salt kendi tabiatımızın yasalarına göre kötüdür."(Spinoza, 2008: 232) Açıkça anlaşılmaktadır ki doğal durumda, doğal hakkın hükümranlığında insan varlıkları yaşamaya devam edemez. Bu durumda tutkulardan arınmış insanın aklının da olumlu bir işlevi kalmamaktadır. Çünkü akıl, insan doğasını ne *sadece* kendisi tanımlamakta ne de *tümüyle* tanımlamaktadır (Balibar, 2004: 93). Doğal durum, insan varlıklarının kendilerini gerçekleştirebilecekleri bir toplumsal mekân oluşturamamaktadır. "Spinoza'ya göre akli belirlenimleri olduğu kadar kör yönelimleri de barındıran doğal hakkın içinde başka bir alan açılması gerekir, bu alanın sınırlarını da, 'sivil hak' oluşturur."(Armaner, 2009: 14) Burada Spinoza'nın yakalamak istediği çarpıcı unsur, insanların doğa durumunda kalamayacakları ve toplumsal veya sivil bir duruma zorunlu olarak adım atmak mecburiyetinde olduklarıdır. Dolayısıyla "İnsanlar, güvenlik içinde ve elden geldiğince iyi yaşamak için, birlikte hareket etmek zorunda kaldılar. Bunu yapabilmek için de her birinin tabii olarak her şey üzerindeki hakkının topluca kullanılmasını ve bu hakkın, artık her insanın gücü ve iştahınca değil, topluca herkesin gücü ve iradesince belirlenmesini sağladılar."(Spinoza, 2008: 232) Böylece Spinoza'nın politik maksadı, esasen bir doğal durum ve sivil durum ayrımından öte, ortak kamu iradesinin soykütüğünü ve antropolojisini teşhis etmek haline gelir. İşte bu temel noktada sivil durumun ve onun sağladığı hakkın işlevi açığa çıkmaktadır. Spinoza açısından *sivil hak*, "üstün gücün buyruklarıyla belirlendiği ve yalnızca onun otoritesiyle korunduğu haliyle, her insanın kendi varlığı içinde varlığını sürdürme özgürlüğü" olarak tanımlanmaktadır (Spinoza, 2008: 237). Demek ki sivil durum ve onun sağladığı hak, insan varlığına yalnızca toplumsal bir durum sağlamamaktadır, bunun yanında onun doğal yetilerini ve gücünü korumasını da sağlamaktadır. Burada Spinoza'nın çarpıcı olan teşhisi, doğa durumu ile sivil durum arasındaki "aşkın" ve hiyerarşik çizgiyi aşındırmış olmasıdır. Bu anlayışa göre "insanların varlıklarını sürdürebilmeleri için sivil duruma geçmeleri, kendi doğalarının zorunluluğundan kaynaklanır. "(Armaner, 2009: 14) Öyleyse doğa durumundan sivil duruma geçilmesi, doğal bir zorunlu-

luk arz etmektedir. Diğer taraftan Spinoza'nın metafizik anlayışı ile bütünleşen Tanrı kavramı ile sivil durumun ortaya koyduğu devlet kavramı arasında da bir paralellik kurulmuş olur. "Hakkın ölçüsü *bireyselliğin* de ölçüsüdür; zira doğa farklılaşmamış bir bütün değildir. Tam tersine az ya da çok otonom, az ya da çok karmaşık olan farklı bireylerin bir bileşimidir."(Balibar, 2004: 66) Bu anlayışa göre insan varlıkları, doğa durumunun verdiği bulanık ve karmaşık düzlemde Varlığın, yani Tanrının bilgisine ve sevgisine ulaşamazlar ve de bununla birlikte Spinoza açısından hem Tanrı'nın bilgisine ulaşmanın verdiği özgürlük ve erdem hem de sivil durumun insana kazandırdığı özgürlük ve erdem arasında bir bütünleşme olmak zorundadır. Spinoza, güç [potentia] ve erdemi [virtus] özdeşleştirmektedir (*Ethica*, Bölüm 4, Tanım 8). Demek ki sivil durum, hem doğal durumda sahip olduğum gücü ve erdemi korumalı hem de onu çoğaltıp başka insanlarla paylaşmamı sağlamalıdır. Bu aynı zamanda başka insanların doğal ve sivil haklarını da görmemi sağlamaktadır. Böylelikle kişinin varlığını koruması ve etkide bulunması olarak tanımlanan erdem, doğa durumunda değil ancak sivil durumda sivil hak ile elde edilebilir (Armaner, 2009: 14).

Spinoza'nın politika felsefesinin haritalandırdığı üzere, açıkçası insanlar zorunlu olarak duygulara tabidirler ve yaradılışları gereği ortak bir yasa olmaksızın yaşayamazlar (Spinoza, 2007: 12-13). Demek ki tanrısal yasa insani bir yasayı gerekli kılmaktadır, yani onu kendisinden çıkarmaktadır. Tanrısal yasa ile insani yasa arasında içkin bir ilişki bulunmak zorundadır. Tanrısal yasayı teşhis edememiş bir insani yasa, başarılı ve sürdürülebilir bir toplumsal veya sivil durum ortaya koyamaz. Buna göre "tabii hakla çelişmeden, bir toplum oluşturabilmenin ve her türlü antlaşmayı kusursuz bir bağlılıkla her zaman koruyabilmenin yolu, her insanın tüm gücünü topluma devretmesidir."(Spinoza, 2008: 234) Demek ki Spinoza açısından da bir sözleşme veya antlaşmadan bahsedilebilir. Bu sözleşme, sivil bir durum ortaya koyarken esasında doğal durumla çelişmemelidir. Her şeyden önce bireyin özü olan güç ve erdemle çelişmemek zorunda olan bu sözleşme, özünde onun gücünü ve erdemini yani doğal hakkını muhafaza etmek zorundadır. Burada önemli olan unsur, doğal hakla tezat düşmeyen bir sözleşme oluşturulabilmesinin yolunun, herkesin sahip olduğu gücü topluma devretmesinden geçtiğinin anlaşılmasıdır (Armaner, 2009: 15). Spinoza'nın çarpıcı teşhisi, sözleşmenin doğal hak ile sivil hak arasında kurduğu köprü vazifesi gören işlevidir. Bu açıdan bakıldığı zaman Spinozacı kavrayışta *sözleşme*, esasında insanın doğal ile sivil hakkı arasında bir kopukluk ortaya koymamakta, hatta onun bu iki hakkı üzerinde geliştirici ve güçlendirici bir mahiyeti ifade etmektedir. İnsan varlığı, ulaşabileceği en büyük özgürlüğe ve erdeme doğal bir durumda değil, sivil bir durumda devletin çatısı altında ulaşabilecektir. "En geniş özgürlüğün elde edileceği sivil durum, aklın yasalarına göre, akli bir sözleşmeyle kurulmuş bir devlettir."(Armaner, 2009: 15) Bununla birlikte Hobbes'dan ayrı olarak Spinoza'da sözleşmenin mutlak değişmezliği ilkesi

yoktur. Spinoza'ya göre yararlı olmayan hiçbir antlaşmanın hükmü olamaz ve yararlılık ortadan kalkarsa antlaşma sona erer ve geçersiz olur (Spinoza, 2008: 234). Açıkça anlaşılmaktadır ki burada yararlılığın ölçütü, insan varlıklarının erdeminin ve özgürlüğünün sağlanmasından başka bir şey değildir. Spinoza'ya göre erdemi ve özgürlüğü sağlayabilecek durum, evrensel insan birliğini ortaya koyan demokratik bir devlet yapısı ile sivil durumdur. Spinoza açısından demokrasi, "gücü altındaki her şeye ilişkin üstün hakka toplu olarak sahip, evrensel insan birliği" olarak tanımlanır (Spinoza, 2008: 235). Dahası bütün insanların doğal haklarını ve eşitliklerini de muhafaza edebilecek tek sistem, demokratik bir sistemdir. Spinoza'nın demokratik siyasi bütününde, "hiç kimse tabii hakkını, gelecekte ter türlü tartışmanın dışında kalacak biçimde başkasına devretmez. Tam tersine, her insan onu, kendisinin de bir parçasını oluşturduğu tüm toplumun çoğunluğuna devreder. Böylece herkes, daha önce tabii halde olduğu gibi, eşit kalır."(Spinoza, 2008: 236) Burada açıkça görülmektedir ki bu siyasi bütünde bireyler, doğal haklarından kopmadan ve onu geliştirecek şekilde herkesle etkileşim halinde ve eşit bir toplumsal düzlemde yer alabileceklerdir. Bu sivil, siyasi düzlemde ve toplumsal sözleşmede, bir kişinin Devlet ile olan ilişkisi, onun bütün toplum ile etkileşimini ve ilişkisini zorunlu olarak doğurur. Demek ki sivil hak, bir kişinin doğal hakkını korurken, aslında herkesin doğal hakkını muhafaza edip koruyabilmektedir.

Bütün bu siyasi spekülasyonlardan ve çözümlemelerden anlaşılmaktadır ki Spinoza'nın politika felsefesi, modern sözleşmeci yaklaşımlara pek çok açıdan yardımcı ve alternatif olabilmektedir. Her şeyden önce Spinoza'nın metafiziği, bir praxis ve aktivite felsefesidir ve onun siyaseti ise bir felsefe olarak insan doğasının eyleme geçtiği ve özgürlüğü sağlamak için çabaladığı deneyim alanını kurmaktadır (Balibar, 2004: 112-113). Bu anlayışa göre tanrısal yasa, esasında politik bir yasaya dönüşmektedir. Bununla birlikte Spinozacı politika, öncelikle ontolojik bir politikadır. Bu ontolojik politik anlayışta her şeyden önce insan varlıklarının sürekli olarak ve özleri dolayısıyla toplumsal (sosyal) varlıklar oldukları anlaşılmaktadır. Spinoza'nın antropolojisi, insan varlığının ontolojik doğasının kazandırdıklarıyla ve nitelikleriyle birlikte zaten toplumsal bir varlık olduğunu ve de doğa durumunda da toplumsal (sosyal) olduğunu teşhis etmektedir. İnsan varlıkları, doğa durumunda da, sözleşmenin verdiği sivil durumda da taşıdıkları ortak nosyonlar ve kavramlarla birlikte zaten toplumsal varlıklardır. Bununla birlikte Spinoza, toplumsallık ile politiklik arasında doğal bir koşutluk bulmaktadır. Bu anlayış, siyaset felsefesinin bakış açısını mikropolitik olaylara ve olgusal ilişkilere götürmektedir. Bireysellikle toplumsallık arasındaki karşıtlığı yok eden Spinoza, insanın esasında doğal durumunda da toplumsal bir varlık olduğunu ileri sürmekte ve insan varlığının doğal hali ile sivil hali arasında bulunduğuna inanılan diyalektik ilişkiyi bozmaktadır. Dahası, modern teorisyenlerden ayrı olarak Spinoza'nın asıl politik maksadı, bireylerin doğal güçlerini kısıtlamadan bir

sivil durum inşa etmek olarak anlaşılır. Aslında Spinoza açısından sivil durum, doğal durumun zorunlu bir sonucudur. Sivil durum, insan varlıklarının doğal güçlerini engellemeden, hatta onu çoğaltarak, bu güçlerin bir kolektifliğine veya müşterekliğine varmak amacındadır. "Bireylerin gücü, dünyayı biçimlendirirken, toplumsal ve politik dünyayı da biçimlendirir. Kolektifi inşa etmek için bu gücü devretmenin gereği yoktur. Kolektif ve devlet, bu güçlerin gelişimiyle birlikte inşa edilirler. Demokrasi, politik olanın temelidir."(Negri, 2011: 20) Dahası böylesi bir demokratik bütünde bireyler, doğal güçlerini muhafaza ederken, kendilerini kolektif olarak da gerçekleştirmektedirler. Modern düşüncede toplum, siyaset ve hukuk felsefesi, sürekli olarak insanın doğal ve sivil durumu arasındaki karşıtlığı ortaya koymaya çalışırken Spinoza, bu diyalektiği aşarak, bu iki durum arasında bir uzlaşmaya varmak amacındadır. Gerçekten de Spinoza, Hobbes ile farkını şöyle açıklamaktadır: "Ben doğal hakkı bütünüyle daima muhafaza ediyor ve bir Site'de üstün yöneticinin, bir uyruk üzerinde, yalnızca sahip olduğu gücü ölçüsünde hakkı da olduğunu savunuyorum. Doğa durumunda da bu hep böyledir."(Spinoza, 2014: 268) Demek ki hem doğa durumunda hem de sivil durumda insan varlıkları doğal hakları ile var olmaktadır. Bu anlayış, diğer modern demokratik düşüncelerle ayrı düşmektedir. "Modern demokratik düşüncenin diğer akımlarında, demokrasi fikri politik ifadenin dolaysızlığı olarak düşünülmez; daha ziyade, egemenliğin soyut devri ve doğal haktan feragat biçiminde tanımlanır. Öte yandan Spinoza'nın politik önermesinin devrimci karakteri, demokrasi kavramı ile radikal ve yapıcı bir doğal hak teorisini bir araya getirmesine dayanır." (Negri, 2011: 13) Spinoza'nın çarpıcı teşhisi, insanın doğal hakkını ve gücünü hiçbir zaman tamamen ve mutlak olarak bir egemene teslim edemeyeceğidir. Dahası Spinoza açısından sivil durum ve onun sağladığı hak, doğal hakkı ve gücü engellemek bir yana, onu korumak ve muhafaza etmek için adeta bir zorunluluktur. Buna göre Spinoza açısından sözleşme, diğer modern teorisyenlerin sözleşmeci anlayışlarından koparak yeni bir anlam kazanmaktadır. "Spinoza, sözleşmenin yerine konsensüsü, bireyselliğin yöntembilimi yerine kolektifliğinkini koyar."(Negri, 2011: 23) Bu bakış açısı, siyaset felsefesinde "aşkın" bir sözleşmenin işlevini değil, "içkin" bir uzlaşmanın işlevini sorunsallaştırmayı gerektirmektedir. Tanrısal yasa ile uyumlu bir insani yasanın oluşturulmasını merkezine koyan Spinoza için Tanrı bilgisi ile devletin yapısı arasında içkin ve koşut bir ilişki açığa çıkmaktadır. Her şeyden önce devlet veya Site, modern teorisyenlerin açıklamaya çalıştığı gibi bireylerin "özgür" ve "serbest" iradeleri ile oluşmamaktadır. Esasında insan varlıklarını bir devlet çatısı altında toplanmaya iten zorunlu nedenler ve olgular bulunmaktadır ve insan varlıkları, her dönemde ve her zaman toplumsaldırlar, bu toplumsal nitelikleri ile zorunlu olarak bir sivil duruma geçiş yapmaktadırlar. Spinoza'ya göre insan doğası, sadece aklın buyruklarına göre düzenlenmiş olsaydı, doğal hak sadece aklın gücü tarafından belirlenmiş olurdu (Spinoza, 2007: 16).

Ama bu şekilde olmadığından ve doğal hak aklın yanında başka tutkuların etkisi altında olduğundan dolayı, sivil bir durum ve onun sağladığı hak kaçınılmaz olmaktadır. Böylelikle devlet aslında yapay değil, doğal bir sürecin zorunlu sonucudur. Bu spekülasyonlar, sivil durumun, doğal durumun zorunlu bir sonucu olarak açığa çıktığını teşhis etmektedir ve sivil durumla birlikte pozitif hukuk oluşmaktadır. Spinoza'nın doğal durum ile sivil durum arasında kurduğu ilişki, toplum, siyaset, devlet ve hukuk felsefesine yeni bakış açıları sunuyor gibi görünmektedir.

KAYNAKÇI

- Armaner, T. (2009). "Spinoza'da 'Doğal Hak' ya da Aklın Doğası", *Spinoza* Günleri: Teolojik-*Politik İnceleme Etrafında,* (Ed.) Cemal Bali Akal, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi.
- Balibar, E. (2004). *Spinoza ve Siyaset*, çev. Sanem Soyarslan, İstanbul: Otonom.
- Negri, A. (2011). *Aykırı Spinoza*, çev. Nurfer Çelebioğlu, Eylem Canaslan, İstanbul: Otonom.
- Spinoza, B. (1996). *Ethica /Törebilim*, çev. Aziz Yardımlı, İstanbul: İdea.
- Spinoza, B. (2007). *Tractatus Politicus*, çev. Murat Erşen, Ankara: Dost.
- Spinoza, B. (2008). *Teolojik - Politik İnceleme,* çev. Cemal Bali Akal, Reyda Ergün, Ankara: Dost.
- Spinoza, B. (2014). "50. Mektup", *Mektuplar,* çev. Emine Ayhan, Ankara: Dost.

İrade ve Egemenliğin Politik Alana Yansımasının Tiranik Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme

Aylin KILIÇ CEPDİBİ[1]

"Milli/ulusal irade", Cumhuriyet Türkiye'sinin siyasal yaşamında belki de en çok kullanılan fakat üzerinde de en az tartışma yapılan kavramlardan biridir. Kavramın önemi, yalnızca "ulusal egemenlik" kavramına/anlayışına "içkin" olmasından değil, fakat aynı zamanda çok partili siyasal hayata geçişin "gerçek" anlamda sağlanabildiği 1946 sonrası dönemde, "kurucu örgüt/parti ve idelolojinin" muhalifi olan tüm partiler ve politik şahsiyetlerce vurgulanmasından da kaynaklanıyor. Meclis aritmetiğinde tek partili hükümet kurabilmek için gerekli oy oranına sahip olmakla özdeşleştirilen (ki bu oran yaklaşık %45'lik bir oy oranına tekabül eder) bu kavramın Cumhuriyet'in kurucu partisince de kabul görmesi, ya politikacıların kavramın tarihsel anlamı ve onun tehlikelerle dolu geçmişinden bihaber olduklarını ya da bir genel "yanılgı"nın toplumsal/politik düzeyde "hakikat" haline gelmiş olduğunu göstermektedir. Oysa kelimelere ancak gerçekliği ortaya koyuyorlarsa güvenebiliriz ve kelimeler de ancak tarihsel olayların değerlendirilmesi ile gerçeklik kazanırlar. Öyleyse öncelikle, "irade" ve "egemenlik" kavramlarının tarihsel olarak geçirdikleri dönüşümleri ve modern dönemde "demokratik devrimler çağında" aldığı son şekli incelemeye çalışmak gerekiyor. İşte bu çalışmada ilk olarak "irade" kavramının tarihsel incelemesi yapılmaya çalışılacak; ardından, tek bir insanda birbiriyle çarpışan iki veçhesi bulunan böyle bir "gücün" "politik olana" aktarılmasıyla nasıl bir güç istemine ve giderek demokratik devrimler döneminde "ulusal irade" kavramıyla güç dayatma istemine dönüştüğü açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca, yeni politik toplulukların kuruluşunda "ulusal irade" ve "ulusal egemenlik" kavramlarını kullanmanın ya da bu kavramlara yer vermemenin politik ve tarihsel ne gibi sonuçları olduğu araştırılacaktır. Özetle, elinizdeki çalışma, "kaçınılmaz olarak dayatma ve şiddet araçlarının kullanımını beraberinde getiren "irade" ve "egemenlik" kavramlarının politik hayata dâhil edilmeye çalışılmasının ne gibi politik sonuçları olmuştur?" sorusu odağında bir düşünme ve araştırma etkinliğinin tezahürüdür. Bu etkinlikte düşünceleriyle yolumuzu aydınlatan başlıca düşünürümüz, "ulusal irade" ve "egemenlik" kavramlarını "özgürlük nedir?" sorusu çerçevesinde incelemeye başlamış, ardından "Devrim

1 Bu Makale, HFSA 2017 Sempozyumu'nda "Ulusal İrade, Çoğunluk Baskısı ve Çağdaş Demokrasi" başlığıyla sunulmuştur..

2 Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi.

Üzerine" ve "Şiddet Üzerine" isimli zihin açıcı eserlerinde irdelemeye devam etmiş bulunan Hannah Arendt olacak. Sonuç bölümünde ise "egemenlik" ve "irade" kavramlarından sıyrılmış bir politik düzende insanların birbirlerine verdikleri sözler, ikna, diyalog ve karşılıklı tartışma üzerine kurulu bir yaşamın gerekleri ve olanakları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Kavramın Tarihsel İncelemesi

Gerek felsefe tarihinde gerekse politika teorisinde birtakım kavramlar vardır ki değinilmeden, üzerinde görüş bildirilmeden teorisyenin ya da filozofun yeni bir kuram oluşturması mümkün değildir. "Özgürlük" böyle bir kavramdır, "adalet", keza "iyi/iyilik" de bu türden kavramlardır. İşte bir "güç", bir "yeti"; "eylemlerimizi arzu, niyet ve amaçlarımıza göre, kontrol altında tutabilme ve belirleme gücü"[3] olarak tanımlanan "irade" kavramı da Batı felsefe geleneğinin ve özellikle 16. yüzyıl sonrası politika teorisinin üzerinde mutlaka görüş bildirilmiş kavramlarından birisidir. Ancak tıpkı "özgürlük" kavramı gibi "irade" kavramı da Batı felsefe geleneğinin kurucusu Platon ve Aristoteles'in değil Hıristiyanlık sonrası şekliyle geleneğin kilit kavramlarındandır. Gerçekten de kavramın tarihsel kökenine bakıldığında Antik Yunancada "irade" ("will") kavramına karşılık gelecek herhangi bir kelime bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.[4] Zira kadimler açısından, kişinin kendi eylemleri üzerinde egemenlik kurması şeklinde bir "irade sahibi olmak" değil, fakat kendini sürekli olarak daha iyi hale getirme (mükemmelleşme) sürecinde yurttaşın aklını merkeze alarak erdemli bir yaşam sürme çabası büyük önem taşıyordu. Kavrama en yakın gibi görünen "boulēsis" ve "proairesis" bile kesinlikle akılla bağlantılı olarak ifade edilmekteydiler. Bu çerçevede Aristoteles, "boulēsis"i iyiye duyulan rasyonel istek (arzu/"desire") anlamında; onura şan ve şöhrete duyulan istek/arzu olarak "thumos" ve hazza duyulan istek/arzu olarak "epithumia"ya karşıt bir şekilde Platoncu anlamda "psukhē"nin rasyonel bölümüne dâhil olacak şekilde kullanmıştır.[5] Başka bir ifadeyle Greklerin düşüncesinde, Hıristiyanlık sonrasında "ruh" haline dönüştürülecek "psukhē"[6], rasyonel ve irrasyonel veçhelere sahiptir; ancak bunlar hiçbir şekilde "psukhē"de bir yarılma yaratmadığı gibi

3 Ahmet Cevizci, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000, s. 183.

4 Neal Wart Gilbert, "*The Concept of Will in Early Latin Philosophy*", **Journal of the History of Philosophy**, Volume1, Number 1, October 1963, p. 17.

5 Bkz. Richard Sorabji, **Emotion and Peace of Mind (From Stoic Agitation to Christian Temptation)**, Oxford University Press, NY, 2000, p. 322.

6 "Psukhē", M.S. II. yüzyıldan itibaren Hıristiyanlığın tanımlayacağı "ruh" kavramından farklı olarak; verili bir merkezi ve bütünlüğü bulunmayan, Tanrısal bir kaynaktan geldiği gibi bu nedenle de o ilahi gücü taşıyan, başka bir ifadeyle ilahi bir veçhesi bulunan; ölümsüz, yaratılmamış, yok edilemez ve geldiği kaynakla nihayetinde bir ve aynı olacak olan güçtür. Platon'un diyalogları, özellikle de Timaios incelendiğinde görülmektedir ki kozmosu yaratan yarı-tanrı Demiurgos evrene, faaliyetlerini belirleyen güçten yani Akıl'dan bir nefes üfler. İşte "psukhē" bunun bir "parçasıdır". Ancak "psukhē", "soma" yani "beden" ile buluşunca geldiği kaynağı unutur, bunu yeniden hatırladığında ise geldiği kaynağa geri dönecektir. Bkz. Aylin Kılıç Cepdibi, "*Hepimiz Oidipus'uz! İnsanlık Durumuna Platon'un Verdiği Yanıta Hannah Arendt'in Yanıtı*", **Felsefelogos**, Sayı 56, 2015/1, s. 175, dipnot 14.

bu veçheler birbirleriyle "savaş" "çatışma" vs. içinde de düşünülmemiştir. Bunlar her zaman akılla bağlantılıdır ve aklın rehberliğinde "terbiye" edilirlerse insan için felaketlere yol açacak haller olarak da görülmemişlerdir. Yine Aristoteles'in kullandığı belli bir ereği olan amaçlara yönelik arzu ("desire of means which lead towards those ends") anlamına gelen "proairesis" kavramı da zaman zaman "irade" olarak çevrilmesine rağmen kesinlikle bir tür "irade gücünü" ("power of will") ifade etmemektedir.[7]

Kavramın bugün de kullanıldığı anlamıyla düşünce tarihi literatürüne girişi neredeyse "özgürlük" kavramıyla eş zamanlıdır ve özgürlüğü "özgür irade" ekseninde tanımlayan Hıristiyanlıkla birlikte içsel bir çatışma içindeki insan kişiliğinde, sonunda felç kalarak yenilgiye uğrayan bir "güç(süzlük)" olarak tasavvur edilmiştir. Antik Yunan politik yaşamının başlıca amacı olmasına karşılık Batı felsefe geleneğinin bu yaşama karşıtlık üzerinden başlaması nedeniyle özgürlük kavramının hiçbir karşılığının bulunmaması; kavramı ilk Hıristiyanlardan biri olan Pavlus'un politik yaşamla hiçbir ilişkisi bulunmayan, insanlar arasındaki etkileşimin dışında "ben" ile "kendi" arasında geçen bir etkileşimle tecrübe edilen bir şey olarak ilk kez kullanması ve özgürlüğü bu içsel çatışmanın sonunda hüküm verici "irade" ile birlikte ele alması meselesinin bizim çalışmamız açısından herhangi bir önemi bulunmuyor.[8] Ancak insanın "bilebilirliğinin" sınırlarının, insan eylemlerini temellendirme[9], failin yapıp ettiklerinin sonuçlarını öngörememesi, bilememesi sorununun tüm yakıcılığıyla didiklendiği tragedyaların ışığında gerek Platon'da gerekse de Aristoteles'in felsefesinde insanın eylemlerinde aklını merkeze alması gereğinden ve bunun insani erdemler arasında sayıldığından söz etmek yanlış olmayacaktır. Bu çerçevede Grekler için "istiyorum" ama "muktedir değilim" şeklindeki bir iradi çatışma düşünülemez bir durum olmakla birlikte "istemenin" ile "muktedir olmanın" çakışacağı bir uyumun bulunmasını sağlayacak öz-denetim yetisinin bir tür virtüözlük gerektirdiği düşünülerek önemli bir politik erdem sayılmış olduğunu da unutmamak gerekir. Ilımlı olmak ve ruhun dizginlerini sıkmak gereği üzerinde belki de her halktan çok daha fazla kafa yoran Antikler, tutkuların insanın aklını kör edebilecek bir raddeye varabilse de aklın kendini dinletmeye başlamasıyla hiçbir tutkunun insanı doğru bildiğini

7 Bkz. Sorabji, **A.g.e.**, pp. 325-327.

8 Konuyla ilgili olarak bkz. Hannah Arendt, **Geçmişle Gelecek Arasında**, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Baskı, 5. Baskı, 2014, s. 221-223.

9 Bilindiği gibi Kant sonrası modern düşünce, eylemin kaynağı ile fail arasındaki ilişkiyi kaynak sorununu kökünden iptal ederek yalnızca "eylemi gerçekleştiren failin" sorumluluğunu ilkesel olarak kabul etse de hukuk sistemimiz "niyet, cinnet geçirme, tahrik" gibi çeşitli unsurları kabul ederek failin sorumluluğunda kısıtlamalar yapmaktadır. Ancak beşeri maslahat alanının iki temel gücünden biri olan eylem (diğeri de söz'dür) insanın tüm yetileri içerisinde en az kalıcı ve uçucu olanı da olsa onu ölümsüz de kılabilecek özelliğe sahipti. Doğası gereği en kırılgan insan edimi olan eylem, tam da bu özelliği nedeniyle başlatıcısına sorumluluk yüklemektedir. Ve bir kez Hannah Arendt'in "Düşünce Güncesi"nde düştüğü nottaki gibi sorumluluk, öyle görünüyor ki Kadimler için "insanın başkalarının izleyebileceği bir örnek ortaya koymuş olması" olarak görülüyordu

yapmaktan alıkoyamayacağını söyleyeceklerdir. Bu bakımdan onlar "iradeyi" diğer insani kapasitelerden ayrı, farklı bir yeti olarak düşünemezlerdi. Buna karşılık yukarıda da değindiğimiz gibi insanın kendisi üzerinde egemenlik kurması şeklinde bir "irade" kavramı ancak Hıristiyanlıkla beraber Batı düşünce geleneğine girmiş, tarihsel olarak ise Pavlus'a ait olduğu söylenen şu sözleriyle keşfedilmiştir: "İstemek benim elimdedir ama iyi olanı nasıl gerçekleştireceğimi keşfedemiyorum."[10] Augustinus'la birlikte ise bütün varlığını buyurmakta ve boyun eğdirmekte bulan "irade" kavramı düşünce tarihine de çıkmayacak bir şekilde girmiş oluyordu. Onun düşüncesiyle irade öyle bir şey olarak kabul edilmiştir ki bu, akıl ve beden arasındaki bir çatışma değil fakat aynı kişide tek bir ruhta iki tane ve birbiriyle sürekli bir çatışma içindeymiş gibi düşünülmüştür. Bu nedenle irade hem özgürdür hem değildir; hem kudretlidir hem de kudretsiz. Bu aslında iradeyi "felç eden" bir duruma yol açmaktadır. Kişi ile kendi arasındaki çatışmada irade sonunda kaçınılmaz olarak "felç" olmaktadır. Söz konusu "felç olma" durumundan kurtulmasının tek koşuluysa iradenin "baskı" yoluyla kendini kurtarmasıdır. Arendt'in belirttiği gibi dünyevi arzular ve amaçlarla girdiği bu ölümcül çatışmada "iradenin kudretsizliği, gerçek bir güç yaratma yeteneksizliği, 'kendi' ile girdiği ve 'muktedir olan ben'in gücünü tüketen mücadeleden her zaman mağlup çıkması yüzünden güç-istemi (will-to-power) bir anda 'baskı istemi'ne (will-to-oppression) dönüşmüştür."[11] İşte bu tür bir irade tanımlamasının politika teorisi açısından doğurduğu en vahim sonuçlardan biri siyasal iradenin baskı, başkaları üzerinde egemenlik tesisi şeklinde rahatlıkla düşünülebilmesi olmuştur. İsteyen ben'in muktedir olabilmek için doymak bilmez bir güce ve sonunda da onu bir nebze olsun tatmin edebilmesi için baskı istemine dönüşmesi kaçınılmazdır. Bu bakımdan Thomas Paine'den esinlenen Lafayette'nin "Bir ulusun özgür olması için bunu (olmayı) istemesi yeterlidir" demesi modern özgürlük, siyasal irade ve egemenlik anlayışı hakkında çok şey söylemektedir. Nitekim modern egemenlik teorisinin en tutarlı temsilcisi olan Jean Jacques Rousseau'nun siyaset felsefesinin doğrudan irade kavramından türemiş olduğu, o sayede de siyasal iktidarın tamamen bireysel iradenin kudreti imgesine göre kavranmasının yolunu açmış olduğu söylenebilir. Buna göre ulusun (milletin) iradesi egemen olacaktır! Ve tecrübelerimiz göstermektedir ki irade ancak şiddet araçları sayesinde egemen olabilmiştir. Karşımızda tamamen "hiçlikten" gelen ve Tanrısal bir güce atfedilen "istemek ve buyurmak" mefhumlarının politik yaşama ve bu politik birlikteliğin üyelerine atfedilmesi durumu bulunmaktadır. Ve hiç de hâkim siyaset teorisinde iddia edildiği şekliyle yöneticilerin yönetme yetkilerini "gökyüzünden yeryüzüne indirme" sürecinde, meşru iktidarın ancak halka/ulusa dayalı olabileceği anlayışının bir sonucuna" indirgenebilecek kadar masum bir mülahaza değildir.

10 Arendt, **A.g.e.**, s. 226.
11 Arendt, **A.g.e.**, s. 228.

Ulusal/Milli İrade ve Ulusal Egemenlik

Yukarıda da belirttiğimiz gibi "ulusal (milli irade)/ulusal (milli) egemenlik" deyince akla ilk gelen düşünür, egemenliği[12], anlamını yasada bulan "genel irade" olarak tanımlayan Rousseau'dur. İlk kez 1755'te kaleme aldığı "Ekonomi Politik" isimli makalesinde "genel irade" kavramını kullanan Rousseau, organizmacı toplum anlayışına uygun bir şekilde siyasal beden ile insan bedeni arasında bir benzerlik kurarak "genel irade"yi tanımlamıştır: "Siyasal beden bir iradesi olan moral bir varlıktır; her zaman bütünün ve parçaların korunması ile iyiliğine yönelen ve yasaların kaynağı olan bu genel irade, devletin tüm üyeleri için haklı ile haksızı belirleyen kuraldır. (...) Biraraya gelen birçok insan kendilerini tek bir beden [bir bütün] olarak algıladıkları sürece, tek bir iradeleri vardır ve bu irade bütünün korunmasına ve genel gönencin sağlanmasına yöneliktir... Devletin bütün üyelerinin değişmez iradeleri genel irededir; üyeler bu irade dolayısıyla hem yurttaştırlar hem de özgür." Bu tanımlamadan ortaya çıkan sonuç, genel iradenin siyasal bütünün/devletin ve onunla bütünleşen halkın/ulusun iradesi olduğu ve "ortak iyiliği" gözettiğidir. Tıpkı tek tek bireylerden kaynaklanmasına karşın siyasal bütün/devlet onları aşan ve onların üstünde olan bir güçse aynı şekilde genel irade de tek tek bireyleri aşan onlardan ayrı ve üstün bir bütüncül irade olarak karşımıza çıkar.[13]

Rousseau'nun ortaya koyduğu siyasal yapı, arka planında egemenliğin kaynağını Tanrı'dan aldığını iddia eden ve XIV. Louis'nin "devlet benim"[14] sözüyle cisimleşen monarşik yönetime karşı, egemenliğin kaynağını yeryüzünden/halktan/yönetilenlerin iradesinden alan ve "devlet biziz" ifadesiyle özetlenebilecek bir anlayış temelinde yükselir. Dolayısıyla "devlet biziz" diyen halk, iktidarın ilkesi (*auctoritas*) ile kullanımını (*potestas*) kendinde topladığından egemenin de ta kendisi olmaktadır. Başka bir ifadeyle, doruk noktasına Hobbes'ta ulaşmış olan kral-devlet yerine, halkın iradesini (genel irade adı altında) devletin iradesi haline getiren halk-devlet (ulus-devlet) ile karşı karşıya kalırız. Gramsci'nin deyişiyle halk "modern prenstir" artık.[15] Sonuçta Rousseau'nun, yıkmak istediği "hiçlikten" çıkıp gelen göksel iradeye dayalı egemenlik anlayışının mahiyetini aynen kabullendiği ve onun yerine yine "hiçlikten" çıkıp gelen, yanılmayan, bölünmeyen son derece soyut ve belirsiz bir genel iradeyi geçirdiği söylenebilir. Bu anlayış, tarihsel süreçte yaşanan deneyimler de göz önünde bulundurulduğunda sorgulanmaya açıktır.

12 Burada siyasi düşünce tarihinde, modern devlete ilişkin "egemenlik" kavramını ilk kez sistemli bir biçimde ele alan Jean Bodin'i de anmadan geçmeyelim. Bodin egemenliği "içte ve dışta hiçbir sınırlamaya tabi olmayan, salt, sürekli, bölünmeyen ve yanılmayan bir güç" olarak tanımlar. Rousseau'da da egemenlik bölünmez, vazgeçilmez, yanılmaz, devredilmez bir güçtür. Fakat egemenlik kavramını ulus ve ulusal temsille birleştirerek sistematize eden düşünür Sieyes'tir

13 Mehmet Ali Ağaoğulları, **Ulus-Devlet Ya da Halkın Egemenliği**, Ankara, İmge Yayınları, 2006, s. 87-88.

14 XIV. Louis'nin akıl hocası Bossuet "egemenlik olgu ve gücünün" Tanrı'da olduğu, Tanrı'nın bu gücü, doğrudan kendi seçtiği Hıristiyan hanedanlara verdiği düşüncesinin filozofudur. Kutsal Hıristiyan devletinin meşruluk zemini buradadır. Kral ise sadece Tanrı'ya karşı sorumludur.

15 Antonio Gramsci**, Modern Prens**, Çev. Pars Esin, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984.

Öncelikle, tamamen tekil insana özgü olan "irade için gelecekle kayıtlanmak saçmadır."[16] Somut olay ve durumlarla ilgili olduğu kabul edilen bir "yeti" gelecekle bağlanamaz. Buna karşılık, her türden politik yaşam, geleceğin belirsizliklerine karşı "söz verme" ve "sözünde durma" yetisinden kaynaklanan yasalar, kurumlar, anlaşmalar, ittifaklar gibi geleceğe yönelik bağıtlardan ve yükümlülüklerden oluşan bir çerçevede yürütülmektedir. İkinci olarak ise tamamen politika dışı ve hatta politika karşıtı bir tarihi olan "irade" kavramının ve onun baskıcı ve dolayısıyla mutlak bir biçimde şiddet içeren kudretinin politikaya dâhil edilmesi "saçma"dır. Nitekim bu saçmalığın tecrübesi Rousseau'nun devletinin bir Leviathan'a, ancak bu kez halkla özdeşleştirerek kendini meşrulaştıran bir Leviathan'a ya da en radikal formunu totaliter devlette bulan kendi kendini yiyen Behemoth'a dönüşmesiyle sonuçlanmıştır. Öyleyse pratikten çıkan ve zihinde yoğrularak oluşan teorinin yeniden pratikle buluştuğu her noktada o teoriyi çoğu zaman yeniden gözden geçirmek, revize etmek ve hatta değiştirmek gerekmez mi?

Yukarıda Rousseau'dan alıntı yaptığımız organisist tanımın, yine Rousseau'nun "genel iradenin hiçbir zaman bozulmaz ve saflığını yitirmez... Her zaman doğru ve kamusal yarara yönelik" olduğuna ilişkin iddialarıyla birlikte düşünüldüğünde pratikte çok ciddi tehlikelere yol açabileceği deneyimlerle sabittir. Nasıl ve kim tarafından belirlendiği son derece bulanık olan "ortak iyiliği" ifade eden genel iradenin bireysel ve sınıfsal anlamda özel iradelerin ya da çıkarların rekabetinden, çatışmasından doğduğu düşüncesini tamamen yadsıyan bu anlayış, Türkiye'de Tek Parti iktidarı döneminin "sınıf yok-halk vardır"; "imtiyazsız sınıfsız kaynaşmış kütle" gibi en önemli mottolarının da ideolojik meşruluk kaynağı olmuştur. Yine, 1791'de "Le Chapelier" yasasının kabulüyle Fransız devrimcilerinin korporasyonları, mesleki kuruluşları ve sendikaları yasaklamasının Türkiye'de de devrim sürecinde yaşanması, bireysel irade ve çıkarlara yönelik kuşkucu yaklaşımın, toplumsal birliği sağlamak için "kendine özgü iradesi ve eyleme yetisi olan" organik bir bütün oluşturulması çabasının iki ayrı coğrafyadaki tezahürleridir. İşte bu anlayış pratikte, siyasal bedenin/devletin bireyler üzerinde mutlak bir iktidarına yolaçtığı ve en radikal örneğinin nasyonel sosyalist ve faşist devletlerin hukuk ve devlet felsefesinin ideolojik dayanağında bulduğu gibi, "genel irade"nin "devlet için çıkar yol senin ölmendir dediği zaman yurttaşın ölmesi gerektiği" sonucuna da varır. İnsanlık, bu "ulusal iradeyi" temsil ettiği iddiasıyla binlerce insanı terör yoluyla yönetmeye çalışan, milyonlarca insanı toplama kamplarına gönderen, sürgün eden, gaz fırınlarında imha etme yakma "hakkı"nı kendilerinde gören, milyonlarcasını pogromlarda katleden ve kalanları da "bir dökme kalıbından çıkmışcasına biçimlendirme" projeleri geliştiren diktatörlerle ve totaliter rejimlerle karşı karşıya geleli çok uzun zaman olmadı.

Burada kapitalist üretim biçiminin üzerinde yükselen "eşitsiz" ilişkilerin

16 Arendt, **A.g.e.**, s. 230

varlığında, "temsili" bir demokrasi düzeninde "egemenliğin kayıtsız koşulsuz halka verilmesi" iddiasının temelsiz ve gerçek dışı olduğunu söylemenin ötesinde, "egemenlik" ve "irade" kavramlarının politik hayata sokulmasının politikayı ve politik olanı felç ettiğini savunuyorum. Elbette kendinden önceki politik rejimlerle karşılaştırıldığında halkın "özgürlük" talepleriyle bir araya gelerek öz-yönetim kurma "anlarının" parıltısını yadsıyor değilim. Gerçekten de devrimci olan ve tüm modern devrimlerde "politika" kelimesinin aslına sadık anlamının her şeye rağmen devam etmesini sağlayan şey "yıldızın parladığı anlar"-dır. Burada meseleyi daha da trajik hale getiren nokta, halkın, kendisine atfedilen bu türden bir buyurma gücünü "türlü sebeplerle" devrettiği "yöneticilerin", ellerindeki bu gücü nasıl kullanabilecekleri ya da kullanamayacaklarıdır. Başka bir ifadeyle, halkın bu egemenlik yetkisini kullanarak iktidara seçimle getirdiği yöneticilerin tam da bu "irade" beyanını kullanarak yaptıkları eylemlerinde mutlaka yanılmaz olup olmadıklarıdır.[17] Aslında beşeri maslahat alanındaki hiçbir iş, hiçbir eylem yanılmazlık iddiasında bulunamaz, en azından Sokrates'in idamından beri durum böyledir. Üzerinde durduğumuz bu mesele Batı felsefe geleneğindeki bir büyük yarığı bir fay hattını gösteren ve 20. yüzyılda insanlığın yaşadığı en dehşet verici rejimde düğümlenen bir fenomendir. Batı'da felsefe ile politika arasında telafi edilemeyecek bir boşluk ve düşmanlık yaratan Sokrates'in idamında kendini açıkça gösteren demokrasinin, kendini sayısız kez tekrarlamasıyla sonuçlanacak kırılgan doğası –Sokrates'i yargılayan ve idamına karar veren kurum, Atina demokrasisinin demokratik kurumlarından biri olan Jürili Halk Mahkemesi'dir- ortadayken Rousseau'nun Atina demokrasisi gibi "doğrudan demokrasi" ile yönetilen politik yapılar için önerdiği (ama onların asla kabul etmeyecekleri) halk egemenliği ve genel irade kavramlarının, temsili demokrasi koşullarında aynen uygulanmak ve savunulmak istenmesi, tarihsel olarak ya çoğunluğun ya da tek kişinin tiranlığıyla neticelenmiştir.

Amerikan ve Fransız Devrimleri Arasındaki Farklılık

"Hiçlikten" çıkıp gelen Tanrı iradesinin yerine yine "hiçlikten" çıkan ulusal irade ve ulusal egemenlik kavramlarının gelmesi ve bununla bağlantılı "demokrasi ve anayasal devlet" sorunu 20. yüzyılın en önemli düşünürlerinden biri olan Hannah Arendt'in de politika teorisinde önemli bir yer teşkil eder. "Düşüncenin kendisi canlı deneyim konusu olan olaylardan doğar" diyen Arendt'i bu konuda kafa yormayan iten başlıca deneyim, şüphesiz Almanya'da temsili demokrasi koşullarında "çoğunluğun iradesi ve

17 Burada Rousseau'nun hakkını vermek için şunu da eklemek gerekir ki, onun tahayyülünde egemenlik temsil edilemezdir. Zira ona göre, temsili yönetimlerin, egemenliklerin en kötüsü olan aristokrasiye yani küçük bir azınlığın egemenliğine dönüşmesi kaçınılmazdır. Üstelik bu temsil sistemi, bu kötü egemenlik yapılanmalarına, halka göndermede bulunarak kendini gösterme olanağını vermektedir. Bkz. M. Ali Ağaoğulları, **A.g.e.**, s. 102. Ancak bu makalenin yazarı açısından dert ve iddia edinilen şey, doğasında buyurmak ve boyun eğdirmek bulunan "egemenlik" kavramının, insanların sözleri ve edimleriyle dahil oldukları müddetçe varlık kazanan politika sahnesine dahil edilmesinin bir tür oksimoron yarattığıdır.

oyu" ile iktidara gelerek insanlık tarihinde en dehşet verici yönetimi uygulama imkânı bulan Nazizm ve onun anayasal-yasal devleti ortadan kaldırma (ya da işleyemez hale getirme) süreci olsa gerektir. Bu çerçevede Arendt'in hem "Batı düşünce geleneği"ne hem de "ulusal irade" ve "ulusal egemenlik" kavramlarına getirdiği zihin açıcı eleştirileri ve değerlendirmeleri, Batı'da "faşizm ve totalitarizm" deneyimi sonrası yaşanacak anayasal gelişmeleri ve kurumsal yapılanmaları anlamak açısından yol gösterici olacaktır.

Hannah Arendt, "başlangıçlar Tanrısı Janus" ile "hatırlayışların Tanrısı Minerva"yı, politik düzenin kuruluşu ve kuruluş sonrası düzenin işleyişinde birbirinden ayrılmaz iki unsur olarak birleştirir. Bu birleşim bize şunu vermektedir: kurucu ilkelerin sürekli hatırlanmasıyla ancak cumhuriyet kalıcı ve sağlam bir politik varoluşa sahip olabilir. Arendt'in politika teorisinde "otorite" ("auctoritas") tam da bu kurucu ilkedir; kökleri geçmiştedir ve bugüne ait olan iktidara attığı her adımda yol gösterici ve hizaya koyucu bir işlevi olacaktır. Oysa iktidar ve otorite, Fransız Devrimi'yle beraber modern dönemde "halk egemenliği" kavramı altında bir araya getirilmiş ve belki de geçmişten çok daha güçlü ve tehlikeli seküler "mutlak"ların ortaya çıkmasıyla sonuçlanabilecek bir durum yaratılmıştır. Bu çerçevede Arendt, Fransız Devriminin kaçınılmaz bir biçimde "terör" ve "diktatörlükler"le sonuçlandığını ifade etmektedir. Bu konuda tek istisna Arendt için Amerikan Devrimi'dir. Bunun nedeni Amerikan Devrimcilerinin "iktidarın kökeni (halk) ile yasanın kaynağını (üst norm) açıkça ve kesin bir biçimde birbirinden ayırmış olmalarından"[18] kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, iktidarın kaynağı olan halk ile otoritenin kaynağı olarak kurucu babaların eylemi, Devrim'in yarattığı anayasanın temelidir. Ve bu otoritenin kaynağında da egemenlik türeten bir sözleşme değil, müzakereye ve iknaya dayanan bir kurucu edim bulunmaktadır: "Siyaset içinde büyük ve uzun vadede belki de en önemli Amerikan buluşu, egemenliğin cumhuriyetin siyasal yapısı içinde kökten ortadan kaldırılışıydı ve bu, insani meseleler alanında egemenlik ile tiranlığın aynı şey olduğu yönünde bir öngörüye işaret ediyordu."[19] Arendt'in kurucu iktidar ve otorite/üst norm ayrımıyla ilgili endişesinin kaynağında, "kalabalığın sözde istencinin (iradesinin) doğası gereği sürekli değişmesi"[20] bulunmaktadır. Dolayısıyla, keyfi bir doğaya sahip irade, herhangi bir hukuksal zemin olmadan hiçlikten çıkarak anayasal kurumları değiştirebilecek veya ortadan kaldırabilecektir.[21] Bu anlamıyla kurucu iktidar, istikrarlı bir politik varoluşa, kendi istikrarını sağlayacak, yasanın kalıcılığını güvenceye alacak bir otorite fikrine izin vermeyecektir. İşte bu nedenle yasanın

18 Hannah Arendt, **Devrim Üzerine**, Çev. Onur Eylül Kara, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 245-246.

19 Arendt, **A.g.e.**, s. 204.

20 Arendt, **A.g.e.**, s. 216.

21 Bu konuda Carl Schmitt'in siyaset teorisi önemli bir örnek olabilir. Schmitt ve onun da temsilcisi olduğu otoriter-muhafazakâr düşünce geleneği "halk egemenliği" kavramını tıpkı hiçlikten gelen Tanrı iradesi ve buyruğu gibi hiçlikten gelen bir mutlak irade ve mutlak egemenlik şeklinde ele almışlar ve kuramları kaçınılmaz olarak faşizmle – Schmitt özelinde Nazizmle- sonuçlanmıştır.

kaynağı ile iktidarın kökenini aynı çatı altında toplayan Fransız Devrimi ve kuramcıları kaçınılmaz bir mutlakıyet kısırdöngüsüne girerler. Zira "hiçlikten" çıkan, "bir" ve egemen olarak yasanın üstünde olan kişi ya da halk, kaçınılmaz olarak "çoğunluğun tiranlığı" ile "tek kişinin tiranlığı" sarkacında gidip gelecektir.

Arendt'in "hiçlikten" çıkan mutlak bir egemen inşasını engellemek için "kurucu iktidar" ve "halk egemenliği" kavramlarını birbirinden ayırmasında Grekler ve onların Polis örgütlenmesi önemli bir dayanak noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Arendt'in de yetkin bir şekilde ortaya koyduğu gibi Greklerin politika tasavvurunda ve politika hayatında egemenlik ile politika birbiriyle uzlaşmaz ve hatta birbirine karşıt olarak konumlanmış iki dünyaya ait durumlara özgüydü. Bilindiği gibi, kadınların, kölelerin ve çocukların bulunduğu ve yaşama dair zorunlulukların alanı (türün varlığını devam ettirmesi için yeniden üretim alanıdır ve ekonomi de bu alana dâhildir) olan hane (*oikos*), efendinin mutlak egemenliği üzerine kuruludur. (Zira köle ekonomisi, yurttaşların ev işlerinin yükünden kurtararak akranlarıyla birlikte eşit olduğu topluluğun kamu yaşamına girmesini mümkün kılmaktaydı) Arendt'in de vurguladığı gibi "emir vermekten ve başkalarını yönetmekten daha tatlı bir şey olmadığı doğru olsaydı efendi asla hanesini terk etmezdi.[22] Hanenin özel alanında özgür ilişkiler bulunmadığından bu alanda politik ilişkilerden de söz etmek mümkün değildir. Politika, Arendt'in deyimiyle, egemenliğin bulunmadığı, özgür yurttaşların oluşturduğu topluluk içinde karşılıklı konuşmaya dayalı ikna ile mümkündür.[23] Egemenlik ise boyunduruk ilişkisini gerektirir ve hanenin içine sıkıştırılarak politikanın dışında ve hatta onun karşısında konumlandırılmıştır. Çünkü egemenliğin olduğu yerde, çoğulcu tartışmadan söz edilemez. Atina Polis'i kendi anayasal düzenine *isonomia* dediğinde ya da Romalılar hükümet biçimlerinin *civitas* olduğunu söylediklerinde zihinlerinde, esası emir-itaat ilişkisine dayalı olmayan ve iktidarla egemenlik ya da yasayla kumandayı özdeşleştirmeyen bir iktidar ve yasa kavrayışı bulunmaktaydı. İşte Arendt'e göre Amerikan Devrimi, "cumhuriyetin siyasal bedeninden egemenliği kovması" nedeniyle "başarılı" sayılmalıdır. Arendt'e göre Amerikalılar, bunu başarmak için iki şey yapmışlardır; birincisi "kurucu babalar" özelinde simgelenen kurucu iktidar kavramını daha önceden oluşmuş kurulu yapılar vasıtasıyla "hiçlikten" çıkan mutlak egemenlikten ayırmış ve ikinci olarak da kuruluşu kamusal tartışma, ikna ve diyalog yoluyla gerçekleştirmişlerdir."[24] Cumhuriyetçi

22 Arendt, **Şiddet Üzerine**, s. 46.

23 Hannah Arendt, **İnsanlık Durumu**, Çev. Bahadır Sina Şener, İstanbul, İletişim Yayınları, 8. Baskı, 2016, s. 66-76.

24 Andreas Kalyvas, **Democracy and the Politics of the Extraordinary**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 223. Yine de Amerikan Cumhuriyeti, yalnızca ülkenin büyüklüğü ve karmaşıklığı nedenleriyle açıklanamayacak bir tercih olarak "halkın temsilcileri" anlayışı nedeniyle Antik Yunan demokrasisinin tam karşıtıdır. Her ne kadar Atina'nın demokratik yurttaşlığından daha yaygın ve kapsamlı olsa da Birleşik Devletler yurttaşlığı daha soyut ve edilgendir; bu bakımdan da Roma'yla benzerlik arz eder. Temsili demokrasi her açıdan "gücün" halktan yabancılaşması sonucunu soğurmuştur. Konuyla ilgili zihin açıcı bir tartışma ve Amerikan Cumhuriyeti'nin demokratik eleştirisi için bkz. Ellen Meiksins Wood,

prensibe dayalı karşılıklı diyalog ve iknaya dayalı bu tip kuruluşu gerçekleştiren sözleşmede, karşılıklı söz verme edimi ile iktidar halkta kalır ve yönetilen yöneten sorunu ortadan kalkar. Hobbes, Rousseau ve Sieyes'ten gelen sözleşme ise mutlakiyetçi prensibe dayanır, çünkü bütün iktidar bir varlığa devredilir ve halkın iktidarı elinden alınır ve aslında ulusal prensibe dayanması dolayısıyla da bir temsilci aracılığıyla temsil edilir.[25]

Arendt, "halk egemenliği" kavrayışı nedeniyle Fransa'da yasaların "Fransız Cumhuriyeti" adına değil, "Fransız Halkı" adına yürürlüğe girdiğinin altını çizer. Ve cumhuriyetten "halka" doğru bu kayma, yasaların geleceğinin garantisinin de cumhuriyetçi kurumlarda değil, halkın kendi iradesinde olacağı anlamına geldiğini belirtir. Görüldüğü gibi, Arendt'in değerlendirmeleri ve çarpıcı örneklerinin ortaya koyduğu gibi "ulus egemenliği" ifadesi, kolektif siyasetin imkânı ve demokratik siyasal kuruluşların başlangıcı olmaktan çıkarak en yüksek buyurma gücü olarak mutlakıyete kapı aralamaktadır. Arendt'in kendi ifadesiyle "ulusal egemenlik, başlangıçta sahip olduğu halkın özgürlüğü yan anlamını yitirmiş, hukuktan yoksun bir keyfiliğin sözde gizemli halesiyle çevrelenmiştir."[26] Bu nedenle Arendt'e göre "ulus egemenliği", yasanın üstünde olarak yasaya her zaman bir tehdit oluşturacak potansiyele sahiptir.

Bu ifadeler ve tespitlerden yola çıkarak ne Arendt'in ne de bu makalenin yazarının "halk/ulus egemenliği" kavramına "seçkinci" bir noktadan baktığını iddia etmenin haksızlık olacağını belirtmek isterim. Yine Arendt'in dediği gibi "bir ülkenin kurumlarına kudret veren, halkın desteğidir. Her şeyden evvel yasalara vücut veren uzlaşının devamından başka bir anlam taşımaz bu destek. Temsile dayalı hükümet koşullarında halkın, kendilerini yönetenlere egemen olduğu varsayılır. Tüm siyasal kurumlar, iktidarın dışavurumları ve maddileşmesidir. Halkın yaşayan erki onları desteklemez olunca bu kurumlar çözülmeye ve çökmeye başlarlar."[27] Madison "tüm hükümetler kanaate dayalıdır" derken tam da bunu kastediyordu. Ancak Rousseau'nun "vox populi-vox dei" ("halkın sesi hakkın sesi") görüşüne dayalı "genel irade" anlayışı, temsili sistemle birlikte ele alındığında, çoğunluğun her zaman haklı ve yaptığı her işin de doğru olduğunu savunmakla sonuçlanır ki bu da çoğunluğun baskısının meşrulaştırılmasına yol açar. Oysa binlerce yıl önce Sokrates'e "baldıran zehrini" içmeye zorlayan çoğunluğun iradesinde de görebileceğimiz gibi "haklılık" sayısal bir olgu değildir, "hakikat" değerine bağlıdır. Hakikat değerini algılamak ve tespit etmekse belli toplumsal ve çevresel koşullar içinde oluşan gerek bireysel, gerekse kolektif çabalarla olur.[28]

Kapitalizm Demokrasiye Karşı (Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması), Çev. Şahin Artan, İstanbul, Yordam Kitap, 2008, 248-255.

25 Arendt, **Devrim Üzerine**, s. 170.

26 Hannah Arendt, **Totalitarizmin Kaynakları 2 (Emperyalizm)**, Çev. Bahadır Sina Şener, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998, s. 194.

27 Arendt, **Şiddet Üzerine**, s 47.

28 Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 3. Baskı, 2003, s. 161.

Genel iradeye ilişkin bölünmezlik ve saltlılık ilkelerinin uygulamadaki sakıncalarını Rousseau'cu "Meclis Hükümetleri" rejimlerinde görmek olanaklıdır. Yasama-yürütme ve yargı erklerini tek elde (Meclis'te) toplayan "kuvvetler birliği ilkesi" olarak özetlenebilecek bu rejimler, bir süre sonra baskıcı anlayış ve uygulamaları da beraberinde getirmişlerdir. Bu çerçevede burjuva demokratik devrimler zincirine 20. yüzyılda kendine "özgü" deneyimleriyle katılan ve hukuk ve devlet felsefesinde Rousseau ağırlıklı bir Fransız düşünce ve devrim mirasının izleri bulunan Türkiye'de 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve 1924 Anayasası'nda[29] cisimleşen kuvvetler birliği ilkesi tam da bu nedenle bir süre sonra bumerang etkisi yapmıştır. Tek Parti iktidarı döneminde yaşanan baskıcı, otoriter uygulamaları eleştirerek liberal-özgürlükçü değerler savunusuyla halkın "çoğunluğunun" oyuyla iktidar olan Demokrat Parti'nin "genel irade"-yi temsil ettiği iddiasıyla özellikle 1958 sonrasındaki baskıcı uygulamaları tam da bu noktada ibret vericidir. Oysa demokratik bir yönetimde temel ilke, çoğunluk gibi düşünmeyenlerin, bir misilleme korkusu olmaksızın fikirlerini savunabilmelerinin, bu fikirler etrafında örgütlenebilmelerinin yollarının açık olmasıdır. Başka bir ifadeyle modern demokrasinin vaadini yerine getirebilmesi için her türden azınlığın özgürlüklerinin de güvence altına alınması gereklidir. Ve bu nedenle çağdaş demokratik cumhuriyetlerin en önemli ilkelerinden biri "rıza"dan çok "itiraz edebilirlik"tir. İşte, Locke ve Montesquieu gibi düşünürler, egemenliğin bölünmez olduğu iddiasına dayalı bir sistemde bireyin bütüne feda edilmesi tehlikesinin farkına vararak "bireysel özgürlükleri" korumak adına, devlete içkin egemenliği parçalara ayırıp erkleri farklı ellere/organlara dağıtırlar. Bu çerçevede Rousseau'dan J. Locke'a geçiş, bütüncül bir Cumhuriyet anlayışından, demokratik ve çoğulcu demokrasiden yana bir Cumhuriyet'e geçiş anlamına gelir.[30] Bu geçişle birlikte artık tümel, bütüncül bir "genel irade" yerine, iktidarın keyfi davranışlarına karşı birey hak ve özgürlükleri savunulur. Bu çerçevede egemenliğin meşru olabilmesi için bireysel hak ve özgürlüklerin güvence

29 1924 Anayasası, Bülent Tanör'ün de vurguladığı gibi, egemenliği halkta/ulusta gören bir anlayışın ürünü olması sebebiyle teokratik bir monarşi anlayına karşı demokratik bir felsefeye bağlıdır. Fakat demokrasinin "çoğulcu" (plüralist) ve "iktidarı bölüştürücü" seçeneğinden çok, "çoğunlukçu" ve "bütüncü" biçimine yatkındır. Kökü Rousseau'ya dayanan işte bu anlayış, ulusal irade diye adlandırılan çoğunluk iradesinin bölünmez, yanılmaz nitelikte olduğunu ve kamunun iyiliğini dile getirdiğini iddia eder. Bunun pratikte en basit nedeni, iktidar güçlerini meclis çoğunluğunda ve onun yönetiminde toplayan bir sistemin, devrimlerin gerçekleştirilmesi bakımından daha elverişli bir platform oluşturacağına duyulan inançtır. Bkz. Bülent Tanör, **Kurtuluş - Kuruluş**, İstanbul, Çağdaş Yayınları, 2. bsk., 1998 ve **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, YKY, 1992. 1924 Anayasası'nın egemenliğin kayıtsız şartsız ulusta olduğunu belirten 3. maddesine karşılık, 1950-1960 arası dönemde halk iradesinin "saptırılabileceği" düşüncesiyle 1961 Anayasası'nda güçler ayrılığı ilkesi getirilerek "egemenlik kayıtsız şartsız Türk milletinindir. Millet egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır" ifadesine yer verilmiş; Anayasa Mahkemesi, Danıştay gibi hükümetin, idarenin yaptığı eylemlerin Anayasaya, hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli çeşitli mekanizmalar kurulmuştur

30 Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, **A.g.e.**, s. 414.

altına alınması gerekir.[31] Bu güvence sağlanmadığı takdirde, devlet meşruiyetini yitirir. Meşruiyetini yitiren, keyfi tasarruflar içine giren devlete karşı direnme hakkı doğar.

İşte Arendt, tam da politik düzen kurulurken ortaya çıkan ilkelerin, düzen kurulduktan sonra geçerli olmaya devam etmesi durumunda sürekli bir devrim çılgınlığıyla karşı karşıya kalacağımız uyarısında bulunurken son derece haklı bir yerde durmaktaydı. Böyle bir çılgınlık durumu ise yeni ama bu kez "seküler" mutlaklar yaratmaktan başka bir sonuç vermeyecektir. Arendt'in bu yeni tür tiranlara karşı panzehir olarak ortaya koyduğu güçler, cumhuriyetçi politik kurumlar, anayasal ve yasal düzenlemelerdir. Burada da Arendt Greklerin uygulamalarına gider ve tarihsel örnekler verir. Buna göre Grekler, yasa koymayı ve böylece içinde politik eylemlerin gerçekleşeceği kamusal alanın yaratılmasını politik bir etkinlik olarak görmemişlerdir. Zira onlar için, yasalar "kenti çevreleyen duvarlar gibi eylemin sonuçları değil, yapıp etmenin ürünleriydiler." Başka bir ifadeyle politikayı "yapma etkinliği" şekline dönüştürmenin tiranca sonuçları olacağını gayet iyi gören Grekler, yasa yapma etkinliğini politik etkinliğin koruyucu duvarları olarak kabul etmişlerdi. Böylelikle, insanlar eylemeye başlamadan önce Polis'in kamusal alanını oluşturacak kesin tanımlı bir mekân sağlanmalı ve sonraki tüm eylemlerin sergilenebileceği yasaya dayalı bir yapı kurulmalıydı.[32] Roma'da ise kentin kuruluş temeli ile kent yasalarının tespiti, bütün edim ve başarıların politik geçerliliğe ve meşruiyete sahip olabilmeleri için ilişkili olmak zorunda oldukları önemli ve belirleyici bir eylem olmuştur.[33] Bu bakımdan, insanların bir arada yaşamalarını, birbirleriyle iletişim kurmalarını, yeni başlangıçlar yapabilmeleri anlamında özgürlüklerini temin eden yasalar, her yeni doğumla dünyaya gelen her yeni bireyin de bu aşkın sürekliliketki gerçekliğe dâhil olmasını sağlıyordu.

Batı siyasi düşünce geleneğinde yönetimin doğasını yani onun neden dolayı öyle olduğunu soran "son kişi" olan Montesquieu'nın kuramında (Montesquieu ilk kez L'Esprit des Lois – Kanunların Ruhu- isimli eserinin XI. kitabının altıncı bölümünde konu edinmiştir.[34]) cisimleşen kuvvetler ayrılığı ilkesi "halkın egemenliğine karşı olduğu gibi, aynı ölçüde mutlak monarşik egemenliğe de aykırıdır." Amerikan demokrasi modelinde kendini açıkça gösteren bu ilke "egemenliğin bölünmesine" dayalıdır.

31 "Bireysel hak ve özgürlükler", "halk egemenliği", "genel irade" vb. kavramlar elbette tarihsel olarak XIII. yüzyılda Avrupa'da başlayan ve kapitalist üretim tarzının gelişmesiyle şekillenen, bu üretim tarzının gerektirdiği toplumsal örgütlenme biçimine kimi zaman "sorun" çıkarmakla beraber zaman içinde ona uygun hale getirilmiş bulunan değerler ve vaatlerdir. Bu çalışmada, kapitalist örgütlenme modelinin şekillendirdiği "temsili demokrasinin" ve onun "liberal değerlerinin" sorgulanması yoluna gitmediğimi; zira amacımın söz konusu değerlerin vaat ettiklerini gerçekleştirmeye muktedir olup olmadığından ziyade bu vaatlerin yol açtığı çelişkilere ve tehlikelere dikkat çekmeye çalışmak olduğunu vurgulamak isterim.

32 Arendt, **İnsanlık Durumu**, s. 285.

33 Arendt, **A.g.e.**, s. 285, dipnot 21.

34 Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, XI. Kitap VI. Bölüm, Çev. Fehmi Baldaş, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, ss. 234-247.

Amerikan örneğinde tüm güçler, egemenlik işlevi olan yasa koyuculuğun uygulanmasına dâhildir ve Başkan'ın veto hakkıyla, Yüksek Mahkemenin normlar kontrolü dolayımıyla "yasamaya karşı rekabet ederler."[35] Dolayısıyla burada temel amaç, siyasal iktidarın keyfiliğe kaymasını önlemektir; özel olarak da yasama-yürütme ve yargı kuvvetlerinin yürütme gücünde birleştiği bir mutlak monarşi veya diktatörlüğe dönüşmesini engellemektir.

Montesquieu, araştırmasında ikinci ve özgün bir soruya da yöneliyordu: "bir yönetimin halihazırda böyle davranmasını sağlayan şey /ilke nedir?" Böylelikle Montesquieu, her yönetimin kendine özgü belirli bir yapıya sahip olmakla kalmadığını, aynı zamanda kendisini harekete geçiren belirli bir "ilkeye" de sahip olduğunu ortaya koymuş oluyordu.[36] Daha açık bir ifadeyle yönetimleri cumhuriyet, monarşi ve tiranlık olarak – ki cumhuriyet, egemenliğin halkın elinde olduğu anayasal yönetimdi; monarşi egemenliğin tek kişinin elinde olduğu yasal bir yönetimken tiranlık ise erkin tek kişinin keyfi iradesi uyarınca uygulandığı hukuksuz bir yönetimdir- sınıflandırdıktan sonra cumhuriyette eylem ilkesini erdem (buna eşitlik sevgisi de der), monarşide eylem ilkesini onur ve (bu da sivrilmeye/temayüz etmeye duyulan tutkuda ifadesini bulur), tiranlıkta ise eylem ilkesini korku olarak belirlemiştir. Montesquieu'nün ilkelerine göre yönetimlerin yapısını yeniden tanımlayan kişi ise Kant olmuştur. Kant, "Ebedi Barış" isimli eserinde, "tahakküm biçimleri" ile "yönetim biçimleri" arasında bir ayrım koyar.[37] Ona göre tahakküm biçimleri, erkin nerede olduğuna göre birbirinden ayrışırlar: hükümdarın bölünmez bir egemenlik erkine sahip olduğu bütün devletler otokrasi olarak adlandırılır; erk, soylu sınıfın elinde ise tahakküm biçimi aristokrasidir; mutlak erki halk kullanıyorsa tahakküm demokrasi biçi-

35 ABD'de yasama ve yürütme organlarını oluşturan temsilcilerin seçimlerinin, dönemsel olarak örtüşmeyecek şekilde yapılması çoğunlukçuluğu, başka bir ifadeyle gücün tek elde toplanmasını engelleyen bir faktördür. Bu sistemde Başkan, dört yıllık bir dönem için; Temsilciler Meclisi üyeleri ise iki yıllık bir dönem için, Senatörler de, üçte biri iki yılda bir yenilenecek şekilde altı yıllık dönemler için seçilmektedir. Bu da aslında Amerika'da her iki yılda bir seçim olduğu anlamına gelmektedir. Böylece tek bir çoğunluğun diktatoryası önlenmeye çalışılmıştır. Bkz. Nur Uluşahin, "Kuvvetler Ayrılığı ve Yasama-Yürütme İlişkileri", s. 60. Amerikan Anayasası'ndaki çoğunlukçuluğa karşı eğilim, yasama ve yürütmenin farklı seçmen çoğunluklarınca seçilmesinde de kendini göstermektedir. Her federe devlet, Temsilciler Meclisi'ne nüfusu ile orantılı olarak üye göndermektedir. Buna karşılık, Senato'da nüfusuna bakılmaksızın her federe devletin iki temsilcisi bulunmaktadır. Bu da Temsilciler Meclisi seçimlerinde her federe devletin çıkaracağı temsilci sayısı kadar seçim bölgesine bölünmesine karşılık, Senato seçimlerinde her federe devletin bir seçim bölgesi sayıldığını göstermektedir. Başkanın seçiminde ise ülke geneli, tek seçim bölgesi olarak kabul edilmektedir. Başkanın seçilmesinde izlenen farklı usul ile Temsilciler Meclisi ve Senato'da ortaya çıkan durumla aynı siyasal görüşün temsil edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bkz. Nur Uluşahin, **A.g.m.**, s. 61.

36. Montesquieu, **A.g.e.**, III. Kitap, ss. 71-83. Ayrıca bkz. Hannah Arendt, "*Totalitarizmin Doğasına Üzerine*", **Formasyon, Sürgün, Totalitarizm Anlama Denemeleri (1930-1954)**, Yay. Haz. Jerome Kohn, Çev. İbrahim Yıldız, s. 452.

37 Immanuel Kant, **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Ed. and with an Introduction by Pauline Kleingeld, Translated by David L. Colclasure, With essays by Jeremy Waldron, Michael W. Doyle, Allen W. Wood, New Haven, Yale University Press, 2006, pp. 74-80.

mini alır. Kant'a göre bütün tahakküm biçimleri illegaldir. Anayasal ya da yasal yönetim, güç ayrılığı uyarınca tesis edilir; öyle ki aynı organ (ya da kişi) hem yasa çıkarıp hem yasayı uygulayıp hem de yargılamada bulunamaz. Montesquieu'den gelerek en sarih ifadesini Birleşik Devletler Anayasası'nda bulan bu yeni ilkeye göre Kant, yönetime ilişkin iki temel yapıya dikkat çekmiş olur: devletin başında bir hükümdar da olsa güçler ayrılığı ilkesine dayanan cumhuriyet yönetimi ve yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılmadığı despotik yönetim. Somut politika açısından, yasaların yürütülmesi için güce ihtiyaç bulunmaktadır ve bu güç, şiddet araçları sahipliğine eklemlenmiştir. Dolayısıyla yürütme erkinin, yasama ve yargı erklerinden ayrılmadığı ve onlar tarafından kontrol edilmediği yerde, hukukun kaynağı artık akıl ve düşünce olamaz, fakat erkin kendisi olur. "Güçlü olan haklıdır" sözünün geçerli olduğu yönetim biçimi despotik bir yönetim biçimidir ve çoğunluğun verdiği kararlarla yönetilen, fakat hukuk denetimi dışındaki bir demokrasi de bir otokrasi kadar despotiktir.[38] Arendt söz konusu değerlendirmelerini, her ne kadar buldukları ilk fırsatta demokratik kurumlara inanmadıklarını, bunların kendi nihai hedefleri için birer araç olduğunu söyleseler de bu demokratik seçim yöntemi ve demokratik kurumlar aracılığıyla ve Alman anayasasının kendilerine verdiği imkânlarla iktidara gelen ve 20. yüzyılın en dehşet verici rejimini uygulamaya koyan Nazilerin ve onların siyaset teorisine bıraktıkları totalitarizmin gölgesinde yazmıştır.

38 Arendt, **A.g.e.**, s. 453.

Çoğunluğun Tiranlığına Karşı "Anayasal Demokrasinin" Gelişimi

Temsili demokrasi aracılığıyla seçimle iktidara gelen (ki hiçbir zaman yüzde ellinin üstünde oy alamamış, ama seçim sistemi nedeniyle parlamentodaki sandalye sayısı üstünlüğü ile tek parti konumuna gelmiştir; yine de Alman halkının "sanki yeni bir sofra adabına uyar gibi" totaliter rejime hızla uyum göstermesi ve onunla bütünleşmesi şaşırtıcıdır) Nazi Partisinin ve başkanı Hitler'in önce Weimer Anayasası'nın verdiği yetkileri kullanarak ve sonrasında açıkça anayasayı ve yasaları tahrif ederek ya da yok sayarak kurdukları totaliter rejimin yarattığı yıkım ve trajedi, II. Dünya Savaşı sonrası Avrupa devletleri açısından da tekrar yaşanmaması için önlemlerin alınmasını gerekli kılmıştır. Avrupa devletleri bir yandan Avrupa Birliği yoluyla geleneksel düşmanlıkları ve rekabeti bir kenara bırakmanın yollarını arar, bireysel ve toplumsal düzeyde ırkçılık, antisemitizm, yabancı düşmanlığı gibi "soykırımın" kökenini oluşturabilecek etmenlere karşı yeni yetişen kuşakları uyanık tutacak eğitim müfredatları geliştirirken politik ve hukuksal düzeyde de ek önlemler alma yoluna gitmiştir. Bu sürecin politik anayasal literatürümüze katkısı hiç şüphesiz "anayasal demokrasi" kavramı olmuştur. Söz konusu kavram bir yandan devlet iktidarının "halkın rızasından", temsili demokrasi sisteminde "çoğunluğun oyundan" kaynaklanmasını ifade ederken bu iktidarın da çoğunluğun tiranlığına dönüşmesini önleyecek denge ve denetleme sistemleriyle sınırlandırılmasını ifade etmekte-

dir. Aslında bu düşüncenin kökeni yine Amerikan Devrimi sırasında, kurucu babalar arasındaki tartışma ve konuşmalarda kendini açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin yazarı ve ABD'nin üçüncü başkanı Thomas Jefferson; "yüz yetmiş üç despot, tek bir despot kadar zalim olabilir. Bizim uğruna savaştığımız hükümet sistemi, bir seçimli despotizm değildir… Dolayısıyla anayasalcılar, siyasal iktidarı kullananlar üzerinde, serbest seçimler dışında, bir kurumsallaştırılmış sınırlamalar sistemi talep etmektedirler" derken niyetinin çok ötesinde bir tarihsel geleceğe ışık tutuyordu. Daha açık bir ifadeyle, Jefferson'a bu cümleleri sarf ettiren Ellen Maikins Wood'un yerinde tespitiyle her ne kadar "halk kitlelerinin" yönetimine karşı ayrıcalıklı bir elitin demokratik iktidarını ve ekonomik çıkarlarını koruma amacı olsa da[39] tarihsel deneyim, modern temsili sistemde 'çoğunluk oylarının' kısa sürede çoğunluğun tiranlığına dönüşebileceğini ve üstelik tüm demokratik hakları ellerinden alınırken söz konusu halk kitlelerinin durumlarına sessiz sedasız razı olabileceğini acı bir biçimde göstermiştir. Bu durumda, var olan temsili demokrasi oyunu içinde azınlıkta kalanların politik ve medeni haklarının ve aslında bunlarla sıkı sıkıya bağlı bulunan insan haklarının ya da Arendt'in deyişiyle "haklara sahip olma hakkının" güvence altına alınması ihtiyacı doğmaktadır

Anayasacılığın özü, devlet iktidarının bütün bireylerin özgürlüklerini korumak amacıyla çeşitli denge ve denetim mekanizmalarıyla sınırlandırılmasıdır.[40] Burada "özgürlükleri" Arendtçi bir perspektifle değerlendirdiğimizde, demokratik yaşama katılacak, sonradan gelecekleri de içerecek şekilde tüm yurttaşların oyuna dâhil olabilmeleri için gerekli kurumsal ve hukuksal güvencelerin alınmış olmasını kastediyorum. Modern anayasacılığın üç temel niteliği de devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasıdır.[41] Bütün bu ilkeler ve haklar

39 Kabul etmek gerekir ki "demokrasi" sözcüğü 19. yüzyıl ortalarının yönetici sınıfları için lanetli bir sözcüktür. İngiliz Whig tarihçi Macaulay, bir Tory kadar "tutucu" olabiliyor; "genel oy, hükümet etmenin her amacı açısından öldürücüdür ve uygarlığın varlığı ile kesinlikle bağdaşmaz" diyebiliyordu. Bu dönemde yönetici sınıflar, alttan gelen baskıyla oy hakkı vermeye razı olduklarında bile altı sınıfları dışarıda bırakacak mülkiyet sınırlamaları getirmek için ellerinden geleni yapmışlardır. Bununla birlikte yüzyıl ilerledikçe belirli yönetici sınıf temsilcileri, içinde işleyeceği kuralları kendileri koyabildikleri sürece, demokrasinin kendilerine karşı bir tehdit olmadığını da görmüşlerdir. Örneğin Britanya yönetici sınıfı, oy hakkının parça parça genişletilmesinin, politikalarını belirleme gücü ortadan kaldırmadığını keşfetmişlerdi; zira devlet iktidarının pek çoğu doğrudan parlamento kontrolü dışındaydı. Harman bu durumla ilgili olarak, "parlamento, kitlelerin baskısını yönetici sınıfa uygulayabilecek bir mekanizma olmak yerine, kitlelerin duygularını temsil edenleri ehlileştirebilecek, onları yönetici sınıfın izin verdiği dar alan içinde kalabilmek için taleplerini kısıtlamaya yönlendiren bir mekanizma haline geldi" tespitinde bulunmaktadır. Bkz. Chris Harman, **Halkların Dünya Tarihi**, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, Yordam Yayınları, 2009, s. 376-378. Ellen Meiksins Wood, söz konusu süreci halkın, elindeki siyasi gücü terk etmesi, bu gücün başkalarına devredilmesi ve halka yabancılaşması olarak değerlendirmektedir. Bkz. Ellen Meiksins Wood, **A.g.e.**, s. 251. Gerçekten de iktidar halktan yabancılaştıkça halkın elinde bir tek kendisini yönetecekleri "seçme" hakkı kalmıştır; bu hak da dâhil olmak üzere "temsili" sistem içindeki her türden siyasi konu kolaylıkla manipüle edilebilir hale gelmiştir.

40 Ergun Özbudun, "*Türkiye'nin Anayasa Sorunu*", **Türkiye'de Siyasal Yaşam (Dün, Bugün, Yarın)**, Der. Mehmet Kabasakal, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 35.

41 Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s.

ise ancak yazılı bir metin söz konusu olduğunda gerçekleşebileceği bir dayanağa sahip olabilir. Bu metin şüphesiz anayasadır. Çağımızın önde gelen anayasa teorisyenlerinden Jon Elster, "Ulysses and Sirens" adlı eserinde, egemen toplumların ya da egemen kurucu meclislerin neden kendilerini bağlamak üzere bir anayasa yaptıklarını, Yunan mitolojisinde "Ulysses" efsanesi benzetmesiyle açıklamaya çalışmıştır. Bilindiği gibi, Ulysses, sirenlerin büyüleyici şarkılarının etkisiyle yoldan çıkmamak için kendisini, geminin direğine bağlamış, kürekçilerinin kulaklarına da balmumu tıkamıştır. İşte anayasalar, politik iktidarı ellerinde tutan yöneticileri yoldan çıkmalarını önleyecek direklerdir. Özellikle Amerikan anayasasının kurucu babalarının tartıştıkları bu meselede bir anayasa ile kendilerini ve gelecek tüm yöneticileri ve yurttaşları bağlamlarında yalnızca mülksüz yoksul halk kitlelerine karşı kendi mülkiyet haklarını koruma amacı söz konusu değildi, onlar, örnek aldıkları Roma modelindeki gibi politik kurumların istikrarının ve sürekliliğinin öneminin farkındaydılar. Aksi halde, bütün kurumlar her yeni gelen iktidarla birlikte değişime uğruyorsa o politik sistemden istikrar ve yurttaşlar açısından gelecek güvencesi ve sağlam bir politik hayat beklenemez. Ancak tarihsel süreç anayasaların da tek başına tiranların ortaya çıkmasına yetmeyeceğini göstermiştir. Nitekim Weimar Anayasasındaki kimi boşluklardan yararlanan (Söz konusu Anayasanın 48. maddesi olağanüstü durumlarda Başkanlık erklerinin geniş kullanımına izin vermekteydi.) Hitler ve Nazi Rejimi 1933 yılında SA'leriyle tertiplediği Reichstag Yangını sonrasında 28 Şubat 1933'te olağanüstü hal ilan etmiştir. Ardından Mart ayı içinde Hitler, anayasayı, yine anayasanın kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesinde ihlal ederek yoluna devam etmiştir. Wiemar Anayasası'na göre bir yerleşik ve anayasal maddenin değiştirilmesi üçte iki çoğunluğu şart koşuyordu. 1933 seçimlerinde Naziler ve Nasyonal Parti, kıl payıyla çoğunluğu kazanmış olmalarına rağmen, öngörülen bu çoğunluğu elde edememişlerdi. Hitler, bu çoğunluk sorununu, Merkez Partisi ile anlaşma yoluyla 28 Şubat kararnamesini kullanarak seksen üç Komünist Parti milletvekilinin milletvekilliklerini düşürerek çözmüştür. Sonuç, 441'e karşı 94 oyla sağlanan bir çoğunluk olmuş ve bu çoğunluk, şansölyeye Reichstag'ın onayı olmadan dört yıllık kanunlar çıkarabilme yetkisini sağlayan kanunun olası kılınmasını sağlamıştır. Bu karar, Weimar Anayasası'nın "Reich kanunları Reichstag tarafından çıkarılmalıdır" diyen 68. maddesinin de devre dışı bırakmış oluyordu. Diğer önlemler, yeni partilerin kuruluşunu engelleyen kanun (1933 Temmuz'u) da dâhil olmak üzere devam etmiştir ve bu kanun tüm muhalefeti ortadan kaldırmıştır, ardından da yürütme üzerinde yasamanın denetim ilkesini de devre dışı bırakmıştır. Böylece tüm Almanya'daki kurumlar üzerinde Nazi kontrolünü yayılmasının ve daha önce benzeri görülmemiş bir fenomen olarak totaliter yönetimin kurulmasının yolu açılmıştır.

Nazi deneyimi, olağan halk (ya da parlamento) çoğunluklarının değiştiremeyeceği katı anayasalar ve anayasa yargısı düzenlemelerinin Avrupa'nın yeniden inşası sürecinde temel düzenlemeler haline gelmesinde hiç şüphesiz

en büyük paya sahiptir. Bu nedenle anayasa yargısı veya kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, söz konusu hakların korunmasında en önemli araçlar arasında görülmektedir. Bu anlamıyla savaş sonrasında anayasalar, çoğunlukçu demokrasi modeli aleyhine ve çoğulcu demokrasi lehine bilinçli bir tercihi yansıtma arayışı içinde olmuşlardır. Bu bağlamda demokrasi, çoğunluğun iktidarı ile anlamdaş değildir; gerçek bir demokraside her türden azınlıklar, parlamento tarafından bile değiştirilemeyecek yazılı bir anayasa ile korunan hukuki güvencelere sahip olmalıdır. Bu güvencelerin koruyucusu ise parti politikalarının baskısından uzak olması gereken tarafsız yargıçlardır. Burada yargıçlar, hiçlikte çıkıp gelen aşkın bir ulusal egemenliğin temsilcisi olarak tasavvur edilen temsilcilerin önünde vesayet odakları değildirler. Onlar potestas'ı ellerinde bulunduran yöneticilerin her zaman hatırlamak ve hatırlatmak zorunda oldukları otorite olan kuruluş ilkelerini gelecek tüm yeni kuşaklar için de garanti altına alan ve aslında politik sistemin istikrarını ve sürekliliğini sağlayan yasaların ve kurumların parçasıdırlar. Yasama ve yürütmenin karşılıklı olarak birbirini dengelemesi-denetlemesi, yargının bağımsız ve tarafsız olarak her iki erki denetleyebilmesi, idarenin yaptığı tüm eylemlerinden dolayı yargıya karşı hesap verme zorunluluğunun bulunması keyfi tasarrufların asgari düzeye indirilmesi demektir ki çağdaş parlamenter rejimler bu temele dayalıdırlar. Hak, yetkiler ve sorumlulukların açıkça belirlendiği egemenlik gücünün bölüşüldüğü demokratik cumhuriyetlerde hiçbir üstün güç, genel irade vs. birey üzerinde tahakküm kuramaz; çünkü her gücü karşılıklılık esasına dayalı olarak bir başka güç denetlemektedir. Bu nedenle çağdaş demokratik bir yönetim anlayışında, iradenin üstünlüğü hukukun, adaletin ve özgürlüklerin üstünlüğüne yeğlenemez. Ancak yurttaşların "yeni olanı başlatma yetisinin gerçekleşmesi" olarak özgürlüğünü temin eden yasaların sınırlarını oluşturduğu kamusal alanın, cumhuriyetçi politik kurumların, anayasal ve yasal düzenlemelerin varlığı, yine bizzat insanların kendi politik etkinlikleriyle bu düzenlemelerin devamı yönündeki desteğine bağlıdır.

Sonuç

Günümüz dünyasında gerek ekonomik gerekse bürokratik olarak atomize olmuş bireylerin "hepimizi ilgilendiren meseleler" karşısında eleştirel ve bağımsız düşünebilme, yargılama yetilerini bir kenara bırakmış ve kamusal meseleleri siyasal erke ve kurumlara devretmiş olmaları başlıca fenomendir. Nitekim itaat ve uyum adına itiraz, tartışma ve eleştirel sorgulamanın baskı altına alınması demokratik kitle toplumlarında gizil bir güç olarak her zaman mevcuttur. Tocqueville'in "Amerika'da Demokrasi" isimli eserinde dile getirdiği ve öngörme ustalığını haiz bulunduğu gibi "halk egemenliği" ve "eşitlik" ilkelerine dayalı modern demokrasiler, kamuoyu denilen kendinden menkul bir fenomenin (zira kimlerden oluştuğu tam olarak kimin sesi olduğu belli olmamakla beraber büyük ölçüde temsili demokrasi düzeninde siyasal parti liderlerince, kanaat önderlerince ve medya denilen yazılı ve görsel basın tarafından sık sık dile getirilir) baskısı nedeniyle eleştirel düşünme ve

yargı yetisinin sıklıkla aşındırılmasına ve "milli/ulusal irade" mitinin ve çoğunluk tahakkümünün ifade özgürlüğünü ki çağdaş demokrasiler için bu büyük ölçüde itiraz etme ve yeni ve başka kanaatler oluşturabilme hakkıdır, esir alması tehdidiyle sık sık karşılaşmaktadırlar. Bu çerçevede modern kitle demokrasileri, çoğunluğun kanaatlerine siyasi iktidarın buyruklarına hızla uyum sağlama eğilimi içindedirler.[42] Tocqueville'e göre demokrasilerde bir başka tehlikeli eğilim ise gerek demokratik olma iddiasındaki politikacıların gerekse de bağımsız ve eleştirel düşüncenin sesi olduğu varsayılan gazeteci, yazar ve entelektüellerin sık sık çoğunluğun tahakkümüne teslim olmaları ve siyasal iktidarın "dalkavukluğuna" ("courtly spirit") soyunmalarıdır.[43] Söz konusu değerlendirmeleri modern dünyanın koşullarıyla birlikte düşündüğümüzde görüyoruz ki bir yandan bürokratik ve teknokratik örgütlenme biçiminin de etkisiyle yurttaşlar düzleminde kamusal meseleler karşısında sorumluluk üstlenmeme, kural ve buyrukları yargılamama şeklinde tezahür eden kitlesel bir etik ve politik kayıtsızlık söz konusuyken diğer yandan da bu yetinin kaybıyla ilintili olarak emirlere ve kurallara sorgusuz sualsiz itaat etmek gibi bir tehlikeyle de karşı karşıya bulunmaktayız. Buna karşılık, itiraz ve eleştirellik ilkeleri üzerine kurulu yargılama yetisinin gerçeklik kazandığı bir politik kamusal alanın yokluğunda ortaya çıkan boşluğun, hukuksal düzenlemelerle doldurulamadığını yukarıda da tartışıldığı gibi tarihsel deneyimler de ortaya koymuştur. Yasal ve anayasal düzenlemeler, yurttaşlara içerisinde güvenlikli bir şekilde söz ve edimleriyle dâhil olabilecekleri politika dünyasının sınırlarını çizer. Siyasal ve hukuksal kurumlar da failin faniliği karşısında gelecek kuşakları güvence altına alarak insan eylemliliğinin sınırlarını ve bağlayıcılığını temin ederler. Ancak ne yasal/anayasal ne de kurumsal düzenlemeler yurttaşların bunların varlıklarını sürdürmeleri yönündeki destekleri olmadan yaşayamazlar. Nitekim tarihte emsalsiz bir rejim, binlerce insanı ölüm kamplarına gönderecek bir planı "saygıdeğer" üst tabakanın, akademisyenlerin, bürokratların coşkulu desteğiyle ve "yasal meşruiyet" çerçevesinde yürürlüğe koyduğunda, yüzbinlerce insan yeni düzene kolaylıkla uyum sağlamış ve Führer'in iradesine koşulsuz bir buyruğa uyar gibi itaat etmiştir. Arendt bütün bu baş döndürücü bir hızla gerçekleşen uyum ve itaatin altında yatan en önemli nedenlerden birinin düşünme becerisinden yoksunluk olduğunu belirtir. Dolayısıyla "Eichmann Davası", Arendt'i insanın yargılama yetisiyle düşünme becerisi arasındaki ilişki üzerine bir kez daha düşünmeye sevk etmiştir diyebiliriz.[44]

Bilincin dünya karşısındaki duruşunun bir ifadesi, "verilen" karşısında sergilediği tavır ve tutum olarak yargı, iyiyi kötüden haklıyı haksızdan ayırma becerisidir ve bu yönüyle toplumsal ve politik yaşantımızda hayati bir öneme

42 Bkz. Alexis de Tocqueville, **Democracy in America**, Trans. by Arthur Goldhammer, The Library of America, NY, 2004, pp. 491-493.

43 **A.g.e.**, pp. 293-298.

44 Bkz. Hannah Arendt, "*Thinking and Moral Considerations*", **Responsibility and Judgement**, Ed. by Jerome Kohn, Schocken Books, New York, 2003, p. 160.

sahiptir.[45] Arendt'in kullandığı şekliyle "düşünme yetisi" ise felsefi düzlemde "ben" ve "kendim" arasındaki bir içsel diyalog şeklinde zuhur eden bir yeti olmaktan ziyade kişinin çevresinde olan biten her konuda, dünyaya karşı duyulan sorumluluk çerçevesinde kamusal alanda kendini gerçekleştirebilen ve bu yönüyle de belirli bir kolektivite içinde anlam kazanan bir güçtür. Bu türden bir kolektivite içinde ve başka herkesle birlikte gerçeklik kazanan bir düşünme etkinliği, bir yandan kişinin "kendi hakkında" düşünmesi; kendi düşüncesi, kendi yapıp ettikleriyle "yüzleşmesi" ve nihayetinde kendine kendinin hesabını verebilmesi gibi bir veçheye sahipken aynı zamanda başkaları hakkında da hepimizi ilgilendiren işlerle ilgili olarak "yargıda bulunma" hakkı ve imkânı vermektedir.[46] İşte etik ve politik bir nitelik kazanan böyle bir düşünme etkinliği demokratik ve çoğulcu bir siyasal toplumun başlıca garantisi olabilir.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali, **Ulus-Devlet Ya da Halkın Egemenliği**, Ankara, İmge Yayınları, 2006.
- Arendt, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları 2 (Emperyalizm)**, Çev. Bahadır Sina Şener, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998.
- Arendt, Hannah "*Thinking and Moral Considerations*", **Responsibility and Judgement**, Ed. by Jerome Kohn, Schocken Books, New York, 2003, pp. 159-192.
- Arendt, Hannah **Kötülüğün Sıradanlığı: Adolf Eichmann Kudüs'te**, Çev. Özge Çelik, İstanbul, Metis Yayınları, 2009.
- Arendt, Hannah, **Devrim Üzerine**, Çev. Onur Eylül Kara, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012.
- Arendt, Hannah, **Geçmişle Gelecek Arasında**, Çev. Bahadır Sina Şener, Onur Eylül Kara, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Baskı, 5. Baskı, 2014.
- Arendt, Hannah, "*Totalitarizmin Doğasına Üzerine*", **Formasyon, Sürgün, Totalitarizm Anlama Deneme-**

45. Yargı yetisini kullanırken dayandırabileceğimiz ilke ne olacak ve nereden kaynaklanacak meselesi büyük önem taşımaktadır. Burada Arendt, Kant'ın "koşulsuz buyruğunu" buyruğun amacına uygun bir biçimde ele almış; "irademin ilkesinin her zaman genel yasaların ilkesi haline gelebilecek şekilde olması gerektiği" kıstasını ortaya koymuştur. Bkz. Hannah Arendt, **Kötülüğün Sıradanlığı: Adolf Eichmann Kudüs'te**, Çev. Özge Çelik, İstanbul, Metis Yayınları, 2009, s. 143. Bu ilke hem eylemlerimizin yol gösterici ilkesi olması, daha açık bir ifadeyle "nasıl eylemde bulunmalıyım?" sorusuna cevap vermesi bakımından bağlayıcı olduğu kadar bize başkalarının eylemlerini değerlendirirken ve dolayısıyla yargıda bulunurken de kılavuz olabilecektir

46. Uzmanlık ve yönetim meselesine indirgenemeyecek kadar önemli ve değerli bir insani etkinlik alanı olarak politika, yurttaşların hem tek tek bireyler olarak düşüncelerini ve yargılarını ortaya koyabildikleri hem de kolektif olarak "doğruya" ulaşarak kendilerini ilgilendiren her konuda karar alabildikleri yegâne alandır. Böyle bir süreç kaçınılmaz olarak çoğunlukçuluğun da karşıtıdır. Nitekim her yurttaş politika sahnesinde görüşlerini ortaya koymadan evvel düşünüp taşınmakla kalmayacak farklı kanaatlerin ("bana öyle geliyor ki-lerin") karşılaşması her kişinin görüşündeki hakikat payının ortaya çıkmasını ve daha da önemlisi "sensus communis"in (ortak duyu, sağduyu) gerçeklik kazanmasını sağlayacaktır.

leri (1930-1954), Yay. Haz. Jerome Kohn, Çev. İbrahim Yıldız, 2014, ss. 450-492.

- Arendt, Hannah, **İnsanlık Durumu**, Çev. Bahadır Sina Şener, İstanbul, İletişim Yayınları, 8. Baskı, 2016.
- Cevizci, Ahmet, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000.
- Gilbert, Neal Wart, "*The Concept of Will in Early Latin Philosophy*", **Journal of the History of Philosophy**, Volume1, Number 1, October 1963, pp. 17-35.
- Gramsci**,** Antonio, **Modern Prens**, Çev. Pars Esin, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984.
- Harman, Chris, **Halkların Dünya Tarihi**, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, Yordam Yayınları, 2009.
- Kalyvas Andreas, **Democracy and the Politics of the Extraordinary**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Kant, Immanuel, **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Ed. and with an Introduction by Pauline Kleingeld, Translated by David L. Colclasure, With essays by Jeremy Waldron, Michael W. Doyle, Allen W. Wood, New Haven, Yale University Press, 2006
- Kılıç Cepdibi, Aylin, "*Hepimiz Oidipus'uz! İnsanlık Durumuna Platon'un Verdiği Yanıta Hannah Arendt'in Yanıtı*", **Felsefelogos**, Sayı 56, 2015/1, ss. 169-190.
- Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Fehmi Baldaş, II. Baskı, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.
- Öktem, Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 3. Baskı, 2003.
- Özbudun, Ergun, "*Türkiye'nin Anayasa Sorunu*", **Türkiye'de Siyasal Yaşam (Dün, Bugün, Yarın)**, Der. Mehmet Kabasakal, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, ss. 23-38.
- Özbudun, Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Sorabji, Richard, **Emotion and Peace of Mind (From Stoic Agitation to Christian Temptation)**, Oxford University Press, NY, 2000.
- Tanör, Bülent, **Kurtuluş - Kuruluş**, İstanbul, Çağdaş Yayınları, 2. bsk., 1998 ve **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, YKY, 1992.
- Tocqueville, Alexis de, **Democracy in America**, Trans. by Arthur Goldhammer, The Library of America, NY, 2004,
- Wood, Meiksins Ellen, **Kapitalizm Demokrasiye Karşı (Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması)**, Çev. Şahin Artan, İstanbul, Yordam Kitap, 2008.

Cezalandırıcı Adalet Anlayışından Onarıcı Adalet Anlayışına: Kuhncu Paradigma Değişiminin Bir Değerlendirmesi

Eda ÇAKMAKKAYA[1]

Özet

Bu çalışma Kuhncu paradigma değişimi anlayışı bağlamında cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına geçiş sürecini özellikle bunalım dönemine odaklanarak serimlemeye çalışacaktır. Onarıcı adalet anlayışını çok yakın bir dönemde getiren Türkiye örneğine ise bunalım döneminin bir örneği olarak kısaca yer verilecektir. Çalışma, hiçbir bilginin kendinde mutlak bir doğruluğa sahip olmadığı, dolayısıyla da geçerliliğini yitirdiğinde terkedilmesi gerektiği, bu süreçte başka kültürlerde aynı konuya ilişkin olarak çoktan yaşanmış olan paradigma değişimlerinden bir bilgi havuzu olarak fayda sağlanabileceği kanaatiyle son bulacaktır.

1. Giriş

Suç ve ona ilişkin uygulamalar tarih boyunca değişimler göstermiştir. Bu çalışma özünde aynı özneye/konuya ilişkin olarak dönemden döneme, kültürden kültüre değişen bilgi biçimlerinin cezalandırıcı adalet anlayışının neden ve nasıl onarıcı adalet anlayışına dönüştüğü üzerine odaklanacaktır. Aynı vakanın değerlendirilmesine ilişkin ortada durmakta olan bilginin değişimini incelerken, yöntem olarak Thomas Kuhn'un paradigma değişimi temel alınacaktır.

Bu çalışma salt Kuhn'un teorisini ele almaktan çok onun görüşlerini sosyal bir konuya uygulamaya çalışacağı için, teori detaylandırılmaksızın genel anlamda çalışmamızda yer alacak ilkeleriyle sınırlandırılacaktır. O, her ne kadar Viyana Çevresi'nin bilimsel doğruluğun kesinliği görüşünü eleştirerek bilim tarihi üzerine araştırmalar yapmışsa da, bilim insanının nesnel olmadığı, bilimsel bilginin değişmeyen bir hakikat bilgisi olmadığı yönünde dile getirdiği sonuç, sosyal epistemoloji için bir referans kaynağı haline gelmişti. Bilimsel bilgi eğer değişmeyen bir hakikat bilgisi değilse, artık onun doğruluğu sorunu da kendini onun geçerliliği sorununa bırakmıştır.

Kuhn, birbirleriyle çelişen birçok bilgi biçiminin kendi dönemlerinde doğru olarak kabul edildiklerini ve bu çelişkili her bir bilgi biçiminin hem bir doğruluk iddiasıyla ortada durduklarını hem de her birinin yine kendi döneminde geçerli ve işlevsel olduklarını görmüştü. Örneğin, Batlamyus'un evren anlayışı dünya merkezliydi, Kopernik'inki ise güneş merkezli. Peki Kuhn için paradigma değişimi nasıl mümkündü? Çalışmanın kapsamını fazla derinleştirmemek adına, yalnızca kritik noktaları ilgilendiren hususlara kısaca değinecek olursak, hali hazırda sahip olunan paradigma,

olguları açıklamakta yetersiz kalmaktadır.Günümüze ilişkin olarak üretilmeye çalışılan bilgiler elde bulunulan paradigmaya uyumluluk kaygısı taşırlar. Eldeki paradigmaya tutarlılık, bilginin bilimsel topluluk tarafından kabulü için önemlidir, aksi takdirde zaten bilimsel olmamakla suçlanacaktır. Bu dönem Kuhn tarafından 'Olağan Bilim Dönemi' olarak adlandırılır. Bu süreçte bilim insanı oldukça tutucudur. Paradigma yetersiz kaldığında, ya da problem açığa çıktığında ve çözülemediğinde, bilim insanı paradigmayı terk etmeyi düşünmez. Çözülemeyen problemin daha yetkin bir bilim insanınca ilerleyen süreçte çözüleceği düşünülür ve problem ötelenir. Farklı ilkeler öne sürülüyor olsa da bunlar bilimsel topluluk tarafından bilimsel olmadıkları için önemsenmezler, ta ki bunalım keskinleşinceye, sorunlar daha da fazla artıncaya kadar. Bu dönem 'Bunalım Dönemi' olarak adlandırılır Karşı paradigma hali hazırdaki paradigmanın çözemediği sorunları çözeceği iddiasıyla psikolojik, sosyolojik bağlamlarda da yeterince güçlendiği noktada mevcut olanı ortadan kaldırır ve onun yerini alır, ancak yeni paradigma eskisini tam olarak atmamış, ondan gerekli gördüğü parçaları, terminolojisini aynen almak suretiyle yarattığı yeni paradigma içinde farklı konumlandırarak onun aynılığını yine de bozmuş ve başka bir şey yapmıştır. Bu süreç yeni paradigma için de aynı şekilde geçerli olacaktır. (Kuhn, 1970).

Bu yazı suça ilişkin yaklaşımda cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına geçişte, paradoksal bir biçimde bir önceki paradigmaya da değinme gereği yaratacağı için cezalandırıcı adalet anlayışının kaynaklandığı sözleşmeci kurama kısaca değinecek; ancak onun ilkeleri ve uygulamalarına ilişkin olarak detaylı bir açılım sunmayacak, bunalım dönemi olarak adlandırabileceğimiz aşamadan başlayacaktır.

İlk bölümde cezalandırıcı adalet anlayışının dayandığı ilkelere çok kısa bir biçimde yer verilecektir. İkinci bölümde, cezalandırıcı adalet anlayışının yarattığı problemler ve onun yetersizlikleri saptanmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümde onarıcı adalet anlayışının ilkeleri ve uygulamaları hakkında nispeten daha detaylı bir açılım verilmeye çalışılacaktır. Türkiye'de onarıcı adalet anlayışının henüz çok yeni gündeme gelişi ve kendisini kabul ettirmekte karşılaştığı güçlüklerin aşılması hususunda bazı önerilere yer verilecektir. Belirtmeliyim ki, söz konusu ettiğim suça ilişkin paradigma değişimi ülkemiz için henüz geçerli değildir. Bu paradigma değişimi 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gündeme gelmiş ve Amerika, İngiltere, Kanada ve Avrupa Birliği ülkelerinin büyük çoğunluğunda yaşanmış olmasına karşın, yeni paradigma 2000'li yıllar itibariyle ülkemizde konu edilmiştir. Bu bağlamdaki, anlayış için hükümet uygulamaları ve fiziksel alt yapı henüz tam olarak oluşturulamamıştır. Ayrıca toplum bağlamında kabul görmemekte tepkilerle karşılaşmaktadır.

2. Cezalandırıcı Adalet Anlayışı

Suç ve onun yaptırımı olgusu salt hukuksal toplumlara değil, henüz hukuki bir yapı oluşturmamış olan kabilelerde de ait olan düzenin sağlanmasına ilişkin olarak açığa çıkan bir tür kurala uygun-

suzluk halidir. Başka bir deyişle suç, toplumsal bir kavramdır ve toplum düzenine karşı aykırılık içeren bir eyleme tekabül etmesi nedeniyle engellenmesi, ortadan kaldırılması gereken bir unsurdur.

Hem John Locke (2016) hem de Rousseau'nun (2004) doğa durumu tasarımlarında da görebileceğimiz gibi suç, herhangi bir bireyin başka bir bireyin zararına eylemde bulunmasına işaret etmekte ve bu bağlamda henüz hukukun oluşturulmamış olduğu bir toplumda zarar gören tarafından ve tamamen onun inisiyatifine kalmış bir biçimde zarar verenin cezalandırılması sürecini gerektirmektedir. Suça ilişkin cezai yaptırımın belirlenmesi ve icrası noktasında doğal olarak tarafsız kalamayan zarar görenin eylemi, suç ve ceza orantısında adil olmanın ölçütünü de gündeme getirmektedir ki, siyasal toplumların sahip olduğu hukuk tam olarak bu sorunun çözümüne yöneliktir.

Özgürlük basitçe her bir birey için konumlandırılacağından ötürü, eşitlik ilkesi doğal olarak sürecin ayrılmaz bir parçası haline gelir ve özgürlük bir diğerinin özgürlüğünün başladığı noktada biten bir adım olarak sınırlandırılır. Toplumsal bir alan içinde tanımlanan özgürlük, yine belirli hak ve ödevlerin varlığını da gündeme getirir. İşte suç ve onu cezalandırmanın ayrılmaz birlikteliği bu noktada açığa çıkmaktadır.

Benjamin hukuk ve adalet kavramlarına ilişkin olarak yapılan şiddet eleştirisinin, şiddetin yok edilmesinin/açığa çıkmamasının yine paradoksal bir biçimde şiddete dayalı olduğu iddiasındadır. Her ne kadar doğal hukuk hedefleri bağlamında şiddete başvurmaktan geri durmamaktaysa da, pozitif hukukun temelleri de hem hukuku kurma hem de onu koruma olarak yine şiddet ilkesine dayalıdır (Benjamin, 2016). Hukuka uygun ve hukuka aykırı şiddet ayrımı, haklı amaç ve haklı olmayan amaca dayandırılmıştır ki bu çatal ayak yukarıda sözünü ettiğimiz her iki sözleşmeci teoride de içermektedir. İnsanlar arasındaki anlaşmazlıkların giderilmesi sürecinde şiddet içermeyen bir araç bulunup bulunmadığı sorununa ilişkin olarak Benjamin şunları söylemektedir: "Soru bizi öncelikle, çatışmaları şiddetten tamamen arınmış bir yolla çözmenin hukuksal bir sözleşmeye dayanarak gerçekleştirilemeyeceği tespitine zorlar." (Benjamin, 2016) Çünkü sözleşme ihlalciye şiddet uygulama hakkını tanımaktadır. Sözleşme şiddetin gizli varlığını çatal bir biçimde hem kaynağında hem de sonucunda içerir. Sözleşmenin gizli garantör ilkesi en güçlü, en etkin şiddet kullanımının iktidarıdır. Benjamin her ne kadar bir reçete verme imkanı bulamamış olsa da bir ipucu vermiştir. Çok eski zamanlara baktığımızda suça karşı uygulamanın, suçlunun toplum önünde çeşitli işkence yöntemleriyle cezalandırıldıktan sonra ölümüyle sonuçlandığını görmekteyiz. Halkta bir ibret nesnesi oluşturan, hem de bedene yönelen bu ceza anlayışı zamanla değişmiş ve hapishane kültürü yaygınlaşarak suçlunun kapatılarak toplumdan izole edilmesini açığa çıkarmıştır. Kapatılma ile beraber beden hapsedilmiş ve bununla birlikte ruh tedavi edilmeye çalışılmıştır. Her bir suç biçimine uygun bir ceza biçimi de tasarlanmıştır. Suçu işleyerek

cezanın sorumluluğunu da alan insana karşı bir caydırıcılık oluşturulabilmesi adına cezanın ağırlaştırılması da konu edilmiştir. (Beccaria, 1963).

Daha detaylı düşünecek olursak, suç kavramını zorunlu biçimde toplumsal bir olgu olarak tanımlayan bu yaklaşımın, suçun varlığı toplumsallığı zorunlu kılar, konu suç olduğunda onu toplumdan soyutlayan, bireyi toplumsal ilişki ağlarının dışında salt karar verme edimiyle suçlu kılan bir yaklaşım içinde olduğunu görebiliriz. Ortada şablon bir suç ve ona uygun şablon bir ceza vardır. Bu durum aslında ortada şablon bir insan varsayımının da sonucu gibi görünmektedir. Öyle sanıyorum ki, bu insanları eşit değerlendirmek kaygısını taşıyan sıkıntılı bir değerlendirmedir. Çünkü eşitlik özdeş olma halinden çok, eşit hak ve ödevlere, fırsatlara sahip olmaya gönderme yapan bir kavramdır. Dolayısıyla eşit olmanın yanlış anlaşılması, 'farklı' olmanın önünde bir engel gibi durmaktadır. Her biri bir diğerinden farklı rasyonel benlikler söz konusu edilmelidir.

Cezalandırıcı adalet anlayışları genellikle suçu, eylemcisinden ayırmamakta, onları aynı öze sahip varsaymaktadır. Böylece, aslında her biri bir diğerine benzer olan ama özünde farklı olan suç, kategorileştirilerek tek bir suç biçimine, eyleyeni de tek bir suçlu biçimine indirgemektedir. Açıktır ki, zengin olmak adına banka soygunu yapmak ile salt açlığını gidermek adına ekmek çalmak düşünüldüğünde ne eylemler ne de eyleyenler aynı öze sahip değildirler. Cezalandırıcı anlayış yapısı bir çeşit aynılık/özdeşlik üzerine kuruludur. Bu hem zihnin yaptığı bir kategorileştirme hem de hukukun işlerliğinde bir kolaylığı da beraberinde getirmektedir. Farklı bireyler farklı zaman ve mekanlarda, farklı koşullar altında ve farklı gerekçelendirmeler ışığında rasyonel olarak suça başvurmaktadır. Dolayısıyla ceza da bireysel olmalıdır. Suç, genel anlamda devletin her bir vatandaşını koruma yükümlülüğünden ötürü, devlete karşı işlenmiş bir eylem olarak kabul edilmekte ve suçun cezası salt devletçe belirlenecek bir yetki bağlamında ele alınmaktadır. Suçun asıl hedef aldığı kişinin, suçun değerlendirilmesi sürecinden tam anlamıyla dışarıda tutulması yalnızca suçlunun değil, mağdurun da eksik değerlendirilmesini beraberinde getirmektedir. Devlet suçun değerlendirilmesinde belirli temel çerçeveyi oluşturarak ve hakemlik yaparak, suçlu ile mağduru yan yana getirerek daha minimal bir rol almalı ve mağduru da adalet sürecine dahil etmelidir.

2.1.Cezalandırıcı Adalet Anlayışının Açığa Çıkardığı Problemler (Bunalım Dönemi)

Demirbaş (2013), modern hapishanenin doğuşunu Hollanda'da bir mahkemenin 1588 yılında, hırsızlıkla suçlanan on altı yaşından küçük bir sanık hakkında, eğitilmesi ve iyileştirilmesine yönelik bir hüküm vermesine dayandırır. Bu hükmün akabinde yaşanan gelişmeler ışığında Klarissen Manastırı'nın bir bölümü 1595 yılında iyileştirme kurumu olarak tahsis edilmişti ve bu modern hapishanenin ilk biçimiydi.

Kapatılma kültürüyle beraber birçok hapishane de inşa edilmiştir. Her bir suça uygun düşecek düzeyde belirli bir

süre hapsetme uygulaması suç ve ona ilişkin olarak orantılı olmak suretiyle adaletli olmayı da amaçlamaktadır. Hapishanelerin inşası, organizasyonu, görevli personelleri ile hem devlet bütçesi için oldukça büyük bir maliyeti getirmekte hem de bir süre sonra hapishanelerin doluluk oranlarıyla ciddi bir soruna dönüşmekteydi. Yavuz (2011), hapishanelerdeki nüfus yoğunluğunun birçok ülkede paradigma değişiminde temel bir etken olduğuna dikkat çekmektedir: "Zira denetimli serbestlik, birçok ülkedeki ilk uygulama zamanlarında hükümetler tarafından cezaevlerindeki nüfusun azaltılması şeklindeki pragmatik amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılmıştır." İlerleyen zamanlarda hapishaneler suçlunun rehabilitasyonunu sağlamak, onu topluma geri kazandırmak, suçu azaltmak şöyle dursun, birer suç okullarına dönüşmüşlerdi. Suçlunun toplumsallıktan uzaklaşmasını da beraberlerinde getirmekte ve sistem gereği yapılan sabıka kayıt işlemleriyle cezanın süreliliğini değil süreksizliğini yaratmaktaydı, ki bu da yeniden suç işleme oranını düşürmek değil suçun tekrarını getirmekteydi. Dahası hem suçluyu hem de ailesini ceza süresi bittikten sonra dahi yoksullukla yüz yüze bırakmaktaydı. (Foucault, 1995).

Sosyolog Bilgiç (2014) tarafından yapılan mahkumların kendi suç algılarına dönük bir diğer çalışmada sosyalleşmede açığa çıkan bir diğer problem olarak mahkumların yüksek oranda işsizlik kaygılarının olduğu belirlenmiştir. Yine aynı çalışma göstermektedir ki mahkumların büyük bir çoğunluğu, cezanın bitimini takiben sabıka kayıtlarının silinmesi, devlet tarafından kendilerine bir iş verilmesi, iş kurabilmek adına kredi çekme yolunun kolaylaştırılması, başka bir ilde yaşamak adına maddi destekte bulunulması gibi taleplerde bulunmaktadır. Bu talepler sosyalleşmenin sağlanamadığının açık bir kanıtıdır.Yine ilgili örneklem bağlamında suç işleme sebebinde psikolojik etkenler %11,3 iken tahliye sonrası psikolojik sorun yaşama korkusu ki toplum ve aile tarafından dışlanacak olma, işsiz kalacak olma gibi unsurlar nedeniyle %31,2 oranına yükselmiştir. Önemli bir kısım mahkum adalet sistemine güvenmediklerini, yargı aşamasında kendilerine söz hakkı tanınmadığını iddia etmektedir. Bu hem mahkumun adalete olan inancını sarsmakta hem de intikam duygusunu tetiklemektedir. Diğer bir önemli husus ise ilk defa suç işleyen genç yaştaki mahkumların cezaevinde suç biçimlerini öğrenmeye yatkın olduklarıdır. Işıktaç'a göre, işsizlik eski mahkumu aynı veya başka bir suç yoluyla yeni mahkuma dönüştürecek yüksek bir risk unsurudur. (2016). Sabıka kayıtlarının yarattığı soruna ilişkin diğer bir çalışma ise Sefiller romanı üzerinden Koç (2016) tarafından ele alınmış ve yine benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Eski bir mahkum olmak hasebiyle tehlikeli olmanın da işareti olan 'sarı kağıtlar' eski mahkumun kendisine yeni bir hayat kurmasına engel oluyordu.

Kapatma kültürü daha birçok sayıdaki araştırmasıyla istatiksel olarak göstermiştir ki suçu azaltıcı etki taşımamakta ve ceza hedeflerine ulaşamamaktadır. (Jahic ve Yeşiladalı, 2008; Çetintürk, 2009). Bu sancılı süreç özellikle de oldukça pragmatik bir problem olarak

açığa çıkan cezaevlerinin nüfus yoğunluklarıyla, mağdurları gözetmeyen yapısıyla adalete olan inancı sarsmasıyla da birlikte kapatılma kültüründen uzaklaşma çabasını getirmiş ve zamanla denetimsel serbestlik olarak adlandırılacak bir uygulamaya evirilerek cezalandırıcı/intikamcı adalet anlayışı yerini onarıcı adalet anlayışına bırakmak zorunda kalmıştır.

Bütün çalışmalar hapsetmenin insani olmayan yönü, kısıtlayıcılığı, rehabilite etmenin zorluğu, toplumsal hayata dahil etmekte çekilen sıkıntılara karşın, olabilir en kısa hapis cezasının ve eğer mümkünse hapis cezası olmaksızın gerçekleştirilen uygulamaların amaca ulaşmakta daha etkili oldukları sonucuna varmışlardır. (Anon, 2016).

3. Onarıcı Adalet Anlayışı: İlke ve Uygulamaları (Bilimsel Devrim: Paradigma Değişimi)

Klasik cezalandırma anlayışının çıkmazlarından kurtulmak amacıyla ilk olarak Anglosakson dünyasında uygulanmaya başlanmıştır (Çetintürk, 2008). Cezalandırıcı adalet anlayışında yaşanan sorunlara karşı bir alternatif olarak açığa çıkan onarıcı adalet anlayışı, suç ve ceza kavramları bağlamında failin cezalandırılması gereğinden ziyade suçlu, mağdur ve toplum tabanında sorumluluk ve zararın onarımına vurgu yaparak adaleti sağlamaya çalışan bir paradigmadır. Bu paradigma taraflar arasında mümkün olabildiğince iletişim geliştirmeye çalışarak, kapatılma kültürüne de alternatif bir biçimde daha toplumsal bir hareketle adaleti sağlamaya çalışan bir başka suç yargısı anlayışıdır. Bir başka deyişle, suçun açığa çıktığı anda var olan üçlü yapıyı da sisteme dahi ederek(Umbreit, 2000)hem mağduriyetin olabildiği ölçüde giderilmesini hem de suçlunun topluma kazandırılmasını hedefler. Aslında hedefler bakımından soyut bir çerçeve olarak baktığımızda her iki adalet anlayışı da hedefleri aynı koymakla beraber kullandıkları araçlar farklıdır. Ancak onarıcı adalet bir önceki paradigmadan farklı olarak özellikle yerel bölgelerde yaşayan insanların gelenek ve göreneklerini, dini anlayışlarını da bir artı eksen olarak sisteme davet eder.

Bu adalet anlayışında suç yalnızca devletin sorunu olmaktan çıkar, bir uzmanın denetiminde suçlu ve mağdurun iletişim kurmaları sağlanır. Böylece aslında hapsetmede amaçlanan suçlunun pişmanlık hissetmesi, mağdurda açtığı yaraları birincil ağızdan dinleme imkanı bulmasıyla artırılır ve suçluya mağdurun mağduriyeti gidermek adına önerilerde bulunur. Mağdur da suçlunun içinde bulunduğu koşulları öğrenmek suretiyle bu eylemin salt onu gözeten bir eylem olmadığının farkına varır ve suç eylemi toplumsal bir bağ içinde algılanır. Bu süreç tarafların gönüllüğünü esas alır. Gönüllülük olmadığı sürece yasanın ilgili suça gerektirdiği prosedür aynen uygulanır ki bu sürecin de bir öncekine göre daha hassas daha suçlu merkezli bir yaklaşım belirlemesi, davanın suçluyu tam dinlemesi esastır.

Onarıcı adalete ilişkin olarak suçlunun ıslahı ve denetimine dair en etkili yol olarak, günümüzde dünya çapında geniş bir uygulama alanına da sahip olan, denetimli serbestlik ve yardım sistemidir (Ataç, 2006). Bu sistem suçluyu

rehabilite etme, davranışlarını toplum içinde kontrol etme, bağlandığı hükme dayanılarak uygun görülen süre çerçevesinde suçlunun gözetim altında bulundurulmasını ve bu süreçte kendisine maddi manevi destek sağlanmasını da öngörür. Söz konusu destekler gereği halinde, soruşturma aşamasından infaz sonrası aşamaya kadar genişletilebilir (Kamer, 2008). Elbette ki bu sürecin tamamlanabilmesi için gizlilik ilkesi de esastır.

Öngörülen bu süreçte, sanık karar verilmiş süre bağlamında sosyal çevresinden koparılmaksızın, toplum düzenine uyum sağladığını ve bunu istediğini göstermekle yükümlüdür. Böylece klasik anlayışta karşılaşılan en önemli sorun olan hapis sonrası sosyal çevreye adaptasyon, daha hapis süreci başlatılmaksızın toplum içinde sağlanmaya çalışılır. Sanık uygun görülmesi halinde kamuya yararlı herhangi bir işte çalıştırılabilir ya da sosyo-pedagojik destekler bağlamında uyumluluk süreci artırılmaya çalışılabilir. Bir başka deyişle suçluluğu azaltmak, suçluyu iyileştirmek adına, hapis cezasına bir alternatif olarak tedbir niteliğinde, kamu davası açılması veya cezanın hükmedilmesi şartlı olarak geri bırakılır ve bireysel düzlemde suçlunun topluma uyumu sağlanmaya çalışılır (Tırtır, 2007).

Belirli kategoriler için düzenlenmiş olan suçlara yargı kararları doğrultusunda uygulanacak olan denetimli serbestlik kurumunun temel amaçları basitçe şöyle sıralanabilir. İlkin, suç işleyenin denetimini yürütmek, bu yürütme aşamasında suç işleyeni rehabilite etmek amacıyla ihtiyaç görülen psikolojik ve sosyolojik destekleri sağlamaktır. Amaç, toplumsal uyumu kolaylaştırmak ve hızlandırmak, mağduru korumak adına uğradığı zararı telafi etmek ve kendisine de gerekli destekleri sunmak, hükümlünün yeniden suç işleme olasılığını azaltarak toplumu korumak ve toplumun suç ve suçlu algısını değiştirmek, bu yöntem ile hedeflenen, suçluyu toplumsal çevreden koparmamaktadır. Cezaevine girmemiş olması hasebiyle de aile, arkadaşlar ve toplum nezdinde sabıkalı olarak algılanmayan bireyin pozitif ilişkiler kurmasını sağlamak kolaylaşmaktadır. Sonuç olarak, aile de parçalanmamış olmakta ve yoksulluk nedeniyle ailenin diğer bireylerince açığa çıkacak/çıkabilecek suç unsurlarının da önüne geçilmiş olunmaktadır. Suçluya verilen tam gün çalışabilme imkanı hem onun sosyal hayatına devam etmesine zemin hazırlamakta hem de ailesinin geçimini temin etmesini dolaylı olarak desteklemektedir. Bu nedenle cezalar daha çok bir eğitim kurumuna devam etmek, kamuya yararlı işlerde çalışmak gibi hükümlerle cezanın bireyselleştirilmesi, şablon suça şablon ceza anlayışının terkedilmesi ve nihayetinde adaletin en iyi biçimde sağlanması amaçlanır.

Bu süreçte hakimin bir sosyolog, psikolog, pedagoji uzmanı gibi birçok uzmanı barındıran bir organizasyonun temin edeceği sosyal soruşturma raporunu dikkate alması gerekir. Bu da alanında uzman bir ekip çalışmasını gerekli kılar. Denetimli serbestlik sisteminin etkin bir biçimde uygulanabilmesi adına sosyal araştırma raporları ve akabinde hüküm uygulanırken kolluk kuvvetlerinin tutumu hayati önem taşımaktadır. Kolluk kuvvetlerinin de gizlilik ve tarafsızlık

ilkelerine bağlı kalması sürecin tamamlanması açısından oldukça önemlidir. Denetimli serbestlik kapsamında mağdur da sistem tarafından gözetilmesi gereken bir özne olarak konumlandırılmıştır. Mağdur maddi manevi kayba uğramış kişi olarak fiziksel ya da psikolojik bağlamda pek çok yollarla zarar görmüş olabilir. Dahası bir suç eylemi mağdurda bazı hastalıkların oluşmasına da sebebiyet verebilir (Erem, 1997). Bu nedenle mağdurun zararının giderilmesi amacıyla sağlanan psiko-sosyal ve ekonomik sorunlara ilişkin olarak da destek birimleri oluşturulmuştur.

3.1. Türkiye'de Onarıcı Adalet

İlk olarak 2005 yılında yapılan bir reform ile denetimli serbestlik ülkemiz kanunlarında da yer almış olmakla beraber, eş zamanlı olarak hırsızlık, dolandırıcılık, yaralama gibi suçlara ilişkin cezaların süreleri de kamuoyu talebi sonucunda artırılmıştır. Yavuz (2011), denetimli serbestlik yaklaşımına kanunlarımızda çok da bilinçli bir biçimde yer verilmemiş oluşuna ve hatta denetimli serbestlik ve onun uygulamalarının tam bir tanım ve listesinin verilmediğine de dikkati çekmektedir. Cezaevlerinde yaşanan nüfus yoğunluğunun önüne geçmek adına bazı suçlara ilişkin olarak denetimli serbestlik kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması getirilmiş olsa da hapishanelerdeki mahkum yoğunluğunun önüne geçilememiştir.

2005 yılı sonrasında yıllık düzenli olarak ortalama on beş bin kişilik bir mahkum artışı, acil bir çözüm yolu olarak 2012 yılından itibaren denetimli serbestliğe daha fazla önem verilmesini de gündeme getirmiştir. Şartlı salıverme ilkesi işletilmeye başlanmış, 2014 yılında ise adli para cezalarının infazına ilişkin olarak hapis cezası yerine kamu yararına ücretsiz çalışma olanağı getirilmiştir. Cezaevlerindeki sayı artışı bazı suçlar için cezaların artırılmış olmasına bağlı olarak da giderek yükselmiştir. Yavuz bunun sebebini denetimli serbestliğin gerektiği gibi uygulanmamakta oluşuna dayandırmaktadır. Hatta bu tür uygulamalar halk tarafından af olarak algılanmaktadır. Bu uygulamanın, ülkemizde aktifleşmesi ve verim sağlanabilmesi adına öncelikli olarak personel kaynaklarının geliştirilmesi ve hizmet içi eğitim olanaklarının sağlanması elzemdir. Birçok ülkede çoktan yaşanmış olan söz konusu paradigma değişimi yine Kuhncu bir ifade olarak ülkemizde olağan bilim döneminin bunalım sürecine işaret etmektedir. Yine bu süreç aslında aynı paradigmanın başka bir toplumda çoktan değişebilmiş olmasına karşın bir başka toplumda kullanılmaya devam edilebileceğine ve hemen hemen benzer bunalımlı süreçleri gerektireceğine ilişkin bir fikir vermektedir. Konumuz gereği bizi asıl ilgilendiren süreç kamuoyunun tepkisine ilişkin olmakla beraber yukarıdaki nispeten teknik detaylar olarak görülebilecek bilgiler alt zemini göstermek adına özellikle sunulmuştur.

Ülkemiz basınında konu olmuş ve kamuoyundan ciddi tepki görmüş olan cinsel istismar suçuna ilişkin bir örnek üzerinden kısaca değerlendirmek isterim. Reşit olmayan (on sekiz yaş altı) ile birliktelik/evlilikler ortada cebir veya hile olmaksızın da cinsel istismar suçu kapsamında yer almaktadır. (Koparan,

2016). Ak Parti ise önerge ile '"cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın işlenen cinsel istismar suçunda mağdur ile failin evlenmesi durumunda" cezai hükmün geri bırakılması teklifinde bulundu. Ancak eleştiriler tecavüzcüye af çıkartıldığı ve bunun olası tecavüzlerin önünü açacağı biçimindeki argümanlarla da sosyal medyada 'tecavüz meşrulaştırılamaz' biçiminde en yüksek ilgi odağı oldu. Bunun üzerine Başbakan Binali Yıldırım ise tecavüze af iddiasıyla yer alan eleştirilere şu yanıtı verdi: "Olay şudur: Yaşı tutmayan, erken yaşta evlenenler var. Bilmiyorlar yasaları. Dolayısıyla çocukları oluyor, baba hapse giriyor, çocuklar anasıyla yalnız başına kalıyor. Bu şekilde 3 bin aile olduğu tespit edildi. Bir seferliğine bu mağduriyetin giderilmesine yönelik bir çalışmadır."(BBC Türkçe, 2016). Tartışmaların son bulmaması üzerine Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın yaptığı "… söz konusu kanun tasarısının görüşmeleri esnasında başlayan tartışmanın, kamuoyunda çok farklı tepkilere, eleştirilere, önerilere neden olmasının, konunun yeniden ele alınmasını gerektirdiği açıktır." (BBC Türkçe, 2016) şeklindeki çağrısı üzerine Adalet Bakanı Bekir Bozdağ ilgili tasarının geri çekildiğini bildirdi(BBC Türkçe, 2016).

Eleştirilerin genel kapsamı aslında reşit olmayan bir kız çocuğunun karar verebilecek kapasitede olmadığı varsayımına dayanan ve reşit olmayanla birlikteliğin suç kapsamından hiçbir bağlamda dışarı çıkartılmaması gerektiği sonucuna giden bir akıl yürütmeye bağlı gibi görünmektedir. Uluslararası hukuk uygulamaları gözetildiğinde 'cinsel istismar' suçlarının uzlaşma kapsamına alınmadığını da belirtmeliyim. Ancak bu acilen terkedilmesi gereken şabloncu bir tutum gibi görünmektedir. Anglosakson ülkelerde dikkat edecek olursak, cinsel eylemin cebir ve hile olmadığı sürece suç kapsamına alınması için gerekli koşullardan bir tanesinin on sekiz yaş olmadığı da açıktır. Dahası bu ülkelerden bir kısmı hem rızayı gözetmekte hem de taraflar arasındaki yaş farkının az olması yine hafifletici bir sebep olarak gözetilmektedir. Kanada yalnızca on dört yaş ve üzeri karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiyi değil ama aynı zamanda akranlar arası ilişkiyi de suç kabul etmemektedir. İngiltere on üç yaş ve üzeri kızlar söz konusu edildiğinde rıza halinde cinsel ilişkiyi bir hak olarak tanımlar ve cezai yaptırımın dışında tutar. (Anon, 2016). Dolayısıyla bu ülkelerde eylemin bireysel bir tutumda değerlendirildiği görülmektedir. Bu nedenle hem gelenek göreneklerinin farklılığı hem de yasal zeminlerinin farklılığı nedeniyle denetimli serbestlik kapsamında uzlaşmanın cinsel istismar suçlarına ilişkin olamayacağına dair yargı çok da makul görünmemektedir. Hali hazırda yasa transferi yapılmak istenen bazı ülkeler, rıza halindeki ilişkiyi suç kapsamına dahil etmemişler, bu kapsam dışılık ancak ve ancak cebir veya hile ile açığa çıkan suç unsuru için geçerlidir. Dolayısıyla şahsım adına hem bu yasayı ülkemiz için faydalı hem de uzlaşmaya tabi kılınabilecek bir edim olarak görüyorum.

Açıktır ki tıpkı bunalım süreci gibi paradigmanın değişimi de ilgili ekipmanı hazırlamak oldukça sancılı bir süreçtir. Bu noktada kamuoyuna ilişkin

düzenlemenin hızlandırılması adına ülkenin önde gelen üniversitelerinde onarıcı adalet anlayışının neliği, gerekliliği, amaç ve faydalarına ilişkin edebiyat ve hukuk fakültelerinde çeşitli derslere yer verilebilir. Bu dersleri alan her bir birey bu bilginin birer taşıyıcısı olarak topluma yayılacak ve toplumdaki suçluya af gibi görülen yanlış algının kırılmasına yardımcı olabilecektir. Bunun dışında suça ilişkin mevcut bazı kurumların isimlerinde yapılacak bir değişiklik halk nezdinde suça ilişkin alımlama biçiminin evirilmesine yardımcı olabilir. Yazılı ve görsel basında suç hikayelerinin suçu açığa çıkaran koşullara odaklanarak, aslında suç kavramının hiç kimseye uzak olmayan ama aksine çok yakın olan bir edim olduğunu gösterebilir. Bütün bu süreçlerin kamuoyunu paradigma değişimine hazırlamak noktasında uzun vadede faydalı olacağı kanaatindeyim.

Sonuç

Khuncu paradigma değişimi bağlamında cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına geçiş sürecinde yapmaya çalıştığımız değerlendirme göstermiştir ki, bunalım süreci olarak adlandırdığımız dönem daha çok pratik kaygılarla ciddi bir çıkmaza girene kadar paradigmaya bağlılık sürdürülmektedir. Yine Khun'un iddiasında olduğu gibi eski paradigmadan getirilen öğeler de söz konusudur. Onarıcı adalet anlayışında hapsetme kültürü tamamen yok edilmemiş olup, terminolojisi yine korunarak, bir başka sistem içinde edindiği yer ve nispeten değişen anlamıyla birlikte vardır. Bu hususa ilişkin olarak yine belirtilmesi gerekir ki, onarıcı adalet anlayışı bir paradigma olarak karşımıza çıktığı tarihten çok daha öncesinde Benjamin'de görülen hukuk anlayışının şiddeti şiddetle yok etme biçiminde kurulmuş olmasına ilişkin olarak yapılmış eleştiri ve bir alternatif olarak sunulan hoşgörü ve nezaket kavramlarında önerilmiş fakat yeterli kabulü görmemişti. Bu durum bilimsel topluluğun mevcut paradigmaya aykırılığı nedeniyle bazı önerileri bilimsel olmaması gerekçesiyle dikkate değer bulmuyor olmasına örneklendirilebilir. Yine bir paradigma bir kültürde çoktan terkedilmiş bir başka paradigma kabul edilmiş olmasına karşın, söz konusu eski paradigmanın bir başka kültürde devamlılığını sürdürebiliyor olması ayrıca bilginin doğruluk ölçütüyle algılanabilecek bir değer değil ama geçerlilikle sorgulanabilecek bir değer olduğunu aynı zaman diliminde göstermektedir. Bu noktada bir başka kültürde yaşanan paradigma değişimi, ilerde yaşanılabilecek problemleri önceden öngörmeye ve ona ilişkin bir takım önlemler alınmasına olanak sağlayabilecek değerli bir havuz olabilir.

Kaynakça

- Anon, (2016). [online] Available at: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_of_Basic_Principles_and_Promising_Practices_on_Alternatives_to_Imprisonment.pdf [Accessed 18 Dec. 2016].
- Anon, (2016). [online] Available at: http://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_25_1_49_70.pdf [Accessed 19 Dec. 2016].

- BBC Türkçe. (2016). Erdoğan: Hükümet istismar yasası eleştirilerini dikkate almalı - BBC Türkçe. [online] Available at: http://www.bbc.com/turkce/38054576 [Accessed 19 Dec. 2016].
- BBC Türkçe. (2016). Bozdağ'dan 'cinsel istismar' önergesi açıklaması: Konu kapanmıştır - BBC Türkçe. [online] Available at: http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-38061683 [Accessed 19 Dec. 2016].
- BBC Türkçe. (2016). Yıldırım: 'Cinsel istismar' düzenlemesi tecavüze af değil - BBC Türkçe. [online] Available at: http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38025270 [Accessed 19 Dec. 2016].
- Beccaria, Cesare, (1963), An Essay on Crimes and Punishments, tercüme: H. Paolucci. Indianapolis, IN: Bobbs-Merill.
- Bilgiç, Ş., (2016). [online] Available at: http://dergi.kmu.edu.tr/userfiles/file/Mayis20141/2m.pdf [Accessed 18 Dec. 2016].
- Koç, Canan, (2016). [online] Available at: http://www.turkishstudies.net/Makaleler/596442044_OlpakKo%C3%A7Canan_S-2431-2439.pdf [Accessed 18 Dec. 2016].
- Canan Olpak Koç, "Islah Edici Yöntemlerin Kurgusal Düzlemde Keşfi: Avrupa Sarı Kağıtları Yırtabildi mi?", Turkish Studies Journal, Vol. 7/4, Fall 2012, s. 2431-2439.
- Çetintürk, Ekrem, (2008), Onarıcı Adalet, Ankara, HD Yayıncılık, s.11.
- Çetintürk, Ekrem, (2009), Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, HD Yayıncılık.
- Erem, F., "Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi-Usul Psikolojisi -Mahpusun Psikolojisi", s. 323, Adil Yayınevi, 1997, Ankara
- Erem, F., "Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi-Usul Psikolojisi -Mahpusun Psikolojisi", s. 323, Adil Yayınevi, 1997, Ankara
- Foucault, M. (1995). Disciplineandpunish. 1st ed. New York: VintageBooks.
- Jahic, G. and Yeşiladalı, B. (2008). Onarıcı adalet, mağdur-fail arabuluculuğu ve ceza davalarında uzlaşma. 1st ed. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi.
- Işıktaç, (2016). [online] Available at: http://file:///C:/Users/et%C3%BC/Desktop/ceza%20adaleti%20a%C3%A7%C4%B1s%C4%B1ndan%20hapis%20cezas%C4%B1%20ve%20rehabilitasyon%20ili%C5%9Fkisi.pdf [Accessed 18 Dec. 2016].
- Kamer, Vehbi Kadri, (2008), Ceza Adalet ve İnfaz Sistemi İçinde Denetimli Serbestlik Sisteminin Önemi, Adalet Dergisi, 31. Sayı, Mayıs 2008, s.69.
- Kuhn, T. (1970). Thestructure of scientificrevolutions. 1st ed. Chicago: University of Chicago Press.
- Koparan, (2016). [online] Available at: http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf [Accessed19 Dec. 2016].
- Locke, J. (2016). Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara: Eski Kitaplar.
- Necati, N., Ataç, S., (2006), Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi, Ankara, Yetkin, s.33.
- Tırtır, Mustafa (2007), Kişiye Özgü Tedbir, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs, s.13

- Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Ankara Mart 2013, s. 109.
- Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı 'Uluslararası Yaklaşımlar'' (2015), İstanbul.
- Umbreit, M. (2000). Thehandbook of victimoffendermediation. 1st ed. San Francisco: Jossey-Bass.
- Rousseau, J. (2015). İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İleri, İstanbul: Say Yayınları
- Yavuz, H. A., Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.

Hapsetme Olgusuna Sistem Dışı Yaklaşım

Kurtuluş Tayanç ÇALIŞIR[1]

1.GİRİŞ

Sonra kendi kendime dedim ki, "Neden illaki hapsetmek seçeneğini seçmek zorundaymışçasına düşünüyoruz ki, hapsetmeden de ıslah etmek ve adaleti gerçekleştirmek olasılık dahilinde olamaz mı?"

***

1.1. Özgürlüğü, eşitliği ve adaleti tesis etme çabaları üzerinden gerçekleşen düşünsel etkinliklerin yürütüldüğü mekanlara ihtiyaç var. Yürek dokulu, insan kokulu mekanlara. Yaşamı savunduğu kadar, etrafına dirimsel bir enerji yayan, kelimelerin kuvvetini bilen ve buna inanan, heyecanlı ve umut dolu insanlardan oluşan böylesine **bir zihinsel görkeme sahip mekanlara ihtiyaç var. Ben de kendimce zihinsel bir enerji yaymak için bu mekandayım.** Bu duygu ve düşünceler içinde kaldırım taşlarına yazmak istediğim kelimelerle konuşmak amacındayım.

Türkiye'de ana siyasî söylemin ve pratiğin etrafında şekillendiği esas eksen muhafazakarlık olmaktadır; çünkü hiçbir zarar görmeyeceği sistem tarafından garanti edilmiş gibidir. Öyle düşünenler bu sistemin kafadan "iyi çocukları" dır. Onlar hiçbir zaman öteki olmazlar, öteki olanlara hoşgörü gösterme iktidarına sahip olurlar.

Mevcut bu durumun farkında devrimci duyarlılığı olan bir bilinç taşıyıcısı olarak, Platon felsefesinde cesaretinde bir erdem olduğunu bilmek ve cesaret erdeminin de yargı etiğinin önemli bir unsuru sayılması gerektiğine inanmak, insan onuru ve ona layık bir ceza adalet sisteminin kurulmasını arzulamak gibi yönlerimle sizin ve tarihin karşısındayım!

İnsan ruhunun yaşayan kadavraya dönüşmesine karşı bir tılsımla, ütopyaya oturtulmuş gerçekler dünyasında yaşadığımı hissediyorum. **Düzen, disiplin, hiyerarşi ve otorite kavramlarını beynim kabullenemiyor.** Bu nedenle felsefede ve hukuk felsefesinde derin ontolojik sorunlardan önce gündelik yaşam içindeki insanın elle tutulur sorunlarına yönelmek gerektiğini düşünüyorum.

Tarihsel, sosyolojik, psikolojik ve felsefi araçların tümünden yararlanarak, toplumun sorunlarına kalıcı ve sistemsel çözümler arayışını felsefi deneme ile; bunun oluş ve oluşum sürecinin yöntem ve ilerleyişini de edebiyatla yapmayı düşünüyorum. Ancak konuyu, toplumsal olanın dönüştürülmesine yönelik romansal bir kurgunun yazınsal ifadesi gibi pasif bir şekilde değil; hukuku dinamik bir bakış açısıyla ele alarak, ama adalet kavramını idealize edilmiş bir soyutlama olarak değil, tarihsel bağlamında değerlendirerek açıklamayı düşünüyorum.

1 Erzurum Cumhuriyet Savcısı-Yazar-Şair

Çıkarım ve kıyas yapmaktan ya da ne bileyim felsefedeki epistemolojik bir kanıtı öğrenmekten ya da ona ulaşmaktan imtina eden akıl gibi değil; sonuçlara, bir olgu ve gerçeklik olarak bakmak hangi noktada mümkün olabilir diye düşünmek istiyorum. Ve çok iyi biliyorum ki, günümüzde dünyayı şekillendiren şey, son kertede de olsa insanların nesnelere yönelmiş arzularıdır. Bunun bilincinde olmak dolayısıyla da **cezanın insancıllığına yönelik soruşturmamı, kötülüğün temellendirilmesi ve yönetme ahlakı aracılığıyla yapmak gayretindeyim. Bunu da kömürcü dükkanında bembeyaz bir önlükle çalışan bir yargıç titizliğiyle yapmaya çalışacağım.** Zira üzerinde durduğum konu, hukukun yüzyıllardır üzerinde durduğu ve son 300 yıldır da önemli ve etkin bir yol katedemediği hapsetme ve kapatma olgusuna dair olmakla, adalete dairdir. Ve hepimiz çok iyi biliyoruz ki adalet en küçük bir kokuyu ve lekeyi kaldıramaz. Aksi halde tuz kokmuş, kan kanser olmuş demektir.

Jean-Jacques Rousseau'nun "*İnsan özgür doğar ve her yerde zincire vuruludur. Biri kendisinin başkalarının efendisi olduğuna inanır ve gene de onlardan daha köle kalır. Bu değişim nasıl oldu? Bilmiyorum. Onu ne meşru kılabilir? Sanırım bu soruyu yanıtlayabilirim*." dediği gibi, sanırım ben de **hapsetmenin insan doğasına aykırı olduğunu, bunun yönetici elitin çıkarlarına giden yolda icat edilmiş en kötü buluşlardan birisi olduğunu, insan zihninin insan onuruna yaraşır yeni cezalandırma yöntemleri bulabileceğini yanıtlayabileceğimi düşünüyorum.**

Ne yazık ki, yürekli ve onurlu insanların marjinal pozisyonlara düşürüldüğü günlerden geçiyoruz. **Etrafımda gördüğüm haksızlıkların sorumluluğunun kendimde olmadığını biliyorum, ama yine de obsesif bir şekilde sorumluluğunu sırtımda taşıdığımı düşünüyor, kompulsif bir şekilde isyan ediyorum.** Yani elimde değil bu sorumluluğu hissetmemek ve isyan etmezsem kötü bir şey olacakmış sanrısı içine düşmemek…

Gerçekleri görüyorum her taşın altında, gidip bütün taşları kaldırıyorum yerinden, sonra kayaları ve nihayetinde de en büyük gerçeklerin altına gizlendiğini düşündüğüm dağları yerinden oynatmam gerekiyor ve ben hiç duraksamadan yapıyorum bunu. Fakat o de ne? Mitolojideki bütün tanrılar dağın üstüne oturup, altından gerçeklerin çıkmaması için ayak diremiyorlar mı? Ve ben o anda o tanrıların kulu olmayı reddediyorum. Hissettiğim duygunun adı "isyan" oluyor. Çok yapışkan bir duyguymuş meğerse, bir türlü sırtımdan atamıyorum. Bir rodeo boğasının kızgınlığının boyutunu şimdi daha iyi anlıyordum.

Düşüncelerini ve duygularını dünyanın yargısına, oyuna ve onayına sunabilme cesaretin varsa, o düşünce ve duygularını hak ediyorsun demektir. Ayrıca vicdanım aç bir çocuk gibi ağlıyorken nasıl sustururum ben onu. Hem ben içinde insanlık geçen şiirleri sevdiğim gibi severim böyle güzel düşünceleri dile getirmeyi. Avazım çıktığı kadar bağırarak türkü söylemek gibidir onları dile getirmek.

2. GELİŞME

*İnsan bilincinde bir kötülük ve hayvan bilinçsizliğinde **bir ceza çekiş, kimi ıslah etmiştir ki?**

***

2.1. Belki sizler kadar güçlü akademik altyapım olmayabilir, ama derin hukuk deneyimimi kısmi akademik altyapımla birleştirdiğimde pratik ve teorinin bir senteziyle karşınıza çıktığımı düşünerek kendimi görece şanslı hissediyorum.

Öncelikle değinmek istediğim konu; bu sempozyuma katılmaktaki amacım, akademik ya da mesleki herhangi bir liyakat unsuru olarak CV'imde yer alsın diye olmadığı gibi, "ceza meselesine yaklaşımım klişelerin çok ötesinde olmalı" diye de değil; ceza yaptırımları alanındaki reform düşünceleri konusundaki fikir tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmak ve insanlık için bir adım daha atabilmek için düşündüm, yazıya döktüm ve bu sempozyuma katılıp dile getirmek istedim.

Öyle bir zamandan geçiyoruz ki, sıradan bir gerçeğin dile getirilmesi de önemli ve kayda değer bir etik değer içerir oldu. Dolayısıyla gerçeği dile getirmenin yöntemi de etik olmak zorundadır. Bu nedenle gerçekler söz konusuysa söylenebilir olanı söyleyememek ve söylenmemesi gerekeni söylemek etik sınırın dışında kalır. Başka bir deyişle gerçekler acı da olsa, aleyhinize de olsa söylemelisiniz demektir. Özellikle değerli hukukçu Sami Selçuk'un hukuk uygulayıcılarının bilimsel eleştiri konusundaki etik yaklaşım ve tutumlarının nasıl olması gerektiği konusunda söylemiş olduğu şu cümleyi olduğu gibi aktararak, bildirimin içeriğinin yargıçlık mesleği etik kuralları çerçevesinde olacağını belirtmek isterim: *"Yargının önündeki somut olaylarla ilgili konuşmayı doğru bulmam. Kimseye de tavsiye etmem. Ancak hukuk kamuoyuna temel ilkelerini anımsatmak yükümlülüğünden de kaçınamam."*[2] İşte, tam da Sami Selçuk üstadımın da dediği gibi, bu bildirimde yargının önündeki somut olaylarla ilgili herhangi bir bilgilendirmem, açıklamam, yorumum ya da eleştirim söz konusu olmayacaktır. Yapacağım şey kelimenin tam anlamıyla söyleyecek olursam: hukukun genel ilkelerini, geleceğini, toplumu ve felsefi ve tarihsel ilerlemeyi bir çıta daha yükseltmek isteyen okuyan, düşünen, bilgi üreten ve hukukun, felsefenin sosyolojinin ve toplumun sorunlarına çare arayan duyarlı bir yurttaş olarak bir tür manifesto tarzı bildiride bulunmak olacaktır. Tam olarak katılmasam da, Kant'ın meslek etiği konusundaki düşünce çerçevesinin dışına çıkmayacağım. Başka bir deyişle Kant'ın *"Bir kimsenin eleştirilerinden ötürü işinin gereğini yapmama özgürlüğü bulunmaz. Kişinin eleştirilerine rağmen işini yapmasını, eleştirilerini ise toplumla paylaşmasını öğütlemesi"* şeklindeki çıkışına uygun açıklamalarım olacaktır.

Felsefe ve sosyolojiye özel merakı olup da uygulamanın içinden gelmiş ceza hukuku yargıcı olarak, burada ceza

2 SAMİ Selçuk, "Haşim Kılıç Dostumdur Ama Sözleri Çok İncitici", http://www.gazetevatan.com/hasim-kilic-dostumdur-ama-sozleri-cok-incitici-360416-gundem/, Erişim Tarihi: 25.03.2017.

hukuku yaptırımlarının tarihine bakışı bir tarih okuması dâhilinde sunmayacağım. Başka bir deyişle bu bildiride hapsetmenin amacını, tarihini ya da hapishanelerin işleyişine dair teori veya pratikleri anlatacak değilim.

Tamam, kabul etmek zorundayız ki, nicel anlatımlar nitel anlatımlara oranla her zaman daha bilimseldir. Ancak sosyal bilimlerle uğraşıyorsak dilimizin öznellik ve değer taşıyan betimlemelerden arınması olanaksızdır. Bu bakımdan nitel anlatım sosyal bilimlerin zorunlu unsurudur. Dolayısıyla sosyal bilimler alanında yaptığınız çalışmalarda konunun tarihselliğini ortaya koymaya çalışan bir yol izlemeniz gerekli olsa da, çalışmanın kapsamında soyut-teorik olan ile ampirik-tarihsel olan arasındaki ikiliği aşma gayretinin ötesine geçmeye niyetli değilim.

Ayrıca sistemin verili hukuk normları ve meşrulaştırıcı üst yapı kurumlarının ideal olanı simüle ederek dayattığı bakış açılarının izinden de gitmeyeceğim. Başka bir deyişle akademik izah tarzında anlatıda bulunmak değil, felsefi bir tarzda, ama pratiği de ihmal etmez bir bakış açısıyla bir tür manifestoda bulunacağım. Başka bir deyişle felsefi düşüncem ile karakter yapımın doğal bir sonucu olan özgürlük yanlısı yapımın üzerine inşa ettiğim hukuk nosyonumla/kavrayışımla ulaştığım ve meslek yaşamımda edindiğim bir miktar mesleki tecrübe ile teşhiste bulunup, genel bir reçete çerçevesi çizeceğim. **Ancak hiçbir zaman devletin bekası problemi, siyaset ya da 3. dünya ülkesi aydınının Batılılaşma sürüveni ile yakından ilişkili ya da tercümeye veya alıntılara dayalı bir sunum yapmayacağım.**

Cezalandırma ile işkenceyi birbirinden ayırt etmenin zamanı gelmiştir diyeceğim. Hapsetme olgusu yerine neyi koyacağımızı belirlemek ayrı, hapsetmenin insancıl olmadığı ve failden başkalarını da cezalandıran bir toplu cezalandırma ve hatta bütün bir topluma gözdağı verme aygıtı olduğunu kabul etmek ayrı bir konudur. Elmalarla armutları karıştırmak istemiyorsak, önce yanlışı teşhis etmeli ve buna uygun yeni bir cezalandırma sistemi getirmeliyiz. Bu söylemim de açıkça ortaya koymaktadır ki, cezasızlık önermiyorum, cezanın, işkence uygulamalarını çağrıştıran yöntemlerinden vazgeçilmesi gerektiğini ileri sürüyorum.

Hapishane ve kapatma konusunda en büyük ve temel diyebileceğimiz eserlerin sahibi olan büyük düşün insanı Michel Foucault'un hapishane sorunu üzerine kitaplarının, Tunus'daki siyasi faaliyetleri dolayısıyla bir düşünce suçlusu olarak 10 yıl hapiste kalan Ahmed Othmani ile tanışıp, onun davasına müdahil olup, tanıklık etmeye çalışıp, Tunus'ta ziyaret etmesinden sonra başladığını3 biliyoruz. Bu da bize şunu göstermektedir ki, ne kadar büyük filozof ya da düşün insanı olursanız olun, çözümün bir parçası olmak istiyorsanız, sorunun tam göbeğinde bir meşguliyetiniz olmalı, sorunu ve sorunun doğurduğu mağduriyetleri yakından tanımalısınız ki, o zaman so-

3 Aslıgül BERKTAY, Ahmed OTHMANİ ile yapılan "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşiden alıntı, *Cumhuriyet Pazar Eki*, 25 Ocak 2004.

runa layıkıyla bir çözüm bulabilesiniz. Bu açıdan hapsetme ve kapatma cezaları konusunda düşünürken çözüme katkım olabilmesi anlamında kendimi mesleğim açısından şanslı hissediyorum.

Sözlerim, aykırı olanı korkusuzca gündeme getiren ya da çılgınca ve yeni bir fikri fütursuzca dile getiren avangart bir filozof özentisi olmanın dışavurumu olmayacaktır.

Beni anlamak istemeyen sistem meşrulaştırıcılarının aklından yine ve her zaman olduğu gibi: "Felsefe yapmak her zaman olduğu gibi, hep uçuk ve soyut şeylerden söz etmek anlamına gelmiştir." gibi düşünceler geçeceğinden de eminim.

Kafka diyor ki, "*Bir elmanın değişik görünüşleri olabilir: Masanın üzerinde elmayı şöyle bir görüvermek için boynunu uzatan çocuğun görüşü ve bir de, elmayı alıp onu masadaki arkadaşına rahatça veren evin efendisinin görüşü*"[4] Belki de **burada öne sürdüğüm düşünceleri Kafka'nın söylemindeki masanın üzerinde elmayı şöyle bir görüvermek için boynunu uzatan çocuğun masum bakış açısıyla oluşturduğumu düşüneceksiniz haklı olarak.** Zaten benim istediğim de budur. Bu isteğimin kolay fark edilmesi ve daha kolay sonuç elde etmek için de akademik ya da entelektüel bir gösteriş ve ego uğruna dili anlaşılmaz kılmayacağım. Kısaca söylemek gerekirse, hapsetme olgusuna dair içselleştirdiğim bakış açımı "düşünümsellik" içinde, başka bir deyişle içselleştirilmiş dışavurumla anlatacağım.

Aslına bakarsanız, **bugün burada söyleyeceklerime, (kendi adıma) alışılmış bilgilerden kurtulma çabasıyla atılmış birkaç adım da diyebiliriz. Etkin insan (özne) olarak düşünmek diyorum buna ben.** Açıklayıcı bir ifade ile söyleyecek olursam; bilmek suretiyle bildiklerini yorumlayabilen özgür bir akıl yardımıyla oluşturulan bilinci hareket ettiren irade isimli kuvvetle düşünme etkinliğinde bulunmaktır. Bir etkin insan olarak düşünmek etkinliği ise, içinde yaşanılan bir toplumun ve kendisini var kılan bir zamansallığın mevcudiyetini koşul olarak koyar. Böyle bir etkin düşünce ideali olan öznenin, iradesini geçerli kılabilmek için özgürlüğü kendisine öznel bir hedef olarak koyacağından kuşku duyulmamalıdır. Bu kuşkusuzluk halinin temelinde yatan ana etken özgür akla duyulduğu varsayılan güvendir.

2.2. Eski dinsel metinlerde (örneğin Eski Ahit ve Kur'an-ı Kerim'de) "katletmeyeceksin" ya da "çalmayacaksın" gibi hükümler varken, neden *"kimsenin özgürlüğüne göz dikmeyeceksin, kimseyi kapatmayacaksın, hapsetmeyeceksin"* gibi hükümler yok dersiniz. Yoktur, çünkü o zamanlarda özgürlüğün kıymeti bilinmiyordu. **Yoktur, çünkü özgürlük varsayılan tanrı suretlerinin nitelikleri arasında sayılmıyordu.** Örneğin Eski Ahit, Musa'nın 1.Kitabı, 9:6.'da: *"Her kim insan kanı dökerse, onun kanı da insan eliyle dökülecektir; çünkü Tanrı insanı kendi suretinde yarattı."*[5]

4 KAFKA, Franz, *Aforizmalar*, Çeviren: İlknur Altun, Beda Yayınları, İstanbul, Ağustos 2004, s.14.

5 Bkz. OZANSÜ, Cemil Mehmet, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi,* On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mayıs 2014, s.118.

denmektedir. İşin ironik yanıysa, eğer o zamanlarda özgürlüğün kıymeti biliniyor olsaydı, yöneten sınıf öncülüğünde eminim ki, insanların elinden ilk önce özgürlüklerinin alınması tehdidi bir ceza olarak öne sürülecekti. Zira en etkili tehdit, insanların en çok değer verdikleri şeylere yönelen tehditlerdir.

2.3. Kapatarak adalet sağlamak, hiç de insancıl değil. Gerek modern hukuk sisteminde ve gerekse de post modern olduğunu iddia eden sistemlerde olsun, **hapsetmek ve kapatmak olgusu engizisyon işkencelerini çağrıştırmaktadır. Özellikle özgürlük bilinci gelişmiş aydın insanlar bakımından hapis cezası tam bir işkencedir.** Özgürlük bilinci gelişmemiş olanlar bedensel cezalardansa hapis cezasına razı olmuş görünseler de aslında onlar da bu cezaya hiç bir zaman razı değillerdir. Zira hapsetmekle sadece kendilerinin değil, başta çocukları, anne ve babaları, eş, dost ve diğer sevenleri de cezalandırılmış olmaktadırlar.

Suçlar cezasız kalsın demiyorum, özgürlükten yoksun bırakmak işkencedir ve 18. yüzyıl Avrupa'sında bile uygulanan bedensel azap çektirmenin inceltilmiş, gözden kaçırılmış, perdelenmiş ve ustalıkla yönetilen sınıfın insancıl algısından kaçırılmış modern hukuk pratiğidir diyorum. Bu durum özellikle siyasal suçlarda ve insan bedenine yönelik olmayan (örneğin mala yönelik ve ekonomik) suçlarda apaçık bir dram olarak kendini sunmaktadır.

Birden fazla insanın bulunduğu her ortamda ilişkilerin düzenlenmesini sağlamak üzere mutlak surette kurallar bütünü olacaktır. Aksini iddia etmek fiziksel ya da zihinsel olarak güçlü olanın diğerlerine üstünlük kurmasıyla sonuçlanır ki, bu durum da uygar insan ilişkileri açısından olumsuz bir durumdur. Olması gereken; eğer bütün insanların, herkesin hakkına saygı göstermesiyse ki öyle, bu durumda kaba kuvvetin (bu kaba kuvvete başvuran fiziksel ya da zihinsel üstünlüğü elinde bulunduran olabilir) yerini alacak kurallar bütününe/hukuka ihtiyaç vardır. Aksi halde de toplum halinde yaşanacağı muhakkak olmakla birlikte, orada ezenlerin ve ezilenlerin olduğu, hiç kimsenin can güvenliğinin olmadığı bir düzensizlik egemen olacaktır. Bu durum da insan onuruna aykırılık oluşturacak pek çok durum ve sonuçla karşılaşmamıza sebep olacaktır.

2.4. Bazı insanların kötülüklerini çözümleme konusunda psikanaliz yetersiz kalmaktadır. Çünkü onların kötülükleri ruhsal bir sorun değil, ideolojik bir sorundur. Bazı kavram ve olguların gerçekliği hakkındaki ortak algı ve bilinç biçimleriniz 2500 öncesinden de geri olabilmekte ne yazık ki. Hapsetme ve kapatma konusundaki acı gerçekler o kadar net ve gözümüzün önünde cereyan etmektedir ki, nedense herkes o gerçeklerden kaçar, görmek ve karşılaşmak istemez. Wolfgang Borchert'ın dediği gibi: "*Gerçek, kasabanın fahişesine benzer. Onu herkes tanır, ama yine de sokakta karşılaşmaktan utanç duyar.*"

Her şeyin ama her şeyin hemen hemen paradoksal olduğu, bir çok çelişkinin iç içe geçtiği, kimin düşüncesinin kimin zihninde olduğunun belli olmadığı, ideolojilerin taşıyıcısının ve belirtilerinin görüldüğü siyasal partilerin kendini

zıt kutuplarda gösterdiği enteresan bir dönemde yaşıyoruz. En vahim olanı ise, kötülüklerin, ırkçılığın ve faşizmin bir subklinik enfeksiyon gibi, belirti göstermeden veya belirgin işaretleri gözlemlenemeden yaşamın neredeyse bütün alanlarını kuşatmış olmasıdır. Üzülerek görmekteyim ki, çağımızda, bildiğimiz türden bedensel kölelikten de kötüsü, fikirsel kölelik ortaya çıkmıştır. Sanki Lerna Bataklığı'nda yaşayan ve onlarca başı olan Hydra isimli dev yılanın kölesi olmuşuz.

İnsan türü hiç bu kadar köle olmamıştı. Emperyalizm yeni tür bir kölelik inşa etmektedir. Bu kölelik fikir köleliğidir. Bu türün en tehlikeli ve sinsi yanıysa "akla aykırı görünmemesi" için sosyolojik tüm üst yapı kurumlarının aynı anda kullanılarak, insan ruhunu ve aklını çepeçevre sarmış olmasıdır. Örneğin, zaten o yüzden sol felsefeyle diğer her şey bu kadar iç içe geçmiş bir görüntü sergilemektedir. Tam da bu yüzden, ne solcular solcu ne de sağcılar sağcıdırlar artık.

Oysa, insanı diğer canlılardan ayıran özelliği ne iki ayak üstünde durması, ne elini kullanması, ne pişirerek yemek yemesi, ne hem et hem de ot yemesi, ne de dışkılamasını uluorta yapmamasıdır; insanı diğerlerinden ayıran şey özgür iradesi olmasını sağlayan bir aklının olması ve bunun sonucunda da onurlu bir yaşam sürme olanağına sahip olmasıdır. Bu olanaktan kendini soyutlamış insan kardeşlerime bazen felsefi bir alışkanlığın tesiriyle olsa gerek, **"tümellerin imlediği tikeller gibisin be kardeşim; tamamen soyutlamadan; başka bir deyişle yokluktan ibaretsin" diyesim geliyor.**

Neden söylenmesi gerekenleri söylemeyip, söylenmemesi gerekenleri ısrarla tekrar eder ki akıllı bir insan! **Kant'ın da çeşitli şekillerde ifade ettiği üzere, bir akıl sağlıklı olduğu ölçüde içinde iyiyi isteyen ana yönün dışına çıkmaz; bu aklın olağan iklimidir**. Bu iklim, baharın her yıl geldiği gibi, güneşin her gün doğduğu gibi ve varolan bir şeyin keşfedilmeyi beklediği gibi ortaya çıkartılmasını bekler.

2.5. Köleler, özgür ruhlu olmayı delilik sanırlar. Alejandro Jodorowsky'nın deyişiyle söyleyecek olursam, *"Kafeste doğan kuşlar, uçmayı hastalık sanırlar."* Özgürlüğü yaşayabilmek için düzen ihtiyacı duyan insan, özgür yaşama hedefini yok eden bir sistemi kurduğunu ne zaman anlayacak? Yönetme fikriyle yolları ayıran düşünme biçimini kurgulamanın zamanı geldi de geçiyor bile. Bütün otoritelere kafa tutmalıyız. Özgürlüğümüzü kime karşı ileri sürmek zorundaysak, düşmanımız odur. Özgürlüğümüz, umutlarımız, geleceğimiz ve dahası yaşamlarımız hakkında karar vermek başkalarının elinde olmamalı. **Yanlış anlaşılmasın efendi köle diyalektiğini tersine döndürmekten bahsetmiyorum ben; efendi ve köle kavramlarını tarihin mezarlığına gömmekten bahsediyorum.** Bundan bahsederken, Dünya'nın evrenin merkezi olmadığını iddia eden Kopernikus'un Dünya'yı evrenin merkezi olmaktan çıkartmayıp, yalnızca bir gerçeği saptadığı gibi açık bir şekilde saptamak istiyorum.

2.6. Tarihin her döneminde yöneten ve yönetilenler ayırımı yoktu. Örneğin Prehistorik çağlarda yönetenler ve yönetilenler diye bir bölünme oluşmamış-

tı. Bu türden bir ayırım ancak ilk devlet oluşumlarıyla birlikte ortaya çıkmaya başlamıştır. Yine aynı dönemde Ahiret kavramı da ortaya çıkmıştır.[6] Yönetmek kavramıyla neredeyse özdeşlik ilişkisi içinde olduğu için siyaset veya politika kavramlarının yöneten sınıfın icadı bir hinlik olarak ortaya çıktığını akıl yürütmeyle bile anlamak kolaydır.

Yöneten sınıfın zaman içinde kendi kötülük ya da baskısını başkalarının iyiliği için gerekli gören bir zihniyet yapısına bürünerek, tarih boyunca varlıklarının sorgulanmasını önleme endişesiyle başvurmadıkları baskı yöntemi neredeyse kalmadı. Zaman içinde özgürlükler daha çok nesneleşti; gıdım gıdım da olsa nesneleşmeye devam etti ve pazarda geç saatlerde alıcı bulan beğeni dışı ürünler gibi gittikçe ucuza gitmeye başladı. Yöneten-yönetilen ilişkileri böylece ve tabiri caizse fetişleşmeye başladı. Bu fetişleştirmenin sonucunda ise, bildiğimiz köleliklerin dışında ortaya devletin memur köleliği çıkmaya başladı.

Sonra devlete karşı muhalif safta olanlar tarihin her döneminde baskı, zulüm ve işkence görmeye başladılar. Bu da onları susturamayınca, egemenler "hapsetme" ve "kapatma" olgusunu keşfettiler. En nihayetinde de kötülük mutlak manada doğmuş oldu. Kısacası kötülüğün doğuşuna, gelişmesine ve hapsetme olgusunun bir çığ gibi büyümesine kaynaklık eden ana damar yönetme/hükmetme ihtirası oldu.

Adalet söz konusu olduğunda, ortaya atılacak bir kısım sorular insan zihnini bulandırmaktadır. Örneğin, hangi hukukla adalet, kimin için adalet, nasıl adalet, ne zaman adalet, neye karşı adalet gibi pek çok soru işareti zihinlerde belirmektedir ki, bunun sebebi de hukukun, her zaman ve her toplumda egemen anlayışı temsil eden düşünce çerçevesinde adalet arayışında olmak zorunda kalmasındandır. Tam da bu nedenle adaletin egemenlerin ve güçlünün çıkar araçlarından birisi olduğunu iddia edebiliriz.

2.7. Bundan yaklaşık 28 yüzyıl önce büyük ekonomi tarihçisi ve şair Hesiodos'a göre, işleri güçleri saldırmak ve öldürmek olan, korkunç, kuvvetli ve sonunda birbirini yok etmiş olan insanların yaşadıkları çağın adı, "Tunç Soylular Çağı"dır. Sanırım başta ABD'li ve Avrupa'lıların özelliklerini o günden görmüş ve hissetmiş. Haklısın Hesiodos, ABD'li ve Avrupa'lılar Tunç Soylular Çağı'ndan kalmadır. Yine onların icadı olan hapsetme ve kapatma da o Çağ'dan kalmadır. Ancak öyle bir zamanda özgürlüksüz bir toplum tahayyül edilebilirdi. Ve onlar hapis cezası ile özgürlüksüz bir toplumun en dramatik prototipini yaratmayı başardılar. (!)

Bir yazarın özyaşam öyküsünün bir yerinde şöyle yazıyordu: "Fikirlerinden dolayı 5 yıl hapis yattı" Bu nedir allah aşkına? Nasıl bir çağda yaşıyoruz böyle? Düşündüğü için ödüllendirilmesi gerekenlerin hapis yatması ne demek?

Yine felsefi açıdan sesli düşünecek olursam, benim düşüncem, insan bedenine yönelik suçlar (insan öldürme, insan yaralama, cinsel saldırı gibi suçlar)

6 RUBEN, Walter, "Eski Yunan'dan Bir Asır Önce Felsefe Hint'te başladı", Sadeleştiren Emrah MARAŞO-Harun ÇAKAN, *Bilim ve Ütopya*, Sayı:272, Şubat 2017, s.23.

dışındaki suçlar için hapis cezası dışında yaptırımlar öngörülmelidir. Hatırlatmak isterim ki; Orta Çağ'da Kilise, cezanın ruha yönelmesi gerektiğini düşünüyordu. İşte bu yüzden hapsetmenin bir "ceza" olgusu olması Kilise hukukuyla birlikte doğmuş ve yine onunla birlikte yaygınlaşmıştır. Bunun temelinde yatan felsefi gerekçelendirme ise, dini fikirlerin aşkın doğasının çarptığı aklın, Hristiyanlık inancı ile birlikte engizisyon denilen şiddet ve işkence hukukunu doğurmuş olmasında gizlidir. Trajik olansa Roma Kralı Iustinianus döneminde Hristiyanlığın yaygınlaşması üzerine, çoğalan Hristiyanları kontrol altında tutmak için bir hapishane yapılmış olmasıdır.

2.8. Cezalandırmanın (bugün işkence olarak kabul edilen) fiziksel formlarından kurtulan insan türü, onun (belki yüz yıl sonra işkence olarak kabul edilecek olan) psikolojik formu olan hapis cezasından da kurtulmasını bilecektir. Cezalandırma pratiklerini fiziksel ve psikolojik formlarından ayırmanın zamanı gelmiştir. Felsefe, sosyoloji ve hukuk bilimi insan onuruna yaraşır yepyeni bir yaptırım formu bulmakta daha fazla gecikmemelidir.

2.9. Ceza bir adalet pratiği midir? Ya da ne kadar adalet pratiğidir veya adalet pratiği olmasından daha çok işlev yüklenen yetke alanları var mıdır? Her türlü güç ilişkisinden kendisini kurtarıp, tek başına, yalnızca adaleti temsil kabiliyetine sahip bir hukuk düzeni ve bu düzenin devamını sağlayabilecek bir yaptırımlar toplamı olabilir mi?

Hapsetmenin ve kapatmanın haksızlık nedenlerini bir bir ortaya koyabilmek için, bir felsefi yöntem belirlemek zorunda mıyız? Zorundaysak, nedenlerden mi sonuca gideceğiz, sonuçlardan mı nedenlere ulaşacağız? Başka bir deyişle tanıtlamamızı usavurmayı *a priori* mi yapacağız, *a posteriori* mi? Gerçekliğin özünün cisimsel olmadığını öne sürmekten çok öte bir düşünce bu; bu bir inanış. Ve hatta saplantı halini almış bir inanış İhtiyaç duymayan anlamında "ihtiyaçsız" felsefenin güncelliğini yitirmeyen konusu olarak cezanın özgürlüğü hedef almasının anlamı nedir?

3.CEZA NEDİR

*Ceza hukukunun, cezalandırma hukuku olarak algılanmasından vazgeçilmelidir.

***

3.1. Öncelikle belirtmeliyim ki, bir hukukçu ve bir felsefecinin ilk farkındalığı, kavramların ve sözcüklerin anlamları ve kullanım amaçlarına yönelik olmalıdır. Özellikle küresel sermayenin, emrindeki üst yapı kuruluşları vasıtasıyla her türlü kavramın ve değerin içini (bilinçli olarak) boşalttığı bu bulantı çağında.

"Ceza nedir" in yanıtını vermeden önce, tanımlama olgusuna felsefi yaklaşmak gerekirse, tanımlamanın bir şeyin ayırt edici özelliklerini açıklayabilmek bakımından faydası ile birlikte tanımlanan nesne ya da kavramı, yaptığımız tanım çerçevesine hapsetmiş olmak, ona bir sınır çizmek gerçekliği paydasında ele almak gerekir. İşte bu nedenle tanımlamak olgusu, Sokrates'ten bu yana felsefenin en temel sorunlarından birisi olagelmiştir diyebilirim.

Her toplumun adalet duygusu farklı düzeydedir. Zira her toplumun ruhunu oluşturan yaşam biçimi, kültürü ve üretim tarzı farklı farklıdır. Yaşamak için toprağı işlemek zorunluluğu olan toplumlarda sınır ihlali ve toprak işgali nasıl hayati önemde bir suç sayılıyorsa, ticaretin önemli olduğu toplumlarda da yol kesmek, yağma ve diğer mala karşı suçlar da o derecede hayati önemde suç sayılmıştır. Dolayısıyla da suçun hayatiyetiyle orantılı bir ceza politikası geliştirmişlerdir. Bu bakımdan neredeyse her toplumun "ceza" kavramı tanımı farklılıklar içermektedir.

Ceza kavramı, aslında hukuk biliminden önce sosyolojinin ve felsefenin konusu olması gereken bir kavramdır. Dolayısıyla salt ceza hukukuna ait bir kavram olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan kavramın irdelenmesine sosyolojik ve felsefi boyutuyla başlanmalı, ceza hukuku politikaları için bir araç olarak kullanılırken de sosyolojik ve felsefi değerlendirmeden yararlanılmalıdır. Kısacası bu kavramı, salt ceza hukuku bakımından incelenirse, işin esasının gözden kaçırılmış olmasının yanı sıra çerçevesi de yanlış çizilmiş olunacak, dolayısıyla kavrama dahil olan pek çok unsurun inceleme dışı bırakılmasına neden olunacaktır.

İşte burada devreye olumluluğun kötülüğü ya da insanın kendi kendini hapsetmesi olgusu giriyor. Weber›de bunu görememiş, diye düşünüyorum. Başka bir deyişle doğal yaşamın rasyonalite ile göz göre göre enfarktüsüne neden olmak. Ya da kısaca ve haddim olmayarak bir aforizma tarzında söylemek gerekirse, öznenin kendi özneliğinden gönüllü vazgeçmesi. Kendisi adına atılacak bütün olumlu adımları bürokrasiden beklemek konformizmi adına özgürlük imtiyazından vazgeçiş ve devamında asırlar boyunca devam eden ve devam etmesi muhtemel bir öğrenilmiş çarsizlik olgusu. İnsanın kendi kendine yetmemesinin kabullenişi. Kılıfı da "insan sosyal bir varlıktır ve her işin bir uzmanı vardır" meşrulaştırıcı akademik saptaması.

Kanaatimce ceza hukukçularının düştükleri en büyük yanılgı, ceza olgusunu, suç temelli tanımlama eğiliminde olmalarıdır diyebilirim. Tıpkı Anglosakson felsefe geleneğinin, ahlâkı birey temelinde tanımlama eğiliminde olması gibi.

Bazen de (özellikle ceza hukuku uygulayıcılarında görülen haliyle) empatik bir zorlanmaya dayalı olarak adeta fantastik bir tanım yapıldığı görülüyor ve sonuçta istemsiz bir şekilde kavramsal ve anlamsal sendelemeler gözlenebiliyor.

Çoğu zamanda belli bir ideoloji ve akımın savunucuları, kendilerini bağlı hissettikleri ideoloji ve akımın öğretilerinden yola çıkarak ideolojik veya akımsal tercihlerini haklı çıkaracak deforme tanımlar ortaya koymaktadırlar ki, ortaya koydukları tanımların kategorik işlevsel yanları ile ilişkilendirilebilecek önemli bir tasnif ölçütü ortaya koyamadıkları için bilimsel objektiflik sağlanamamaktadır. Kaldı ki, içeriği belirlemeğe yönelik bu türden tanımlarda birlik yoktur.

Kimi tanımlar da vardır ki, sanırsınız ki, tüm evreni anlama çabasının bir ürünü gibi makalenin girişini, gelişmesini hatta sonucunu belirler olmuş.

En ideal gibi görünen bir kısım tanımlamalar ise, oldukça uzlaşımsaldır. Biraz nohut, biraz fasulye, biraz buğday, kuru kayısı, kuru incir, sarı üzüm, kuş üzümü, toz şeker vb. pek çok maddenin bir araya getirilip aşurenin oluşturulduğu gibi.

İşte bu türden tanımlamalar, özellikle konu bütünlüğü bakımından kulağa "hoş" gelen "boş" tanımlamalar olmaktadır çoğu zaman.

Konumuz bağlamında en ideal tanımlama ise, kavramın içerdiği kötülük ya da iyilik felsefece nasıl algılanıyorsa o pencereden bakmayı gerektirmektedir. O nedenle tek bir düzlemde özgül olarak betimlemeye yer veren kalıplaşmış belli bir tanımlama getirmekten kaçınmak gerekir. Aksi takdirde ilgili kavramın ya da olgunun gerçekliğini değil, gölgesini; başka bir deyişle egemen ideoloji ya da gücün simüle ettiği gerçekliğe ilişkin sözde tanımı yapılmış olur. Eğer simüle edilmiş gerçeklikler üzerinden verili tanımları baş aşağı çevirmez isek, sonuçta simüle edilmişliğin çemberi etrafında dönmekten başka bir şey yapmamış oluruz.

Ceza tepkisel bir sonuçtur, suça karşı tepkiselliğin sonucu. Dolayısıyla suç kavramı üzerinde düşünmeden ceza kavramı üzerinde düşünmek, ahkâm kesmek olacaktır. O nedenle öncelikle suçun sosyolojisi ve felsefesini irdelemek gereklidir. **(Sempozyum zamanımızın sınırlılığı ve suç konusunun ayrı bir makalenin, hatta kitap çalışmasının konusu olacak kadar geniş kapsamı dolayısıyla, şimdi burada "suç" konusunda açıklama yapılmayacaktır.)**

Bu açıklamalar ışığında "Ceza Nedir?" in yanıtı üzerinde kısaca duracak olursak; bu sorunun, açık bir yanıtı olmayan gayet basit bir soru olduğu ilk göze çarpan şeydir diyebiliriz. Özellikle siyasal suçlar başta olmak üzere, insan bedenine ve özgürlüğüne yönelik olmayan suçlar için öngörülen **"Özgürlükten yoksun bırakmak yaptırımı" bir ceza mıdır, yoksa işkence mi? soruları da bu tanımlamanın esasını belirlemede önemli rol oynamaktadır.** Zira siyasal suçlar/düşünce suçlarına bir yaptırım öngörülecekse ki, öngörülmekte ve bunların tamamı da hapis cezasını gerektirmektedir. O halde hayatın her alanı, cümlelerimizin her birisi birer ceza yaptırımının konusu olmaya aday olmakla, cezanın tanımı sonsuz derecede geniş çizilmiş olacaktır.

Ceza dediğimiz hukuki olgunun ismini duyduğumuzda kafamızın içinde bir "korku" şimşeği çakar. **Evet, ceza korkutmaktır.** İstenmeyen bir davranışın gerçekleştirilmesinin önüne geçmek için önceden tebliğ edilmiş meşru bir tehdit, gözdağı ya da şantajdır. Bu gerçeklik ilkel kabile toplumlarından en modern toplumlara kadar işlevselliğini korumasını bilmiş nadir gerçekliklerdendir.

Ceza, kimi, kimden korur, nasıl korur? Bu sorulara meşru bir yanıt verebiliyorsak cezayı, yasaların adalet yollarına diktiği çiçeğe, olumsuz yanıt verirsek yasaların adalet yoluna gizlediği mayına benzetebiliriz.

Cezanın dönemden döneme, toplumdan topluma ve sistemden sisteme farklı tanım ve yaklaşımları olmakla birlikte,

hukuk başlangıcı seviyesinde basit bir tanımını verecek olursak**; en basit haliyle ceza, insan yaşamı için gerekli olan unsurlardan birisi için zararlı olan davranışlar olarak belirlenen suç olgusunu karşılayan yaptırım demektir. Amacı da, bu konuda pek çok teori olmakla birlikte temelde ve reelde toplum düzeni ve bunu sağlamayı hedeflediği öne sürülen devletin devamını sağlamaktır.** Bunun yanında devlet yöneticilerinin, zenginlerin, aristokratların, burjuvazinin ve hatta işçi sınıfının kendi çıkarlarına uygun düşmeyen düşünce ve eylemlerden kurtulmak, onları ve sahiplerini hapsetmek, dar bir çerçeve içine sıkıştırmak için cezanın korkutucu etkisinden medet ummadığı söylenemez.

Hapis cezası ise, bir bakıma toplum rahatlasın diye birey özgürlüğünün yok sayılması suretiyle, cezalandırmanın suçtan büyük bir yaptırıma tabi tutulmasıdır. Diğer bir söyleyişle, engizisyon döneminde insan bedenine yönelmiş şiddetli yaptırımın, modern dönemde insan özgürlüğüne/ruhuna yönelmiş halidir.

İnfaz hukuku tarihini başlatacak denli önemsenen hapis cezası, ceza hukuku yaptırımları tarihi bakımından ceza evrimi basamaklarından sonuncusu olup, ancak 18. yüzyılda bağımsız bir ceza türü olmuştur. Daha öncesinde hapsetme bir cezalandırma yöntemi değil, muhalifleri susturmanın, denetim altına almanın ve bedensel cezaların infazının sağlanacağı zamana kadar mahkumu elde tutabilmenin aracı olarak başvurulan bir yöntemdi.[7]

Suç ve ceza arasındaki özne - yüklem bağıntısını nasıl düşünüyorsunuz bilmem; ama ben öznenin yüklemde, yükleminde öznede var olduğu bir tamlık içinde düşlüyorum. Bu bakımdan insan onuru için gerekli asgari müşterekler temelinde yükselmeyen bir ceza sistemi ve anlayışı işlevsiz olduğu kadar, kandırmacadır da. **Toplum üzerinde mutlak kontrole sahip bir egemen sınıf istemiyor ve bu tür bir egemenin, ceza denilen olguyu gelişi güzel bir kolaycılıkla ve hoyratça kullanarak, bireysel ve toplumsal zenginlikleri, duyguları ve düşünceleri tarumar etmesine göz yummak istemiyorsanız, ceza politikası felsefesinin hümanist ve adalete içkin olması noktasında toplumsal ve zihinsel bir direnç gösterilmelidir.**

3.2.Cezanın verilebilmesi için gerekli koşullar:

3.2.1.Zarar Koşulu: Öncelikle ve önkoşul olarak cezalandırılmaya konu olan eylemin topluma ve bireylere doğrudan ya da dolaylı bir zarar veren türden olması aranmalıdır.

3.2.2.Yarar Ölçütü: Hukuk, vicdan ölçülerinde dikilen bir elbiseyse eğer, akıl ve mantık kuralları da bu ölçünün sınırlarını belirleyen ilkelerden olmalıdır. Yoksa hukuk elbisesinin sağından solundan yırtılması ya da bol gelmesi kaçınılmazdır.

3.2.3.Düzenleyici Kurum: Yasama organından başkası ceza hukuku alanında yaptırım öngöremez, öngörememelidir. Örneğin yönetsel bir organ ceza hukuku yaptırımı öngöremez.

7 DOĞAN KARAKAŞ, Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yayınevi, 1.Bası, İstanbul Mart 2010, s.100, 101, 102.

3.2.4.İşlevsellik Koşulu: Toplumsal barış, suçların önlenmesi, suçluların ıslahı bakımından gerçekleştirilebilir olmalıdır. İşe yarar olmayanın işle ne ilgisi olabilir ki?

3.2.5.Orantılılık: Ceza politikasına konu edilip, suç haline getirilmiş eylemin zararlılığı ile orantılı olmalıdır. Örneğin hırsızlık suçunun cezasının 20 yıl hapis cezası olması orantılılık ilkesine aykırı olacaktır.

3.2.6.Fail İçin Bir Yoksunluk Doğurmalıdır: Ancak bu yoksunluğun işkence ve kötü muamele boyutunda olmaması en hassas noktadır. Burada çok ince bir çizgi olduğundan, çizginin hangi tarafında kalındığının belirlenmesi büyük bir hukuk ustalığı, felsefe ustalığı, tarih ustalığı, psikoloji ve sosyoloji ustalığı gerektirir.

3.2.7.Yaptırımdan Failden Başkalarının Etkilenip Etkilenmediği Hususu: Eğer suç sayılan yaptırımdan başkaları olumsuz şekilde etkileniyorsa, o cezanın yerinde olmadığı açıklıkla söylenebilir. Örneğin, evli ve iki çocuklu bir hırsızlık suçu failine verilen 5 yıl hapis cezasını ele alalım. Bu durumdaki hırsızlık suçu faili 5 yıl boyunca hapsedildiğinde, 5 yıl boyunca failin karısını eşsiz, çocuklarını da babasız bırakmakla cezalandırmış olmayacak mıyız?

3.3. Ceza hukuku, suç ve ceza kavramlarından ibaret görülmemelidir. Cezanın yalnızca suç-ceza düalizmine indirgenmesi demek önyargı değilse de, üstünkörü bir yargı olduğu açıktır. Ceza hukukunun uygulama kapsamının temellendirilmesi; meşruiyet, adalet felsefesi, insan psikolojisi, geçmiş ve gelecek, toplumsal ve ekonomik gereklilikler ve zorunluluklar, etik ve vicdan gibi felsefe, sosyoloji, ekonomi, tarih ve psikoloji bilimlerinin alanlarına doğru genişletilmediği sürece, suç ve ceza bir kısırdöngü çizgisinde artarak sürer gider. Daha da önemlisi suçun sosyolojisini ekonomi politiğini, felsefesini, psikolojisini ve sosyolojik bağlamını bilmeden ona uygun bir ceza hukuku politikası geliştirmek korkunç sonuçları bünyesinde barındırma potansiyeli taşır.

Kant'ın dediği gibi aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulması idiyse ve aydınlanmanın tarihsel perspektifte içinde ilerleme düşüncesini barındırdığını söylüyorsak, neden hapis cezası konusunda yaklaşık olarak Aydınlanma/Akıl Çağı'ndan bu yana, başka bir deyişle engizisyondan kurtuluşun üzerinden neden 300 yıl kadar bir zaman geçmesine rağmen bir tuğla daha koyamadık da, devlet ve devlet aygıtının sahibi egemenlerce önceden konulmuş bir kısım tuğlaların parçalanmasına, onlarda gedikler açılmasına seyirci kalıyoruz. **Bu da insanın aklına "Acaba Aydınlanma düşüncesinin sonuna mı geldik?" kuşkusunu getiriyor.**

Bu açıdan ve yeni bin yılın penceresinden baktığımda ne yazık ki gördüğüm şey, Ortaçağ düşüncesinin bugünler üzerinde bir heyula gibi dolaşmakta olduğunu görmekten başka bir şey değildir.

4. CEZANIN AMACI

Her ne kadar Durkheim suç kavramını normal saymış ve ancak sayıca artması halinde bunun olağan dışı sayılabileceğini ifade etmişse de, Cicero *"küçük bir mesele dersin, ama aslında 'suç' un kendisi büyüktür."*[8] diyerek aksi yönde görüş belirtmiştir. Kanaatimce de suçun sayıca artmasından önce de, tek bir suç işlenmiş olması halinde bile suç sayılan davranışın anormalliği söz konusudur ve toplumsal yaşamın temeline konulan bir dinamitten farkı yoktur. Suçun yani dinamitin büyüklüğü onun kötülük olduğu gerçeğini değiştirmez, yalnızca kötülüğün derecesinin farklı nitelenmesine neden olur. Bu noktada ise, Cicero'nun "*Eğer suç işlemek sınırları aşmak demekse, bunu yaptığında suç işlemiş olursun ve bir kere sınırları aştıktan sonra ne kadar ileri gidersen git, suçun ne derece büyük olduğu bir şeyi değiştirmez.*"[9] şeklindeki suçu nicelik mantığına indirgeyen yaklaşımı da doğru değildir. Zira suç sayılan eylem sınırı aşıldıktan sonra ileri atılan her bir suç adımı, suçu ve dolayısı da suça uygulanacak yaptırımın niteliğini de farklılaştıracaktır.

Biliyor musunuz değerli akademisyenler ve hukukçu meslektaşlarım, adaletsizliklerin ve özellikle de bu adaletsizliklerin kapatmayla sonuçlandığı bir hapsedilme olgusunun insan doğasına aykırı bir şekilde var kılındığı bir dünyada yaşamak; insanın yüreğinde bir yara ile yaşamasından farksızdır.

Ceza hukukçuları ve özellikle suç ve ceza hukuku politikası alanında uzman olanları ağızlarına pelesenk olmuşçasına şuna benzer bir cümle ile toplum imgesindeki suç ve ceza politikasına ilişkin önyargılarını dışavururlar: **"…ama cezaların caydırıcı da olması gerek!"** Böyle diyerek, suçluyu topluma kazandırmanın yanında toplumu da suçludan koruyacakları fikrini öne sürdüklerini düşünürler. **Oysa farkında bile değillerdir, suçluyu topluma kazandırmaktan çok suçluyu toplumdan uzaklaştırıp, toplum için geçici bir rahatlık, suçlular için ise, ebedi bir mutsuzluk kapısını aralarlar.**

Zygmunt Bauman'a göre hapishane nüfusu ile geçimini hapishane endüstrisinden sağlayanlar sürekli artmakta, ABD'de yılda 1,5 milyon kişi hapishaneye girmekte ve zamanla yoksul olmak suç, yoksullaşmak ise suçsal eğilim ya da niyetlerin ürünü olarak görülmekte ve yoksullar, günahın cisimleşmesi haline gelmektedirler.[10] İşte bunun sonucunda da suç, ceza ve hapishane çemberi sürekli ve büyüyerek bir kısırdöngü halinde dönüp durmakta, mevcut sistem tarafından günahın cisimleşmesi haline getirilen yoksullar ise, arınmaları için hapishanede zorunlu ikamete tabi tutulmaktadırlar.

İnsanların bencil ve ihtiraslı ruhları, meşrulaştırabildikleri her türlü silaha sarılmayı kendine bir hak gördüğü içindir ki, ceza yaptırımını da yerli yersiz uygu-

8 CICERO, *Stoacıların Paradoksları*, Çev: Serap Gür Kalaycıoğulları, Ceyda Üstünel Keyinci, İmge Kitabevi, 1.Baskı, Ankara Kasım 2012, s.51.

9 CICERO, age., s.51.

10 BAUMAN, Zygmunt, *Postmodernizm ve Hoşnutsuzluklar*, Çev: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul 2013, s.56,66,67.

lamaktadırlar. Başka bir deyişle kendileri için sorun olan her şeyden kurtuluş için ceza yaptırımından olabildiğince yararlanmanın peşindedirler. **Egemen sınıf (devlet, bürokrasi, zenginler, aristokrasi, burjuvazi ya da teoride de olsa işçi sınıfı-hangi sınıf olursa olsun), cezalandırma yetkisini, bütün yolları açan, bütün sorunları çözen, daha "açıl" bile demeden bütün kapıları açan, insanları, canlı ve cansız bütün varlıkları ve hatta bütün doğayı hizaya sokan sihirli bir değnek gibi algılamaktadır.** Zira çıkarları bunu gerektirmekte, böyle bir aygıtı zorunlu saymaktadır. Unuttukları şey ise, bu sihirli değneğin büyülü ve sihirli bir dünyayı yalnızca egemen sınıf (küçük bir azınlık) için öngörmesidir. Geri kalan kitleler ise, bu dünyada cehennemi yaşamış ne gam!

İnsan, özgürlüğün ne olduğunu bilebilecek akla sahip tek canlıdır ve bu yüzden başkalarını kapatma ihtiyacı hissediyor; çünkü öyle yaparsa kendi özgürlüğünü kuracağını düşünmek gibi bir saplantısı da var!

Özellikle siyasal suçluların, farklı olanların ve ötekileştirilmişlerin, adına hapishane denilen dört duvar arasına kapatılması olgusu bir dram olmakla kalmamış, bir dramın bu kadar görünür ve hissedilir olmasıyla da sonuçlanmıştır. Peki, akıl ve bu aklı insanlık için güzel şeyler yaratmak yönünde kullanmayı sağlayan irade sahibi insan için **bir dram, bu derece görünür olmak zorunda mı?**

Değil, ama görünür ve bilinir olması caydırıcılık için özellikle tasarlanmıştır. İnsanın varoluşunun zihinsel, ruhsal ve bedensel olarak parçalanmış durumda olmasıyla tatmin olmayan egemenler, bir de onu kesin çare olarak "kapatma" yolunu seçmişlerdir.

Özellikle siyasal suçlar denilen, ancak özünde toplum ve toplumu oluşturan bireyler üzerinde olumsuz hiçbir yanı bulunmadığı gibi, onların düşünce çeperlerini genişleten olumlu yanı da bulunan suçlara muhatap olanların bir suçlu gibi değil de, bir düşman gibi algılandığı neredeyse bütün ceza hukuku sistemlerinin özelliğidir. Bu da demek oluyor ki devletler, kendi varoluşlarını tehlikede gördükleri durumlarda ortada bir haksızlık görmeseler de ağır yaptırımları olan suçlar ihdas edebilmektedirler. **Başka bir deyişle hareket, suç sayılma ve ceza dengesi devletin iki dudağı arasındadır. Bunun anlamı da siyasal suçlarda/düşünce suçlarında ceza, adalete içkin bir özellik değil, cansız bir varlık olan devleti yaşatmak için gerekli görülen hükmetme özelliğinin bir aracıdır. İşte bu araçsallığın en büyük getirisi de devlet otoritesi karşısında "itaat üretmek" olmaktadır.** O halde devlet, itaatin varlığının bekçiliğini, ihdas ettiği ceza hukuku yaptırımlarını uygulamakla görevli yargı organına vermiştir diyebiliriz. Bu durumda diyebilirim ki, siyasal suçlar için öngörülen cezanın adaletle yapay bir bağı olmakla "sentetik" tir.[11] İşte bu nedenle siyasal suçlar için öngörülen cezalandırma pratiklerinde tecavüzi bir orantısızlık söz konusunu olduğunu görürsünüz.

11 Benzer açıklama için Bkz.,AGTAŞ Özkan, *Ceza ve Adalet*, Metis Yayınları 2013, s.133.

Büyük Marksist düşünür Antonio Gramsci, 1928 yılında faşist İtalya'da hapsedildiğinde, onun cezalandırılmasını isteyen savcı, Antonio Gramsci'nin hapsedilmesinin amacını şu kısa cümle ile ifade etmiş ve aslında hepsetmenin bugüne kadar gizli kalan asıl amaçlarından birini de ifşa etmişti: *"Bu beynin işlemesini yirmi yıl durdurmalıyız"*[12] Bu durumda aklımıza şu kocaman soruyu mu getirmeli?: "Yoksa hapishane, aslında birer iç şeytan olarak görülen topluma iyiyi, doğruyu, adaletliyi ve özgürlüğü gösteren ve öğreten filozoflara, aydınlara ve düşünenlere karşı egemen güçlerin tedbirinden başka bir şey değil mi?"

İşte insanlığa faydalı olması bakımından **cezalandırıcı pratiğin mevcut hali,** içeriksiz bir düşünce ve kavramsız bir ideoloji gibidir. Bu durumda esas cümleyi ben değil Kant söylesin: "İçeriksiz düşünceler boş, kavramsız görüler kördür."

Suç ve ceza politikası açısından baktığımızda yanıtlanması gereken soru: **"Hapis cezasının amacı suçluyu ıslah13 etmek ve yeniden topluma kazandırmak mı yoksa henüz suç işlememiş sıradan yurttaşları suç işlemekten peşinen alıkoymak mı?"** şeklinde olmalıdır ki, hep söylemde kalan "suçluyu ıslah ediyoruz" mantığının yalnızca "dostlar alışverişte görsün" mantığından ibaret olup olmadığı ortaya çıksın!

Pascal'ın da dediği gibi, "İnsan mutluluğunun temeli hak ve adalet konusunda toplanır. Bir insana yapılan haksızlık bütün toplumu yaralar. Hak ve adalet hissi bireylerden başlamalıdır. Ve insan, bireyin mutluluğunun kendi mutluluğu için şart olduğuna inanmalıdır." İşte cezalandırma olgusunun yararı ve amacı konusuna da bu zihniyetle yaklaşmak gereklidir.

5. CEZA ŞEHRİ

Foucault, hapishaneyi kastederek, ***"onun yerine neyin konulacağı da 'görülememektedir'. Hapishane tasarruf edilmesi olanaksız, nefret verici çözümdür."***[14] diyerek hapishanenin hoşnut olunmayan, nefret uyandıran bir çözüm olduğu bilindiği halde ve buna rağmen daha iyisinin öngörülemediğinden uygulanmaya devam edegelen bir cezalandırma aracı olduğunu vurgulamıştır. Kanaatimce burada insan türünün öğrenilmiş çaresizlik ya da verili konuların dışına çıkmadan fikir üretme alışkanlığının tesiri ile hapishaneden daha iyisinin henüz öngörülemediğinden bahsedilmiştir.

Şimdi dinleyiciler olarak içinizden "*Peki, sizin bir ceza aracı olarak hapishaneden daha iyisi olarak önereceğiniz, öngördüğünüz bir cezalandırma sisteminiz var mı?"* gibi bir soru geçtiğini duyar gibi oluyorum. Ve bunda da çok haklı olduğunuzu düşünüyorum.

12 *Marksist Düşünce Sözlüğü*, Yayın Yönetmeni: Tom Bottomore, Yazım Kurulu: Laurence Harris, V.G. Kiernan, Ralp Miliband, Türkçe Çeviriyi Derleyen: Mete Tunçay, İletişim Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, s.269.

13 "Hapishanenin kendi başına insanları ıslah edebileceğini düşünmek son derece gerçeklik dışıdır." Aslıgül Berktay, Ahmed OTHMANİ ile yapılan "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşiden alıntı, *Cumhuriyet Pazar Eki*, 25 Ocak 2004.

14 FOUCAULT, Michel, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara Temmuz 2015, s.337.

Aslında anlatacağım konu içerisinde bu çözüm denemesi de olmalıydı, ancak bu konunun, çok derin felsefi, sosyolojik, hukuki, kriminal ve psikolojik olarak irdelenmesi gerektiğinden çok uzun araştırmaların ve titiz çalışmaların bir ürünü olarak ortaya konulabileceğinden ayrı bir çalışmanın, hatta hukukun bir alt disiplini olarak doğacak ayrı bir disiplin denemesini gerektirdiğinden hapishaneye alternatif bir cezalandırma yöntemi öngörümü detaylı olarak dillendirmesem de; bir başlık ve ara başlıklar toplamı şeklinde bir kaç cümle sarf edebilecek cüreti kendimde görüyorum.

Vicdan içgüdü olarak içimizde vardır ve bu inkar edilemez; çünkü ilk insanlar binlerce yıl boyunca dayanışma içinde yaşayarak fedakarlığı öğrenmişlerdi. Günümüz dünyasında insan aklı öylesine bir gelişme içine girmiştir ki, herşeyi ama her şeyi akıl yoluyla geliştirebilir. Dolayısıyla içgüdü olarak vicdanın varlığı döneminin üstüne bir tuğla daha koymanın vakti geldi de geçiyor bile. İşte **"içgüdü olarak vicdanın varlığı dönemi"nin üstüne konulacak o tuğla, akıl yoluyla vicdanın egemen kılınması uğraşısıdır.**

Öncelikle suçların tanımı yeniden yapılmalı ve içinde şiddet barındırmayan bir eylem olarak **"siyasal suç" kavramı hukuk tarihinin çöp kutusuna atılarak** buna ilişkin pratikler toplamı unutularak, ilişkin olduğu kavramlar hukuk sözlüklerinden çıkartılmalıdır. **Akabinde suçlar iki ana kategoriye ayrılarak, birincisi insan bedenine ve özgürlüğüne yönelik suçlar, ikincisi ise, mala yönelik ve ekonomik suçlar olarak** yeniden düzenlenmelidir.

Erken evrede ve toplumsalın ve hukuksalın mevcut cezalandırma dönemine yumuşak geçişini sağlamak üzere "insan bedenine ve özgürlüğüne yönelik suçlar" bakımından mevcut hapis cezaları varlığını korumalı, ancak mala yönelik ve ekonomik suçlar bakımından ise, hapis cezası uygulaması kaldırılarak yerine **"ekonomik cezalar" da değil, belirli bir süre boyunca kamu yararı için olan ve karşılığında ücret alınmayan bir işte çalıştırılmaları cezası öngörülmelidir.** Şayet "para cezası" öngörülseydi, maddi durumu iyi olan varsıl kesim kendisi için denizde damla kadar küçük sayılan miktardaki cezaları ödeyip, sürekli suç işlemeye devam edebileceği gibi, para cezasını ödeme güçlüğü çekenlerle arasında varsıl lehine bir eşitsizlik söz konusu olacaktı. Bu noktada önemle belirtmek isterim ki, kamu yararı için ve karşılığında ücret alınmayan bir işte çalıştırmanın, **mahkûmun kendi işlerinden arta kalan zamanlarda (boş zamanlarında) infaz edilmesi gereklidir.**

Para cezasının bir diğer sakıncası da, cezaevinden sorumlu Cumhuriyet savcısı olduğum yıllarda gördüğüm tecrübemden hareketle ileri sürebileceğim bir gözlemime dayanmaktadır. Gördüm ki, hapishanelerde yatan hükümlülerin neredeyse tamamına yakını alt sınıflardan ve yoksul kesimden insanlardan oluşmakta ve daha da acısı hapishanede olanların yarısından çoğu, ödeyemedikleri para cezalarının hapse çevrilmesi nedeniyle hapiste olanlardır. **Bu nedenle para cezasını ödeyemeyecek güçte olan insanları para cezasıyla cezalandırmak, ya uygulanamayacak bir**

cezaya hükmetmek ya da para cezasının hapse dönüştürülmesi tehlikesini içinde barındırmayı peşinen kabul etmektir. Bu nedenle para cezası yerine kamuya yararlı bir işte çalıştırmak en doğru seçenektir.[15]

İlerleyen evrede ise, insan bedenine ve özgürlüğüne yönelik suçlar bakımından da hapis cezası kaldırılmalı, ancak bunun yerine insanların (gerçek) rayiç ücreti karşılığında **bedensel ve düşünsel emek gerektiren işlerde çalışmalarının sağlanacağı,** ailelerinin ve sevdiklerinin her zaman onların yanına gidip, belirli süreler dâhilinde kalabilecekleri, çekirdek ailesinin (eş ve çocuklar) ise, istediği kadar kalabileceği bir **"ceza şehri"** uygulaması getirilmelidir. **O şehirde çocuklar hükümlü olan ana-babalarının yanında normal yaşam koşullarında ana babalarından ayrılmadan yaşayabileceklerdir.** Oysa hapis cezası uygulamasında böyle bir imkân yoktur. "Uçurtmayı Vurmasınlar" filmindeki "Barış" isimli çocuğu hatırlayınız. "Ceza Şehri" uygulaması olsaydı, hükümlü olan annesinin yanında cezaevinde gibi değil, normal bir şehirde gibi yaşayacak, okuluna gidebilecek, açık alanlarda uçurtmasını özgürce uçurabilecek ve hiçbir sosyal etkinlikten ve olanaktan mahrum kalmayacaktı. Hatta belki de annesinin iş bulma derdi olmayacağından, daha iyi koşullarda yaşayabilecekti.

Böylece Foucault'nun tasarruf edilmesi olanaksız nefret verici çözüm olarak gördüğü hapsetme olgusu yerine daha insancıl, suçludan başkalarının da cezalandırılması sonucunu doğurmayan, insan onuruna yaraşır bir cezalandırma formülü bulunmuş olacaktır.

Tabii bu çözüm madalyonunun yalnızca bir yönü. Bir de suç işlenmesinin önlenmesi bakımından insan onuruna yaraşır muhteşem bir sistemin (buna ütopya toplumu da diyebilirsiniz) varlığı çalışmaları ve gayreti de at başı gitmelidir. Bu anlamda toplumu ve o toplumun faaliyetlerinin düzenlendiği kurallar bütününü, 21. yüzyılda, Akıl Çağı'nın da ötesinde, "Teknolojik Akıl Çağı" da diyebileceğimiz kusursuz sistemler çağına uygun hale getirmek koşuldur. Uzaya ayak basmayı bırakın, koloniler kurmayı tasarlayan gelişmiş insanlık, kardeşçe yaşamasını becersin artık. **Bunun için de öncelikle yüzbinlerce yıllık dayanışmacı geçmişi bulunan son insan türünün,** özünde insan doğasına aykırı olup, yalnızca son 8000 yıl içinde baş gösteren bencil ve ihtiraslı yönünün dayanışmacılığa evrilmesinin önü açılmalı, bencilliğin hüküm sürdüğü yerlerde ortaya çıktığından zerre kadar kuşku duymadığım yönetme ihtirasına ket vu-

15 Benzer düşünce için Bkz. Aslıgül BERKTAY, Ahmed, OTHMANİ ile yapılan "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşiden alıntı, *Cumhuriyet Pazar Eki*, 25 Ocak 2004 (…Hapishane yerine belirli bir süre boyunca çalışma cezasına çarptırılan kişi, kamusal kurumlar için çalışarak, belediye görevlerinde, hastanelerde çalışarak, sokakları temizleyerek, öğreterek cezasını ödeyecektir. Bunu yapabilecek insanlar, bunu iş dışındaki boş vakitlerinde yapacaklardır, (…) Böylece insanlar yararlı olma imkanına sahip olacak, ve aynı zamanda da evlerinde kalarak, hem devlete masraf yaratmayacak, hem de yararlı şeyler üretebilecekler. Aynı zamanda da, durumlarını, evlerini ya da işlerini kaybetmeyecekler. Çünkü bazen insanlar, hapishane yüzünden her şeylerini kaybederler. Böylece aile de bölünmemiş olur. Oysa ki, genelde bir insanın hapse girmesi, aile ilişkilerini bozar.)

rulmalı ve yöneten-yönetilen ayrımı ortadan kaldırılmalıdır.

Bu yüksek perdeden gibi görünen iddiamın belirli bir nitel ve nicel çerçeveye oturtulması gerektiğinin de farkında olduğumun da ayrıca bilinmesini isterim.

6. DEVLET VE HAPSETME

*Suçların, devletin resmî ideolojisini hedef alması durumunda her nedense "af" yetkisi kullanılmamaktadır.

***

6.1. Devlet denilen dev yapı bencildir. Kendi canını can, yurttaşlarınınkini ise, patlıcan sanmaktadır. Tam da bu nedenle varlığına yönelik bir tehdit olarak algıladığı her türlü özgürlük girişimi, ifade ya da eylemi veya eğilimi kendini koruma amaçlı sınırlandırmak ister. Bu devletin doğasında vardır. İnsanın doğasındaki özgürlük arzusu ise, yurttaşa dönüştürülmüş insanın, ruhunda filizlenen baskıya karşı koymak istenci ile birleşince ortaya devrimler, isyanlar ve başkaldırılar çıkması işten bile değildir.

Devlet ve hapsetme olgusunun bam telinin, **suçu hissedenin toplum mu devlet mi olduğu ve hapis cezasının amacının ne olduğu sorusuna verilecek yanıtta yattığını düşünüyorum. Amaç suçla mücadele ve suçlunun ıslahı mı, yoksa toplumu kolay ve zahmetsiz bir şekilde yönetmenin aracını oluşturmak mı?**

Devlet dediğimiz ejderha, cezaya meyilli bir sistemdir. Bildiğimiz ejderhalar ağızlarından çıkarttıkları alevlerle, ateşlerle korku salarken, devlet dediğimiz ejderhalar ise, ceza yaptırımı denilen kendilerine mahsus ateş ve alevle korku salarlar.

Hukuku oluşturan güç, kendi çıkarlarının ötesinde aleyhine olabilecek durumlara onay vermeyeceğine göre, her hukuk düzeni, hukuk kurallarını ihdas eden egemen gücün çıkarlarının yansıtan kurallar düzeni olarak tanımlanabilir. O halde hapsetme, hukukun doğrudan adalete içkin olduğu her durumda öne sürülemeyecektir.

Bu tanımalamadan hareketler diyebilirim ki, temelsiz, sebepsiz, meşru olmayan eylemli bir iktidara dönüşme eğilimi taşımayan hiç bir iktidar yoktur. İ**ktidar adından da anlaşılacağı üzere mutlak olmak ister.** Bunun içinde mümkün olduğunca yetkilerini her fırsatta genişletmek ister. **İktidarların ceza hukuku alanına el atmasının öncelikli nedeni de budur.** Cezalandırma gücü, iktidarları iktidar yapan en büyük silahtır. Her iktidar bu silahı her geçen gün geliştirmek kaygısı içindedir. Kimi zaman ekonomik menfaatleri, kimi zaman da muhalifleri korkutup, sindirip, kapatmayı bir ceza unsuru olarak değerlendirme eğilimindedir. **Bu bakımdan devlet aygıtı ne zaman sıkışsa cezalandırıcı pratiklere sefer görev emri çıkartmakta gecikmez.** Bunu da elindeki mevzuat isimli güçle ve herkesçe bilinen olguları bir kez daha çarpıtılarak, sekter (katı-hoşgörüsüz) politik-örgütsel çıkarlara uygun hale getirerek egemen siyasî düşünceyi sarmalayan ideolojik muhtevayı ve "iklim"i ortaya koyarak gerçekleştirir. Bazen hızlarını alamayan kimi devletler, hibrit bir demokratik ülke olmayı, yurt topraklarında değişime açık bir özne resmi bulundurmamayı, bazen

de çıkışı olmayan bir cehennemi andıran hapishaneleri çoğaltmayı da göze alırlar. İşte o zaman bir korku toplumu doğar ve hiç kimse kendini devlet bürokrasisi (buna polis ve ordu ile birlikte adalet teşkilatı da dahildir) karşısında güvende hissedemez. Son kertede ise, devlet değirmeninin öğütemediği özgürlüklerden geriye adına toplumsal değerler ve ahlak denilen makinenin öğütmesine hazır özgürlük kırıntıları kalacaktır.

Neyin delilik sayılıp neyin sayılmayacağı konusunu bile devletin belirlediği anlamda, delilerin bile deliliklerinin özgürlüğünü yitirdikleri[16] bir dönemde, düşünen akıllıların devlet mekanizması için ne kadar büyük bir tehlike oluşturabileceğini gözeten devlet aygıtının, düşünen akıllıların özgürlüğüne göz dikmeyeceğini kim söyleyebilir ki?

İnsan hak ve özgürlüklerinin, insan onurunun ve adaletin içselleştirildiği her toplumda devlet aygıtının yasalar yoluyla egemenliğini sürdürme girişimleri zaman zaman da olsa mutlaka meşruiyet krizleriyle karşı karşıya gelecektir. Çünkü **devletin varlığı kişilerin sahip olduğu pek çok özgürlüğün gerçek manada yaşanmasının önünde başlı başına bir engeldir.** Bunu ben demiyorum, devleti en çok savunan, hatta devletin bir ejderha kadar güçlü olması gerektiğini savunan büyük hukuk felsefecileri (Hobbes gibi), (doğa durumunda yaşayan bireylerin, bir takım hak ve özgürlüklerinden devlet lehine vazgeçtikleri bir sözleşme imzaladıkları varsayımıyla) söylüyorlar.[17] İşte böyle bir devlet koyduğu yasakları, muhalifleri içeri tıkmayı, ötekileştirdiği farklılıkları meşrulaştırmak için pek çok üst yapı kuruluşuna ihtiyaç duyar. **Devletin elindeki pek çok meşrulaştırma araçlarından ikisi de ne yazık ki üniversiteler ve hukuktur.** Üniversiteler ve hukuk aracılığıyla meşrulaştırılmaya gayret edilen konuların başında ise hapsetme olgusu gelmektedir.

Devlet bazen bu meşrulaştırma girişimine de gerek duymadan istediği sonuca kolaylıkla ulaşabilmektedir. Bu durumun nedeninin temeline inebilmek için bir soruyla yanıt zihin jimnastiği yapabiliriz: Herkes açısından adalet üzerine bir yargı verebilme olanağı var mıdır? **Yani adalet herkes için farklı mıdır?** Adaletsizlik için aynı soruyu sorduğumuzda kolayca yanıt bulmamız ve bu yanıtın "evet" olduğundan kuşku duymamız olanak dışıdır. Zira **adaletsizlik orta zekalı bir insan tarafından ölçülebilen haksızlık oluşturan bir davranış ve dolayısıyla kavramdır.** Ancak aynı durum adalet için geçerli değildir. Onu tasavvur etmek için özel bir çaba ve verili bazı bilgiler ışığında **hukuk kavrayışı yeteneği gereklidir. Bu kavrayışa sahip olanların deliliği kontrol edilmesi gereken bir süreç olarak değil, herkesin yaşayabileceği öğretici bir deneyim olarak bakabildiklerini, özellikle**

16 VASSAF, Gündüz, *Cehenneme Övgü*, İletişim Yayınları, 30.Baskı, İstanbul 2015, s.46.

17 Güçlü İspanya Donanmasının İngiltere ye saldıracağı korkusunu her İngiliz gibi damarlarında hisseden bir kadının sırf bu korku nedeniyle 2 ay erken doğurduğu bir çocuğun, sonradan bir konta özel sekreter olmasının sağladığı kolaylıktan istifade ederek minnet duyguları içinde yaşadığı malikânenin kütüphanesinden yararlanmasından sonra ortaya, ancak Hobbes'unki gibi korku temelli, güç istemli bir devlet sistemi ortaya koyan bir insandan bahsediyor olabiliriz.

dahilerin yaşam öykülerini derinlemesine okuduğumda fark etmiştim. Böyle bir kavrayış yetkinliğine sahip olmayan kişilerin, kendi özgürlükleri aleyhine yasalar ortaya koyan egemen devleti kutsallaştırdıklarına, hapsedilmeyi devlet için bir hak, kendileri içinde ödev olarak gördüklerine tanıklık etmek neredeyse gündelik bir olay kadar kolaydır. Zaten egemen devletlerin de toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunun hukuku kavrayış yeteneğinden yoksunluk içinde bulunduğu gerçeğinden hareketle dilediği kadar abartarak yasakçı yasalara başvurduğu malumdur.

Soruşturma ve yargılama sürecinin yönetimi devlet erkinde olduğu sürece (devlet erki de egemen güçlerin de elinde olduğuna göre), bu sürecin tarafsız bir şekilde işlemesinin olanaksızlığı bir yana, doğrudan devlet organlarının iki dudağı arasından çıkan sözlerin/yasaların, yine devletin resmi görevlisi olan uygulayıcıların zihninin ürünü kararlarla taçlandırıldığı düşünülecek olursa, cezai yaptırımların, aslında **ceza politikasının değil, devlet sisteminin koruyucusu olduğu daha iyi anlaşılacaktır.** Bunun en büyük kanıtını, bir eylemin ne toplumsal ne de bireysel bir gereklilik olarak boy vermediği bir ortamda, sırf "sistem"in içinde bulunduğu sıkışmışlıktan kurtulmak için o eylemi (aslında keyfi bir şekilde) suç olarak düzenlediği durumlarda görmekteyiz. Bu noktada bir virüs gibi hayatın her alanına yayılan kontrol hastalığından bahsetmek gerekir diye düşünüyorum. **Kontrol hastalığı, evet şimdiki devletlerin en büyük, en tehlikeli ve en hızlı yayılan hastalığı kontrol hastalığıdır.** Uyruklarındaki yurttaşlarının düşünen, sorgulayan, eleştiren, saksıyı çalıştıran bireyler olmasını varlığı için tehlike olarak gören her devletin ruhuna bulaşacak, bulaşmış ve bulaşmakta olan kontrol hastalığı, yeryüzündeki özgürlüklerin bir bir yok olması pahasına uyruklarını 7 gün 24 saat gözetliyor, takip ediyor ve elinden geldiğince kontrol etmeye gayret gösteriyor. Sokakta kontrol edemediği zaman hapishane gibi kapatma mekanizmalarını bile devreye sokmaktan çekinmiyor, vicdanları irite eden sertlikle uygulamalarla kimsenin canını yakmayan insanları korkunç cezalar vererek zindanlara kapatıyor.

Böylesi bir kontrol hastalığından muztarip yasakçı zihniyet, bir noktadan sonra içinden su sızdıran bir kovaya benzer; kontrolünü kaybederek sürekli faullerle rakibini durdurmaya çalışan, bunu yaptıkça da gördüğü kart cezalarıyla oyuncu sayısı azalan, azaldıkça da güç kaybeden, sonuçta yenilen bir futbol takımına benzer.

İnsan onuruna dâhil olan insan özgürlüğü kavramının, kendi yasalarına şeklen bağlı kalmasıyla yetinmeyen devletin, insan öznelliğinin şah damarı olan özgürlüğünü dört duvar arasına almak için onu hapsetmeyi taktiklerin taktiği olarak öğrendiğinden bu yana, (yaklaşık 300 yıldır) hapsetme, dinsel bir arınma tekeli gibi ceza hukukunun tinselliğine işlemiştir.

Rousseau *"Kölelik bağı, insanların karşılıklı ilişkileriyle başlamıştır. Kendisini öteki için kesin olarak gerekli kılamayan insan, onu hiç bir zaman köleleştiremez."* der. Aynı şekilde yurt-

taşları için kendisini gerekli kılamayan devletlerde, yurttaşlarını köleleştiremez. Başka bir deyişle adalet, eşitlik ve artı değer dağıtamayan, hak ve özgürlükleri koruyamayan devletin yurttaşları, ihtiyaç duymadıkları bir devlete boyun eğmez ve onun otoritesini kabul etmezler. Devletlerin egemen sınıfın ihtiyaç ve çıkarlarının koruyucusu bir sistem olduğu akla getirildiğinde, diğer sınıflar için o devlet kendisini gerekli kılamadığından, o sınıfları köleleştiremez. Bunun böyle olduğunu, yani köleleştirilemeyecek pek çok yurttaş olduğunu bilen devlet, egemenliğini sağlama almak için kendisine itaat etmeyen yurttaşların bilincini köreltmeye çalışacak, bunu başaramadıklarına karşı da, önce seslerini çeşitli taktiklerle kısmaya, bu olmadığındaysa düşünceleriyle birlikte o insanları kodeslere tıkmaya gayret edecek, yasalarını bu şekilde biçimlendirecek, yurt topraklarına pek çok cezaevleri inşa edecek ve bilincini köreltemediği yurttaşlarını kapatma tehdidiyle sindirmeye çalışacaktır. Dolayısıyla demek istiyorum ki, özgürlüğün, zorunluluğa karşı koymayı değil de, zorunluluğa egemen olmayı gerektirdiği[18] düşünüldüğünde hapsedilme çizgisi üzerinde büyük bir felsefe fırtınası kopacağı/kopması gerektiği aşikârdır.

6.2. Adalet her şeyden önce bir duygudur. Olgunlaşması, daha çok gelişmesi, cesaretle taşınması gereken bir duygu...Vicdanıyla eylemeye cesareti bulunmayan, vicdansızca eylemeye cüret eder.[19] Şayet devletlerin bir hakkaniyet duygusu olabilseydi; hapsetme olgusu en azından bu kadar ileri düzeyde ve kolaycı bir çözüm yolu olarak uygulanmazdı. Zira hakkaniyet duygusu vicdanı, vicdan da ruhu besler!

Yine şayet, devletlerin bir hakkaniyet duygusu olabilseydi, örneğin, icra suçları/kabahatleri yaratıp, bunlara hapis cezası yaptırımı öngörerek, alacaklının hakkını sistemin devamı için korumak adına özgürlükleri hiçe saymak yoluna gitmezdi. Bu durum hukuk kodlarının da genetik bir kod gibi geçmişten günümüze aktarıldığı izlenimi yaratıyor bende. Örneğin icra kabahatleri (suçları) dolayısıyla borçlunun hapse girmesi, bana Babil Hukukunu hatırlatır hep. Zira Babil'de bir tüccar borcundan dolayı hür bir insanın oğlunu haczedebilir.20 Bu da göstermektedir ki, ne yazık ki, Hammurabi'den günümüze, Hammurabi Kodu, genetik bir kod gibi süregelmiştir. Oysa günümüzde Hammurabi Kod'larına değil, evrensel hukuk normlarına ihtiyaç vardır.

Ne yazık ki, bu ve benzeri suç ve hapis cezaları öngören ceza yasaları mala, insandan daha çok değer vermekte, her cümlesinde cezalandırmadan bahsetmekte ve özgürlükleri kuşatan bir hal almaktadır. Böyle giderse toplumun yarısı hükümlü; diğer yarısı ise, hükümlülerin gardiyanı olacaktır.

Bu noktada ülkemiz özelinde bir eleştiri getirmek gerekirse, bütün dünya basit suçlarda toplumsal barışa hizmet etsin diye arabulculukla çözüm yolunu deniyorken, biz hala sert yasalarla

18 HANÇERLİOĞLU, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, 15. Basım, İstanbul, Temmuz 2006, s.323.
19 ÖKÇESİZ, Hayrettin, *Yıldız Işığı Hakkı*, Legal Kitabevi, Mayıs 2011, s.183.
20 KOZAK Erol, *Genel Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.113.

arabozuculuk sistemini farkındalıksız uyguluyoruz, üstelik hapishaneleri tıka basa doldurma pahasına…

6.3. Hapsetme olgusu da göstermektedir ki, özgürlük ve eşitliğin temeli yönetilmezlik ilkesidir. Yönetmenin olduğu yerde özgürlüğün hapsetme paradoksuyla karşı karşıya kalması ve bunun da gözetim toplumundan öte hapsedilmiş toplum ve düşünceler düzeyine ulaşması da göstermektedir ki, devletlerin olduğu her yerde kapatma da olacaktır. Çünkü devlet muhalif gördüğünü kendisi için zararlı sayacak, zararlı saydığını kapatarak etkisiz hale getirmeye çalışacaktır. Bu durumu görebilmek için hayatın her alanına felsefi bakmasını bilmeliyiz. **Felsefe, hissetmek anlamına gelmese de görmek demektir.**

6.4. Bu açıklamalarım ışığında diyebilirim ki; **en korkunç mobbing devlet tarafından uygulananıdır. Siyasal suçlar söz konusu olduğundaysa hapsetme, mobbinglerin mobbingidir diyebiliriz.** Zira siyasal suç/ düşünce suçu kavramı hem bireyin hem de toplumun susturulması anlamını da taşır. Bir insanın inisiyatif kullanamayacak ve kıpırdayamayacak duruma düşmesinden daha acı olanı, koskocaman bir toplumun, bir toplum olarak paralize olmasıdır. Devlet/egemenler bu mobbingi yapmaya kendilerini zorunlu hissettiklerinden, tutumlarının yanlışlığının farkında olmayı bırakın, kendilerini meşru savunma halinde sanırlar. Sonuçta ceza hukuku mekanizmaları işletilmeden devlet ve onun sahibi egemenler rahat uyku uyuyamazlar ve toplumun devingen pozitifliğini, hapsetme tehdidiyle hareketsiz bir negatifliğe dönüştürürler…

Öyle ki, özel hayatı ilgilendiren sosyal sorunları, yurttaşlarının en temel hakkı olan özgürlük isteğini dile getirişini ve hatta yurttaşlarının sağlık sorunlarını (örneğin bağımlılık gibi) bile ceza hukuku mekanizması içinde çözmeye çalışan bir aygıttan (devlet) söz ediyoruz. Bazen egemen güç sorunu en kolay yoldan halletmek için hapsetmeyi ve cezalandırmayı araç olarak kullanır. Öyle ki sorunun tedaviyle giderilmesinin zorunlu olduğu hallerde bile ceza ve hapsetmeye başvurulduğu dünyanın pek çok ülkesinde görülen bir gerçekliktir. Örneğin "uyuşturucu kullanmak", ilgili yurttaşın tedavi edilerek iyileştirilmesi gereken bir sorunu olduğu halde, devlet yurttaşını cezalandırıp, hapse atarak sorunu çözdüğünü sanır. **Bu minvalde bir düşünme önerisinde bulunmak gerekirse: Kendisinden hep korkulagelmiş bir devletin insanlığa ne gibi bir yararı olduğu üzerinde düşünülmelidir.**

6.5. Tamam, insanlar yine sözleşme yapsınlar yine güvenliklerini ve canlarını ve özgürlüklerini güvence altına alsınlar. Ama "can ve özgürlük haklarını bir kalemde çizecek **bir ejderhaya/Leviathan'a muhtaç olmadan** bunu yapabilir mi?" nin yanıtını bulmalıyız. Bu yanıt üzerinde düşünmediğimiz her an, düşünce özgürlüğünün üzerini kefen bezi gibi örten yasakçı yasalara maruz kalma riskimiz artmaktadır.

7.FAST FOOD CEZALAR ADALETTEN DOSYA KAÇIRMAKTIR

Bahsettiğim husus, yani **hapis cezası uygulaması yerine çağdaş insanlık değerleriyle bağdaşan başka cezalar getirilmesi düşüncesiyle,** yargı makam-

larının iş yükünün azaltılması amacı gütmekle sınırlı olup, insani ve adalet yönünün düşünülmesi ihmal edilerek **sırf suç politikası gereği hafif suç olduğuna kanaat getirilen bir kısım eylemlerin suç olmaktan çıkartılması uygulaması farklı farklı düşüncelerdir.**

Hapsedilemezlik hakkı olarak nitelediğim önerim, pratik suç ve ceza politikası amaçlarının sığ sularında yüzmek gibi felsefesizlik barındırmaz.

Bunun yanında toplum düzeni için tehlikeli olduğu düşünülen bu gibi eylemlerin teknik anlamda suç olmaktan çıkarmakla birlikte cezasız bırakılmadıklarına tanıklık etmekteyiz. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse, suç olmaktan çıkarılan, ancak düzen için zararlı olduğuna kanaat getirilen bu eylemler, bu kez yönetsel cezalara konu edilerek savuşturulmaya çalışılmakla birlikte, **asıl tehlikeli olan ise, bu türden eylemlerin savcılığının da yargıçlığının da tek elde toplanıp ilgili yönetsel makama veriliyor olmasıdır. Bunun anlamı adaletten dosya kaçırmak değilse eğer, yurttaşların hafif suç sayılan eylemlerinde hukukun korumasının sınırlılığıdır. Kısacası yönetsel suç kavramı ile hukuku en iyi ve güvenceli şekilde uygulayan yargıç ve mahkemelerin teminatı noktasında kör noktalar yaratılması gibi bir durum söz konusudur.** Sanırım çağımızın pratiklik anlayışı yalnızca Fast Food yemek kültürüyle sınır kalmamış, suç ve cezayı da içeren adalet kavramı da bundan nasibini almıştır. Bu yüzden yönetsel suç ve cezaların fast food adalet kültürü doğurma yolunda ilerlediğini söyleyebiliriz.

Özetle ve daha kolay ifade edilir bir dille söyleyecek olursam, **sırf suç politikası gereği hafif suç olduğuna kanaat getirilen bir kısım eylemleri, yine sırf yargı makamlarının iş yükünün azaltılması amacıyla (adalete içkin olmayan bir amaçla) suç olmaktan çıkartılarak, yargıç güvencesinden uzaklaştırılarak yönetsel makamların iki dudağı arasına hapsetmek, ceza uygulamasını fast food'laştırmak ve fast food cezalarla adaletten dosya kaçırmaktır.**

8. HAPSETMENİN ELEŞTİRİSİ:

* "Hapishane aşırılıklar deneyimidir"[21]

* "Bazı insanlar haksız yere acı çektiğinde, acılarına tanık olanların kaderi, bunun utancını hissetmektir."[22]

***

8.1. İnsan özgürlüğüne olan saygıyı, adalete duyulan saygının içkin algısı olarak görüyorum. Bu nedenle yargılamanın konusu mağduriyetin bir nevi telafisi olan cezanın, hukukla özgürlük arasında kurulan ve adalet öznesine içkin ilişkinin "hapsetme" kavramında nesneleştirilmesini özgürlüğün devindirici doğasına aykırı buluyor, bu durumu insan onurunun aşındırılması ve hatta hiçe sayılması olarak görüyorum.

21 OTHMANİ, Ahmed, *Hapishaneden Çıkış*, Çev.: Işık Ergüden, Metis Yayınları, 1.Basım, İstanbul Ekim 2003,s.24.

22 John Maxwell Coetzee, *Barbarları Beklerken*, Çev: Dost Körpe, Can Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2015, s.180.

Ceset, yalnızca bir ölüden kalan hatıradan ibaret olmadığı gibi; özgürlük de cezadan arta kalan bir hatıradan ibaret olmamalıdır.

Hapsedilmezliği kutsallaştırmıyor, fetişleştirmiyor, her zaman ve her koşulda uygulanabilir olduğunu iddiasıyla **ideomanik** bir bakış açısıyla genellemek de istemiyorum. Ayrıca bu konudaki fikirler bakımından fikirlerimin ilk olduğunu da iddia etmiyorum.

Hümanist bir doktrin çerçevesinde, hapishanenin cezalandırma yeri değil, suçluyu toplumsallaştırma ve onu topluma yeniden kazandırma yeri olması gerektiği üzerine düşünceler 2. Dünya Savaşı bitimini takip eden yıllarda düşün hayatında filiz vermeye başlamış; 60'lı 70'li yıllara gelindiğinde ise, hapishanenin ıslah edilebilecek bir kurum olmadığı, buna karşın **gerekli bir kötülük** olduğuna dair kimi sosyolog görüşlerinin doğduğu anlaşılmaktadır.[23] Öyle ya, adalet kavramı, başlı başına ahlaki bir iyiliğe işaret eder diye düşünüyorum. O halde **"adalete içkin olmayan hapsetme de ne demek oluyor?" diye bir soru insanın aklından geçmiyor değil!** Aslına bakılırsa bu türden ilkel ve yasakçı zihniyetteki cezalar, kendi kendini tarih önünde cezalandıran cezalar olmaktadır. **Tıpkı adına Ergenekon Mahkemesi denilen ve kendi kendini mahkûm eden engizisyon artığı siyasal yargılama mahkemeleri gibi.**

Yine aslına bakılırsa, özgürlük kısıtlayan cezalar öngörülmesi, suçun felsefi özü ile cezanın felsefi özü arasında bir paralellik kurmak yanılgısından başka bir şey değildir. Bu paralellik suç olgusunun kötü olarak nitelendirilmesi karşısında cezanın da kötülük olarak nitelendirimesi sonucunu doğurmakta ve sözde modern hukuku kötülük barındıran yasal düzenlemelere götürmektedir.

8.2. Cezanın amacını mağdurun zararının giderilmesi, tatmin edilmesi ya da intikam almak olarak kabul ediliyorsa, hapis cezası uygulamasının mevcut halinin çelişkili olduğunu söylememiz olasılık dışıdır; ancak cezanın amacının suçluyu yeniden topluma kazandırmak olduğu söylenecekse, ortada büyük bir çelişki olduğu aşikârdır; zira hapsedilen kişinin psikolojisiyle birlikte toplumsal ilişkileri, ailevi yaşantısı, hukuki hakları, varlık sebebi ve insan onuru bütün boyutlarıyla sarsılmaktadır.

8.3. Bir düşünce suçlusu sayılarak 10 yıl cezaevinde yatan, Uluslararası Ceza Sistemi Reformu Örgütü Başkanlığını yapan Ahmed Othmani'ye göre, *"Hapishane cezalandırmadan çok korumaya yönelik rol oynamalı, özgürlükten yoksun bırakmanın kendisi bir ceza olmalı, hapishane koşulları ceza olarak kullanılmamalı ve özgürlükten yoksun olma dışında tüm diğer insan hakları mahkûma garanti edilmelidir."*[24]

8.4. Hapsetme, hiçbir zaman varlıktaki olumlu olanı ortaya çıkarıp geliştirmeye hizmet etmemiştir. Hapsetmek demek, varolan bir sorunu görmezden gelince o sorun hiç yokmuş gibi davranmaya benzer. Hiçbir şeyi olumlu

23 OTHMANİ, *Hapishaneden Çıkış*, s.44.

24 Işın ELİÇİN, Ahmed OTHMANİ ile yapılan "Cezaevinde Tecrit Sakıncalı" başlıklı söyleşiden alıntı, NTV, 28 Ekim 2003.

manada değiştirmez ve geliştirmez. Kaldı ki, hapsedilen kişinin insanlığını ne kadar bir süre için koruyabileceği düşünülüyor ki, onun ıslah olabileceği bir mekân olarak varsayılıyor.

8.5. Özgürlük vazgeçilmezdir ve zaten bu nedenledir ki hin oğlu hin insan türü, türdeşinin en değerli ve vazgeçilmez varlığı olan özgürlüğünü elinden almakla tehdit ederek, türdeşinin, suç olarak adlandırılan ve egemence istenmeyen davranışlarını önlemeye çalışmıştır. **Başka bir deyişle özgürlüğün vazgeçilmezliğidir yine ona göz dikilmesinin sebebi.**[25]

8.6. Hapis cezası, suça eşdeğer bir şiddeti içermekteyse eğer ve suçta bir haksızlık olgusuysa, hapis cezası da başka bir haksızlık olgusu değil midir? Bu durumun doğuracağı ruh hali de aynı oranda en az "hapis" adı kadar korkunç bir ruh hali olmayacak mıdır? Bu durum toplumsalın sosyolojik geri planında derin bir paradoksa işaret etmeyecek midir?

Toplum yapısı karmaşıklaştıkça ve yöneten sınıfın otoritesini bireyler ve toplum üzerinde eskisi kadar kolay ve sağlam kurmakta zorlandığı bilinç ve bilgi çağı da diyebileceğimiz **içinde yaşadığımız çağda, ceza hukuku bir dizginleme aracı gibi kullanılır olmuştur.** Ceza hukukunun genel ilkelerinden birisinin de **"Cezanın son çare olması (ultima ratio)" ilkesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda egemenlerin/yönetici sınıfın cezaya ilk ve en kestirme çare olarak başvurduğunu görmek ve üstelik** de son çarenin son çaresi olarak uygulanmasının düşünülmesi gereken hapis cezası olgusunun ilk çarenin ilk çaresi olarak uygulanması**,** hukukun, egemen sınıfın çıkarlarının üstün kılınmasının bir aracına dönüştüğünü söylemek pekâlâ mümkündür. Hatta kimi uygulamalarda o kadar ileri gidilmektedir ki, ceza hukuku, sosyal politika aracı olarak neredeyse en yaygın kullanım alanına sahip olmaktadır. Oysa eski, Almanya İçişleri Bakanı, Profesör Werner Maihofer'un da dediği gibi "Ceza hukuku, sosyal politikanın ultima ratiosu"olmalıdır.

8.7. 1377-1378 ve 1391-1397 yıllarında çeşitli şehirlerden gelmiş 37 delinin herhangi bir suç işlemeksizin hapishanelere konulduğu[26] belirtilmiş olup; deliler, yine Orta Çağ ve Rönesans'da örneğin **"Deliler Kulesi"** gibi onları toplumdan ayıran kapalı mekanlara konuldukları gibi, **"Deliler Gemisi"** ismi verilen gemilere teslim edilerek topum yaşamından uzaklaştırılmaktaydılar. **Önemle belirtmek gerekir ki, bunun için herhangi bir suç işlemeleri de gerekmiyordu.**[27] Bu örnekten de anlıyoruz ki, **toplum ve o toplumlara yön veren yönetici sınıf, kahrını çekmek istemedikleri bakıma muhtaç ve aykırı toplum üyelerini kapatma ve toplumdan uzaklaştırma iradesini suçlular için öngörülen hapishanelerden çok daha önce keşfetmişti.** Bu örnekteki Deliler Gemisi'ne konulan deliler, Faucault'un deyimiyle *"...kaçılması olanaksız tekne-*

25 Benzer düşünce için Bkz. DOĞAN KARAKAŞ, Fatma, age.,s.99.

26 Aktaran FOUCAULT, Michel (1), *Deliliğin Tarihi*, Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara Temmuz 2015, s.34.

27 FOUCAULT, (1), age.,s.32-33

nin içine hapsedilen deli, binlerce kolu olan nehre, binlerce yolu olan denize, her şeyin dışında olan şu büyük belirsizliğe teslim edilmiştir. Yolların en serbest, en açık olanının ortasında esirdir: sonsuz kavşağa sağlam bir şekilde zincirlenmiş olarak. En mükemmel Yolcu'dur, yani geçidin mahkumudur."[28] Deliler gemisindekilerin içine düşürüldükleri durum, günümüz siyasal suçluların durumuna ne kadar da çok benziyor değil mi? Demek istediğimin özeti kısaca şudur: İnsanın duygudan uzaklaştırılmış zekâsı delilerden kurtulmak için, tehlikeli sayarak onları, adına tımarhane denilen mekanlara kapatmayı icat ettiği gibi, muhaliflerini de kapatmanın icadı olarak hapishaneyi bulmakta gecikmemiştir.

Nasıl ki, kısasa kısas cezası, tıpkı feodal bir kültürün kan davası gibi sonu gelmez intikamlar ve düşmanlıklar zincirinin tetikleyicisi olacaksa,[29] **Özgürlükten yoksun bırakma/hapis cezası olgusu da muhaliflere yönelik sonu gelmez bir kapatma, sindirme ve hatta toplum içindeki varlığını ortadan kaldırmanın kolaycılığının tetikleyicisi olacaktır.** Sırf bu nedenle bile hapis cezası özgürlükler için büyük bir risktir.

8.8. Büyük hukuk insanı Cesare Beccaria (1738-1794) ölüm cezasına karşıydı ve bu nedenle kaldırılması taraftarıydı. Suç ve ceza üzerine fikir üreten bir düşün insanı olarak da ölüm cezası yerine bir başka cezayı düşündü ve o da hapsetmenin en doğru seçenek olduğuna karar verdi. Ona göre hapis cezası ölüm cezasının infazıyla meydana gelen ani ölüme nazaran daha caydırıcı ve etkili olacaktı. Başka bir deyişle o, ölüm cezasını insancıl bulmadığı kadar, hapis cezasını da önleyici/caydırıcı etkisinin amaca uygun bir zamana yayılmış ıstırap vericiliğe sahip olduğunda yattığını düşünüyordu.[30] **Çağına göre ilerici ve insancıl ceza adalet sistemi önerisi olan ve bu alanda çığır açan Beccaria'nın günümüz hümanizm anlayışı bakımından gerilerde kaldığı aşikâr olmakla birlikte, zamanın büyük filozofu Diderot, ölüm cezası yerine hapis cezasının öngörülmesiyle ceza hukukunun daha insancıl olmayacağını, daha o zamanlarda bile öne sürmüştür.**[31]

8.9. Akıl ve irade sahibi insanları hapishanede hareketsiz ve (tabiri caizse) asalak bir yaşama tabi kılmak, sabahtan akşama bomboş bir gün geçirmek şeklinde bir hayat tarzı içinde emeksiz bir eylemsizlik durumuna sokmak, insanı acizlik, işe yaramazlık ve anlamsızlık duygusu içine hapsetmek dolayısıyla insan onuruna karşı taammüden cinayet derecesinde bir hukuk tutumu olmakla birlikte; suçlunun kendi kendini yemesinin, çıldırasıya bir yalnızlık ve tükenmişlik sendromuna sürüklenişinin, canlı canlı mezara konulmuşluk hissinin bir insanın içinde, üstelik hukuk eliyle oluşturulmasının, kafesteki kuşlara layık görülen bir nefessizlik halinin de adıdır.

Özellikle siyasal suç(!)**larda hapsetmenin tamamen bir kapatma, tecrit etme, özgürlükten yoksun bırakmak**

28 FOUCAULT, (1), age.,s.36-37.

29 OZANSÜ, Cemil Mehmet, age.,s.112.

30 RETORNAZ AKSOY, Emine Eylem, "Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme" *TBB Dergisi*, 2014 (112), s.99,100,101.

31 RETORNAZ AKSOY, Emine Eylem, age.,s.103.

suretiyle etkisizleştirerek düşmanı saf dışı bırakma yöntemi olduğunun teşhisi çok kritik önemde bir olgudur. Bu bakımdan günümüz ceza hukukunun, Ortaçağ engizisyon hukuku olmasa da, feodal bir yapının üzerinde yükselmediğini de kimse iddia edemez. Üstelik ceza hukuku yaptırımlarının bu kadar geniş bir alana yayılmasının ürkütücülüğü ile birlikte uygulayıcıların (ağanın eli tutulmaz mantığıyla) bol keseden hapis cezasına hükmeden anlayışları birlikte düşünüldüğünde vahamet tüm çıplaklığıyla görünür olmaktadır.

8.10. Yaklaşık 20 yıllık mesleki tecrübemle söyleyebilirim ki, gerçek bir suç potansiyeline sahip hemen hiçbir suçlu hapsedilmek korkusundan, işlemeyi düşündüğü herhangi bir suçtan vazgeçmemiştir. Hatta onlar için hapsedilmiş olmak bir tür diploma ya da onur belgesi işlevi görmekte, içeride ve dışarıda övünç kaynağı olmakta, dışarı çıktıktan sonra işleyecekleri benzer suçlar için korkutucu güç işlevi görmektedir. Onlar bu inançla hapsedilmeye karşı eyvallah duygusu içindedirler. Bu durum suç işlemeyi meslek edinenler içinde geçerlidir.

Buna karşın özgürlüğü kendi varoluşu için başlı başına bir değer olarak gören aydınlar ve tesadüfi suçlular ile işinde gücünde sıradan insanlar bakımından mekanizmanın tam tersi yönde işlediğini gördüm. Onlar gerçek manada masum oldukları gibi, özgürlükleri de masumiyetleri kadar değerlidir. İkisinden de vazgeçmek onlar için dünyada başlarına gelebilecek en kötü durumlardan birisidir. En azından özgürlüğü kendisi için her şeyden değerli olan bu türden insanlara "hapsedilmek mi yerine başka bir ceza mı" diye sorulma şansı verilseydi.

8.11. Bu sorun yalnızca ceza hukukunun, kriminolojinin, kamu hukuku tarihinin ve bu alanın tarihçilerinin sorunu olmadığı gibi yalnızca hukuk politikası, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanının konusu da değildir. Bu konu saydığımız alanlara ilaveten genel felsefenin, psikolojinin ve genel sosyolojinin de konusudur. Bu nedenle yalnızca ceza hukuku ve kriminoloji alanında uzmanlaşmış kişilerin ele alarak yön göstericiliği suç ve ceza politikalarını yanlış mecralara sürüklemekte, çoğu zamanda elmalarla armutlar birbirine karıştırılmaktadır.

8.12. Özgürlüğe, en fazla özgürlüğün içinde bir sınır çizmek mümkün olmalıdır. Aksi halde gücü eline geçiren özgürlüğün sınırlarını miras yoluyla parçalanan toprak gibi daraltacaktır. Tıpkı feodal dönem Avrupa'sında olduğu gibi, bilinçaltındaki suç ve günah özdeşliğini, yasaların tanrısallık özelliği taşıdığını savunma boyutuna taşıyan egemen güç gibi.

8.13. Azap çektirmenin yalnızca bedensel şiddetle olacağı, hapsetmenin ise azap çektirme olmadığı, aksine çağdaşlık olduğu düşünülüyorsa bu düşünceyi sahiplenmek yöneten sınıf için bulunmaz Hint kumaşı, yönetilenler içinse kocaman bir saflıktan başka bir şey değildir.

8.14. Ceza hukuku yaptırımlarının konulmasında kamu düzeninin korunmasına yönelik yönetsel bir yan mı ağır basmakta, yoksa haksızlık karşısında adalet istenci içeren hukuksal yön mü? Sanırım bu soruya verilecek yanıt, cezanın amacının hukuksal boyutu ve meşruiyeti bakımından önemli olacaktır.

Bu konu, cezanın adalete içkin olması noktasındaki düşünceler çerçevesinde ele alınmalıdır. Aksi halde cezalandırma adalete içkinlikten çıkar ve yönetselliğin zalim boyunduruğuna girer.

8.15. Hangimiz cezaevinde bir yakınımızı ziyarete gitmedik ki, hangimiz düşüncelerimizi açıkladığımızda cezaevlerini boylamamanın garantisine sahip olabildik ki? Hangimiz televizyonlarda cezaevi koşullarını görüp, "iyi ki benim başıma gelmedi" demedik ki? O halde neden hapis cezasına karşı en azından içsel bir itiraz sesi yükselmez ki? Eleştirmeye önce korkularımız üzerinden başlamalıyız.

8.16. Düşünceden korkulan, düşünce ile mücadele edilen, düşünceye kumpaslar kurulan ülkelerde, cezaevlerinin yalnızca suç işlediğine hükmedilen hükümlülerin cezalarını çekmek için konulduğu bir mekân olmadığı gerçekliği karşısında, hapsedilme olgusunu kim savunabilir ki? Ya da herhangi biri savunursa neden savunur ki?

8.17. Tek tek insanların bütünü katil olmasa da, genel çerçevede tarihsel bir perspektiften bakılarak değerlendirmeye tabi tutulduğunda günümüzde yaşayan insan türü olan Homo Sapiens bir katildir. Bundan yüz bin yıl önce dünyamızda kendisiyle birlikte yaşayan beş insan türünü ortadan kaldırmış bir seri katil hem de… Durum böyleyken ve her suçun bir yaptırımı olacaksa bütün Homo Sapienslerin içeri tıkılması gerekmez miydi?

8.18. Fransa Kralı XV. Louis'ye yönelik suikast girişimi sonucunda Paris Parlamentosu tarafından kral katili olarak yargılanıp, Place de Grève'de, atlar ile sürüklenip dörde bölünerek öldürülmesine karar verilen **Robert François Damiens'in idamını** Michel Foucault şöyle anlatmaktadır. *"Damiens, 2 Mart 1757'de, 'Paris kilisesinin cümle kapısının önünde suçunu herkesin karşısında itiraf etmeye' mahkûm edilmişti; buraya 'elinde yanar halde bulunan iki libre ağırlığındaki bir meşaleyi taşıyarak, üzerinde bir gömlekten başka bir şey olmadığı halde, iki tekerlekli bir yük arabasında götürülecekti; sonra aynı yük arabasıyla Grevé Meydanı'na götürülecek ve burada kurulmuş olan darağacına çıkartılarak memeleri, kolları, kalçaları, baldırları kızgın kerpetenle çekilecek; babasını (kralı) öldürdüğü bıçağı sağ elinde tutacak ve kerpetenle çekilen yerlerine erimiş kurşun, kaynar yağ, kaynar reçine ve birlikte eritilen balmumu ile kükürt dökülecek, sonra da bedeni dört ata çektirilerek parçalatılacak ve vücudu ateşle yakılacak, kül haline gelecek ve bu küller rüzgâra savrulacaktır."*[32]

Yöneten sınıf, yukarıda örneklenen bedensel cezanın korkunçluğu ve o yıllarda özgürlüğün kıymetinin şimdiki kadar bilinmediği gerçeğinden hareketle, içine muhalifleri de tıkmanın hesabını da yaparak, hapsetme cezasını ceza hukukunun temeline ebediyen yerleştirmiştir.

8.19. Hümanizmin zorunlu bir nedeni yoktur. Nedensizliğin kraliçesidir o. O halde neden insan ruhuna işkencenin diğer adı olan hapsetme ve kapatma olgusu hala var?

32 FOUCAULT Michel, *Hapishanenin Doğuşu*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2015, s.33.

8.20. Eskiden insan bedenine yönelik cezalar insan haklarına aykırı kabul edilirdi, sonra insan özgürlüğüne yönelik cezalar bunların yerini aldı. Peki, özgürlüğün (en azından varoluşunu tamamlamış insanlar için) insan bedeninden daha önemli olduğu ne zaman anlaşılacak? Başka bir deyişle **eskiden döve incite hizaya getirmekle adalet tesis edilmiş sanılıyordu; ya peki şimdi insanlar üstü açık mezarlara konularak adalet mi tesis edilmiş oluyor?**

8.21. Hapis cezası denetim sağlamanın mı, ıslah etmenin mi, insan sinirlerini tahrip edip iyice işe yaramaz hale getirmenin mi aracıdır? Belki bunların hepsinin aracı olabilir, ama a**dalete içkinlik bakımından adaletin amacı olamaz gibi geliyor bana.**

Kuralların önceden tanımlanması neyi değiştirir ki, düşünmek ve düşündüğünü söylemek içgüdüsüne sahip insan niteliği karşısında hala düşünce suç sayılıyorsa…[33] Düşüncenin olumsuzlanmasının insan onuruna aykırı olduğunun benimsendiği bir çağın daha ilk durağında düşüncenin suç sayılarak, ona egemen düşünce karşısında bir kötülük değeri atfetmek her şeyden önce düşüncenin kendine yapılmış bir kötülüktür.

Eğer hapsetme düşünce suçları dışındaki suçlara özgü olsaydı bile ıslah edici bir etkisinin olabileceğini sanmadığım için yine karşı çıkardım. Zira evrensel doğru kabul edilen toplumsal değerleri bir kenara bırakarak, başkalarının mutsuzluğu üzerinden mutlu olmaya çalışan kişinin zaten iç dinginliğinde bir problem olduğu aşikârdır derdim. Bu durumu Dostoyevski, "Suç ve Ceza" isimli romanında, romanın kahramanı olan çifte cinayet sanığı Raskolnikov üzerinden, toplumsal değerleri bir kenara bırakarak mutlu olmaya çalışan kişinin aslında bir iç dinginliğe ulaşamayacağını bize edebi bir dille derin bir insan psikolojisiyle göstermişti.

8.22. Hapsetme olgusunun varlığı özgürlüklerimizi tehdit eden potansiyelliğini içinde barındırır: Sanıyor musunuz ki, hapsetme sadece içeridekileri ilgilendiren bir olgu; biz dışarıdakilerin içeri girme olasılığı her günün içinde saklıdır. Öyle ki, hiç kimsenin canına ve malına zarar vermediğimiz gibi herhangi bir şekilde ekonomik bir değer kaybına neden olmasak bile şimdi şuracıkta edeceğimiz birkaç cümle, egemen gücü/devleti rahatsız edebilir ve onun suç kalıpları içine tereddütsüz bir şekilde sokulursa, soluğu en yakın hapishanede almamız işten bile değildir. Bu hepimizi için geçerli bir potansiyel özgürlüksüzlük sonucunu içinde taşımaktadır.

Diyelim ki, sen, ben, biz veya o, bahsettiğim talihsizliğe uğramadık ve akşam sıcak evlerimize ya da konforlu otellerimize gittik. Fakat o da ne, gelen bir telefonla irkilebiliriz ve kardeşimizin, babamızın, oğlumuzun ya da kızımızın karıştığı bir taksirli suç ya da bir slogan nedeniyle hapsedildiğini öğrenebiliriz.

Hapsedilme olgusunun içinde barındırdığı tehlikeler bunlardan ibaret de-

33 Bu noktada özellikle belirtmek isterim ki, "Siyasi mahkûmlar koğuşu" denildiği zaman, aklıma, "Özgürlükleri bir çuvala doldurmuşlar ve izbe bir depoya tıkıp, kapısını kapatıp mühürlemişler" gibi bir resim geliyor.

ğildir. Diyelim ki egemen iktidar, daha düne kadar tehlike saymadığı, ancak konjonktür gereği bizim gibi düşünenlerin düşüncesini varlığı için tehlikeli olduğuna kanaat getirerek, o güne kadar suç sayılmayan düşüncemizi de hapsedilmeyle karşılanan bir suç haline getirdi. Bu durumda hapsedilmekten korkan insan, o düşünceyi dile getirmekten kendini mahrum etmeyecek midir?

Özellikle kanıtlardan sonuca gitme özelliğine, yani kanıtlar üzerine temellendirilmiş bir yargılama ve hüküm sanatına sahip olmayan ülkelerde, *"hiç kimse suçsuzluğunu ispatlamak zorunda değildir*" ve "*suçsuzluğu sabit oluncaya kadar herkes masumdur"*, şeklindeki ceza hukukunun evrensel ilkelerinin zaman zaman rafa kalktığı yerlerde, yargılama makamlarının kanıt takdiri bile sizin için hayati öneme sahip olabilir. Böyle bir coğrafyada yargılama makamını oluşturan süjenin özgürlükleriniz üzerinde denetlenmesi olanaksızlaştırılmış tanrısal bir güce sahip olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle özgürlükleriniz artık sizin mülkünüz olmadığı gibi, yargılama makamında bulunan süjenin izin verdiği ölçüde kullanabildiğiniz sıradan bir yararlanma hakkından farksızdır

Size meslek hayatımdan bir örnekle özgürlüklerimizin nasıl da tehlikede olduğunu anlatmak isterim:

Yıl 2009, Yer: Bolvadin. Yürüttüğüm geniş kapsamlı bir soruşturma dolayısıyla yaptığımız operasyon sonucunda yakalanan şüphelilere, gerçekleştirdikleri eylemlerine ve suç tipine benzer olup da, daimi aramaya alınmış (faili bulunamamış) dosyalardaki eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini yöntemince soruyordum ki bir dosyadaki şüpheli sayısı, eylem sırasında söylenen sözler, kullanılan yöntem, yağma konusu vb. tüm özelliklerin birbiriyle ötüştüğünü fark ettim ve bu dosya üzerinde önemle durarak, her bir şüpheliye ayrıntılı sorular yönelttim. Sonuçta daimi aramaya alınan dosyanın faillerinin "yakalanan şüpheliler" olduğu ortaya çıktı. Ancak daimi aramaya alınan dosya ile hiçbir ilgisi olmayan masum bir kişinin yaklaşık bir yıl önce Ağır Ceza Mahkemesince "yağma/gasp" suçundan 12 yıl hapis ile cezalandırıldığını öğrendim. Dosyası Yargıtay'daymış. Derhal durumu faks ile Yargıtay'a bildirdim. Karar bozuldu ve masum yere cezaevine girip de yaklaşık bir yıl cezaevinde kalan kişi tahliye oldu. Bir gün sonra masum şahsın babası yanıma teşekkür için geldiğinde mutluluk ve minnet dolu gözlerinden yaşlar süzülürken ellerimden öpmek istedi. İçimde dünyanın en güzel mesleğini yaptığıma dair müthiş bir his oluştu. Tek üzüldüğün şey ise, o masum gencin haksız yere 1 yıl kadar cezaevinde yatmış olması nedeniyle psikolojik tedavi görmeye başlamasıydı.

Bu somut olayda haksız yere cezalandırılan suçsuz sanığın aleyhindeki tek kanıt neymiş biliyor musunuz? **Kulakları işitme zorluğu çeken yaşlı bir kadının ses teşhis tutanağı.** Bunu biraz açayım: Olayımızda yalnız yaşayan yaşlı karı-kocanın evine kar maskeli üç soyguncu doğrudan yağma/gasp amacıyla girerler ve yaşlı çiftin büyükbaş hayvan satımından elde ettikleri (bugünün parasıyla) yaklaşık 30-40 bin TL'yi yağmalarlar. Failler, konuşmaktan başka geride

hiç bir iz bırakmazlar. Olayı haber alan kolluk, yaşlı çiftin ifadesini alır ve kadın, faillerin kendi aralarında konuştuklarını duyduğunu söyler. Yine aynı ifade sırasında kolluğun haklı klasik sorusu olan "*Kuşkulandığınız birisi var mı?"* sorusu üzerine kadın, *"falanca komşumun filanca oğlu yapmış olabilir, ondan kuşkulanıyorum"* der, ancak kuşkusunun gerekçesini söylemez. Bunu duyan kolluk da kuşkulanılan filancayı ilçe emniyet müdürlüğüne götürür ve onunla birlikte benzer yaşlarda dört kişiyi daha konuşturup, ses teşhisi için orada bulundurdukları işitme zorluğu çeken yaşlı kadına sorarlar. **Kadın da (komşularının oğlu olduğunu sesinden anladığı) suçsuz-suçluyu teşhis ettiğini söyler.** (Burada ironi zaten sesini komşu çocuğu olması dolayısıyla bildiği ve kuşkulandığını söylediği, yani arandığını bildiği kişinin sesini diğerlerinden ayırt etmesinin olanaksızlığında yatmaktadır.)

İşin asıl ironik yanı ise, gerçek faili tespit ettikten sonra yaklaşık 15 polis memurunun arasına koyarak yeni bir ses teşhis işlemi yaptırdığımda, yaşlı teyzenin o 15 polisten en az 4-5 tanesinin sesini failin sesi olarak teşhis ettiğini söylemesiydi.

8.23. Hapishaneyi eleştirmek için ömrünün önemli bir kısmını hapiste geçirmiş iki düşün insanından bahsederek iddiamı tanıklamak ve bu başlık altındaki açıklamama son vermek istiyorum:

İtalyan şair, yazar ve Platoncu filozof olan Tommaso Campanella bir siyasal suçlama dolayısıyla ömür boyu hapse mahkûm edilip, 1599 ile 1626 yılları arasında **27 yıl (ömrünün yaklaşık yarısı) hapis yatmış ve hapisteyken özgürlük arayışının ütopyasını "Güneş Ülkesi" isimli ütopya yapıtını yazmıştır. Hapsedilmenin korkunçluğu yaşayarak hisseden ve anlayan Campanella'nın bu ütopya ülkesinde (Güneş Ülkesi'nde) tam da bu nedenle olsa gerek, başkaldıran düşmanları kapadıkları tek bir kule dışında hapishaneye yer vermemiştir.**[34]

Yaklaşık 10 yıl cezaevinde hapis yatan Ahmed Othmani bakın hapsetme olgusu hakkında ne diyor*: "...Hapishanede olan insanların çoğunun aslında orada olmamaları, hapishane gerçekliğine maruz bırakılmamaları gerekir. Eğer bu insanlar toplum için bir tehlike teşkil etmiyorlarsa, korkunç suçlar işlemedilerse, onları hapse atmak hiçbir işe yaramaz. Ve hapse girdiklerinde, genellikle çok az kalıyorlar. Bazen bir hapishane nüfusunun % 60'ı, kitabımda da gösterdiğim gibi, hapiste 6 aydan fazla kalmayan insanlardan oluşuyor.* ***O zaman onları hapse neden atıyoruz? Onları böylece geri mi kazanacağız? 6 ayda ıslah edilmiş mi olacaklar? Kesinlikle hayır.*** *Durumlarını daha da kötü hale getirmek dışında hiçbir şey yapılmıyor."*[35]

Bu konudaki sözlerimi, Cumhuriyet savcısı olarak katıldığım bir ağır ceza mahkemesi duruşması sırasında sanıklardan birisinin tutukluluk halinin deva-

34 CAMPANELLA, Tommaso, *Güneş Ülkesi*, Çev: Çiğdem Dürüşken, Alfa Basım Yayım, 2. Basım, İstanbul, Eylül 2016, s.99.

35 Aslıgül BERKTAY, Ahmed OTHMANİ ile yapılan "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşiden alıntı, , Cumhuriyet Pazar Eki, 25 Ocak 2004.

mına karar verildiği ana ilişkin bir anımı günlüğüme not ettiğim haliyle paylaşarak noktalamak istiyorum: Oğlum kadar bir çocuktu neredeyse. Babasının tutukluluk durumunun uzadığına hükmedildiğini, babasının jandarmaların kollarında duruşma salonundan çıkartılırken anlamış olmalı ki, hıçkıra hıçkıra ağlamaya başladı. O masum çocuğun gözyaşları ciğerlerime damlayan asit gibi yakıyordu içimi. Neden babalar çocuklarını üzecek şeyler yaparlar ki? Neden babaların suçlarının acısını çocuklar çekiyor ki? Neden çocukların bu gereksiz acılara sürüklenmesine sistem bir çare üretmiyor ki? Neden suçun acısını suçludan başkası çekiyor ki? Neden insanlar ekonomik suçları işlemek zorunda bırakılıyorlar ki? Neden insanlar mutsuz edecekleri masum bebekleri dünyaya getiriyorlar ki? Nedir bu duyarsızlık? Nedir bu bilinçsizlik ve nedir bu orta oyunu?

9. SONUÇ YERİNE

*Hapishane, işlenen suçtan pişmanlık duymanın değil, içine doğulan hayattan pişmanlık duydurmanın aracıdır.

***

9.1. Bugün kolayca sahip olduğumuzu düşündüğümüz özgürlüklerimiz, aslında yüzyıllarca yapılan kanlı direniş ve çatışmaların sonucunda her biri dirhem dirhem elde edilmiş kutsallık boyutundaki emanetler olduğu içindir ki, insan özgürlük korkusu ve özlemini aynı anda duygularında barındırır. Başka bir deyişle özlemle aradığı özgürlüğü bulmaktan da korkar. Wilhem Reich'in ifadesiyle söyleyecek olursam, *"insan yapısı, özgürlük özlemiyle özgürlük korkusu arasındaki çelişkiden can bulmuştur."*[36] Bu korku, insanın varoluş yazgısından kaçma eğilimiyle iç içedir ve özgürlüğün gerektirdiği biricik özellik olan toplumsalın sorumluluğunu ve bireysel/kişisel emeği üstlenmekten kaçınmaktır. (Başka bir deyişle) ve Reich, kitlelerin bünyesinde, insanların biyolojik bünyelerine derin kök salmış halde, gelişmeyi ve ilerlemeyi frenleyen gerici bir güç bulunduğundan söz eder. İşte bu güç sorumluluk almaktan korkma ve özgürlükten korku olarak kendini gösterir.[37] İnsan genine işlemiş bu gerici gücü alt etmenin ve onun insan ruhuna da sirayet etmesinin önlenmesine dair tedbirlerin konusu başka ve başlı başına bir makalenin konusu olmakla birlikte, şu noktayı belirtmeden geçemeyeceğim: Hayatımızın kalıcılığı konusunda zamanın ve mekânın belirleyiciliği olmadığını hissettiğimiz an "gerçekten" özgür olacağız. İşte bu durumda, zaman ve mekân bizleri istediği kadar sıkıştırsın, nafile, tek bir özgülüğümüz bile teslim olmayacaktır.

9.2. Adalet tutku değildir, hayatın sıradan ve olması gereken doğasının bir gereğidir. Başka bir deyişle adaletli olmak için özel bir çaba gerekmez; adaletsiz olmamak için özel bir çaba gerekir. Bu nedenle **cezanın adalete içkin olabilmesi için her şeyden önce doğaya ve doğa içinde ona ait bir unsur olarak varlığını sürdüren insan türünün doğasına uygun olmak zorundadır.** Jean Paul Sartre'nin de dediği gibi, "*Varoluş-*

36 REICH, Wilhelm, *Faşizmin Kitle Psikolojisi*, Çev.: Yüksel Pazarkaya, Cem Yayınevi, 1.Basım Nisan 2014, s.329.

37 REICH, Wilhelm, age.,s.334, 338.

çu, tutkunun (ihtirasın) gücüne inanmaz. (...) Kötü edimler için bir özür kaynağı saymaz tutkuyu."[38] **Bu nedenle ceza hukuku (insan bedenine yönelik suçlar hariç), insanı hapsetme hukuku olmaktan kurtarılmalıdır.** Bacon'un da dediği gibi "*Yeni çareler uygulamayan, yeni belalar beklemelidir. Çünkü zaman en büyük yenilikçidir*."

9.3. Filozofların, yaşamın amacını mutluluk olarak koyduğu yerde, sıradan insanların kendi mutluluk ritüellerini belirlemesi ve bunun sonucunda da kiminin daha çok seks, kimin daha çok mal-mülk, kiminin lüks ile mutlu olmaya çabalamasını görmek işten bile sayılmaz. Bu durumda adalet-adaletsizlik, iyi-kötü, doğru-yanlış ayrımlarının bile farkındalığını önemsemeyen tamamen hazcı bir toplumun doğuşuna gitmek demektir ki, zaten günümüz toplumunun bir tüketim toplumu olması da iddiamı doğrulamıştır. Böyle bir toplumda cezanın hapsetme kolaycılığına dayanması ya da yöneten sınıfın öteki kabul ettiği tüm muhalifleri içeri tıkmanın aracı olarak hapis cezasını yaygınlaştırmasını, yeryüzünün kocaman bir gözetim toplumuna dönüşmesini umursamaz olur. Sonuçta malum; okul, konut ve hastane yapılacağına devasa adliyeler ve hapishaneler yapılır.

9.4. İyi bir sosyal sistemin işleyiş kurallarını oluşturmak için ideolojilere değil, asgari temel prensiplere ihtiyaç var. Örneğin hangi ideoloji olursa olsun temelde eşitlik, özgürlük, dayanışma, adalet ve kardeşlik olması gibi.

9.5. Erdemlerimiz, kötülükler karşısında pasif savaşçılardır. Başka bir deyişle erdem, elinde silah olmadan düşman üzerine salınan vezirdir. **Erdemlerin silahı en çok da felsefe olmalıdır.** Felsefenin bilimsel etkinlikle ilgilisini yalnızca bilimsel sonuçlar üzerinde konuşmaya indirgemekten kaçınmalıyız. Felsefe ne zaman toplumsal meselelerle iç içe geçer, işte o zaman toplumla bağlarını kurabilir. Başta adalet olmak üzere yaşamımızı ilgilendiren pek çok alanda ve kavramda felsefenin kılavuzluğuna ihtiyacımız var. **Felsefe, sadece entelektüel bir faaliyetten ibaret olmamalıdır. Halkın, insan onurunun, alın terinin kurtuluşu ve varoluşun anahtarı olmalıdır.** Bunun için de yeni bir yurttaşlık bilinci yaratmalı, tüm zihinsel bariyerleri kırmalıyız.

Felsefenin kendisi öncelikle bir hayat tarzıdır. **Ve felsefe hasta ile değil hastalığın kendisiyle ilgilenir.** Felsefi yolculuk, bir hakikat yolculuğudur. Felsefenin çoklu, sorgulayıcı, analitik ve kuşkucu yaklaşımından yararlanmalıyız.

Burada bahsettiğim felsefe, teoriye hapsedilmiş ya da sadece teoriden oluşan bir felsefe değil, özgürlük başta olmak üzere doğal gereklilikler üzerinde uzlaşılmış, yansımasını her zaman doğada bulabilecek bir felsefedir. Zira doğal gereklilikler üzerinde uzlaşamadığımızda akılcı bir çözüme ulaşmak olanaksız olacağı gibi, tarihi de doğa gibi mekanik bir işleyişe sahipmişçesine oluşturacağız ve her şey (kısır bir) döngüsellikte seyredecektir. Bu durumda tarihin ve dolayısıyla gelişmenin doğasına aykırı olacak-

38 SARTRE, Jean-Paul, *Varoluşçuluk*, Çev.: Asım Bezirci, Say Yayınları, 22.Baskı, İstanbul 2010, s.48.

tır. Çünkü tarih, anlamsız ve kaotik bir süreç değil, birbirini art arda takip eden, bir birinin üzerinde yükselen, ilerleyen bir süreçtir.

Tanrı ya da tanrılar, bir punduna getirip, dünyayı oldurduktan ve kendi koyduğu yasalara tabi kıldıktan sonra sahneden çekilince, onun yasalarının yerinde çoktan yeryüzü egemenlerinin yelleri esmeye başladı. Tanrı madem ki yeryüzünden çekildi ve madem ki egemenler artık kendi atlarını dilediklerince koşturmaya başladılar; o halde insan onurunun, emeğin, özgürlüğün ve adaletin kurtuluşu ve kardeşliğin yeniden tesisi için büyük "felsefe kavgası" bir görevden öte zorunluluktur.

9.6. "İnsan özgür olmaya mahkûmdur, zorunludur!"(...) Zorunludur, çünkü yaratılmamıştır. Özgürdür, çünkü yeryüzüne geldi mi, dünyaya atıldı mı bir kez, artık bütün yaptıklarından sorumludur."[39]

Peki, insan nasıl özgür olacaktır. Bunun yanıtı gayet nettir: İnsan ancak kendini gerçekleştirirse özgür olabilir. İnsanın kendini gerçekleştirebilmesi demek, emeğine yabancılaşmadan kendine ait olan değerlerini yeniden üretmek, gerekirse çoğaltmak ve en nihayetinde amigdalasının yönetiminde alelade bir canlı olmaktan kurtularak düşüncenin gücünü keşfetmesi gerekir. Zira en büyük güç düşüncedir; ancak bu gücün bir ilk hareket ettiriciye, devrimci bir yüreğe ihtiyaç vardır. **Bir devrimciyle tanışmamış en güçlü düşünceler bile gücünün farkında olmayan insana benzer: korkar, kendine güvenemez, yerinde durur, sabit ve işlevsizdir.** Bir zihin jimnastiğinden öteye gidemeyendir. Tam bir kurtuluşa ermek için bilmenin ötesine geçmeli, bir ışık gibi dünyayı aydınlatacak yazılar yazmalıyız. Bunu yapmayıp da gündelik olanın peşine takılıp, anı yaşar ve gündelik olanı tüketirsek, zihin jimnastiği etkinliğinden bile oluruz.

Bazıları "gündelik politikanın dilinin hapsinde" birer "sıradanlık tutsağı" olmuş gibidir. Öyle ki, yerel politikacıların eylem ve söylemlerinde kendi gerçekliklerini bulacaklarını sanma yanılgısı içindedirler. Onlar gündelik siyasetin konuşmalarına bağımlı "boş zaman öldürücüler" dir. Bunu gerek kahvehanede, gerek üniversite amfisinde ve gerekse de makale ve kitap çalışmaları arasında yapsınlar, değişen bir şey olmayacak; **sonuç kurtuluşsuzluk olacaktır. O halde öncelikle yapılması gereken, gündeliğin ve mevcut sistemin sizi üzerinde düşünmeye koşulladığı kavram, kurgu ya da benzerlerinin çerçevesi dışına çıkmaktır.** Kurtulun bunlardan! Serbest bırakın düşünce gücünüzü! Kırın sistemin dayattığı gündelik ve güncel olan simüle edilmiş her şeyden. **Unutmayın ki, araçsız ve kendi kendine gelecek bir kurtuluş hayali yoktur, olamaz.** Ve ilk araç da, bilgi üzerine akılsal edimleriniz, yani düşüncelerinizdir. Bunu başardığınızda, sizler özgür, insanlık da özgürlük olacaktır. Ne demişti Sartre: *"Kişi özgürdür, insan özgürlüktür."*[40]

39 SARTRE, age.,s.48.
40 SARTRE, age., 2010, s.47.

Önemle belirtmeliyim ki, bireyin kendini özgürleştirmesi insanın özgürlüğü için yeterli değildir. Bunun için başkalarının özgürlüğünü de gözetmek zorunluluğu vardır. Kalabalık bir köle grubunun içinde hiçbir zorunluluğa tabi olmadan ve hiç kimseye ihtiyaç duymadan yaşadığınızı ya da kocaman bir hapishaneden istediği an çıkma hakkı olan tek kişi olduğunuzu düşünün; Bu sizi özgür kılmaya yeter mi? Yetmeyecektir; çünkü başkalarının özgürlüğünü gözetmediğiniz yerde, kendi özgürlüğünü gözetme pratiğinizde olmayacaktır.[41] Tam da bu noktada Erich Fromm'dan cümlenin sonuna cuk oturan bir alıntı yapmak istiyorum: "Özgürlük olgun, bütünüyle gelişmiş, üretici bir insanın tutumunun yaklaşımının ve kişilik yapısının bir parçasıdır; bu anlamda "özgür" insandan seven, üretici, bağımsız bir insan olarak söz edilebilir."[42] Aksi halde kişi, varoluşundan kopacak, kendine yabancılaşacak ve Kafka'nın "Dönüşüm" isimli romanında genel olarak ifade etmeye çalıştığı gibi devasa bir böceğe dönüşünce topluma da yabancılaşacaktır. Kendine ve topluma yabancılaşmış kişiden de özgür olmasını, özgür olsa bile onu yaşamasını, özgürlüğü çoğaltmasını beklemek saflık olacaktır. İşte böyle insanlardan oluşan toplumda kapatma ve hapishane olgusu ise, tek çare, alternatifi olmayan bir kurtuluş reçetesi ya da suça ve suçluya karşı son umut olarak meşruiyetini sürdürecektir. En iyi niyetli felsefi sorgulayıcılar ise, hapsetmeyi, kötülüğü meşrulaştıran gereklilik olarak içselleştirecekler; özgürlüklerimiz ise rutinlerin mutluluğuna kurban edilen bir kavram olarak sözlüklerde yaşamaya devam edecektir.

9.7. Biz dünyalılar, birkaç istisnayı saymaz isek eğer, öyle bir sistemde yaşıyoruz ki, üniversitelerden ibadethanelere, genelevlerden lokantalara kadar hemen hemen her yer "çıkarcı ve hesapçı davranış"ın olumlanarak meşrulaştırılmasına hizmet eder hale gelmiş durumda. Bize düşen görev olumsuzun olumlanması için simüle edilmiş gerçeklere başvuran hemen her alanda ve kavramda gerçeğin özünü ortaya çıkarma gayretinde olmaktır.

Kavramlara, değerlere ve yaşamın içindeki olay ve olgulara kuşkuyla yaklaşmalı, sorgulayıcı olmalıyız. Bu tür insanlardan oluşan toplumun, yüksek kültürlü olması zorunluluğu olmaksızın, Kant'ın meşhur söylemiyle aklını ergin olmama halinden kurtarması işten bile sayılmayacak kadar kolay olacaktır. Ancak bu konuda toplumun kendiliğinden bir yüksek algı başarısı göstermesini beklemek aydın sorumluluğuyla bağdaşmayacağı gibi, egemen devlet ahlakının bağışlayıcı kollarında teselli bulmak düşüncesi de öğrenilmiş çaresizlik ritüelinden başka bir şey olmayacaktır. Kuşkulanan, soran, sorgulayan beyinlerin karşılaştıkları olay, durum ve olgulara ilişkin olarak "adil, ama neye göre adil? Eşit ama hangi koşullarda eşit? Özgür ama nasıl ve kime karşı özgür, hukukun üstünlüğü, ama kimin hukukunun üstünlüğü?" gibi soruları sordukları yerde yönetici sınıfın, onların elinden ekmeğini,

41 SARTRE, age.,s.70.

42 FROMM, Erich, *Sevginin ve Şiddetin Kaynağı*, Çevirenler: Yurdanur Salman-Nalan İçten, Payel Yayınları, 6.Baskı, Şubat 1994, s.122.

özgürlüğünü ve adaletini alması olanaksıza yakın olacaktır. Bu şekilde aydınlanmış bireylerden oluşmuş bir toplumda "kötülüğü meşrulaştıran gereklilik ve koşullar ifadesi" nin sözlüklerden silinmesi mümkün olabilecektir.

9.8. Kitapları okumakta olduğu gibi, olayları, olguları ve hatta hayatı okumakta da belli bir yöntemimiz olmalıdır. Bu anlamda insan hak ve özgürlükleri alanında ürettiğimiz düşüncelerin içerik zenginliğini yöntemsel zenginliğe taşıyabilmeliyiz. **Hayatı bir hukukçu olarak okursanız her davranışta kusur, felsefeci olarak okursanız soru ve anlam, psikolog olarak okursanız rahatsızlık, sosyolog olarak okursanız düzen ararsınız.** Oysa hayatı bir sanatçı ruhuyla okursanız mutluluğu ararsınız. Hayatı bir hukukçu gözüyle okunacak kadar sıkıcı, psikolog gözüyle okunacak kadar derin, sosyolog gözüyle okunacak kadar ortaklaşa olmadığını göreceksiniz. Hayatı bir sanatçı ruhuyla okumanızı öneririm; belki o zaman, iyisi ve kötüsüyle bir bütün olarak görmeyi öğrenirsiniz.

Hukukta, ekonomide, kültürde ya da hayatın herhangi bir alanında özgür düşünebilmenin ve özgür alanlar yaratıp, sayılarını çoğaltabilmenin yolu felsefeden geçmektedir. **Bu nedenle felsefeyi bahsettiğim her alanda pratiğin bilimi haline de getirmeliyiz.** Ancak bunu yaparken felsefeyi makine gibi işleyen bir sistem olarak düşünüp, onu matematikleştirmeniz olanak dışı olacaktır. Çünkü aklını kullanabilme cesaretine sahip bir insan bile kalsa, bu makinenin dişlileri matematik bir sistemle dönmeyecektir. Aksi halde felsefeyle özgürlük alanları açmak isterken, bireysel özgürlüklere dokunulacak, özgürlüğün kolektif bir yaşamı oluşturma ve yaşatma potansiyeline ket vurulacaktır. Özetle söylemek gerekirse, hem özgürlüğün bütünü **hem de özgürlük alanının bir parçası olarak insanın hapsedilmezliği üzerine felsefi düşünce, temel koşul olarak, bireysel özgürlüklere dokunmaksızın, kolektif bir yaşamı oluşturma ve yaşatma potansiyeline sahip olmalıdır.**

9.9. Hapsedilmezlik, insan özgürlüğünün yalnızca bir parçasıdır ve bütün özgürlük alanları gibi hapsedilmezlik olgusu da hak ve özgürlüklerin, adaletin kendine içkin kavramlarıyla düşünmesini bilen, kavrayan, kavradığı bu kavramların düşünsel ve duygusal bilincine ulaşmış, felsefi düşünebilen yetkin yargıç, savcı ve savunmanlara ihtiyacı vardır. Dört duvara arasına insan koymanın, üstü açık mezarlığa insan koymaktan farksız olduğunu kavrayabilmek için biraz önce bahsettiğim türden hukuk uygulayıcılarının ortalamanın üzerinde bir zekâya sahip olmalarına da gerek yoktur. Bu yetkinlik, toplumun geneli için sıradan bir yetkinliktir.

Şimdi, hukuk uygulayıcılarının pek çoğunun verdikleri kararlarda, hukuk metinlerinde ve buna benzer zihinsel ürünlerinde, ne adaletin ve ne de hak ve özgürlüklerin kendine içkin kavramları üzerinde, ne ontolojik ve ne de epistemolojik kalburüstü bir bilgi ve yorumlama gücüne sahip olmadıklarına dair bir ize rastlamadığınızı, aklınızdan geçirdiğinizi hissediyorum. **Bunun nedeninin, ne zekâ ne de işlerinin gereklerini yeteri kadar bilip bilmemeyle hiçbir ilgisi yoktur. Aslında bütün mesele konfor-**

mizmdir.[43] Evet konformizm; zira konformistler, hapsedilmezlik olgusu, hak ve özgürlükler ve adaletin kendine içkin kavramlarıyla düşünmesini genellikle bildikleri halde, çıkarlarının gereği olarak ya da mevcut görece zengin yaşam düzeylerini kaybetmemek adına, konformist bir tutum ve vurdumduymaz bir davranış içinde yaşamaya alışmışlardır. Aslında devletin yüceltildiği bütün toplumlarda konformist yargıç ve savcılar ile savunmanlar siyasal partilerin ve politik isimlerin istem ve beklentileri doğrultusunda, yeni hukuk tasarımının inşa aracı olarak varkılınmış olmaktadırlar.

9.10. "Hapsedilmenin ve kapatılmanın objesi kimler ya da hangi sınıflardır?" sorusunu kendimize sormamız gerekir ki, onun niteliğini daha iyi anlayabilelim ve ona göre düşünsel bir pozisyon belirleyelim, öyle değil mi?

Yaklaşık 17 yıllık meslek tecrübem bana göstermiştir ki, hapishanedekilerin neredeyse tamamına yakını (çok küçük beyaz yakalı suçlu grubunu buna dâhil etmez isek) tabiri caizse alt sınıf mensubu insanlar ve düşünceleri nedeniyle ötekileştirilen aydınlar arasından insanlardır. Peki, neden o insanlar içeridedir de, başta yönetici sınıf olmak üzere, bürokrasi mensupları, varsıl kesim, suya sabuna dokunmayan akademisyenler ve bilumum okumuş yazmış takımı dışarıda ve hayatı hep bahar mevsiminde yaşamaktadırlar. Bu soruyu, her gece yastığınıza başınızı koyduğunuzda kendinize sormanızı tavsiye ederim. Sonucunda vicdani bir huzursuzluk duyuyorsanız bir şey yapmalı, ama en azından fikirsel düşünce gücünde olmalı derim. Yok, eğer hiç bir vicdani huzursuzluk duyumsamıyorsanız, duygu ve düşüncelerinizi yeniden gözden geçirmenizi isterim. Zira biliyorum ki, hiç kimse adaletsiz bir netice istemez ve adaletsizlik de, "Adaletsizlik, kaçınılmaz bir yazgı değil, kabul edilmez bir sonuçtur."[44] (Bir not olarak eklemek isterim ki, bu karmaşık fenomenin (hapsetmenin) hakkıyla anlaşılması için hukuka değil, daha çok sosyolojiye ve felsefeye başvurmak gerekliliğini kavradığımızda, ceza hukukunun yöneten sınıfın çıkarları doğrultusunda bir hapsetme, kapatma, acı çektirme, intikam araçlarına dönüşmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.)

Bu konuyla ilgili olarak son cümle olarak şunu söylemek isterim: Size bir sistem önerdiklerinde onlara "Hangi sınıf için?" sorusunu; bir hukuk sistemi önerdiklerinde ise "Ne için?" sorusunu yöneltin!

9.11. Hükümlüler, hapishane görevlileri ve yargıç ve savcılar dışında ve hatta onların da istisnai bir kısmı (infaz hâkim ve savcıları) dışında, hapsetme olgusunu doğrudan doğruya ve olduğu gibi algılayabilen insan sayısının, fiziksel ve psikolojik hissediş olanaksızlığı dolayısıyla çok az olduğunu düşünüyorum. (Özellikle belirtmek isterim ki, bu karmaşık fenomenin (hapsetmenin) hakkıyla anlaşılması için, hukuka değil, daha çok sosyolojiye ve felsefeye başvurmak gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda hapsetmenin ve kapat-

43 Hukuk uygulayıcılarının, hukuk felsefesi ve sosyolojisine olan ilgilerini zenginleştirmek ve derinleştirmek için teşvik edici yöntemler geliştirilmelidir.

44 YALTI Başar,"Adil Yargılanma Hakkına Yargıcın Etkisi", İBD, Cilt 86, Sayı:4, 2012, s.71.

manın felsefi manasını kavramak için infaz hâkim ve savcısı olmak da yeterli olmayacaktır.) Hapishanenin dışarıdan görülmesi gerçeklik bilincinde nasıl bir yanılsama oluşturuyorsa, cisimle görüntünün boyunu eşit göstermeyen aynaya baktığımızda da benzer bir yanılsama söz konusudur.

Bir de hapsetme olgusunu çıkarına göre biçimlendirmek isteyen devlet aygıtının, başta üniversiteler olmak üzere çeşitli yönlendirme mekanizmaları vasıtasıyla gerçek olmayan bir şeyi gerçekmiş gibi sunmak taktiği göz önünde bulundurulduğunda, aydınların dahi, devletin simüle ederek sunduğu bu hapishane olgusuna, egemen ideolojinin perspektifinden bakması; başka bir deyişle söz konusu kavrama ilişkin algı mekanizmalarının simülasyon dünyasında bilinçten koparılması engellenemez olmaktadır. Aydınların, simüle edilmiş bir kavram dünyasında yaşadıkları ortamda, geniş halk kitlelerinin simüle edilmemiş bir çerçevede nefes alıp verdiğini düşünmek de doğal olarak olanaksız olacaktır.

Bu durumun bir sonucu olarak da, simüle edilen yaşam alanı ve sistemi her türlü yadsıma gücünü elimizden alacağından,[45] hapsetme ve kapatma olgusunu egemen gücün/devletin meşrulaştırma aygıtları ve üst yapı kuruluşlarının birlikte belirledikleri kavramlar, sorunlar ve alternatif çözüm (!) yolları çerçevesinde ele almaya mahkum kılınacağız demektir. O nedenle simülasyonlara ve simüle edilmiş kavram dünyasına karşı rasyonel-akılcı tutumu derinleştirmeden kapatma ve hapsetme olgusunu gerçek ve derinlikli manada kavramak olanaksız olacaktır. **Zira egemenlerce kuralları belirlenmiş simülasyonlara ve simüle edilmiş kavram dünyasına yenilmek demek, kendi düşüncelerini yok etmek, başkalarının (egemenin) düşüncelerine boyun eğmek demektir.** Bu da, kişilerin kendi düşünce çerçevesinde değil de, başkalarının (egemenlerin-kural koyanın) düşünce, duygu ve istekleri çerçevesinde davranması ya da tutum takınması, kendi iradesini başkalarının eline bırakması anlamına gelecektir. John Stuart Mill, "Kendi yaşama planını seçmeyi dünyaya ya da kendi çevresinde bulunanlara bırakan kimsenin, maymun gibi öykünme yetisinden başka hiç bir yetiye ihtiyacı yoktur. Kendi planını kendi seçen kimse bütün yetilerini kullanır."46 demek suretiyle kişi iradesinin özgürlük için vazgeçilmezliğine vurgu yapmış olup, gerçekten de kişinin, düşünceleri çerçevesinde değil de başkalarının düşünce, duygu ve istekleri çerçevesinde davranması ya da tutum takınması kendi iradesini başkalarının eline bıraktığı anlamına gelir.

Terry Eagleton'un sevdiğim bir sözü vardır: "Kaplumbağaların kendi kabukları altında 'bir kaplumbağa olma durumu' üzerine kara kara düşünmeleri olanaksızdır. Bu anlamda postmodernistler kaplumbağalara benzer, çünkü 'insanlık

45 BAUDRİLLARD, Jean (2), *Sessiz Yığınların Gölgesinde*, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, 6.Basım Ankara, 2015, s.80.

46 MILL, John Stuart, Özgürlük Üzerine, Çev.: Tuncay Türk, Oda Yayınları,1.Basım, İstanbul, Eylül 2008, s.82.

durumu' fikri, onlara aynı derecede yabancıdır."47 Bu sözden ve anlamdan esinlenerek diyebilirim ki, tabiri caizse kocaman bir Panoptikon Dünyası'na gözlerini açan her bir bebek, kafeste doğan kuş misali gerçek özgürlüğün kendisine üst yapı kurumlarınca sunulandan ibaret olduğunu sanmakta ve aslında özgür olmama durumları üzerinde düşünememektedir. **Oysa bir kez olsun dolaysız bağlamda düşünebilseler, o zaman görecekler ki varoluşun hafifliği üzerlerindedir. İşte en büyük ontolojik endişem de budur. Kısaca söylemek gerekirse, mevcut düzenin kavram ve anlayış ölçeğinin sınırları içinde düşünmek, egemenlerin hizmetinde ayağına zincir bağlanmış posta güvercini olmaktan başka bir şey değildir.** Kötülüğün farkına varan bir bilinciniz yoksa güzeli, iyiyi, adaleti ve özgürlüğü de fark edemeyen bir bilinciniz var demektir. Zira iyi, kötü, adaletli, özgür olmak, onu fark eden bir bilinçle birlikte anlam ifade eder.

9.12. Adalet duygusu, Kant'ın beğeni yargısı gibi, belirlenim zemini öznel olmadığı gibi, imgelem yetisine de dayanmaz. Zira duyularla ilgili değil, akılla ilgili olduğu için anlama yetisine dayanır. Estetikle ilgilenmez, bilgi içerdiği için mantıkla yaklaşılır ve akılla çözümlenir. İşte bunun için hukukta kendi iradesine sahip, **"ergin olmama durumundan kurtulmuş" özne olmak çok önemlidir.**

Akıl sahibi olup, düşünsel bakımdan ergin olmama durumundan kurtulmuş insanlar için pek çok değer ifade eden kavram, olgu ve gerçeklikler vardır. Özgürlük de bunlardan yalnızca önemli birisidir ve elbette ki, özgürlükten başka değerlerde vardır. Örneğin eşitlik, adalet, doğruluk ve dürüstlük gibi... **Bu bakımdan yalnızca özgürlüğün varlığı, örnek olarak saydığımız değerlerin varlığını da içermeyebilir. Bunun gibi eşitlik, adalet, doğruluk ve dürüstlük değerlerinin varlığı, zorunlu olarak özgürlük değerinin varlığına da mutlak olarak işaret etmez.** Kısaca söylemek gerekirse; ne özgürlük geri kalan tüm değerleri içerir, ne de geri kalan tüm değerler bir araya gelip özgürlük değerini oluşturabilir.48 Bu bakımdan ceza adalet sistemini ve hümanist ceza hukuku anlayışını bir çıta daha yükseltip, yeniden şekillendirecek ve dönüştürecek kavram, değer, düşünce ile ceza hukukunun temel kaynaklarından biri haline gelmesini ve bu konuda çığır açacak felsefi bakışı yakalamasını umut ettiğimiz bir eseri kaleme alacak yeni bir Cesaria Beccaria'ya ve onun 1764 yılında yazdığı "Suçlar ve Cezalar Hakkında" isimli kitabına benzer bir kitaba ihtiyacımız var. Çünkü hümanist bir ceza hukuku oluşturmak, iyilik değil, adaletin gerekliliğidir ve tüm yurttaşlar için gerekli ve geçerlidir.

9.13. Hegel felsefesi kapsamında gündelik dilde özgürlük adı verilen özgür istenç, dolaysız olmalı, varoluşunu kendi içinde taşımalıdır. Başka bir deyişle soyuttan somuta adım atmak istiyorsa, her şeyden önce kendisine dış-

47 EAGLETON, Terry, *Hayatın Anlamı*, Çev.: Kutlu Tunca, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s.26.

48 Benzer görüş için Bkz.PEFFER, R.G., *Marksizm, Ahlak ve Toplumsal Adalet*, Çev.: Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 2001, s.130.

sal şeylerden oluşturacağı bir varoluş vermek zorundadır.[49] Bu ön değerlendirme ışığında ve konumuz bağlamında somut bir şeyler söylemek gerekirse; özgürlük, istencin temel karakteri olup, *"Ben özgürlük istiyorum*" demek, soyut bir tümel istencidir. "*Ben hapsedilmeden yaşamak istiyorum*" demek ise, sınırlandırılmış bir istenç ve dolayısıyla somut tikel istencidir. **Hegel'in de belirttiği üzere yalnızca soyut tümeli (yalnızca özgürlük) istemek aslında hiç bir şey istenmiyor demekle eşdeğer olduğundan istenç özelliği yoktur.**[50] Bu felsefi yaklaşım ve kavramsal çerçeve açısından baktığımızda, diyebiliriz ki, istenç özelliği olan somut tikel istençlerimizi çoğalttığımız ölçüde soyut bir tümel istencin varoluşuna ulaşmamız olanak dâhilinde olacaktır.

9.14. "Hümanist anlayış hukuku"nun içinde vicdanın ruhu vardır. Vicdanın ruhu ise, geçmişten günümüze kolektif bilinçte yer eden olması gereken iyi, güzel, doğru olduğuna inanılan en yüksek iyiye işaret eden duygudur. Bu duygu öğretilebilir, toplumdan topluma aktarılabilir ve taklit edilebilir bir duygudur. Bu bakımdan iyilik yapmanın erdeminden haz almayan yapay bir toplum yaratılabileceği gibi, kötülük yaptığında manevi acı çekecek yapay bir toplumda pekâlâ yaratılabilir. (Ki aslında bu tür toplum insan doğasının zorunlu bir sonucu olmakla yapay değil, simüle edilmiş değil, insanlığın özüdür.) Sokrates'in de dediği gibi, kötülük bilgisizlikten gelir. Bunu biraz daha açarak ifade edersek, kötülük, iyinin bilgisini içselleştirecek kadar hazmederek kavrayamamaktan doğar. **O halde yapılması gereken şey, kapatma ve hapsetme kavramlarının adalete içkin olmasının mümkün olup olmadığı üzerinde düşünce ufku geliştirmemize yarayacak felsefe okumaları yapmak, bu konuda okuduklarımızı simüle edilmiş kavram ve uygulamalardan bağımsız yorumlamak ve insan onuruna ve doğasına yakışan yeni fikirler üretmek ve en önemlisi de içinde vicdanın ruhu olan yeni hukuk kuralları üretilmesi için düşünsel çaba içinde olmaktır.** Örneğin nasıl ki, Anayasa›nın 38/10. madde fıkrası gereğince yönetsel bir kararla özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verilemeyeceğine dair bir düzenleme mevcut ise, insan bedeni üzerinde işlenen kasten öldürme, yaralama ve cinsel suçlar gibi suçlar dışındaki suçlarda özgürlüğü bağlayıcı cezalar verilmesinin önüne geçecek yasal düzenlemeler oluşturulması için düşünsel bir çaba içinde olmak gerekir. Yok, eğer, "öncü kültürde hapsetmeme üzerine fikir yoksa ben de öncü fikri değiştirme çabası içinde olmam", anlayışına teslim olacaksak, hiç düşünmeyelim, hiç üretmeyelim.

Hapis cezası olgusu alternatiflerinin düşünülmesinin önüne geçilecek kadar kanıksanmış ve meşrulaştırılmıştır. Öyle ki, bu alanda üretilen tüm düşünceler neredeyse hapis cezasının nitelikleri ve uygulanışı sırasında ortaya çıkan aksaklık, maliyet ve faydanın derecesi üzerinden düşünsel bir zihin oyunu boyutunu aşamamaktadır.

49 HEGEL, G.W.F., *Seçme Parçalar*, Çev: Hüseyin Demirhan, Onur Yayınları,1.Baskı, Ankara 2011, s.326, 327.

50 HEGEL, *Seçme Parçalar*, s.322, 324.

Bir kez daha ve önemle belirtmek isterim ki, toplumlar öncü kültürlerini değiştirmek zorundadır, yoksa çağlar boyunca zihinlerimize ve bilinçaltımıza kök salmış olan kalıp yargılarımızı hiç bir zaman yenemeyeceğiz. Bu kapsamda Kafka'nın biri sözünü anmanın tam zamanıdır*: "Geçmişteki her şeyin geçersiz olduğunu açıklayan devrimci düşünsel hareketler doğrudur; çünkü henüz hiçbir şey olup bitmemiştir*."[51] Yeni ve devrimci fikirlerle hapsetme ve kapatma konusunda çığır açıcı fikirleriniz dolayısıyla ayıplanacağınızı, kınanacağınızı ya da suçlanacağınızı düşünmeyiniz; zira Karl Marx'ın da dediği gibi, "*Lanetlenmeyi göze almayan bir insan hiçbir şey yapamaz*." Kaldı ki, her şey diyalektik bir süreç izliyorsa eğer, ki öyle; adliyenin yeniden yapılanması da öyle olmalıdır. Zira neredeyse artık adli bir hayatta yaşıyoruz ve hayat bir gerilim öyküsü gibi kurgulanıyor, yolu mutlaka adliyelerden geçen.

9.15. Ne yazık ki otoriter eğilimler ve onunla beraber at başı giden şiddetin, günümüz koşullarında neredeyse her türlü ideolojik akım ve siyasi kampta boy verdiğini, hatta popülizmin temel gerçeklik olduğu günümüzde sıradan insana da sirayet ettiğini göz önünde bulundurduğumuzda, insanlığı dogmatik düşüncelerden, cehaletten ve her türlü fiziksel ve zihinsel boyunduruktan kurtarmak için yola çıkanların elini taşın altına koyması gereken durumların çokluğu ortadadır. **Durum böyleyken, insanın niçin yaşadığı (amacı) değil; nasıl yaşadığı (insan onuruna yakışır şekilde yaşadığı) önemlidir.** İnsanın bir amacı olduğuna odaklanmak mistisizm ya da en iyimser bir tahminle metafizik oyunlar içinde nasıl yaşamak zorunda kaldığını unutturma eğilimi taşır! Küçük bir azınlık dışındaki insanların çaresizlik içinde kıvranmasını gözlerden kaçırmanın aracına dönüşür.

İyi, güzel ve doğrunun yasalarda yer alması için her şeyden önce aydınlar arasında entelektüel bir konsensüsün sağlanması, bu amaçla öncelikle ortaya atılan fikrin örnekleriyle birlikte bir sosyal temsil oluşturacak tarzda bilgi sahibi olmamız gerekmektedir. Bunun için de çare **"sürekli iletişim**"dir. Bu şekilde çare üzerinde daha çok yoğunlaşılıp, kafa yorulacak ve düşüncenin daha da anlamlandırılması sağlanmış olacaktır. Kısacası aydın muhalif tavırla, tipik bir "herkese karşı tek başına" filmi farklı şeylerdir.

9.16. Özellikle insan bedenine yönelik olmayan suçlar ve adına siyasal suç(!) denilen suçlar bakımından hapsetmek hukukun en katı halini uygulamaktır. Hukukun temel ilkelerinden olan "Katılık adaletsizliğin çok yakınındadır" (iniquitati proxima est severitus) ilkesi göz önünde bulundurulduğunda ne demek istediğim daha kolay anlaşılacaktır. Bu genel ilkeden de anlaşılamıyorsa, bu kez hukukun başka bir genel ilkesine başvurabiliriz: **"Kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapmamalısın!"** (quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris). Aslında bu ilkeyi yaşam dünyamızda hepimiz neredeyse her gün duymaktayız. Peki, örneğin taksirle yaralamaya neden olduğunuz bir suçtan

51 KAFKA, age.,s.12.

(tarfik kazası gibi) ya da nafaka borcunuzu ödeyemediğinizden 10 günlüğüne de olsa hapse girdiğinizi düşünün, bunu hiç biriniz istemezdiniz ve bunun yerine kamuya yararlı bir işte çalışma, para cezası ya da ekonomik bir edimle cezanızı çekmek isterdiniz değil mi? **O halde kendinize yapılmasını istemediğinizi şeyi başkalarına yaptıklarında da sessiz kalmamanız gerekmez mi?**

Diyelim ki hukukun bu genel ilkesi de ne demek istediğimi ifade etmeye yetmedi; bu kez başvuracağım ilke "Özgürlüğün fiyatı yoktur" (libertas est inaestimabilis) ilkesidir. Hem hukukun genel ilkesi özgürlüğün fiyatı yoktur diyor, hem de hukuktaki bazı yaptırımlar para cezasından hapse çevrilebiliyor. Bu türden mevzuat hükümleri karşısında şöyle diyesim geliyor: "Hani özgürlüğün fiyatı yoktu? Madem özgürlüğün fiyatı yoktu da, adli para cezasını ödeyemeyenlerin para cezaları neden hapse çevrilmektedir ki? Bu durum hukukta aşırılığa kaçmak demek değil midir? Hem ne diyordu hukukun bir başka genel ilkesi: "Hukukta aşırıya kaçmak en büyük haksızlıktır" (summun jus summa iniuria). Bu konu ile ilgili olarak şöyle bir genel ilke olsaydı, sanırım en azından mevzuat hükümleri güvenli bir hukuk limanı olabilirdi: **"Hukuk pozitif hukuk kuralları birlikteliğine indirgenemez."**

9.17. Tarihi rastlantıya dayalı olarak ilerleyen bir süreç olduğunu ve yine tarihte kalıcı ilkeler ve yasalar bulunmadığını mı düşünüyorsunuz, yanılırsınız! Suç ve ceza politikası, bireysellikten toplumsala ve oradan da kavramsal-ontolojik alana sıçrayarak bu anlamların tamamını da içerecek şekilde, kriminolojik ve hukuki alanın üzerine inşa edilecek bir bina olarak düşündüğümü söyleyecek olursam, psikolojik, sosyolojik ve felsefi ereksellikten yoksun belirsiz bir süreç olarak görüldüğü takdirde, ceza hukuku bakımından özgürlüklerin çektiği çileler asla bitmeyecektir. Oysa ceza hukuku da tıpkı tarihin kendisi gibi hümanist bir ereğe doğru devinen, insanlar için uzun, fakat insanlık tarihi için kısa bir süreçtir. İnsan aklı insanlığa düşman olmuşsa eğer, orada bir devrim gereklidir. Hani Karl Marx'ın tarih anlayışında tüm insanlık tarihinin ilk öncülü nasıl ki, sınıfsız toplumun doğuşuysa, **benim ceza hukuku anlayışımda ise, tüm hukuk tarihinin ilk öncülü de hümanist bir ceza hukuku sistemidir.** Bu anlamda Cesare Beccaria ceza hukuku alanının Karl Marx'ıdır diyebilirim. **Şayet bu söylediklerimin maddi dünyada karşılığı yoksa eğer, insanın tinsel etkinliğinin basit bir örneği sayın gitsin!**

Rayından çıkmış bir trenin sürüklendiği kayalıklara hızla yaklaştığını gören yolcuların, içinde bulundukları bu mikro cehennemden atlayarak kurtulmalarının da olanaksızlaştığı akıl almaz zamanın demir kafesinde, ölümden sonrasını düşünmelerinin kabullenişçiliği içindeyse şimdiki modern(!) insanlık, artık iflah olmaz iyimser devrimciler de onları kurtaramaz demektir.

O trendeki, çaresizliği içselleştirmiş ve kabullenmiş yolcular, artık sadece o trenin içinde vardırlar. Başka bir deyişle o trenin içinde oldukları dünyadan ve o dünyanın içinde olduğu evrenden uzakta, ondan kopuk vaziyette var oldukları sanrısıyla yaşayan, **öznel bir tarihten**

ve nesnel bir tarihsellikten yoksun bir "tin" den başka bir şey değillerdir. Onların, trenin demir kafesini kırıp dünyaya ayak basmaları, belki de kendilerinin olmasa da insan türünün özgürlüğü için bir adım ve evrenin varoluşuna karışmak, bu varoluşun içinde özgür ve özgün bir varoluş olacaktır. Yine belki de bu şekilde hukukun olması gereken amacının anlaşılmasıyla özgürlüğün yeniden (ama bu kez gerçekten) biçimlenişi hayat bulacaktır.

Ancak o trenin demir kafesini kırıp dünyaya ayak basmaktan korkarak hareketsiz kalıp, sessizce ve tevekkül içinde malum sonlarını beklerseler, benzetmeli başka bir deyişle **Hristiyan rahip kılıklı bir Ortaçağ Avrupası filozofu gibi genelde hukuku ve hümanizmi, özelde ise ceza hukukunu ve hapsetmeyi teleolojik bir yöntemle diyalektiksiz yaklaşımla ele almakla yetinirseler, elimizde ne bir devrim kalır ne de devrimlerin idesi de diyebileceğim "umut" kalır…**

Eğer ben psikotik epizod geçiren hastalar gibi halüsinasyonlar içinde böyle bir hümanizm düşü kuruyorsam, varsayılan tanrı ya da tanrılar beni affetsin! Yok eğer kurduğum düş uzak bir ütopya adasında da olsa bir tür halüsinasyon değilse, aksini düşünenleri aynı tanrılar affetsin!

9.18. Jean Baudrillard, Simülarklar ve Simülasyon isimli eserinde, Holocaust katliamını kastederek *"Bir katliamın unutulması da katiam türünden bir şeydir. (...) Bu tür bir unutma olayı çok tehlikeli bir şey olup, insan belleğinin yerini yapay bir bellek alabilir*."[52] diyerek insanı insan yapan belleklerin yerini, insanı insan oluşunu unutturacak yapay bir bellek ile doğal ve insancıl olan belliğinin unutturulmaya çalışıldığını vurgulamış ve **yapay belleğe dönüştürme işinin de, dünyaya unutma, caydırıcılık ve yok etme duygusu yayan ve bunu esir kamplarındakinden çok daha sistemli bir şekilde yapabilen televizyon adlı günah çıkartma aracıyla yapıldığını öne sürmüştür.**[53] Tam da bu noktada belleklerimizin yerini yapay bellekler oluşturmasın ve hapsedilmenin asıl amacı gözlerden kaçmasın diye unutulmaması gerekenlere dair küçük bir liste hazırladım:

İşte karıncayı bile incitmediği halde yıllarca hapsedilen bir kısım aydınlarımızın listesi: Dr Himet Kıvılcımlı 22 yıl 6 ay, Kemal Tahir 12,5 yıl, Nazım Hikmet 12 yıl, Necip Fazıl 10,5 yıl, Aziz Nesin 5,5 yıl, Orhan Kemal 5 yıl, Doğan Avcıoğlu 1,5 yıl, Mümtaz Soysal 1,5 yıl, Uğur Mumcu 1 yıl, Sevgi Soysal 1 yıl, Sabahattin Ali 1 yıl ve İlhan Selçuk 1 yıl hapis yatmıştır.

Bu durum karşısında ancak şunu diyebilirim: Gelecek kuşakları, insanı geçmişiyle yüzleşmekten korkutacak ve mahcup edecek denli vahim bir geçmişle yüz yüze bırakmak istemiyorsak; bugünün insanlarının ve "*Gelecek kuşakların, hapishane kültürüne maruz bırakılması engellenmelidir. Çünkü bu kültür yıkı-*

52 BAUDRİLLARD, Jean (1), *Simülarklar ve Simülasyon*, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, 9. Basım Ankara 2014, s.74.

53 BAUDRİLLARD (1), age., s.74-75.

cıdır; suçu engellemek yerine, insanları suç için yetiştirir."[54]

9.19. Durkheim'in "Kolektif bilinci inciten davranış" şeklindeki suç tanımından hareketle siyasal suçların hangi kolektif bilinci incittiğini hiç kimseye izah edemezsiniz. Öyle ki, siyasal suçluların/düşünce suçlularının bugüne kadar kimseyi incittiğini de kimse görmemiş ve duymamıştır. Hatta bazen tam tersi bir şekilde siyasal suç sayılan eylemler (düşünmek gibi) kolektif bilinci besler. Onu doyurur. Peki, bu durumda, neden hala siyasal suç kavramı ve acı gerçekliği var? Var, çünkü devlet/egemen güç kendi çıkarlarını tehlikeye düşüren her düşünce ve varlığı, mümkünse ortadan kaldırmak ya da etkisiz hale getirmek ister.

9.20. Bugün bütün dünyada görülen demokrasi türü, psikolojik bir haz içinde hoşgörü masalı okuyan çıkarcı çoğunluğun, ihtiraslı ve bencil yöneten elitinin, azınlık üzerindeki tahakkümü şeklinde olanıdır. Durum bu kadar vahim bir yanılgıdan ibaretken; ihtiraslı ve bencil tutkulara karşı, yalnızca erdem denilen olguyu yanımıza alarak savaşmak anlamsızdır. İnsanlık, bunu tekrar tekrar denemenin her defasında erdemi çaresiz bırakmaktan başka bir anlamı olmadığını tarih boyunca görmüş ve yaşamıştır. **İnsanın içindeki bitmek bilmez ihtiraslı bencillikleri yok edemeyeceğimize göre, bencillikleri dizginlemenin bir yolunu bulmalıyız.**

9.21. Hukuk, özgürlük çoğaltan bir bilim olsun istiyorsak, şimdiki zamanı çözümlemek için geçmişi, geleceği çözümlemek için de şimdiki zamanı çözümlemeli; sanat gibi rafine edilmiş kültürel ifade formlarından olabildiğince yararlanmalı; yaşlı aklımıza inat genç ver diri düşler kurmalı; özgür, eşit ve adil bir dünyanın evrensel ve mutlak bir modelini oluşturma paydasında birleşmeli; irrasyonel şeyleri mantıksallaştırıcı çaba kınanmalı; hukuk, felsefe, psikoloji, sosyoloji ve bilim dünyasından kovulmalıdır.

Bir kavrayış yöntemi geliştirmeli, zira insanlar bu kavrayışı esas alarak o konuda düşünsel faaliyetlere katılırlar ve inançlarını bu kavrayışa başvurarak meşrulaştırırlar.

Akılsal olarak çözümlenemeyecek her şeyi sosyolojik ve felsefi analizin dışında bırakıp, doğrudan doğruya hiç zaman kaybetmeden psikoloji biliminin alanı içinde çözmeye gayret etmeliyiz.

Herkesin özgürlüğü ve eşitliğini istemek, ideolojiler üstü bir değerdir ve herkes, her parti, her ideoloji bunları zorunlu bir amaç olarak kavramalı ve öyle görmelidir. Çünkü bu kavramlar alelade bir araç değil, amaçtırlar. İdeolojik unsur değil, büyük insanlık idealinin bir parçasıdır. İşte amaç olan bu kavramlar, ancak ve ancak, büyük insanlık idealine giden yolda, insanlığı her türlü fiziksel, zihinsel ve ruhsal boyunduruktan kurtarmanın aracı olabilirler.

İnsan doğa durumunda vahşi ve saldırgan değildi; sonradan bu hale geldi, getirildi. Bu açık ve net. O halde Hobbes'in teorisini tersten okumanın ne sakıncası var?

54 Aslıgül BERKTAY, Ahmed OTHMANİ ile yapılan "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşiden alıntı, Cumhuriyet Pazar Eki, 25 Ocak 2004.

"Neolitik Devrim/Neolithic Revolution" ve "Kentsel Devrimi/Urban Revolution"u başaran insanlık, özgürlük ve eşitlik devrimini de gerçekleştirecektir.

9.22. Nasıl ki, eşitlik fikrinin kaynağını bulabilmek için adalet kavramına gereğinden fazla başvurmak, eşitlik fikrinin özünden uzaklaşmamıza neden olacaksa; adalet fikrinin kaynağını bulabilmek için "hapsetme" ve "ceza" kavramına gereğinden fazla başvurmak da, adalet fikrinin özünden uzaklaşmamıza neden olacaktır. Öyle ki, **yurttaşların yazgısı, sınırları hukuk tarafından çizilmiş devletin kurumlarından ziyade, o kurumların başındaki kişilerin bireysel ve duygusal inisiyatifine kalmışsa, orada ne can ne mal ne de iş güvencesi kalmayacaktır.** O halde ceza hukukunda adalet istiyorsak hapsetmek kolaycılığına kaçmayan, varoluşta bir mevzuat değil, varoluş için hukuk, diyebilmeliyiz!

9.23. Hukuk fakültesi diploması almakla, hukukçu olmak arasında kocaman bir fark vardır. Bu fark, kentte yaşamakla kentlileşebilme arasındaki fark gibi bir şeydir. Bu farkı ortaya koyan en belirgin katalizör insanı baskılayan her çeşit otoriter kuruma ve haksızlıklara karşı çıkma nosyonunu/kavrayışını edinerek içselleştirmiş olmaktır. Gerçek hukukçular, benimsedikleri amaca yönelik rasyonel eylem perspektifi ile çelişen akıl dışı bir mevzuat hükmüyle karşılaştıklarında, onu yorum gücüyle aşmasını, kötü malzemeden büyük ve güzel işler çıkarmasını bilirler. *"... yasalar elimizi kolumuzu bağlıyor*" savunmasına girmezler. Her koşulda kolektif yararı gözeten erdemli yorum, düşünce ve kararlara imza atarlar. Tıpkı bir devrimci gibi, insanlarda hareket enerjisi doğurtacak düşünsel çabaların mimarıdırlar.

Yargıçlık mesleğimde öğrendiğim en güzel şey, insancıllığımızı hiç yitirmememiz, kötülere de, onların kötülük yaptığı mağdurlara da aynı insancıl tavır içinde yaklaşmamız gerektiği duygu ve düşüncesi olmuştur. Tam da bu nedenle dünyayı şekillendiren şeyin, insanların nesnelere yönelmiş arzuları olmadığı kanaatinde olanlardanım.

9.24. İncelediğim siyasal sistemler/siyasal düşünce sistemleri içinden özgürlük, adalet, eşitlik, kardeşlik ve dayanışma gibi iyi, güzel ve olması gereken değerlere ilişkin kavramlara uygun olan kısımları seçip alarak, yeni ve mükemmel bir felsefe yaratılabilir düşüncesindeyim. Bu anlamda ben amor fati, yani "kaderini sev" diyenlerden değilim; kaderimi sevseydim bile değiştirmek isteyenlerdenim. Diyelim ki, sevmediğim bir kaderim olduğunu düşünüyor ve bunu da değiştirmeye gücüm yetmiyor, işte öyle zamanlarda gidip bir şiir yazarım ve o şiirin içinde mutlaka bir kaç Çukurovalı küfür geçer. Ardından düşlerimi felsefeyle bilerim. O zaman ruhum, mavi bir renkten fazlası, sonu olmayan bir gökyüzü ve umut dolu bir deniz olur.

Büyük insanlık filozofu Kant'ın deyimiyle söyleyecek olursam, insan türü, kendi suçuyla düştüğü ergin olmama durumundan kurtulabilir elbet. Bütün yer ve zamanlar için evrensel düzeyde doğruluk barındıran kuralları belki de hiçbir zaman bulamayacağız. Doğanın ve içinde yaşayan insan doğa-

sının özü her yerde ve bütün zamanlarda aynı olmadığından bu böyle gelmiş böyle gidecek; ama insan onuruna en saygılı, **insan varoluşuna en uygun ve bu varoluşu geliştirmeye en elverişli yasaları ve yaptırımları bulmamız her zaman için mümkün olacaktır. Yeter ki ceza da suç da yasalar da adalete içkin olmayı başarabilsinler.**

Giambattista Vico'nun da dediği gibi, *"Bir şeyin doğasını kavramak için, o şeyin oluşum nedenlerini keşfetmek gerekir",* hapsetmenin de öyle… O nedenle cezanın, kapatmanın ve hapsetmenin tarihini, gelişim seyrini iyi kavramak gerekir ki, bundan sonraki süreçte izleyeceği yolu bilelim ve insan onuruna yaraşır bir doğrultuda ilerlemesine katkı sunalım.

Bu katkıyı sunabilmek içinde her şeyden önce vicdanın, adaletin, özgürlüklerin ve eşitliğin örselenmesine meydan okuyacak bir yüreğimiz olmalıdır. Böyle bir yüreğe sahip olmak demek, karanlıkları ışıtabilmek gücüne sahip olmak demektir. Karanlıkları ışıttığımız gün, zihinlerimize özgürlük tohumları serpilmeye başlanmış demektir. Eminim ki, herkes zihnine özgürlük tohumları serpiştirirse, yeryüzü özgürlüğün yüzü olacaktır.

Ömrünü uzun yıllar hapishanede geçirmiş olan Yılmaz Güney'in deyimiyle söyleyecek olursam; "İnsanları taş duvarlar, demir parmaklıklar arasında terbiye etmeyi, onların düşüncelerini önlemeyi düşünen anlayış yıkılacaktır."

Bugün burada söylediklerime fantezi diyebilirsiniz, ama Terry Eagleton'un da dediği gibi "*Fantezinin muazzam katkısı olmasaydı gerçeklik sona ererdi.*"[55] öyle değil mi? O halde özgürlüğün gerçekliğinin sona ermemesi için, özgürlüğün fantezilerini devam ettirelim.

Suçla mücadelede, cezalandırma alışkanlıklarının değil, sosyal politikaların en etkin şekilde yürütüldüğünü görmek ümidiyle…

En devingen duygu, düşünce, sevgi ve saygılarımla…

55 EAGLETON, Terry, age.,s.22.

KAYNAKLAR

- **1. AGTAŞ, Özkan**, *Ceza ve Adalet*, Metis Yayınları, İstanbul 2013.
- **2. BAUDRİLLARD, Jean (2)**, *Sessiz Yığınların Gölgesinde*, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, 6.Basım, Ankara, 2015.
- **3. BAUDRİLLARD, Jean (1)**, *Simülarklar ve Simülasyon*, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, 9. Basım Ankara, 2014.
- **4. BAUMAN, Zygmunt**, *Postmodernizm ve Hoşnutsuzluklar*, Çev.: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2013.
- **5. CICERO,** *Stoacıların Paradoksları*, Çev.: Serap Gür Kalaycıoğulları, Ceyda Üstünel Keyinci, İmge Kitabevi,1.Baskı, Ankara, Kasım 2012.
- **6. CAMPANELLA, Tommaso**, *Güneş Ülkesi*, Çev.: Çiğdem Dürüşken, Alfa Basım Yayım, 2. Basım, İstanbul, Eylül 2016.

- **7. DOĞAN KARAKAŞ, Fatma**, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yayınevi, 1.Bası, İstanbul, Mart 2010.
- **8. EAGLETON, Terry**, *Hayatın Anlamı*, Çev. :Kutlu Tunca, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- **9. FOUCAULT, Michel (1)**, *Deliliğin Tarihi*, Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara Temmuz 2015.
- **10. FOUCAULT, Michel (2)**, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara Temmuz 2015.
- **11. FROMM, Erich**, *Sevginin ve Şiddetin Kaynağı*, Çevirenler: Yurdanur Salman-Nalan İçten, Payel Yayınları, 6.Baskı, İstanbul, Şubat 1994.
- **12. HANÇERLİOĞLU, Orhan**, *Felsefe Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, 15. Basım, İstanbul, Temmuz 2006.
- **13. HEGEL, G.W.F**., *Seçme Parçalar*, Çev.: Hüseyin Demirhan, Onur Yayınları,1.Baskı, Ankara 2011.
- **14. KAFKA, FRANZ** *Aforizmalar*, Çeviren: İlknur Altun, Beda Yayınları, İstanbul, Ağustos 2004.
- **15. KOZAK Erol**, *Genel Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- **16. Marksist Düşünce Sözlüğü**, Yayın Yönetmeni: Tom Bottomore, Yazım Kurulu: Laurence Harris,V.G. Kiernan, Ralp Miliband, Türkçe Çeviriyi Derleyen Mete Tunçay, İletişim Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- **17. MİLL, John Stuart**, *Özgürlük Üzerine*, Çev.: Tuncay Türk, Oda Yayınları, 1.Basım, İstanbul, Eylül 2008.
- **18. OTHMANİ, Ahmed**, "Cezaevinde Tecrit Sakıncalı" başlıklı söyleşiden alıntı, Işın Eliçin, NTV, 28 Ekim 2003
- **19. OTHMANİ, Ahmed**, *Hapishaneden Çıkış*, Çev.: Işık Ergüden, Metis Yayınları, 1.Basım, İstanbul, Ekim 2003.
- **20. OTHMANİ, Ahmed**, "Türkiye İçin Çalışabilirim" başlıklı söyleşi-Aslıgül Berktay, Cumhuriyet Pazar Eki, 25 Ocak 2004.
- **21. OZANSÜ, Cemil Mehmet**, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mayıs 2014.
- **22. ÖKÇESİZ, Hayrettin**, *Yıldız Işığı Hakkı*, Legal Kitabevi, Yayım Yeri, Mayıs 2011.
- **23. PEFFER,R.G.,** *Marksizm, Ahlak ve Toplumsal Adalet*, Çev.: Yavuz Alagon, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul 2001.
- **24. RETORNAZ AKSOY**, Emine Eylem "Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme" *TBB Dergisi*, 2014 (112).
- **25. REICH, Wilhelm**, *Faşizmin Kitle Psikolojisi*, Çev.: Yüksel Pazarkaya, Cem Yayınevi, 1.Basım, Nisan 2014.

- **26. RUBEN, Walter**, "Eski Yunan'dan Bir Asır Önce Felsefe Hint'te başladı", Sadeleştiren Emrah MARAŞO-Harun ÇAKAN, *Bilim ve Ütopya*, Sayı:272, Şubat 2017.
- **27. SAMİ Selçuk,** "Haşim Kılıç Dostumdur Ama Sözleri Çok İncitici", http://www.gazetevatan.com/hasim-kilic-dostumdur-ama-sozleri-cok-incitici-360416-gundem/, Erişim Tarihi: 25.03.2017.
- **28. SARTRE, Jean-Paul**, *Varoluşçuluk*, Çev.: : Asım Bezirci, Say Yayınları, 22.Baskı, Yayım Yeri, 2010.
- **29. VASSAF, Gündüz**, *Cehenneme Övgü*, İletişim Yayınları, 30.Baskı, İstanbul 2015.
- **30. YALTI Başar**, "Adil Yargılanma Hakkına Yargıcın Etkisi", *İBD*, Cilt 86, Sayı:4, 2012.

St. Thomas Aquinas: Yeni Bir Dönemin Felsefesini Kurmak

Berrak Burçin DİLAVER[1]

"*Ortaçağ Latinceyi ortak dil olarak, Kutsal Kitap metnini temel kitap olarak ve Kilise Babaları geleneğini klasik kültürün yegâne tanığı olarak seçmekle veya seçmek zorunda kalmakla, sanki yeni hiçbir şey söylemiyormuş havası içinde, yorumları yorumlayarak ve yetkeli formülleri alıntılayarak etkinliğini sürdürür. Ortaçağ'ın yeni bir şey söylemediği doğru değildir; Ortaçağ kültürü yenilik duygusuna sahiptir, ama yineleme görüntüsü altında bu yeniliği saklamaya çalışır (yinelediği zaman bile yenilik getirdiği iddiasındaki modern kültürün aksine)*."

Umberto Eco[2]

Her dönem geçmişin kalıntılarını, kendi yapıtaşlarını, geleceğin temellerini barındırır. 9. yüzyıldan itibaren Avrupa'da egemen olan feodal toplumsal yapı[3] 13. yüzyılda doruk noktasına ulaşmış, aynı zamanda çözülmeye başlamıştır.[4] Yine bu dönemde skolastik felsefenin en üstün örnekleri olan "*Summa*"ların ortaya çıkışına tanık oluyoruz. Feodalite yerini yavaş yavaş yeni toplumsal yapıya bırakırken, bu değişime tanıklık eden ve yeni düşüncenin biçimlenmesinde etkisi olan fikirleri en yetkin haliyle St. Thomas Aquinas'ın *Summa Theologica* ve *Summa Contra Gentilice* adlı eserlerinde görmekteyiz.

13. yüzyıl, kapitalizmin ve modern toplumun başlangıcı sayılmak için henüz erken bir zamandır ancak temeller bu dönemde atılmıştır. 13. yüzyılda nelerin değiştiğinin ve çözülmenin daha iyi anlaşılabilmesi için makalenin ilk bölümü feodalitenin kısa bir açıklamasına ayrılmıştır. Bu dönemde gerçekleşen iktisadi, siyasi ve fikri değişimler ise ikinci bölümün konusunu oluşturmaktadır. Üçüncü bölümde St. Thomas Aquinas'ın yeni bir felsefe kurmasının arkasında yatan düşünsel kaynaklardan ve skolastik felsefenin ortaya çıkışından

---

1 Ar. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

2 Umberto Eco, Ortaçağ Estetiğinde Sanat ve Güzellik, çev: Kemal Atakay, 6. bs., İstanbul, Can Yayınları, 2016, s. 18.

3 "Feodalite, toprak malikliği üzerine dayalı bir yönetim biçimi, bir toplum yapısı ve ekonomik rejim"e verilen isimdir." Herbert Heaton, Avrupa İktisat Tarihi İlkçağdan Sanayi Devrimine, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 1. bs., Ankara, İmge Kitabevi, Mart 1995, s. 69.

4 "…eski sınıfların sınırlarını kesin çizgilerle belirledikleri bir dönemde, yeni bir sınıfın, yani burjuvazinin ortaya çıkıp özgünlüğünü kanıtladığı dönem, aynı zamanda kamu güçlerinin de uzun süren zayıflıklarından sıyrılmaları, Batı uygarlığının evrim çizgisi üstünde tam anlamıyla feodal olan görüntülerin silinmeye başladığı dönem olmuştur." Marc Bloch, Feodal Toplum, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 5. bs., Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2015, s. 25.

bahsedilmektedir. Dördüncü bölümde Aquinas'ın skolastik yöntemi, siyaset ve hukuk felsefesi yer almaktadır. Sonuç bölümünde ise St. Thomas'ın görüşlerinin liberal kurama kaynaklık eden yönlerine değinilmiştir. Buna göre, yalnızca kuramda kalsa da Orta Çağ'ın eşitsiz mülkiyeti kınayan görüşlerinin yerini St. Thomas'ta mülkiyetin meşruluğu alacaktır. Liberalizmde bunu "mülkiyetin dokunulmazlığı ve kutsallığı" izleyecektir.[5]

I- Feodal Toplumsal Yapı

Batı ve Orta Avrupa'da, 9. yüzyılın ortalarından 13. yüzyılın başlarına kadar olan dönem, feodalitenin klasik biçiminin toplumsal yapıya egemen olduğu dönemdir.[6] Aslında feodalite, tüm Avrupa'da yeknesak ve eşzamanlı bir yapıya sahip olmaktan çok, bölgesel ve kültürel farklılıklardan nasibini almış, oldukça çeşitlilik arz eden bir görünüme sahiptir. Bununla birlikte, feodal kurumlar temelde büyük farklılık göstermeden Avrupa'nın tümüne yayılmıştır.[7]Bu yapıyı 3 temel özelliği ile özetleyelim:

1) Feodaliteyi mümkün kılan özelliklerin başında iktidarın parçalanmışlığı gelmektedir. En tepede, geniş bir alana ancak dar bir faaliyet alanına sahip krallar vardır.[8]Aşağılarda ise çeşitli derecelerde bölgesel prenslikler ve baronlar fiili iktidarı paylaşmış durumdaydılar.[9] Bağışlarla toprakları sürekli genişleyen kilise ve manastırlar da –ki bu topraklar ilke olarak devredilemezdir ve mirasa konu olamadıkları için bölünmeden de azadedirler- kendi çevrelerinde yerel iktidar odakları oluşturmuşlardı.[10]

2) "Feodalite" terimi (kökeni Latince *feodalis*) kaynağını "fief" sözleşmelerinden alır.[11] Fiefler temelde, vassalın kendi topraklarını senyörüne[12] koruma karşılığında bağışlaması, senyörün de çeşitli ödenti ve yükümlülüklerle toprağı eski sahibine geri vermesi ile oluşmuştu.[13] Paranın kıt olduğu bu dönemde hizmetlerin karşılıkları ücret yerine toprak temliki ile, yani fief ile yapılıyordu. Bu temlik, hizmet süresince ve karşılığında olduğu için, hizmet bir şekilde son bulduğunda toprak geri alınıyordu.[14]

5 Örneğin bkz. 1971 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, md. 17., Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta, 1986, s. 566.

6 Bloch, a.g.e., s. 22.

7 Bloch, a.g.e., s. 212.

8 Bu dönemde Avrupa'nın bugünkü siyasi yapısı büyük ölçüde oluşmuştu. İngiltere ve Fransa krallık idi. İtalya ve Almanya, Kutsal Roma-Cermen İmparatoru'na bağlı idiler. Bu parçalanmış iktidar yapısı içinde krallıkların kendilerine has bir iktidar biçimi vardı. Sınırları belli idi; aynı bölge ve kişiler, birden çok feodal beyin nüfuzu altında olabilirken- ki çoğunlukla böyledir- her toprağın ve kişinin tek bir kralı olabilirdi. Yerel iktidarlardan hiçbiri, sadece kâğıt üstünde de kalsa, kralın adamı olduklarını yadsımamışlardır. Bloch, a.g.e., s. 601.

9 Bloch, a.g.e., s. 591.

10 Bloch, a.g.e., s. 632-633.

11 Bloch, a.g.e., s. 19.

12 "[Ü]stü belirtme için kullanılan en genel terim "senyör" idi. Ast için de çoğunlukla bu senyörün adamı denirdi." Bloch, a.g.e., s. 245.

13 Bu devretme ve geri alma işlemlerinin her zaman devredenin arzusu ile gerçekleştiğini düşünmemek gerekir.

14 Bloch, a.g.e., s. 274-284, 390.

Bu dönemde aynı derecede bağlayıcı olan iki bağ, akrabalık ve vassallık ilişkileri diğer tüm ilişkilerin üstünde idi. Bir şiddet atmosferinde sürekli tehdit altında yaşayan bireyler, soy dayanışmasına ve bir efendinin korumasına muhtaçtılar. Böylelikle kişisel koruma ve tabiiyet ilişkileri bu döneme damgasını vurmuştur: "Birey ve grubu birbirlerinden ayrılmaz şeyler olarak düşünülüyordu."[15]

Bireyin bireye tabiiyeti, feodal toplumun yukarıdan aşağı her basamağında geçerli idi. Serf köy senyörünün adamı idi, senyör de kendi senyörünün Ast, genel olarak yardım ve itaat ile yükümlü idi. Buna karşılık efendi de astı koruma ve geçimlerini sağlamasına yardım görevini üstlenmişti. Anlaşılacağı üzere, bu bağımlılık ilişkileri her şeyden önce ekonomik idi.

3) Orta çağ ekonomisi tarıma bağlı ve büyük ölçüde geçimlik ekonomidir. Bu dönem Avrupa halkını oluşturan krallar, soylular, kilise mensupları, köy papazları ve köylüler[16] esas itibariyle toprağın ürünleri ile geçinmekte idiler. Toprağın paylaşımı çok katmanlı idi ve bunlardan yalnızca köylüler doğrudan üretici konumundaydılar.[17]

Halkın daha küçük bölümü ise şehirlerde yaşamakta idi. Burada yaşayan ve kendi ürünlerini satan zanaatkarlar sıkı kurallara bağlı lonca teşkilatı şeklinde örgütlenmişlerdi.[18]Ticaret çok önemsiz olmakla birlikte devam ediyordu, tacirler genellikle seyahat halindeydi, ancak belli bir başarıya ulaştıklarında şehirlere yerleşiyorlardı.[19]

II- Değişim Rüzgarları

Uzunca bir zaman Avrupa'yı sarsmış olan iç mücadelelerin ve istilaların görece hafiflemesi sonucu Avrupa'da nüfus artmış ve 11 ile 14. yüzyıllar Avrupa için ekonomik ilerleme dönemi olmuştur. Tarımsal genişleme sürmüş, maden kaynakları daha yoğun biçimde işlenmeye başlanmıştır.[20] Akdeniz'deki limanlar büyük ticaret merkezleri haline gelmiş, ticaret buradan hem doğuya hem kuze-

15 Bloch bu durumu "adam adama bağlar" şeklinde adlandırmıştır. Bloch, a.g.e., s. 212-214.

16 Köylüler çoğunlukla iki gruba mensuptular: serfler ve özgürler. Özgür, senyörü olmayan değil, senyörünü seçme hakkı olan, yani irsî bağımlılık taşımayan kimse idi. Bloch, a.g.e., s. 415. Ekonomik olarak temel fark, serfin emek, ürün ve gelirinden talep edilenlerle, özgür köylülerinkinden talep edilen arasındaki farktadır. Özgür köylü daha düşük bir yıllık ayni ve nakdi rant öderdi. Bu iki gruba ek olarak, kendisini ve ailesini geçindirmeye yetecek büyüklükte toprak sahibi olmayanlar ya ek bir endüstriyel işte ya da feodal beyin topraklarında ücretli işçi olarak çalışmakta idi. Heaton, a.g.e., s.82-101.

17 Toprağın bir kısmı senyörün *domain*'i (*reserve*) idi ve bu toprağın ürünleri doğrudan feodal beye aittir. Toprağın geri kalan bölümü köylülerin elindedir. Bunlar küçük veya orta büyükteki köylü işletmeleridir (*tenure*). Köylüler, bu elinde bulundurmanın bedeli olarak kendi topraklarının yanı sıra *domain*'deki tarım alanlarını da işlemek, kendi ürününden bir kısmını ayni olarak feodal beye ödemek ve varsa başka ödentiler yapmak zorundadır. Kilise ve manastırlara ait topraklar da domain ve köylü işletmeleri halinde bölünmüştür. Heaton, a.g.e., s.82-101.

18 Heaton, a.g.e., s. 182-184. Kentlerin çoğunluğu esas olarak yerel üretim ve ticaret ile uğraşmakta idi. Bu kentlerdeki lonca üyeleri arzın ve talebin esnek olmadığı bir pazara üretim yapıyorlardı ve kamu otoritesi tarafından onaylanan düzenlemelerle, ilgili endüstride tekel sağlama ve pazarı kent dışındaki üretici ve zanaatkarlardan koruma siyaseti izlemekte idiler. Heaton, a.g.e., s. 185-187.

19 Heaton, a.g.e., s. 151-153.

20 Heaton, a.g.e., s. 60.

ye yayılmıştır.[21] Ticaretin canlanması endüstrilerin gelişmesini teşvik etmiştir. Bu endüstrilerin en önemlisi yünlü dokuma idi ve üretim çoğunlukla dış pazarlar için yapılmaktaydı. Avrupa artık yalnızca ithalatçı değildir; mamul ürünlerin ihracatçısı konumuna gelmiştir T ü m bunların neticesinde para ve değerli madenler Avrupa'ya akmaya başlamış ve para dolaşımı yaygınlaşıp hızlanmıştır.[22] Bu gelişmelere, ticaret ve bankacılığın daha karmaşık örgütlenmesi ve artan sermaye yatırımları eşlik etmiştir.[23]

11. yüzyıldan itibaren sayıları artan ve üretim sürecinde konumları gittikçe daha vazgeçilmez hale gelen tüccar ve zanaatkar sınıfının gücü gittikçe arttı. Özellikle tüccarların, çünkü o zaman ekonomi, üreticilerden çok tüccarlar tarafından yönlendirilmekte idi.[24] Burjuvazi, henüz çok küçük bir yer işgal ettiği feodal dünyaya ait yapıların hepsi ile uyumsuzluk içindeydi. Geçtiği toprakların senyörleri onlardan ayakbastı parası ve başka keyfi vergiler alıyor ve engeller çıkarıyorlardı.[25] Aslında kentler de köyler kadar senyörlük rejimin parçası idi[26]; ne var ki bu dönemden itibaren burjuvazinin ayrıcalıkları ile kentlerin statülerini belirleyen yazılı sözleşmeler giderek artmıştır.[27] Gittikçe karşımıza özgür şehirlerin yükselişi, yöneticilerin şehrin yurttaşları tarafından seçimi, anayasa benzeri belgeler çıkacaktır.[28] Bir Alman atasözü bu değişimi en iyi şekilde ortaya koymaktadır: "Kentlerin havası özgürlük doludur."[29]

Kırsal kesim de feodal dönemin son zamanlarında Avrupa genelinde (İngiltere hariç) "örf sözleşmeleri" ile çeşitli imtiyazlar elde etmeye başlamıştır. Angaryalarda genel bir azalma ve bunların ayni veya nakdi ödentilere dönüşmesi, belirsiz ve keyfi yükümlülükleri(n) azalması veya kaldırılması, insanı insana bağlayan tabiiyet ilişkilerinin zayıfla-

21 Orta Çağ ticareti üç ana bölüme ayrılabilir: 1) Kuzey ticaret alanı: Lüks mallar içinde şarap ve kürk ticareti başta gelmektedir; bölge halkı açısından en önemli ticari ürün ise balıktır 2) Güney ticaret alanı: Asya ürünleri, özellikle baharat ticareti başta gelmektedir. 3) Kuzey ve Güney Avrupa arasında ticaret. Orta çağ ticaretinde önemli yer tutan fuarlardan en önemlisi Champagne fuarları kuzey ve güney tacirlerinin buluşma noktasıydı. Heaton, a.g.e., s. 134-150.

22 Bloch, a.g.e., s. 133. 11 ila 13. yüzyıllar arasında vuku bulan Haçlı seferleri, bir süre sonra savaşanların gözünde dinsel karakterini kaybetmiş ve ekonomik imkana dönmüştür. İtalyan kentleri, özellikle ilk olarak Ceneviz ve sonrasında Venedik için ise en baştan beri ticari imkân ve spekülasyondan ibaret olmuştur. Haçlı seferlerinin ticari etkileri için bkz. Heaton, a.g.e., s. 141-142.

23 Heaton, a.g.e., s. 60.

24 Bloch, a.g.e., s.135 "Ticari-endüstriyel-mali faaliyetlerin uluslararası alanda" ve bir arada yürütüldüğü kentlerde, malları satın alan veya ürünlerini örgütleyen tüccar ve endüstricilerle, üretim sürecindekiler arasında sorunlar çıkmaktadır Büyük tüccarlar ve loncaları kent yönetimine egemendirler ve bunu hem zanaatkarların küçük loncalarını hem de ücretli işçileri denetim altına almak için kullanmışlardır. Heaton, a.g.e.., s. 184, 192.

25 Bloch, a.g.e., s. 560-561.

26 Alaeddin Şenel, İnsanlık Tarihi, 4. bs., İmge, Ankara, Ocak 2018, s. 814.

27 Bloch, a.g.e., s. 201-207.

28 Örneğin önemli bir ticaret şehri olan Milan'da, yönetici başrahibin aristokrasiyle ittifakı, güçlü bir ayaklanmaya sebebiyet vermiş ve yönetim değişmiştir. Bertrand Russell, The History of Western Philosophy, New York, Simon&Schuster, 1972, p. 433-434.

29 Afşar Timuçin, Düşünce Tarihi I Gerçekçi Düşüncenin Kaynakları, 8. bs., İstanbul, Bulut, 2014, s. 389.

ması gibi değişimler yaygın olarak vuku bulmuştur. 13. yüzyıldan itibaren Avrupa'da serflerin sayısı önemli ölçüde azalmıştır.[30] Büyüyen şehirlerin hammadde ve gıda ihtiyaçlarını karşılamak için ticari tarımın yaygınlaşması ile, köylü işletmeleri artık rant kaynakları haline gelmişlerdir.[31]

Ticari sınıf ile birlikte, vergi ve harçlar yoluyla ticaretin gelişmesinden büyük miktarlarda gelir elde eden krallıklar ve prensliklerin de gücü artmakta idi. Yerel beylerin zorlayıcı gücünden kurtulmanın yolu olarak, burjuvazi de merkezi krallık veya prensliklerle iş birliğinden yana idi.[32] Bu gelişmelerin sonucunda 13. Yüzyılda Fransa ve İngiltere'de merkezi krallıklar, Almanya ve İtalya'da kent devletleri kuruldu.[33]

Bu gelişmelere koşut şekilde 12. yüzyıldan itibaren Avrupa'da yol yapımlarına büyük önem verildiği ve bütün nehirler üzerine çok sayıda köprüler kurulduğu görülmektedir. Yollar hem ticaretin gelişmesi açısından hem de güçlenmekte olan merkezi iktidarların egemenliklerini daha geniş alanlara yayabilmeleri açısından çok önemli idi.[34]

Ticaretteki ve idari örgütlenmedeki bu değişimler kralların ve prenslerin önemli para stokları oluşturmasına izin verince krallar ve yüksek baronlar basit gelir fiefleri dağıtabilir hale geldiler. Böylece artık toprak temlikine gerek kalmıyor, bu şekilde fieflerin irsî mallar haline dönüşmesinin önüne geçilmiş ve fief alan verene daha bağımlı hale gelmiş oluyordu.[35] Bu alandaki bir başka değişim ise, fief karşılığı askeri hizmet sağlama yükümlülüğünün yerini tazminat vergilerinin almaya başlamasıdır. Böylelikle, krallar bu parayı kullanarak kendi ordularını oluşturmaya başlamışlardır.[36]

Özetle, merkezi iktidarların güçlenmesiyle, fief sözleşmelerinin niteliğinin değişmesi ve fief karşılığı askeri hizmet sağlama yükümlülüğünün yerini tazminat vergilerinin almaya başlamasıyla, köylü işletmelerinin gittikçe artan şekilde tüketim amaçlı üretimden pazar için üretime geçmesiyle- kısaca feodaliteyi mümkün kılan başlıca şartların değişmesiyle- feodal toplumsal yapı çözülme sürecine girmiştir. Bunu, temelleri bu dönemde atılan kapitalist üretim tarzının

30 Bloch, a.g.e., s. 440, 443. Serf yükümlülükleri emek veya üründen çok para cinsinden sabit hale gelince, artan talep nedeniyle ürünlerin fiyatları artış gösterdiğinde, pazar için üretim yapan köylü bu durumdan kazançlı çıkmakta, ancak toprağın senyörü fakirleşmektedir. Çözümlerden biri, serflerin özgürleştirilmesi ve topraklarının kısa süreli olarak kiralanması olmuştur. Böylece serflik kalkarak yerini özgür kiracılığa bırakmaktadır Heaton, a.g.e., s. 104-109. İngiltere'de de 12. yüzyıl boyunca görülen benzer hareket, 13. yüzyılda tersine dönmüş, büyük toprak sahibi bazı lordlar hem serflerden hem özgürlerden daha fazla angarya talep eder olmuşlardır. Ancak 14. yüzyılda, durum kıta Avrupası'na paralel hale gelmiştir. Ayrıntı için bkz. Heaton, a.g.e., s. 109-114.

31 Heaton, a.g.e., s. 108.

32 Bloch, a.g.e., 561.

33 Oral Sander, Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e, 31. bs, Ankara, İmge, 2016, s. 79.

34 Bloch, a.g.e., 132. Ek olarak, merkezi iktidarın güçlenmesi, bunların gittikçe adalet sistemi içinde belirleyici öğe olmasına hem yol açmış hem de bu durumu pekiştirmiştir. Bunun sağlamanın en temel yolu da merkezden atanan yargıçlar idi. Bloch, a.g.e., s. 589.

35 Bloch, a.g.e., s. 285.

36 Bloch, a.g.e., s. 358.

16. yüzyılda[37] artık iktisadi yapı içinde belirleyici konuma ulaşması izleyecektir.

Şüphesiz tüm bu değişimlerin düşünce dünyasına etkileri olmuştur. Feodal toplumda yeminle kurulan bağımlılık ilişkileri eşit olmayanlar arasında idi ve güçsüzü güçlüye tabi kılıyordu. Ticaretin gereklilikleri sonucu ortaya çıkan tüccarlar arası ortaklaşa yemin ile kurulan ortaklık (Fransızca *commune*) ise eşitleri birleştirmekteydi Böylelikle itaat zihniyetinin yerini karşılıklı yardımlaşmanın alması devrimci bir niteliğe sahipti.[38]

Eşitler arasında olmamanın sonucu olarak eşitsiz ödevler yüklese de vassallık biatı iki taraflı ve gerçek bir sözleşme idi. Vassal, yükümlülüğünü yerine getirmezse, senyör tarafından verilenler geri alınırdı. Senyör, görevlerini yerine getirmezse haklarını kaybederdi. Vassalık ilişkisinden doğan tüm bu ilişkiler siyasal alana aktarılınca, bazı Gregoryen reformcuları hükümdarı halka bağlayan bir sözleşme düşüncesinden ilk bahsedenler olmuşlar[39] vekötü krallara karşı yapılması gerekenler konusunda vassalın kötü senyörü terk etme hakkını öne sürmüşlerdir.[40] Sıkça rastlanan vassal isyanları da, "bir vassal haklarını aşan kralına ve yargıcına karşı hareket edebilir,…bu durumda sadakatini ihlal etmiş sayılmaz." kuralına dayanmakta idi. Böylelikle *direniş hakkı*, 13. ve 14. yüzyıllar boyunca bütün Avrupa'da yankı bulmuş ve 1215 tarihli Magna Carta ve daha birçok önemli belgede yer almıştır.[41]

III- Kilisenin Konumu ve Skolastik Felsefenin Ortaya Çıkışı

Batı Roma İmparatorluğu'nun 5. yüzyılda yıkılışından sonra kilise Avrupa'daki tek örgütlü kurum olarak kaldı.[42] Toprak bağışlarıyla gittikçe zenginleşen Papalık, zamanla Doğu Roma İmparator'undan bağımsız hale gelir; bunu, Batı'da kendine bir imparator yaratarak başarmıştır: Karolenj hanedanı mensubu Şarlman'ın, Papa'nın elinden gönülsüzce taç giymesiyle Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu kurulmuş olur. Bundan sonra da Avrupa uzun süre kilise -devlet, Papa-İmparator mücadelelerine sahne olacaktır.

Kilise, bir yandan hâkim olan Augustinusçu felsefe[43], 11. yüzyıl Gregoryen reformları[44] ve hiyerarşik örgütlenme-

37 Karl Marx, Kapital I, çev. Alaattin Bilgi, 6. bs., Ankara, Sol, 2000, s. 680.

38 Uygulamada burjuvazinin eşitlikçi olma eğilimi zorunlu olarak demokratik değildi. Yüksek burjuvazi ile mütevazi tacirler arasındaki fark büyüktü. Bloch, a.g.e., s. 562-563.

39 "Gelecek çağların "anayasal hükümet" anlayışı, işte feodalizmin bu mukaveleye dayanan niteliğinden doğacaktır." Sander, a.g.e., s. 74.

40 Bloch, a.g.e., s. 364-365.

41 Bloch, a.g.e., s. 703-704.

42 Alaeddin Şenel, Siyasi Düşünceler Tarihi, 11. kısaltılmış bs., Ankara, Bilim ve Sanat, 2004, s. 219. 800 yılında kurulan Roma-Germen İmparatorluğu'nun bu siyasi parçalanmışlığa etkisi de kendisi gibi kısa ömürlü olmuştur.

43 Yeryüzü Devletinin Gökyüzü Devletine tabi olması kuramı, feodal parçalanmanın en üstüne çıkma arayışında olan Papalık için meşruluk gerekçesiydi. Russel, a.g.e., s.363.

44 Bu reformlarla, kilise topraklarının mirasa konu olmalarının ve bölünmelerinin önüne geçmek amacıyla rahip evliliği yasaklanmış; ondalık vergiler yeniden kilisenin eline geçmiş, üst düzey kilise yetkililerinin

si[45] ile feodal düzene uyum sağlamıştı. Ne var ki aynı zamanda, feodal yapı ile çatışmakta idi; çünkü mevcut mülkiyet sistemi[46], toprak üzerinde serbest tasarruf hakkını önemli ölçüde kısıtlamakta, bu nedenle temel geliri toprak bağışları olan kilise açısından engel teşkil etmekte idi.[47] Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler feodal yapıyı çözdükçe[48] -kilise hukukçularının da buna katkısı olmuştur- bu durum kilisenin daha da zenginleşmesine olanak sağlamış, böylelikle gücü 11.Yüzyıldan itibaren artmıştır.[49] İşin ilginç yanı, Rönesans'ta daha belirgin hale gelmekle birlikte aynı zamanda din şehirlerdeki etkisini gittikçe yitirmektedir.[50]

Bu dönemde kilisenin toplumdaki konumunu en iyi şu cümle özetliyor: "Kilise bir yönetici, toprak sahibi, rant toplayıcı, vergi koyucu, meta üreticisi, muazzam ölçüde emek-gücü istihdam edici, tacir, bankacı ve ipotekçi, ahlakın muhafızı, gösterişli yasalar yapıcısı, vicdan zorlayıcısı -hepsi bir arada- olma yolunda ilerlemekte." idi.[51]

Kilise hem loncalar ile birlikte şehirlerde ticareti denetliyor, hem dünyevi iktidar mücadelesi veriyordu; tüm bun-

Papalık tarafından atanması kuralı getirilerek, bu yetki güçlerini kaybeden hükümdarların elinden alınmıştır. Mehmet Tevfik Özcan, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1.bs., İstanbul, On İki Levha, 2008, s. 33; Bloch, a.g.e., s. 400, 555.

45 Şenel, Siyasi Düşünceler Tarihi, a.g.e., s. 220-221.

46 Feodal dönem boyunca toprağın mülkiyetinden bahsedilmesi ve bu konuda dava açılması son derece istisnai bir durumdu. Bunun yerine taraflar "elde tutma" iddiasında bulunmakta idiler. Bu elde tutma basit bir zilyetlik değil, fakat zaman geçtikçe saygınlık kazanan bir zilyetlikti. Bir tarla veya bir hak, o an kimin zilyetliğinde olursa olsun, onu geçmiş yıllarda kullandığını, hatta kendisinden önce de atalarının bu işi yaptığını kanıtlayan taraf, davayı kazanmakta idi.
Dolayısıyla, üzerinde, farklı niteliklerde olup aynı derecede saygı gören çok sayıda hak tesis edilmiş olan toprağın mülkiyetinden bahsedilmesi bir anlam taşımamakta idi. Söz konusu olan, bu hakların elde tutulması ya da mülkiyeti olabilirdi Serf, işlediği tarlasının karşılığında doğrudan senyörüne bazı ödentilerde bulunmakla birlikte senyörün toprağa el koyma hakkı vardı. Senyörün senyörü de aynı haklara sahipti. Yine aynı toprak üzerinde farklı senyörler farklı haklara sahip olabiliyordu. Bu, feodal zincirin en üstüne kadar böyle gitmekte, sonuçta pek çok kişi aynı toprak parçası için "benim" deme hakkına sahip olmakta idi. Dikey zincire bir de yatay olanı eklemek gerekir. Örneğin köy cemaati de hasadı yapılan köy tarlaları üzerinde bazı haklara sahipti. Gene serfin ve senyörün ailesi de birtakım haklara sahipti ve onların onayı olmadan devir işlemleri yapılamamakta idi. Bireysel mülkiyet tanınmış olmakla beraber, soy dayanışması sıklıkla mal ortaklığına uzanıyordu. Bloch, a.g.e., s.199-201.

47 Bloch, a.g.e., s. 224-225, 335-337.

48 12. yüzyıldan itibaren taşınmaz satış işlemleri artık daha sık ve açıkça yapılmaya başlanmıştır. Fiefler serbestçe satılıp bağışlanabiliyordu. Ticaretin gelişmesi, mallar üzerinde aileden gelen engelleri sınırlamakta idi. Bloch, a.g.e., s. 335-337. Yine bu yüzyıldan itibaren Kilisenin etkisiyle önce dinsel bağışların, sonra yasal mirasçıların lehine eklemelerin yapılabildiği gerçek anlamda vasiyetnameler yeniden ortaya çıkmıştır. Bloch, a.g.e., s. 224-226.

49 Yine, kiliselerin zenginleşmesi, Hristiyanlığın Avrupa'da yayılması ve hac yolculuklarının yaygınlaşması gibi etkilerle 11. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Romanesk tarzda kiliseler tüm Avrupa'da inşa edilmeye başlandı. 12. yüzyılın yarısından itibaren ise, şehirleşmenin ve mimari teknikteki ilerlemelerin sonucu katedraller çağı başlamıştır. Gotik adı verilen daha gelişmiş bir mimari tarzda inşa edilen bu ihtişamlı yapılar, dönemin en büyük çaplı ekonomik girişimleri idi. Laura Schneider Adams, A History of Western Art, 5. ed., New York, McGraw-Hill, 2011, s. 183, 204.

50 Russell, a.g.e., s. 434.

51 Thompson, aktaran Heaton, a.g.e., s. 81.

ların yanında da eğitimi tekeline almış durumda idi. Feodal dönemde kültür dili Latince'ye dönüşmüştü. Eğitim sahibi ve okumuşlar (*litterati*) neredeyse sadece kilise mensuplarıydı.[52]

Haçlı seferlerinin etkisi sonucu, klasik Yunan filozoflarının İslam ve Bizans düşünürleri kanalıyla Batı'ya tanıtılması, özellikle kilise çevrelerinde kültürel bir canlanmaya neden oldu. Yunanca ve Arapça'dan yapılan çevirilerin yoğunlaştığı bu dönem, 12. yüzyıl Rönesansı olarak da adlandırılmaktadır. Bundan önce Aristoteles'in yalnızca mantıkla ilgili iki eseri bilinmekte idi İbn-i Rüşd'ün yapıtları vasıtasıyla Aristoteles'in diğer eserlerine ulaşılmasının düşünce dünyası üzerindeki etkisi derin olmuştur. Bu zamana kadar yeni-Platonculuğun etkisi altındaki Hristiyan felsefesinde yavaş yavaş Aristoteles otorite haline gelmeye başlamıştır. "Filozof" dendiğinde kastedilen Aristoteles, "Yorumcu" dendiğinde kastedilen İbn-i Rüşd idi.[53]

Batı düşünce dünyasını derinden etkileyen bir diğer gelişme 13. yüzyıldan itibaren üniversitelerin yükselişidir. Bu dönemde iki fakülte, teoloji ve sanatlar fakülteleri konumuz açısından önemlidir. Bu üniversitelerde dersler belli bir yönteme göre işleniyordu:[54]

1) ***Lectio:*** Üniversitelerde verilen eğitim, öncelikle temel buyurucu metinlerin (teoloji fakültesinde İncil, sanat fakültesinde Aristoteles) okunması ve açıklanmasına dayanıyordu. Bu yöntem, oldukça gelişmiş bir hermeneutiğin ortaya çıkmasına neden oldu. Aynı zamanda yorumlama faaliyeti önem kazanmıştır. Bu metinler üzerine yazılan "yorumlar" Orta Çağ'da oldukça yaygın bir tür idi. Burada yorumlamayı geniş anlamak gerekir; yorumlama faaliyeti adım adım incelemeden özgün bir metne kadar gidebilmekteydi.

2) ***Disputatio:*** Bu derste bir soru etrafında şekillenen tartışmalar yapılmaktaydı. Öğrencilere olumlu ya da olumsuz yanıt isteyen bir soru sorulur ve onlardan her iki tarafı da destekleyen kanıtlar ve ikna edici bir çözüm istenirdi. Soru, cevap, karşıt görüş ve onun çürütülmesi şeklindeki bu usul, aynı zamanda bu dönemde yazılan metinlerin de tekniğini oluşturmakta idi.

Orta çağ felsefesini anlatmak için kullanılan "skolastik[55] düşünce" işte bu okullarda (scholae) kullanılan düşünme biçimi ve tekniğin bir birleşimidir.

Başlangıçta diğer fakültelere (teoloji, tıp, hukuk) zorunlu hazırlık niteliği taşıyan sanatlar fakültesi, Aristoteles'in eserlerinin incelendiği felsefe okullarına dönüştü.[56] Aristoteles'in rasyonel dünya görüşü ve Arap filozoflarının yorumları, Hristiyan doktrin ile uyuşmayan fikirle-

52 Bloch, a.g.e., s. 148, 641.

53 Norman Kretzman, Eleonore Stump (ed.), The Cambridge Companion to Aquinas, New York, Cambridge, 7. ed., Cambridge University, 1999, s. 20.

54 Companion, s. 15-16, 20.

55 Latince "okula ait olma" anlamında *scholasticus* sözcüğünden gelmektedir. Orhan Hançerlioğlu, Felsefe Ansiklopedisi, Remzi kitabevi, 1976, s. 109.

56 Companion, s. 20-21.

re kaynaklık etmekteydi.[57] Aristoteles'in felsefesinin Hristiyan felsefesi ile çeliştiği görüşü bu fakülteler arası tartışma ve ayrışma sürecinin odak noktası olmuştur 1260 yılında Paris Üniversitesi Sanatlar Fakültesi'ndeki bir grup hoca felsefenin ve doğal aklın özerkliğini savunmuş; felsefeyi teolojiden bağımsız hale getirme çabası göstermiştir. Doğaldır ki bu girişimleri ve öğrettikleri bilgiler dini eğitimciler ve otoriteler tarafından hoş karşılanmamıştır.[58]

İşte bu tartışmalar, teoloji fakültesinde hoca olan St. Thomas'ı Aristoteles felsefesi ile Hristiyan görüşü bağdaştırma çabasına yöneltecektir.[59] Felsefesinin özgünlüğü de kısmen, Aristoteles felsefesini Hristiyan görüşüne uyarlarken çok az bir değişikliğe uğratması, bunu yaparken de hiçbir zaman kilise görüşlerini açıkça karşıya almamasında yatmaktadır.[60]

IV. Thomas Aquinas'ın Skolastik Yöntemi ve Felsefesi

Toplumsal yapıdaki ve düşünsel ortamdaki yukarıda aktarılan gelişmeler sahneye St. Thomas Aquinas'ı çıkaracaktır. Amacı, Hristiyanlık görüşü ile Aristoteles'in felsefesini uzlaştırmak, daha doğrusu, kilisenin hakimiyet alanını değişmekte olan toplumsal yapıya uyarlamaktı. Çünkü, Kilisenin koyduğu kurallar ve inanç, önemi ve gücü artan şehirlerdeki yaşama uymadığı ölçüde etkisini yitirmekte idi. Burjuvazinin rasyonel bir düzene duyduğu ihtiyaç, Eski Yunan felsefesi mirası ile birleşince, akıl ön plana çıkmaya başlamakla kalmayıp, aklın inançtan bağımsızlığı düşüncesi gittikçe yaygınlaşacaktır.

St. Augustinus'un etkisindeki Batı düşünce dünyasında üç davranışa kötü gözle bakılırdı: merak (bilme arzusu)[61], ticaret[62] ve siyaset[63]. Rasyonel bir dünya anlayışı geliştikçe, ticaretin önemi arttıkça, şehirlerde halk (ama yalnızca bur-

57 Örneğin İbn-i Rüşd'e göre, Aristoteles'in "form" öğesi tek başına var olamazdı, böylece ölümden sonra ruh Tanrı ile birleşiyor ve beden yok olup gidiyordu. Başlangıçta Batılı düşünürleri etkisi altına alan bu anlayış ölümden sonra hayata inanan kilisenin inancı ile uyuşmadığı için Aristoteles'in eserlerinin doğrudan Yunanca'dan çevrilmesi sonrasında İbn-i Rüşdçülük terk edildi. Şenel, Siyasal Düşünceler Tarihi, a.g.e., s. 250.

58 Companion, s. 22, 24. Aslında bu tartışmanın kökeni, üniversitelerde Aristoteles'in okutulmasına yönelik ilk itirazlara kadar gider. Bkz. Companion, s. 20.

59 Bu çabanın ilk temsilcisi St. Thomas değildir. Thomas'ın da öğretmeni olan Albertus Magnus, akıl ile inanç alanlarını ilk ve kesin biçimde birbirinden ayırarak felsefe çalışmalarını dogmatik öğretiden bağımsız gerçekleştirmiştir. Ancak sistematik bir bütünlük arz etmeyen eserleri yankı uyandıramamıştır. Timuçin, a.g.e., s. 424.

60 Russell, a.g.e., s. 461.

61 Platoncu bakış açısıyla duyusal bilgi en alt kademedeki ve en kusurlu bilgi türüydü, böylece dış dünyaya yönelik bilgi arayışı inanca hizmet etme amacı gütmüyorsa faydasız, hatta zararlı olmakta idi A h m e t Cevizci, Felsefe Tarihi, 5. bs., İstanbul, Say, 2014, s. 195-198, 201-203.

62 Aristokratik dünya görüşüne paralel biçimde ticaret insanı alçaltan, istenmeyen bir işti. Heaton, a.g.e., s. 176. Burjuvazinin alış fiyatı ve satış fiyatı arasındaki farktan ve faizden kaynaklanan geliri dini kurumlar tarafından meşru görülmüyordu. Bloch, a.g.e., s. 560.

63 Yeryüzü Devleti'nde siyaset, ilk günah sonrası insanın yozlaşmasından nasibini almıştı. Cevizci, a.g.e., s. 208-209.

juvazinin zengin kısmı olarak anlamak lazım) yönetimde söz sahibi oldukça bu görüşlerin bir geçerliliğinin olamayacağı açıktır. St. Thomas için ise, felsefe ile uğraşmak insanlar için doğal ve saygın bir uğraştı, ticari faaliyet meşru ve gerekli idi, siyaset yapmak ise ahlaki açıdan olumlu bir etkinlikti.

Yukarıda bahsedilen üniversiteler arası tartışmada St. Thomas, aklın inançla ile çelişmediğini öne sürecektir.[64] Aristotelesçi bir anlayışla, bilginin kaynağının duyular olduğunu söyleyecek ve doğuştan ideleri reddedecektir. Ancak duyularımızın yetersizliği nedeniyle, bilgilerimiz de kusurludur. Burada da vahiy yoluyla edinilen bilgi devreye girecektir. Bu şekilde teolojiye yer açacak, felsefe ile dinin çelişmediğini ispatlamaya çalışacaktır. Burada önemli olan şudur: St. Thomas'a kadar evrenin alegorik bir algılanışı söz konusuydu. Buna göre evreni oluşturan her şey, Tanrısal işaretler taşıyor, mesajlar veriyordu, imalarla doluydu. St. Thomas'la birlikte bu anlayış, Kutsal Kitap'ta anlatılanlarla sınırlandı. Doğa artık neyse oydu, kendi bilgisi dışında mistik anlamları yoktu.[65]

Bu bakış açısının dünyanın rasyonel algılanışına kapı açacağı ortadadır. İncelememiz Aquinas'ın siyaset ve hukuk felsefesiyle sınırlı olduğundan felsefesinin getirdiği diğer yenilik ve özgünlüklerden ayrıntılı bahsetmeyeceğiz. Ancak belirtelim ki, St. Thomas'ı takiben John Scotus, teolojiyi kurtarmak amacıyla onu rasyonel incelemenin dışında tutmak istemiştir. Ockhamlı William da Tanrı'ya ilişkin bilgilerin hiçbir suretle kanıtlanamayacağı, ancak imanın konusu olabileceğini ortaya koymuştur. Bütün bu gelişmeler, bir zamanlar düşünsel çabanın başlıca amacı olan teolojinin dar ve önemsiz bir alana hapsolmasına yol açacaktır.[66]

a) Aquinas'ın Skolastik Yöntemi

Summa Theologica (Toplu Dinbilim), skolastik tartışma yönteminin en yetkin örneği sayılmaktadır.[67] Bu nedenle skolastik metodu tanıtmak ve örneklemek amacıyla bu metin seçildi. St. Thomas *Summa Theologica*'nın giriş bölümünde kitabı konuya yeni başlayan insanlar için yazdığını belirtmiştir. Amacı, kitabı okuyan kişinin (skolastik felsefe açısından) tüm temel konuları açıkça kavramasını sağlamaktı.[68] Bu nasıl gerçekleştirilebilir? (Skolastik düşünce biçimine göre), tabi ki meseleleri en ince ayrıntısına kadar -ama yinelemeksizin- incelemek,

64 Skolastik felsefenin erken döneminden itibaren temel sorunlarından biri akıl ile inanç arasındaki ilişkiydi. Erken skolastik felsefecilerinden St. Anselmus ve Petrus Abelardus, akıl ile inancı birbirinden ayırırken ikincisine öncelik vermektedirler. St. Thomas'ın çağdaşı St. Bonaventura felsefe ile dini dogmayı birbirinden ayırmaya çalışmış ancak felsefenin Kutsal Kitabın otoritesinden bağımsız yapılabileceğini kabul etmemiştir. Cevizci, a.g.e., s. 318-337. St. Thomas'ta ise felsefe artık özerk bir alandır. Bu elbette felsefesinin Hristiyan düşüncesinden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmez. Ancak Aquinas felsefi bir konuyu irdelerken bunu inanca değil, felsefi akıl yürütmeye dayanarak yapmaktadır.

65 Eco, a.g.e., s, 128-135.

66 Cevizci, a.g.e., s. 361, 368-369.

67 George Makdisi, "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into Its Origins in Law and Theology", **Speculum**, Vol. 49, No. 4 (Oct., 1974), pp. 640-661, s. 642, 648.

68 Makdisi, a.g.e., s. 653.

konu hakkındaki *her bir* olası görüşü çürütmek veya desteklemek suretiyle nihai bir sonuca ulaşarak.

Böylece, bütün kitap öncelikle bölümlere (pars) ayrılmış, sonra meselelere (quaestio) bölünmüştür. Örneğin "Adalet Üzerine". Her bir mesele de alt sorulara ayrılmıştır: *Articulus*. Kısa bir girişte bu sorular sıralanır. Her *articulus*un sabit bit biçimi var: Bir evet-hayır sorusu soruluyor[69], örneğin "Adalet bir erdem midir?" Bunu takiben yanıtlama 4 aşamadan oluşuyor:

İlk cevap "*videtur quod* (öyle görünüyor ki)" ile başlamakta ve çoğunlukla olumsuz cümle biçiminde olmaktadır. Bu yanıt karşıt görüşü yansıtmaktadır ve yanıtı numaralı şekilde diğer gerekçelendirmeler izlemektedir. Bu gerekçelendirme felsefi bir savın öne sürülmesi ile olabileceği gibi bir otoritenin tanıklığına da başvurulabilir. "İnsan Hukukunun Gücü"ne dair olan meselede, bir yasaya tabi olan kişilerin yasanın lafzı dışına çıkıp çıkamayacağı sorusuna (IaIIae96-articulus VI) yanıt:

"1. Öyle görülüyor ki, bir yasaya tabi olan kişiler yasanın lafzı dışına çıkamazlar. Çünkü Augustinus *De vera religione* adlı kitabında 'İnsanlar yasaları yaparken onlar hakkında yargılamada bulunsa da [yasalar] bir kez yapıldıktan ve onaylandıktan sonra, artık onları yargılamamalı, onlara dayanarak yargılama yapmalıdırlar.' der Fakat birisi hukukun lafzını görmezden geldiğinde ve böyle yaparak yasa koyucunun amacını saptadığını söylerse, görünüşte bu yasayı yargılamaktadır. Bu nedenle, yasa koyucunun amacını gözetme saikiyle de olsa, yasaya tabi olan kişinin onun lafzını göz ardı etmesi hukuka uygun değildir.

2. Dahası, yasanın açıklaması yasayı yapmakla görevli kişilere aittir. Yasaya tabi olan kişiler ise yasa yapamazlar. Bu nedenle yasa koyucunun amacını yorumlamamalı, her zaman ona göre hareket etmeliler.

3. her akıllı insan amacını nasıl açıklaması gerektiğini bilir. Yasayı yapanların akıllı oldukları kabul edilir. (…)"

Cümlenin *videtur quod* ile başlaması yanıtın nihai olmadığını ima etmektedir. Öyle görünüyor ki dendikten sonra bu görünüşün altında yatan nedenler sıralanmaktadır. Ama bir de meselenin öbür yüzü vardır. Bu da "*sed contra* (öte yandan)" ile başlayan cümle ile verilir:

"Öte yandan, *Hilary De Trinitate IV'te*, 'Ne söylendiğinin manası neden söylendiğine bakılarak çıkarsanmalıdır, çünkü şeyler sözlere değil, sözler şeylere tabidir.' (*De Trinitate* 4 (PL 10:107) der. Bu nedenle yasanın yalnızca lafzı değil, yasa koyucuyu harekete geçiren neden göz önünde bulundurulmalıdır."

Soruna dair her iki bakış açısı da ortaya konduktan sonra sıra sonuç bölümündedir (*conclusio*). St. Thomas, konuya ilişkin kendi yorumuna "*Respondeo dicendum quo* (cevaben derim ki)" ile başlar. Bunu son olarak ilk bölümdeki itirazların (*objectio*) yanıtlanması izler.

"Yukarıda da belirtildiği gibi, her yasa insanların ortak refahına yönelmiş-

69 Erken skolastik dönem felsefecilerinden St. Abelardus'un *sic-o-non* methodu skolastik yöntemin gelişmesine kaynaklık etmiştir.

tir. Yasa niteliğine ve gücüne ancak bu şekilde haiz olabilir ve bu açıdan kusurlu ise bağlayıcı gücü yoktur. (…) Fakat sık rastlanan durum şudur: Belli bir yasanın gözetilmesi çoğu durumda ortak refah için faydalı olurken, bazı durumlarda oldukça zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, yasa koyucu her bir tekil olay için öngörüde bulunamayacağından, yasaları en sık görülen durumları göz önünde bulundurarak yapar ve dikkatini ortak iyiye yöneltir. Bu nedenle yasanın gözetilmesinin ortak refaha zarar vereceği durumlarda yasa gözetilmemelidir. (…)

Fakat, eğer hukukun lafzına göre uygulanması anında karşılık verilmesi gereken acil bir tehlike içermiyorsa, o zaman neyin devlete yararlı olup neyin olmadığının açımlaması kişilere düşmez. (…)

1. itiraza yanıt: Zorunluluk halinde yasanın lafzının ötesine geçen kişi yasayı değil, yalnızca yasanın lafzının gözetilmemesi gerektiğini düşündüğü durumu yargılamaktadır.

2. itiraza yanıt: (Yasanın lafzından ziyade) yasa koyucunun amacını izleyen kişi yasayı yorumlarken bunu görevinin bir gereği olarak değil, yasa koyucunun amacına aykırı olarak zararlı bir durum oluşacağı için yapar.

3. itiraza yanıt: Hiç kimse bütün durumları hesaba katacak kadar tamamen bilge değildir. (…) Dahası, yasa koyucu bütün durumları göz önünde bulundurabilecek olsaydı bile, hepsinden bahsetmek hepsini sıralaması uygun olmazdı. (…)"

Konuya ilişkin karşıt veya uyuşmayan görüşleri ortaya koymak, her ikisini de destekleyen kanıtları derlemek, geçersiz olanların elenmesi ve çoğunlukla bir sentez niteliği taşıyan sonuca ulaşılması Bu, gerçekten de hukuki uyuşmazlıkların çözülmesine, yasalardaki uyumsuz hükümlerin yorumlanabilmesine ve çelişkili içtihatların düzeltilmesine elverişli bir uygulama olabilir. Ayrıca içerdiği diyalektik yöntemin hukuk eğitimine katkıları muhtemeldir. Bu nedenle, skolastik yöntemin kökenini hukuk çalışmalarında bulmamız hiç şaşırtıcı değildir.[70]

b) St. Thomas Aquinas'ın Felsefesi

Aquinas, insan eyleminin tahlili üzerine bir ahlak felsefesi kurar ve bu ahlak kuramı siyaset ve hukuk felsefesinin dayanağını oluşturur. St. Thomas'a göre, insanlara özgü tüm davranışlar, yani pratik akıl ve isteğin yönlendirdiği davranışlar ve yalnızca bunlar ahlaki (moral) edimlerdir. İnsan edimleri ahlaki bir düzen oluşturur. Üç alt bölümü vardır: etik (ahlak felsefesi), iktisat ve siyaset.[71]

1) Ahlak Felsefesi

Aquinas'a göre, tüm insan eylemleri bir amaca yöneliktir. Bazı amaçlar, nihai amaca[72] ulaşmak için birer ara amaç niteliğindedir.[73]

70 Makdisi, a.g.e., s. 642 vd.
71 Companion, s. 196-197.
72 Aristoteles'e göre insanların nihai amacı mutluluktur, bundan kasıt, insanın kendisini mükemmelleştirmesi ve tamamlamasıdır. Companion, s. 214.
73 Companion, s. 198-199.

Aquinas, tüm insan eylemlerinin zorunlu olarak iyiyi amaçladığını savunmuştur. Çünkü kötü, arzu edilmeyene verilen isimdir, onu istememiz mümkün değildir. Böylece Aquinas'ta olan ve olması gereken iç içedir. Çeşitli şeyler isteyebiliriz, ancak bunları isteme nedenimiz iyiliğimize olmasıdır. İyiden kasıt, kişiyi mükemmelleştiren ve tamamlayandır. Elbette kişi iyiliğine olduğunu sandığı şey konusunda yanılabilir. Dolayısıyla, iyinin ne olduğu konusunda insanlar arasında fikir ayrılıkları olabilir, ancak hepsi iyi olduğunu düşündükleri şeyi istemektedirler.[74]

Birinin ya da bir şeyin iyi olup olmadığı, işlevine bakarak anlaşılır. Eğer yapması gereken şeyi olması gerektiği gibi, iyi bir şekilde yapıyorsa erdemli sayılmalıdır. Aquinas'a göre tüm insan eylemleri ahlaki olarak düşünüldüğünden, zihinsel olanlar da zorunlu olarak erdemin konusu olmaktadır. Bu nedenle zihinsel erdemler ve ahlaki erdemler ayrımı yapmıştır. Buna göre, geometri öğrenmek, düşünceyi geliştirdiği için iyidir ve zihinsel bir erdemdir, ancak geometri öğrenen insanı ahlaki olarak yüceltmeyiz. Fark şudur ki, zihinsel erdemlerin ahlaki olarak iyiye kullanılma potansiyelleri vardır, ancak kötüye de kullanılabilir. Ancak Aquinas iki zihinsel eylemi diğerlerinden ayrı tutmuş ve onları tüm erdemlerin kaynağı yapmıştır: basiret (*prudentia*) ve kutsal inanç. Bunlar doğrudan iyiye yönelimin veya iyi tutumun kendileridir. Kişiler bazen, genel kural olarak ahlaken yapılması gerekeni bilseler de özel durumda buna aykırı davranırlar. Bunun nedeni genel kural ile kişinin o anki isteğinin çelişmesidir. İşte basiret burada devreye girecek, amaca ulaşmak için doğru aracın seçilmesini sağlayacaktır.[75]

Her ne kadar insanlar iyiyi amaçlasalar da bunu iyi veya kötü şekilde gerçekleştirebilirler. Böylece, kişi için anlık iyi olan, onun kapsamlı iyiliğine karşı olabilir Bu nedenle ahlaki düzen herkesin doğal, canı istediği gibi davranması ile değil; basiretli davranması ile mümkün olacaktır.[76]

2) Siyaset ve Hukuk Felsefesi

St. Thomas, toplumsal düzen hakkındaki geleneksel feodal ve hiyerarşik görüşleri, yeni yeni oluşmaya başlayan eşitlikçi ve topluluk üyelerini dahil eden görüşlerle[77] birleştirmeye çalışmıştır.

St. Thomas'a göre, insan doğası gereği siyasi ve toplumsal bir hayvandır.[78] İnsanlar topluluk içinde yaşarlar ve herkes iyi olduğunu düşündüğü amaca yöneldiğinde, farklı çıkarlar onları farklı yönlere götürür. Dolayısıyla toplumsal birlik ve uyum kendiliğinden oluşmaz. Bu nedenle her topluluk bir yöneticiye ihtiyaç duyar. Bir yöneticiye tabi olmak, özgür olma durumu ile bağdaşmaz nite-

74 Companion, s. 200-202.
75 Companion, s. 202-205.
76 Companion, s. 211.
77 Siyaset düşüncesine 9. yüzyıldan itibaren iktidarın Tanrı'dan indiği yolundaki kuram hakimdi. Erkin halktan çıkış kuramı, "13. yüzyılda burjuvazinin demokratik düşünceler geliştiren bir sınıf olarak belirmesiyle yeniden ortaya atılıp, gittikçe daha fazla önem kazanmıştır." Şenel, Siyasal Düşünceler, s. 231.
78 *De regimine principum*, Book I, PW., s. 4-5.

likte değildir.[79]Özgür insanlardan oluşan bir toplulukta hükümetin amacı topluluğun ortak iyiliğini sağlamaktır.[80]

St. Thomas yine Aristotelesçi bir anlayışla devleti (*civitas, communitas politica, communitas civilis*) bir hükümete ve yasalara sahip olan mükemmel (tam) topluluk olarak tanımlar.[81] Ortak iyiye yönelik olan ve ortak iyiyi amaçlayan hükümetle birlikte o topluluk, insanların bir arada yaşama gerekçelerini tam olarak karşılayabilecek olanaklara sahiptir. Böylece hukuka toplumsal açıdan oldukça temel bir görev düşmüş olur.

Hükümet erkini topluluğun amacı, yani topluluğun iyiliği ve mutluluğu için kullanmalıdır. Yönetici bunun yerine kendi kişisel çıkarı peşinde hareket ettiği takdirde bir tirana dönüşecektir.[82]St. Thomas'a göre, eğer tiran aşırı hareket etmiyorsa topluluk için daha büyük kötülüklerin doğmasını engellemek için göz yumulabilir. Tiran aşırıya kaçtığı takdirde onu kral seçen her kimse, topluluğun kendisi veya seçkin bir grup, ona karşı yapılması gereken müdahaleyi belirlemelidir. Yani bu müdahalenin takdiri ve uygulaması kamuya aittir; özel kişilerin bireysel eylemlerine değil.[83]

St. Thomas'a göre en iyi yönetim biçimi monarşidir.[84] Laik ve dini iktidarların kaynağı Tanrı'dır.[85] Topluluğun dünyevi iyiliğini sağlamak yöneticinin aracı amacıdır. Nihai amaç ise, din adamlarının insanları tam mutluluğa, yani ancak öbür dünyada gerçekleşebilecek mutluluğa ulaştırma çabaları için ihtiyaç duyulan düzeni ve barışı sağlamaktır.[86] Dolayısıyla, kilise dünyevi iktidarın üzerindedir. Çünkü dünyevi iktidarlar aracı amaçlara hizmet ederken, kilise nihai amaca hizmet etmektedir.[87] Bununla birlikte, St. Thomas, hükümdarların kiliseye yalnızca dini meselelerde tabi oldu-

79 Summa Theologiae Ia 96:4, PW., s. 4. Bununla birlikte, monarşinin oligarşi ve demokrasi ile sınırlandırılmış biçimini de yer yer savunmuştur. Summa Theologiae IaIIae 95:4, PR s. 136. Açıktır ki bu görüş, Aristoteles'in en iyi yönetim biçimi olarak öngördüğü karma yönetim düşüncesini yansıtmaktadır.

80 *De regimine principum*, Book I, PW., s. 7-8. Aristoteles'e göre yasa koyucu, faaliyetlerinde topluluğun ortak iyiliğini gözetir. Ortak iyi, topluluğun tüm üyeler için iyi olduğundan, aynı zamanda her birinin nihai amacı olabilir. Companion, s. 200. Görüldüğü üzere, St. Thomas'ta yer alan hükümetin görevi, St. Augustinus'un insanların kötü eğilimlerini güç ve korku ile bastırmak ile görevli hükümetinden oldukça farklıdır. Bu karşıtlık Locke ile Hobbes arasındaki karşıtlıkla koşuttur. Şöyle ki, St. Augustinus'a ve Hobbes'a göre insanlar kötü ve bencildirler; hükümet de baskıcı olmalı ve insanların bu eğilimlerini dizginlemelidir. St. Thomas'a göre ise insanlar iş birliğine yatkın ve toplumcudurlar, hükümetin yetkileri de topluluk yaşamını iyi yönde düzenlemekle sınırlıdır.

81 Summa theologiae IaIIae 90: 2, PW., s. 79.

82 *De regimine principum,* Book I, PW., s. 8-10. St. Thomas, kralı seçmeye yetkili kurumun bunu önlemek için dikkatli olması, gerekirse kralın yetkilerinin bir tirana dönüşmesini engelleyecek şekilde kısıtlanması gerektiğini öne sürer. Ancak bunun nasıl yapılacağını konusunu açıklamamıştır. *De regimine principum*, Book I, PW., s. 17-18.

83 *De regimine principum*, Book I, PW., s. 18-21.

84 *De regimine principum,* Book I, PW., s.10-11.

85 *Scripta super libros sententiarum* II, Dist. 44, quest. 3, PW., s.278.

86 Uygulamada da zaten "… kralların ve yüksek baronların yalnızca üç temel görevi vardı: kiliseyi korumak ve dini vakıflar kurmak, halkı dış düşmanlara karşı korumak –ki buna fetih de dahildir- ve iç barışı ve adaleti sağlamak." Bloch, a.g.e., s. 641-642.

87 De regimine principum, Ch. 15, PW., s. 42.

ğunu dile getirmiştir. Dini meselelerde dinsel güçlere, sivil meselelerde ise laik güçlere öncelikli itaat edilmesi gerektiğini ileri sürerken[88], hem dini hem laik yetkilere sahip olduğunu düşündüğü Papalığı istisna tutmuştur.[89]

St. Thomas, hukuku (*lex*), kişilerin belli şekilde davranmasını veya belirli eylemlerden kaçınmasını öngören kural ve önlemler olarak tanımlamıştır. Ahlak felsefesinde gösterildiği üzere insan eylemlerini yöneten unsur akıl olduğu için, hukuk da akla dayanmaktadır.[90] Yine yukarıda anlatılanlarla koşut şekilde, hukukun amacı insanların ortak iyiliğini gerçekleştirmek olmalıdır.[91] Ortak iyinin ne olduğunu belirlemek topluluğun ya da topluluk adına hareket eden kişinin görevidir.[92] Kısaca hukuk, topluluk üzerinde yetkisi olan kişi veya kişiler tarafından konulan ortak iyiye yönelik rasyonel kurallardır.[93]

St. Thomas'a göre dört çeşit hukuk vardır:

i) Ebedi Hukuk (*lex aeterna*): Tüm kâinatı yöneten yasadır ve kaynağı evrensel tanrısal akıldır. Bu yasanın insanlar tarafından pratik akılla kısmen ortaya çıkarılan kısmı doğal hukuku oluşturur.[94]

ii) Doğal Hukuk (*lex naturalis*): Aquinas, belli temel ahlaki ilkelerin tüm insanlar için ortak olduğunu düşünür. Bu ahlaki ilkeler, bir esas ilke etrafında şekillenir: İyiye yönelmek ve kötüden kaçınmak.[95]Bu, tüm insanların bu ilkeleri bildiği anlamına gelmez. Ancak doğal hukuku oluşturan ilkeler tüm insanlarda içkin olarak bulunur. Tamamen yozlaşmış değilse herhangi bir insan biraz düşünme ile bu ilkelere ulaşabilir ve bu ilkeler tutarlı biçimde reddedilemez ilkelerdir.[96]

iii) İnsan Hukuku *(lex humana*): Yasa koyucunun koymuş olduğu kurallardır ve kaynağı doğal hukuktur. Yasalar doğal hukuka aykırı olduğu takdirde aslında bir yasa değil, yasanın yozlaşmış halidir.[97]

iv) Kutsal Hukuk (*lex divina*): Vahiy ile bildirilmiş kurallardır. İnsanlar sınırlı yetkinlikte oldukları için doğal hukuk vasıtasıyla ebedi yasaya tamamen ulaşamazlar Nihai amaca tam olarak ulaşabilmek, ki bu Tanrı'ya ulaşmaktır ve bu dünyada mümkün değildir, ancak dinin yol göstericiliği ile mümkündür.[98] Tanrı'nın lütfuyla ulaşılan bu yasalar daha etkilidir, ancak doğal hukuk insanlar için daha temel ve daha kalıcıdır.[99]

88 Summa theologiae IIaIIae 60:6, PW., s. 203-204, Scripta super libros sententiarum II, Dist. 44, quest. 3, PW., s. 277-278.
89 Scripta super libros sententiarum II, Dist. 44, quest. 3, PW., s. 278.
90 Summa theologiae IaIIae 90: 1, PW., s. 77.
91 Summa theologiae IaIIae 90: 1, PW., s. 79.
92 Summa theologiae IaIIae 90: 3, PW., s. 81.
93 Summa theologiae IaIIae 90: 4, PW., s. 82.
94 Summa theologiae IaIIae 91: 1, PW., s. 83- 87.
95 Summa theologiae IaIIae 94: 3, PW., s. 116-118.
96 Summa theologiae IaIIae 94: 4, PW., s. 120-125.
97 Summa theologiae IaIIae 95: 1, PW., s. 129-131.
98 Summa theologiae IaIIae 91: 4, PW., s. 89-91.
99 Summa theologiae IaIIae 94: 6, PW., s. 125-126.

St. Thomas'a göre, hukukun iki özelliği vardır: İlki, insan eylemlerine dair kurallardan oluşur; ikinci olarak yaptırım gücüne sahiptir. Yönetici, değiştirmeye kadir olduğu sürece koyduğu yasalar ile bağımlı değildir.[100]

St. Thomas, adaleti bir tür eşitlik olarak tanımlarken; hakkın (*ius*)[101], adil (*iustum*) olduğunu belirtmiştir. En yüksek erdem olan adaletin amacı adil olanı, yani hakkı gerçekleştirmektir.[102] Adil olmak, herkese kendine ait olanı vermek demektir.[103]Böylece adil olanın iki tanımı birbiri ile eşanlamlı görünür: Eşitlik ilkesi gereği herkese kendine ait olanı (*quod suum est*) vermek ile herkese hakkı olanı (*ius suum*) vermek.[104]

Hak, doğal ve hukuki (pozitif) hak olarak ikiye ayrılır. Örneğin, bir şeyi, ona denk bir karşılık beklentisi ile vermek bir doğal haktır. Bir anlaşma veya ortak rızaya dayalı bir hak ise pozitif haktır. Hakkı doğuran anlaşma özel bir anlaşma olabileceği gibi kamusal bir anlaşma da (yasa) olabilir. Siyasi hakların bir kısmı doğal bir kısmı yasal haktır. Pozitif haklar ya doğal hakların yazılı hale getirilmesine ya da ahlaki açıdan nötr olan konulara ilişkin olabilir. Doğal haklara aykırı yasaların bağlayıcılıkları yoktur; yargılamada esas alınmamaları gerekir.[105]

3) İktisadi Yaşama ve Mülkiyete Dair Görüşleri

Mülkiyet hakkının uygulamada feodal dönem insanına yabancı olduğu yukarıda gösterilmişti. Kuramsal açıdan da- Hristiyanlığın etkisi altında- mülkiyetin aslında tüm insanlar için ortak olduğu, özel mülkiyetin insanların günahkâr eğilimlerinin bir sonucu olduğu anlayışı bu dönemim resmi görüşü idi.

St. Thomas, nesneler üzerinde hakimiyeti iki açıdan ele alır. Doğaları açısından, onların hakimiyeti yalnızca Tanrı'ya aittir. Ancak yararları açısından, irade ve akıl sahibi olan insanoğlu nesneleri kendi amaçları doğrultusunda kullanabilme gücüne sahip olduğu için onlar üzerinde doğal olarak bir hakimiyet sahibidir.[106]

St. Thomas'a göre doğal hukuk mülkiyet konusunda sessiz kalmıştır. Ne her şeyin ortak mülkiyet dahilinde olmasını zorunlu kılar, ne de mülkiyetin nasıl paylaşılacağından bahseder. Özel mülkiyet edinimi, insanlar arasındaki anlaşmaya, yani pozitif hukuka dayanmaktadır. Böylece mülkiyet kurumu doğal hukuka aykırı olmayıp ona bir ek niteliğindedir.[107]

St. Thomas'a göre insanların dışsal nesnelerle ilişkileri iki boyutludur. Üretmek ve tasarruf etmek ilk boyutudur ve bu açıdan insanların özel mülk edinme-

100 Summa theologiae IaIIae 96: 5, PW., s. 145-147.
101 "*ius*" sözcüğü Latince'de aynı zamanda hukuk anlamına da gelmekte olup; St. Thomas metinlerinde bu anlamda da kullanmıştır: Örneğin *ius gentium*., *ius civile*.
102 Summa theologiae IIaIIae 57: 1, PW. s. 158-160.
103 Summa theologiae IIaIIae 58: 2, PW., s. 159.
104 John Finnis, Aquinas Moral, Political, and Legal Theory, New York, Oxford Universıty Press, 1998, s. 133.
105 Summa theologiae IIaIIae 60: 5, PW., s. 200-202.
106 Summa theologiae IIaIIae 66:1, PW., s. 206.
107 Summa theologiae IIaIIae, 66:2, PW., s. 208.

leri hukuka uygundur. Bunun üç gerekçesi vardır: 1) İnsan kendisine ait olan bir şeyin üretimine, herkese veya çoğunluğa ait olanın üretimine gösterdiğinden daha fazla ihtimam gösterir. 2) Herkes kendisinin olandan sorumlu olursa insan ilişkileri daha düzenli olur. Ortak mülkiyet durumunda sorumluluklar ve doğal olarak ilişkiler karmaşık bir hal alır. 3) Herkes kendine ait olanla mutlu olduğunda, daha huzurlu bir ortam sağlanır. Ortak mülkiyet durumunda sürekli bir münakaşa ortamı olur.[108]

İkinci boyut ise bu nesnelerden faydalanılmasına dairdir. Bu durumda bunlardan ortak olarak faydalanılmalıdır. Böylece, bir insan erken davranıp başlangıçta ortak olan şeyleri kendisine alırsa hukuka aykırı davranmış olmaz, ancak başkalarını ona ulaşmaktan men ederse, hukuka aykırı davranmış olur. Burada yine Aquinas'ın kilise öğretisine açıkça karşı çıkmayarak uzlaştırma gayretini görmekteyiz St. Thomas bölümü bir atıfla bitirir: "Aşırı tüketen, soygun yapmaktadır."[109] Ancak bu ortak kullanım, mülkiyet sahibinin iradesine tabidir. Çünkü malı sahibinden izinsiz (hırsızlık) veya zorla almak (soygun) her durumda günahtır.[110]Hırsızlığa ilişkin tek istisna zaruri sebeplerle yapılandır. Çünkü, insanların dışsal nesnelerle ihtiyaçlarını karşılamaları doğal yasa gereğidir ve insan yasası bunu iptal edemez.[111]Soyguna ilişkin tek istisna ise, adil (meşru, haklı) savaş durumunda düşmanın mallarına el konulmasıdır.[112]

St. Thomas, faizin adaletsiz olduğu konusunda kilisenin geleneksel görüşünü paylaşmaktadır. Ancak insan yasası faize, adalete uygun olduğu için değil; fakat aksi halde çoğu kişinin yararı zedeleneceği için izin vermek durumunda kalmıştır.[113]

Yine ticaret, eğer satıcı adil bir fiyat[114] ile yetinirse, kaçınılmaz olduğu için mazur görülebilir. Aquinas'a göre

108 Summa theologiae IIaIIae, 66:2, PW., s. 208.

109 Summa theologiae IIaIIae, 66:2, PW., s. 208-209.

110 Summa theologiae IIaIIae 66: 5,6, PW., s. 212-215.

111 Summa theologiae IIaIIae, 66:7, PW., s.216.

112 Summa theologiae IIaIIae, 66:8, PW., s. 218.

113 St. Thomas'ın faiz hakkındaki görüşü, Aristoteles'te olduğu gibi, paranın iktisadi incelenmesine dayanmaktadır. Bu incelemeye göre, bir evin kiralanmasında olduğu gibi, kullanılan metalar eğer tükenmiyorsa, bunların kullanımı için bir karşılık beklenebilir. Evini kiralayan karşılığında para alır ve kira süresi bitiminde evi kendisine iade edilir. Ancak kullanılıp tüketilen metalarda, örneğin bir kasa elma, metanın değerine ek olarak bir karşılık istenemez. St. Thomas'a göre para da diğer metalardan farksızdır, harcandığı zaman tükenir, dolayısıyla ödünç verilen paranın miktarından fazlasının talep edilmesi adil değildir. Summa Theologiae IIaIIae 78:1, PW, s. 222-223. Zaten uygulamada, Kilise ve krallar zaman zaman tefecilik yapanları mahkûm etseler de, belli şartlar altında tefeciliği kabul etmek zorunda kalmışlardır. Dahası en büyük borçlu durumunda olan Kilise ve krallıklar, borçlarını ödedikleri zaman bunları faiziyle ödemişlerdir. Heaton, a.g.e., s. 175-176.

114 Albertus Magnus ve Thomas Aquinas tarafından oluşturulan adil fiyat (*iustum pretium*) kuramına göre, malların mutlak ve nesnel şekilde belirlenebilecek gerçek bir değeri vardır. Bu değer, emek de dahil olmak üzere malın üretim maliyetidir. Adil fiyat kuramının temelinde, kentler büyüdükçe özellikle gıda arzına bağlılıklarının artması sonucu, laik yöneticilerin veya kilise yöneticilerinin fiyatları serbest bırakamaması yatmaktadır. Nüfus içinde ücretlilerin sayısı büyüktür ve eğer fiyatlar aşırı artıp yiyecekler kıtlaşırsa, ayaklanma çıkma olasılığı yüksektir. Bu nedenle satış koşulları düzenlenmiş ve söz konusu tehlikeleri engellemek üzere ticari suçlar belirlenmiştir. Heaton, a.g.e., s. 177.

bir malın alım fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark belli şartlar altında hukuka uygun olabilir: Mal üzerinde yapılan geliştirmeler, mal üzerindeki zamana veya yere bağlı değişiklikler, malın bir yerden başka yere taşınması ve malın taşınması sırasında göze alınan tehlikeler.

SONUÇ

Ticaretin canlanmasının ancak durgun bir iktisadi sistemde mümkün olabilecek feodal yapının çözülmesine sebep olduğunu gördük. Elbette bu gelişmeler bir anda olmamıştır ancak etkileri toplumsal yapıyı derinden değiştirecektir. İşte St. Thomas Aquinas tüm bu yeninin doğmakta olduğu ve eskinin yitip gitmeye başladığı 13. yüzyılda yaşamıştır.

St. Thomas kendi döneminde yükselişe geçen Aristoteles felsefesinden oldukça etkilenmiş, filozofun görüşlerinin Hristiyan inancına aykırı olmadığını oluşturduğu sentezle kanıtlamaya çalışmıştır. Konumuzla ilgisi açısından özellikle Aristoteles'in cumhuriyete ilişkin düşünceleri, yurttaş tanımı (yönetilen ve yönetecek olan), hocası Platon'un aksine mülkiyeti onaylayan düşünceleri St. Thomas'ın toplumsal yapıdaki gelişmelere uygun bir felsefe kurmasına yardımcı olmuştur. Feodal bakış açısında ticaret ve siyasetle uğraşmaya yer yoktu. Aquinas bunlara meşruluk zemini hazırlamakla liberal düşünceye yol açmış olur.

Aquinas'ın, yöneticinin doğal hukuka uygun yönetmesi gerektiği şeklindeki görüşü hukukun üstünlüğü ilkesine doğru bir adım sayılmaktadır. Ancak, insan yasasını yapmak son tahlilde hükümdarın yetkisinde olduğu için kendisi bu yasalarla bağlı değildir. Yine de hükümet gücünün sınırlanması[115] ve hükümete halk katılımını onaylayan düşünceleri liberalizmi oluşturacak fikirlerin yüzeye çıkmaya başladığının göstergesidir
Yine, St. Thomas'ın mülkiyet kurumunun yararlılığına ve doğal hukuka aykırı olmadığına dair görüşü, buna ek olarak eşitsiz mülkiyet dağılımında kınanacak bir yan bulunmadığı savunusu, özel mülkiyetin daha sonraki yıllarda savunulmasının halihazırda belkemiğini oluşturmaktadır.[116]

KAYNAKÇA

- Adams, Laura Schneider; A History of Western Art, 5. ed., New York, McGraw-Hill, 2011.
- Bloch, Marc; Feodal Toplum, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 5. bs., Ankara, Doğu Batı Yayınları, Haziran 2015.
- Cevizci, Ahmet; Felsefe Tarihi, 5. bs., İstanbul, Say, 2014.
- Eco, Umberto; Ortaçağ Estetiğinde Sanat ve Güzellik, çev: Kemal Atakay, 6. bs., İstanbul, Can Yayınları, Mart 2016.
- Finnis, John; Aquinas Moral, Political, and Legal Theory, New York, Oxford University Press, 1998.
- Göze, Ayferi; Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta, 1986.

115 St. Thomas'ta yasa koyucunun yetkisinin sınırları hakkında daha geniş bir çıkarsama için bkz. Finnis, a.g.e., s. 241 vd.

116 Adnan Güriz, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 253, 1969, s. 49.

- Güriz, Adnan; Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 253, 1969.
- Hançerlioğlu, Orhan; Felsefe Ansiklopedisi, Remzi Kitabevi.
- Heaton, Herbert; Avrupa İktisat Tarihi İlkçağdan Sanayi Devrimine, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 1. bs., Ankara, İmge, Mart 1995.
- Makdisi, George; "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into Its Origins in Law and Theology", **Speculum**, Vol. 49, No. 4 (Oct., 1974), pp. 640-661.
- Marx, Karl; Kapital I, çev. Alaattin Bilgi, 6. bs., Ankara, Sol, 2000, s. 680.
- Özcan, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 1.bs., İstanbul, On İki Levha, 2008.
- Russell, Bertrand; The History of Western Philosophy, New York, Simon&Schuster, 1972.
- Sander, Oral; Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e, 31. bs, Ankara, İmge, 2016.
- Şenel, Alaeddin; İnsanlık Tarihi, 4. Bs., Ankara, İmge, Ocak 2018.
- Şenel, Alaeddin; Siyasi Düşünceler Tarihi, 11. kısaltılmış bs., Ankara, Bilim ve Sanat, 2004.
- The Cambridge Companion to Aquinas, Norman Kretzman, Eleonore Stump (ed.), Cambridge, 7. ed., New York, Cambridge University, 1999.
- Timuçin, Afşar; Düşünce Tarihi I Gerçekçi Düşüncenin Kaynakları, 8. bs., İstanbul, Bulut, 2014.
- St. Thomas Aquinas'ın eserlerinin ulaşıldığı kaynaklar:
- Aquinas Political Writings, ed. R.W. Dayson, New York, Cambridge University Press, 2004. (Metinde PW. kısaltması ile yer almaktadır.)
- Corpus Thomisticsm, Sancti Thomae de Aquino, Summa Theologiae: http://www.corpusthomisticum.org/sth2095.html

Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine[1]

Veysel DİNLER[2]

ÖZET

Suç sayma teorileri (*criminalization theories*) Türk hukuk yazınında üzerinde pek fazla durulmayan konulardan biridir. Oysa yasa koyucunun bir eylemi hangi düşünsel esaslara ve ilkelere dayanarak suç sayabileceği üzerine kafa yorulması gereken bir konudur. Cezalandırmanın amaçları ve ceza türleri meselesine, suç sayma teorilerine nazaran daha çok ilgi gösterilmiş ve bu konulara yer verilmiştir.

Suç sayma konusunda Alman doktrini (*Rechtsgutstheorie*) Türkçe yazında daha yoğun ele alınmakta ve Anglosakson kökenli tartışmalar görece ihmal edilmektedir. Oysa Anglosakson dünyasında J.S. Mill'e atfedilen zarar ilkesi ve bu ilkenin eleştirisinden doğan pek çok teori ve yaklaşım söz konusudur. Türkçe yazında kısmen yer verilen bu tartışmaların, suç sayma teorileri içinde ele alınmasının alanı zenginleştireceği kanaatindeyiz. Bu çalışmanın amacı, özellikle Anglosakson doktrinindeki suç sayma teorileri üzerine daha derli toplu bir tartışma başlatmaktır.

GİRİŞ

Türk hukuk yazınında "cezalandırmanın amacı" tartışılan konulardan biri olmakla beraber, bir insan davranışının neden suç sayılması gerektiği konusu yeterince irdelenmemiştir. Herhangi bir yazarın *Ceza Genel Hukuku* kitabında "cezalandırmanın amacı" bölümüne rastlamak zor değildir. Öte yandan, hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç olan fiillerin hangi düşünceyle temellendirileceği ceza hukuku kitaplarında genellikle yer almaz. Sadece ceza hukukçularını değil, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında çalışanları da ilgilendiren bu konu Türkiye'de yeterince ilgi çekmemiştir. Oysa bir fiilin niçin suç kabul edilmesi gerektiği, suç olması gereken eylemler belirlenirken hangi düşünceden hareket edilmesi gerektiği gibi konular Batıda, özellikle Anglosakson dünyada, geniş bir içerikle tartışılmaktadır.

Bir hukuk düzeninde devlet, koyduğu kuralları ve aldığı kararları zorla uygulatan tek güçtür. Aileden başlayarak, derneklerde, siyasi partilerde veya başka örgütlerde kurallar ve bu kurallara uymaya zorlamaktan bahsedilebilir. Ancak

---

1 Bu çalışma Veysel Dinler tarafından Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalına 2013 yılında sunulan "Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı" başlıklı doktora tezinin bir bölümünün gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.
Çalışmayı baştan sona büyük titizlikle inceleyerek, önemli katkılar sunan Dr. Recep Aydın'a teşekkürlerimi sunarım.

2. Dr. Öğr. Üyesi, Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü e-posta: veyseldinler@hitit.edu.tr – alternatif: dinlerv@gmail.com

devlet onlardan farklı olarak, fiziksel şiddet (zorlama) ve özgürlüğünden yoksun bırakma meşruiyetine sahiptir.[3] Bireylerin toplumsal grupları oluşturduğu her alanda kurallar, otorite ve itaat, hatta itaate zorlama vardır. Buna karşın sadece devlet, fiziksel şiddet yoluyla kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakabilir. Bu yoksunluk diğerlerine göre daha kapsayıcıdır. Örneğin bir dernek, üyelerinin belirli kurallara uymasını mecbur kılabilir. Ancak üyesine karşı uygulayacağı en büyük yaptırım, üyelikten çıkarma, üyeliğe almama veya bir edimde bulunmasını istemekle sınırlı kalacaktır. Devlet dışında hiçbir kurum, ne genel bağlayıcı kurallar ve yasaklar koyma yetkisine ne de bu yasakların ihlalinde kişiye fiziksel güç uygulayarak, zorla yaptırma gücüne sahiptir. İşte bu şiddet tekeli "modern devletin omurgası"[4] olarak ifade edilmektedir.

Devletin yasaklama, menetme yahut kurallara uydurmak amacıyla zora başvurma tekelinin özel ve en geniş yönünü "cezalandırma yetkisi/tekeli" oluşturur. Cezalandırma tekeli iki aşamalıdır. Birincisi aşamada "suç olan", başka bir deyişle hangi eylemlerin ceza kanunu kapsamında suç olarak düzenleneceği belirlenir (*criminalization*). İkinci aşamada, bu suç için makul (adalet duygusunu tatmin edici ve caydırıcı özellikleri olan) bir yaptırım getirilir (*penalization*). Bu bildirinin amacı da "suç sayma teorileri" üzerinde küçük bir tartışma başlatmaktır. Baştan söylemek gerekirse, çalışmanın hukuk yazınında bir yenilik katmak iddiası yoktur. Amaç bir tartışma açmak, hukuk yazınında yeterince ilgi görmediği düşünülen bir konuya özellikle hukuk felsefecilerinin dikkatlerini celp etmektir.

A. ADLANDIRMA SORUNU

İnsan fiillerinin hangilerinin suç olması gerektiği, devletin suç olan fiilleri hangi düşünsel temellere göre belirleyeceği meselesiyle ilgili olarak ileri sürülen görüşlere İngilizce *criminalization theories* denir. "Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı" başlıklı doktora tezimde İngilizce *criminalization* karşılılığı olarak "cezalandırma" sözcüğünü kullanmıştım. Oysa *criminalize* fiilinin isim hali olan bu sözcük, tam olarak (suç olmayan) bir fiilin suç haline getirilmesi şeklinde kullanılmaktadır. İkinci bir anlamı "bir kişiye suç isnadında bulunma"dır. Ancak bu ikinci anlama karşılık gelen ve daha yaygın kullanılan farklı sözcükler vardır. Haliyle *criminalization theories* suç ihdasının teorik temellerini ifade etmektedir. Daha doğru olacağı düşüncesiyle tezde yanlış kullandığım ifadeyi değiştirerek "suç sayma" demek istiyorum. "Suç ihdası", "suç olarak düzenleme" gibi başka tabirlerle ifade mümkün olsa da *criminalization theories* ifadesinin tam karşılığı olarak "suç sayma teorileri" daha doğru olacaktır.

"Suç sayma teorileri" yerine niçin "suç teorileri" tabirini kullanmadığım

3 Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer, 2010, s. 9.

4 Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, 2000, s. 27.

sorulabilir. Burada birbiri ile karıştırılması pekâlâ mümkün olan üç farklı konuyu açığa kavuşturmakta yarar var. İngilizcede *crime theories* olarak ifade edilen şey kriminolojinin konusudur ve suçluluğu açıklamaya çalışır. Başka bir anlatımla, kriminolojide suçluluğu, suç işleme sebeplerini açıklamaya çalışan teorilere "suç teorileri" adı verilir. Dolayısıyla suç teorileri denildiğinde, hangi fiillerin suç olması gerektiği üzerine aranacak felsefi yanıt değil; insanların suç işleme nedenlerini ortaya koymaya çalışan teorik temeller anlaşılmalıdır. Bu teoriler, biyolojik teoriler, psikolojik teoriler, sosyolojik teoriler, çatışma teorileri ve feminist teoriler ile bu teorilerin alt kategorilerini oluşturan onlarca teoriden oluşur. Türkiye'de suç teorileri adıyla bir monografi yazılmıştır[5] ve bahsedildiği üzere suçluluğu ve suçun nedenlerini anlatma amacı taşımaktadır.[6] Buna karşın kriminoloji adıyla yazılan Türkçe kitaplarda "suç teorisi" tabiri kullanılmamış, bunun yerine kriminolojide teoriler[7] denilmiş yahut suçluluğun/suçlu davranışın açıklanması[8]/izahı,[9] suçun nedenleri-suç etolojisi[10] başlıkları altında "suç teorileri" anlatılmıştır. İngilizce *crime theories* tabirinin tam karşılığı olması bakımından "suç teorileri" tabirini "kriminoloji teorileri" yahut "suçluluk teorileri" tabirlerine eş anlamlı olarak kriminoloji alanında suçu ve suçluluğu açıklamaya çalışan teoriler için kullanmak yerinde olacaktır.

"Suç teorisi" tabiri ceza genel hukukunda Kayıhan İçel (ve diğerleri) tarafından, suçun unsurlarını açıklamak için kullanılmıştır.[11] Bununla birlikte ceza hukukunda "suç teorisi" değil, "suç genel teorisi" tabiri yaygın kabul görmektedir.[12] Suç genel teorisi, suçun yapısal unsurlarını (tipiklik, maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık) açıklamak için kullanılmaktadır. İngilizcede suç genel teorisine karşılık gelecek bir ifade bulunmamaktadır. Onun yerine suçun temel unsurları anlamında *essential elements of a crime* denir.[13] Türk ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar "suç teorisi/suç genel teorisi" demek yerine doğrudan "suçun unsurları" ifadesine yer vermektedir.[14] "Suç genel teorisi" tabirinin Almanca *Verbrechenslehre* sözcüğünün Türkçeye birebir değil, amaçsal çevirisi

5 Osman Dolu, *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji,* Seçkin, Ankara, 2010.

6 Sokullu-Akıncı da "suç teorileri" tabirini tercih etmiştir. Füsun Sokullu-Akıncı, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 10. Baskı.

7 M. Emin Artuk ve M. Emin Alşahin, *Kriminoloji*, Adalet, Ankara, 2017.

8 Tülin İçli, *Kriminoloji*, Seçkin, Ankara, 2007, 7. baskı.

9 Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, 7. baskı.

10 Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, Seçkin, Ankara, 2001.

11 Kayıhan İçel ve diğ. (2000), *Suç Teorisi*, Beta, İstanbul, 2. Baskı.

12 Örnek olarak Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, 15. Baskı; Nur Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul, 2002, 2. Baskı; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2013, 2. Baskı; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2011, 10. Baskı.

13 Örnek olarak bkz. Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, (2012), *Criminal Law*, Wadsworth Cenage Learning, USA.

14 Örnek olarak Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncı-

sonucu kullanıldığı anlaşılmaktadır.[15]

Sonuç olarak, hangi fiillerin suç olması gerektiği ve bu gerekliliğin hangi düşünsel temellere oturtulacağına dair tartışmalara "suç sayma teorileri" demek, kelimenin hem tam anlamını hem de içeriğini karşılamak bakımından yerinde olacaktır. Bu mesele suç ve ceza ile ilgilenen tüm disiplinleri yakından ilgilendirmektedir. Kriminoloji ve suçluluk teorilerinin tümünü "suç teorileri" başlığında toplamakta sakınca yoktur. Bu mesele münhasıran kriminolojinin konusudur. Diğer yandan ceza genel hukukunda suçun unsularını açıklamak üzere suç teorisi yerine "suç genel teorisi"ni tercih etmek daha yerinde olacaktır. Bu mesele münhasıran ceza hukukunu ilgilendirmektedir.

B. SUÇ SAYMA TEORİLERİ (SUÇ İHDASININ TEMELLERİ)

Siyasal otoritenin hangi eylemlerin suç olarak cezalandırılacağı, hangi tür eylemlerin ceza dışı yaptırımlarla karşılanacağı ile ilgili sorular, hukukçu, felsefeci, siyaset bilimci pek çok kimseyi uzun zamandan beri meşgul etmektedir. Bu sorulara verilen yanıtlar genel olarak suç sayma teorilerini oluşturmaktadır.[16] Suç ihdasının amacını toplumda iyi ahlak sağlamak olarak görenlerden, insanların güvenliklerini sağlamak ve yaşamlarını rahat hale getirmek olarak görenlere kadar, çok farklı yaklaşım ve anlayışlar bulunmaktadır. Cezalandırma keyfi olamaz, ancak siyasal otoritenin içinde bulunduğu toplumun kültüründen ve kanaatlerinden etkilenebilir.[17]

Suç ihdası (cezalandırılabilir eylem) konusuna Alman doktrini ile Anglosakson doktrini arasında bir yaklaşım farkı söz konusudur. Alman doktrininde geliştirilen *Rechtsgutstheorie* suç ihdasında meşruiyetin kabulü için bir hukuki değerin korunmasını yeterli görülürken, suç ihdasının meşruiyetini açıklamakta Anglosakson doktrinde çok sayıda teoriden (ve ilkeden) söz etmek mümkündür.[18] Burada teorilerin/ilkelerin ayrıntıya girilmeksizin, her birinden kısaca bahsedilecektir.

1-Alman doktrini: *Rechtsgutstheorie* (Hukuksal Değer Teorisi)

Suç ihdasıyla ilgili olarak *Rechtsgutstheorie* birçok farklı bakış açısı ve yaklaşımla birlikte Alman doktrininde genel kabul gören ve üzerinde çok çalışılan bir konudur.[19] Hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı ilk kez 1834 yılında Birnbaum tarafından kullanılmış, suç ihdasının temelini oluşturan [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal

lık, Ankara, 2014, 7. Baskı. Örneğin Toroslu, suçun unsurları meselesini doğrudan "Suç" başlığı altında ele almıştır. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, 16. Baskı.

15 Bu konu Arş. Gör. İlker Tepe tarafından 17 Nisan 2018 tarihinde yaptığımız görüşmede açıklanmıştır. Yardımlarından dolayı kendisine teşekkür ederim.

16 Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010, s. 54 vd; Alan Brunder, "The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism's *mala in se*", *http://www.cpl.law. cam.ac.uk/past_activities/2010.php*, 2010, s. 2.

17 Brunder, 2010, s. 2.

18 Lauterwein, 2010, s. 52; Peršak, 2010, s. 9.

19 Lauterwein, 2010, s. 6-7.

değer (*Rechtsgüterschutz*) kavramı ise Claus Roxin tarafından geliştirilmiştir.[20] Bu teoriye göre *Rechtsgut* suç ihdasının temelini oluşturmaktadır. Yasakoyucu hukuksal bir değeri ihlal etmeyen bir eylemi cezalandıramaz. Bu teorinin daha iyi anlaşılmasında iki önemli sorunun cevaplandırılması gerekir. Öncelikle yasa koyucu bir eylemi suç olarak ihdas etmekte neden sınırlıdır? İkinci soru ise, "[ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer" tam olarak neyi ifade etmektedir?[21]

Yasakoyucu suç ve ceza ihdas etmekte sınırlıdır. Nitekim günümüzde cezalandırma yetkisi mutlak monarşi tarafından değil, demokratik meşru parlamentolar tarafından kullanılmaktadır. Devletin toplum sözleşmesine dayandığını kabul eden ve liberal bir bakış açısına sahip olan Roxin, ceza hukukunun amacının anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklar ve özgürlüklerin korunması olduğuna inanmaktadır.[22]

Hukuksal değer ilkesi, suç ihdas etmeye yönelik bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle keyfi veya ideolojik bir saikle hazırlanan ceza kanunları ile ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, eşitlik ilkesi gibi temel haklar ve özgürlüklerle çatışan ceza kanunları hukuksal değeri korumaya yönelik olamaz.[23] Hukukun ve özelde ceza hukukunun yegâne görevi hukuksal değeri korumaktır.[24] Devletin bazı davranışları suç saymasındaki temel amaç toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Bununla birlikte bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, suç ve cezanın getirilmesinde diğer bir önemli amaçtır.[25] Cezayla korunmak istenen hukuksal değer, ceza hukukunun amacıyla çok yakından ilgilidir.[26]

Hukuksal bir değeri korumayan ceza normu meşru kabul edilemez. Buradaki hukuksal değer ancak birincil derecede olan hukuksal değerdir.[27] Ceza hukukuyla korunan hukuksal değer değişkendir. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü ve mülkiyet gibi değerler kadim zamanlardan beri önemini korumakla birlikte, hukuksal değer zaman ve mekân karşısında değişime uğrar.[28] Üstelik hukuksal değerler canlı varlıklar gibi, doğar, gelişir ve ölürler. Bir hukuksal değer kimi zaman değerlerini kaybederken, kimi zaman değer kazanabilir. Örneğin, yakın zamanlarda insan onuru değer kazanırken, uyuşturucu kullanımı zamanla değerini yitirmektedir ve insanlığın gelecekte yeni hukuksal değerlerle

20 Ibid, s. 8.
21 Ibid, s. 9.
22 Ibid, s. 9.
23 Ibid, s. 10.
24 Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, 2003, s. 113 [Ünver, 2003a]. Ayrıca bkz. Albin Eser, "The Principle of "Harm" in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests", *Duquesne University Law Review*, No. 4, 1966, s. 359.
25 Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (1. Kitap), 2005, s. 5.
26 Ünver, 2003a, s. 114.
27 Ibid.
28 Ibid, s. 115.

karşılaşma ihtimali bulunmaktadır.[29]

Hukuksal değerler arasında bir hiyerarşi vardır. Toplumsal yaşantıda bazı hukuksal değerler zamanla değişerek daha önemli hale gelebilir. Bu durumda pozitif hukukun buna göre düzenlenmesi gerekir.[30] Hukuksal değerin en önemli özelliği pozitif düzenleme öncesi, ideal ve soyut bir karakter taşımasıdır. Bununla birlikte pozitif hukuk olmaksızın, hukuksal değeri ceza hukuku araçlarıyla korumak mümkün değildir.[31] Toplum için uyumsuz davranışların ve sapma davranışların hangilerinin ceza tepkisiyle karşılaşacağı; sistematik olarak sevk ve idare edici, yönlendirici ve aynı zamanda şartlara uymada esnek bir takım direktiflere göre; başka bir anlatımla suç siyasetine göre tayin edilmektedir.[32]

Hukuksal değer teorisi, ceza-adalet sistemlerindeki suçların tümünü açıklamak için yeterli bulunmamaktadır. Burada özellikle uyuşturucu bulundurma suçu, uyuşturucudan arınmış bir toplum yaratmak amacıyla yahut kişinin kontrolünü sağlamak bakımından meşru kabul edilebilir mi, sorusu tartışmalıdır.[33] Ahlaksızlık veya ayıp sayılabilecek davranışlar tek başına hukuksal değeri ihlal etmezler. 1969 yılına kadar Almanya'da erkekler arası eşcinsellik suç iken, bu fiilin herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmemesi sebebiyle, ceza reformu sürecinde suç olmaktan çıkarılmıştır. Bir kimsenin kendi onurunu veya insanlık onurunu zedeleyici hareketleri hukuksal değerin korunması olarak değerlendirilemez. Bu doğrultuda, intihara teşebbüs ve bestailite (hayvanlarla cinsel ilişki) cezalandırılmamıştır. Hisler sadece tehdit edildiklerinde hukuksal değer içinde kabul edilebilirler. Bu anlamda sadece hakaret ve iftira, dinsel kurumları aşağılama suçları kendine meşru zemin bulabilir.[34] Çok soyut kavramlar, örneğin genel sağlık, toplumsal barış ve tabular hukuksal değer içinde kabul edilemez.[35]

Sonuç olarak, Alman doktrininde geliştirilmiş olan korunan hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı, suç ihdasında temel ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bir eylem hukuk tarafından korunan bir yararı ihlal etmiyor ise, suç olarak düzenlenmesi meşru görülmemektedir. Devlet ahlaka, dine, toplumsal değerlere veya toplumun çoğunluğu tarafından savunulan görüşlere aykırı olan fiilleri, salt bu aykırılık sebebiyle suç tipi yapamaz. Suç olarak ihdas edilecek fiillerin mutlaka bir hukuksal değeri ihlal etmesi gerekir.[36]

Türk hukuk doktrininde [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer teorisi Yener Ünver tarafından

29 Ibid.
30 Ibid, s. 116.
31 Ibid, s. 116–119.
32 Sulhi Dönmezer, "Suç Siyaseti", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (*Prof.Dr. Sulhi* Dönmezer'e Armağan), C. 52, S. 1–4, 1986-1987, s. 8.
33 Lauterwein, 2010, s. 10-11.
34 Ibid, s. 11-12.
35 Ibid, s. 15-16.
36 Ünver, 2003b, s. 115.

çok detaylı bir biçimde incelenmiştir.[37] Ünver'in doçentlik takdim tezi olarak hazırladığı bu eser, bu konuyu en ince detayına kadar inceleyen ilk ve tek geniş kapsamlı eser olmasının yanında, ceza hukuku alanında bugüne kadar rastladığımız en kapsamlı monografik eserdir de. Kimi ceza hukuku ders kitaplarının bile bu derece hacimli olmadığı dikkate alındığında, konuyla ilgili temel başvuru eseri olma özelliğine sahiptir. Ünver, hukuksal değerin doktrinde tartışmalı bir konu olduğunu, yazarların suç genel teorisi anlayışına bağlı olarak farklı şekilde tanımlandığını ifade ederek, bu teorinin çeşitli versiyonlarını inceleme konusu yapmıştır.[38] Ünver'in HFSA Dergisinde yayınlanan "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer" başlıklı kısa makalesi[39] dışında bu konu alandaki yazarların ilgisini çok çekmediği gibi, ceza hukuku kitaplarında pek yer ayrılmamıştır.

2- Anglosakson doktrin: İlkelerin çeşitliliği

Suç ihdasıyla ilgili olarak Anglosakson doktrininde (veya Anglofon-İngilizce konuşulan yazın) yerleşik tek bir teori yoktur. John Stuart Mill tarafından ileri sürülen "zarar ilkesi" uzun yıllar genel kabul görmüştür. Zarar ilkesi, kimi suç tiplerini açıklamakta yeterli görülmemesi nedeniyle eleştirilmiş ve bu teorinin eksiklikleri, farklı bakış açılarıyla ileri sürülen başka teorilerle kapatılmak istenmiştir. Burada sırasıyla zarar ilkesi, saldırı ilkesi, hukuksal paternalizm, hukuksal ahlakçılık ve diğer ilkeler ele alınacaktır.

a) Zarar ilkesi (Harm principle)

Suç saymayla ilgili liberal ilkeler J.S. Mill tarafından sistemli bir şekilde açıklanmıştır. İnsanların bireysel ya da toplu olarak aralarında herhangi birinin hareket serbestliğine müdahalelerine cevaz verebilecek tek gerekçe "nefsi korumak" olabilir. Bireye müdahalenin meşru olabilmesi için davranışının mutlak suretle zarar verici nitelikte olması gerekir. Birey kendisini ilgilendiren kısımda ise mutlak bir özgürlük hakkına sahiptir.[40]

Liberal teoride uzunca bir süre, başkalarının zarar görmesine neden olan veya zarar tehlikesi oluşturan eylemlerin devlet tarafından suç sayılması esas kabul edilmiştir. Elbette ki; her türlü olumsuz ve rahatsızlık verici davranışlar zarar olarak değerlendirilemez. Başkalarının hassasiyetlerini ve ahlaki değerlerini ihlal etmesinin yanında bunun belli bir sosyal zarar ağırlığına ulaşması gerekmektedir.[41] Yine zarara uğrayan menfaatler bütün insanlar için ortak olan menfaatler olmalıdır, aksi takdirde herkesin kendince ileri süreceği menfaatleri değildir. Vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal sağlık, bir şeyleri tercih edebilme özgürlüğü, meşru olarak elde ettiği mal-

37 Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003. [Ünver, 2003b]

38 Ünver, 2003b, s. 46. Çeşitli tanımlar için bkz. s. 69 vd.

39 Ünver, 2003a.

40 John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 47. Mill, esas olarak eseriyle bir ceza hukuku kuramı yaratma amacı taşımamıştır. Onun amacı daha çok devletin faaliyet alanı ile ilgili belirli bir çerçeve çizmektir. İleri sürdüğü "zarar ilkesi", bugün daha çok ceza hukukunun sınırlarının açıklanmasında kullanılmaktadır. Bkz. Lauterwein, 2010, s. 58.

41 Brunder, 2010, s. 4.

ların güvenli mülkiyet hakkı, ihtiyaçlarını karşılayabildiği sürdürülebilir bir yaşama hakkı bunlara örnek olabilir.[42]

Zarar ilkesinin liberal savunucularının hukuki amaca uygun zararı belirleme konusunda seçici olmalarının sebebi, bireysel değerlerin haklı bir devlet şiddetinin uygulamasını gerekli kılma mecburiyetidir. İnsanları seçme özgürlüğüne sahip kabul etmek, onları başkaları gibi davranmaya, aynı ahlaki ve kişisel değerlendirmelerde bulunmaya zorlamayı engeller. Özgür bireyler açısından bu ancak gönüllülük yahut karşılıklı anlaşma esasına dayanabilir. Kamu yararının cezalandırmaya konu olabilmesi, ancak başkalarının iyiliğinin zarar görmesine bağlıdır. Dürüst yarış esasına dayandığı müddetçe ekonomik ve çıkarların engellenmesi cezalandırmanın konusu olamaz. Yine J. S. Mill kişinin kendisi için en iyi kararın yine kendisi tarafından verileceği düşüncesiyle, kişinin kendi kendine zarar vermesinin cezalandırılamayacağını ileri sürmüştür.[43]

Zarar ilkesi yine liberallerce, hem çok dar hem de geniş olması sebebiyle eleştirilmiştir. Zarar ilkesi dar bir yaklaşıma sahiptir ve nitekim "başkalarına verilen zarar" anlayışı hem uluslararası alanda yaşanan gelişmeleri açıklamak için yeterli değildir. Örneğin, önemli bir hastalık geçiren, ancak iğneden korkan bir hastadan habersiz olarak yapılan iğneyle hastalığı iyileştirmek, zararsız bir eylemdir, ancak liberal teoriye göre kişinin isteği dışında olduğu için cezalandırılmak durumundadır. Öte yandan zarar ilkesi çok geniştir. Örneğin iki kişi arasındaki yumruklaşmada mağdur kendisine gelebilecek zararı *dannum absque injura* (haksız fiile dayanmayan zarar) olarak kabul etmektedir. Müşterek hukukta (*common law*) [ilginin rızasının olduğu durumlarda] bu durum hukuka uygun kabul edilirken, zarar ilkesine göre suç olarak düzenlenebilir.[44]

Türk hukuk doktrininde J.S. Mill'in düşünceleri çeşitli yönlerden inceleme konusu yapılmıştır, ancak özellikle ceza hukukuna etkisi konusunda yeterli bir çalışma yoktur. *On Punishment* (Cezalandırma Üzerine) makalesi, Muzaffer Dülger tarafından Türkçeye çevrilmiş ve Hukuk Kuramı Dergisinde yayınlanmıştır.[45] Zarar ilkesinin üzerinde daha çok çalışılmaya ihtiyacı olduğu yönünde kuşku yoktur.

b) **Saldırı ilkesi (*Offense principle*)**

Zarar ilkesi Mill sonrası yazarlarca tüm suç tiplerini açıklayamaması bakımından yeterli bulunmamış ve çeşitli eleştirilere uğramıştır.[46] Zarar ilkesi karşısında geliştirilen en önemli ilke "saldırı ilkesi" olmuştur. Joel Feinberg'e göre

42 Ibid, s. 4-5.

43 Ibid, s. 5.

44 Ibid, s. 6.

45 John Stuart Mill, "Cezalandırma Üzerine", (çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017, ss. 14-18. Çevirmen Dülger'in yüksek lisans tezi de John Stuart Mill üzerinedir. Muzaffer Dülger, *John Stuart Mill'de Bireysel ve Toplumsal Fayda*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

46 Örnek olarak bkz. Arthur Ripstein, "Beyond Harm Principle", *Philosophy and Public Affairs,* Vol. 34, Is. 3, (June) 2006, ss. 215–245.

kimi zaman doğrudan zararla sonuçlanmasa da saldırgan davranışların cezalandırılabilir olması gerekmektedir.[47] Saldırı ilkesi, bireylere yönelik her türlü saldırı ve kötülüğü suç olarak düzenlemeyi meşru sayan bir anlayıştır. Burada saldırı geniş anlamda kullanılmış ve her türlü nefret içeren ve mide bulandırıcı eylem ile (manevi anlamda) canın yanması ve ıstırabı kapsamaktadır. Ayrıca utanç verici, mahcubiyet doğuran eylemler de bunun içindedir.[48] Saldırı ilkesinin kabulüyle zarar ilkesini ölçüt almakla cezalandırılması mümkün olmayan birçok fiili cezalandırabilmek mümkündür. Müstehcen içerik, ırkçı nefret söylemi, zarar meydana getirmeyen ancak ıstırap veren fiiller ceza kanununda suç olarak düzenlenebilir.[49]

J.S. Mill'in neticeye yöneldiği ve neticede zarar/tehlikenin varlığı halinde cezalandırılması gerektiği fikrine karşın, Feinberg daha çok failin iradesi üzerinde durmuş ve zarar vermeyen saldırgan davranışın cezalandırılması konusuna yönelmiştir. Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law* (Ceza Hukukunun Manevi Sınırları) üst başlığıyla dört cilt yayınladığı ceza felsefesi kitaplarında zarar ilkesi ve onun yetmediği alanları açıklamaya çalışmıştır.[50] Bu konuyu inceleyen Türkçe bir çalışma henüz yapılmamış ve bu eserler Türkçeye çevrilmemiştir.

c) Hukuksal paternalizm (*Legal partenalism*)

Hukuksal paternalizm, bireylerin kendilerine verdikleri zararların cezalandırılmasına cevaz veren anlayıştır. Liberal anlayış hukuksal paternalizme karşı çıkmaktadır. Öte yandan, ötenazi ve kişinin kendi organlarını satması gibi kimi durumda bu karşı çıkış yumuşamaktadır.[51] Bu anlayışa göre, esasında cezalandırma kişinin kendi iyiliği için onu her türlü fiziksel, psikolojik ve ekonomik öz zararlarından koruyacak bir şefkat niteliğindedir. [52]

Hukuksal paternalizm konusu Türkiye'de Halil Kökçü tarafından yüksek lisans tezi olarak çalışılmıştır.[53] Tezin birçok yerinde ceza hukuku örneklerine yer verilmiş ve suç saymada hukuksal paternalizm yaklaşımları ve diğer yaklaşımlar üzerine görüşler tartışılmıştır. Liber+ Dergisinin 5. sayısında (2015) bir Türk yazarın makalesine; 8. sayısında (2016) uyuşturucu kullanmanın suç sayılmasını eleştiren biri Türk yazar ve ikisi çeviri olmak üzere toplam üç makaleye yer verilmiştir.[54] Türkiye'de hu-

47 Joel Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others,* Oxford University Press, Oxford, 1988, s. 48.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 **1-** Joel Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others,* 1987; **2-** Joel Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others,* 1988; **3-** Joel Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self,* 1989; **4-** Joel Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrondoing,* Oxford University Press, Oxford, 1990.

51 Peršak, 2010, s. 17.

52 Ibid.

53 Halil Kökçü, *Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar*, Karadeniz teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

54 Yunus Emre Kocabaşoğlu, "Kurbansız Suç ve Narkotik Madde Yasakları", *Liber+*, Y.1, S. 5, 2015, ss.

kuksal paternalizm denilince genelde ilk akla uyuşturucu suçları gelmektedir ve hukuksal paternalizmi ilgilendiren diğer meseleler yeterince yer bulmamaktadır.

d) Hukuksal ahlakçılık (*Legal moralism*)

Hukuksal ahlakçılık, başkalarına herhangi bir zarar oluşturmasa dahi, ahlakdışı olan eylemin cezalandırılabilmesine cevaz veren ilkedir.[55] Lord Devlin tarafından ortaya atılan bu ilkeye göre toplumu ayakta tutan şey ortak siyasi ve ahlaki değerlerdir. Toplumsal değerlere karşı yapılan ihlaller, toplumu bir arada tutan bağları zayıflatacaktır. Bu sebeple ahlaksız eylemlerin cezalandırılması gerekir.[56] Bu ilke liberaller tarafından eleştirilmiş ve devletin bireylerin yatak odasına giremeyeceği ve mahremiyetine dokunamayacağı ileri sürülmüştür.[57]

Hukuksal ahlak meselesi Türkçe doktrinde nispeten daha fazla ilgi duyulan konulardan biridir. H.L.A. Hart'ın *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* kitabı, Türkçeye 2000'de kazandırılmıştır.[58] L.L. Fuller'in *Hukukun Ahlakı* eseri Türkçeye yeni çevrilmiştir.[59] Gürler'in editörlüğünü yaptığı *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* adlı eserde hem Türk yazarlara hem Hart ve Fuller'e ait çeviri makaleler vardır.[60] Hukuksal ahlakçılık konusunda başka kaynaklarda yayınlanan çeşitli makaleler de söz konusudur.

e) Diğer bazı ilkeler

Anglosakson dünyada en çok kabul gören suç sayma teorileri yukarıda verilmiştir. Bununla birlikte, yeni ortaya atılan veya henüz üzerinde çok fazla tartışılmamış olan bazı görüşler de söz konusudur. Brunder, bir eylemin suç olarak düzenlemesinde üç temel ilkeden söz edilebileceğini belirtmiştir. Bunlar zarar ilkesi, hâkimiyet ilkesi (*sovereignty principle*) ve birlikte yaşam ilkesidir (*community principle*).[61]

Brunder zarar ilkesini tarif ettikten sonra, zarar ilkesince karşılanamayacak durumlar için hâkimiyet ilkesinin ortaya atıldığını ve son olarak iki ilkenin de yetersiz kaldığı durumlarda cezalandırma ihtiyacı söz konusu olduğunda birlikte yaşam ilkesine başvurulacağını belirtmektedir.[62] Hâkimiyet ilkesi, zarar ilkesinin bir eleştirisi üzerine Ripstein tarafından ileri sürülmüştür. Hâkimiyet ilkesine göre, bir eylemin meşru olarak sınırlanması, özgür bireyler arası karşılıklı bağımsızlığı sağlamak amacıyla

60-65. Liber+ Y.2, S. 8 yayınlanan makaleler: **1-** Burak Durgut "Uyuşturucu Hak mı? Yasak mı?", ss. 6-10. **2-** David Boaz, "Uyuşturucuları Yasallaştırmak, Kriminalize Etmek ve Zararları Azaltmak", (çev. Ahmet Altundal), ss. 10-18. **3-** Minnesota Liberteryen Parti, "Liberteryenlerden Uyuşturucuyla Mücadeleyi Bitirmek İçin Güçlü Bir Tez", (çev. Burak Avcı), ss. 22-26.

55 Peršak, 2010, s. 19; Lauterwein, 2010, s. 65.

56 Peršak, 2010, s. 20.

57 Ibid, s. 20-21.

58 H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev. Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

59 L.L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin, İstanbul, 2016.

60 Sercan Gürler (ed.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı,* Tekin, İstanbul, 2015. Kitapta Türk yazarlara ait makaleler: **1-** Ertuğrul Uzun, "Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", **2-** Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi ".

61 Brunder, 2010, s. 4 vd.

62 Ibid.

olabilir.[63] Bireysel tercihlere dayansa ve zararlı bir davranış olmasa bile kişilerin özgürlüklerine müdahale oluşturan eylemlerin suç olarak düzenlenebilmesi gerekir.[64] Birlikte yaşam ilkesi de hâkimiyet ilkesine tamamlayıcılık getirmekte ve bazı eylemlerin salt toplumsal yaşamın gereği olarak cezalandırılabileceğini ileri sürmektedir.

Brunder'e göre bir ceza-adalet sisteminde hiçbir ilke suç ihdasının meşrulaştırılması konusunda yeterli değildir ve yeri geldiğinde ilkelerin tümünden yararlanmak gerekir.[65] Biz de benzer bir görüşü paylaşmakla birlikte, modern ceza hukukunda hukuksal paternalizm ve ahlakçılığa fazlaca yer olmadığı kanaatindeyiz. Kıta Avrupası'nda kabul gören hukuksal değerin korunması ilkesi, zarar ilkesiyle çok yakın benzerlik içinde hatta onu da kapsıyor görünmektedir.

C. SUÇ İHDASI AŞAMALARI (SUÇ SAYMA MERDİVENİ)

Bir toplumda var olan normları izlememe veya toplumun beklentilerine uymamaya sapma (*deviance*) denir.[66] Devletin suç ihdasıyla ilgili en temel sorun, sapma insan davranışlarından hangilerinin suç olarak düzenleneceği ve bu davranışların hangi ölçütlere göre belirleneceğidir. Bu sorun siyasal–ideolojik tercihlerle sıkı sıkıya bağlı olduğundan; suç olan davranışların belirlenmesi, devlet düzenlerine göre farklılık gösterdiği gibi, özgürlük–otorite, birey–toplum diyalektiği ile siyaset ve ahlak konularını barındıran bir içeriğe sahiptir.[67] Toplumsal düzenin sağlanmasında ceza hukuku yoluna başvurulduğunda, burada zorunlu olarak bir ayırt etme ve sınırlandırma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uyan insan iradesi, çıkar ve davranışlar hukuk tarafından himaye edilmeye layık bulunacak, bu koşullara uymayanlar ise hukuk tarafından himaye edilmeyecektir. Ortak toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uygun çıkarlar, davranışlar ve irade hukuk düzenince meşru; zorunlu ve temel koşullara aykırı olanlar ise gayrimeşru kabul edilecektir.[68] İşte sapma olan davranışı belirleme, esas olarak hukukun korumaya alacağı davranışlar ile hukukun yaptırıma uğratacağı davranışlar arasında bir ayrıma varma işidir.[69]

Devletin suçları belirlemesinde çok farklı faktörler etkili olmaktadır. Bir insan davranışının suç sayılmasında öncelikli ölçüt toplumsal ihtiyaçtır. Toplumsal yaşantıda bir davranışın men edilmesine yönelik bir ihtiyacın doğması gerekir. Böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması durumunda ikinci bir ölçüt, bu davranışın ancak cezalandırma yoluyla men edilebilir seviyede olması, yani cezalandırmanın son çare ve gerekli/zorunlu bir yaptırım olmasıdır. Nitekim

63 Ripstein, 2006, 217.
64 Brunder, 2010, s. 8-9.
65 Ibid, s. 13.
66 Nurgün Oktik, "Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar", *Suçun Sosyolojisi Cezasının Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, 2013, s. 4.
67 Nevzat Toroslu, "Ceza Hukuku–Politika–Ahlak", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004, s. 875.
68 Hafızoğulları ve Özen, 2014, s. 4.
69 Ibid.

men edilmesi daha hafif yaptırımlarla sağlanabilecek davranışlar için ceza öngörmek, cezanın *ultima ratio* özelliğine aykırı olacak ve suç enflasyonuna neden olacaktır. Bu sebeple suç olan eylemin belirlenmesinde çeşitli ölçütlere yer vermek gerekmektedir.

Devletin bir yasaklama tekeli -son kertede- "suç" olarak ceza kanununda düzenlenen bir ceza normu halini almaktadır. Harduf suç olan bir fiilin düzenlenmesinde dört aşamadan söz eder: 1- Saldırgan fiilin tanımlanması, 2- Bu fiilin ceza kanunun genel yapısına uygunluğunun incelenmesi, 3- Cezalandırmaya alternatif yaptırımların değerlendirilmesi, 4- Bu fiilin suç olarak düzenlenmesinde ortaya çıkacak sosyal maliyetlerin değerlendirilmesi.[70] Harduf, suç sayma aşamalarıyla ilgili olarak "suç sayma (ihdas) merdiveni" (*criminalization ladder*) adını verdiği bir model geliştirmiş ve makalesinde "online kumar suçu"nu örnek vererek, bu modelin nasıl işlediğini göstermiştir.[71] Bir suç tipinin yaratılmasında suçun maddi unsurları (*actus reus*), manevi unsurları (*mens rea*), hukuka uygunluk sebeplerinin (*defense*) dikkatli bir akademik titizlikle ele alınması gerekir.[72] Suçun kurgulanmasında ciddi bir mantıksal yolun izlenmesi ve suçun unsurlarının belirlenmesinden önce, hangi tür eylemlerden korunmak istenildiğinin belirlenmesi gerekir.[73]

Toplumsal yaşamdaki ilişkileri düzenlemek, başka bir deyişle çıkarları bağdaştırmak ve uyuşmazlıkları çözmek; belli davranış kuralları ve normlar oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.[74] Çıkar çatışmaları ve uyuşmazlıklar karşısında tavır almak, onları değerlendirmek ve üzerinde bazı değer hükümleri vermektir. Değerlendirmek ise, mutlaka bir değer ölçütü ortaya çıkarmaktır. Bu ölçüte uyanlar, doğru ve adil kabul edilmektedir.[75] Adalet ve doğruluk, özellikleri itibariyle toplumsal değerlerdir ve bunlar "salt akıl" sonucu değil, belirli bir etik–siyasal ideolojiden çıkmış değer ölçütleridir. Çatışan çıkarlar içerikleri bakımından aynı da olsalar, dünyadaki farklı hukuk sistemlerince, farklı şekilde düzenlenmeleri söz konusudur.[76] Suçu tanımlarken, "toplum düzenini önemli bir şekilde ihlal eden fiil" demek yeterli değildir. Bir hukuk düzeninde bir fiil belli bir zaman suç olarak düzenlenirken, kanun koyucu bunları suç olmaktan çıkarabilir veya başka fiilleri suç kategorisine koyabilir. Önder'e göre, kanun koyucu suç yaratmaz. Nitekim suç olan fiil, onun suç olduğuna dair toplumsal algıdır ve kanun koyucu toplumun verdiği hukuki yararları normlar içinde tespit ederek, bunlara suç niteliği tanır.[77]

70 Asaf Harduf, "How Crimes Should Be Created: A Practical Theory of Criminalization", January 2012, *http://works.bepress.com/asaf_harduf/5*, s. 2.
71 Harduf, 2012, s. 9 ve 41.
72 Ibid, s. 9.
73 Ibid, s. 2.
74 Hafızoğulları ve Özen, 2014, s. 5.
75 Ibid, s. 6.
76 Ibid.
77 Önder, 1992, s. 5.

SONUÇ

Dünyada oldukça geniş tartışma alanı bulmuş olan suç sayma teorilerini gündeme getirmek ve Türkiye'de de tartışma konularına dâhil etmek, bu çalışmanın temel amacını oluşturmuştur. Esasında cezalandırmanın amacı kadar önemli bir mesele olan suç sayma sebeplerinin, hem ceza hukukçuları hem de hukuk felsefecileri tarafından ihmal edilmiş olduğuna dikkat çekerek; okuyucuların bu konu üzerinde daha yoğun bir ilgi duymaları hedeflenmiştir. [78]

Belirli kavram ve teoriler üzerine yapılan çalışmalarda, bunların nasıl isimlendirileceği, yabancı dillerdeki kullanımının nasıl olduğu ve Türkçede tam karşılıklarının kullanılıp kullanılmadığı önem taşımaktadır. Burada birbirleriyle karıştırılması çok olağan kavramlar (ve karşılığında kullanılan terimler) "suç teorileri" ve "suç genel teorisi" ile "suç sayma teorileri" arasında farklar ortaya konulmuştur. Hangi eylemlerin suç olarak düzenlenebileceği meselesine cevap arayan ilkelere "suç sayma teorileri" denmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür.

Alman hukuk doktrininde geliştirilen [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer kavramı ile Anglosakson dünyanın zarar ilkesi üzerine kurulu ve/veya ondan türeyen ilkeler kısaca tanıtılmıştır. Korunan hukuksal değer teorisine göre, ceza hukukunun bir fiili cezalandırması ancak başka birinin korunan bir hukuksal değerini ihlale bağlıdır. Dolayısıyla suç ihdasında hak ve özgürlüklerin korunması esas alınırken; suç olan fiilin tanımlanmasında koruduğu hukuksal değer önemli olmaktadır.

Anglosakson doktrin ise J.S. Mill tarafından geliştirilen "zarar ilkesi" üzerinden gelişme göstermiştir. Uzun yıllar bu ilke suç ihdasının temeline esas alınırken, zamanla eksik bulunduğu yönler bakımından eleştirilmiş; bu eksikliklere yönelik çözüm önerileri getirilmesiyle yeni yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Feinberg tarafından geliştirilen "saldırı ilkesi" ise, Mill'in aksine neticeye değil suçlu iradesine yönelmiştir. Başka bir anlatımla, zararla sonuçlanmayan saldırgan fiillerin de suç sayılabilmesine bu ilke yol gösterici olmuştur. Bir başka ilke olan "hukuksal paternalizm" özellikle kişinin kendi kendine verdiği zararları cezalandırmayı ilke edinen ve kişiyi kendinden korumayı amaçlayan bir anlayıştır. "Hukuksal ahlakçılık" ceza hukukunun amacını ahlakı korumak olarak açıklayan ve Devlin ile Hart arasında çok ciddi bir tartışma yaşamasına sebep olan bir ilkedir. Bu ana ilkelerin yanı sıra bu ilkeler ile açıklanamayacak durumlar için öne sürülen, "hakimiyet ilkesi" ve "birlikte yaşam ilkesi" olarak Türkçe-

78 Ceza hukukçusu ve felsefecilerine çok haksızlık yapmama adına bu alanda metinde sayılan örneklere ek olarak önemli birkaç örnekten söz edilebilir: Tekin Yayınevinin Hukuk Poetikası serisinde çıkan hukuk felsefesi kitaplarında ceza hukuku (suç sayma ve cezalandırma) meseleleri de yer almaktadır. Yeni Hukuk blogunda (http://yenihukuk.blogspot.com.tr) önemli tartışmalar yapılmakta, hakemli dergilerde yayınlanabilecek nitelikte birçok makaleye bu blogda yer verilmektedir. Hukuk Kuramı Dergisi online çıkmakta ve bu bildirinin konusunu oluşturan meselelere değinen yazılara ev sahipliği yapmaktadır. Örnek olarak İlker Tepe, "Ders Tanıtımı: Ceza Hukukunun Felsefi Temelleri", *Hukuk Kuramı*, C. 1, S. 3, Mayıs-Haziran 2014. Bunlar gibi birçok dergi ve platformdan söz edilebilir.

ye çevirdiğimiz başka ilkelerden de söz etmek mümkündür. Bu ilkeler dikkate alınarak bir fiilin hangi aşamalarda suç sayılacağı ise Harduf tarafından geliştirilen bir modelle açıklanmış ve buna "suç sayma merdiveni" adı verilmiştir.

Türkiye'de ceza hukukçularının ağırlıklı olarak Alman doktrinine aşina olmaları "hukuksal değer" üzerinde durmalarına neden olmuştur. Ancak bu konuda sadece bir tane müstakil bir çalışma yapılmıştır. Anglosakson ilkelerden hukuksal ahlakçılık, diğer ilkelere nazaran Türk hukukçularının üzerinde daha çok çalıştığı konu olmuştur. Zarar ilkesi ve paternalizm üzerine az sayıda çalışma vardır, bununla birlikte saldırı ilkesi henüz müstakil bir çalışmaya konu olmamıştır. Bir insan davranışı olarak suçun, hangi hallerde cezalandırmanın konusu olabileceği yahut hangi insan eylemlerinin suç olarak cezalandırılabileceği ancak belirli bir anlayış ile geliştirilen ölçütlerle açıklanabilir. Bu ölçülerin neler olabileceği meselesi entelektüel dünyamızın merak alanı içine girmesi, Türk hukuk ve felsefe yazınına önemli katkılar sunacak ve önemli sayılabilecek bir boşluğu dolduracaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Brunder Alan, "The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism's *mala in se*", *http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/2010.php*, 2010.
- Dönmezer Sulhi, "Suç Siyaseti", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (*Prof.Dr. Sulhi* Dönmezer'e Armağan), C. 52, S. 1–4, 1986-1987.
- Eser Albin, "The Principle of "Harm" in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests", *Duquesne University Law Review*, No. 4, 1966.
- Feinberg Joel*, The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others,* Oxford University Press, Oxford, 1988.
- Hafızoğulları Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, 7. baskı.
- Harduf Asaf, "How Crimes should be Created: a Practical Theory of Criminalization", January, *http://works.bepress.com/asaf_harduf/5,* 2012.
- İçel Kayıhan ve diğ. (2000), *Suç Teorisi*, Beta, İstanbul, 2. Baskı.
- İçel Kayıhan ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2005.
- Kökçü Halil, Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar, Karadeniz teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).
- Lauterwein Carl Constantin, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010.
- Mill John Stuart, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

- Mill John Stuart, "Cezalandırma Üzerine", (çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017.
- Oktik Nurgün, "Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar", *Suçun Sosyolojisi Cezasının Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, 2013.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Peršak Nina, *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer, 2010.
- Ripstein Arthur, "Beyond Harm Principle", *Philosophy and Public Affairs,* Vol. 34, Is. 3, (June) 2006.
- Sancar Mithat, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, 2000.
- Toroslu Nevzat, "Ceza Hukuku–Politika–Ahlak", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004.
- Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Ünver Yener, "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer", (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, 2003.

Hukuki Pragmatizm
Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard Posner[1]

Muzaffer DÜLGER[2]

Giriş

Pragmatizm, bilindiği üzere ağırlıklı olarak Britanya felsefesinden ve onun pek çok farklı ekolünden beslenerek, 19.yy.'ın ikinci yarısında Amerika'da ortaya çıkmış ve bir şekilde ekol oluşturabilmiş bir felsefedir. Pragmatizm tartışmalarında düşünme ediminin kendisi üzerine düşünceler üretilmiş, özde pratik ve ereksel olduğu savunulan zihnin çalışmasını köreltici metafizik tartışmalara eleştiriler getirilmiştir. Bu yüzden pragmatistlerce rasyonalist, soyutlamacı, kesinlikçi ve tekçi düşünme biçimlerine karşı emprisist, somutlamacı, çoğulcu, yanlışlanabilirci ve olumsal (*contingent*) düşünme biçimlerinin toplu bir savunması yapılmıştır. Yani pragmatizm son derece eklektik bir felsefedir, niteliği itibariyle pek çok felsefi anlayışı içinde barındırır. Pragmatizmin kurucularından biri sayılan William James'in, başyapıtı olan kitabının ismini *Pragmatizm: Birtakım Eski Düşünme Yolları* İçin *Yeni Bir İsim* (*Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*)[3] olarak koyması bu durumu gözler önüne sermeye yeterlidir. Yani pragmatizmin ilgisi düşünmenin biçimleri ve yolları üzerinedir; düşünmenin ve akıl yürütmenin metodu üzerinedir. Bu yüzden pragmatizmi hukuk teorisi içinde ilk kullanan hukuk düşünürleri onu hukuki akıl yürütme ve yargılama felsefesi (*philosophy of adjudication*) bağlamında önemseyip kullanmışlarıdır. Yani ilgili oldukları ve bu yüzden pragmatizmle haşır neşir oldukları mesele, metot yani "izlenmesi gereken yol"[4] üzerinedir, hukuki akıl yürütmede izlenmesi gereken yol ya da yollar üzerinedir. Bakıldığında, hukuki pragmatizmin öncü eserleri olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes Jr.'ın *The Path of Law* (Hukukun Yolu) ve Benjamin N. Cardozo'nun *The Nature of Judicial Process* (Yargı Sürecinin Doğası) isimli eserlerinin hem başlıkları hem de içerikleri, pragmatizmin hukuki metot tartışmalarında kullanıldığını net bir biçimde göstermektedir[5].

---

1 Bu makale, 17 Mayıs 2017 tarihinde Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VIII Sempozyumu'nda "Hukuki Pragmatizm" başlığı altında sunulmuştur. Sunumda aktarılmaya çalışılan konu ikiye ayrılarak yayınlanmıştır. İlk kısmı, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme" başlığı altında yayınlanmıştır (Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478). İkinci kısmı ise HFSA'nın bu sayısında yayınlanmaktadır.

2 Ar. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

3 William James, *Pragmatizm: Kimi Eski Düşünce Biçimleri İçin Yeni Bir İsim*, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim, 2015, İstanbul.

4 "Metot" kavramı ve onun "Yol" ile etimolojik irtibatı üzerine bkz. Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi,* Filiz Kitabevi, 2010, İstanbul, s.11-12.

5 Oliver Wendell Holmes Jr., "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol:10, No:8, 1897, ss.457-478; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 8th.print., New Haven: Yale University Press,

Pragmatizm, hukuk teorisine iki ana noktada tesir etmiştir: İlki, hukukun gelişimi ve evrimi meselesidir. İkincisi ise hukuki akıl yürütmedir. İlki, hukukun şekillenişinde beşeri ihtiyaçların araştırılmasına ve hukuk-toplum çalışmalarının önem kazanmasına vesile olmuştur. Ayrıca hukuk kurallarının bir hukuk sistemi içerisinde evrilmesi, hatta hukuk sanki doğal bir sistemmişçesine bu kuralların seleksiyonu konularını hukukbilimi literatürü içerisinde tedavüle sokmuştur. İkincisi*nin*, yani hukuki akıl yürütme ve yargılama felsefesinin en önemli konusu ise yargıçların iki durum arasında kalıp yaşadıkları ve bunlardan biri için diğerini çoğu kez feda etmek zorunda kaldıkları bir ikilemle alakalıdır; yargıçların bu ikileminin bir tarafı, önlerine gelen vakalarda hukukun belirliliği ve öngörülebilirliğini sürdürmek suretiyle karar vermek, diğer tarafı ise bu öngörülebilirlikten ve geçmişle tutarlılıktan taviz vermek pahasına her bir vakadaki içkin adaleti tesis etmek ve bu suretle daha gelişkin bir adalet sistemine erişme bağlamında hukuka adım attırmaktır[6]. Dolayısıyla bu iki temel sorunsal doğal olarak birbirlerini etkilemektedir ve hukuk felsefesinin en önemli konularından olan "hukukta gelişim" ile "hukukta istikrar" arasındaki sınır problemlerini gözler önüne sermektedir.

Genel hukuk teorisi ile pragmatizmin düşünsel çıktıları arasındaki ilişkiselliği kurup değerlendiren ilk kişiler, pragmatist felsefenin kendisiyle yaşıttır[7]. Fakat "hukuki pragmatizm" (*legal pragmatism*) ifadesi o kadar eski değildir. Hatta pragmatizmin kurucularından John Dewey hukuk üzerine pek çok yazı kaleme almış[8] ve genel pragmatik felsefesini hukuk felsefesine bir biçimde yansıtmış olsa da, münhasıran bu ifadeyi kullanmamıştır. Bu ifadeyi bugün hukuk felsefesi tartışmalarına en belirgin biçimde kimin dahil ettiği yahut sıklıkla yankılattığı hususunda kısa bir araştırma yapıldığında, karşılaşılacak isimlerin en göze çarpanı Richard A. Posner'dır. Pragmatizmin hukuk teorisinde bayrak taşıyıcılığını yapmakta olan Posner şöyle der:

London: Humphrey Milford Oxford University Press, 1932. Holmes'ün makalesinin başlığını metot düşüncesiyle ilişkili bir kavram olan "Yol" ("Path") koyması mânidardır. Cardozo'nun eseri ise, baştan sona, hukukta kullanılabilir metotlar üzerine tartışmadan ibarettir. Söz konusu iki düşünürün pragmatist düşünceleri üzerine bkz. Muzaffer Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478.

6 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London, s.242.

7 Pragmatizmin kurucusu addedilen Charles Sanders Peirce ile aynı dönemin insanı olan iki hukukçu dikkat çeker: Oliver Wendell Holmes Jr. ve Nicholas St. John Green. Bu üç düşünür birbiriyle hem arkadaş hem de fikrî anlamda etkileşim halinde olmuşlardır. Bkz. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, 1993, Cambridge, London, s.462; Max H. Fich, "Was There A Metaphysical Club in Cambridge: A Postcript", *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, Vol.17, No.2, Spring-1981, ss.128-130.

8 Bu konuda iki yazısı Türkçeye çevrilmiştir: John Dewey, "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss.30-38; John Dewey, "Antropoloji ve Hukuk", (Çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, Cilt:4, Sayı:2, Mart-Nisan 2017, ss.35-40. Makalelere açık internet erişimi için: http://www.hukukkurami.net/

Pragmatizm, Amerikan yargı *ethos*'unun en iyi tarifidir ve aynı zamanda yargısal performansı arttırmanın en iyi rehberidir, böylece yargısal rolün olgusal olduğu kadar normatif açıdan da en iyi teorisidir.[9]

Posner, pragmatizmin tesiri altındaki pek çok Amerikalı hukukçudan söz eder. Hatta bunların arasında Yüksek Mahkeme yargıçlığı yapmış çokça yargıç da vardır[10]; bunların bir kısmı açıkça pragmatist olduklarını beyan etmiş kişilerdir, bazılarının ise yazılarından ve verdikleri kararlardan bu felsefeden etkilendikleri, örtük ya da açık, ama bir şekilde görülebilmektedir. Posner hukukçu pragmatistleri iki ana grupta toplar. İlk grup, pragmatizmin kurucuları olan Charles Sanders Peirce, William James ve John Dewey'nin tesiri altında kalmış olan eski pragmatist hukukçular iken[11], ikinci grup Richard Rorty güdümünde bir pragmatizmden etkilenmiş olan neo-pragmatist hukukçulardır[12].

Pragmatizm, tarihsel süreçte kendi içinde çokça dönüşüm yaşamış ve niteliklerindeki ağırlık merkezi sıklıkla yer değiştirmiştir. Çalışmamızın amacı olan hukuki pragmatizmi tanımlayabilmek için, öncelikle pragmatizmin genel niteliklerini olabildiğince kapsayıcı ve bir o kadar öz biçimde göstererek işe başlamamız icap eder. Bunlar: *(i)* Aydınlanmacı düalizme karşıtlık, *(ii)* Aydınlanmacı rasyonalizme karşıtlık ve bunlara bağlı metafiziğin reddi, *(iii) "*nesnellik", "gerçeklik" ve "hakikat" gibi metafizik kavramlara inançsızlık, *(iv)* Bu metafizik içeriğe uygun olarak ele alınan *sabit* ve *değişmez* "doğruluk" kavramınının kabul edilmemesi ve bu suretle pragmatik bir doğruluk[13] kavramının kabulüdür[14].

9 Aktaran: Michael Sullivan, Daniel J. Solove, "Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism", *Yale Law Journal*, Vol.113, 2003, ss.687-741, s.688.

10 Holmes, Brandeis, Cardozo, Frankfurter, Jackson, Douglas, Brennan, Powell, Stevens, White, Breyer gibi. Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.240.

11 Yukarıdaki dipnotta sayılan yargıçlar ve daha sonra hukuki realizm akımı, pragmatizmin Rorty öncesi kaynaklarından etkilenmişlerdir. Bkz. Richard A. Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", *Southern California Law Review*, Vol.63, 1990, ss.1653-1670, s.1654.

12 Martha Minow, Daniel Farber, Thomas Grey gibi isimlerin yanında Posner kendini de bir neo-pragmatist hukukçu olarak ifade eder. Bkz. Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1654. Bununla beraber, Susan Haack ve Cherly Misak gibi Rorty-karşıtı neo-pragmatistler de bulunmaktadır. Bkz. Michael Bacon, *Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm,* (Çev. Banu Özdemir), Elips Kitap, 2010, Ankara, s.17.

13 Cornforth'un, James'in doğruluk kavramını tahlili dikkat çekicidir. Buna göre, bir fikrin doğruluğu olagelir (Oluşçuluk, Heraklitçilik), olaylar tarafından doğru kılınır (Deneyimselcilik) ve doğru halini alır. Yani onun kendini gerçekleme süreci onun doğrulanmasıdır. Onun geçerliliği, onun geçerli kılınma sürecidir. Teoriler ve fikirlerse sadece pratik yaşamımızda bize araçlar olarak hizmet ettikleri oranda doğru olurlar. Bkz. Maurice Cornforth, "Pragmatizm" (Çev. Tonguç Ok), *Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi- Amerikan Felsefesi,* Doğa Yay., 2005, İstanbul, ss.47-97, s.48. Doğru *değişkendir* tezi için ayrıca bkz. James, *Pragmatizm*, s.72.; Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.456-8. Pragmatizmin doğruluk teorisini "mantıksal yararcılık" olarak niteleyerek, onun doğruluk kavramını yumuşattığı ve subjektivizme boğduğu eleştirisi için bkz. Durkheim, *Pragmacılık ve Toplumbilim*, (Çev. Özer Ozankaya), Cem Yay., 2016, İstanbul, s.122, 124-5, 129.

14 Çalışmanın boyutlarını ve hacmini zorlamamak adına pragmatizmin bu genel görüntüsünden derhal hukuki pragmatizme geçiş yapmamı mazur görünüz. Pragmatizm felsefesi ya da felsefi pragmatizm ile alakalı olarak daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003, Cambridge, London, s.24-56; Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.454-458.

David Luban, genel olarak hukuki pragmatizmi *"eklektik, sonuç-yönelimli ve tarihsel kavrayışlı antiformalizm"* olarak tanımlar[15]. Eklektik yani seçmecidir; kullanılabilir her düşünce aracını kullanır. Sonuç-yönelimlidir, yani hukuki bir doktrine bağlılığı amaç edinmez, topluluğun iyiliğini/refahını amaç edinir ve netice ihtimallerinin değerlendirilmesi bununla test edilir. Bir topluluğun refahını amaçlamak da o topluluğa mahsus tarihin bilinmesini gerektirir, yani tarihsel kavrayışlıdır. Formalizme ise daima karşıttır, zira formalizm hukuki analizin daha önceden mevcut olan bir doktrinle tahdit edilmesi demektir[16]. Hukuki pragmatizm, kendisini pragmatist olarak tanımlayan Susan Haack'e göre de, Luban ile benzer şekilde, *metodolojik açıdan* eklektiktir, sonuca-yönelimlidir, tarihsel-kavrayışlıdır ve anti-formalisttir; *felsefi* açıdan ise hukuki gerçekliğe ve adalete dönük olarak göreceli bir bakış açısı vardır[17]. Esasında Peirce'den Rorty'e dek pragmatizmin kendi içindeki evrimine bağlı olarak, hukuki pragmatizm ile neo-hukuki pragmatizm birbiriyle bağlantılı ama aynı zamanda bazı yönlerden farklılaşan yaklaşımlar olmuştur[18]. Richard Posner bu evrimsel tabiatına rağmen, eski ve yeni farkı gütmeksizin, genel olarak hukuki pragmatizmin esaslı unsurlarını şunlar olarak sıralar; *(i)* pragmatist felsefenin hakikat ve gerçeklik gibi metafizik kavramlara inançsızlığını benimsemek ve sürdürmek, *(ii)* sonuçları ile test edilen önermelerin kullanımı (sonuçsalcılık), *(iii)* katı bir objektivite fikrine bağlı olmaksızın beşeri ihtiyaçlar üzerine kurulu hukuki tasarımlarda ısrarcı olmak. Bu bağlılıklardan ise şu yan-çıktılar ortaya çıkar: İlerlemecilik (*progressivism*), Sekülerizm, Deneyimselcilik (*experimentalism*), ortak duyum ya da başka tabirle sağduyu (*common sense*) fetişizmine varmayan bir ortak duyumculuk[19].

***

Biz çalışmamızda, bu kısa haritalandırmanın izahını biraz daha ayrıntılandırarak yapmaya çalışacağız. Ancak bu, kendi alt başlıklarımız dahilinde olacak. Alt başlıklarımız iki ana parçaya ayrılmıştır; ilk kısımda hukuki pragmatizmin reddiyeleri, ikinci kısımda savunmaları toplanacak ve bu itibarla hukuki pragmatizme içkin başlıca unsurlar izah edilmeye çalışılacaktır. Söz konusu başlıkların izahı için ise, ilk pragmatistlerden biri olan Yargıç Holmes Jr.'dan Richard Posner'a değin, epeyce geniş bir tarihsel aralığın içinde git-geller yapmak durumunda kalacağız[20]. Zira pragmatizm Amerikan hukuk teorisinde sosyolojik hukuk ilmi, realist hukuk düşünceleri,

15 David Luban, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, September-1996, ss.43-74, s.49.

16 Luban, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", s.43-44..

17 Susan Haack, "On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?", *Pragmatism Today: The Journal of The Central-European Pragmatist Forum,* Vol.III, Issue:1, Summer-2012, ss..8-3, s.9.

18 Posner'in Holmes ve Cardozo'ya övgülerinin yanında eleştirileri de söz konusudur. Bunlara aşağıda toplu olarak bir başlık altında değinilmiştir.

19 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1660-1.

20 Bununla birlikte odaklanacağımız literatür, genellikle Posner merkezli bir literatür olacaktır. Ve onun (yetersizlikleri olsa bile) hukuki pragmatizmin mihenk taşı olarak sunduğu Holmes ve Cardozo'nun yazılarını da başlıca kaynaklarımız olarak ele alacağız.

eleştirel hukuk çalışmaları ve ekonomik hukuk öğretileri gibi çok farklı düşünce ekollerini değişken nispetlerde ve içeriklerle etkilemiştir[21]. Hatta Posner, pragmatizme çok ciddi eleştiriler yönelten hukukçuların dahi (bunlardan en çok üzerinde durduğu da Ronald Dworkin'dir) pragmatizmin epeyce tesiri altında olduğunu defalarca iddia etmiştir[22].

Çalışma, özellikle Posner odaklı bir biçimde hukuki pragmatizmin "ne" olduğunu anlamaya dönük bir amaca özgülendiği için onun münhasır eleştirileri detaylı bir biçimde sunulmamıştır; onun eleştirisi olarak sadece Dworkin'in eleştirilerine altbaşlıklar altında parça parça yer verilmiştir.

-I-

1- *Aydınlanma Felsefesi Mirasının Reddi*

Pragmatizmin başucu kitabı addedilen William James'in *Pragmatizm* kitabı, bütünüyle Aydınlanmanın rasyonalist felsefesinin tenkidi ve reddi amacıyla kaleme alınmıştır. Dolayısıyla kitaptaki pragmatizm, ilkin bir rasyonalizm eleştirisi olarak gözümüze çarpar. Bunun çok sayıda açılımı vardır; pragmatizmin hangi düşünce biçimleriyle uyumlu olup hangileriyle olmadığı kitap boyunca işlenir. Örneğin monizm yerine plüralizm pragmatizme daha uygun görülür[23].

Posner'ın pragmatist felsefeye ithafen vurgu yaptığı bir başka Aydınlanma eleştirisi, beden-akıl, algı-gerçeklik, özne-nesne gibi düalizmler hususundadır; Posner bu düalizmlerin hukuki ve siyasi muhafazakarlıkları beslemiş olduğunun ve pragmatizmde bu tip ikiliklerin birlikte ve karşılıklı evrildiğinin altını çizer. Ayrıca Aydınlanmanın bilimci dünya görüşünü güçlendirmesi ve doğa bilimlerinin yasalarının sosyal bilimlere de aynen teşmil edilebileceği düşüncesinin ortaya çıkışı, mekanik toplum ve insan teorilerini beslemiştir; Posner, pragmatizmin bu anlayışlara uzak olduğunu belirtmiştir[24].

2- *Metafizik Tartışmaların, Temel ve Töz Arayışlarının Reddi* (*Anti-Temelselcilik; Anti-Foundationalism*)

Hukuki pragmatizm, genel olarak, pragmatist felsefenin "töz" ve "temel" gibi metafizik kavramları eleştirisini takip etmiştir. Pragmatizm bu noktada, yani metafizik içeriklendirmelerin reddi hususunda, hukukta realizm akımlarını da besleyen bir konum almıştır. Gerek hukuku gerekse felsefenin bizzat kendisini toplumsal ihtiyaçlara yönlendiren, işte bu metafizik karşıtı tutumdur[25]. Anti-temelselciliğin, anti-metafizikçiliğin ve kesinlik nosyonunun reddinin Quine ve ikinci dönem Wittgenstein tarafından işlenişi, neo-hukuki pragmatizm nez-

21 Posner, *The Problems of Jurisprudence,* s.462; Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na etkileri hakkında bkz. Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi,* İmge Kitabevi, 2016, Ankara, s.83,85.

22 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.252-255; Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1654.

23 James, *Pragmatizm*, s.107-128. Bunun ileride bahsedecek olduğumuz anti-tözselci ve anti-temelselci bakış açısı ile de bağlantısı vardır.

24 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.463; Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.4.

25 Heikki Pihlajamäki, "Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2 (Spring-2004), ss. 469-487, s.471.

dinde bu takibin sürdürülmesine ayrıca katkı yapmıştır[26]. Richard Warner, felsefi pragmatizmin pratik sorunlarda temelselci düşünmeye yönelttiği sert eleştiri açısından hukukçularca cazip bulunuyor olabileceğini, çünkü haklılaştırmanın bir temelden yoksun olmasının, bu yönde karşılaşılabilecekleri sorulardan çeşitli kaçış imkanları üretebileceğini belirterek eleştiri oklarını hukuki pragmatizme bu noktadan yollar[27].

Anti-temelselciliğin hukuki pragmatizm tarafından, biraz çeşitlilik sergilemekle birlikte en fazla ele alınan çıktılarından biri, *hukukun temeli* sorunsalı ile ilgilidir. Bu husus, pragmatist hukukçular arasında yeknesak bir tutumu değil, farklı farklı düşünceleri tetiklemiştir. Örneğin Holmes açısından da pratik de olsa hukuk-ahlak ayrımı ile ilgili belirgin doneler gözümüze hemen çarpabilmektedir[28]. Posner'dan önceki bir başka önemli hukuki pragmatist, Cardozo tarafından bu hukuk-ahlak bağına yönelik açık bir reddiye görmek mümkün değilken[29], o ve Holmes'un takipçileri addedilen realist hukukçular söz konusu bağ ile alakalı yine şüpheci itirazlar gündeme getirmişlerdir[30]. Posner açısından ise anti-temelselciliğin etkisi, hukukun ahlaki teorilerden ve değerlerden özerkleştirilmesi hususunda olmuştur. Kendi pozisyonunu "pragmatik etik şüphecilik" olarak adlandırır ve bunun metaetik bir bakış açısı olduğunu belirtir. Buna göre, ahlak yereldir, görelidir, oluşumu itibariyle tarihsel ve kültüreldir, evrensel değildir, çekişmelidir, hiçbir ahlak görüşü diğerinden hiyerarşik bakımdan üstün değildir, dolayısıyla hukuka temel yapılamaz. Yargı kararlarının ahlaki temellendirilmesi bu yüzden hukukun

26 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1659.

27 Richard Warner, "Legal Pragmatism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,* 2nd. Edition. (Ed: Dennis Patterson), Wiley-Blackwell, 2010, United Kingdom, ss.406-414, s.406.

28 Holmes'ün ayrımı pratik bir ayrımdır. Şöyle der: "Bendeniz hukuk ile ahlak arasındaki farklılığı vurguladığımda, tek bir maksatla bunu yapmaktayım, bu da hukukun öğrenilebilmesi ve anlaşılabilmesidir." Yoksa "Hukuk, ahlaktan alınan bir deyimler biliminden (*phraseology*) ibarettir ve dilin saf gücü vasıtasıyla mütemadiyen bizi algılayamayacağımız şekilde bir alandan diğerine geçişe davet eder, öyle ki aklımızın önüne koyduğumuz daimi ve sabit bir sınırımız olmadığı sürece biz [ne] yaptığımızdan emin olamayız." Dolayısıyla ele aldığınız meselenin bir hukuk meselesi mi yoksa bir ahlak sorunu olduğunu da anlayamayız. Bkz. Holmes Jr., "The Path of Law", s.459-60.

29 Cardozo'da, Holmes gibi hukukbilimi uğruna hukuk ve ahlak ilişkisine dair pratik bir ayrım görülemediği gibi, tersine hukuk ile ahlak ilişkisine dair yargıcın içinde bulunduğu zaman ve mekânın *mores*'ini dikkate alması gerektiğini salık veren çokça açıklama vardır. Örneğin şöyle der: "Hukuk, bir çağdan diğerine sessizce ve bilinçsizce gelişen geleneksel ahlakın bir ifadesi olduğu için, açıkçası tarihsel bir ilerlemedir. Bu, Savigny'nin hukukun kaynağı düşüncesindeki önemli hakikattir. Ancak, hukuk aynı zamanda bilinçli ya da hedeflenmiş bir ilerlemedir; bu nedenle ahlaki amaca erişmeye ve bunun yasal formlarda somutlaşmasına yargıcın zihni yönelmedikçe, salt geleneksel ahlakın ifade edilmesi yanlış olacaktır… Fayda veya ahlak kurallarının standartları veya modelleri, yargıç tarafından toplumsal hayatın içerisinde bulunacaktır." Bkz. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.103-5.

30 Zaten Cardozo'nun dahil olduğu sosyolojik hukuk ilmi akımı ile onun ardılı sayılabilecek olan hukuki realizm akımı arasındaki en önemli farklardan biri, ilkinin hukuka amaçsal ve etik yaklaşımına karşılık, ikincisinin bu hususlara son derece şüpheci yaklaşım sergilemesidir. Bkz. Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.54.

sübjektivizme emanet edilmesinin bizzat kendisidir[31]. Ayrıca Posner hukuk-ahlak özerkliğini, hukukun asgari nesnelliğinin temini amaçlı savunur. Zira modern toplumda ahlaki alan son derece heterojendir, çoğulluk arzeder ve hukukun bu çoğulluk üzerinde temellendirilmesi mümkün değildir. O yüzden Posner hukuka ahlaki bir temel bulma işiyle ilgilenmez ve bu husus onun doğal hukuk eleştirisinin merkezini oluşturur[32].

Pragmatizmin anti-temelselciliğinin pragmatik hukuk felsefesine belki de en önemli yansıması, soy testinin reddidir. Buna göre, hukuki pozitivizm ve hukuki formalizmin uzlaştıkları nokta, hukukun belirli kurallar üzerinde belli bir silsilenin gözetilmesi suretiyle temellendirilmesidir; kısaca kuralların soy testidir. Kökeni olmayan bir hak yahut yükümlülükten hem pozitivizm hem de formalizm açısından bahsedilemez[33]. Oysa pragmatik bir hukuk teorisi bu tip bir soy araştırmasını, ileriye dönük bir fayda sağlamadığı sürece, gereksiz görür. Cardozo şöyle der: "Asıl olan, çıkış noktası yani köken değil, varılmak istenen noktadır. Bizi nereye götüreceğini bilmediğimiz bir yolu seçmekte herhangi bir bilgelik yoktur…" Bu işlevleri haiz bir kural, yani amacı olan ve amacını sağlayan kural kendi tanınma belgesini, yani meşruiyetini üretir[34]. Yargıçlar için de seçim yapma hususunda nihai ilke, bir kuralın amacına uygunluğudur. Cardozo, amaca uygunluğu formalist ve pozitivist hukukçuların soy testinin yerine koymak suretiyle, geçmişe bakışlı (*retrospective*) bir hukuk nosyonu yerine ileriye bakışlı (*prospective*) bir hukuk nosyonuna sahip olduğunu bilvesile belirtmiştir[35]. Bu noktada pragmatizmin anti-temelselciliği ile ilerlemeciliği arasındaki bağlantı da belirgin hale gelmiş olur. Zira düşünce ve düşüncenin ilerlemesine vesile olmadığı sürece, düşüncenin temeli ile ilgili spekülasyon yapmak pragmatizme göre düşünme edimini köreltir.

Pragmatizmin esasında bir metafizik tartışması ve eleştirisi olarak açmış olduğu "temel" meselesi, hukuki pragmatizm nezdinde ortaya çıkmış bir başka pratik tartışma konusu olan hukukta ilkelere bağlılık meselesine de etki eder. Dworkin, hukuki pragmatizme eleştiri yöneltirken ve onu kendi teorisi olan "bütünlük olarak hukuk"un (*law as integrity*) karşısında konumlandırırken, hukuki pragmatizmin iki önemli özelliğine vurgu yapar: *(i)* hukuki pragmatizm, hukuku şekillendirdiği farz edilen temel ilkelere ve varsayımlara karşı şüpheyle yaklaşır, *(ii)* hukuka şekil vermiş olan geçmiş siyasaları dikkate almaz[36]. Dworkin'in hak merkezli hukuk teorisi, kurallar yanında ilkelerin de -özellikle zor davalarda- öneminin yadsınamayacağını vurgular; ancak pragmatizm ilke-

31 Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 2002, s.ıx, 7-8.

32 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.457-8; Posner, "Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", *Arizona State Law Journal*, Vol:29, 1997, s.377-388, s.383.

33 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.4; Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1663-4.

34 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.98-99.

35 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1657.

36 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Cambridge, London, s.151.

lere dayalı biçimde sorun çözmek yerine o anda siyasa üretir ve hukuki çözümleri bu siyasalar doğrultusunda üretmeye çalışır[37]. Buna karşılık hukuki pragmatizm nazariyesinden bakıldığında, süregelen ilkelere bağlılık ve bunun dedüktif akıl yürütme formunda münhasır durumlara yansır şekilde salt mantıki manipülasyonunun pragmatik olmadığını ve hukukun esasen toplumsal gayelere vasıta olarak değerlendirilmesi gerektiğini, Cardozo ve Holmes yıllar evvel göstermeye çalışmışlardır[38].

3- *Nesnel Gerçeklik ve Hakikat Kavramlarına İnançsızlık*

Pragmatizm hakikat (*truth*) kavramı üzerine kesinlikçi, tekçi ve dışsalcı savları olan tüm felsefelere muhalefet etmiştir. *Hakikat*, Peirce'ye göre uzun vadede inanılması kaçınılmaz olandır; James'e göre, inanılması iyi olandır, Holmes'a göre ise çatışma ve yarış halindeki düşünceler arasında ayakta kalandır. Dolayısıyla pragmatistler farklı farklı biçimlerde de olsa hakikat için yanıp tutuşmamış, onu dünyevi biçimde ve toplumsal ihtiyaçlarla gerekçelendirilebilecek inanışlar ile birlikte değerlendirmişlerdir[39]. Bunların dışında gerek pragmatizmi gerekse hukuki pragmatizmi eleştirenlerin başlıca tutundukları nokta, pragmatist düşüncenin nesnellik, nesnel gerçeklik ve hakikat düşüncelerini reddederken, sübjektivizmi cesaretlendirdiği ve savunduğu biçiminde olmuştur[40]; ancak pragmatistler eleştiriye genellikle karşı çıkarlar ve pragmatik bir nesnellik (objektivite) anlayışları olduğunu iddia ederler[41].

Hukuk ve ahlakın müşterek iki büyük kavramı iyi ve kötüdür. Peki bir davranış ya da niyet bize göre mi iyidir, yoksa hakikatte de iyi midir? Ya da bir kusurlu davranışın bir kimseye isnad edilebilirliği göreceli midir, yani bize ya da size göre midir, yoksa isnad edilebilirliğin nesnelliğinden bahsedebilir miyiz? Posner, hem hukukun temellendirilmesi hem de hukuki objektivitenin elde edilmesi ile ilgili olarak doğal hukukçu ve ahlaki yaklaşımları reddetmekle birlikte[42], ahlak konusunda pragmatist gelenekçe benimsenen *fallibilist* anlayışa da koşut olarak, ahlaki kavramların kişilerden bağımsız gerçeklikleri anlayışını, yani ahlaki realizmi reddeder[43]. Posner'ın objektivite anlayışını dayandırmış olduğu kavram sağduyudur (*common sense*). Bunda yörüngesi dil felsefesine kaymış Rortyci neo-pragmatizmin ve Wittgenstein'ın ikinci dönemindeki dil ve anlamda toplumsallık vurgusunun bağlantıları farkedilebilir vaziyettedir[44]. Bununla beraber, Posner fetişizme varmayan bir ortak duyumculuğa işaret eder. Pragmatik karakteri ifade etmek için kullandığı "gündelik pragmatizm" (*everyday prag-*

37 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, Cambridge, s.96-97.
38 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1670.
39 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.
40 Bkz. Dworkin, *Law's Empire*, s.152; Durkheim, *Pragmacılık ve Toplumbilim*, s.139.
41 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.141; Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1656.
42 Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar,* s.11.
43 Ahlaki Realizm için ayrıca bkz. Uğur Dinç, *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Kitabevi, 2014, İstanbul, s.134 vd.
44 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

matism) ifadesiyle hukuki akıl yürütmede formalizmi reddeden bir anti-temelselcilik (*antifoundationalism)* biçiminin yanı sıra sorunları çözmede sağduyuya (*common sense*) başvurmayı da ifade etmeye çalışır[45]. Posner'in ortak duyumculuğu yumuşak da olsa bir tür konvansiyonalizme çıkar, ancak yargıca yüklediği ilave sorumluluklar, bilhassa da hukuki etkinlik hususunda analiz yapma görevi, bu konvansiyonların pragmatik gelişimine katkı sunar ve imkân tanır.

Posner'ın, hukukta nesnelliğin ahlaki temellendirme ile sağlanamayacağını belirtmekle beraber, hukuk bilimine yeni bir yüksek kriter olarak "ekonomik etkinliği" yahut "verimliliği" (*efficiency*) dahil etmesi hukuki nesnelliğin ekonomi biliminin zeminine kaymasına neden olmuştur. Zira bu bakış açısına göre, hukuki normların etkinliğinin ölçülmesinde ekonomi biliminin araçlarının kullanımı, çıkan sonucun görecelilige mahkûm olmayan, bilimsel bir nesnelliğe kavuşmasına yarayacaktır[46].

Posner'ın nesnellik ile *common sense* arasında -bunun fetişizme kaymayacağı uyarısıyla- kurduğu bağlantıyı neo-pragmatist felsefe dolayımında anlamanın yolları denenebilir. Hatta Posner'ın ikinci dönem Wittgenstein'ı bilginin toplumsallığı üzerine görüşleri nedeniyle, Habermas'ı da iletişimsel rasyonalite kavramı nedeniyle pragmatist çatının altına alması[47], ayrıca Rorty'den[48] etkilenimi, kendi nesnellik anlayışını semantik açıdan sağduyu ve konsensus gibi kavramlara dayandırdığının temellerine işaret eder. Ancak pragmatik akıl yürütmeyi "makuliyet" ve "pratik akıl" bağlamında bu konsensusa dayandırması ve konsensusun belirli bir standart ortaya çıkaramaması, eleştirilere neden olmuştur[49].

Bu noktada semantik açıdan objektivite problemi bağlamında Posner'in düşüncelerinin köklerini pragmatist öncüsü Cardozo'da da bulabilmek mümkündür. Zira o da yargıcın akıl yürütme sürecinde sübjektivist davranamayacağını, çağının ruhunu koklayıp, çağdaşı erkek ve kadınların anlayışlarıyla uyarlı hareket etmesi gerektiğini savunmuştur[50].

45. Sullivan/Solove*, a.g.e.,* s.689. Dolayısıyla Posner, hukuki pragmatizmin esasen "gündelik pragmatizmi" kullandığını, bunun felsefi pragmatizmle, ilgili olmakla birlikte, aynı şey olmadığını söyler Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.227-228; Ayrıca bkz. Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*, s.76.

46 Sezal Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 2013, ss.85-98, s.92.

47 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

48 Rorty'nin *Felsefe ve Doğanın Aynası* kitabındaki bir bölümde nesnelliğin tekabüliyette mi yoksa uzlaşımda mı olduğuna dair soru işareti koyması ve ikincisine dönük fikirleri savunuyor görünmesi bu noktada önemlidir. Soru şudur: Nesnellik (*objectivity*), tekabüliyet (*correspondence*), yani dışsal gerçekliğe tekabül ediş midir? Yoksa uzlaşım (*agreement*) mıdır? Kapalı anlatımından Rorty'den şunlar çıkıyormuş gibi görünmektedir: Bizim "oluşturduğumuz" ile "orada olan", hermeneutik ile epistemolojik arasındaki çizgiyi oluşturur. Kuhncu düşünceden beslenerek bilgi alanlarında yaptığı ayrım ölçüsünde objektivitenin iyice tartışıldıktan sonra uzlaşımla seçilen teorilerin özelliği olduğundan bahseder. Bkz. ve Karş. Richard Rorty, *Felsefe ve Doğanın Aynası*, (Çev. Funda Günsoy Kaya), Paradigma, 2006, İstanbul, s.345, 349, (340-349).

49 Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.89-90.

50 Cardozo da şöyle der: "Yargıç özgür olduğunda dahi tamamen özgür değildir. O, keyfine göre yenilik yapamaz. Yargıç, kendi ideal iyilik ve güzellik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir gezgin şöval-

4- *Kesinliğe İnançsızlık*

Felsefi pragmatizmin epistemolojik içeriğindeki *kesinlik* ve *belirlilik* düşüncelerine karşı genel inançsızlık, hukuki pragmatizme hukukun kesinliği ve belirliliği düşüncesine inançsızlık biçiminde aksetmiştir. Pragmatizmin tesiri, ondan etkilenen hukuk teorilerinde, örneğin Holmes'te yanılabilircilik (*fallibilism*) biçiminde, bazılarında ise (özellikle hukuki realistlerde) şüphecilik (*scepticism*) biçiminde görülür. Sebebi, pragmatist felsefede bilginin ve buna bağlı olarak önermelerin doğruluğunun daimi evrim halinde oluşudur[51]. Bu "sürekli oluş" kavrayışı dolayısıyla zaman ve mekân dışı bir doğruluk anlayışından söz edebilmenin güç olduğundan bahsedilir ve bu tip iddialara karşı şüpheyle yaklaşılır[52]. Ancak Posner, yine de hukuki pragmatizmin esas olarak yanılabilircilik (*fallibilism*) ile uyuştuğunu, şüphecilik ve görecilik (*relativism*) ile çok daha sınırlı bir uyuşma alanına sahip olduğunu vurgular[53]. Hatta hukuki pragmatizmin, şüpheciliği bir felsefi dogma haline getirmenin karşısında olduğunun altını çizer; zira bu tip bir şüphecilikle hukuk gibi pratik bir alanda bir adım bile ileriye atılamayacağı malumdur. Buna göre, esas olan, sarsılmaz birer doğru olarak lanse edilen ve yaratıcı düşünce üzerinde baskı oluşturan her türlü kalıplaşmış düşünceye karşı şüpheli tutum alabilmektir; ileriye gitmek üzere atacağımız her adımın doğru adım olup olmadığından şüphe duymak değildir. Ayrıca sarsılmazlık (*certitude*) atfedilen kanaatler de sarsılabilir; zira ahlaki alanda birbiriyle kıyas edilemez değerlerin çoğulluğunun söz konusu olduğu bir toplumda yargıcın sarsılmaz kanıları ile diğer insanların sarsılmaz kanıları hiçbir şekilde uyuşmayabilir. Bu böyle olmakla birlikte, verilen yargı kararlarında onların toplumca benimsenmesinin dikkate alınması açık bir gereklilik olduğu için, bu kararlara temel oluşturan kabullerde katiyetçilik güdülmesi fayda sağlamayacaktır[54].

Posner, pragmatizmin şüpheci doğasına eserlerinde sıklıkla vurgu yapar[55]. Hukuki pragmatizmde de bunun çeşitli yansımaları vardır. Örneğin yargıcın, yorumladığı bir hukuk metninde açığa çıkardığını zannettiği anlamdan bile şüphe duyması doğaldır. Bu hukuk metninde bize seslenen hakikaten yasama mıdır, yasamanın ardındaki halk iradesi midir? Zira kamu tercihi teorisi, oylama metoduyla tercihlerin toplanmasının zorluğuna dikkat çekmiştir. Politik çıkar grupları teorisi de yasama sürecinin aslında

ye değildir." (Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.141) "Yargıç olarak benim görevim, hukukun içerisinde kendi özlemlerimi, kanaatlerimi ve felsefemi değil, ancak çağımın erkek ve kadınlarının özlem, kanaat ve felsefelerini somutlaştırmak olabilir." (*a.g.e.*, s.173)

51 Ayrıca pragmatizmde Peirce'den süregelen bir yanlışlamacı (*falsificationist*) bilim anlayışının hâkim olduğunu söyler, hatta Peirce'nin yanlışlamacılığı ile Karl Popper'inkinin benzerliğine dikkat çeker. Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

52 Posner, *Law, Pragmatizm and Democracy*, s.72.

53 Bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.7-8.

54 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.259. Ayrıca Bkz. Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.475.

55 Bkz. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.20; Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s. 3-17, 228.

dar koalisyonların arzularının yeniden dağıtımı olduğunu göstermiştir. Bu durumda yasama iradesinin ne olduğunu yargıçların nasıl takdir edebileceği soru işareti haline gelir[56]. Dolayısıyla sözel ve tarihsel yoruma itimat konusunda, ayrıca bunların o güne ve ileriye yönelik yararlı ve doğru olacakları hususunda şüpheler oluşmaktadır.

5- *Formalizmin Reddi (Anti-Formalism)*

Esasında, yukarıdaki başlıklar altında, hukukta pragmatist eğilimlerin hemen hemen hepsinin anti-formalist karakterde olduğunu dolaylı da olsa söyledik. Anti-formalizm, Holmes'ten Posner'a dek, pragmatizmle dirsek teması kurmuş tüm Amerikan hukuk teorilerinde bir biçimde göze çarpabilir. Hatta Holmes'ün Yüksek Mahkeme yargıçlığı yaptığı dönemde ünlü bir "muhalefet şerhçisi" olarak anılmasının ardında, Amerikan toplumunun yaşadığı değişim ve fakat bu değişime aldırmaksızın mekanik ve formalist işleyen bir yargı mantığı yer almıştır[57]. Kendini ilerlemeci olarak isimlendiren (ki genelde ilerleme kavramına sarılanlar pragmatistlerdir) ve yeni koşullara uyarlı yeni çözüm yolları arayan eğilimler, mekanik ve formalist olarak nitelendirdikleri tutumların daima karşısında boy göstermişlerdir. Bir de özlü, toplu ve mukayeseli bir biçimde Posner'in formalizmi tanımlayışını görelim:

> Kabaca, hukuki pragmatizm bir şekilde felsefi pragmatizmle nasıl örtüşmekteyse, hukuki formalizm de Platonizm ve ortodoks felsefi gelenekle öyle örtüşür. Hukuki formalizm mantığa vurgu yaparken hukuki pragmatizm deneyime vurgu yapar. Formalizm hukukun siyasal-ideolojik bileşenlerinin reddetme anlamına gelirken, anti-formalist yaklaşımlar formalizme yönelik iki iddianın arasında birşeyler söylerler; ilki formalizmin hukuki karar vermede etkili olan politik saikleri örten sahte bir yaklaşım olduğu şeklidedir, diğer iddia ise formalizmin kötü kararlar ürettiği şeklindedir. Yargı kararlarının, belirgin bir hukuki akıl yürütme sürecinin objektif bir biçimde işleyişinin ürünü olarak takdim edilmesi, hukuk mesleğinde derin biçimde hissedilen bir ihtiyaç olmuştur ve formalizm işte bu ihtiyaca cevap verir; buna göre söz konusu süreç yargıcın kişiliğinden bağımsız bir biçimde işler ve bu süreçte davanın toplumsal bağlamına dair çok az bilgi lazımdır, hukuki pragmatizm ise [onlara göre] hukuki akıl yürütme ile herhangi bir pratik akıl yürütme arasındaki bu ayrımı bulanıklaştırır...[58]

Posner hukuki formalizmin hukuki pragmatizme bakış açısını bu şekilde aktarırken iki yaklaşım arasındaki farklara da ciddi oranda temas etmiştir. Bununla birlikte hukuki pragmatizmin de formalizme karşı cevapları vardır; formalizm makul görülebilecek bir objektivite hassasiyeti nedeniyle hukukun formel özelliklerini ön planda tutarken, öte taraftan hukuku tedricen kısırlaştırmış ve yeni sorunlara cevap veremez hale getirmiş olur. Bunun sebebi, formalizmin kavramlara bağlılık gösteriyor olmasıdır. Oysa hukukta beşeri ihtiyaçlar, kavramlara bağlılıktan daha önceliklidir ve öyle de tutulmalıdır. Formalizm, hukuki yorumu kendi içine kapanık salt dedüktif bir mantık süreci olarak görür; oysa hukuki yorum genellikle genişlemecidir,

56 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1665-6.
57 Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.203.
58 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.19.

genişlemeye eğilimlidir; zira insan yaşamı ve ihtiyaçları söz konusu içe-kapalılığı kaldırmayacak derecede sürekli değişim ve dönüşüm halindedir[59].

-II-

1- *Deneyimselcilik* (*Experimentalism*)

İdrak [*intelligence*], çevreye uyarlanmacıdır, yani ona nihai hakikatlere giden yolu bulabilmek açısından bir araç diyemeyiz; bu sebeple pragmatistler en iyi araştırma metodunun deneyimsel [*experimental*] metot olduğuna inanırlar. Bu da, fiziki ve toplumsal çevremiz hakkında en iyi biçimde öngörü oluşturup onu kontrol edebilme yolunu bulabilmemiz açısından denenebilecek tüm yolları bir şekilde denemek demektir. Deneyimselciliğin söz konusu modeli, bariz bir biçimde doğal seleksiyondur, bir nevi deneme yanılma sürecidir. Doğal seleksiyonun bir teleolojisi yoktur, keza deneyimselciliğin de hakikati keşfetmek konusunda reçete yazdığı söylenemez. […/…] Pragmatizm de neticeleri önceden salık vermez[60].

Genel olarak pragmatik hukuk yaklaşımları pür mantığa dayalı bir bakış açısı benimsemez. Bu mantıki bakış açısı genellikle hukuki pozitivizm ve hukuki formalizmin benimsediği bir bakış açısıdır. Hukukun kendi yaşamını sürdürmesi ise Holmes'ün dediği üzere, esasen "mantığa değil deneyime bağlıdır."[61] Bu yüzden "bir pozitivist hukukçu hukukun otoriter [kaynaklarına] daha fazla ağırlık verirken, bir pragmatist hukukçu vakalara daha fazla ağırlık verir"; Posner'ın deyimiyle hukuki pragmatizmin en kısa ve öz tarifi budur.[62]

Pragmatistlere göre hukuk, geçmiş karar birikimini ve belki de uzun yıllar önce yapılmış yasaları, salt takip etmek için takip etmemelidir. Toplumsal ihtiyaçların daima gözlem altında tutulması ve hukukun daima bu ihtiyaçlar doğrultusunda dönüştürülmesi, buna müsaade edilmesi gerekir[63]. O yüzden bir felsefi bakış açısı olarak pragmatizmden etkilenen hukuk teorileri sosyal ihtiyaçların ele alınması amacıyla diğer sosyal bilimlerden faydalanma yolunu tutmuşlardır; bu yol, sosyolojik hukuk ilmi ve hukuki realizmde sosyoloji disiplini olmuş, günümüzde ise (pragmatizmin bayrağının Posner tarafından taşınmasından da anlaşılacağı üzere) ilgi ekonomi bilimine kaymıştır. Tüm bu pragmatist eğilimli hukuk teorilerinde ortak bir nokta vardır; yargıca, yargılama faaliyeti dahilinde toplumsal ihtiyaçlara uyarlı bir biçimde hukuku uygulama, hatta dönüştürme ve yaratma misyonu yüklenmiştir. Yargıç, Montesquieu yahut Beccaria tarafından savunulduğu gibi yasamanın ağzı değildir, aktif bir analisttir, öyle olmalıdır. Hatta Cardozo yargılama işlevinin basit bir biçimde yasamanın neyi amaçladığını "keşif süreci değil, yaratım süreci"[64] olduğunu söylemiştir. Yani hukuki prag-

59 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1664.

60 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.9.

61 Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law,* Little, Brown and Co.,Boston, 1881, s.1.

62 Posner, "Pragmatic Adjudiaction", s.8.

63 Cardozo'ya bakıldığında bunun sebebi açıktır; "hukukun amacı, toplumsal refahtır." Cardozo, *The Nature of Judicial Process,* s.66. Keza Holmes de yargıçların kararlarını verirken sosyal faydayı gözetmeleri gerektiğini düşünür. Bkz. Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, 1961, Ankara, s.24.

64 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.166-7.

matistler, hukukun yaratılması ve dönüşümü sürecine yargıcı da dahil etme uğraşını sıklıkla sergilemişler, "yasakoyucu yargıç" imajını tasarlamışlardır. Bu da hukuki pragmatizmi emsal kararlar üzerinden şekillenen Anglo-Amerikan hukuk sistemine daha uyumlu bir hukuk teorisi kılmıştır[65].

Dolayısıyla vaka bazında sürekli dönüşüm halindeki bir hukuk evreni içerisinde düşünen bu hukuki pragmatistler, düşüncelerinin altında yatan epistemolojik altyapıyla da uyumlu bir biçimde deneyimin ulviyetini savunmaktadırlar. Nihayetinde pragmatizmde, pratik açıdan işe yarar ve elverişli olan düşünce, James'in deyimiyle "düşünme sürecinde faydalı olan düşünce" "doğru"dur ve bu doğru da deneyimsel bir sahada devamlı inşa halindedir[66]. Dolayısıyla deneyimselciliğin, ele almış olduğu kavramları, mantıkçı düşünce karşısında tasarladığını söyleyebiliriz. "Doğru" kavramından başka örneğin Posner "yorum" konusunu da benzer biçimde değerlendirir. Şöyle der[67]:

Hukukun yorumla ilgili bir şey olduğunun da çok manalı bir tarafı yoktur. Bu *common law* kadar anayasa hukuku ve yazılı hukuk için de böyledir. Yorum ile yabani havuçlar yağlanmaz[68]; olsa olsa görünürdeki şeyin bir metin olduğunun hatırlatıcısıdır, yorum. Yoruma dayalı karar vermenin esası, alternatif kararların neticelerinin göz önünde bulundurulmasıdır. Mantıken "doğru" yorum yoktur, ayrıca yorum mantıki bir süreç de değildir.

Deneyimselciliğin bir diğer yansıması olarak belki bir de metodolojik eklektizmden bahsedilebilir. Bu, Cardozo'da net bir şekilde görülebilir. Zira kitabında bahsetmiş olduğu mantıkî (felsefi) metot, geleneğe başvurma (tarihsel araştırma) metodu ve sosyoloji (toplumsal ihtiyaçları somut vaka özelinde analiz eden yasakoyucu yargıç) metodu arasında mutlak bir tercih yahut tercih sıralaması önermez[69]. Önemli olan tecrübe edilmekte olan, önümüze gelen vakaya göre bir seçim yapmaktır ve bu yüzden Cardozo'nun nezdinde tek bir akait geçerlidir: her adımda bizleri bir seçim yapma zahmetinden kurtaracak bir akait olmadığı akaidi[70].

Posner, *The Problems of Jurisprudence* isimli eserinin son bölümlerinde ise şöyle der: "Hukuk, kutsal bir metin değildir; genellikle belli belirsiz bir biçimde politik ve etik kanılarla tahdit edilmiş yavan bir toplumsal pratiktir." Ancak bu vaziyete rağmen, hukuk akademisinin hukuka dönük reveransta bulunan, hatta kutsalına tapınan bir ruhban gibi davranışını eleştirir. Çünkü vaziyet böyleyken, umursamazca kenara itilen şey, hukukun kendi içinde sınanması, değişimi ve geliştirilmesidir; bu da Posner'a göre, söz konusu ruhbanların hukuktaki kutsal ineklere dokunmak istememesinden kaynaklanır[71].

65 P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens&Sons, London, 1987, s. 6-7.

66 Bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.25; Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.456-8.

67 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.460.

68 Bir deyimdir, "Lafla peynir gemisi yürümez" benzeri bir anlamı vardır.

69 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.36. Bununla birlikte formalizme karşı sosyoloji metodunun (belli başlı çekinceler ve kayıtlar sunmakla beraber) üzerinde biraz daha fazla durur.

70 Cardozo, *The Growth of Law*, Yale University Press, Oxford University Press, 1924, New Haven, London, s.65.

71 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.467.

2- *İlerlemecilik* (*Progressivism*)

Posner, pragmatist yargıç ile pozitivist yargıç arasındaki en önemli farkı şöyle ifade eder: "pragmatist yargıç geçmişe reverans ile eğilmez." Geçmiş zaman ve geçmiş kararlar, kendi başına değerli değildir, şimdi ve *gelecek* ile ilişkileri uyarınca değerlidirler[72]. Bu yüzden Cardozo, Fransız hukukçularından ilhamla, yasaların *le sens evolutif* yani evrimsel anlamda yorumlanması gerekliliğinden bahseder[73]. Yargıç yasakoyucunun koyduğu sınırlar içinde kuralı somut olaya uygularken sadece amacı takip etmez, bunu sosyal değişime uygun biçimde yürütür; zira amaçlar da evrim halindedir, sabit değildir[74]. Bu anlayış, felsefi pragmatizmin, düşünme ediminin geleceğe yönelikliğini savunup, bunun üzerinde kendini oluşturması ile son derece paraleldir[75].

Hukuki akıl yürütme ve karar vermede meşruiyetin geçmiş karar birikimine dayandırılması alışkanlığı ve bu konudaki normatif zorunluluklar, bir yanıyla hukuki güvenlik (hukuki istikrar) gerekliliğiyken diğer yandan hukukun gelişimi açısından kimi zaman problem halini alabilmektedir. Pragmatistler genellikle bardağın boş yanına, yani işin problem yaratan boyutuna dikkatlerini yöneltirler. Bu konuda sıklıkla dile getirilen husus, yargıçların, emsalleri reddettiklerinde hukuku uygulamanın önüne geçtikleri ve bir yaratım faaliyetine girişmiş olduklardır[76]. Bu, dogmatik hukukçuluk açısından pek kabule şayan bir durum olmasa da, Posner dogmatizmin el üstünde tuttuğu istikrar ve süreğenlik kavramlarına çok büyük bir değer biçmez, zira istikrar sağlayan karar kötü bir gidişatın devamı da olabilir[77]. İstikrarlı bir biçimde su almanın batan gemiye faydası olmaz. Dolayısıyla yargıç, devamlı surette, ileriye dönük öngörüye dayalı (*forward-looking, ex ante*) bir bakış açısına sahip olmalı ve yargılama işlevini bu bakış açısı doğrultusunda yürütmelidir. Bu yüzden emsale uyup uymama konusunda pragmatist yargıç gözü kapalı davranmaz, ileriye dönük olumlu kazanımlar söz konusuysa emsali reddedebilir, fakat sadece konjonktürel bir kazanım için hukuki belirlilik alt üst edilecekse de emsale uymamazlık etmez, uyar[78].

Yani mesele, kreatif yargıçlık meselesidir. Realist tezlere göre, Amerikan hukuk felsefesi literatüründe "zor dava" (*hard case*) olarak adlandırılan davalarda yargıç bir nevi yasakoyuculuk yapar; Dworkin bu anlayışı benimsemez ve eleştirirken[79], Posner genel olarak kabul eder. Şöyle ki; zor davaların nedenleri, çoğu zaman hukuk sistemine henüz duhul etmemiş meselelerin ortaya çıkışlarıdır ve bu durumlarda hukuk

72 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.261.

73 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.84-85.

74 Sezal Çınar Özkan*, Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar,* (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, Ankara, s.100.

75 James, *Pragmatizm*, s.93.

76 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.244.

77 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.241.

78 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

79 Cotterell, *Politics of Jurisprudence,* s.187.

sessiz kalıyormuş gibi görünmektedir. Bunların çözümünde Posner, doğal hukukçu bakış açısını çok sezgisel bulur; bunun yerine sonuçsalcı ve ilerlemeci bir pragmatizmi savunur. Zor davalarda pragmatist yargıç, yasakoyucunun zorluk ortaya çıkaran enteresan duruma ilişkin bir norm üretmediğine sığınarak "üzgünüm, uygulanabilir bir yasa yok" diyemez[80]; konuyla bir şekilde alakası kurulabilir normların (anayasal normlar, yasalar yahut emsal kararlar) varlığı durumunda ise bunları sadece birer bilgi kaynağı olarak görür ve karar verme özgürlüğünü bunlarla sınırlamaz[81]. Örneğin doğal gaz ve petrol hakkında bunların mülkiyet durumunu doğrudan düzenleyen bir normatif düzenlemenin henüz yapılmamış olduğu bir dönemde, söz konusu emtianın sahipliği ile alakalı ne tip bir yargısal tutum sergilenecektir? İlk ihtimal, yargıcın yargısal sınırları aşmayacağını bildirmesi, dolayısıyla yeni bir kural yaratamayacağını kabul etmesidir. Bu durumda yasakoyucunun olayı çözmekten imtina etmiş olacağı ve bilinmezliğinin giderilmesi bir sosyal ihtiyaç halini almış söz konusu problemin yasakoyucu devreye girene dek bekleyeceği aşikardır. Bu ise pragmatik açıdan kabul edilebilir değildir. İkinci ihtimalse analojidir, yani yeni bir kural yaratamayacağını kabul eden mahkeme bu emtiayı, var olan en yakın hukuk kuralının içeriğine dahil eder (*subsumption*). Gerçekten de zamanında petrol ve doğal gazın mülkiyeti Birleşik Devletler'de bir sorun olmuş[82] ve analojiye elverişli iki mevcut kural üzerinden tartışma yapılmıştır. İlk kural, yabani hayvanların sahipliğini düzenleyen bir hukuk kuralıdır; buna göre "hareketli kaynakların" (*mobile resources*) mülkiyeti zilyetliğe bağlı tutulmaktadır. İkinci kural ise petrol ve doğal gazın gayrimenkul mülkiyeti (*stable property*) olarak kabulüdür, tıpkı toprak mülkiyeti gibi, resmi bir kayıt ile (tapu kaydı gibi) mülkiyet elde tutulmuş olur. İşte bu iki analojik ihtimal üzerinden Posner hem pozitivist bir yargıç ile pragmatist yargıç arasındaki farkı ortaya koyar, hem de pragmatist yargıcın ilerlemeci ve sonuçsalcı bakış açısını örneklendirmiş olur. Sözgelimi doğal gaz ve petrol, *ferae naturae* nitelikleri[83] uyarınca vahşi hayvanlara dair kuralın içine alınmış olsun (Posner sadece bu ihtimal üzerinden bir değerlendirme yapar, tapu kuralının benimsenmesi ihtimalini değerlendirmez). Bu durumda Posner'a göre pozitivist yargıcın kuralı yorumlaması şu şekilde gelişir; eğer zilyetlik bir şart ise o zaman petrol ve gaz pompalanıp yeryüzüne çıkarılmadıkça mülkiyete alınamaz; dolayısıyla o, bunu kuralın mantıksal tasımından çıkararak bir şart sayar, başka bir şeyle ilgilenmez. Ama pragmatist bir yargıç, bu kuralın benimsenme ihtimalini ileriye-bakışlı bir biçimde değerlendirir, ayrıca uzman görüşlerinden ve bilimsel verilerden de yararlanır, zira hukukun içine yeni giren bu emtianın niteliklerinin *bilinmesi* icap eder, keza pragmatizm de *en iyi sonuç*[84]

80 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.258.

81 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.5.

82 Örneğin Bkz. Wm. E. Colby, "The Law of Oil and Gas: A Consideration of Landowners' Rights, Particularly as Developed in California", *California Law Review*, Vol.XXXI, No.4, September-1943, ss.357-404.

83 Doğaları gereği, sahibinin iradesi hilafına hareketlilik arz edebilen varlıklar kastedilir. Özellikle doğal gaz ile vahşi hayvan analojisinde bu nitelik kullanılmıştır. Bkz. Colby, "The Law of Oil and Gas", s.361.

84 Posner "en iyi" kriterini, "pratik akıl", "makuliyet" ve "etkililik" kriterleriyle birlikte pragmatik yargı-

için her türlü yolun denenebilirliğini savunur. Buna göre, kuralın çıktısı olan pompalanıp çıkarılma şartının suistimallere de davet çıkaracağı görülebilecektir. Zira petrol ve doğalgaz rezervleri yeraltında akışkandır, genişlemecidir, yeryüzündeki mülkiyet sınırlarının pek çoğunun birden altında yer alabilir; dolayısıyla zilyetliğe bağlı hareketli kaynakların mülkiyeti kuralı kabul edilirse, bir pompalama yarışı başlayabilir ve kaynakların iktisadi olmayan bir biçimde kullanılmasına, israf edilmesine açık kapı bırakılmış olur[85]. Bu da pragmatizme göre gelecek için en iyi sonucu vermez.

Hukuki pragmatizm ilerlemecilikle bağlantılı olarak aynı zamanda *evrimsel* bir hukuk nosyonuna da sahiptir. Bu, hem hukukun içeriksel evrimi hem de tatbiki meselesi ile ilgilidir. Özellikle hukukun evrimi meselesi Holmes ve Pound gibi hukukçularca gayet pragmatik bir bakış açısıyla işlenmiştir. Bu bakış açısı pragmatist felsefenin sosyal kurumlarda adaptasyon meselesine dönük Darwinist etkilenimleri ile uyumlu bir biçimde gelişmiştir. Dewey, Holmes'ün düşüncelerindeki bu evrimselci boyuta "Antropoloji ve Hukuk" başlıklı kısa yazısında dikkat çekmiştir. Keza Cardozo da, işlevini yitirmiş kuralların kullanılırlıklarıyla birlikte meşruiyetlerini de tedricen yitireceklerini vurgular. Benzer şekilde, genel olarak Holmes'te vurgulanan da kuralların işlevi ile alakalı biçimde işleyen tedrici bir oluş/yok oluş sürecidir[86].

3- Sonuçsalcılık (*Consequentalism*)

Pragmatist, örneğin, insanın özgür iradesi vardır önermesinin bir hakikat olup olmadığını soruşturmaz, bu önermeyi kabul etme yahut reddetme durumlarımızda *bizim için* ne neticelerin ortaya çıkacağını soruşturur. Bu nedenle pragmatist ileriye-bakışlıdır ve anti-gelenekselcidir.[87]

Yoruma dayalı karar vermenin esasının, alternatif kararların neticelerinin göz önünde bulundurulmasından ibaret olduğunu ve sonuçsalcı değerlendirmeye ilerlemecilik bahsinde doğal gaz ve petrol mülkiyeti meselesi kapsamında değinmiştik. Buna göre sonuçsalcı bir biçimde önündeki davaya bakan yargıç, uygulayacağı kuralların ve yapacağı yorumların muhtemel sonuçlarını birbiriyle karşılaştırır ve pragmatist bir bakış açısına sahipse, pragmatik açıdan *en iyi* sonuca yönelir. Ancak bu sonuçsalcılık en iyi sonuçlarla ilgilidir, salt yakın sonuçlarla ilgili değildir.

Hukukun gelecekte daha iyi bir noktaya erişmesi için, somut meselede mümkün olan en iyi kararı vermek adına sonuçsalcı değerlendirmeyi salık vermede Posner'ın kendine has bir konumu vardır. Zira kendisinin pragmatist birer öncü kabul ettiği Holmes ve Cardozo'da bu tip açık bir sonuçsalcı bakış açısı görememekteyiz. Söz konusu yazarlar

lama kriterleri olarak belirtir. Kimi yazarlar "en iyi" kriterini sübjektif bir değerlendirmeye açık bulup açık bir standart oluşturmadığı için eleştirmektedirler, kimileri ise Posner'ın bu kriterle refah maksimizasyonunu ifade ettiğini savunurlar. Tartışma için bkz. Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.89.

85 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.258; Posner, "Pragmatic Adjudication", s.6-7.

86 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.4. Pragmatizm ile Darwinizm arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Bacon, *Richard Rorty*, s.27.

87 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.6.

ilerlemecidir, formalist ve mekanikleşen düşünce kısıtlarının dışına çıkarak somut olaya özgülenen deneyimsel bir perspektif ortaya koymaya çalışırlar; ancak bunda açık bir sonuçsalcı metot görülmez.

Dworkin'in hukuki pragmatizme yönelttiği eleştirisinde en fazla vurguladığı noktalardan biri bu ilerlemeci ve sonuçsalcı özelliğe dönüktür. Zira bu anlayıştaki pragmatist bir yargıç, olası sonuçları ciddiye alır fakat "hakları ciddiye almaz"[88]. Daha iyi bir toplumsal düzenin nasıl sağlanacağı sorunu, pragmatist yargıcın kişisel değerlendirmelerine teslim edilir ve Dworkin bunu "Haklar Olmaksızın Hukuk" ("Law Without Rights") alt başlığında eleştiriye tutar. Bu pragmatist anlayışa göre haklar sadece iyi bir geleceğin hizmetçisi olabilir[89]. Oysa Dworkin'e göre, hukukun bütünsel bir biçimde ele alınması gerekir; bu bütünsellik içerisinde geçmiş kararlar, yasakoyucunun çıkardığı kurallar ve söz konusu hukuki evrende tedricen gelişmiş ve hukukun temelindeki siyaset felsefesini yansıtmakla beraber artık siyasalardan da farklılaşmış olan hukuk ilkeleri bulunur. Yargıç bu bütünsellik perspektifi içerisinde, hukuki çözümlerin en zor olanlarını dahi gene hukukun sınırları içinde kalarak ve hukukun dahili kaynaklarını kullanarak bulmalıdır. Bu, Dworkin'e göre, pragmatizmin hassasiyeti olan "yaratıcı yargıç" sorununa kesinlikle karşı bir tutum değildir; aksine hukukta yaratıcılığa imkan tanır fakat bunu "yasakoyucu yargıç" figürü üzerinden hukuku siyasallaştırmak suretiyle demokratik düzeni sarsıcı yetki gasplarıyla yapmaz, hukukun iç olanakları dahilinde "yorum" üzerinden yapar[90].

Hakları ciddiye almayan bu pragmatist anlayış nedeniyle Dworkin'e göre hukuk güvenliği alt üst olur. Çünkü yukarıda da altı çizildiği üzere hukuki pragmatizm, hukukun sosyal araç yapılabilme fonksiyonunu ön plana çıkarır[91]. Genel pragmatist felsefe ile örtüşür şekilde, geleceğe dönük pratik yararı ve toplumsal iyiyi kurmayı amaç edinir; bu nedenle pragmatist yargıçlar biçimsel adalet ve hakkaniyet için geçmişle uğraşacağına, toplumun iyiliği için en iyisini yapmalıdırlar. Dworkin'e göre bu durum hukukun bütünselliğinin bozulması, yani gerekirse emsallere uyulmaması ve hukuki ilkelerin görmezden gelinebilmesine kapı aralar. Bu açılardan, pragmatizm toplum mühendisliğine yaklaşan hukuki realizm ile yakınlık arz eder. Dworkin'e göre pragmatist yargıçlar, yasa ve emsallerle oluşan haklar *varmış gibi* davranacaklar (*as-if strategy*), toplum için iyi olduğunu düşündükleri kararı sanki bu haklardan çıkarmış gibi gösterecek-

88 Hakları ciddiye almayan bu yargıç güçlü bir takdir yetkisine tutunur ve Dworkin bu anlayışı ciddi şekilde eleştirir. Bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yay. 2010, İstanbul, s. 139.

89 Dworkin, *Law's Empire*, s.160.

90 Bu hususta daha detaylı ve doyurucu bir tartışma olarak bkz. ve karş. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.168-177 (özellikle s.171).

91 Benzer şekilde, Roscoe Pound'ın araçsalcı-pragmatist hukuk yaklaşımına ithafen hukukun sosyal mühendislik aracı yapılmasıyla ilgili olarak bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.152-162.

lerdir[92]. Yani esasen pragmatizm, haklar *varmış gibi* davranırken bu hakları ciddiye almamaktadır. Amaç edindiği toplumsal iyiyi kurmak ise aslında politik bir iştir. Yani pragmatizmle aslında yargıçlar politika yapar veyahut politikacılar yargıç **c**übbesi giyer[93]. Posner'ın bu eleştiriye cevabı ise kısa ve öz biçimde emsal kararların doğaları üzerinedir; onların mahkemelerdeki kuvvetlerini salt epistemik bir kuvvet olarak görmemek gerekir, aslında bunların kuvvetleri politiktir[94]. Bunlara temel oluşturan geçmiş siyasalara da -eğer ileriye dönük bir fayda üretmiyorlarsa- bağlı kalmanın pragmatik açıdan makuliyetinden bahsedilemez. Bu yüzden gerek emsalleri reddetmek biçiminde olsun, gerekse yeni ve yaratıcı çözümler icat etmek biçiminde olsun, yargıç sadece hukuku bulmakla uğraşmaz aynı zamanda hukuku yaratır. Posner bu "yasakoyucu yargıç" imajını pek çok yazısında tekrar tekrar vurgular[95].

-III-

Neo-Hukuki Pragmatizm ile Eski Pragmatist Hukuk Görüşleri Arasındaki Birtakım Farklar

Posnerci neo-hukuki pragmatizmin, Peirce, James ve Dewey'nin ağırlık gösterdiği klasik felsefi pragmatizmden ziyade, Rorty güdümündeki neo-pragmatizmden etkilendiğini söylemiştik. Bu iki felsefi pragmatizm arasındaki temel farklılaşma noktaları şu şekilde gösterilmektedir: Klasik pragmatizm, eleştiri getirdiği kartezyenizmin "bilinç" kavramı yerine "eylem"i getirmiş, Rorty ise eylem yerine "dil"i ikame etmiştir. Rortyci pragmatizm, belirli bir özden hareket etmemiş (anti-temelselci), bir hakikat iddiasında olmayıp bunun epistemolojik bir karşılığının da olmadığını savunmuş (anti-epistemolojik), bunların yanında bir de dilin doğanın mutlak bir temsili olmadığı fikri üzerinde kendini yapılandırmıştır (anti-temsiliyetçilik). Bunların yanında Kuhncu paradigmadan etkilenerek klasik pragmatizmin bilimsel metoda yaptığı vurguyu yumuşatıp, "kültür" kavramına ağırlık vermiştir[96].

Posner kimi eserlerinde pragmatik düşünme tarzının hukuki akıl yürütmeye ne kattığını tartışırken, "felsefi pragmatizm" ve "günlük/tatbiki pragmatizm" (*everyday/applied pragmatism*) gibi ayrımlara başvurur ve hukuki akıl yürütmeye esas olarak günlük pragmatizmin katkı yaptığını savunur. Ona göre "günlük pragmatizm": soyut teoriye sahip olmayan, hedef merkezli ve insanın çeşitli değerlerine ve ideallerine kolaylıkla adapte olabilen, yeniliklere açık, zıtlıkları uzlaştırabilen, ilke olmaksızın politika üreten ama bu politikliği kamu düzeni içinde düşünerek olasılıklardan en iyiye yönlenme biçiminde sergileyen

92 Dworkin, *Law's Empire,* s.154-155.

93 Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak*, s.138-139.

94 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.455-456.

95 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1657; Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s. 457; Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

96 Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar,* s.30, 36-7, 43, 54-5; Deniz Kundakçı, *Pragmatizm vs Post-Marksizm: Rorty ve Laclau-Mouffe Örneğinde İki Farklı Demokratik Siyaset Anlayışı*, Hiperlink Yay., 2015, İstanbul, s.47.

düşünme ve eylem tarzıdır[97] Buna karşılık felsefi pragmatizm ile hukukun çok alakalı olmadığı gibi açıklamalarda bulunur, ancak bunların çok manalı olduğu da söylenemez; zira pragmatizmin doğuşundan bugüne ilerlemecilik adına dogmatizme karşıt bir felsefe olduğu malumdur. Posner'ın bu ayrımının ardında, neo-pragmatizmin ve onu semantik ve dil felsefesi bağlamında yürütüldüğü akademik felsefe tartışmalarının olduğu ve hukukun esasen bunlarla doğrudan alakalı olmadığı ise düşünülebilir.

Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?" başlıklı makalesinde pragmatizmin hukuka ne önerebileceğini sorgular. Bu sorgulamanın akabinde Cardozo'nun ünlü eserinin bu önerilerin ne kadarını karşılayabildiğini değerlendirir. Posner, diğer eserlerinde de, kendisine öncü kabul ettiği Holmes ve Cardozo'yu yer yer eleştirmekte, onların hukuk ve yargılama felsefelerindeki zaafiyetlere temas etmektedir.

Holmes, Posner'a göre, hukuki pragmatizmin önemli ve belki de ilk temsilcisi olmakla birlikte, aynı zamanda pragmatizme pek uymayan bazı düşüncelere de sahiptir. Bunların başlıca ikisi; *(i)* ekonomik bazı verileri yargılamada çok fazla değerlendirme yanlısı olmaması, bu konudaki ilgisizliği, *(ii)* geçmiş kararlara uymama konusunda genel isteksizliğidir[98]. Holmes, sosyal bilimlerin verilerinin hukukta kullanımına açık kapı bıraksa da, Posner'a göre bu yeterli olmamıştır, hatta öjenizme dair sağlam inancı onu *Buck v. Bell* vakasındaki hatalı karara sürüklemiştir[99]. Ayrıca bu kesin inancın, pragmatizmin şüpheci ve sorgulamacı ruhuyla da pek uyuştuğu söylenemez. Bunun dışında Posner'ın Holmes'a yönelttiği bir başka önemli eleştiri ise onun yargıcı boşluk yasakoyucusu (*interstitial legislator*) olarak tarifininin ayrıntılarıyla alakalıdır; ona göre Holmes yargıç ve yasakoyucu arasındaki çok sayıda farkı gözetmeden yaptığı bu yargıç tarifiyle, çeşitli yanılgı ve karışıklıklara sebebiyet vermektedir[100].

Posner, Cardozo'nun pragmatizmine dönük değerlendirmelerini ise somut olarak *The Nature of Judicial Process* kitabı üzerinden yapar. Posner'a göre, Cardozo bu kitabında formalizmin zayıflığına karşı açık ve net bir duruş sergiler; pragmatik yargılama felsefesinin güzel bir örneğini sunmakla beraber, bunun bugünkü başlıca tartışma başlıklarını oluşturan ifade özgürlüğü, niyet ve neden-sonuç ilişkisi gibi konuların pragmatik değerlendirmesine yer vermemiştir; yasama faaliyetine karşı realist bir bakış açısına sahip değildir ve bu mevzuun yorumuna da ilgisizdir; hukuka ekonomik bir metodoloji ile yaklaşımı söz konusu değildir, hatta bu ve bunun gibi bilimsel metodolojilerin hukukta

97 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.50-51.

98 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

99 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.9. Amerikan Yüksek Mahkemesince görülen 1927 tarihli bu davada, özellikle zihinsel yetersizlikleri olan insanlara "devletin sağlığını koruma amacıyla" zorunlu kısırlaştırmayı öngören bir eyalet yasasının prosedürel açıdan Anayasanın 14. Tâdil'ine aykırı olmadığına karar verilmiş ve Holmes bu kararda "Üç nesil embesil kâfidir" biçiminde sansasyonel bir ifade kullanmıştır. Bkz. *Buck v. Bell*, 274 U.S. Supreme Court (1927), s.208.

100 Bkz. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

kullanımına yaklaşık elli yıl uzaktadır; retoriktir fakat bu hukuki retorik sevimli ve hukukçu olmayanları da kucaklayan bir görüntüde olmakla beraber analitik değildir[101].

Posner'in genel olarak Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk akımlarına eleştirileri, eski hukuki pragmatizm yaklaşımlarına eleştirileri olarak addedilebilir. Kendi görüşlerini bu akımların devamı olarak görmemekte, sadece bazı genel hususlarda benzeştiklerini dile getirmektedir. Ayrıca kendi pragmatik hukuk teorisinin, realizmin bir türevi olarak değerlendirilen Eleştirel Hukuk Çalışmaları'yla da alakalı olmadığına da vurgu yapar.

Amerikan hukuki realizm akımı, formalizm eleştirisi bağlamında kendi dönemi içinde gayet özgürlükçü bir akım oluşturmuş, bununla birlikte zemini felsefi ve semantik bir zemin değil politik bir zemin olmuştur. Ayrıca realizmin bir metottan yoksun oluşu, hukuk teorisindeki zaafiyetleri ortaya koymanın dışında çözüm konusunda bir fark üretilebilmesine mani olmuştur[102]. Hukuki pragmatizm ise, Posner'ın iddiasına göre, realizm gibi politik bir zeminde kurgulanmamış, ayrıca gelişkin bir metodolojik içeriğe sahip olmuştur. Posner hukuki pragmatizmin gene realizm gibi politik bir zeminde inşa olunan Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) ile de aynı sebeple yakınlığının kurulamayacağından bahseder. EHÇ'nin önde gelenlerinden Duncan Kennedy'yi "fareli köyün kavalcısı" olarak tarif eden Posner, onun yargılama felsefesini "postmodern" bir felsefe olarak niteler ve pragmatik yargılama felsefesinden ayrı tutar[103].

Sonuç

Toparlamak gerekirse, Posner bir eserinde pragmatist felsefecilerin pragmatik düşünme karakterlerini överek, bu tip bir bakış açının aslında hukuku hukuk akademisine sinmiş klasik-dogmatik hukukçu bakış açısından daha iyi kavrayıp açıkladığını iddia eder. Buna göre pragmatizm ilgili olduğu sorunlara "somut, tecrübi ve illüzyonsuz bir biçimde, insan aklının kısıtlılıklarının, insan bilgisinin darlığının, kültürler-arası transfer olanaklarının zorluğunun, hakikate erişilemezliğin, bir araştırmada farklı araştırma yollarının açık tutulmasının sonuçsal öneminin ve söz konusu araştırmanın toplumsal ve kültürel bağlılıklarının farkındalığıyla ve herşeyin ötesinde toplumsal düşünce ve eylemlere *kendinde amaçlar* olarak değil de kıymet biçilmiş beşeri amaçların vasıtaları olarak kıymet biçilmesinde ısrarla" yaklaşır[104]. Bu çerçevede Posner bir makalesinde, özlü bir biçimde, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmin ilişkiselliğinin, ortodoks ve dogmatik düşünceyi sarsmaya olanak veren, böylelikle sorgulama ve araştırma güdülerini harekete geçiren bir şüphe

101 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1669-1670.

102 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1658-9; Hatta Posner ile genel olarak husumetli gözüken Dworkin de hukuki realizmin politikliği hususunda onunla aynı fikirdedir. Bkz. Dworkin, *Law's Empire*, s.162.

103 Detaylı bilgi için Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.266 vd.

104 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.465.

cesaretini ortaya çıkardığını söylemektedir[105].

Yargıcın pozitivist görüşlere nazaran daha aktif bir hukuk süjesi olarak tasarlanmasının gerekçesini ise Posner, Anglo-Amerikan hukuk sistemi özelinde verir. Amerikan yasaması bir yandan tricameralisttir[106], bu yüzden yapısal olarak, çalışması seri ve ivedi değildir; diğer yandan bir hukuki-politik kültür yansıması olarak Avrupa yasama organlarına nazaran daima daha ağırkanlı olmuştur. O yüzden toplumsal değişime koşut biçimde hukuki değişimin yükü hep yargıçların omuzlarında olmuştur[107]. Pek tabii ki Posner'ın bahsettiği yapısal özellik ile kültürel özellik birbirlerinin sebebi ve sonucudur, altlarında *laissez-faire* liberalizminin siyasi kültürü olduğunu görmek çok zor değildir. O yüzden, az evvel bahsettiğimiz üzere, Posner'ın Hukuki Realizm ve EHÇ'yle kendi pragmatist teorisini ayırmakta kullandığı politik-apolitik kriteri aslında manasız kalmaktadır.

Bunun dışında, Posner'ın pragmatik düşünme tarzının hukuki akıl yürütme felsefesi üzerinde etkinliğini vurgulaması dikkate değerdir. Bu yüzden onun pragmatizmin belalısı gibi gözüken Dworkin'in dahi pragmatizmden epeyce etkilendiği iddiası da boş bir iddia değildir. Örneğin Dworkin'in yargısal faaliyetin işleyişi sürecini tarif ederken kullandığı zincirleme roman (*chain novel*) benzetmesi pragmatik unsurlarla bezeli bir benzetmedir. Benzetmede yargıç, kendinden önceki yazarlar tarafından başlatılmış bir hikayeyi sürdürmeye çalışan bir yazar gibidir. Yazar bu hikayeyi mümkün olabilecek "en iyi" hale getirmeye çalışmalıdır (en iyi sonuç). Bunun için daha önce yazılmış olanlardan kopuk olmamalı, onlarla tutarlılık sergilemelidir (uyum, tutunum, *adoptive capacity*). Bu yolla, mevcut verileri, yani malzemeyi makul biçimde kullanmalı (*reasonableness*) ve hikayeyi ileriye taşıyacak bir katkıda bulunmalıdır (pratik fark). Yazarın görevi hikayeyi ileri taşımak (*progressivism*) olduğu için kalkıp da kişisel edebi hazzına yönelemez (sübjektivizm-karşıtlığı)[108]. Dikkat edilirse açıklamaların ardına koyduğumuz ilişkili parantez içi açıklamalar, yukarıda izah ettiğimiz biçimde pragmatist hukukçuların hukuki pragmatizmi tariflerinde kullanılan anahtar kavramlarla aynıdır. Tek fark, geçmişle tutarlılık noktasında oluşmaktadır. Geçmişle asgari bir tutarlılık dahi arz etmeyen bir kararın sistem içinde tutunumunun mümkün olamaya-

105 Hatta Posner ortodoksi ve dogmatizmin ortaya çıkışı açısından teoloji, felsefe ve hukukun önemli derecede paralel kavramsal yapılanmalar olduğunu iddia eder, öyle ki bunların her biri birbirini etkiler ve bir tanesinde oluşacak şüpheci sarsıntı diğer hepsinde sarsıntıya neden olur. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.20.

106 Yani Başkan, Senato ve Temsilciler Meclisi olmak üzere üçlü bir sisteme dayanır.

107 Bu yüzden Posner, pragmatist olmadığı müddetçe yargıcın bu yükü kaldıramayacağını düşünür. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory,* s.247.

108 Dworkin'in zincirleme roman benzetmesinin bu tarifi doğrudan Cotterrell'den alınmıştır; ilişkili parantez içleri ise tarafımca eklenmiştir. Bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.173. Karşılaştırınız: Dworkin, *Law's Empire*, s.228-238. Ayrıca bkz. ve karşılaştırınız: Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İÜHFM, C:LXI, S:1-2, 2003, ss.35-83, s.41-44.

cağını Cardozo kabul etmiştir[109]; fakat bu hususta Posner daha radikal bir görüntü vermiş, geçmişe sadece bilgi birikimi olarak değer biçmiştir.

Bu liberal düşünce zemininde, Rorty pragmatizminin siyaset felsefesine yansımaları ile Posner'ın hukuk felsefesi arasında ilişkiler kurulabilir. Zira Rorty'nin ideal liberal toplumunda "doğruluk ve değer soruları, farklı yaşam biçimleri arasında karar vermek için adil prosedürlerin lehine olarak bir kenara bırakılmalıdır"[110]. Posner'ın ahlaki açıdan çoğul ve heterojen olan modern toplumun hukukunu sabit temellere dayandırmamasının, doğruluk konusunda pragmatik esnekliği muhafaza etmesinin ve zor meseleleri kültürel göreceliliğe havale etmesinin ardında da bu türden bir idealin olduğunu görmek zor değildir. Bu esneklikle birlikte, hukukun sosyal refah gibi ekonomik yöntemlerle nesnellik zemininin oluşturulabileceği bir amaca özgülenmesi ise onun pragmatizmi ile ekonomik hukuk yaklaşımı arasındaki bağı kurar. İşte bu noktada ortaya attığı ekonomik "etkinlik yahut verimlilik" (*efficiency*) kriteri ise, geçmişten devralıp *benimsemek* biçiminde olmaksızın, ileriye dönük biçimde hukuki değerleri *oluşturmaya* kapı açacağı için, onun hukuki dogmatizm olarak isimlendirdiği cenahtan gelecek eleştirilerden kaçamayacağını açık bir biçimde göstermektedir.

109 Bkz. Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.468, 473.
110 Bacon, *Richard Rorty*, s.96.

KAYNAKLAR

- AKMAN, Şefik Taylan; *Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, İmge Kitabevi, 2016, Ankara.
- ATİYAH, P.S.; *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens&Sons, London, 1987.
- BACON, Michael; *Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm,* (Çev. Banu Özdemir), Elips Kitap, 2010, Ankara.
- CARDOZO, Benjamin N.; *The Nature of Judicial Process*, 8th.print., New Haven: Yale University Press, London: Humphrey Milford Oxford University Press, 1932.
- CARDOZO, Benjamin N.; *The Growth of Law*, Yale University Press, Oxford University Press, 1924, New Haven, London.
- COLBY, Wm. E.; "The Law of Oil and Gas: A Consideration of Landowners' Rights, Particularly as Developed in California", *California Law Review*, Vol.XXXI, No.4, September-1943, ss. 357-404.
- CORNFORTH, Maurice; "Pragmatizm" (Çev. Tonguç Ok), *Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi- Amerikan Felsefesi,* Doğa Yay., 2005, İstanbul, ss.47-97.
- COTTERRELL, Roger; *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworths, 1989, London, Edinburgh.

- ÇINAR ÖZKAN, Sezal; *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar,* (Yayınlanmamış Doktora Tezi - Danışman: Gülriz Uygur), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, Ankara.
- ÇINAR ÖZKAN, Sezal; "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 2013, ss. 85-98.
- DEWEY, John; "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss. 30-38.
- DEWEY, John; "Antropoloji ve Hukuk", (Çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, Cilt:4, Sayı:2, Mart-Nisan 2017, ss. 35-40.
- DİNÇ, Uğur; *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Kitabevi, 2014, İstanbul.
- DURKHEİM, Émile; *Pragmacılık ve Toplumbilim*, (Çev. Özer Ozankaya), Cem Yay., 2016, İstanbul.
- DÜLGER, Muzaffer; "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss. 449-478.
- DWORKİN, Ronald; *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, Cambridge.
- DWORKİN, Ronald; *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Cambridge, London.
- FİCH, Max H.; "Was There A Metaphysical Club in Cambridge: A Postcript", *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, Vol.17, No.2, Spring-1981, ss. 128-13.
- GÜRKAN, Ülker; *Sosyolojik Hukuk İlmi*, AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, 1961, Ankara.
- HAACK, Susan; "On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?", *Pragmatism Today: The Journal of The Central-European Pragmatist Forum,* Vol.III, Issue:1, Summer-2012, ss. 8-31.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell; *The Common Law,* Little, Brown and Co., Boston, 1881.
- HOLMES Jr. Oliver Wendell; "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol 10, No 8, 1897, ss 457-478.
- IŞIKTAÇ, Yasemin; METİN, Sevtap; *Hukuk Metodolojisi,* Filiz Kitabevi, 2010, İstanbul.
- JAMES, William; *Pragmatizm: Kimi Eski Düşünce Biçimleri İçin Yeni Bir İsim*, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim, 2015, İstanbul.
- KUNDAKÇI, Deniz; *Pragmatizm vs Post-Marksizm: Rorty ve Laclau-Mouffe Örneğinde* İki Farklı Demokratik Siyaset Anlayışı, Hiperlink Yay., 2015, İstanbul.
- LUBAN, David; "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, September-1996, s. 43-74.

- METİN, Sevtap; "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C:LXI, S:1-2, 2003, ss. 35-83.
- PİHLAJAMÄKİ, Heikki; "Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2 (Spring-2004), ss. 469-487.
- POSNER, Richard A.; "What Has Pragmatism Offer to Law?", *Southern California Law Review*, Vol.63, 1990, ss.1653-1670.
- POSNER, Richard A.; "Pragmatic Adjudication", *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, 1993, ss. 1-20.
- POSNER, Richard A.; "Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", *Arizona State Law Journal*, Vol:29, 1997, ss. 377-388.
- POSNER, Richard A.; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London.
- POSNER, Richard A.; *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, Cambridge, London.
- POSNER, Richard A.; *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003, Cambridge, London.
- RORTY, Richard; *Felsefe ve Doğanın Aynası*, (Çev. Funda Günsoy Kaya), Paradigma, 2006, İstanbul.
- SULLİVAN, Michael; SOLOVE, Daniel J.; "Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism", *Yale Law Journal*, Vol.113, 2003, ss. 687-741.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yay., 2010, İstanbul.
- WARNER, Richard; "Legal Pragmatism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,* 2nd. Edition. (Ed: Dennis Patterson), Wiley-Blackwell, 2010, United Kingdom, ss. 406-414.

Platon'da Devlet - Adalet İlişkisi

Mehmet Eren GEDİKLİ[1]

Giriş

Hukuk felsefesinin en temel soru(n) larından birisi adaletin neliği, mahiyeti problemi başka bir deyişle "Adalet Nedir?" sorusudur. "Adalet Nedir?" sorusu yaklaşık 3000 yıllık düşünce tarihinin kadim sorularından biridir ancak elimizde bulunan eserler açısından bu konuda yazılmış en eski ve belki de ilk felsefi inceleme Platon (M.Ö. 427 - 347) tarafından "Devlet"[2] adlı diyaloğunda gerçekleştirilmiştir. Biz de bu bildiride Platon'un adalet anlayışını onun bu diyaloğu çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

Adalet denilince aklımıza Platon'un da soruşturmasında yer verdiği gibi birçok farklı tanımlama gelebilir. Örneğin; adalet, güçlünün çıkarına olandır. Adalet, yasalara uymaktır. Adalet, tarafsızlıktır. Adalet, ekonomik eşitliktir. Adalet, kendimize ya da başkasına yapılan haksızlığın karşılığını bulmasıdır. Adalet, insanın vicdanıdır vb.[3] Ancak Platon söz konusu olduğunda ona göre adalet tüm bu ifade ettiklerimizden daha temel bir anlam barındırır. Peki, Platon'a göre adalet nedir? Bu sorunun cevabını verebilmek için çok kısa da olsa onun metafizik ve devlet anlayışına değinmemiz gerekmektedir. Çünkü Platon felsefe tarihinin gördüğü en sistematik filozoflardan biridir ve bu nedenle onun bir kavramını açıklayabilmek için onun genel felsefesine dair bir inceleme gerekir. Bu kısa incelemenin ardından onun adalet anlayışı da kendiliğinden anlaşılır hale gelecektir.

Platon'un Metafizik İlkeleri

Platon'un adalet anlayışı büyük oranda onun metafizik anlayışı ile paraleldir. Öyle ki Platon'un metafizik anlayışı bilinmeden onun adalet anlayışını kavramak mümkün değildir. İlk olarak şunu ifade etmek önemlidir ki metafizik özellikle Platon bağlamında "algı ve sanıların" ötesinde, dışında "akıl ve bilgi" alanıdır. Yani burada ifade edeceğimiz ilkeler Platon açısından aklın, ruhun herhangi bir empirik veri olmaksızın elde ettiği bilgilerden oluşur. Bu nedenle metafizik Platon bağlamında "Gerçek nedir?" sorusuna saf (arı) aklın ışığı altında cevap arayan bir felsefe disip-

1 Ankara Üniversitesi Sistematik Felsefe ve Mantık Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

2 Diyalog genel olarak ideal devletin yapısı üzerine olsa da Platon bu konuyu incelerken temel soruşturma alanı olarak adaletin neliği problemini ele almıştır. Guthrie, W.C.K (1978). A History of Greek Philosophy The Later Plato and The Academy Volume V. London. Cambridge University Press s. 434.

3 Can, Nevzat. (2005). Siyaset Felsefesi Problemleri. Ankara: Elis Yayınları s. 175, 189, 198, 207; Barry P., Norman. (1995). An Introduction to Modern Political Theory Third Edition. London. The Macmillan Press s. 148 - 152.

linidir.[4] Platon'un metafizik ilkeleri de temelde onun "Gerçek nedir?" sorusuna verdiği cevapların özeti niteliğindedir. Şimdi kısaca bu ilkelere değinelim.

Platon söz konusu olduğunda belki de onun metafiziğinin en temel ilkesi varlığın bir kaos değil kozmos olduğudur. Kozmos, bizim daha çok fiziksel dünyaya atıfla kullandığımız evren, kâinat anlamına gelir. Ancak özellikle Eski Yunan söz konusu olduğunda bu kavram varlığın tamamındaki düzen, birlik, bütünlük, ahenk, oran, belirlenmişlik, uyum olarak anlaşılır.[5] Bu birbirinden farklı özde olan madde, insan, düşünce vb. varlık tarzlarının birbirini tamamlar bir nitelikte bir bütünlük olarak bir arada bulunması ve düzen oluşturması anlamına gelir. Ve bu çoğu zaman evrenin bir gayesi, amacı olduğu şekilde de yorumlanır. Kısaca ifade etmek gerekirse bu Platon için varlığın tamamında insanda, toplumda ve doğada bir aklın egemen olduğu anlamına gelir.[6]

Platon'un diğer bir metafizik kabulü, ilkesi kozmosta içkin olan, mündemiç olan varlığın hiyerarşik bir yapıda olmasıdır. Bizim hiyerarşiyi anlamamızdaki belki de en kolay yol günümüz devletlerindeki bürokratik yapılanmadır. Nasıl ki yasaların vermiş olduğu yetki ve sorumluluklar çerçevesinde bir devlet kurumunda en yukarıda en fazla yetki ve sorumluluğa sahip daha aşağıda ise daha az yetki ve sorumluluğa sahip kişiler (makam ve mevki açısından) varsa ve bunlar kanun önünde belli değer tabakalarına sahip ise Platon için de varlıktaki her şey yukarıda daha değerli aşağıda ise daha değersiz olmak üzere varlık, bilgi ve değer bağlamında kademe kademedir. Ancak burada şu noktanın altını çizmek gerekir ki bürokratik hiyerarşi insanların keyfi bir üretimi gibi düşünülebilir. Ancak Platon açısından ne toplumda ne doğada ne de insanda hiyerarşi keyfi, yapay değildir. Bilakis bu hiyerarşi varlığın ve tüm var olanların doğasına, özüne aittir.[7]

Platon'un üçüncü ve son metafizik ilkesi onun meşhur idealar teorisidir. İdeaların neliği, nelerin ideasının varolduğu vb. Platon'un idealar görüşüne dair birçok tartışma olsa da bu konunun daha kolay bir şekilde anlaşılabilmesi için idea kısaca bir şeyin özü olarak nitelenebilir. Peki, öz nedir? Öz, soyut olarak bir şey ne ise onu o şey yapan şeydir. Başka bir deyişle öz, bir şeyi diğer şeylerden ayıran, onu tüm diğer şeylerden farklı kılan özelliğidir, niteliğidir. Doğal olarak bu onun varlığının da temelidir. Bu öz Platon'a göre kalıcı, değişmez ve tercih edilemezdir.[8]

4 Platon daha çok günümüzde metafizik olarak anılan felsefe disiplinini diyalektik (bilimi) olarak ifade eder. Platon. (2015). Devlet (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları s. 264 - 267, 293 - 297. (Bundan sonra kısaca "Devlet" olarak ifade edilecektir.)

5 Peters, E. Francis. (2004). Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü (Hakkı Hünler Çev.). İstanbul: Paradigma Yayıncılık s. 201 - 204.

6 Devlet s. 179 – 180; Platon. (2015). Timaios (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları s. 39, 41, 70, 87; Platon. (2013). Philebos (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları s. 58.

7 Devlet s. 264 - 267, 358 - 359, 365; Arslan, Ahmet. (2006). İlkçağ Felsefe Tarihi 2 Sofistlerden Platon'a. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları s. 284, 292; Demos, Raphael. (1939) The Philosophy of Plato Charles. New York. Scribner's Sons Publishing s. 13 - 15; Guthrie, W.C.K (1978). A History of Greek Philosophy The Later Plato and The Academy Volume V. Cambridge University Press s. 439.

8 Shields, Christopher. (Ed.). (2003). The Blackwell Guide to Ancient Philosophy. Massachusetts: Bla-

Şimdi bu üç metafizik ilkeyi ifade ettikten sonra bu ilkeler ışığında Platon'un adalet anlayışını ortaya çıkarmak için onun devlet anlayışına değinelim. Özellikle bir noktanın altını çizmek gerekir ki yukarıdaki ilkeler dikkate alındığında onun devlet anlayışı bu ilkelerin devlete uygulanması ile ilintilidir.

Platon'un Devlet Anlayışı

Üçüncü metafizik ilkeyi hatırlarsak her şeyin bir özü olduğu düşüncesi Platon'a göre öncelikle insanların birbirinden farklı yeteneklerle doğdukları gerçeğidir. Bir insanı diğerinden ayıran bazı temel meziyetler, erdemler olduğu anlamına gelir. Demek ki öz (onu diğer şeylerden ayıran temel nitelik) insan açısından insanın bir meziyetinin, erdeminin diğer erdemlerine daha baskın olmasıdır. Öz, bir nevi insanın temel doğası olarak da düşünülebilir. İşte bu insanlar arası farklılıklar Platon'a göre insanları eşitsiz bir konuma getirir. Yani Platon'a göre insanlar doğuştan birbirleriyle eşit değildir. Çünkü insanların özleri ve erdemleri farklıdır. Her bir insanın bir yönünün diğer yönlerine göre daha üstün olduğu düşünüldüğünde insanın bazı işlerde başarısız olacağı ya da en azından kendine yetemeyeceği anlamına gelir. Bu durumda insan, doğası gereği ancak belli bir özelliğini baskın olarak ortaya çıkarabilir. Bu durum toplumda ihtisaslaşmayı zorunlu kılar. Bu ihtisaslaşma ise bir iş bölümünü meydana getirir. İş bölümü ise Platon'a göre toplumda ve devlette sınıflı bir yapı meydana getirir. Ancak bu Marksist anlamda ekonomik bir sınıflaşma değildir. Temelde insanları kendilerine has erdemlerine, meziyetlerine, kabiliyetlerine dayalı olarak sınıflamadır. İşte tam bu noktada ikinci metafizik ilke devreye girer.[9]

Platon'a göre toplumdaki ya da devletteki bu yapılanma hiyerarşik (tabakalı) bir yapılanmadır. Ona göre tıpkı evrende ve insanlarda olduğu gibi devlette ya da toplumda birbirine göre farklılaşması ve değeri artması açısından bir kademelilik, hiyerarşi başka bir deyişle değer skalasında daha üstün olan ve daha aşağı olan erdemlere, meziyetlere (arete) dayalı bir sosyal tabakalaşma vardır.[10] Bu tabakalaşma temelde onun insan tasarımıyla ilintilidir. Ona göre insan üç parçalı bir ruha sahiptir ve bu parçaların sahip oldukları erdemler, meziyetler söz konusudur. Bu erdemler insanlar arası farklılığın temelidir ve insanların toplumsal hiyerarşideki yerini tayin eder. Bu manada Platon üç temel erdem ya da meziyet doğrultusunda toplumda üç sınıf, tabaka belirler.

Devlet'in Etik Yapılanması

Toplumsal Sınıf	Toplumsal İşlev	Erdem	İnsanın Yetisi	İnsan organı	Maden Analojisi
Üretici Sınıf	Tedarik	Ölçülülük	İştah	Mide	Demir ve Tunç
Koruyucu Sınıf	Güvenlik	Cesaret	İrade	Kalp	Gümüş
Yönetici Sınıf	Yönetim	Bilgelik	Akıl	Beyin	Altın

ckwell Publishing s. 80; Cevizci, Ahmet. (Der.). (1999). İdealar Kuramı Platon'un Felsefesi Üzerine Araştırmalar. Ankara: Gündoğan Yayınları s. 81 - 84, 130; Platon. (2012). Phaidon Ruh Üzerine (N. Kalaycı, Çev.). İstanbul: Kabalcı Yayıncılık s. 63, 65, 99, 105, 169, 197; Devlet, 227, 237.

9 Devlet s. 82, 83, 142, 143, 152.

10 Devlet s. 142, 143; Benson, Hugh H. (Ed.). (2006). A Companion to Plato. Oxford. Blackwell Publishing s. 345.

Platon'un bu üç toplumsal sınıfı, tabakası daha önce ifade ettiğimiz gibi onun insan ruhunun parçalarıyla doğru orantılıdır.[11] Bu nedenle toplumsal hiyerarşinin kökeni olan insan ruhunun hiyerarşik durumu kısaca Platon tarafından şu şekilde ifade edilir; haz ve acı temelinde tüm fiziksel ihtiyaçlar ve arzuların yetisi olan "İştah" (to epitumetikon); daha çok yüreklilik, atılganlık, öfke, heyecan, tutku gibi duyguların kökeni olan yeti "İrade" (to tumoeides); son olarak bilginin, hesaplamanın, kavramanın, doğru eylemin kısaca tüm bilişsel faaliyetlerin kökeni olan yeti "Akıl" (to logistikon) dır. [12]

Platon'a göre ruhun üç parçası dört temel erdemden üçünü meydana getirir. Bunlar sırasıyla; ölçülülük, cesaret ve bilgeliktir. İşte Platon'a göre toplumda, insanların doğal farklılıklarından dolayı ortaya çıkan toplumsal tabakalaşmanın, hiyerarşinin kökeni sahip oldukları erdemler nedeniyledir. Bir nevi toplumsal fonksiyon olarak düşünülebilecek başka bir deyişle toplumun tamamı içindeki oynadığı rol ve işlev bakımından ortaya çıkan toplumsal hiyerarşinin kökeni olan bu erdemler Platon'a göre üç toplumsal sınıf oluşturur. Bunlar; toplumdaki temel ihtiyaçların karşılanmasına hizmet eden tedarikçi özellikle de o günün şartlarında çiftçi sınıfı; toplum güvenliğinden, savunmasından sorumlu asker sınıfı ve nihayetinde toplumun yönetiminden, idaresinden özetle tüm toplumsal işlerin, rollerin doğru bir şekilde işlemesini ve dağıtılmasını sağlayan yönetici sınıfıtır.[13]

Şimdi bu sınıfları ifade ettikten sonra Platon'un devlet anlayışını anlatmak için kullandığı bir analojiye değinmek gereklidir. Platon için toplum bir beden, vücut gibidir. Nasıl ki bir bedende beyin kalbin, kalp beynin, mide kalbin, beyin midenin vb. görevini yerine getiremez ise Platon'a göre toplumda da toplumsal sınıflar birbirinin görevini yerine getiremez. Yine nasıl ki bir uzuv, organ ancak bütün beden ile birlikte bir organizma bir canlı oluşturabiliyor ise toplumda da bütün sınıflar bir bütün olarak bir devlet ya da toplum oluşturabilirler. Yine aynı şekilde bir bedende tüm organlar kendi görevlerini sağlıklı bir biçimde yerine getirmesi halinde beden bir bütün olarak sağlıklı ve iyi olabilir.[14]

İşte tam bu nokta da Platon'un dördüncü, son erdemi olan ve bildirinin konusu olan adaletin ne olduğu Platon açısından ortaya çıkmış oluyor. Çünkü ona göre bir erdem olarak adalet her bir sınıfın toplumda ya da devlette kendi erdemine, meziyetine uygun olarak işlevini, fonksiyonunu en iyi şekilde yerine getirmesi ve bunun sonucunda da toplumda ya da devlette oluşan düzen, nizam, uyum, ahenk kısacası başladığımız yere geri dönersek ilk metafizik ilkemiz olan kozmosun devlette ya da toplumdaki yansımasıdır. Başka bir deyişle adalet

11 Devlet s. 81, 82.

12 Devlet s. 168 - 176; Copleston, Frederic. (2013). Felsefe Tarihi Yunanistan ve Roma 1B Platon (A. Yardımlı, Çev.).İstanbul: İdea Yayınevi s. 87.

13 Devlet s. 158 - 166; Ağaoğulları, Mehmet Ali. (1989). Mehmet Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi. Ankara. V Yayınları.

14 Devlet s. 180, 152.

esasında üç erdemin toplumda doğru bir şekilde işlev görmesinin neticesinde ortaya çıkan bir bütünün, toplumda hâkim olması gereken aklın ifadesidir.[15]

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali. (1989). Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi. Ankara. V Yayınları.
- Arslan, Ahmet. (2006). İlkçağ Felsefe Tarihi 2 Sofistlerden Platon'a. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Barry P., Norman. (1995). An Introduction to Modern Political Theory Third Edition. London. The Macmillan Press.
- Benson, Hugh H. (Ed.). (2006). A Companion to Plato. Oxford. Blackwell Publishing.
- Can, Nevzat. (2005). Siyaset Felsefesi Problemleri. Ankara. Elis Yayınları.
- Cevizci, Ahmet. (Der.). (1999). İdealar Kuramı Platon'un Felsefesi Üzerine Araştırmalar. Ankara: Gündoğan Yayınları.
- Copleston, Frederic. (2013). Felsefe Tarihi Yunanistan ve Roma 1B Platon (A. Yardımlı, Çev.). İstanbul: İdea Yayınevi.
- Demos, Raphael. (1939) The Philosophy of Plato Charles. New York. Scribner's Sons Publishing.
- Guthrie, W.C.K (1978). A History of Greek Philosophy The Later Plato and The Academy Volume V. London. Cambridge University Press.
- Peters, E. Francis. (2004). Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü (Hakkı Hünler Çev.). İstanbul: Paradigma Yayıncılık.
- Platon. (2012). Phaidon Ruh Üzerine (N. Kalaycı, Çev.). İstanbul: Kabalcı Yayıncılık.
- Platon. (2013). Philebos (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları.
- Platon. (2015). Devlet (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları.
- Platon. (2015). Timaios (F. Akderin, Çev.). İstanbul: Say Yayınları.
- Ross, David. (1966). Plato's Theory of Ideas. London. Oxford University Press.
- Shields, Christopher. (Ed.). (2003). The Blackwell Guide to Ancient Philosophy. Massachusetts: Blackwell Publishing.

15 Devlet, s. 164 - 166, 179.

Anayasa Başlangıçlarında Anayasanın Felsefesi ve İdeolojisi

Mevlüt GÖL[1]

GİRİŞ

Devletlerin temel kurucu belgeleri olan anayasalar belirli bir felsefesi ve ideolojisi olan metinlerdir. Bu temel metinlerin dayandıkları felsefe ve ideolojinin görünür kılındığı bölümler de anayasaların giriş kısmına konulan başlangıç bölümleridir. Başlangıçlar, çoğunlukla edebi bir üslupla yazılan, ülkenin tarihi arka planına, ulusun kökenlerine, kültürüne, ideolojisine ve inancına yönelik vurguları içeren metinlerdir. Bu metinlerin, anayasaların felsefesini ve ideolojisini vurgulamaya ilişkin nitelikleri, anayasa yapıcılar tarafından resmi birer manifesto olarak kullanıldıklarını da göstermektedir. Dolayısıyla anayasa yapıcılar, bu metinleri, yaptıkları anayasanın girişine yerleştirmek suretiyle devletin felsefe ve ideolojisini diğer devletlere, kurumlara ve kişilere resmen ilan etmiş olmaktadırlar.

Başlangıç metinlerinin muhtevalarında yer verilen ideolojinin türü toplumların tarihsel tecrübelerine, kültürel ve sosyolojik yapılarına göre farklılık gösterebilmektedir. Bu nedenle bazı ülkelerin anayasa başlangıçlarında Liberalizm şeklinde beliren ideoloji, bazılarında Sosyalizm/Marksizm şeklinde belirtilebilmektedir. Bazı ülkelerin anayasa başlangıçlarında ise Milliyetçilik ve Muhafazakârlık gibi ideolojilere daha belirgin bir biçimde vurgu yapılabilmektedir. Başlangıç metinlerinin bir kısmında klasik ideolojilere nispeten daha yeni sayılan Feminizm veya Ekolojizm ideolojilerinin izleri de görülebilmektedir.

Bu çalışma esas olarak, anayasa başlangıçlarının anayasaların felsefesini ve ideolojisini nasıl yansıttıkları sorusuna bir cevap bulma çabasıdır. Bu çaba kapsamında başlangıç kavramı, başlangıç metinlerinin tarihsel gelişimi ve anayasalara başlangıç metni konulma nedenleri ele alınmış, felsefe ve ideoloji kavramlarına değinilmiş ve başlangıç örneklerinden yola çıkılarak günümüzde yürürlükte bulunan anayasaların başlangıçlarına hakim olan ideolojiler incelenmiştir.

Çalışmada, verili bir anayasanın maddi yapısı itibarıyla nasıl bir niteliği haiz olduğu sorusu zemininde yapılan sorgulama süreci sonucunda, bir başlangıç metninde yer verilen ifade ve kavramlardan elde edilen bulguların tümünden çıkarılan düşünce olarak anayasanın felsefesi ve yapılan sorgulamada elde edilen birincil bulgu olarak da, anayasanın ideolojisi konusu özellikle irdelenmeye çalışılmıştır.

Bir Kavram Olarak Başlangıç

Başlangıç sözcüğü, bir fiilin, bir işin, bir şeyin ilk kısmı, baş tarafı, giriş, önsöz,

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi. İletişim; *mevlut.gol@istanbul.edu.tr*

mukaddime, gibi anlamlara gelmektedir.[2] Türkçe başlangıç sözcüğünün karşılığı olarak İngilizce'de genellikle "preamble", "preface" veya "preliminary" Fransızca'da "préambule", Almanca'da "präambel", Arapça'da ise hukuk literatürümüze de geçen "dibace" sözcüğü kullanılmaktadır.[3] Etimolojik olarak başlangıç kavramı günümüzde özellikle anayasalar veya uluslararası sözleşmeler gibi temel belgelerin girişine konulan, genellikle resmi ve üst düzey bir açıklamayı ifade eden metinler için kullanılmaktadır.[4]

Günümüz yazılı anayasaların büyük çoğunluğu yapılış sebeplerini, dayandıkları temel görüşü, felsefeyi ve ideolojiyi açıklayan bir başlangıç metni ihtiva etmektedirler.[5] Anayasa maddelerinin konusu, somut hukuki düzenlemeler iken, anayasa başlangıçları ise genel ifadelere yer veren, olay ve olgularla ilgilenen ve anayasanın yapılış hikâyesini anlatan metinlerdir. Bu kısımlar çoğu zaman edebî bir üslupla yazılmakta ve anayasanın pozitif hükümlerinin yorumlanmasına ışık tutan ve ruhunu ortaya koyan bir nitelik taşımaktadır[6]. Bu nitelikleri dolayısıyla başlangıç metinleri, anayasaların yapılmasına neden olan olay ve olguları, kurulması hedeflenen toplumsal sistemi ve toplum kesimlerini bir arada tutan ortak bağın temel unsurlarını açıklayan[7], anayasaların ideolojilerinin yerleştirildiği[8] ve anayasaların dayandıkları temel görüş ve ilkeleri ortaya koyan[9] metinlerdir.

Yukarıdaki bilgilerden hareketle anayasa başlangıçlarının, ideolojik bir bakış açısının ürünü olan, kurucu iktidarın devlet yönetimine ilişkin politikasını belirleyen, milli-manevi duygulara hitap eden, edebi ve felsefi yanı ağır basan metinler olduğu ifade edilebilir.[10]

2 D. Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, Ankara, Vadi Yayınları, 2001, s. 136.

3 Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 107.

4 Mehmet Merdan Hekimoğlu, "Federal Almanya Anayasası'nın Başlangıç Kısmına Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir Bakış, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 69-70, Mayıs-Haziran 2010, s. 120.

5 Beau Breslin, **From Words to Worlds Exploring Constitutional Functionality** Baltimore, The John Hopkins University Press, 2009, s. 49-50.

6 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.75; İlhan Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, Mars Mtb., C.1, 1965, s. 144; Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi Türk Raporu", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 17**,** (edt.) 7-10 Mayıs 1990, C.II, Ankara 1990, s.27-36; Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4.bs., Ankara, İÜHF Yayınları, 1984, s. 184; H. Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971, s. 123; Ozan Eröz den, "Başlangıç ve Değiştirilemez Maddeler", **Anayasa Kurultayı; Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan**, Ankara Barosu Yayını, 2010, s. 114; K.C. Wheare, **Modern Anayasalar**, İstanbul (Çev. Mehmet Turan), Değişim Yayınları, 1984, s. 66.

7 Levent Gönenç, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", **AÜHFD**, Cilt 56, S.1, 2007, s. 150.

8 Mustafa Şentop, "Anayasa'nın İdeolojisi Kemalizm mi?" (Çevrimiçi) http://www.**anlayis**.net/makaleGoster.aspx?dergiid=52&makaleid=658, 2 Nisan 2018.

9 Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 13. bs., Beta Yayınları, 2013, s. 70.

10 Mevlüt Göl, **Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 6.

Başlangıç Metinlerinin Tarihsel Kökeni

Bir devletin örgütlenişini, siyasi iktidarın el değiştirme biçimini ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü olan anayasalar,[11] devletlerin temel yapısını düzenleyen kuralları, resmi bir metin halinde birleştirme,[12] siyasi iktidarı meşrulaştırma,[13] siyasi argümanları hukukileştirme ve siyasal sistemi kurumsal hale getirme işlevi gören metinlerdir.[14] Dolayısıyla anayasalar, devlete kurulma, örgütlenme ve topluma siyasal işlem yapma kabiliyeti kazandıran belgeler olmaları dolayısıyla, hem siyasi faaliyetlerin kurallarını koymakta, hem de bu kuralların dayandığı temel felsefeyi belirlemektedirler.[15] Anayasaların bu niteliği, belirli bir toplum felsefesini ve bu felsefenin nasıl ve hangi koşullar altında geçerli sayılabileceğine ilişkin usullerle eyleme dönüşebileceğini tespit eden belgeler olmalarını da sağlamaktadır.[16]

Anayasa başlangıçları, yazılı anayasaların ortaya çıkmaya başladığı on sekizinci yüzyıl sonlarına doğru anayasaların girişine konulmaya başlamıştır. Ancak başlangıç metinlerinin kökeni Platon'a kadar götürülebilir. Platon, *Yasalar* isimli eserinde yasaların, başlangıç ve asıl yasa metni olmak üzere iki bölümden oluştuğunu belirtmiştir. Ona göre, her yasada mutlak surette bir başlangıç metni bulunması zorunlu olmayıp, hangi yasaya başlangıç konulacağına yasa koyucu tarafından karar verilmesi gerekir. Platon, iyi bir başlangıç metninin, karşılaşılacak yaptırımlar sebebiyle değil, iyi ve erdemli olduğu için kanunlara itaat edilmesi yönünde insanları ikna edici nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir.[17] Dolayısıyla Platon, başlangıç metinlerini, soyut ve edebi ifadeler içeren, herhangi bir hak yaratmayan ve pozitif hukukun ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmeyen, yasaları meşrulaştıran metinler şeklinde nitelemektedir.[18] Roach'un "Platonik Başlangıçlar" olarak nitelediği bu tip başlangıçlar, insanları kanunlara itaat etme hususunda ikna edici işleve sahip olmalarının yanı sıra, şiirsel, sembolik ve duygusal bir anlatıma sahip olduklarından, akla hitap ettiği kadar, kalbe de hitap eden bir muhtevaları bulunmaktadır.[19] Günümüzde yürürlükte bulunan anayasaların başlangıçları incelendiğinde, büyük çoğunluğunun Roach'un tanımladığı Platonik başlangıç

11 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 160;
12 Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, **AÜHF Dergisi**, C.33, s.1, Y.:1976, s. 64; Ayrıca bkz.; Mehmet Turhan, "Anayasa ve Anayasacılık", **TODAİE Dergisi,** C.3, s.27, 1994, s. 5-11.
13 Levent Gönenç, "Siyasi İktidar Kavramı", s. 155.
14 Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı,** İstanbul, Kardeşler Matbaası, 1989, s. 20.
15 Zafer Gören, "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", İTÜSB Dergisi, Y.:8, s.16, Güz 2009, s. 2; Ali Rıza Çoban, **Anayasayı Değiştirme Yetkisi (Sınırları ve Denetimi),** Ankara, Adalet, 2011, s. 9.; Osman Can, **Kurucu İktidar**, İstanbul, Alfa, 2013, s. 19.
16 Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, Ekin Yayınları, 1982, s. 115.
17 Platon, **Yasalar**, Çev. Candan Şentuna; Saffet Babür, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2012, s. 183-184.
18 Liav Orgad: "The Preamble in Constitutional Interpretation", **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, (2010), Vol. 8, No. 4, 722.
19 Kent Roach, "The Uses and Audiences of Preambles in Legislation", **Mcgill Law Journal**, Vol. 47, 2001, s. 138-140; Orgad, "The Preamble in Constitutional Interpretation", s. 722.

tipine uygun olarak yazıldığı görülmektedir.

On sekizinci yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise, modern yazılı anayasalara[20] hâkim olan temel felsefeyi ve ideolojik ilkeleri[21] ilan eden bildiri[22] niteliğindeki başlangıçların anayasa metinlerine konulduğu görülür. Dolayısıyla anılan zaman diliminde, devlet iktidarını sınırlı bir çerçevede oluşturmayı ve bireylerin hak ve hürriyetlerini yazılı, katı ve zor değiştirilebilen üstün kanunlarla güvence altına almayı amaçlayarak[23] başlayan anayasacılık hareketleri ile başlangıç kısımlarının ortaya çıkışı arasında da paralel bir ilişki olduğu ifade edilebilir. Zira anayasacılık tarihine bakıldığında, yazılı anayasaların yapılmaya başlandığı On sekizinci yüzyıldan günümüze kadar olan dönemde, ilk yazılı anayasa olarak kabul edilen 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası da dâhil olmak üzere, anayasaların çoğunluğunda, başlangıç kısımlarına yer verilmiş olduğu görülmektedir.[24]

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemlerde anayasalara başlangıç kısmı koyma usulü giderek yaygınlaşan bir gelenek haline gelmiş[25] ve yakın dönemde yapılanlar da dâhil olmak üzere, modern anayasaların çoğunda başlangıç kısımlarına yer verilmeye başlanmıştır. Bu dönemde yapılan 1946 Japonya ve 1946 Fransa, 1948 Güney Kore ve 1949 Almanya anayasaları gibi örneklerde başlangıç metnine yer verilirken, İtalya ve Danimarka gibi ülkelerin anayasalarına başlangıç konulmamıştır.[26] 2000 yılından günümüze değin ise, dünyada yürürlüğe giren 44 anayasadan sadece üç ülkenin anayasası (Katar, Somali ve Maldivler) başlangıç metni içermemektedir.[27]

Genel Olarak Anayasalara Başlangıç Konulmasının Nedenleri

Anayasa başlangıçları incelendiğinde bazı anayasalarda başlangıç kısımlarının, dünyadaki diğer anayasalardan esinlenilerek[28] anayasa metinlerine konulduğu görülmekle birlikte, birçok başlangıç metninin, maddi özellikleri itibariyle, belirli bir amaca yönelik olarak anayasaya konulduğu söylenebilir. Dolayısıyla, başlangıçların muhtevasında

20 Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 9. bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2017, s. 69.

21 Tunaya, **a.g.e.**, s. 112.

22 Tekin Akıllıoğlu, "1982 Anayasası'nda Temel Hakların Genel Kuralları", **TODAİE Dergisi**, C.1, s.5-6, 1984, s. 51.

23 Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 160; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s. 71.

24 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 8.

25 Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, 3. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2011, s. 225; Cem Eroğul, **Anatüzeye Giriş**, 11. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2010, s. 288.

26 Göl, **a.g.e.**, s. 8.

27 Wim Voermans; Maarten Stremler; Paul Cliteur, **Constitutional Preambles A Comparative Analysis,** Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 18.

28 Yüzbaşıoğlu, anayasalarda başlangıç metnine yer verilmesi usulünde ülkeler arasında etkileşim olduğu hususuna yönelik olarak şöyle bir tespitte bulunmaktadır: "1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1791 Fransız Anayasası'nın başlangıç kısmını oluşturmasından sonra, anayasalara başlangıç koyma düşüncesi gelişmiş ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Anayasalara bir başlangıç konulması adeta bir teamül haline gelmiştir". Bkz.Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, s. 116.

yer verilen siyasi, felsefi kavram ve ilkeler, anayasanın kurduğu siyasi, iktisadi ve toplumsal düzenin çerçevesini belirten ifadeler, vurgulanan tarihsel olaylar, esasında, başlangıçların anayasaya konulma nedenlerini de oluşturmaktadır.[29] Uygulamada, başlangıç metninde soyut olarak yer alan ilkelerin anayasanın çeşitli maddelerinde somutlaştırıldığı görülmekle birlikte, bu metinlerin anayasaların ruhunu, yani anayasaya hâkim olan ideolojiyi gösteren metinler olarak anayasalara konuldukları söylenebilir.[30]

Devletlerin kuruluş belgesi ve organlarını düzenleyen en üst hukuk kuralları bütünü olarak anayasalar, önemli siyasi dönüm noktalarının görüldüğü savaş, devrim, darbe, yeni bir devletin kuruluşu gibi dönemlerde veya rejim değişikliğinin meydana geldiği durumlarda yapılmaktadır.[31] Başlangıç metinlerinin içeriğindeki ifadelerde, anayasaları yapan kurucu iktidarların bazı tarihsel olaylardan sonra oluşturdukları devlet düzeninin temel yasasını yaparken, kuruluş öncesinde yaşanan tecrübeleri, amaçlanan devlet sisteminin çerçevesini, benimsetilmek istediği ideolojiyi ve kendi fikirsel temellerine ilişkin felsefi ilkeleri, başlangıç kısımlarında kayıt altına almak veya ilan etmek istedikleri görülmektedir. Başlangıç kısmının şekle bir anayasada yer alması, anayasanın devlette birlik ve beraberliği tesis edici işlevi için ve anayasanın mekânsal ve zamansal olarak konumlandırılması için de büyük bir öneme sahiptir.[32] Nitekim, Carl Schmitt ve C. F. Rudolf Smend de başlangıç kısımlarının bir ulusun siyasi birliğini ifade eden, toplumun bütünleşme süreçlerine ilişkin değerleri ortaya koyan bir işleve sahip olduğunu belirtmiştir.[33]

Yukarıda belirtilen nedenlerle, özelde anayasanın yapıldığı ülkedeki vatandaşlara, genelde ise uluslararası alanda tüm dünya devletlerine, yapılan anayasanın ve kurulan devletin şekli, yapısal çerçevesi, kuruluş ilkeleri ve ideolojisi başlangıç metni gibi resmi ulusal bildirge özelliğini haiz bir metinle açıklanarak devletin egemenliğini, bağımsızlığını ilan etmenin yanı sıra, bir ulusun tarihinde oldukça önemli bir dönüm noktası olan bu durumu resmi olarak tarihe kayıt düşme amacıyla da başlangıç metninin konulduğu ifade edilebilir.[34]

Felsefe ve İdeoloji ile Anayasa Başlangıçları Arasındaki İlişki

Anayasaların belirli bir felsefe ve ideoloji çerçevesinde oluşturulan metinler oldukları hususuna yukarıda değinildi. Bu bakımdan felsefe ve ideoloji kavramlarına kısaca değinmek, anayasaların

29 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 52.

30 Yasemin Işıktaç, "Anayasanın İdeolojisi ve Başlangıç Bölümü İlişkisi, Sosyolojinin Yaşamla Dansı", **Prof. Dr. Birsen Gökçe'ye Armağan**, s. 535.

31 Çoban, **Anayasayı Değiştirme Yetkisi**, s. 10.

32 Wolfgang Graf Vitztbum, "Anayasanın Şekli, Dili ve Üslubu", **Anayasa Teorisi**, ed. Otto Depenheuer; Cristoph Granberwarter, Çev. Elif Eren Koç, Ankara, Lale Yayınları, 2014, s. 390.

33 Aktaran; Justin O. Frosini, "The Role of Preambles in Establishing New Trends in Latin American Constitutional Law", (Çevrimiçi) http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/ 224.pdf, s. 3, 3 Nisan Kasım 2018.

34 Göl, **a.g.e.**, s. 53.

felsefesi ve ideolojisinin anlaşılabilmesine katkı sağlayacaktır.

Felsefe kavramlar aracılığıyla gerçekleştirilen sistematik bir kuramsal düşünme etkinliğidir. Esasında kavramsal, sistematik ve kuramsal düşünme, bilimin de ihtiyaç duyduğu bir etkinlik olsa da bilim, felsefeden farklı olarak, deney ve gözlemi temel yöntem olarak alır. Bilimin araştırma konusu, deney ve gözlem aracılığıyla bilgisi elde edilen nesneler, yani olgulardır. Buna karşılık felsefe, asli olarak kavramlarla ilgilenmektedir. Felsefe için deney ve gözlem veri kaynağı olabilir, fakat bunlar doğrunun mutlak zorunlu kaynağı değildirler.[35]

Felsefenin, *nedir?* sorusu ile varlığı sorgulamasından hareketle, bir anayasanın felsefesi konusu açıklığa kavuşturulabilir. Şöyle ki; verili bir anayasa metninin nasıl bir hukuki niteliğe sahip olduğu, hangi ideolojiyi esas aldığı, kim tarafından yapıldığı, hangi ilke ve değerleri temel aldığı ve diğer anayasa metinlerinden farklılıklarının neler olduğu gibi sorulara anayasa normlarının bütünü incelendiğinde bir cevap bulunabileceği gibi, bu soruların cevaplarına esas olarak başlangıç metinlerinde rastlanmaktadır. Gerçekten de anayasa başlangıçlarına bakıldığında, bir anayasanın bütünsel anlamda niteliği, yapılış sebepleri, kurucuları, o anayasaya hâkim olan ilke, değer ve kavramların neler olduğu bu metinlerden anlaşılabilir.

Bir anayasanın maddi olarak nasıl bir metin olduğuna dair ilk bilgiyi vermesi bakımından anayasa başlangıçları anayasanın felsefesinin, yani anayasanın bir bütün olarak hangi düşünce temelinde şekillendirildiğine ilişkin bilginin edinilebileceği ve verili bir anayasayı anayasa kılan unsurların hangileri olduğuna yönelik sorgulamalarda ve o anayasa metninin *"ne"liği* üzerine düşünmeye başlama hususunda *prima facie* kaynak niteliğindeki metinlerdir. Sözgelimi, ilk anayasa başlangıcı örneği olan 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nın başlangıcına[36] bakıldığında, anayasanın felsefesinin ne olduğu, yani hangi sorulara ne şekilde yanıt verdiği görülebilir:

"Biz Birleşik Devletler halkı, daha mükemmel bir birlik oluşturmak, adaleti tesis etmek, iç huzuru güvenceye almak, ortak savunmayı sağlamak, genel refahı arttırmak ve kendimiz ve gelecek kuşaklarımız için özgürlüğün nimetlerini korumak amacıyla işbu Amerika Birleşik Devletleri Anayasasını tayin ve tesis ediyoruz"[37]

Görüldüğü üzere ABD Anayasası'nın başlangıç metni, *"ABD Anayasası na-*

35 Raymond Wacks, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, (Çev. Engin Arıkan), İstanbul, Tekin Yayınları, 2013, s. ix-x.

36 Muvaffak Akbay, "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, 1950, s. 458.

37 1787 ABD Anayasası'nın başlangıcının İngilizce orijinal metni aşağıdaki gibidir;
"We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, ensure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America". ABD Anayasası'nın başlangıç metni ve çalışmada ele alınan diğer başlangıç metinleri için https://www.constituteproject.org/ sitesinden yararlanılmıştır.

sıl bir anayasadır? Hangi ideolojiye ve hangi ilkelere dayanmaktadır? Ulus için neyi amaçlamaktadır?" gibi soruların cevabı niteliğindedir. Anayasanın liberal bir ideolojiye ve özgürlükçü bir niteliğe sahip olduğu, bireyin hak ve özgürlüklerini koruduğu ve vatandaşların adil, müreffeh bir ülkede birlik ve beraberlik içinde yaşamasını amaç edindiği başlangıç metnindeki ifadelerden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ABD örneğinden yola çıkılarak bir anayasa başlangıcının maddi olarak analiz edilmesine ilişkin faaliyetlerin, esasında anayasanın dayandığı temel felsefenin de ortaya konulması çabası olduğu ifade edilebilir.

İdeoloji ise, genel olarak siyasal ya da toplumsal bir öğreti kuran ya da yönlendiren düşünce, inanç ve görüşler sistemidir. İdeoloji bazen bir toplumda, bir döneme ya da bir sınıfa özgü inançların bütünü olarak tarif edilir. Bazen de bir toplumsal durumu yansıtan düşünceler dizgesi, insanların kendi varoluş koşulları ve ilişkilerinden doğan yaşam tarzları ile ilgili tasarımların bütünüdür.[38] Bu anlamda ideolojiler, insanların ya kabul ya da reddetmesi gereken değerleri, insanların sosyal, siyasi ve ekonomik hayata ilişkin ihtiyaçlarını karşılayacak ve menfaatlerine cevap verecek, gerçeğe uygun düzenlemeleri gösteren kavram, değer ve semboller dizisi olarak ifade edilebilir. İdeolojilerden hem belli faaliyetleri ya da düzenlemeleri meşrulaştırması hem de bireylerin belirli amaçlar etrafında toplanmasını sağlayarak onları birleştirmesi beklenir.[39] Yukarıda değinildiği üzere, anayasa metinlerine hâkim olan ideolojiler de anayasa başlangıçlarında belirgin bir biçimde ortaya konulmakta, hatta başlangıç metinleri özellikle anayasanın ideolojisini ilan eden birer bildirge şeklinde yazılmaktadır.

Anayasaların İdeolojik Metinleri Olarak Başlangıçlar

Bir toplum, kendisini belirli bir şekilde tasavvur ettiği ve bu süreçte kendisine bir değer biçtiği zaman var olabilir. Bu tasavvur da genellikle ideoloji olarak bilinmektedir. Klasik ideolojiler, belirli bir toplumsal durumu, içinde bulunulan şartların çerçevesi olarak belirleyip, bu şartları gelecek öngörüsüne dayanan bir düşünce veya ideale yönelik olarak değiştirme işlevi üstlenirler. Gelecek öngörüsü ise, "Marksizm" gibi, bilimsel olarak temellendirilmiş ve açıklanmış bir özgürlük ve eşitlik etiği biçiminde tezahür edebilir veya "Turancılık" ya da "Nasyonal Sosyalist ırkçılık" gibi, mükemmel bir dünya veya belirli bir "ideal insan" örneğine yönelen ve duygusal olarak güdülenen bir hayalden ibaret de olabilir.[40]

Anayasa metinleri, siyasi olanı hukukileştirerek normlar dizgesi haline getiren metinler olsalar da belirli bir ideolojiyi temel alan metinlerdir. Anayasa başlangıçları da ülkelerin anayasacılık geleneğinin özelliklerine ve anayasanın yapıldığı sosyo-politik ortamın niteliğine bağlı olarak, anayasa yapıcılarının, bazı siyasi ilke ve değerleri vurgulama ve benimsetme ihtiyacı hissetmelerinin

38 Işıktaç, "Anayasanın İdeolojisi ve Başlangıç Bölümü İlişkisi", s. 533.
39 Andrew Vincent, **Modern Politik İdeolojiler**, Çev. Arzu Tüfekçi, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2006, s. 24.
40 Cristian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, yy., 1995, s. 45.

veya bir ideolojik tercihi anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucunda ortaya çıkan metinlerdir.[41] Bu nedenle anayasa başlangıçları, anayasanın geçerliliğini pekiştirmeyi sağlamak amacıyla ideolojik gerçekler ihtiva edebilmektedir[42]. Dolayısıyla, anayasalara başlangıç metini konulmasının temel nedenlerinden birinin de, topluma belirli bir ideolojiyi veya siyasi bir değerler sistemini kabullendirmek, dahası, bu ideolojinin/siyasi değerler sisteminin gelecek nesillere aktarılmasını sağlamak olduğu söylenebilir.[43]

Devletlerin kuruluş süreçlerinde mutlak surette bir ideolojik arka planın bulunduğu, kanaatimizce isabetsiz bir iddia olmaz. Dolayısıyla, toplumları yöneten en büyük siyasi güç[44] olan devletlerin ana kuruluş belgesi hükmündeki anayasalar, devleti kuran iradenin benimsediği ideolojiyi de yansıtabilmektedir. Anayasa Hukuku doktrininde anayasaların bu ideolojik dayanağı yukarıda da değinildiği üzere, *"anayasanın ruhu/özü"*[45] şeklinde nitelendirilmektedir. Kubalı'ya göre anayasanın ruhu, anayasalarda mündemiç olan objektif bir hukuk fikrinin ve bu fikrin dayandığı dünya görüşünün sembolüdür. Dolayısıyla her anayasanın gayesi, bu fikri ve dünya görüşünü devletin siyasi ve hukuki statüsünün temeli yapmaktır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşturulan anayasalar bakımından, belirli bir ideolojinin ifadesi ve kalkanı olmak gibi bir durum söz konusudur. Anayasanın ruhu ile anlatılmak istenen de anayasanın özünü teşkil eden bu hâkim ideolojidir.[46]

Toplumları belirli bir amaç etrafında bir araya getirerek harekete geçiren, toplumsal mücadelelerinin tetikleyicisi olan siyasi bir ideal veya felsefe, başlangıç kısmındaki mevcudiyetiyle anayasanın temel ideolojisi ve devletin yönetim anlayışının fikri alt yapısı durumuna gelebilmektedir. Kurucuların, başlangıç kısımlarında belirli bir ideolojiyi vurgulamalarının amacı da, esasen, ideolojilerin bu niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Zira kurucu iktidarın temel aldığı ideoloji doğrultusunda ortaya koyduğu ilke ve değerler zaman içinde toplumsal bir taban kazanabilmektedir.[47]

Otoriter/totaliter sistemlerin egemen olduğu ülkelerde, toplumun ekserisi tarafından benimsenen ideolojik değerlerle, demokratik sistemlerin egemen olduğu ülkelerde benimsenen ideolojk değerler arasındaki farkın oluşmasında etkili olan önemli bir unsur, kurucu iktidarın temel aldığı ideolojik değerler bütününün ve yönetim anlayışının farklılığıdır.[48] Bu farklılık anayasa başlangıçlarında sarih bir biçimde görülebilmekte ve Liberalizm, Sosyalizm, Muhafazakârlık ve Milliyetçilik gibi, klasik ideolojilerin yanı sıra, Ekolojizm ve Feminizm gibi

41 Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2011. s. 95.
42 Vitztbum, "Anayasanın Şekli, Dili ve Üslubu", s. 391.
43 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 75.
44 Eroğul, **Anatüzeye Giriş**, s. 6.
45 Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin, 1999, s. 46-62.
46 Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 102.
47 Göl, **a.g.e.**, s. 76.
48 Atilla Yayla, **Siyaset Teorisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, Kesit Yayınları, 2012, s. 232

yakın dönemlerin ideolojileri de başlangıç metinlerine yansıyan ideolojiler olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Başlangıç Metinlerinde Liberalizm'in Hâkimiyeti

Anayasacılığın temeli olarak kabul edilen liberalizm ideolojisinin, devletin mutlakıyetini ve merkeziyetçiliğini birey lehine daraltan, bireysel hak ve özgürlükleri tanımlayıp savunan ve bunları gerçekleştirmek için, bireyler arasında hukuksal sınırlar oluşturmayı öngören fikirsel temelinin,[49] modern dönemde yapılan anayasa başlangıçlarının büyük bir çoğunluğuna sirayet etmiş olduğu görülmektedir. Liberalizm, "özgürlük", "bireycilik", "ilerleme" ve "hoşgörü" kavramları üzerine temellenen bir ideoloji olarak,[50] başta 1787 tarihli ABD ve 1958 tarihli Fransız anayasaları olmak üzere, günümüz yazılı anayasalarının başlangıç kısımlarının çoğunda yer almaktadır. Bireyin özgürlüğü ile toplumun özgürlüğü arasındaki denge üzerine kurulu olan liberal anlayış, günümüzün en yaygın özgürlük anlayışı olarak kabul edilmektedir.[51]

Devlet iktidarının birey lehine sınırlandırılması çabası olarak, modern dönem anayasacılık hareketleri, *"sınırlı devlet"*i (limited state) gerçekleştirecek bir kurumsal düzenlemeyi amaçlayan liberal siyasi düşünceyle birlikte ortaya çıkmıştır.[52] Günümüzde liberalizm denilince, yukarıda sıralanan ilke ve değerlerin yanı sıra, "hukuk devleti", "hukukun üstünlüğü", "insan hakları" kavramları da akla gelmektedir.[53] Dolayısıyla liberal fikirlerden tamamen veya büyük bir oranda arındırılan bir anayasa, modern bir anayasadan beklenen işlevleri yerine getiremeyecektir.[54] Dünya genelinde yaygın bir kabul gördüğü için çoğu anayasa başlangıçlarında liberal ilkelere yer verilmekte ve bu ilkeler anayasal teminat altına alınmaktadır.

Modern yazılı anayasalara model teşkil eden 1787 tarihli ABD Anayasasının başlangıç kısmında liberal anlayışın benimsendiği, metinde yapılan vurgulardan anlaşılmaktadır:

"Biz Birleşik Devletler halkı ..., adaleti tesis etmek, ... özgürlüğün nimetlerini korumak amacıyla, işbu Amerika Birleşik Devletleri Anayasasını takdir ve tesis ediyoruz".

1958 tarihli Fransa Anayasası'nın başlangıç kısmında yer verilen; *"Cumhuriyet, ...* özgürlük, eşitlik ve kardeşlik ortak idealine dayanan … yeni kurumlar sunar"[55]. ifadeleriyle, özgürlük ve eşitlik gibi, liberalizmin temel ilkelerinin yanı

49 Fatmagül Berktay, "Liberalizm", **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, ed. H.Birsen Örs, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 50-52; Benzer görüş için bkz. Yayla, **Siyaset Teorisine Giriş**, s. 36.

50 Vincent, **a.g.e**., s. 34.

51 Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 9.

52 Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 8. bs., Ankara, Siyasal Yayınları, 2010, s. 10.

53 Yayla, **Siyaset Teorisine Giriş**, s. 35-44.

54 Atilla Yayla, "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", **Liberal Düşünce Dergisi**, S.66, Bahar, 2012, s. 18.

55 1958 Fransa Anayasası'nın başlangıcı, para 2.

sıra, ülke içinde birlik, barış ve dayanışmayı sağlama amacına ve soydaşlık veya dindaşlık gibi, vatandaşları bir arada tutan değerlere gönderme yapan kardeşlik kavramına vurgu yapılmıştır
1926 tarihli Lübnan Anayasası'na 1990 yılında konulan başlangıç kısmında ise, anayasada öngörülen ekonomik sistemin serbest girişime dayalı olduğu ve özel mülkiyetin benimsendiği açıkça belirtilerek liberalizmin temel dayanaklarından; bireyselcilik, özel mülkiyet ve serbest girişim vurgulanmıştır:

"... Ekonomik sistem bireysel girişimin ve özel mülkiyetin güvence altına alındığı ve serbest olduğu bir sistemdir."[56]

Benzer şekilde, 1995 tarihli Bosna Hersek Anayasasının başlangıç kısmında da insan onuru, özgürlük, eşitlik, pazar ekonomisinin teşvik edilmesi ve özel mülkiyetin korunması hususlarına yer verilerek, liberalizm ideolojisinin temel değerleri vurgulanmıştır:

"... İnsan onuruna saygıya, özgürlük ve eşitliğe, barışa, adalete, hoşgörüye ve uzlaşıya dayanan, demokratik devlet kurumlarına ve çoğulcu bir toplum içinde en iyi barışçıl ilişki yöntemine hakkaniyetli usullere inanmış, pazar ekonomisinin teşviki ve özel mülkiyetin korunması vasıtasıyla ekonomik büyüme ve genel refahın ilerletilmesini arzulayan ..."[57]

Örneklerden de anlaşılacağı gibi eşitlik, adalet, bireysel özgürlük, hukukun üstünlüğü, insan hak ve özgürlükleri gibi liberalizm ilkelerine, günümüz anayasalarının başlangıç metinlerinde belirgin bir biçimde yer verilmektedir. Bu kavramların yanı sıra demokratik devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı gibi kavramlar[58] da liberal anlayışın benimsendiği anayasa başlangıçlarında öne çıkan kavramlardır.

Sosyalist Ülke Başlangıçlarında Sosyalist-Marksist İdeoloji

Liberalizm gibi, sosyalizm de bir ideoloji olarak Fransız Devrimi'nin sonrasında ortaya çıkmıştır.[59] Devrimci Sosyalizm de denilen Marksizm ideolojisi, üretim ilişkilerini, yasal ve siyasi üstyapıların temeli olarak kabul eder. Buna göre, üretim ilişkileri ya da insanların içinde bulundukları maddi şartlar değiştiğinde sınıf ilişkileri ve siyasi ilişkiler de değişir.[60] Sanayileşmenin bir neticesi olarak ortaya çıkan işçi sınıfının ideolojisi olan sosyalizm, 20. yüzyıldaki gücünü, liberal kapitalist anlayışın adaletsizliklerine son verme iddiasını arkasına alarak kazanmıştır. Sosyalizm, liberalizmin aksine, ekonomik düzende birey yerine toplumu, özel yerine ise kamuyu önceleyen, üretim araçlarını toplumun mülkiyetine geçirmeyi amaçlayan bir düşünce sistemidir.[61]

Sosyalist anayasacılıkta, bireyin devlete karşı korunması, temel bir mesele

56 1926 Lübnan Anayasası'nın başlangıcı, para. (F).
57 1995 Bosna Hersek Anayasaının başlangıcı, para.1, 2, 3 ve 4.
58 Işıktaç, "Anayasanın İdeolojisi ve Başlangıç Bölümü İlişkisi", s. 536.
59 Vincent, **Modern Politik İdeolojiler**, s. 133.
60 Vincent, **a.g.e**., s. 144 ve 163.
61 Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku,** s. 814-816.

değildir. Bu anlayışa göre, toplumun yapısı değiştirilerek birey yeniden tasarlanmakta ve özgür kılınmaktadır. Marksist rejimlerin anayasaları, anayasanın üstünlüğü ilkesini yerleştirmeyi değil, toplumun ulaştığı seviyeyi tespit etmeyi amaçlamaktadır.[62] Dünya üzerinde kendisini sosyalist olarak tanımlayan ülkelerin anayasa başlangıçlarında sosyalizm ve komünizm vurgusunun yapıldığı görülmektedir. 1976 tarihli Küba Anayasası, bu anlamda örnek teşkil etmektedir:

"... insan ancak sosyalizm ve komünizm yönetiminde olduğu zaman; sömürünün, köleliğin, esaretin ve kapitalizmin bütün biçimlerinden kurtulmuş olduğu zaman tam bir insan onuruna ulaşabileceğinin ..."[63]

1982 tarihli Çin Anayasası'nın başlangıç kısmında sosyalist ideoloji, mülkiyetin toplumsallığı, insanın sömürülmesinin reddi, sosyalist devrim ve proleter diktatörlük gibi, sosyalizmin ana ilkelerine gönderme yapılarak vurgulanmıştır:

"... Üretim araçlarının özel mülkiyetinin sosyalist dönüşümü tamamlandı, bir insanın başka bir insan tarafından sömürülmesi sistemi ortadan kaldırıldı ve sosyalist sistem tesis edildi. Demokratik halk diktatörlüğü işçi sınıfı öncülüğünde ve işçi ve köylülerin ittifakı üzerine kuruldu ..."[64]

1991 tarihli Laos Anayasasının başlangıç kısmında ise sosyalizm, halkın ulaşmayı amaçladığı bir ülkü şeklinde belirtilmiştir:

*"...Ülkenin özgür olmasından beri geçen yıllar süresince halkımız, ülkenin inşası ve savunulması gibi iki stratejik görevi birlikte yürütüyorken, ... özellikle de sosyalizme doğru ilerlemek i*çin gerekli şartları oluşturma …*"*[65]

Yukarıdaki alıntılardan da anlaşılacağı üzere, sosyalist sistemi benimsemiş olan ülke anayasalarının başlangıç kısımları, sosyalist devlet yapısının dayandığı temel siyasi, sosyolojik, ekonomik ve kültürel ilkeleri ihtiva edebilmekte, dolayısıyla, anayasanın ve devletin sosyalist düşünce sistemini benimsediğine ilişkin açık bilgiler sunmaktadır.

Başlangıçlar ve Muhafazakârlık

Anayasaların başlangıç kısımlarında vurgu yapılan ideolojilerden bir diğeri de Edmund Burke tarafından teorik çerçevesi çizilen ve "bir şeyi muhafaza etme, bozulmadan koruma" düşüncesine dayanan muhafazakârlık[66] olarak karşımıza çıkmaktadır.

Muhafazakârlık, çeşitli biçimlerde kendini gösteren bir ideoloji olarak bilinmektedir. Vincent muhafazakârlığı beşli bir ayrıma tabi tutarak "gelenekçi", "romantik", "ataerkil (paternalist, pederşahi)", "liberal" ve "yeni sağ" muhafazakârlığı biçiminde sınıflandırmıştır. Yazara göre, en fazla vurguyu örf, adet ve gelenek kavramlarına yapan *gelenekçi* muhafazakârlık, en yaygın

62 Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 166.
63 1976 Küba Anayasası'nın başlangıcı, para. 16.
64 1982 Çin Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.
65 1991 Laos Anayasası'nın başlangıcı para. 3.
66 Vincent, **Modern Politik İdeolojiler**, s. 85-90.

muhafazakârlık biçimidir.[67] Yazar daha sade, dini ve toplumcu duygularla dolu bir hayat tarzını benimseyen *romantik* muhafazakârlık anlayışının ise, liberal politik ekonominin, insan doğasına aykırı olduğu fikrine dayandığını ifade etmektedir.[68]

Romantik ve gelenekçi muhafazakârlıkta örtülü bir biçimde var olan *ataerkil* muhafazakârlık biçiminin belirgin özelliği, yönetimi, kuşatıcı bir devlet faaliyeti olarak kabul etmesi ve hedefleri belirleyen, adaleti ve fırsat eşitliğini sağlayan âlicenap bir ataerkil form olarak tasavvur etmesidir.[69] Ekonomiyi önceleyen, "bireycilik, negatif özgürlük[70], bireysel haklar ve minimal hukuk devleti yönetimi" gibi klasik liberalizmin biçimsel ilkelerini benimseyen *liberal* muhafazakârlık da devlet müdahalesinin kaldırılmasını ve özelleştirmeyi temel alır.[71] En problemli muhafazakârlık biçiminin, yeni sağ muhafazakârlığı olduğunu ileri süren Vincent, bu kategorideki muhafazakârlığın siyasi hedefinin, bireyi devlet düzenlemesinden kurtarmak, devlet servetini azaltmak, bütçe açıklarını ve pazar arzlarını denetlemek ve devlet tekellerini özelleştirmek olduğunu ifade eder. Bu anlayışın Liberal muhafazakârlıktan farkı, piyasa koşullarını daha fazla dikkate almasıdır.[72]

Dünyanın değişik coğrafyalarında bulunan ülkelerin anayasaları incelendiğinde, geleneklerin saygıyla korunması ve yaşatılması konusunda arzu ve temenniler ihtiva eden ifadelerin başlangıç kısımlarında sıklıkla kullanılması dolayısıyla, muhafazakârlığın gelenekçi modelinin yaygın bir biçimde benimsendiği, anlaşılmaktadır.[73] Sözgelimi, 1948 tarihli Güney Kore Anaysası'nın başlangıç kısmında muhafazakârlık vurgusu; *"Biz Kore halkı, muhteşem bir tarih ve kadim geçmişten gelen geleneklerin gururuyla ..."*[74] biçiminde yer almış, 1978 tarihli İspanya Anayasası'nın başlangıç kısmında; *... İspanyolların ve İspanya halkının insan haklarını kullanımı, kendi kültürlerini, geleneklerini, dillerini ve kurumlarını koruma ..."*[75] ifadesiyle belirtilmiştir. Gelenek ve göreneklere be-

67 Vincent, **a.g.e**., s. 98.

68 Vincent, **a.e**., s. 99;

69 **A.e.**, s. 99-100; 1948 Güney Kore, 1962 Samoa, 1975 Papua Yeni Gine, 1978 Solomon Adaları, 1978 İspanya, 1979 Kiribati, 1980 Vanuatu, 1981 Palau, 1985 Guatemala, 1986 Tuvalu, 1987 Haiti, 1991 Burkina Faso, 1991 Ekvator Ginesi, 1992 Litvanya, 1992 Moğolistan, 1992 Fiji, 1993 Çek Cumhuriyeti, 1997 Eritre, 1997 Gabon, 2011 Macaristan, ve 2013 Zimbabve anayasalarının başlangıç kısımlarında, muhafazakarlık ideolojisinin belirtilen biçimlerinden, geleneksel, romantik ve ataerkil anlayışın temel aldığı değerlerin korunması, geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi hususlarına vurgu yapıldığı görülmektedir.

70 Negatif özgürlük kavramına göre birey, faaliyetlerinde herhangi bir kişi veya kurumun engelleyici, keyfi müdahalesiyle karşılaşmadığı nispette özgürdür. Bu açıdan bakıldığında, siyasal özgürlük, insanların başkaları tarafından herhangi bir engellenmeye maruz kalmadan faaliyette bulanabilmesidir. Bkz.Isaiah, Berlin, "İki Özgürlük Kavramı", Çev. Mustafa Erdoğan, **Liberal Düşünce**, Yıl 12, Sayı 45 - 46, Kış -Bahar, 2007, s. 72.

71 Vincent, **a.g.e.**, s. 102-103.

72 **A.e.**, 103-104.

73 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 82.

74 1948 Güney Kore Anayasası'nın başlangıcı, para. 1.

75 1978 İspanya Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.

lirgin vurguların yapıldığı, 1979 tarihli Kiribati Anayasası'nın başlangıcında da; *"... Kiribati'nin gelenek ve görenekleri-ni yüce bilmeye ve onları yüksekte tut-maya devam edeceğimizi ilan ediyoruz …"*[76] ifadesine yer verilerek muhafa-zakâr bir anlayışın benimsendiği ortaya konulmuştur. 1992 tarihli Litvanya Ana-yasasının başlangıç kısmında da; *"... Maneviyatını, yerli dilini, yazılı eserle-rini ve geleneklerini korumuş olan ..."*[77] cümlesiyle muhafazakar anlayışı ihtiva eden bir ifade kullanılmıştır. Muhafa-zakâr anlayışı benimseyen bir diğer ör-nek de 2011 Macaristan Anayasası'nın başlangıcıdır. Genel itibarıyla değer-lendirildiğinde, Macaristan örneğinde, ulusal ve kültürel değerlerle birlikte, ülkenin geçmişten beri sürdürülegelen geleneklerinin korunacağına yönelik vurgulara rastlanmaktadır:

"Mirasımızı, eşsiz dilimizi, Macar kültürünü, Macaristan'da yaşayan ulus-ların kültürleri ve dilleriyle birlikte Kar-pat Havzasının doğal veya insan eseri olan bütün varlıklarını muhafaza etme-yi ve onlara katkıda bulunmayı taahhüt ediyoruz".[78]

Görüldüğü gibi başlangıç metinle-rinde geleneksel muhafazakâr anlayışın benimsendiğini gösteren ve ülkelerin manevi, kültürel ve tarihsel değerlerine verdikleri önemi vurgulayan ifadelere yer verilebilmektedir. Anayasa başlan-gıçlarında yapılan bu vurgularla, ülkele-rin öz kültürlerinden kopmadan evrensel ilke ve değerleri hayata geçirme amacı güttükleri anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu gibi vurgulamalarla toplumların ulusal kimliklerinin temel unsurları olan, dil, kültür ve gelenek gibi, önceki nesiller-den devraldıkları mirası koruyarak ge-lecek nesillere aktarmak suretiyle ulusal kimliği, ulusal bilinci, ulusal kültür ve geleneklerini sürekli olarak yaşatmayı hedefledikleri ifade edilebilir.

Başlangıçlarda Milliyetçilik

Anayasa başlangıçlarında dikkat çeken ideolojilerden bir diğeri de mil-liyetçiliktir. Milliyetçilik ideolojisinin, insanları bir arada tutan, onların bir mil-let olarak anılmasını sağlayan ve belirli amaçlar etrafında bir araya getiren bazı ortak maddi-manevi değerleri yüceltme esasına dayanan bir fikri alt yapıya sa-hip olduğu söylenebilir. Nitekim millet kavramı da genel olarak belirli insanlar arasında bağlılığa ve sevgiye vesile olan ortak bir ırka, tarihe, kültüre ve dile sa-hip olmayı ifade eder.[79] Egemenlik gücü-nü kullanan bir unsur olarak millet fikri, İngiltere'de ortaya çıkmış olmakla bir-

76 1979 Kiribati Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.

77 1992 Litvanya Anayasası'nın başlangıcı, para. 5.

78 2011 Macaristan Anayasası'nın başlangıcı, para. 8.

79 Vincent, **Modern Politik İdeolojiler**, s. 381; Vincent'in açıkladığı anlamıyla millet kavramı, genel bir tanımlama çabasının ürünü olarak belirmektedir. Zira millet kavramı literatürde, "objektif millet anlayışı" ve "subjektif millet anlayışı" olmak üzere iki biçimde tasnif edilmektedir. Buna göre "ırk", "din", "dil" gibi unsurlardan kaynaklanan bağlarla bir araya gelen insan topluluğundan oluşan millet olgusu, objektif millet anlayışını ifade ederken; Fransız milliyetçiliğinin önemli düşünürlerinden Ernest Renan'ın öncü-lüğünü yaptığı ve milleti oluşturan unsurların ortak tarih, hatıra, amaç, ideal, istikbal, mücadele ve ülkü birliği gibi manevi bağların olduğu fikrine dayanan anlayış ise subjektif millet anlayışını ifade etmektedir. Bkz.Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s. 157-158; Ayrıca bkz. Ernest Renan, **Ulus Nedir?**, Çev. Gökçe Yavaş, İstanbul, Pinhan Yayınları, 2016, s. 33-53.

likte, siyasi bir hareket olarak milliyetçiliğin kökenlerinin, Fransız Devrimi'ne dayandığı söylenebilir.[80]

Anayasa başlangıçlarının hatırı sayılır bir çoğunluğunda, millet kavramında mündemiç olan ortak dil, kültür ve kimlik vurgusunun yapıldığı görülmektedir. Milliyetçilik anlayışının, ulusal kültür, dil ve kimlik üzerinden vurgulandığı başlangıç metinlerine bir örnek olarak yukarıda muhafazakârlık bahsinde değinilen 1978 İspanya Anayasası'nın başlangıcı gösterilebilir. İspanya örneğinde yer verilen; İspanyolların ve İspanya halkının … kendi kültürlerini, geleneklerini, dillerini ve kurumlarını koruma …"[81] ifadesiyle, ulusal değerlerin önemine dikkat çekilmiş ve bu değerlerin korunacağına ilişkin taahhütte bulunulmuştur. Görüldüğü üzere, İspanya örneğinde vurgulanan hususların milliyetçi-muhafazakar bir temele dayandığı görülmektedir.[82] Yine muhafazakârlık bahsinde ele alınan 1992 Litvanya Anayasası'nın başlangıcında yer verilen; "*Maneviyatını, yerli dilini, yazılı eserlerini ve geleneklerini korumuş olan;"*[83] ifadesiyle ulusal dil ve geleneklere vurgu yapılarak İspanya örneğine benzer şekilde milliyetçi-muhafazakâr bir anlayışın benimsendiği ortaya konulmuştur.

Bazı anayasa başlangıçlarında milliyetçilik ideolojisi bir kavram veya ilkesel bir değer olarak da anılmıştır. Örneğin, 1972 tarihli Bangladeş Anayasası'nın başlangıç kısmında; *"... milliyetçilik, ... yüce ideallerinin teminat altına alınması, anayasanın temel ilkeleri olacaktır"*[84] biçiminde milliyetçilik devletin temel ilkelerinden birisi olarak vurgulanmıştır. Öte yandan, bazı anayasaların başlangıç metinlerinde milliyetçilik, ülkede baskın olan ırka özgü bir ideoloji olarak belirtilmiştir. Bu tip başlangıçların bulunduğu anayasalar, genellikle Arap ülkelerinin anayasaları olarak öne çıkmaktadır. Nitekim 1962 tarihli Kuveyt Anayasasının başlangıç kısmında yer verilen; *"...bu ulusun, Arap milliyetçiliğini takip ederek dünyaya medeniyeti ve barışı sunmakta rol oynayabileceğine olan inançla;"*[85] ifadesiyle Arap milliyetçiliği vurgusu yapılmıştır. Arap tarih, kültür ve geleneğinin övgüyle dile getirildiği 2012 tarihli Suriye Anayasası'nın başlangıç kısmında da Arap milliyetçiliği; *"Suriye Arap Cumhuriyeti, sahip olduğu Arap kimliğiyle gurur duyar ..."* ve yine; *"... Suriye, Arap milliyetçiliğinin çarpan bir kalbi olarak önemli bir siyasi konum işgal etmiştir ..."*[86] ifadeleriyle keskin biçimde vurgulanmıştır.

Cumhuriyet döneminde yapılan 1961 ve 1982 Türkiye anayasalarının başlangıçlarında da milliyetçiliğin ideolojik olarak benimsendiği görülmektedir. 1961 Anayasası'nın başlangıç kısmında milliyetçilik ideolojisi, muhtevasına ve amacına da değinilerek, belirgin bir biçimde ifade edilmiştir:

80 İnci Özkan Kerestecioğlu, "Milliyetçilik", **Modern Politik İdeolojiler**, s. 329-330.
81 1978 İspanya Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.
82 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 84.
83 1992 Litvanya Anayasası'nın başlangıcı, para. 5.
84 1972 Bangladeş Anayasası'nın başlangıcı, para. 2.
85 1962 Kuveyt Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.
86 2012 Suriye Anayasası'nın başlangıcı, para. 2 ve 4.

"Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak …"[87]

1961 Anayasası'nın başlangıcının yukarıda alıntılanan bölümünden anlaşılacağı üzere, ortak manevi değerlere, ortak ilke ve ideallere vurgu yapılarak tanımı yapılan ve "Türk Milliyetçiliği" biçiminde belirtilen bu anlayış, 1982 Anayasası'nın başlangıcında dönüşüme uğrayarak "Atatürk Milliyetçiliği" haline gelmiştir:

"Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı… doğrultusunda;"[88]

"Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığını, ... Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, (...) karşısında korunma göremeyeceği ..." [89]

Görüldüğü üzere, 1982 Anayasası'nın başlangıç metninin 1. ve 5. paragraflarında belirgin bir biçimde Atatürk milliyetçiliği ve Türklük vurgusu yapılmak suretiyle anayasanın temel ideolojisi ortaya konulmuştur. Metnin 7. paragrafında ise anayasanın esas aldığı milliyetçiliğin mahiyetini açıklayan ifadelere yer verilmiştir:

"Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu;" [90]

Yukarıda yer verilen örnekler, milliyetçilik ideolojisinin, başlangıç metinlerinde yer bulan temel ideolojilerden biri olduğunu göstermektedir. Esasen, her toplumun kendi ulusal kimliğini ve kültürüne özgü değerlerini yüceltmesi kabul edilebilir bir durumdur. Fakat, belirli bir etnik gruba dayalı milliyetçilik anlayışının bir takım olumsuz sonuçlara sebep olma riski taşıdığı söylenebilir. Zira anayasa gibi dili, üslubu ve muhtevasıyla toplumun her kesimini kuşatması gereken en temel hukuki belgede, ülkede baskın grup olsa da, belirli bir etnik grubun yüceltilmesine yönelik ifadeler, belirtilen gruba mensup olmayan vatandaşların anayasayı ve vatandaşı oldukları devleti benimsememelerini güçleştirebilecek ve devlet tarafından dışlandıklarına ilişkin düşüncelerin oluşmasına yol açabilecek, vatandaşlar arasında toplumsal barışın tesis edilmesi bakımından da olumsuz sonuçlar doğurabilecektir
Bu nedenle, devletin dayandığı temel ilke ve değerlerin ilan edildiği birer bildirge metni olan başlangıç metinleri düzenlenirken, ırk milliyetçiliği gibi, belli bir toplumsal kesime hitap eden ideolojilere yönelik kesin ve katı ifadelerden kaçınılmasının daha isabetli bir yöntem olacağı ifade edilebilir.

87 1961 Türkiye Anayasası'nın başlangıcı para. 3.
88 1982 Türkiye Anayasası'nın başlangıcı, para. 1.
89 1982 Türkiye Anayasası'nın başlangıcı, para. 5.
90 1982 Türkiye Anayasası'nın başlangıcı, para. 7.

Başlangıçlarda Feminist Eğilimler

Feminizm, esas olarak kadın ile erkek arasındaki iktidar ilişkisini değiştirmeyi amaçlayan siyasi bir hareket olup, cinsler arasındaki ilişkiyi aile, eğitim ve çalışma hayatının yanı sıra siyasi, kültürel ve tarihsel alanlara kadar geniş bir yelpazede sorgulayan bir ideolojidir.[91] Kadınların maruz kaldığı baskının mahiyetinin incelenmesine ve kadınların her alanda desteklenmesine işaret eden[92] feminizm ideolojisi açısından, özellikle eşitlik kavramının, kadın-erkek tüm bireyleri kapsayan evrensel bir ilke olarak kabul edilmesi oldukça önemli bir husustur.[93] Kadın haklarının tanıması ve korunmasına yönelik küresel düzeyde yaşanan olumlu gelişmeler anayasalara, dolayısıyla, başlangıç metinlerine de yansımıştır. Başlangıç metinlerinin çoğunda eşitlik kavramı devletlerin benimsediği önde gelen ilke ve değerlerden biridir. Dolayısıyla kadın-erkek eşitliğine ve kadınların erkeklerle aynı hak ve özgürlüklere sahip olduklarına, hatta pozitif ayrımcılığa tabi olduklarına yönelik kurallar, birçok anayasa metninde maddelerde düzenlenmektedir. Ancak, kadın-erkek eşitliğine ilişkin ifadelerin, anayasaların ideolojisini ve dayandığı temel ilkeleri ortaya koyan başlangıç metinlerinde özellikle vurgulanması, bu metinlere feminist bir yaklaşımın yansıtıldığı kanaatini doğurmaktadır. Bu bağlamda, gelişmekte olan ve kadın hakları ihlallerinin fazlaca olduğu Demokratik Kongo Cumhuriyeti[94] gibi ülkelerin anayasa başlangıçları özelinde, kadın haklarının savunulmasını ve dayanağı ne olursa olsun kadınlara yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını esas alan feminizm ideolojisinin temel kavramlarına gönderme yapıldığı ifade edilebilir.

2005 tarihli Demokratik Kongo Anayasası'nın başlangıç kısmı, kadın haklarının önemsendiğini ortaya koyması bakımından önemli bir örnektir. Bu örnekte, 1979 tarihli Uluslararası Kadın Hakları Sözleşmesi'ne vurgu yapılmaktadır.[95] Başlangıç metninde; *"... Birleşmiş Milletler'in ...* özellikle *kadın ve erkeklerin ülkede ve kurumlarda eşit temsilini amaçlayan sözleşmelerine bağlılığımızı teyit ederek;*[96] biçimindeki ifadeyle bu vurgu yer almıştır. Bazı ülkelerin anayasa başlangıçlarında erkeklerle birlikte kadınlar da anılarak kadın-erkek eşitliği zımnen vurgulanmıştır. Örneğin; 2008 tarihli Ekvator Anayasasının başlangıç kısmı; *"Biz Ekvator'un egemen halkı, kadın ve erkekleri"*[97] ifadesiyle başlatılarak devletin kurucu unsurlarının

91 Ömer Çaha, **Sivil Kadın (Türkiye'de Sivil Toplum ve Kadın)**, Konya, Vadi Yayınları, 1996, s. 41.

92 Vincent, **Modern Politik İdeolojiler**, s. 271.

93 Serpil Çakır, "Feminizm", **Modern Siyasal İdeolojiler**, s. 417.

94 Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde kadın hakları ihlalleri oldukça yüksek düzeydedir. Ülkede özellikle kadınlara yönelik tecavüz olayları bir rutin haline gelmiş durumdadır. Yapılan araştırmalara göre, ülkedeki kadınların % 12'si en az bir kez tecavüze uğramakta ve her gün 1110 (saat başına 48) kadın tecavüz saldırısıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bkz., (Çevrimiçi) https://www.theguardian.com/world/2011/may/12/48-women-raped-hour-congo, 2 Nisan 2018.

95 Justin, O., Frosini, **Constitutional Preambles At a Crossroads Between Politics and Law**, Maggioli SPA, Romagna, Italy, 2012, s. 30.

96 2005 Tarihli Demokratik Kongo Anayasası'nın başlangıcı, para. 6.

97 2008 Ekvator Anayasası'nın başlangıcı, para. 1.

erkek ve kadınlar olduğu belirtilmek suretiyle kadın ve erkek eşitliği üstü örtülü bir biçimde ifade edilmiştir. 1997 tarihli Eritre Anayasası'nın başlangıç kısmında yer verilen; *"… kadınların ve erkeklerin karşılıklı ... saygı, dayanışma ve eşitlik esasına dayalı bir toplum meydana getirme…"*[98] ifadesiyle de kadın ve erkeklerin eşitliğine vurgu yapılmıştır. 1987 tarihli Haiti Anayasası'nın başlangıç kısmında da kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olduğu ve kadınların temsil edilmesine yönelik tedbirlerin alınması; *"Cins eşitliği ve cinsler arası eşitliğe uygun, olması gereken şekilde kadınların ... temsilinin güvenceye alınması …"*[99] ifadesiyle vurgulanmıştır. 1992 tarihli Mali Anayasası'nın başlangıç kısmında da kadın ve çocukların haklarının güvenceye alınacağı *"... Kadınların ve çocukların haklarının ... savunma kararını ilan ederek ..."*[100] cümlesiyle belirtilmiştir.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere, hem demokratikleşme ve hukuk bakımından hem de ekonomik refah düzeyi bakımından gelişmekte olan ülkelerin anayasa başlangıçlarında, kadın haklarının korunması, her alanda kadın-erkek eşitliğinin devlet güvencesine alınması ve birer vatandaş olarak kadınların, tıpkı erkekler gibi ülke yönetimine katılımının sağlanmasına yönelik vurgulamalar yapılmıştır. Bu ülkelerin geleneklerinde kadınlara yönelik kısıtlamalar ve hak ihlalleri kanaatimizce kadınlara yönelik güvencelerin anayasa metinlerine ve başlangıç kısımlarına özellikle konulmasında etkili olmuştur. Bu yöntemle, ulaşılmaya çalışılan başka bir amaç, anayasaların sadece erkeklerin değil, aynı zamanda kadınların da anayasası olduğunun ve toplumun her kesiminin hak ve özgürlüklerinin güvenceye alındığına yönelik resmi taahhüdün ilan edilmesi olarak belirtilebilir.

Ekolojist (Çevreci) Başlangıçlar

Çevrecilik, çevrenin korunmasına yönelik olarak mevcut üretim sistemi içerisinde belirlenmiş ilkelere uyan ve bu konudaki çalışmaları destekleyen faaliyetler şeklinde ifade edilebilir. Doğanın korunması bağlamında çevrecilik, hemen her ideolojinin ortak bir paydası olarak kabul edilebilirse de, çevreciliği Sosyalizm veya Liberalizm gibi ideolojilere dönüştüren ve ona yeni bir kimlik kazandıran esas gelişme kuşkusuz, yeşil düşünce temelinde şekillenmeye başlayan Ekolojizm'dir.[101] Çevrenin ve "yeşil"in korunması esasına dayanan Ekolojizm, kamusal alanda 1970'lerden beri gelişen ve tarihsel olarak yirminci yüzyılın son dönemlerine özgü bir akımdır[102]. Dolayısıyla, son dönemde yapılan anayasaların başlangıç kısımları başta olmak üzere, bazı başlangıç kısımlarında çevrensel değerleri koruma hususunda yapılan vurgular dikkati çekmektedir. Doğanın ve çevresel değerlerin korunmasına yönelik güvencenin verilmesi

98 1997 Eritre Anayasası'nın başlangıcı, para. 7.
99 1987 Haiti Anayasası'nın başlangıcı, para. 8.
100 1992 Mali Anayasası'nın başlangıcı, para. 4.
101 Selim Kılıç; Nafiz Tok, "Çevrecilikte Yeni Bir Kimlik: Ekolojizm" **Akademik İncelemeler Dergisi,** C. 8, S. 2, Y. 2013, s. 226.
102 Vincent, **a.g.e.**, s. 330.

ve gelecek nesillere sağlıklı bir çevresel mirasın bırakılması için gerekli tedbirlerin alınması ile ilgili ifadelere, modern anayasaların çoğunda, maddelerde yer verilmesinin yanı sıra, bazı anayasaların başlangıç kısımlarında da bu ifadelerin mevcut olduğu görülmektedir.

Bu anayasalardan örneğin; 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın başlangıcında; *"... 2004 Çevre Sözleşmesinde tanımlanan biçimiyle, hak ve ödevlere bağlılığını resmen ilan eder..."*[103] denilmek suretiyle, 2004 tarihli Çevre Sözleşmesi'nde belirtilen hak ve ödevlerin onaylandığı ilan edilmiştir. 1991 tarihli Burkina Faso Anayasası'nın başlangıcında ise; "… Çevrenin korunmasının mutlak gereklilik olduğu bilinciyle …"[104], 2013 tarihli Fiji Anayasasının başlangıcında; *"... çevremizi muhafaza etme taahhüdümüzü ilan eder...*[105]*;* 1992 tarihli Mali Anayasası'nın başlangıcında da "… çevreyi korumayı güvence altına almayı üstlenerek …[106] ifadeleriyle çevrenin korunacağı taahhüt edilmiştir. 1993 tarihli Seyşeller Anayasası'nın başlangıcında *"... Kendimiz ve gelecek neslimiz için güvenli, sağlıklı ve işlevsel bir çevrenin korunmasına destek olmak için ..."*[107] ifadesiyle şimdiki ve gelecek kuşaklar için sağlıklı ve yaşanabilir bir çevrenin sağlanması; 2010 tarihli Kenya Anayasasının başlangıcında da "… *Bize miras kalan çevreye ve gelecek kuşakların faydalanması için onu ayakta tutma kararlılığımıza saygıyla ..."*[108] denilerek, geçmişten miras olarak alınan çevrenin korunması ve gelecek kuşaklara korunmuş bir biçimde bırakılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.[109]

Örneklerden de anlaşılabileceği gibi, insan yaşamı için vazgeçilmez önemi haiz çevrenin korunmasına, gelecek nesillere yaşanabilir yaşam alanlarının miras bırakılmasını amaçlayan ifadeler, anayasa metinlerinde birer norm olarak düzenlenebileceği gibi, anayasaların dayandığı temel felsefe ve ideolojileri, ilke ve değerleri ortaya koyan başlangıç metinlerinde de ilan edilebilmektedir. Dolayısıyla bu örnekler, bir anayasa metninin sadece bireysel, siyasi, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükleri değil, aynı zamanda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ve özgürlüğünü de güvenceye alan, insan yaşamı için hayati öneme sahip çevrensel değerlerin korunmasını da amaçlayan belgeler olduğunu göstermektedir.[110]

103 1958 Fransa Anayasası'nın başlangıcı, para. 2.

104 1991 Burkina Faso Anayasası'nın başlangıcı, para. 13.

105 2013 Fiji Anayasası'nın başlangıcı, para. 9.

106 1992 Mali Anayasası'nın başlangıcı, para. 6.

107 1993 Seyşeller Anayasası'nın başlangıcı, para. 20.

108 2010 Kenya Anayasası'nın başlangıcı, para. 8.

109 Ayrıca, 2007 Karadağ Anayasası'nın başlangıcında sağlıklı çevrenin sağlanması ve doğanın korunması, 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıcında çevrensel dengenin yönetimi, 2014 Tunus Anayasası'nın başlangıcında gelecek nesiller için güvenli bir yaşam bırakmanın ve doğal kaynakların sürdürülebilirliğini güvenceye alan sağlıklı bir çevrenin korunmasına katkı sunmanın gerekliliği belirtilmiş; 1999 Venezuela Anayasası'nın başlangıcında ise, ekolojik dengenin korunmasına vurgu yapılarak, anayasaların ekolojik dengenin korunmasına önem verdiği belirtilmiş ve halkın da bu bilince sahip olmasının sağlanması amaçlanmıştır.

110 Göl, **Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, s. 90.

SONUÇ

Anayasaların belirli bir felsefe ve ideoloji ekseninde tasarlandığı yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Zira anayasalar son kertede politik bir varlık olan insanın elinden çıkan, onun aklının ve düşüncesinin ürünü olan metinlerdir. Dolayısıyla anayasa yapıcıların politik fikirleri tabii olarak anayasa metinlerine ve özellikle de anayasa başlangıçlarına yansımaktadır. Bu yönüyle anayasa başlangıçları, bir anayasanın felsefesinin belirlenmesi için yapılacak sorgulamalarda veri elde etmek için ilk kaynak niteliğinde metinlerdir.

Anayasalar hukuki metinler olup hiyerarşik olarak yasalardan üstün konumda bulunmaktadırlar. Hukuk doktrininde anayasanın üstünlüğü olarak nitelenen bu ilke, evrensel kabul gören temel hukuk ilkelerindendir. Buna göre, yasa koyucu tarafından çıkarılacak her yasa, her durumda anayasaya ve eğer anayasanın bir parçası sayılmış ise başlangıç metinine de uygun olmak zorundadır. Bir anayasa başlangıcının, anayasanın parçası sayılması ya 1982 Türkiye Anayasası'nda (m. 176) olduğu gibi başlangıç metninin anayasaya dâhil olduğu ya da ada ülkesi Tuvalu (1986 Tuvalu Anayasası, Başlangıç bölümü, Anayasa Prensipleri, m. 1 ve Anayasa m. 13) örneğinde olduğu gibi hem anayasada hem de başlangıcın kendi içeriğinde başlangıcın anayasa metnine dâhil olduğu normatif bir hükümle belirtilerek sağlanabilmektedir. Fransa ve Federal Almanya gibi bazı ülke hukuklarında ise anayasada veya başlangıç metninde herhangi bir hüküm olmadığı halde, anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organları tarafından başlangıç metni anayasanın bir hükmü gibi ölçü norm olarak kullanılmak suretiyle de anayasanın parçası sayılabilmektedir.

Anayasa başlangıçlarında belirli bir ideolojinin temel alınması kabul edilebilir bir olgu olsa da bu durum, anayasaya uygunluk denetimi süreçlerinde bazı olumsuz sonuçlara sebep olabilmektedir. Her şeyden önce, belirli bir ideolojiyi esas alan ve anayasa normlarına nispetle soyut ve belirsiz ifadeler içeren başlangıç metinlerinin anayasa normları ile eşit hukuki değer atfedilerek anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılması, bu denetimi yapan yargı organlarının hukuki denetim yetkilerini aşarak yerindelik denetimi yapmalarına neden olabilmektedir. Yerindelik denetimi ise yasama ve yargı organları arasında ideolojik bir çatışmaya sebep olmakta, dahası, yasama yetkisinin demokratik hukuk devleti ilkesine uygun bir biçimde kullanılmasını güçleştirmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin verdiği norm denetimi kararlarının önemli bir kısmı incelendiğinde bu durum açık biçimde görülebilmektedir. Bu nedenle, ideolojik nitelikleri gereği, başlangıç metinlerinin anayasaya uygunluk denetiminde kullanılmalarına yol açabilecek normatif düzenlemelerden kaçınılması, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri bakımından daha uygun bir tercih olacaktır. İkinci olarak, özellikle demokratik ilke ve usullere aykırı biçimde, askeri darbe sonucu yapılan bir anayasanın başlangıcında belirtilen bir ideolojinin, ilgili olduğu toplumun her kesimi tarafından benimsenmesi beklenmemelidir. Zira askeri darbelerin sonucu olan anayasalar, genellikle topluma rağmen yapılmakta-

dır. Bu nedenle devletin temel kurucu belgesi olan anayasaya konulan başlangıç metninin muhtevasında, ilgili olduğu toplumu ayrıştırma ve kutuplaştırma riski taşıyan ideolojik ifadeler yerine, toplumun tüm kesimlerini kuşatıcı ortak değerleri ve insan hak ve özgürlüklerini esas alan ifadelere yer verilmesi, ülkedeki siyasi ve toplumsal birliğin-bütünlüğün sağlanmasının yanı sıra, çoğulcu demokrasinin yerleşmesi ve toplumsal barışın devamlılığı bakımından da daha yerinde bir uygulama olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akbay, Muvaffak: "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, 1950, ss. 446-493.
- Akıllıoğlu, Tekin: "1982 Anayasası'nda Temel Hakların Genel Kuralları", **TODAİE Dergisi**, C.1, ss. 50-66.
- Aldıkaçtı, Orhan: **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4.bs., Ankara, İÜHF Yayınları, 1984.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: "Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi Türk Raporu", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 17**,** (edt.) 7-10 Mayıs 1990, C.II, Ankara 1990.
- Arsel, İlhan: **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, Mars Mtb., C.1, 1965.
- Beau Breslin, Beau: **From Words to Worlds Exploring Constitutional Functionality**, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2009.
- Berktay, Fatmagül: "Liberalizm", **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler,** Ed. H.Birsen Örs, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Berlin, Isaiah: "İki Özgürlük Kavramı", Çev. Mustafa Erdoğan, **Liberal Düşünce**, Yıl 12, Sayı 45 - 46, Kış -Bahar, 2007, ss. 69-83.
- Can, Osman: **Kurucu İktidar**, İstanbul, Alfa Yayınevi, 2013.
- Çağlar, Bakır: **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, Kardeşler Matbaası, 1989.
- Çaha, Ömer: **Sivil Kadın (Türkiye'de Sivil Toplum ve Kadın)**, Konya, Vadi Yayınları, 1996.
- Çoban, Ali Rıza: **Anayasayı Değiştirme Yetkisi (Sınırları ve Denetimi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Doğan, Mehmet D.: **Büyük Türkçe Sözlük**, Ankara, Vadi Yayınları, 2001.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasa Hukuku,** Ankara, Orion Yayınevi, 2011.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, 8. bs., Ankara, Siyasal Yayınları, 2010.
- Eren, Abdurrahman: Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Eroğul, Cem: **Anatüzeye Giriş**, 11. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2010.
- Erözden, Ozan: "Başlangıç ve Değiştirilemez Maddeler", **Anayasa Kurultayı; Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan**, Ankara Barosu Yayını, 2010.

- Frosini, O. Justin: **Constitutional Preambles At a Crossroads Between Politics and Law**, Maggioli SPA, Romagna, Italy, 2012.
- Frosini, O. Justin: "The Role of Preambles in Establishing New Trends in Latin American Constitutional Law", (Çevrimiçi) http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/224.pdf, s. 3, 1 Nisan 2018.
- Göl, Mevlüt: **Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Gönenç, Levent: "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", **AÜHFD**, Cilt 56, S.1, 2007, ss. 145-168.
- Gören, Zafer: "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", İTÜSB Dergisi, Y.:8, s.16, Güz 2009, ss. 1-15.
- Gören, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Gözler, Kemal Gözler: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa, Ekin, 1999.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 9. bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2017.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan: "Federal Almanya Anayasası'nın Başlangıç Kısmına Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir Bakış **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 69-70, Mayıs-Haziran 2010, ss. 119-130.
- Işıktaç, Yasemin: Anayasanın İdeolojisi ve Başlangıç Bölümü İlişkisi, Sosyolojinin Yaşamla Dansı, **Prof. Dr. Birsen Gökçe'ye Armağan**, s. 533-545.
- Kılıç, Selim; Tok, Nafiz: "Çevrecilikte Yeni Bir Kimlik: Ekolojizm" **Akademik İncelemeler Dergisi,** C. 8, S. 2, Y. 2013, ss. 223-250.
- Kubalı, H. Nail: **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971.
- Orgad, Liav : "The Preamble in Constitutional Interpretation", **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, (2010), Vol. 8 No. 4, 714–738.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 17.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Platon: **Yasalar**, Çev. Candan Şentuna; Saffet Babür, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2012, s. 183-184.
- Renan, Ernest: **Ulus Nedir?**, Çev. Gökçe Yavaş, İstanbul, Pinhan Yayınları, 2016.
- Rumpf, Cristian: **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, yy., 1995.
- Roach, Kent: "The Uses and Audiences of Preambles in Legislation", **Mcgill Law Journal**, Vol. 47, 2001, s. 138-140; Orgad, "The Preamble in Constitutional Interpretation", ss. 722.
- Soysal, Mümtaz: **Anayasaya Giriş**, 3. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2011.
- Şentop, Mustafa: "Anayasa'nın İdeolojisi Kemalizm mi?" (Çevrimiçi) http://www.**anlayis**.net/makaleGoster.aspx?dergiid=52&makaleid=658,1 Nisan 2018.
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 13. bs., Beta Yayınları, 2013.
- Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2017.

- Tunaya, Tarık Zafer: **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, Ekin Yayınları, 1982.
- Turhan, Mehmet: "Anayasa ve Anayasacılık", **TODAİE Dergisi,** C.3, S. 27, 1994, ss. 4-12.
- Turhan, Mehmet: "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, **AÜHF Dergisi**, C.33, S.1, Y.:1976, ss. 63-104.
- Vincent, Andrew: **Modern Politik İdeolojiler**, Çev. Arzu Tüfekçi, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2006.
- Voermans, Wim; Stremler, Maarten; Cliteur, Paul: **Constitutional Preambles A Comparative Analysis,** Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Wacks, Raymond: **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, (Çev. Engin Arıkan), İstanbul, Tekin Yayınları, 2013.
- Wheare, K.C.: **Modern Anayasalar**, İstanbul (Çev. Mehmet Turan), Değişim Yayınları, 1984.
- Wolfgang, Graf Vitztbum: "Anayasanın Şekli, Dili ve Üslubu", **Anayasa Teorisi**, ed. Otto Depenheuer; Cristoph Granberwarter, Çev. Elif Eren Koç, Ankara, Lale Yayınları, 2014.
- Yayla, Atilla: **Siyaset Teorisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, Kesit Yayınları, 2012.
- Yayla, Atilla: "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", **Liberal Düşünce Dergisi**, S.66, Bahar, 2012, s. 13-22.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993.

Egemen Özneye Basit Müdahale: Dil Oyunu Neyi Varsayar?

Peyami Safa GÜLAY[1]

"Ama tabii kendinize ait bir dil yaratmak istiyorsanız Robinson Crusoe olursunuz, değil mi? Çok yalnız bir hayat sürersiniz".[2]

Jorge Luis Borges

"Kendini değil, başkalarını düşün".[3]

Ludwig Wittgenstein

I.

Wittgenstein'ın en temel kaygılarından biri oldukça ilgi çekicidir: Göz önünde duranın anlaşılır olması. Gerçi Wittgenstein aynı şeyi oldukça güç bir faaliyet olarak da tarif edecektir.[4] Fakat yine de bu temel kaygı düşünce serüveninin hiçbir aşamasında ortadan kaybolmaz, bilakis söz konusu düşüncenin tam da merkezinde konuşlanır. Göz önünde duran bir şeyin görülebilmesi Wittgenstein için o kadar hayati bir rol oynar ki, kendisi tarafından bir duaya bile konu edilmiştir: "Tanrı filozofa herkesin gözünün önünde duranın iç yüzünü görme gücü ihsan etsin".[5]

Kanaatimizce Wittgenstein düşüncesini ciddi manada meşgul eden bu "göz önünde duran" şey, gündelik olana (pratik) tekabül eder. Bunu açmaya çalışacağız. Fakat burada derhal, "gündelik olan" ifadesiyle alelade, basit ya da ayrıntı bir şeyi kastetmediğimiz belirtilmelidir. Gündelik olan, ki Wittgenstein'ın özellikle geç döneminde oldukça görünür olacaktır, var olan tek gerçekliği işaret eder. Onun tek gerçekliği ifade etmesi ondan "başka" bir gerçekliğin olmadığı manasına değil fakat ondan "ayrı, bağımsız" bir gerçekliğin olmadığı manasına gelir. Göz önünde duranın gündelik olana işaret ettiği ve bu gündelik olanın felsefenin en önemli uğraşı olduğuna yönelik bir ipucu, Wittgenstein'ın, Malcolm'ın Memoir'ine taşınan bir ifadesinde yer alır:

"Eğer size bütün kazandırdığı mantık ve sair şeylerin muğlâk nesneleri hakkında sizi bir miktar ukala konuşabilir kılmaktan ibaretse ve eğer sizin günlük hayattaki önemli meseleler hakkındaki düşünüşünüzü geliştirmiyorsa felsefeyle uğraşmanın ne faydası var?"[6]

---

1 Ar. Gör., Gümüşhane Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü.

2 Richard Burgin, **Borges'le** Söyleşiler, Çev. Hatice Esra Mescioğlu, I. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009, s. 264.

3 Ray Monk, **Wittgenstein: Dâhinin Görevi,** Çev. Berna Kılınçer, Tülin Er, Yay. Haz. Mustafa Küpüşoğlu, Seçkin Erdi, I. Basım, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2005, s. 554.

4 Ludwig Wittgenstein, **Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer,** Çev. Doğan Şahiner, Yay. Haz. Haluk Barış Can, Semih Sökmen, I. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Kasım 2009, s. 166.

5 A.g.e, s. 199.

6 Norman Malcolm, **Ludwig Wittgenstein: A Memoir**, II. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2001, s. 93.

Böylelikle Wittgenstein'ın, felsefe dahil, her şeyle belli bir amaç doğrultusunda ilgilendiği iddia edilebilir: Gündelik olanın sarahatle anlaşılır olması. Bu manada Wittgenstein için her türlü meşguliyet, bu amaca yönelik bir vesileyi ifade eder. Felsefe tarihinin en meşhur demir leblebilerinden biri olarak kabul edilen *Tractatus*'un ortaya çıkış hikâyesi bile, Wittgenstein'ın her türlü düşüncesinin gücünü gündelik olan pratikten aldığının bir ispatıdır sanki. Wittgenstein bir dergide bir trafik kazası haberine rast gelir. Haberde kazanın gerçekleştiği mahaldeki eşyanın minyatürleri aracılığıyla bir canlandırma yapılmıştır. Böylelikle bu canlandırma Wittgenstein'ın aklına bir temsil ilişkisini getirir ve *Tractatus*'a giden ilk adım da atılmış olur. [7] Gündelik (pratik) olana yönelik ilgi bununla sınırlı kalmaz ve bir şey, bu göz önünde duran şeyin anlaşılmasına hizmet ettiği ölçüde kıymetli addedilir. O kadar ki, bu yöntem *Tractatus*'un bizzat kendisine uygulanır. *Tractatus*'un sondan bir önceki önermesi, Cioran'ın sonunda kendisini de yıkmayan bir kitabın beyhude bir uğraş olacağı[8] inancına riayet eder gibi, kitabın kendisini yıkar. Wittgenstein'ın söylediği şudur: İfadeleri, anlaşılması gereken şeyin anlaşılmasına hizmet etmiyorsa, zaten gereksizdirler. Yok, eğer bu amaca hizmet ediyorlarsa, onlara artık gerek kalmamıştır.[9] Her iki durumda da *Tractatus* bir vesile olarak kabul edilir: Göz önünde durmakta olan ve insanı kendisini anlamaya çağıran şeyi anlamanın bir vesilesi.

Şimdi, gündelik (pratik) olanın Wittgenstein'ın bütün düşünsel mesaisinin hareket noktasını oluşturması ne anlama gelmektedir? Tam tersini yapıyormuş gibi görünmesine rağmen Wittgenstein'ı, mesela *Soruşturmalar*'ı hayatın her günkü pratik örnekleri üzerinden oluşturmaya iten şey nedir? Bu yöntem neye yönelik bir tepkidir ve dahası neyi hedeflemektedir?

II.

Wittgenstein, geç döneminin tamamına nüfuz eden dil oyunları terkibinin ilk sinyallerini *Mavi Kitap*'ta verir. Artık erken dönemine nispetle yeni bir yönteme geçilmiştir ve bu araştırma sürecine yönelik en ciddi tehdidin adı konulur: Genellik tutkusu.[10] Buna göre Wittgenstein insanın dünyayı anlama biçiminin genellik tutkusu tarafından tahrif edildiğini iddia eder.

Kısaca hatırlatmak gerekirse: Her bir dil oyunu, bir yaşam biçimidir.[11] Mezkûr genellik tutkusu, teori–pratik gibi bir ayrıma gitmek ve bir teori üzerinden herhangi bir dil oyununun nihai bir yorumunu tayin etmek hedefine yönelir. Böylelikle pratik, bir teori aracılığıyla her defasında aynıyla tekrarlanabilir bir yapıya irca edilmiş olunur. Bu hamle, bir

7 Ray Monk, a.g.e, s. 180-181.

8 E. M. Cioran, **Burukluk**, Çev. Haldun Bayrı, Üçüncü Basım, İstanbul, Metis Yayınları, Ekim 2014, s. 11.

9 Ludwig Wittgenstein, **Tractatus Logico-Philosophicus**, Çev. Oruç Aruoba, VI. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Haziran 2011, s. 173.

10 Ludwig Wittgenstein, **Mavi Kitap Kahverengi Kitap**, Çev. Doğan Şahiner, II. Baskı, İstanbul, İş Bankası Yayınları, Şubat 2011, s. 21.

11 Ludwig Wittgenstein, **Felsefi Soruşturmalar**, Çev. Haluk Barış Can, Yay. Haz. Semih Sökmen, II. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Kasım 2010, s. 29.

temellendirme faaliyetidir. Fakat bir dil oyunu temellendirilebilir bir mahiyette değildir Wittgenstein'a göre:

"Bir dil oyununun, deyim yerindeyse, önceden kestirilemez bir şey olduğunu unutmayın. Şunu söylemek istiyorum: Dil oyunu temellere dayanmaz. O makul (ya da makul değil) değildir.

O oradadır – hayatımız gibi."[12]

İşte Wittgenstein geç dönem düşüncesinin bütün usulünü buna göre şekillendirecektir. Dil oyunu, bir yaşam biçimi olmak hasebiyle, hayatla mukayyettir ve şimdi burada olan gerçekliği aşacak bir teori aracılığıyla temellendirmeye tabi tutulamaz. Bu genellik tutkusuna Wittgenstein "ortak bir şey arama eğilimi", "tek bir örneğin özelliklerini türün bütününe genelleme", "bilimin yöntemine saplanıp kalma"[13] gibi sebepler sıralar. Bu tutku, deyim yerindeyse, "oyun" kavramına bir tanım aracılığıyla belli bir görev yüklemek ve bu görevi oyunun bir türü olabilecek bütün tekil örneklere teşmil etmek gibi bir anlama gelir. Yani, mesela, hem basketbol ve hem de körebe birer oyundur. Peki, oyun türünün tekil örnekleri olan bu iki alan için aynı kuralların uygulanabileceğini söylemek mümkün müdür? Ya da, basketbol oyunun kurallarına uymadığı için körebenin bir oyun olmadığı (ya da tam tersi) iddia edilebilir mi? Böyle bir şey iddia edilebilirse, oyunlardan birisi "meşru" olarak kabul edilecek demektir. Öyleyse meşru olan oyunun meşruiyetinin temeli ne olacaktır? Wittgenstein şöyle cevap verecektir: Böyle bir temel yoktur ve herhangi bir oyununun bir diğerinden daha meşru olması söz konusu değildir:

"Diğer yandan, satranca benzeyen ama daha basit, piyonların kullanılmadığı bir oyunun var olduğunu farz edelim. Bu oyuna eksik der miydik? Ya da, satrancı bir şekilde içeren ama başka elemanların da eklendiği bir oyuna satrançtan daha tam der miydik?"[14]

Demek ki, her bir oyun nihayetinde bir diğer oyun kadar meşru, anlamlı ya da doğrudur. Aslında Wittgenstein'ın teori ve temellendirmeye yönelik itirazı ve dil oyunu anlayışıyla birlikte düşüncesini gündelik olan pratikten hareketle kurmaya çalışması, geleneksel Batı metafiziğine yönelik bir hesaplaşmayı da ifade eder. Hem daha önce bahsedilen teori–pratik ayrımı, hem nihai yorum/hakikat iddiası ve hem de egemen özellik kurumu, söz konusu Batı metafiziğinin tekçi ve finalist tavrının bir neticesidir. Wittgenstein literatüründen yardımla ve yapılan son alıntıyı yorumlayarak söylersek, bir oyunun nihai manada doğru ya da meşru ilan edilmesi diğer oyunlara yönelik bir dışlamayı, onların eksik olduğu önyargısını ifade edebilir ve böylelikle kendisine katılanları da egemen özneler olarak kurar. Nihai doğru ve meşru olan oyun kuralları olarak futbol oyununun kurallarını kabul ettiğimizi düşünelim. Bu durum, kuralların futbol dışında bir oyunu oynamamıza izin vermeyeceği ve diğer oyunların tamamının gayrimeşru olacağı manasına gelir. Hâlbuki, Wittgenstein'ın yaklaşımını hatırlarsak,

12 Ludwig Wittgenstein, **Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer**, s. 84.
13 Ludwig Wittgenstein, **Mavi Kitap Kahverengi Kitap**, s. 21 - 22.
14 A.g.e., s. 23.

her oyun hususi bir alanı (ya da özgül bir durumu) ifade eder. Bir oyunun bir oyundan daha basit ya da kompleks olması, onun oyun olmadığı manasına değil, sadece "farklı" bir oyun olduğu manasına gelir.

Wittgenstein'a göre herhangi bir dil oyununa yönelik herhangi bir temellendirme girişimi suni bir hamledir. Wittgenstein aynı eleştiriyi zaman zaman kendisini takdir ettiği Freud'a da yöneltecek ve onun da 19. yüzyıl'ın mekanik bilimsel paradigmasına saplandığını söyleyecektir.[15] Bu paradigma geleneksel Batı metafiziğinin bir tezahürüdür ve doğru olmak payesini genellikle tek bir oyuna teslim eder. Freud'un düşüncesi de aynı hatayla maluldür: Tüm rüyaların mahiyetini bulmak.[16] Halbuki her bir rüya tekil bir örnektir ve deyim yerindeyse ayrı bir âlemi ifade eder. İşte bu noktada Wittgenstein, bir dil oyununun pek çok farklı şekilde gerçekleşebileceği noktası üzerinde duracaktır:

"Nedensel yaklaşımın sinsiliği, kişiyi şöyle söylemeye yöneltmesindedir: 'Tabii ya, bu böyle olmalı'. Oysa şöyle düşünmek gerekir: bu böyle de olup bitmiş olabilir, başka birçok şekilde de".[17]

Burada geçen şekliyle nedensel yaklaşımın da Wittgenstein'ın itiraz ettiği ve genellik tutkusuna yönelen bilimsel yöntemin bir unsuru olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Evet, bir durum, bir dil oyunu pek çok farklı şekilde tezahür edebilir ve dahası:

" Tek bir felsefe yöntemi değil, yöntemler vardır, farklı tedaviler gibi"[18].

Genelleme temayülü ve tekçi yaklaşım sanki pek çok farklı çeşitte hastalığı aynı yöntemle tedavi etmeye çalışmak gibi bir hatayla maluldür. Böylelikle Wittgenstein'ın itirazları bir araya toplanırken, şahsi kastı da dil oyununa yönelik ifadeleri aracılığıyla tebarüz etmiş olur: Her bir dil oyunu kendisine ait kuralları içermek hasebiyle bir diğerine indirgenemez mahiyettedir. Mesela futbol oyununu oyunun nihai formu olarak kabul ederek tenis oyununun bir oyun olmadığını iddia etmek abesle iştigal olacaktır. Dahası, yine Wittgenstein'ın daha önce söylediği gibi, bir oyunun diğerinden daha çok ya da daha az kuralı barındırması durumu oyunlardan herhangi birisinin lehine ya da aleyhine değildir. Bir oyun başka bir oyundan daha çok ya da daha az kural barındırıyorsa bu, tekrar edersek, oyunların birbirinden daha eksik ya da daha tam oldukları manasına değil sadece daha "farklı" oldukları manasına gelecektir.

Tam bu noktada, iki dil oyunu arasındaki ilişki üzerine bir önemli noktaya daha dikkat çekilmelidir. Buna göre bir oyunun kurallarını nihai bir yorum olarak kabul edip diğer oyunlara teşmil etmek şöyle dursun, eğer dil oyunu bir yaşam biçimi olarak anlaşılacaksa, tek bir oyunun kuralları kendi içinde bile böyle statik bir yapıya sahip olamaz. Zira Wittgenstein, bir dil oyununun ku-

15 Ludwig Wittgenstein, **Estetik, Psikoloji ve Dinsel İnanç Üzerine Dersler ve Söyleşiler**, Der. Cyril Barrett, Çev. Muhsin Yılmaz, I. Baskı, İstanbul, Sentez Yayıncılık, Ocak 2015s. 75.

16 A.g.e, s. 75.

17 Ludwig Wittgenstein, **Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer,** s. 167.

18 Ludwig Wittgenstein, **Felsefi Soruşturmalar**, s. 39.

rallarının oynanırken konulabileceğini ve hatta yine oynanırken aynı kuralların değiştirilebileceğini ima eder.[19] İşte tam da bu nokta, Wittgenstein'ın gündelik olana, pratiğe yönelik ilgisinin temel dinamiğini oluşturur. Her bir dil oyunu bir yaşam biçimini ifade eder. Bu durum, dil oyununun hayatla mukayyet olacağı manasına gelecektir. O zaman her bir dil oyununun hayatın dinamizmine mukabele etmesi gerektiği sonucuna varılabilir. İşte bu dinamizm, yani dil oyununun hayata mukabelesini gerektiren bu oluş, herhangi bir oyunun temellendirilmesine de, nihai bir yorum olarak tayin edilmesine de, kurallarının diğer oyunlara teşmil edilmesine de direnir. Her bir dil oyunu "özgül" bir durumu ifade eder ve bir dil oyununun kuralları meşru olarak belirlenip başka bir dil oyununa dayatıldığında, özgül durum ve dolayısıyla onun hususi şartları hor görülmüş olur.[20]

Wittgenstein'ın notlarındaki birçok örnek, buraya kadar anlatılan genelleme tutkusunun karşısına özetle şu iddiayı çıkaracaktır: Pratik olan bir teori aracılığıyla belirlenebilecek bir yapıda değildir ve tam da bundan dolayı kurallar uygulamayı değil uygulamaların çeşitliliği kuralları belirlemektedir.

III.

Bir dil oyununun nasıl olup da bir arada yaşama kültürü ya da politik olan gibi başlıklar altında tartışılabileceğinin üzerinde durmaya bile gerek yoktur, zira daha önce aktarıldığı gibi, bir dil oyunu daha en başta bir yaşam biçimi olarak kabul edilir. Wittgenstein'ın pratiğe yönelik ilgisi, onun nihai bir teori aracılığıyla kurulmasına yönelik itirazı, *Soruşturmalar*'ın örneklerinin hemen hemen tamamının gündelik hayattan seçilmesinin motivasyonu gibi bütün ipuçları takipçilerini düşünürün temel kaygısına götürecektir: Felsefenin hayata katkısı.

Bir yaşama biçimi olarak dil oyununun bir arada yaşama gibi, politik olan gibi tartışmalara katkısı nerelerde tespit edilebilir? Mümkün çok sayıda örnekten birkaçını sıralayabiliriz: Wittgenstein dil oyununun kurallarının oynarken konulabileceğini söyler. Çünkü bizler hayatı önce bir kurallar listesi oluşturup sonra bunları icra edecek bir usulle yaşamayız. Deyim yerindeyse oyun, bir taraftan oynanırken bir taraftan da belirlenmeye devam eder. Hatta yine kurallar oynarken değiştirilebilir de. Çünkü yine hayat, hem yapısı ve hem de doğası gereği, belli durumlara her defasında aynı tepkiyi verebileceğimiz bir doğrusallığı ifade etmez. Her bir dil oyunu (daha önceki basketbol, satranç, tenis vb. örneklerde olduğu gibi) bünyesinde belli başlı hususi kuralları barındırır. Bir dil oyunun şahsi kuralları bir başka dil oyununa dayatılamaz ya da genellenemez. Greisch, bu noktaya yönelik oldukça hoş bir örnek verir: Tıpkı ekolojide biotoptan bahsedildiği gibi, der Greisch, bir dil oyunu için de logotoptan bahsedilebilir. Biotopun belirli bir hayvan ve bitki topluluğuna yaşama şartları sağlayan biyolojik ortamı ifade ettiğini öğrendiğimizde, benzetme yerine oturmaktadır. Nasıl, bir havyan ya da bitki topluluğunun hayatının devamlılığı belli şartları içeren bir

19 A.g.e., s. 59.

20 Ludwig Wittgenstein, **Mavi Kitap Kahverengi Kitap**, s. 22.

ortamda mümkün olabiliyorsa, bir dil oyunu da anlamlı olabilmek için belli bir tabii ortama, bir logotopa ihtiyaç duyar.[21] Wittgenstein'ın bir durumun pek çok farklı şekilde gerçekleşebileceği ya da tek bir tedavi değil de çok çeşitli tedavi yöntemleri olduğu yönündeki ifadeleri burada tekrar hatırlanmalıdır. Daha açık deyişiyle, bir balığın biotopu denizdir. Ve balığın denizdeki bulunuşu bir yaşam biçimidir. Bununla beraber, bir sineğin biotopu başka gereklilikleri ifade edecektir. Ve, doğal olarak, bu iki yaşam biçiminden herhangi birisinin bir diğerine indirgenmesi (mesela sinekten yüzmesinin beklenmesi) söz konusu olamaz.

Böylelikle, denilebilir ki, Wittgenstein'ın geç dönemi ve dolayısıyla dil oyunları anlayışıyla, bir arada yaşama ve politik olana yönelik katkısı, her bir yaşam biçimini belli başlı hususi sınırları ifade eden dinamik yapılar olarak görmesi noktasındadır. Eğer her bir dil oyunu hususi sınırları ifade ediyorsa bu, bütün dil oyunlarının karşılıklı bir ilişki çerçevesinde varolabileceği manasına gelir. Bu manada, bu çalışmanın başlığına yönelik bir cevabı içerecek şekilde söylersek, bir dil oyunu her şeyden önce bir başka dil oyununu varsayar. Herhangi bir dil oyununun hususi kuralları nihai hakikat olarak ilan edilip başkaca dil oyunlarına teşmil edilemez. Bu bir çeşit hakikat iddiasıdır ki, sahiden de Wittgenstein, *Kültür ve Değer*'in girişinde hakikat sorusunu terk ettiğini ve bunun yerine anlamı sormayı ikame edeceğini beyan eder.[22]

Batı metafiziğinin geleneksel hakikat iddiasına ve böylelikle de egemen öznellik kurumuna darbe vuran hamle, bu hamledir. Tek bir yaşam biçiminin ön plana çıkarılması, bir başka yaşam biçiminden daha doğru ya da meşru olması söz konusu değildir. Bu yaşam biçimleri belli başlı yerlerde birbirleriyle kesişebilecekleri gibi, böyle bir kesişmenin söz konusu olmaması da mümkündür. Fakat onlardan birisinin meşru bir yaşam biçimi olarak kabul edilmek için belli başlı yaşam biçimleriyle ortak unsurları barındırması gerekmez.[23] Wittgenstein'ın bu geç döneminde problem çıkaran nokta olarak dil oyunlarının gramerlerinin birbirlerine geçirilmesine işaret etmesi bu açıdan manidardır. Yani, tıpkı yukarıdaki tabii yaşam alanları (dil oyunları için logotop) örneklerinde olduğu gibi, bir yaşam biçimi aynı zamanda hususi kuralları ve hususi bir işleyişi ifade eder. Onun bazı özelliklerinden dolayı eksik ya da fazla olmadığı, en az başka dil oyunları kadar meşru olacak bir şekilde "farklı" bir yapıyı ifade ettiği noktası temel vurgusudur Wittgenstein'ın.[24]

Wittgenstein'ın oldukça az sayıdaki ahlaki öğüdünden biri, insanın kendisini değil başkalarını düşünmesi gerektiği yönündeki telkini de, yine yaşam biçimlerinin çeşitliliğine yönelik bir vurguyu barındırmaktadır. Bir insan herhangi dil oyununa dahil olursa olsun, yaşamını hangi biçimde sürdürürse sürdürsün,

21 Jean Greisch, **Wittgenstein'da Din Felsefesi**, Çev. Doç. Dr. Zeki Özcan, Bursa, Asa Kitabevi, s. 75.
22 Ludwig Wittgenstein, **Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer,** s. 120.
23 Ludwig Wittgenstein, **Felsefi Soruşturmalar,** s. 51.
24 Ludwig Wittgenstein, **Mavi Kitap Kahverengi Kitap**, s. 23.

bir başka dil oyununu, bir başka yaşam biçimini her an hesaba katmalı, hatta belki onu kendi dil oyununa öncelemelidir. Borges, hiç kimsenin gerçekte kim olduğunu tam olarak bilemeyeceğini ve herkesin her zaman başka birine dönüşme ihtimalinin olduğunu düşünürmüş.[25] Borges gibi düşünürsek, bir arada yaşamak durumunda olan insan, bırakın toplum içinde özel bir dil yaratıp Robinson olmayı, bunu daha kendi tekil benliğinde bile gerçekleştiremez. Zira yaşam biçimi hayatın akışından ve onun paylaşıldığı kişilerden münezzeh değildir ve dolayısıyla da her an yeniden gözden geçirilip tanzim edilmesi gerekebilir.

İşte Wittgenstein'ın geç dönemindeki dil oyunu anlayışı, bu oyunlardan herhangi birinin bir diğerinden daha üstün ya da meşru olmak için hiçbir ayrıcalığa sahip olmadığı noktasının üzerinde tekrar tekrar durur. Yaşam biçimi, bir dil oyunu olarak, evet, belki kendi sınırları içinde (ki, bu sınırlar da her an değişime namzettir) hareket edecek ve fakat başka yaşam biçimlerinin yapı ve uygulamalarını da varsaymak durumunda olacaktır. Bunların her biri hususi ve değişken sınırları ifade ederler. Çünkü dil, bütün insan etkinlikleri ve davranışları içinde örülüyorsa ve böylelikle kendisine yaşam akışının içinde yer bulabiliyorsa[26], bu, onun hiçbir zaman nihai bir formundan bahsedilemeyeceği manasına da gelir. Nihayet, Wittgenstein'ın geç dönem düşüncesi bu yönleriyle bir arada yaşama imkânları tartışması açısından oldukça verimli bir kaynak sunmaktadır. Kanaatimizce de, öyle ya da böyle, hangi dil oyunundan, hangi yaşam biçiminden bahsedilirse bahsedilsin, bu dil oyunları ya da yaşam biçimlerinden herhangi biri "makbul" olan olarak ilan edilip kendi dışına teşmil edilemez. Bir dil oyunu hiçbir zaman nihai bir formu ifade edemeyecek ve her zaman kendisinden başka türlü bir dil oyununu varsaymak durumunda olacaktır. Dahası, bugünün kendisini hakikat olarak tayin edip kendi dışını gayrimeşru ilan eden zıt kutuplardan müteşekkil ortamlarından hareketle düşünüldüğünde, bir yaşam biçiminin yegâne meşruiyet zemini olarak bulabileceği alan, tam da bu başka yaşam biçimlerine yönelik dikkati ve saygısı olabilir gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Monk, Ray: **Wittgenstein: Dahinin Görevi,** Çev. Berna Kılınçer, Tülin Er, Yay. Haz. Mustafa Küpüşoğlu, Seçkin Erdi, I. Basım, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2005.
- Wittgenstein, Ludwig: **Estetik, Psikoloji ve Dinsel İnanç Üzerine Dersler ve Söyleşiler**, Der. Cyril Barrett, Çev. Muhsin Yılmaz, I. Baskı, İstanbul, Sentez Yayıncılık, Ocak 2015.
- Wittgenstein, Ludwig: **Felsefi Soruşturmalar**, Çev. Haluk Barış Can, Yay. Haz. Semih Sökmen, II. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Kasım 2010.
- Wittgenstein, Ludwig: **Kesinlik Üstüne + Kültür ve Değer,** Çev. Doğan Şahiner, Yay. Haz. Haluk Barış Can, Semih Sökmen, I. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Kasım 2009.

25 Jason Wilson, **Jorge Luis Borges**, I. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Temmuz 2011, s. 9.

26 Ali Utku, **Wittgenstein Erken Döneminde Dilin Sınırları ve Felsefe**, II. Baskı, Ankara, Doğubatı Yayınları, Mart 2014, s. 250.

- Wittgenstein, Ludwig: **Mavi Kitap Kahverengi Kitap**, Çev. Doğan Şahiner, II. Baskı, İstanbul, İş Bankası Yayınları, Şubat 2011.
- Wittgenstein, Ludwig: **Tractatus Logico-Philosophicus**, Çev. Oruç Aruoba, VI. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, Haziran 2011.
- Burgin, Richard: **Borges'le Söyleşiler,** Çev. Hatice Esra Mescioğlu, I. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009
- Cioran, E. M.: Burukluk, Çev. Haldun Bayrı, Üçüncü Basım, İstanbul, Metis Yayınları, Ekim 2014.
- Malcolm, Norman: **Ludwig Wittgenstein: A Memoir**, II. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Greisch, Jean: **Wittgenstein'da Din Felsefesi**, Çev. Doç. Dr. Zeki Özcan, Bursa, Asa Kitabevi.
- Wilson, Jason: **Jorge Luis Borges**, I. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Temmuz 2011.
- Utku, Ali: **Wittgenstein Erken Döneminde Dilin Sınırları ve Felsefe**, II. Baskı, Ankara, Doğubatı Yayınları, Mart 2014.

Dinsellik ve İdeoloji Olgusu ya da İslamiyet ve Müslümanlar Bağlamında Din/Dindar ve İdeoloji/İdeolojik Kişilik Dönüşümü

Ahmet GÜRBÜZ[1]

A- Genel Olarak

"İdeoloji" kavramı "varlığa, yaşama, eşya ve olaylara dair tartışılamaz ve mutlak kabul içeren hazır dogmatik sosyal inanç içerikleri ve bu inanç içeriklerinin belirli bir sosyo-politik gaye uğruna araçsal işlev görmesi" anlamında ele alınmaktadır. Buna uyumlu olarak "ideolojik kişilik" kavramı da, bu ideoloji tanımı doğrultusunda "belirlenmiş sosyo-politik gayeler uğruna, tartışılamaz mutlak dogmatik inanç kalıplarına dayalı maddi ve kültürel oluşum/organizasyona bağımlı ve onun direktifinde olan kişi/kurum" anlamında ele alınmakta ve değerlendirilmektedir.

"Din" kavramına gelince, kaynağı ne olursa olsun, konusuna baktığımızda dinin ele aldığı şeyin genel felsefe konularına paralel bir biçimde, yaşama, evrene, insana ve onun eylemlerine ilişkin değerlendirmelerden oluştuğunu görmekteyiz. "Yaşamın anlamı nedir, iyi nedir, ahlak nedir, varlık nedir" gibi insana dair sorular, genel felsefe konularına benzer bir biçimde dinin konularını oluşturur. Felsefede olduğu gibi dinde de varlıkla, bilgiyle, değerlerle yani insana ve insana dair şeylerle ilgili önermeler, söylemler ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Kısacası dinin konusuyla felsefenin konusu çakışmaktadır; kadim zamanlardan beri ikisi de aynı şeyleri sorgulayıp irdelemek durumunda kalmışlardır.

B- Din ve Felsefe

Din ve Felsefe Tarihi literatüründe felsefe ile din arasında uzlaşmazlık/çatışma/karşıtlık bulunduğu yönündeki iddialar, çoğunlukla, bu bilgilenmenin kaynağına ilişkin gibi görünmektedir
Bu yönlü yaklaşımlarca, genel olarak, dinde insanoğlunun kendi yaratmasıyla elde edilen bilgi ve değerlendirmelerin değil de onun ötesinde metafizik öğelere dayanılarak oluşturulmuş bilgilenmelerin söz konusu olduğu varsayılır ya da bilinir. Buna göre, dindeki önermeler önceden hazır, dogmatik ve üzerinde tartışılamazdırlar; bunlar insan aklının ürünü değildirler. Oysa felsefi düşüncenin temeli, insanın kendisidir ve bu durum felsefe ile din arasındaki ayrımı oluşturur. Ne var ki tüm bu yönlü algılama ve yaklaşımların hakikatin yalnızca bir yönünü göstermeye yönelik eksik ve yanılgılı bir tutum olduğunu belirtmek ve teslim etmek durumundayız.

C- İdeal/Teorik Din ve Reel/Olgusal Din Ayrımının Anlamı ve Önemi

Din iki türlüdür. Biri, Allah katında ve Allah'ın bildirdiği kimse ile o kimsenin bildirdiği kimseler nazarında malum olan, öteki de, halk nazarında bilinen dindir (İbn Arabi).[2]

---

1 Prof. Dr., Bingöl Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

2 Muhyiddin-i Arabi: Fususül-Hikem (Çev. M. Nuri GENCOSMAN), İstanbul Kitabevi, Beşinci Baskı, İstanbul 1981, s. 64.

İdeal/teorik din ve reel/olgusal din ayrımının anlam ve öneminin kavranıp teslim edilmesi kanımızca günümüz 'İslam coğrafyasının' içinde bulunduğu trajik durumun analizi açısından büyük ehemmiyet arz etmektedir. Günümüz İslam coğrafyası aydınlarının sözü edilen bu ayrımın kavranması açısından problematik bir konumda bulundukları maalesef bir realite olarak kendisini göstermektedir. Toplumumuz aydınları ya dinin özünü/esasını kavramadan reel toplumsal din algısına tutsak olmuş ya da toplumsal reel din algısının olumsuzluğu karşısında, 'ideal/öz/asıl dinsel içerikleri' de bunun içine katarak tümüyle dinsellik karşıtlığı konumuna düşmüş/düşürülmüşlerdir. Böylece İbn Arabi'nin ifadesiyle 'Tanrının bildirdiği din ile halkça bilinen din' ayrımını kavramadan dinsellik bağlamında takınılan bu iki uç yaklaşım, aydınların toplumsal dinsel algının ıslahı çerçevesinde toplumu olumlu yönde dönüştürme açısından olumlu değil olumsuz rol oynamasına sebebiyet vermiştir. Kuşkusuz 'İslam toplumlarının' 'muasır medeniyetler seviyesine' yükselmesini ve adil/insancıl/uygar bir yaşam sürmesini istemeyen küresel egemen emperyalist odakların, toplumsal dinsel algının olumlu yönde dönüşümünü sağlayacak mutedil/makul/makbul aydın kesiminin oluşumunu engelleme yönündeki derin çabalarının bunda katkısı büyük olmuştur.

a- İdeal/Teorik Dinselliğin Temel Vurguları

Dinin ideal/teorik kapsamıyla ilgili olarak şunlar söylenebilir: Özellikle tek Tanrı inancı olan dinlere (din-i hanif/dosdoğru, saf ve duru din) bakıldığında (İslam, Hıristiyanlık, Yahudilik gibi), teorik olarak ve özü itibariyle bu dinlerin ana vurgusu olarak karşımıza şu çıkıyor. Gerçekte tüm ilahi dinlerin teorik özü ve ana vurgusu özdeştir ve şu şekilde dile getirilebilir. Birinci ana vurgu inanca/inanmaya ilişkindir ki bu, temel olarak Tanrı inancını kapsar. İkinci ana vurgu 'ibadet' olarak dile getirilebilir; buna 'anış (anma eylemi)' diyebiliriz
Üçüncü ana vurgu ise, sosyal ve insani yaşamla ilgili olarak tek kelime ile 'adalet' olarak dile getirilebilir. Bu ana vurgular aynı zamanda ve özellikle, tüm ilahi dinler arasındaki temel ruhun/esprinin aynı olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Diğer yandan, dinin dogmatik inanışlar üzerine kurulduğu yönündeki klasik felsefi görüşteki durumun aksine; dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu bile, özünün ve ayrıntılarının anlaşılması açısından tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır gerçekte.

Bu konuda, anılan üç ana vurgunun İslam dininde daha açık ve net olarak yer aldığı söylenebilir. İslam dininde birinci vurgu olarak 'inanç', ikinci vurgu olarak 'ibadet' (Tanrıyı anma, anış) ve üçüncü vurgu olarak da yalnızca 'adalet' kavramı önem taşır. İslam dininin kaynaklarına bakıldığında, tüm dinlerin ('din-i hanif': İslamiyet, Hıristiyanlık, Yahudilik vb.) bu üç ana vurgu üzerinde temellendiği hususunu ayrımsamak mümkündür. İlk iki vurgu (inanma ve tapınma) birey-Tanrı arasındaki ilişkiyi yansıtmaktayken, üçüncü vurgu (adalet buyruğu) bir yandan birey-Tanrı ilişkisini, diğer yandan da birey-yaşam (hukuk) ilişkisini yansıtır.

Yukarıda da belirtildiği gibi dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu, özünün ve ayrıntılarının kavranması açısından sorgulanmaya, tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır ve içinde bulunulan içsel ve dışsal koşullara göre tezahür etmeye uygun esnek bir temel yapıya sahip olma özelliğindedir gerçekte. İnanmaya ve iman etmeye ilişkin temel inanç konularının içeriği açısından bile, ayrıntılı, mahdut ve tartışılamaz bir söylemle karşı karşıya değilizdir. İkinci ana vurgu bağlamında, 'ibadet (anma eylemi)' ayrıntılı ve mahdut içerik olarak ortaya konmamış, adeta somut değerlendirmelere aralanmış kapılar bırakılmıştır. Yine bu çerçevede üçüncü ana vurguya baktığımızda, 'adalet' kavramının kaynaklarda yalnızca temel öz ve espri olarak yer almış olduğunu; yalnızca, adalet değerinin gözetilmesi gerektiğinin vurgulandığını ve adalet değerinin, ayrıntıları itibariyle somut biçimlerle sınırlandırılmadığını yani içinde bulunulan somut zaman-mekân koşullarının belirleyiciliğine aralanmış bir kavrayış yaklaşımının sergilendiğini görmekteyiz.

Bu bağlamda konunun ayrıntılarına girmeden, kesin bir ifade olarak denebilir ki, din/İslamiyet'in maddi yaşam ("dünya hayatı") açısından belirleyici olan en temel kriteri "adalet" kavramını/adaleti gözetmeye ilişkindir. Din/İslamiyet'in insanın başkalarıyla ve çevresiyle olan ilişkileri açısından, toplumsal yaşam açısından, insancıl ve esenlikli bir dünyanın kurulabilmesi açısından, toplumsal ahlak ve hukuk açısından belirleyici olması gerektiğini vurguladığı en temel değer, ilke ve ölçüt "adalet"tir. Din/İslamiyet'in diğer iki temel vurgusu olan inanç ve ibadet boyutları daha çok birey olarak insan ile Tanrı arasında yaşantılanırken; "adalet" vurgusu ise, hem bir birey olarak insan ile Tanrı ve hem de somut toplumsal yaşamla/"diğer insanlarla" ilgili ve geçerli olarak söz konusu bulunmaktadır. Dolayısıyla "adalet" kavramının insanlar arası ilişkileri, insanın çevresiyle olan ilişkilerini, toplumsal yaşamı, toplumsal ahlak ve hukuku doğrudan ilgilendiren ve belirleyen boyutunun, insani ve evrensel bir özellik taşıması nedeniyle, sosyal bilimler ve özellikle hukuk açısından irdelenip açıklığa kavuşturulması çok büyük değer ve önem taşımaktadır.

b- İdealiteden Realiteye İdeolojik Dönüşüm

Doğal olarak ne yazık ki tüm bu belirtilenler teori, ideal hakikat ve öz itibariyle böyledir yalnızca. Reel/olgusal dinsellik açısından bakıldığında ise, bu ana vurgularla uyum sağlamayan ve bunlarla çatışan somut algı ve pratik realiteleriyle karşılaştığımızı görmekteyiz. Din hakikati, insanlık tarihinde toplumsal ve siyasal iktidarlar tarafından ayrıntılarda başkalaştırılmış ve kendi devamlılıklarının sağlanması için bir araç olarak kullanılabilmiştir. Dinin temel özü ve ruhu görmezden gelinmiş, yok sayılmış ve bu suretle dinsel içerikler, ayrıntıları bağlamında saptırılarak değişim ve dönüşüme uğratılmıştır. Adeta dine karşı din konumlandırmak suretiyle dinsel içerikler ideolojikleştirilmiş ve bu haliyle çarpıtılmış ve özünden tecrit edilmiş reel din, bir sosyo-politik egemenlik kurma aracı/vasıtası haline dönüştürülerek ideolojik oluşum niteliğine büründürülmüştür.

Bu noktada, dinin ideolojiye dönüştürülmesinin; öz ruhundan uzaklaştırılarak çarpıtılıp başkalaştırılan dinsel içeriklerin ya da bu içeriklerin ayrıntılandırılmalarının egemen güçlerce ya da egemenlik kurmak isteyen odaklarca sosyo-politik hâkimiyet kurma aracı/enstrümanı haline indirgenip dönüştürülmesi biçiminde gerçekleştiği, önemli bir husus olarak dikkat çekmektedir. Gerçekte amaç iktidar sağlamak olduğu halde, din bir kılıf olarak işletilmiştir ne yazık ki. Bütün bunları günümüz modern dünyasında da görebilmekteyiz.

Somut olarak dinselliğin iktidar aracı olarak kullanılışı bazı dinsel uygulamalarda daha belirgindir. Sözgelimi Hıristiyanlıkta yukarıda belirtilen üç temel vurgu teorik olarak var olmakla birlikte; ayrıntılarda değişiklik yapılarak, Kilisenin Tanrı ile insan arasındaki bağlantıyı sağlayacağı inancı yerleştirilmiş, Kilisenin ve dinin iktidar için önemli bir araç olması sağlanmıştır. İslam dini ile ilgili pratik realiteye bakıldığında ise; Tanrı ile insan arasındaki yakınlaşma için Kilise gibi bir kurum olmamakla birlikte, tarihsel olarak bakıldığında bazı sosyal ya da 'dini' kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yine dinin iktidar odakları ve çıkar grupları tarafından kendi egemenliklerini ve çıkarlarını devam ettirmek için bir araç olarak kullanılabildiğini ne yazık ki görüp teslim etmek durumundayız.

D- İslamiyet ve Müslümanlar Bağlamında Din/Dindar ve İdeoloji/İdeolojik Kişilik Dönüşümü

Doğu-İslam dünyasının özellikle son yüzyıllardaki trajik halinin gerçek temel nedenleri üzerine yoğunlaştığımızda, bu bağlamdaki temel faktörlerden birisinin, ideal/teorik dinsellik ile reel/olgusal dinsellik arasındaki uyuşmazlık ve çatışkıya ilişkin olduğunu görüp teslim etmek durumundayız.

Denilebilir ki doğu-İslam dünyasının içinde bulunduğu olumsuzluğun temel nedenlerinden birisi, en azından "din" ile ilgilidir; dinin ideolojileştirilmesi, ideolojik bir niteliğe ve işlevselliğe büründürülmesidir. Hakikatte bireysel ve toplumsal kurtuluş/esenlik vesilesi olması gereken din ve dinsellik; temel öz, anlam ve ruh itibariyle yok edilerek, zulmün, haksızlığın, sömürünün, zulme ve sömürüye karşı sessiz kalmanın vb. bir aracı haline getirilmiştir.

Son bir-iki yüzyıldan bu yana Batı Emperyalizminin kendi çıkarlarını kollayıp artırmak amacıyla doğu-İslam coğrafyasını "böl-parçala-sömür" yaklaşımıyla perişan hale getirebilmesinin en önemli nedenlerinden birisi, doğu-İslam toplumlarının İslamiyet'in yaşamsal temel vurgusu olan adalet buyruğunun özellikle manevi/kültürel boyutunu dışlayan toplumsal tavırlar sergilemeleridir. Farklı manevi/kültürel inanç yapıları yüzyıllarca aynı coğrafyada bir arada ve birbirine saygılı bir biçimde yaşayabilmişken, son yüzyıllarda bu farklılıklar doğu-İslam coğrafyasındaki toplumların birbirleriyle çatışma/kavga/savaş içine girmesine yol açmıştır. İslam-doğu coğrafyasının/toplumlarının içinde bulunduğu dram ve trajedinin temel nedenlerinden birisi olarak, Batılı kapitalist modernitenin "icat edip", birbirine kırdırıp sömürmek için doğu-İslam toplumlarına "ihraç" ettiği "ideoloji" ve "ideolojik kişilik" olgusuna ilişkin bulunduğu, görmezden gelinemez bir realite olarak

karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de doğu-İslam toplumlarının entelektüel yapılanmalarında dinin/İslamiyet'in bir "ideoloji" ve dindar/müslümanın da bir "ideolog / ideolojik insan" tiplemesine dönüştürülmesi, dinin özünden ve bu bağlamda adalet değerinden uzaklaşılmasına, dinsel algının bir çıkar/iktidar/şiddet/çatışma aracı haline dönüştürülmesine ve en son tahlilde de günümüzde içinde bulunulan trajik/dramatik realitenin gerçekleşmesine yol açmıştır.

Din/dindar ve ideoloji/ ideolojik kişilik dönüşümü konusunda bireysel ve toplumsal yaşamdaki baskı ve zorun etkisi de önem arz eder. Zor ve baskının ruhsal analizi yapıldığında, onun asıl yıkıcılığının bireyin manevi/anlamsal açıdan kişiliğinin oluşumuna yönelik olduğu fark edilebilir. İnsanın en temel varoluşsal problemi olan 'kendini bilmenin' yolunda engel teşkil eden faktörlerden önemli birisi de, ben/ego'nun, zor ve baskıdan kaynaklanan korku ve acı bedeni ya da çözümlenmemiş bilinç içeriğine bürünmesi durumudur. İnsan bilincindeki zor ve baskıdan kaynaklanan çözümlenmemiş, silinmemiş incinmeler, insanın kişilik yapısında yara izi bırakır ve bu izler sonuçta çeşitli yerleşmiş korku/kaygı kalıplarının oluşmasına yol açar. Tüm geçmiş yaşam boyunca, zamanında özgürlük ve irade temelinde farkındalık sağlanamadığından dolayı, benlik yapısına kaydedilmiş olan bu tür acı ve korkular çözümlenmemiş ve yerleşmiş bilinç kalıpları haline gelerek adeta bir 'kimlik/kişilik yapısı' oluşturur. Baskı ve zorun yapılandırması altında oluşan böylesi bir kimlik/kişilik yapısı ise, nefret/öfke/yakınma/suçluluk/kıskanma/kaygı/kızgınlık gibi olumsuz duyguların biriktirdiği acının, insan bedeni ve zihnini işgal edip hâkimiyeti altına alan olumsuz enerji alanları yaratmasına yol açacaktır. Yalnızca zor ve baskıdan beslenen bu kişilik/kimlik yapısı, irade ve özgürlükle tanışıp onu özümsemeye/sindirmeye koyulmadıkça varlığını güçlendirerek sürdürmeye devam eder. Öyle ki giderek varlığını güçlendiren bu zor ve baskıdan kaynaklı kimlik/kişilik yapısı, sonunda öznesiyle özdeşleşmiş hale gelir; kişi/özne adeta bir acı ve korku yığınına dönüşür.

Din/dindar ve ideoloji/ ideolojik kişilik dönüşümü konusunda yaşamsal derecede önemli faktörlerden birisi de "bireysellik/şahsiyet" kavramına ilişkindir. "Bireysellik/şahsiyet" kavramı baskı/zorun etkisinin yok edilebilmesi ve özgürlük/iradenin canlanıp işlevselleştirilebilmesi açısından büyük önem taşır. "Bireysellik" kavramının burada, 'insanın bir değer olarak yalnız ve tek başına var olduğu' anlamında kullanıldığı; daha çok, kişiliğin ve değerlendirme biçimlerinin yaratılmasında söz konusu edildiği unutulmamalıdır. Amaç, insanın kendi dışındaki bireylerin ve toplumun varlığını görmezden gelmesi; onlara karşı söz konusu olan ödev, sorumluluk ve ilişki biçimlerini yok sayması vurgusu değildir kuşkusuz. İnsan, olumlu ya da olumsuz anlamda bir değerlilik ya da değersizlik durumunu edinirken, yalnız ve tek başına olarak vardır. Bireysellik durumu, bir gerçeklik (olan, realite) olmayıp; olabilirlik, olanaklılık ve olması gereken alanına ilişkindir. Başka bir anlatımla, tüm zaman ve mekân koşullarında eylemsel, reel olarak tüm insanlar bu

anlamda bir bireysellik durumuna sahip değillerdir. Ancak, insan, kendi özgür istenci ve kişiliği aracılığıyla bu bireysellik durumunu yakalayıp edinebilme yeteneğine sahip bir yapıdadır.

E- Sonuç Yerine: İdeoloji / İdeolojik Kişilik Kıskacından Kurtulmanın Biricik Yolu

"Hakikat ehli insan, ancak kendinde gerçekleştirmiş olduğu şeylerle ferahlar, huzur bulur. Tıpkı Bestâmî'nin "İsm-i A'zâm nedir?" sorusuna, "O sıdk ve ihlâstır; sen sıdk ve ihlâs sahibi ol; sonra, istediğin ismi İsm-i A'zâm olarak al" yanıtında vurgulandığı gibi." [3]

Ünlü bilge sufi İbn Arabi'nin çok sevgili sufi Bestami'nin ifadesine katılarak ve dayanarak yaptığı bu açıklama, gerçekte birey olarak insanın ve toplum olarak insanlığın erdemli ve esenlikli bir varoluş sergileyebilmesinin temel ve biricik yönteminin izahını barındırmaktadır.

Bu önemli vurgulamada, bireysel ve toplumsal aydınlanma ve kurtuluşun biricik reçetesi olarak zikredilen "ihlâs" ve "sıdk" temel kriterlerine kavramsal ve anlamsal olarak biraz yakından bakalım.

a- Bireysel Aydınlanma ve Kurtuluşun İki Temel Unsuru Olarak "İhlâs" ve "Sıdk"

"İhlâs" kavramı dini ve ilahi düşünce bağlamında "bireyin Tanrı'ya inanç ve O'nu anmaya yönelik eylemselliklerde bulunma (iman ve ibadet) konularında içtenlikli, dürüst, özgür ve nesnel olmasını; toplumsal, ideolojik, çıkarsal, psikolojik vb. hiçbir neden ve ilintiyi kendisi ile Tanrı arasındaki ilişkiye bulaştırmamasını" gerekli kılar ve deyimler. Sufilerin, üzerinde önemle durdukları kavramlardan birisi olan "ihlâs", insanın, tüm eylem, davranış ve tutumlarında, maddi hiçbir nedenle hareket etmemesini ve yalnızca nesnel erdemlilik amaç ve ereğini gütmesini ya da özdeş deyimle yalnızca Rabbin rıza ve hoşnutluğunu amaç edinmesini anlatır genel olarak. "İhlâs" kavramı bireyin erdemlilik sürecine, daha doğrusu gerçek anlamda insan olma yoluna girişinin ilk temel koşulu niteliğinde olması nedeniyle büyük önem ve değere sahiptir ve bu bağlamda yeterince kavranması, ayırt edilmesi gerekir. Bu kavramın hakikatte ve yalın/sade bir ifadeyle yalnızca "nedensizlik" anlamına geldiğini söylemek mümkündür. İnsan, Cenâb-ı Hakk'ın üç temel buyruğu olan "iman, ibadet ve adalet" temel ilkeleri bağlamındaki tüm düşünüm, duygulanım, tutum ve davranışlarında, akla gelebilecek hiçbir neden, amaç ve erekle hareket ediyor olmamalıdır. Bu, "hiçbir nedene dayalı olmamak" özelliğini kapsadığında davranış "ihlâs" öğesini içeriyor olma konumuna ulaşabilecektir ancak. Bu "nedensizlik/amaçsızlık/gayesizlik" özelliğindendir ki, "Nefs'e (kişilik) en ağır gelen şeyin ve bu nedenle de dünyada en yüce şeyin 'ihlâs' olduğu; çünkü nefs'in (benlik duygusu) onda payına düşen hiçbir şeyin olmadığı" önemle vurgulanmıştır.[4] "İhlâs" öylesine önemli ve nazik bir iç-

3 İbn Arabi: Fena Risalesi / Arzuların Tercümanı, (Çev. Mahmut KANIK), 2002, s. 44. Bu konuda ayrıca bknz: Ahmet GÜRBÜZ: Zen ve Tasavvuf Işığında Kendini Bilmenin Yolu, 3. Baskı, 2014, s. 145 vd.

4 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: Ahmet GÜRBÜZ: Harabede Define / Tasavvuf Felsefesinde Temel Vurgular, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Baskı, İstanbul 2013, s. 177-185.

sel/manevi hakikat değeridir ki, kişinin, kendi duygulanım ve davranışlarında Tanrısal amaçlılığın/rıza-i İlahinin temel etken olarak yer aldığını düşünmesi ve buna inanması bile, bunun yani ihlâs durumunun gerçek bir yetkinlikte oluşmadığını gösterir ve birey bu kez bu yönlü düşünce ve inancını yok etmeye yönelik uğraş verme durumunda kalabilir.

"İhlâsın" zıddı ve karşıtı "kibr"dir (lekelenme; heva ve hevesçe kirletilmiştik hali). Kur'an-ı Kerim'de, Allah'ın insan olarak yarattığı Âdem'e tüm melekler secde ederken, İblis'in, mantıksal çıkarsama (akıl yürütme/çıkarsamada bulunma/pozitif bilimsel analizde bulunma) yöntemi doğrultusunda "ben ateşten, Âdem ise topraktan yaratıldı, dolayısıyla ben ondan üstünüm; benim kuru bir çamurdan yaratılmış olan bir insana secde etmem mümkün değil" diyerek üstünlük tasladığı ve böylece "kibr" tutumunu takınmaktan yana tercih yaptığı; bu şekilde "Şeytanlaşan" İblisin, "kendisine müsaade edilmesi durumunda insanların büyük kısmını kandırıp yoldan çıkaracağını, bu durumdan ancak 'ihlâs' sahibi/samimi olanların kurtulup hariç kalacağını" söylediğinin anlatılması[5] bu bağlamda büyük bir önem ve değer taşımaktadır.

Böylece "ihlâs" kavramının "insanın niyet/kasıt/irade ve içsel tutum olarak manevi/anlamsal öz cevherine sahip olmayı tercih etmesi" temel özelliği vurgulanmak gerekir.

"Sıdk" kavramı ise "ihlâsın" yani bu içsel ve manevi temel özün dış dünyaya aks ettirilmesi, özün biçim ve görünürlüğe kavuşması, iradenin ifadesi ile ilişkili bulunmaktadır. Doğru ve dürüst olmak, içi-dışı bir olmak; eylem, tutum ve davranışlarımızın, içsel inancımızı, niyetimizi ve duygularımızı yansıtması gerekliliği; doğallık/tabiilik, içtenlik, baskılama ve riyadan azade kendiliğindenlik çerçevesinde amel/eylemsellikte bulunmak vb. gibi temel anlamları barındıran "sıdk" kavramı; insanın, kendisi ve çevresi ile olan ilişki ve diyalogunun sağlıklı olmasında büyük bir rol ve öneme sahiptir. Günümüz dünyasının özellikle doğu-İslam coğrafyasındaki toplumlarında yaşayan fertlerin yaşadığı içsel huzursuzluk ve bu içsel huzursuzluğun çevresel/toplumsal etki ve yansımalarının temelinde büyük oranda "sıdk" kavramı çevresindeki olumsuzlukların bulunduğu bile ileri sürülebilir. İçselleştirilmeyen bir davranış biçimine tutsaklık, kuşkusuz insan kişiliğinde baskılama ve zorlamanın yer edinmesine ve giderek iç ve dış dünyayı ve onlarla olan ilişki/etkileşimi tahrip edecektir.

b- "İhlâs" ve "Sıdk'ın" Toplumsal Alana İlişkin İfadesi Olarak "Adalet" ve "İrade"

Bireysel aydınlanma ve varoluş alanından, toplumsal aydınlanma ve varoluş alanına geçtiğimizde "ihlâs" ve "sıdk" kavramları, toplumsal yaşamın doğası gereği bizi "adalet" ve "irade" kavramlarına götürür "İhlâs" kavramının toplumsal yaşam alanındaki karşılığını oluşturan "adalet" kavramı, kuşkusuz "evrensel/insani ve nesnel anlamda hukuk" ve "kadim insanlık kültürünün ürünü olan evrensel hukuk değerleri ve

5 Bknz: Kur'an, 15/28-42, 7/11-17.

ilkeleri" yaklaşımını içerir. "Sıdk" kavramının toplumsal yaşam alanındaki karşılığını oluşturan "irade/istenç" kavramı da, yine kuşkusuz "bireysel ve toplumsal tercih ve irade, toplumsal uzlaşı, demokrasi, demokratik kültür, demokratik toplumsal yönetim" vb. temel yaklaşım biçimini kapsar ve içerir. "İhlâs" nasıl bireysel aydınlanma ve huzurda "temel öz" niteliğini oluşturuyor idiyse; onun, doğası gereği toplumsal alana uyarlanımda büründüğü kavram olan "adalet" de, toplumsal aydınlanma ve huzur bağlamında aynı şekilde "temel öz" mahiyetindedir. Yine bunun gibi, "sıdk" nasıl bireysel aydınlanma ve huzurda "temel özün ifade ve yansıması" niteliğini oluşturuyor idiyse; "sıdkın", doğası gereği toplumsal alana uyarlanımda büründüğü kavram olan "irade" de, toplumsal aydınlanma ve huzur bağlamında aynı şekilde bu "temel özün ifade edilmesi, dış dünyaya ve hayata aktarılması" ile ilgili ve bu mahiyettedir.

"İhlâs'ın" toplumsal alana aktarımında karşımıza çıkan "adalet/hukuk" kavramının temel yapısına ilişkin şu belirlemelerde bulunulabilir. Din-i Hanif/ İlahi Din/ İslamiyet geleneğinde üçüncü ana değer/ilke olan "adalet/hukuk" kavramı, kadim insanlık kültürünün içeriği ve ürünü olan ve somut olarak "evrensel/ nesnel hukuk değerleri ve ilkeleri" dediğimiz değersel kazanımları içermekte, yansıtmakta ve onlarla uyum içinde bulunmaktadır. Kuşkusuz tam bu noktada, günümüz Müslümanlarının, "hukuk ve demokrasiyi yalnızca kendi toplumlarının çıkarı için benimsediklerini" açıkça ifade etmekten bile kaçınmayan Batılı Utilitarianist/Faydacı mantalite ve yaklaşımın ayırdında olması gereği hatırlatılmalıdır. Fakat ne var ki giderek haksızlık ve zulmün pençesine doğru sürükleniyor gibi görünen günümüz insanlık ve dünyasının tek gerçek ümidi ve kurtarıcısı olabilecek olan, Din-i Hanif/ İlahi Din/İslamiyet geleneğinde yer alan bu temel ve tümüyle nesnel/objektif adalet vurgusu/söylemi ve pratiğinden başka bir şey değildir ve olamayacaktır. Dolayısıyla tüm bu hatırlatma ve vurgular bağlamında ve bu aşamada; "insanlığın hukuku" ile "dini/dinsel hukuk" kavram ve adlandırmalarının tam da bu noktada çakışmakta ve aynı tarihsel süreci barındırmakta oldukları ifade edilerek teslim edilmek gerekir. Kadim insanlık kültürünün temel yaklaşımının bir ifadesi olan evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri, gerçekte 'İlahi adalet buyruğunun' özünün ayrıntılarının ortaya konmasına yönelik insani çabalardan başka bir şeyi ifade etmemektedir.

"Sıdk'ın" toplumsal alana aktarımında karşımıza çıkan "irade/istenç" kavramı ve bu bağlamda söz konusu olan "bireysel ve toplumsal tercih ve irade, toplumsal uzlaşı, demokrasi, demokratik kültür, demokratik toplumsal yönetim" vb. temel yaklaşım biçiminin ayrıntılandırılmasına ilişkin şu belirlemelerde bulunulabilir.

Din-i Hanif/İlahi Din/ İslamiyet'in anlam bütünselliği açısından bakıldığında da, hiç kuşkusuz "irade/istenç" kavramının bireyin ve toplumun aydınlanma ve kurtuluşu için olmazsa olmaz bir anlam ve öneme sahip olduğu söylenebilir. Öyle ki bir birey olarak insanın dinin temel unsurları olan iman-ibadet-adalet değerleri çerçevesindeki inanç, tutum ve

davranışlarının hakiki anlamda varlık ve geçerlilik kazanabilmesi "özgür irade" ve "içselleştirilerek tercih edilmiş olma" koşulunun gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile düşünce, vicdan ve ifade hürriyetinin tümüyle var ve geçerli olmadığı bir toplumsal yapıda, gerçek anlamda ahlak/din/değer/maneviyat gerçekleşmesinden/yaşantılanmasından söz edilemez. Dolayısıyla dayatma/zor/gösteriş/menfaat/korku vb. herhangi bir "özgür iradeyi zaafa uğratan ya da onu yok eden" içsel ya da dışsal etkenin hâkimiyetindeki bir "inanma/tapınma/adil olma" bağlamındaki varoluş sergilemesinin hiçbir ahlaki/dini kıymetinin olamayacağını kavramak ve teslim etmek durumundayız. Bu yüzden İnsani yaşamın, belirlenim/determinizm karakterine sahip doğal yasaların egemen olduğu ve tüm oluşumun önceden belirlenmiş ilkeler doğrultusunda gerçekleştiği doğa alanındaki yaşam biçiminden farklılaşabilmesi için, bu anlamda bir sübjektivitenin/bireyselliğin önemsenmesi gerekir. Bireyselliğin varlığından söz edilebilmesi ise inanç, davranış ve eylemlerde özgün yeğlemelerin (tercih) belirleyici olduğu bir varoluş biçiminin mevcudiyeti ile mümkün olabilir ancak.

"Sıdk'ın" toplumsal alana aktarımında karşımıza çıkan "irade/istenç" kavramının çağdaş bir açılımı olarak "demokratik kültür" ya da "demokratik toplumsal yönetim ilkesi", kadim insanlık kültürüne uygunluğu nedeniyle günümüz dünyasında bütün yönetimlerin meşruluklarının bir ölçütü olarak benimsenmek durumundadır. Baskıcı ve zorba bir yönetim olgusu ve ortamının demokratik toplumsal kültürün geliştirilmesini olumsuz yönde etkileyeceğinde hiç kuşku yoktur. Demokratik toplumsal kültürün geliştirilmesi, mutlak anlamda, kuşkusuz evrensel hukuk değerleri sınırları içinde, özgür bir ortamın varlığı koşuluna bağlıdır. Özgürlüğün olmadığı yerde zor ve baskı vardır; zor ve baskı ise, insanlık yaşamını ve gelişimini engellemekten başka bir sonuç veremez.

Felsefe, Hukuk Felsefesi ve Etik Açıdan Kişi, Kısa Bir Giriş

Altan HEPER[1]

"Kişi" kavramı, felsefe, etik, antropoloji, psikoloji, pedagoji, hukuk, teoloji, hatta sosyoloji ve burada anılmayan birçok disiplini ilgilendirmektedir. Hukukçular açısından anahtar bir kavram olan "kişi", insan varlığının statüsünü belirler. [12]

Günlük dilde kişi ile insan sözcüklerinin büyük ölçüde eşanlamlı olarak kullanıldığını görmekteyiz. Fakat felsefi bir kavram olarak kişi, son derece tartışmalıdır. Her felsefe ansiklopedisinde, hukuk felsefesi derlemesinde bu tartışmaları bulabiliriz. Felsefi tartışmalar kişinin statüsü konusunda hukuki konseptlere de yansımaktadır. Bu tebliğde sözü geçen tartışmaları ve bunların pratik sonuçlarını kısaca ele almak istiyoruz. Burada da tabii "insan", "insanlık" ve "şahsiyet" gibi kavramlar rol oynamaktadır.

Bu tür çalışmalarda genellikle önce *kişi*nin Batı dillerindeki karşılığı etimolojik olarak incelenir ve kavramın tarihsel evrim sürecine bakılır. Daha sonra kişi kavramına damgasına vuran Aydınlanma Dönemi'ne gelinir. Felsefi akımların mevcut kişi konseptlerini nasıl etkiledikleri ele alınır. Son olarak da konu modern teknoloji bağlamında hukuk felsefesi ve etik açısından tartışılır.[3]

Kişi (*person*) sözcüğünün kökeni açık, belirgin değildir ve kaynağı tartışmalıdır. Sözcüğün Latincedeki *persona*dan türetildiği söylenmektedir. Bu ise Antik Roma'da oyuncunun sahnedeki rolünü nitelemek için kullanılmaktadır. Daha da eski anlamı, oyuncunun karakteri canlandırırken kullandığı *maske*dir Bu maskeyle ilgili teoriler de bulunmaktadır. Bunlardan en yaygını olan *per-sonare*, maskenin ağzından oyuncunun sesinin çıkması teorisidir. Buna benzer bir teori de *per-sonare* veya *per-zonare*'yi "kıyafet değiştirme" olarak anlayıp, kişi kelimesini buradan türetmektedir.[4]

1 15-18 Mayıs 2017 tarihleri arasında yapılan HFSA toplantılarında sunulan tebliğ. Bu makalede tebliğ üslubu korunmuştur. Bu tebliğ 1.10.2015 tarihinde IV. Slovenya-Türkiye Karşılaştırmalı Hukuk Toplantılarında sunulan Almanca tebliğin üzerinde önemli değişiklikler yapılmış versiyonudur. Tebliğ Özyeğin Üniversitesi Yayınları tarafından "Kişilik Hakları/Persönlichkeitsrechte/Personality Rights" başlığıyla yayımlanan sempozyum kitabında yer almaktadır (s.13-38). Yayımlayanlar: Yener Ünver- Damjan Korosec, Ankara, 2016.

2 Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi -Türkiye, Karl Eberhard Üniversitesi Tübingen- Almanya.

3 Bu tür tartışmalar için *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe,* begründet von Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner, Christoph Wild, Neueherausgeber Petra Kolmer und Armin G. Wildgeuer*,* Bd. 2*,* München*,* s.1728 vd.; *Person und Rechtsperson,* herausgegeben vom Rolf Gröschner*,* Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke, Tübingen, 2015*; Handbuch Ethik,* herausgegeben, Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Wernr, 3. Aufl., Stuttgart, s. 459 vd*.; Metzler Lexion,* Peter Prechtl, Franz Peter Burkhard (Hrsg.) 3. Aufl., 2008, Frankfurt, s. 445vd*..; Formen menschlicher Personalität,* Alexis Themo von Poser, Thomas Fuchs, Jürg Wasserman (Hg.) Heidelberg, 2012.

4 Sözcüğün etimolojik anlamı ve tartışmalar için Rudolpf Eisler*, Historisches Wörterbuch der Philosophie,* Bd. 7, Damtadt, 1989, Hrsg. Joachim Ritter/Karlfried Gründer, s. 269*:* Heinrich Schmidt*, Philosophisches Wörterbuch,* Neubearbeitung Georgi Schickof, 21. Aufl, Stuttgart, 1982*,* s. 521*;*Alexander Schlegel, *Die*

Bu teori konusunda şüpheleri olanlar (örneğin Josef Justus Scaliger) sözcüğün Yunanca kökenli olduğunu iddia etmekte, *personare*'yi bir kemer bağlama olarak açıklamakta ve bu sözcükteki *zona* Yunanca "kemer" olarak yer almaktadır.[5]

Kavramı Yeni Ahit'ten alınmış olarak gören bazı bilim adamları kökenini maske, rol, eski anlamıyla insan, yüz, bakış, görünüş anlamlarına gelen *proposon* sözcüğüne dayandırmaktadır.[6]

Diğer bir açıklama ise kavramı Etrüsk dilindeki *phersu* (maske) sözcüğünden türetmektedir. Bu açıklama genellikle dilbilimciler, etimologlar tarafından savunulmaktadır.[7]

Sonuç olarak, *person* sözcüğünün etimolojik kökeninin tam olarak aydınlatılamadığını tespit etmekteyiz.[8]

Kişi kavramının tarihsel perspektif içinde teolojik tartışmaları önem taşır. Hıristiyan teolojisinde iki önemli soru sorulmaktadır. Bunların ilki Tanrı, ikincisi İsa ile ilgilidir. Burada bilinmek istenen şudur: Baba, oğul ve kutsal ruh farklı olmayan tek bir varlık mıdır, değişik düzeylerde üç farklı varlık mıdır, yoksa birbirleriyle iç içe geçmiş bir varlık mı söz konusudur? Bu, Hıristiyan teolojisinin klasik Üçlübirlik (Teslis) teorisidir. Bunu anlamak veya gerekçelendirmekte Eskiçağ Yunan metafiziğinin araçları kullanıldı.[9]

İsa'nın bir yandan insan olması, diğer yandan Tanrı olması, ama bu zatlarının birbiriyle aynılaştırılmaması, özdeş varlık olmadıklarının gerekçelendirilmesi için şu argüman (*Eutysches*) ileri sürüldü: Burada söz konusu olan bir tek zat ve bir tek özelliktir. Buradaki "kişi", "insan", "Tanrı" tartışması gelecek çekişmelere de zemin hazırlamaktadır.[10]

Boethius (480-424) bu tartışmalarda bir dönüm noktası sayılır.[11] Boethius İsa'nın yukarıda anılan gerçek kimliği tartışmasında şu görüşü savunmuştur: İsa'da her iki nitelik bulunsa da, bunlar tek bir kişide birleşmektedir. Boethius'un kişi tanımı da önem taşır: Boethius'a göre kişi *naturae rationalis individua substantia*dır, yani "doğal rasyonel bireysel madde"dir.[12] Bu tanım Ortaçağ'daki tartışmayı, özellikle Thomas Aquinas'ı derinden etkileyecektir.

Boethius'un tanımında kişi öncelikle Aristocu anlamda bir maddedir,[13] yani bizzat kendisi için mevcut olan bir varlıktır, kendinde değerlidir. Madde bir sıfattan, nitelikten, ilinekten farklıdır. İlinek hep bir şeyle ilgili olmakta, onsuz

Identität der Person, 2007, Freiburg, s. 40*;* Martin Brasser*, In der Rolle des Individuums. Die Bedeutungen von "Person" und die Etymologie von"Persona" in: Kollektiv-und Individualbewusstsein,* 2008, s. 54.

5 Brasser*,* age., s. *59.*

6 Eisler ,age., s. 271 vd.

7 Lothar Lux*, Persönlickeitspsykologie,* Stuttgart, 2008, s.45.

8 Dieter Sturma*, Philosophie der Person,* 2. Aufl., Paderborn, 2008, s. 44.

9 Schlegel, age.,s. 41; Eisler,age., s. 276, 277.

10 Schlegel*,* agy.

11 Anicius Manlius Severinus Boethius'un felsefesi ve teolojisi için temel eserlerden biri Joachim Gruber*, Boethius, Einführung*, Stuttgart, 2011.

12. Boethius*, Die Theologischen Traktate,Übersetzt, eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Michael Elsässer,* Hamburg, 1988, s. 82.

13 Gruber, age., s. 32-37.

düşünülememektedir. Bu madde Boethius tarafından bireysel olarak belirlenmiştir; yani, ilke olarak bölünemez. Böylece kolektif varlıklar, örneğin devlet, kurum vb. bu kavrama dâhil olamaz. Üçüncü unsur olarak rasyonellik, yani düşünme yeteneği eklenmektedir. Buna göre, kişi bağımsız, bireysel bir varlıktır ve bu itibarla düşünme yeteneğine sahiptir. Bu son sayılan yetenek *differantia specifica*, belirleyici, ayırt edici, özgül farklılık olarak görülmektedir; yani, kişiyi diğer bireysel varlıklardan, örneğin hayvanlardan ayıran özelliktir.[14]

Aşağıdaki açıklamalarda Norbert Campagna'nın açıklamalarını takip ederek kişi kavramını tarihi perspektif içinde değerlendirmeye çalışacağız. Campagna *Handbuch der Rechtsphilosophie* (Hukuk Felsefesi El Kitabı) isimli çalışmasında kişi kavramını anlaşılır bir biçimde, bugün açısından önemini sorgulayarak ele almaktadır.[15]

Teolojik kavramlardan hukuki kavramlara geçelim, fakat zaman bakımından aynı dönemde kalalım. Birçok hukuk sisteminin babası olan Roma hukukunda kişi kavramı anahtar rol oynar. Klasik Roma Hukuku'nda, Jüstinyen hukukçularında hukuk "kişiler hukuku" ve "eşya hukuku" arasında ayrıma tâbi tutulur. Hukuk dünyasının iki büyük alanı vardır: Kişilerin alanı, şeylerin alanı. Her şey bu alanlardan birine sokulmak zorundadır, yani üçüncü halin imkânsızlığı (*tertium non datur*) söz konusudur.[16]

30 Aralık 533'de yürürlüğe giren *Institutiones*'de üstü kapalı bir şekilde kişilerden bahsedildiğinde insanların kastedildiği ifade edilir. İnsanlar ise "köleler" ve "hürler" olarak iki kategoriye ayrılır. Kişi, metafizik bir varlık değildir, mahkemede haklarını savunabilecek bir bireydir. Köleler böyle bir hakka sahip olmadıkları için, yukarıda ifade edildiği anlamda kişi sayılmazlar. Bunlar daha ziyade elbise, altın veya bir taşınmaz mal gibi cismani eşyalar gibidir. Tabii bu eşyalardan cismani olmayanlar da ayrılır (örneğin borç ilişkileri, miras ilişkileri (*Institutiones*, II, II, 1 ve 2)[17]

Kölecilik bugün hukuk sistemleri tarafından tanınmadığı, tam tersine yasaklandığı için artık kölelerin kişi sayılıp sayılmadıkları, eşya kategorisine mi, kişi kategorisine mi dâhil olacakları tartışması yapılmamaktadır Her insan hukuk kişisidir, hukuki anlamda kişidir. Belirli haklara doğal olarak sahiptir ki, bunlara biz insan hakları diyoruz. Bunlar her pozitif hukuk sistemi tarafından tanınır. Fakat bugün başka varlıkların kişi mi, eşya mı, yoksa üçüncü bir varlık tipi mi olup olmadıkları ve bunlara hangi gözle bakacağımız sorusu gündeme gelmektedir.[18] Günümüzde insan ve eşya dışında, başka bir kategorideki bir varlığın tanınması, bir adım daha ileri giderek bu varlıklara eşyalardan farklı olarak belirli sübjektif hakların tanınması gündeme gelmektedir.

14 Norbert Campagna*, Person in: Handbuch der Rechtsphilosophie,* Hrsg. Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden, 2016, Frankfurt, s. 373.
15 Campana, age., s.373-378.
16 Campagna*,* agy.
17 Campagna, age., s. 374.
18 Campagna, agy.

Burada bir kolektifi, bir devleti, bir üniversiteyi, örneğin İstanbul Üniversitesini, bir partiyi, bir holdingi, bir anonim ortaklığı, Beşiktaş Kulübü'nü düşünmüyoruz. Bu tür varlıklar için hukuk "tüzel kişiler" kategorisini icat edip kullanmıştır. Böylece bu şahıslar gerçek kişilerden ayrılır. Bu tür kurumlar haklarını ─ki bu haklar üyeleriyle aynı olmak zorunda değildir─ kullanabilirler Böylece bunlara belirli bir korumaya uygun, korunmaya lâyık bulundukları, bizatihi kendi varlıkları nedeniyle, kendinde değerli oldukları için statü tanınmaktadır. Çünkü Roma Hukuku için kişi esas olarak bizatihi kendi varlığı nedeniyle kendi istediği için korunmaya değer varlıktır. Roma hukukçuları için hukuk, kişiler göz önüne alınmazsa anlaşılacak bir şey olamaz, hukuk kişilerin istekleri için yapılmıştır. *Institutiones*'te her ne kadar kişinin tanımı yoksa da, şu şekilde bir kavram yaratılabilir: Hukuki anlamda kişi, "hukuk kişisi" olarak bir varlıktır; ancak bu kişi bizzat *kendinde* değer olarak *kendisi* korunmaya değer bir şey hakkında iddialar, haklar ileri sürebilecekse "kişi"dir; bu bağlamda, bu şeyin, o kişinin meşru mülkiyeti olarak görülmesi şartı aranır. Bir hukuk kişisi her zaman bir varlıktır ve bu varlığın kendisine ait olan bir şeyi bulunmaktadır. Bu varlıklar için hukuk, adalet teorisi işlevini yerine getirir: *Ius suum cuique tribuere*, yani herkese kendi mülkiyetini dağıtmak, herkese meşru hak sahibi olduğu şeyi vermek. Kendisi için meşru hak talepleri ileri süremeyecek varlıklar, böyle hakları formüle edemeyecek varlıklar, köleler, çocuklar, ilk dönemde yabancılar, eşyalar hukuk kişisi olamazlar ve böyle kabul göremezler.[19]

Burada önemli olan olgu, varlığın hak iddiasını kendi isteği, kendi iradesiyle ileri sürebilmesi zorunluluğudur Örneğin, ben, evimi korunması gereken bir değerli şey olarak görürüm; fakat ev kendi kendine, bizatihi kendi varlığıyla korunmaya değer bir varlık olmadığı için eve hukuki korunma ne getirecektir, ne yararı olacaktır? Evin hukuki korunması, ev bana barınak olduğu sürece işe yarar. Bu nedenle ev hukuki kişi olamaz. Burada dikkatimizi çekecek husus, hak talebinin doğrudan ilgilisi tarafından bizzat ileri sürülmesi ile onun adına temsilcisi tarafından ileri sürülebilmesi arasında önemli bir fark olmamasıdır. Bir yaşındaki çocuk meşru haklarını savunma yeteneği, örneğin beslenme hakkını kendisi hukuki süreç içerisinde formüle edemeyeceği ve mahkeme önünde savunmayacağı için ona hukuki şahsiyet tanımamak olmaz. Tek ve geçerli olgu, çocuğun yasal hak iddialarını ileri sürebilecek olması veya akla yatkın bir şekilde bu hakların onun adına ileri sürülebilecek olmasıdır.[20]

Bugünkü hukuk sistemlerine hep şu soru sorulmaktadır: Geriye dönüşsüz koma halindeki insanlar, embriyolar, fetüsler, hayvanlar veya belirli makinalar (kompüter veya robotlar) kişi olarak mı görülmelidir veya bunlara artık kişi statüsü tanınmamalı mıdır (burada örneğin, koma halindeki insanlara o duruma gelmeden önce bu statünün tanındığını

19 Campagna, age., s.374.
20 Campagna, agy.

hatırlatalım)? Yukarıdaki kişi için yaptığımız tanımı esas alırsak, "Bu varlıklar bizzat kendileri için korunmaya değer bir şey olarak hak iddia edebilecek, bunu yapabilecek durumdaki varlıklar mıdır?" sorusunu sormalıyız. Buradaki yapabilme, muktedir olma dilbilgisi anlamında anlaşılmalıdır. Bu varlıklar için herhangi bir hak ileri sürmenin bir manası var mıdır? Hiç kimse 333 sayısı veya 999 veya 69 veya 666 sayısı adına bir hak talebinde bulunmanın bir anlam ifade ettiğini söyleyemez. Örneğin, 666 sayısı adına dava açıp, "666 iyi bir şöhrete sahiptir, bu sayıyı şeytanla özdeştirmeye kalkanlar, bu sayının iyi şöhretine zarar vermektedir." tezi pek bir anlam ifade etmez. Bir fetüsün yaşamı hukuken korunmalı mıdır? Çünkü fetüste bizatihi kendi varlığıyla kendisi için bir şey, bir değer mi bulunmaktadır? Ya da bu yaşam sadece gelecekteki, müstakbel ebeveynlerin çıkarları için korunan bir yaşam mıdır? Birinci durumda kürtaj yasaklanacaktır. İkinci durumda ise kürtaja anne ve baba isterse izin verilebilecektir. Bu durum gösteriyor ki, kişi kavramı ve tanımı hiç de akademik bir tartışma değildir. Milyonlarca insanın günlük yaşamını ilgilendirmektedir.[21]

Hukuki fiksiyonlar, kurgular yoluyla, hukuk aracılığıyla, her şeyi hukuki kişi düzeyine çıkarmak, bu statüyü tanımak mümkündür Christopher Stone'un *Should Trees Have a Standing* adlı kitabı bu konuda çığır açmıştır. Tabii, kitaba "*Should Trees Be Legal Person?"* başlığı konsaydı tartışma daha etkili olurdu. Şüphesiz Stone metafizik bir işe girişmek istememiştir, hukuki olarak pragmatik bir çözüm arayışındaydı. Günümüzde insanlar için önemli şeyleri, örneğin ağaçları, doğayı, manzarayı bizzat kendimiz için korumanın yeterli olmadığını görmekteyiz. Birçok olayda bunların bizzat kendileri için korunması gerektiği konusunda da tereddüt bulunmadığı bilinmektedir. Bu şeyleri sadece eşyalar olarak görsek de, sanki bağımsız hukuki kişilermiş gibi görmüyoruz, yani bir *legal standing* hukuki pozisyon sahibi olan, bizzat kendileri için korunan varlıklar olarak kabul etmiyoruz. Hukuk pragmatiği, hukuk felsefesi açısından yöneltilen soru şu olabilir: Kişi statüsü, eşya statüsü bakımından daha iyi korumaz mı?[22]

Tabii birçok kişinin Stone'un önerisini tuhaf, hatta saçma sapan bulması, sırf metafizik kişi kavramından, fonksiyonel, işlevsel kişi kavramı lehine vazgeçmesinin sezgisel zorluğuyla açıklanır. Kontra-intutiv, sezgilere aykırı bir fiksiyonla, kurguyla çalışmak kuşkusuz zordur. Tabii tüm metafizik tartışmaları bir kenara bırakırsak, hiçbir varlığa doğuştan herhangi bir hukuki koruma tanımıyoruz, sadece ve sadece hukuk sisteminin hangi varlığa hangi korumayı sağlamayacağına karar veriyoruz. İlke olarak taşlara, topraklara, sulara da hukuki koruma getirebiliriz.[23]

Biz hukuku, yasa koyucunun iradesinin başlı başına tek başına bir merci olarak mutlak ve egemen bir şekilde, neyin bizatihi kendisi için hukuken korunması gerektiğine karar veren sistem

21 Campagna, agy.
22 Campagna, age., s. 375.
23 Campagna, agy.

olarak görmüyoruz Bunun yerine sadece ve sadece belirli varlıkların ─bunlar aslında ve bizatihi kendileri için korumaya değer varlıklardır─ korunabileceğini söylüyoruz. Fakat hukuk bu durumda iki bakımdan yanlış iş yapabilir: Birincisinde bu varlıkların bir kısmını hukuki kişi olarak görmez. Bunu Roma Hukuku köleler bakımdan yapmıştır, kölelerin insan statüsünü tanımamıştır.

İkincisinde, aslında ve bizatihi kendileri için korunmaya değer varlıklardan başka varlıklara kişi statüsü tanıyabilir. Yasa koyucu iradenin görevi, hukuki kişi kavramının genişlemesini, büyümesini bağımsız, egemen bir şekilde belirleme olmamalıdır. Bunun yerine, önceden var olan, verili, zaten kendiliğinden var olan genişlemeyi hukukta geçerli kılmak olmalıdır.[24]

Hukuki kişinin normatif ana özellikleri

Rasyonel, ama iradeci, sırf keyfi karar vermeyen bir yöntem ve anlayışla hareket etmeye karar verdiğimiz zaman, hukuki kişi tanımına temel teşkil etmesi için bir özellik veya özellikler topluluğunu aramalıyız ve bu özellik tüm hukuki kişiler için geçerli olmalıdır. Belirli varlıklar bizatihi kendileri için korunmaya değerli görülürse, bunların –intrinsik(intrinsic), özsel olan korunmaya değerlilik niteliğini temellendiren bir şeylere sahip oldukları düşünüldüğünde, o şeyleri hukuk sisteminde gerçekten güvence altına almak akla uygundur.[25]

Böyle bir temel, Ortaçağ felsefecilerinden Boethius'da bulunmaktadır. Bu, bir varlığın akıllı doğasıdır.[26] Haksızlık ancak akıllı bir varlığa karşı yapılabilir Bunun nedeni, ancak akıllı tabiatı olan bir varlığın bu niteliğiyle meşru hak taleplerinde bulunabilmesi veya onun adına meşru hak taleplerinde bulunulabilecek olmasıdır. Her şeyden önce, akla uygun yaşama ve böyle muamele görmek hakkı gelir (Boethius).[27] Böylece herkes hukuk kişisi sıfatıyla, ilke bakımından akıllı varlıklar olarak kabul görür. Aklın insanlarda olduğu gibi organik maddede, veya belki bir gün akıllı robotlarda, ya da her ikisinin karışımı olan yaratıklarda, *cybor*glarda maddileşip maddileşmemesine bakılmaksızın "akıllı varlık" olarak kabul görürler.[28]

Buradaki soru, akıl ile neyi anladığımızdır. Akılla belirli problemleri talimatlar, yol göstermeler, veriler olmadan çözebilme yeteneği mi anlaşılır? Bu durumda bir maymun birkaç sandığı üst üste koyarak bir muza ulaşabiliyorsa, bu maymunu da akıllı bir varlık sayıp hukuki kişi sayabilir miyiz? Veya akıl kavramını çok daha dar anlamda alıp sembollerle çalışabilme yeteneği mi akla gelir? Akıl sorunu geçmişte hayvanlar bağlamında karşımıza çıkmıştı. Bugün ise sorun yapay zekâ bağlamında ortaya çıkmaktadır.[29]

24 Campagna, agy.
25 Campagna, agy.
26 Boethius*, Einführung*, s.29 vd.
27 Boetheius*, Die Theologiscen Traktate*, s.34-35.
28 Campagna, agy.
29 Campagna, agy.

Akıl konusunda Kant'a dayanıldığında, "Ben" kavramına sahip olma önem taşır. Kant'ı takip ettiğimizde akıl tecrübe içerisindeki tüm materyali üç ide olarak düzenler: "Ben", "Dünya" ve "Tanrı" *Ben* düşüncesinin yardımıyla ben tüm bilinç durumlarımı belli bir zaman içinde aynı kalan bir bilinç olarak görebiliyorum, bakabiliyorum. Bu ide, düşünce herhangi bir tecrübeye dayanmaz, bir tecrübenin sonucu olarak bana verilmiş değildir; ama Kant'a göre tüm tecrübelerime, her birine refakat eder. Bu düşünceyle, bu ideyle zamanı aşan bilinç gibi bir şey mümkün olmaktadır. Böyle zamanı aşan bilinç olmaksızın meşru hak talepleri düşüncesi anlam ifade etmez.[30]

Kant *Saf Aklın Eleş*tirisi'nde, kişiyi belirli bir zaman diliminin ötesinde kendini aynı özne olarak gören varlık şeklinde tanımlar. *Antropoloji* adlı çalışmasında Kant bu imkânı, kendisini *Ben* olarak düşünebilme imkânının insanı tüm varlıklar arasında özel bir yere koyduğunu, asıl kişi ve eşya ayrımının bu ayrımdan kaynaklandığını belirtir.[31] *Metafiziğin Temellendirilmesi*'nde Kant kişilerin sırf birer araç değil, aslen ve her zaman bizatihi amaç olarak kendilerini belli ettiklerini ifade etmektedir. Bunun sonucunda kişiler keyfiliği sınırlayan bir dikkatin, saygının konusunu oluşturmaktadır. Eşyalara yaptığımız muameleyi kişilere yapamayız.[32]

Buna göre akıllı varlık olarak zamanı aşan, uzun bir zaman diliminde kendi bilincinin farkında olan bir özneyi görebiliriz. Böyle bir varlık, kendi yaşamının sadece kısa vadeli değil, orta ve uzun vadeli şekilde planlamasını yapabilmektedir Böylece amaç koyabilen bir varlık olacaktır. Amaçlar da gelecek için olduğuna göre ve gelecek için planlar yapıldığına göre, bunun böyle olması gerekir. Kendine amaçlar koymak, belirlemek, hatta kendi kendisinin ne olacağı hedefini koymak ─ben şunu veya bunu olmak istiyorum diyebilmek─ bir özneyi, bizzat kendisi için, kendi yararına korunan varlık haline getirmektedir
Bu nedenle sadece ve sadece kendisine sahip olan varlıklar bizzat kendileri için korunmaktadır.[33]

Kişi ve Sorumluluk

Şu ana kadar hukuki kişiyi sadece bizatihi kendisi için değer taşıyan varlık olarak gördük; bu özsel korumaya değerli oluşla, varlığın kendisini geleceğe taşıyabilme kabiliyetiyle bağ kurmaya çalışıyoruz; ve bu varlığın kendisini böylece bütünsel bir varlık olarak görmesini sağladığını düşünüyoruz. Tabii sadece geleceğe bakmamız yetmez, geçmişe de bakmamız mümkün ve gereklidir. Biri geleceğe yönelme olanağını sahipse, bunu bir varlığın kişi olarak tespiti bakımından önemli görüyoruz. Geçmişteki bir şeylerle de özdeşleşmesi olanağı sorumluluk açısından önem taşır. Benim sorumlu olmam için, gelecek için amaçlara sahip olmam, böyle amaçlar, hedefler tespit edebilmem gereklidir. Sorumlu tutulabilmem için de geçmişte gelecek için amaçlarım ve hedeflerim olmalı ve

30 I.Kant*, Kritik der reinen Vernunft* (1781), Hamburg, 1956, s.403; Campagna, age., s. 376.
31 I.Kant*, Antropologie in der pragmatischer Hinsicht*, Frankfurt, 1977, s.407.
32. I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten* (1797) , in Werke, Akademie Ausgabe, Bd.6, Berlin 1907/14, s. 331.
33 Campagna, agy.

bu amaçları gerçekleştirmiş olmalıyım[34]. Ayşe'yi evlenmek için kaçırdım ve bunun sorumlusuyum. Buradaki felsefi soru şudur: Bu amaçları geçmişte ortaya koyup gerçekleştiren varlığın ben olduğumu nasıl bilebilirim? Ayşe'yi kaçırmayı kafasına koyan ve Ayşe'yi kaçıran kişinin ben olduğumu nasıl bilebilirim? T.C Kimlik numarası bu bağlamda pek bir işe yaramaz.

John Locke bu sorunla, "kişisel ayniyet paradigmatiği" bağlamınla ilgilendi. Locke "*Essay Concerning Human Unterstanding*" (İnsan Anlayışı Üzerine Bir Deneme) adlı meşhur eserinde bu konuyu sistematik olarak ele aldı.[35] Konuyu felsefenin, ruhun felsefesi haline getirdi. Bunun hukuk felsefesiyle doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Kişi kavramında forensik, adli, yani hukuki bir kişi kavramını aradığını açıklıkla belirten Locke, ampirik bir filozof olmasına rağmen klasik madde kavramını reddetmektedir. Kişinin maddileşmiş olmasını da kabul etmeyen Locke'a göre, kişi madde değildir, hele manevi (immateriel) bir kişi hiç değildir.

Kişisel kimlik için önemli olan manevi bir ruh değildir. Locke kişinin neden oluştuğu sorusuyla değil, şu soruyla ilgilenmiştir: Günlük yaşamımızda ve özellikle hukuki bağlamda bir kişiyi, bir zaman dilimini aşacak biçimde hangi ölçülerle aynı kişi olarak kimliklendirebiliriz? Niçin "Bu kişi, o kişidir" diyebiliriz? Bunun nedeni belirli fiilleri bu kişiye isnat ettirebilmemizdir. Bu isnat ettirebilme, mükafatlandırmanın ve cezalandırmanın da temelini oluşturmaktadır.[36]

Locke kişisel kimlik kavramına forensik olarak bakar, çünkü bu kavram ahlaki ve hukuki sorumluluğun belirlenmesi için çıkış noktası olacaktır. Kavram bize "Bir kişiyi cezalandırma veya mükafatlandırma hakkımız var mı?" sorusuna da cevap verecektir. Roma Hukuku'nda özellikle hukuki kişilerin korunması ön plana çıkarken, Locke'da hukuki kişilerin sorumlu tutulabilme yeteneği önem kazanmaktadır. Burada iki cephe arasında ayrım yapmak gerekir. Birinci cephe, sorumluluk yeteneği cephesidir. Buna göre, sadece kişiler katı anlamda bir fiilden dolayı sorumlu tutulur. İkinci cephe, somut eylem için sorumlulukla ilgilidir. Buna göre, bu kişi sadece bu fiil için sorumlu tutulur.[37]

Felsefi yaklaşım, etik anlamda gerçek kişiyi, kendi eylemini kendisi belirleyen ve bu nedenle olması gerekeni yapması koşulu altında yaşayan, bu nedenle sorumlu varlık olarak görmektedir. Saygı görme hakkına sahip olan bu varlığın kendisi de diğer kişilere saygı göstermekle yükümlüdür.

Fakat hukuki anlamda bugün hâlâ kişi daha ziyade formel-teknik bir kavram olarak görülmektedir. Bu kavramla kişi, hakların ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olarak ifade edilmektedir. Bundan

34 Campagna, agy.

35 John Locke, *Essay Concerning Human Unterstanding*, Oxford, 1975 özellikle II, xvii, s. 25-26.

36. Campagna, agy.

37 Campagna, age., s. 377.

da her şeyden önce *homo sapiens* türüne mensup olarak, bu türün bir üyesi olarak hayata sağ olarak gelen insan anlaşılmaktadır. Bu insanın yetenekleri veya diğer özellikleri önem taşımaz. Kişinin hukuk sujeliği ve böylece gerçek kişi olarak doğumun tamamlanmasıyla başlayan ve ölümle sonuçlanan varlığına dayanan bir konsept her şeyden önce hukuk güvenliğine hizmet etmektedir. Birinin daha insan olduğu veya artık insan olmadığı sorunu böyle bir konseptle henüz tatmin edici olarak çözülememiştir. Ceza hukuku açısından koruma ve anayasal koruma çok daha geniş kapsamlıdır. Henüz doğmamışların, dünyaya gelmemişlerin anayasal olarak kişi olmadıkları olgusu, doğmamış insan yaşamına ithaf edilen onur, koruma ve saygı gösterilmesi temel fikrini değiştirmez.

Biyotıbbın çok hızla ilerlemesi nedeniyle, hukuk tekniği anlayışı konusunda kişi kavramı bakımından birçok hususun aydınlatılması, hukuk güvenliğinin sonucudur.[38] Bu bağlamda bu gün hayvanlarda yapılan az çok başarılı deneylerin yarın insanlarda denenmesi talepleri karşısında bu insanların ve insana benzer varlıkların korunmaya değerlilikleri, kişi konusunun sadece bir akademik tartışma olmadığını, günlük yaşamda da önemi olduğunu göstermektedir.

Felsefenin doğuşundan bu yana insanları meşgul eden kişi konusu, teknolojik gelişmeler karşısında birçok disiplinden bilim insanını, bunun yanında eskisi gibi felsefeci ve etikçiyi meşgul etmeye devam edecektir

38 Amina Salkic*, Der Personenbegriff aus juristischer Sicht in: Formen menschlicher Personalität*, Heidelberg 2012 s. 69-91 (91).

Doğal Hukukta Yeni Bir Perspektif: L. L. Fuller[1]

Yasemin IŞIKTAÇ[2]

Fuller'ın hukuk felsefesi alanındaki tanınırlığını sağlayan kitabı 1964 yılında basılmış olan *The Morality of Law*, aslında, 1963 yılında Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği konferansların genişletilmesiyle oluşmuştur. Kitap 1969'da gözden geçirilerek yeniden basılmıştır. Fuller, aynı zamanda, bir başka önemli hukuk felsefecisi olan H. L. A. Hart ile girmiş olduğu tartışmaları ile de anılmaktadır. Hukukun yorumu, Fuller'ın hukukun iç ahlâkı olarak belirlediği ilkelerin gerçekten ahlâkî ilkeler sayılıp sayılmayacağı ve hukuk-ahlâk arasındaki ilişkinin zorunluluğu hususları bu önemli tartışmanın ana öğeleridir. Aslında tartışma İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası yargılama olarak ortaya çıkan Nuremberg Mahkemesi ve Nazilere yönelik yargılama dolayısıyla başlamıştır.

Fuller, hukukun iç ahlâkı *(inner morality of law)* derken şu ilkelere göndermede bulunur:

- Genellik
- İlan edilme, yayımlanma
- Geriye yürümezlik
- Açıklık (belirlilik)
- Çelişmezlik
- İmkansızı istememe
- Süreklilik (istikrar)
- Resmi eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi (norm ve uygulamasının örtüşmesi)

Bu ilkelerin de gösterdiği gibi hukukun iç ahlâkı içeriksel olanla, yani maddi olanla değil, prosedürle, yani süreçle ilgilidir. Fuller, tercihini, bir doğal hukuk sistemini değil, doğal hukuk metodolojisini savunmak olarak açıklamıştır[3]. İçerikle ilgili hususlar Fuller tarafından hukukun dış ahlâkı (*external morality of law*) olarak isimlendirilerek inceleme dışı bırakılmıştır. Bu bakımdan doğal hukuk, emredici normu ortaya çıkaran yetkili bir özne, uygulama kabiliyeti olan normatif koda ve insan tarafından ortaya konulan hukukun çelişkilerini giderebilecek nitelikte etki edebilecek bir üst hukuktur. Bu, doğal hukukun içeriksel tanımıdır; ancak prosedürel doğal hukuk anlayışı cephesinden bakan Fuller bu tanımı kabul etmez.

Bu sekiz ilkenin önemini ise, kendilerine uyulduğu oranda, hukukun gerçekleşmesi oluşturur. Hukukun etkisini

1 Bu metin, 15-18 Mayıs 2017 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Kongre Kültür Merkezi'nde VIII.'si düzenlenen HFSA Sempozyumu'nda sunulan "Hukukun İç Ahlâkı: Lon Fuller" başlıklı tebliğin metni olup, yazılı hâle getirilirken metnin başlığı sempozyumdaki tebliğ başlığından farklılaştırılmış ve yukarıdaki biçimde belirlenmiştir.

2 Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, *isiktac@yahoo.com.tr*.

3 Lon L. Fuller, **The Law in Quest of Itself**, 4. bs., ABD, The Lawbook Exchange, 2009, s.100 vd.

kesinleştirmek için hukukun iç ahlâkı bakımından;

1- Hangi davranışın hukuksal değerlendirmeye konu olacağı açısından hukuk ilgisizdir (İçeriği kanun koyucu belirler).

2- Bu sekiz ilke gereği gibi yerine getirilirse hukuk gerçekten işlevsel hale gelir.

3- Bu sekiz ilkeyi içeren kuralların bütünlüğü ile aynı zamanda toplumsal yaşamdaki insan eylemlerinin etkin bir biçimde yönetilmesi mümkün olabilir[4].

Bu çerçeve ile ilgili asıl sorun, pozitif hukukun bir üst hukuk olarak sayılan ilkelere aykırılığında geçersiz ilan edilebileceğine yönelik değerlendirmede kendisini gösterir. Ancak, bu değerlendirmeye yanıtın, Fuller'ın kuramsal açılımı içinde olduğuna ilişkin bir tespitte bulunabiliriz. Çünkü Fuller hukukun iç ahlâkının sağlanmadığı bir biçimde ortaya çıkması halinin, aslında sadece kötü hukuk olarak nitelendirilemeyeceğini, doğru anlamda bir hukuk sistemi olarak dahi adlandırılamayacağını belirtmektedir. Beri yandan hukuk, insan davranışlarının kurallar çerçevesinde gerçekleşmesini amaçlayan bir faaliyettir. Çünkü öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği birlikte var olmanın ön koşuludur. Bu nedenle de Fuller'ın hukukun iç ahlâkına ilişkin ilkeler olarak belirlemiş olduğu hususların aynı zamanda hukuk devletinin öğeleri olarak ele alınabileceği yönündeki değerlendirmelerde esaslı haklılık payı bulunmaktadır[5].

Devletin amacı yalnızca yaşamayı olanaklı kılmak değil, yaşamaya değer bir hayat kurmaktır. Hukuk ve ahlâkın kesin olarak ayrıştırılması ya da birbirine indirgenmesinin dışında hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir ilişki olduğu iddialarına rağmen Fuller'ın sorununun hukuk kurallarının ahlâkî içeriğiyle ilgilenmemek olduğunu zaten belirtmiştik. Bu nedenle Fuller'ın *The Morality of Law* başlığındaki hukukun bir kanun koyma (*legislation*) işlevine işaret ettiği, yoksa hukukun kendisini ifade etmediği ileri sürülmüştür[6]. Ayrıca Fuller hukuku genel bir ifadeyle sosyal düzenleme kalıplarından birisi olarak özel bir konuma da yerleştirmektedir. Hukukun iç ahlâkı, kuralların bilinir hale getirilmesini ve bunlara uymakla görevli olanların pratikte bunlara uymasını talep eder. Bu talepler hukukun amaçları açısından kavrandığında etik anlamda tarafsız olarak görünür. Ancak şu noktayı da gözden kaçırmamak gerekir; hukukun varlığı nasıl "iyi hukukun" ön şartı ise, bilinen bir kurala göre hareket etmek de hukukun adaletinin değerinin anlamlı bir şekilde anlaşılmasının ön şartıdır[7]. Ayrıca hukuk devleti, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, yasalar önünde eşit olma vb. pek çok hukukun genel ilkesini temel alan bir özel türdür. Bu ilkelerin varlığı

4 E. İrem Akı, "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHFD,** Cilt: 64, Sayı: 1, 2015, s.1.

5 Matthew Kramer, **Objectivity and the Rule of Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, s.103 vd.

6 Benzer görüş için bkz. Kenneth I. Winston, "Introduction", **Principles of Social Order Selected Essays of Lon L. Fuller**, ed. Kenneth I. Winston, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2001, ss.25-58.

7 Lon L. Fuller, **Hukukun Ahlakı**, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016, s.189 vd.

hukuk devletini yasa devletinden farklılaştırmaktadır. Yasa devleti bir açıdan devletin adaletsizlikleri yasa kılıfı altında meşrulaştırabilen bir yasal haksızlıklar devleti olabilir. Hukuk devleti bir üst versiyon olarak yasa devletinden daha ileri olabilmek için sözü geçen ilkeleri de içermek durumundadır[8].

Burada sözü edilen ilkeler gözden geçirildiğinde hukukun önemi kadar hukuk-ahlâk ilişkisinin de dikkate alınmasının gereği anlaşılmaktadır. Hakkın, hukuk tarafından korunan menfaat olarak tanımlanması hak ile çıkarı ortak ölçüm kriterine çevirir. Örneğin, kimin çıkarı söz konusuysa o, hak ettiğinden daha fazlasını almış olabilir. Bu, diğer yandan bir başkasının eksilmesi olarak da görülmelidir. Hukuk kurallarının "açık" olması biçiminde sunulan ilke anlaşılırlığa hizmet edecektir. Bu ilke hukukun hizmet edebileceği maddi hedefler açısından etik olarak nötr görülebilir.

Peki, kurulu otoriteye riayet ile hukuk-sadakat açısından bir çelişki var mıdır? Hukukun iç ahlâkını gösteren ilkelerden sapmak insan onuru ile bağdaşmaz. Bir kimsenin eylemlerini ilan edilmemiş veya geriye etkili kanunlar ile yargılamak veya ona imkânsız bir şey yapmasını emretmek onun iradesini hiçe saymaktır. Ya da tam zıttı olanı söyleyerek insanın eylemlerinden sorumlu olma yetisinin olmadığını ifade ettiğimizde de hukukun ahlâkı kaybolur[9]. Bu açılardan hukukun ahlâkının, adaletin gerçekleşmesi için yeterli bir koşul olmasa da gerekli bir koşul olduğu düşünülebilir[10].

Hukukun iç ahlâkî ilkelerinde yaşanabilecek her bir sapma, sorumlu bir fail olan insanın haysiyetine bir hakaret olarak değerlendirilmiştir. Kötülük karşısında hukukun gerçek niteliğini ve işlevini yorumlarken aşırı basitleştirmeye ve retoriğe düşmek kolaydır[11]. Hukuk kuramının, toplumumuzu ayakta tutan değerleri tanımlamak, şekillendirmek ve korumak için önemli bir rolünün olduğunu kabul etmek gerekir.

Gelinen aşamada, hukukun iç ahlâkı telakkisini hukukun doğası itibariyle ahlâkî bir düşünce olduğu ve hukukun doğasının incelenmesinin bu nedenle ahlâkî bir fikir olduğunun ileri sürülmesi olarak açabileceğimiz ve klasik doğal hukuktan farklı bir açılım olarak değerlendirebiliriz[12]. Gerçekten de Fuller, kadim bir tartışma olarak hukuk-ahlâk ilişkisinde pozitif hukuk ve doğal hukukun ana ekseni oluşturduğu iki önemli tez olarak hukuk ve ahlâkın iç içe oluşu ile kesin ayrılması tezlerine karşı, hukukun kendi iç ahlâkından bahsedilip edilemeyeceği hususu göz önünde bulundurulabilir mi şeklinde yeni bir başlık açmıştır.

Hukuk ve ahlâkın zaman zaman kesiştiğinin kabul edilebileceğini ancak buna rağmen hukukun teknik pozitif ba-

8 Doğan Özlem, **Anlamdan Geleneğe, Kimlikten Özgürlüğe, Kavramlar ve Tarihleri, Cilt III**, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2005, s.27 vd.

9 Fuller, **Hukukun Ahlakı**, s.195.

10 Fuller, **Hukukun Ahlakı**, s.195.

11 Raymond Wacks, **Hukuk Kuramını Anlamak**, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Ankara, Astana Yayınları, 2016, s.33 vd.

12 Nigel Simmonds**, Law as a Moral Idea**, Oxford, Oxford University Press, 2007, s.7 vd.

ğımsız bir yanının olduğu görüşü yeni modern doğal hukuk anlayışları olarak ileri sürülmektedir[13]. Bu görüş Fuller'da vücut bulan hukukun iç ahlâkının varlığının araştırılmasına götürür. Fuller'ın haklı olarak belirttiği gibi doğal hukuku ve doğal hakları tartışan herkes ister istemez neyin "iyi" neyin "kötü" olduğuna dair bir varsayımla söze başlamaktadırlar.

Ahlâkî bir kategori olarak hukuk, adaletle eş anlamlıdır. Adalet severlik psikolojik olarak değerlendirildiğinde, insanın tek başına ulaşamayacağı için toplumsal olarak aramak zorunda olduğu toplumsal mutluluktur. Kelsen adaletin aynı zamanda pozitif hukuka uygunluğun bir ifadesi olarak da kullanıldığına atıf yapmaktadır. Bu bağlamda adil olan, haklı olan anlamındadır[14].

Hukuk-ahlâk ilişkisini bütünüyle kopartarak hukuku metajüridik öğelerden ayırmaya çalışan pozitivist yaklaşımlarla, hukukun ahlâkla olan ilişkisini hukukun en tipik özelliği sayan doğal hukuk görüşleri ve bunların farklı tarzlarını barındıran karma teoriler, tüm hukuk felsefesi tarihi boyunca çeşitli yoğunluklarla etkili olmuştur.

Günümüzde özellikle pozitivist okulların bazı eksiklikleri nedeniyle, yeni bir karma akım etkisinin yoğunlaştığından bahsedebiliriz. Klasik doğal hukukun tezlerinin yumuşatılması ve siyaset bilimi argümanlarının da kullanımıyla yaratılmış olan yeni karma ekoller giderek etkinlik kazanmaktadır. Bunu, postmodern akımın hukuk teorisi alanındaki etkisi olarak da görebiliriz. Doğal hukukun bazen hukukun düzen fonksiyonunu bütünüyle göz ardı edebilen ahlâk teorisi ağırlıklı kavranışları, yeni bir minimum içerik belirlenmesi ile şekillendirilmiştir

Doğal hukukun minimum içeriği olarak şöyle bir formülleştirme ortaya çıkmaktadır:

–Toplumsal yaşamın zorunluluğu,

–Ortalama bir eşitlik fikri,

–Ötekinin hakları alanıyla sınırlandırılmayı kabul (altruism),

–İrade özgürlüğü

Bu ilkeler, hukuk-ahlâk alanı için zorunlu bir sınır olarak kabul edilmektedir.

Modern çağda etik-hukuk ilişkisinin özellikle II. Dünya Savaşı'nda gündeme gelen temel tartışması, "topluca deliren bir toplumun hukuk sisteminin sırf bir düzen olmak açısından değerlendirilmesinin nasıl yapılacağı" sorusunda yoğunlaşmıştır. Yani "hukukun hukuka aykırılığı" sorunu olarak da ifade edebileceğimiz bu sorun, değer-pozitif hukuk çatışması olarak da anlaşılabilir. Bu tartışmanın cevabının, kendisi de deneyimin içinde bocalamış olan Radbruch tarafından verildiğini görmekteyiz.

Adil olmayan hukukun statüsü tartışmasında Radbruch, hukukun değer yanına atıfta bulunmaktadır ve bunu zorunlu görmektedir. Hukukun bir kültür görünümü, bir değer gerçekleşmesi olarak da kavranmasının zorunluluğuna işaret eden Radbruch, sonuçta geçerli ve yürürlükteki yasanın minimum da

13 Matthew H. Kramer, **Where Law and Morality Meet**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s.11 vd.
14 Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016, s.14 vd.

olsa bir değeri yansıtması gerektiğini vurgulayarak, pozitif hukukun bu değer çerçevesinde uygulanabilme olanağına gönderme yapar.

Aynı tartışmayı Hart ve Fuller'in daha farklı açılardan yapmakta olduğunu görüyoruz. Örneğin Lon Fuller, "*Positivism and Fidelity of Law*" adlı ünlü makalesinde Hart'ı özellikle "olması gereken" ifadesi olmak açısından hukuku irdelememekle suçlamaktadır.

Hart ilgisini doğrudan olan-olması gereken ayrımının önemine yönelttiği için, hukuku değer kavramından koparak hukuksal bir kesinliği garanti etmek istemektedir. Oysa Fuller normatiflik de göz önünde bulundurulduğunda, olan-olması gereken ayrımının sanıldığı kadar kolay yapılamayacağı kanısındadır. Ona göre:

–Olan-olması gereken ayrımı sanıldığı kadar net bir ayrım değildir,

–Olan-olması gereken bir bütünlük içinde de ele alınabilir[15].

Hart'ın ayrım konusundaki hassasiyeti ve olması gerekeni hukuk alanı dışına itmesinin temel nedeni ise böyle bir tutumun, hukukun güvenlik ve düzen açısından tartışılmasına yol açacağından duyduğu kaygıdır. Hart'a göre doğal hukukçular bu tür tutumlarını düzeltmezlerse hukuka sadakat ilkesinin yok olmasına yol açabilirler. Hart, tartışmanın asıl odak noktasını oluşturan Nazi hukuk uygulamasında bile hukuka sadakat üzerinde durmanın gereğine işaret etmektedir[16]. Fuller, Hart'ın bu tutumuna, Nazi uygulamasını hafife aldığı gerekçesiyle itiraz etmektedir. Fuller kötü bir uygulamayla karşılaşan kişinin kabul veya ret gibi bir tutumu benimseyerek cevap üretmesi gerektiğini söyler. Kötü bile olsa hukuk, şayet bizim onayımızı, saygımızı gerektiriyorsa bir anlamda insanlığın genel yönelimleri olan doğal hukuk ilkelerini de temsil ediyor olmalıdır. Ancak burada Hart'ın olması gerekeni bütünüyle reddettiğini söyleyemeyiz. Hart iyi bir uygulama garantisi açısından pozitif hukuk içinde olması gerekenin gerçekleşme koşulunu önemsemektedir. Fuller buna rağmen pozitivist hukuk ekolünün, hukukun temelleriyle ilgilenmeyi reddetmesini değil daha çok yasaların dayandığı temel ilkelere karşı ilgisini bütünüyle yitirmesini eleştirmektedir. Yani doğru olanın ne olduğunun yanında, doğru şeyler yapılıp yapılmadığına olan ilgi de reddedilmektedir.

Şu hâlde, Fuller'ın içeriksel olandan ziyade hukukun hukuk olmaklığını belirleyen bir iç ilkeler bütününe dayanarak doğal hukuk şemsiyesi altına klasik ve alışılmışın dışında görünen yeni bir perspektifle yerleştiğini görmek mümkündür. Öte yandan, Hart ile tartışmasını da göz önüne alırsak, hukukun dayandığı temel ilkelere karşı ilginin yitirilmesinden bahisle, doğal hukuk yaklaşımından hukuki pozitivizme yönelen eleştiriler alanına da yeni bir yön kattığı ifade edilebilir.

15 Lon L. Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart'a Bir Cevap", çev. Sevtap Metin, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, 2. bs., ed. Sercan Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss.153-215.

16 H.L.A. Hart, **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Londra-Oxford, Clarendon Press, 1983, s.26 vd.

KAYNAKÇA

- Akı, E. İrem: "Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHFD,** Cilt: 64, Sayı: 1, 2015, ss.1-35.
- Fuller, Lon L.: "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık - Profesör Hart'a Bir Cevap", çev. Sevtap Metin, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, 2. bs., ed. Sercan Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss.153-215.
- Fuller, Lon L.: **Hukukun Ahlakı**, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016.
- Fuller, Lon L.: **The Law in Quest of Itself**, 4. bs., ABD, The Lawbook Exchange, 2009.
- Hart, H.L.A.: **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Londra-Oxford, Clarendon Press, 1983.
- Kelsen, Hans: **Saf Hukuk Kuramı**, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016.
- Kramer, Matthew H.: **Where Law and Morality Meet**, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Kramer, Matthew: **Objectivity and the Rule of Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Özlem, Doğan: **Anlamdan Geleneğe, Kimlikten Özgürlüğe, Kavramlar ve Tarihleri, Cilt III**, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2005.
- Wacks, Raymond: **Hukuk Kuramını Anlamak**, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Ankara, Astana Yayınları, 2016.

Hukukun Adaleti: Hakkaniyet

Yusuf KARAKOÇ[1]

GİRİŞ

Adalet, insanlık tarihinde gerçekleştirilmesi/ulaşılması için çok farklı yol ve yöntemlere başvurulan bir kavramdır/idealdir. Adalet, hem kişilerin hem de toplumların var olmasını istedikleri bir hali-algıyı-olguyu ifade etmektedir. Adalet, hem kişiyi hem de toplumu ilgilendirmesinden dolayı, sosyal bilimlerin birçok alanıyla ilgili temel bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Adaletin hukukun bir temel kavramı olarak bilinmesine rağmen, belki adaletle ilgili olmak bakımından hukuk diğer alanların gerisinde kalmaktadır. Çünkü, hukuk tekil ilişkilerde adaletin tecellisini sağlayarak genelde adalete ulaşılmasına aracılık etmektedir. Oysa, diğer alanlarda genelden özele doğru bir adalet anlayışı vardır. Geneli ilgilendiren doğal olarak özeli ilgilendirenden daha yaygın bir algıya kaynaklık etmektedir. Adalet, siyaset felsefesi, ahlâkî, dinî ve iktisadî açıdan ele alınıp incelenmektedir. Hepsinin arayışı, bir toplumda yaşayan insanların nasıl bir *menfaat dengesi* içinde hayatlarını sürdürmeleridir. Bu bazen ikili ilişkiler bağlamında, bazen bir topluluk arasında, bazen bir ülkede yaşayanlar açısından bazen de dünyada yaşayanların tamamı yönünden ele alınmaktadır.

Bu çalışmada, adalet kavramının farklı alanlardaki anlamlarına kısaca işaret edilmeye çalışılmaktadır. Zaten adalet kavramı için kullanılan terimlere bakıldığında ne kadar değişik alanların adalet ile ilgili olduğu kendiliğinden anlaşılmaktadır. Bu çalışmanın ana konusu ise, *hukukun adaleti* olarak nitelendirilmesi mümkün olan *hakkaniyet*tir

ADALET NEDİR?

Adalet, farklı alanların muhtemelen ortak, fakat farklı anlama gelen bir kavramıdır. İnsanlığın ulaşmak istediği bir ideal, kızıl elmadır. Yaklaşıldıkça uzaklaşan, uzaklaştıkça ardından koşulan/kovalanan bir seraptır. İnsanlığın vuslat arzusu ile yanıp tutuştuğu bir hayaldir/hülyadır. Nedir denildikçe açılan, budur denildikçe, eksik kalan bir anlam manzumesidir.

Adalet, taraflar arasında bir menfaat dengesidir. Bu denge, bazen iki kişi/taraf arasında kurulur; bazen bir topluluk için oluşur; bazen bir ülkede yaşayanlar arasında kurulması gerekir; bazen de bütün insanlık içindir. İşte, dengenin nerede, ne zaman ve kimler arasında/kimler için kurul(acak ol)masına bağlı olarak adalet kavramı bazen nitelik; bazen de muhteva değiştirmeye başlar. Bu yüzden hemen her sosyal bilim dalının ayrı bir adaletinden söz edilmektedir. Siyaset, iktisat ve hukuk bu alanların başında gelmektedir. Ancak adalet, her

1 Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

şeyden evvel felsefenin bir kavramıdır. Meseleye belki öncelikle oradan başlamak gerekir. İşte bu aşamada din devreye girmektedir. Adaletin ne olduğu dinî bilgilerle bütünleştirme yapılmadan anlatılamaz ve anlaşılamaz. İlahî adalet, aslında dünyevî adaletin izahında denetleyici-tamamlayıcı bir unsur olarak devreye/araya girmektedir. Daha şimdiden adalet kavramının çok yönlü ve anlaşılmasının zor olduğu ortaya çıkmaktadır. Yine de bu konuda çalışmak gereklidir ve çok zevklidir.

Adalet kavramı çoğu zaman mücerret-soyut olarak izah edilmektedir. Siyaset ve iktisat alanında adalet böyle bir yaklaşımla incelenmektedir. Hukuk ise, tekilden-cüz'den başlayıp çoğula-külliye ulaşmaya çalışır. Tekil-cüz'i düzey hukuka özgü bir alanı oluşturur, ifade ederken, çoğul-küllî düzeyde aslında diğer sosyal bilim alanlarının adalet anlayışı ile benzeşmeye-bütünleşmeye başlar. Yukarılarda bir yerlerde bütün adalet kavramları tekleşmektedir. İşte o tekleşme aşaması-düzeyi felsefe-din düzeyidir.

Adaletin böyle bir tanımı ve tanıtımı var mıdır? Bilmiyorum. Olması gerektiğini düşünüyorum. Bu nedenle böyle bir denemeye girişiyorum.

Adalet nedir, sorusuna verilen en kestirme ve anlamlı cevap; Adalet, adalettir, cevabıdır.

İkinci soru, o halde adalet nedir, şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu soruya ise, herkes kendi açısından, kendi anlayışı doğrultusunda, kendi algısına, anlayışına, kavrayışına göre cevaplar üretmektedir. Bu bağlamda, şu ifadeler dökülmektedir, bir yolcunun kaleminden.

Adalet,

- Kişi için, vicdanının doğru dediği şeydir.
- Toplum için, herkese hak ettiğinin verilmesidir.
- Hukuk için, uygun bir menfaatler dengesinin kurulmasıdır.
- Siyaset için, asgaride eşitlemektir.

Adalet,

- Denkleştirmedir,
- Paylaşmadır,
- Gözetmedir,
- Fırsat vermedir.

Adalet paylaşımdır; hem ailede, hem mahallede, hem şehirde, hem ülkede, hem dünyada.

Adalet, vicdanın sesidir. Doğuştan gelen bir algıdır. Şahsa özgü ve çevre şartlarında şekillenir.

Gözetmedir. Başkasına ait olana el uzatmamaktır.

Hak edene hak ettiğini vermektir.

Ehil olmayı öne çıkarmaktır.

Desteklemedir. Eksik olanın tamamlanmasıdır.

Paylaşmadır; elindekini olmayan ile bölüşmedir.

Huzurdur; elimden geleni yaptım diyebilmektir.

Hak etmektir. Gayret etmektir. Sabretmektir.

Şükretmektir, payına düşene razı olmaktır. Elinde olanla yetinmektir. Elinde olanın kıymetini bilmektir.

Adalet, şikâyet etmemektir.

Adalet, günün sonunda elde edilen hasıladır.

Ömrün sonunda oluşan-biriken değerler toplamıdır.

Gayretin, kabiliyetin, alın terinin, göz nurunun karşılığı olanı alabilmektir.

Adalet, başkasının hakkını yememektir.

Adalet, gönül huzuru ile uyuyabilmektir.

Adalet, bencillik etmemektir.

Adalet, başkasına önceliği vermektir.

Adalet, sevebilmektir; saygı duymaktır.

Adalet, kalıcı olanı tercih etmektir. Geçici olana meyletmemektir.

Adalet, kendini bilmektir.

Adalet, olmaktır. Ölmeden önce ölebilmek; öldükten sonra da yaşayabilmektir.

Hak edenin hak ettiğine kavuşmasıdır.

Hakkı olmak her zaman haklı olmak anlamına gelmemektedir.

Mazlum ahı almamaktır. Vazgeçebilmek, helalleşebilmek, verebilmektir.

Hasılı, Adalet, Adalettir.

ADALET KAVRAMININ FARKLI ANLAMLARI

Hak – Hukuk – Adalet birbiriyle ilgili, bağlantılı, biri olmadan diğerinin varlığından söz edilemez kavramlar olarak nitelendirilebilir. Hakkın ne anlama geldiği konusunda insanlık tarihi boyunca tartışmalar sona ermemiştir. Hak, hukukun temelidir. Hukuk, hakkı var etmek ve daim kılmak, korumak için vardır. Hak, çizilen bir haddir, bir sınırdır. Bu haddin, sınırın çizilmesi için bir başkasının varlığı gereklidir. Bir başkasının olmadığı yerde ve zamanda had çizmeye, sınır koymaya gerek yoktur. Kişi dilediğince yaşayabilir.

Adalet tanımı yapılır ve adaletin türlerinden söz edilir. Bu bağlamda, temeli Aristo'ya dayandırılan birtakım adalet tanımlamaları vardır. Dağıtıcı adaletten, denkleştirici adaletten, sosyal adaletten, somut olay adaleti denilen hakkaniyetten söz edilir.

Adalet siyaset felsefesinin, iktisadın, ilahiyatın ve en sonunda da hukukun bir kavramıdır. Siyaset felsefesi, toplum içinde yaşayan bireylerin âdil bir paylaşıma sahip olmasının gereğini ve yöntemlerini aramaktadır. Aslında adaletin hem tanımlanması hem de tanınması en zor olan alan siyaset alanıdır. Çünkü toplum içinde sayısı belirsiz insanlarla yine sayısı belirsiz insanlar arasında bir menfaatler dengesi kurmak imkânsızdır. Gerekli olması ise, ayrı bir tartışma konusudur. Toplum halinde/içinde yaşayan herkesin eşitlenmesi ne mümkün, ne uygun, ne de gereklidir. Ancak, herkesi kendine özgü şartlarına mahkûm etmek ya da terk etmek de gerekmemektedir. Dolayısıyla, korunmaya muhtaç kesimlerin desteklenmesi şarttır. Eşitlemek değil. Eşitlemek bir başka adaletsizlik halidir.

Özgü şartlar bir adaletsizlik hali midir? Bunun da tartışılması gerekir.

Çünkü, bu dağıtımın mutlak bir biçimde insan eliyle/aracılığıyla gerçekleşmediği bilinmektedir. Hem insanın vaziyet etmesi, hem de böyle bir hali kişinin kendi iradesi ile tek başına gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu itibarla, kişinin dünyaya geldiği hali bir ver(g)i olarak kabul etmek zarureti vardır. Bu halin kişinin kendi iradesinin dahli ile değiştirebildiği ana kadar özellikle desteklenmesi, belli bir seviyeye yükseltilmesi halinde kendi haline bırakılması gerekir. İlanihaye destekle ayakta tutmaya gayret etmek beleşçi bir kesimin oluşmasına yol açar. Bu desteğin nasıl sağlanacağı her şeyden önce yaşanılan toplumun kültürüne bağlıdır/kültürü ile ilgilidir. Kültür, din-ahlâk anlayışının bir hamulesidir. Bu değerler sistemi, yardımlaşma-dayanışma alışkanlığı-akışkanlığı sayesinde sağlanabilir. Bu yolla yeterli destek sağlanması halinde, devlet aracılığıyla destekleme zarureti ortadan kalkar. Şayet toplumun kendiliğinden destek sağlaması mümkün ve yeterli değilse, o zaman devletin devreye girmesi ve asgari düzeyde bir hayat standardını sağlaması şarttır. İşte *sosyal devlet* bunun için vardır. Bu destek, hiçbir zaman kişilerin/bireylerin her alanda-anlamda-yönden eşit hale getirilmesi demek değildir, seviyede olması gerekmez.

Kişilerin özgü şartlarını değiştirmeleri için gayret etmeleri, sabretmeleri ve hallerine şükür etmeleri, her hal ü kârda şikâyet etmemeleri gerekir.

Her yönüyle eşit imkân ve kabiliyetlere sahip kişilerden oluşan bir topluluğun toplum haline gelmesi mümkün değildir. Toplum olma ve toplum halinde yaşama, farklılıklarla mümkündür. Farklılıklar, mutsuzluk, huzursuzluk vesilesi değildir; olmamalıdır. Farklılıklar kişilerin birbirine muhtaç olmasının vesilesidir-kaynağıdır. Mutsuzluk-huzursuzluk gerekçesi – kaynağı sevgisizlik ve saygısızlıktır. Sevgi ve saygının var ve yaygın olduğu toplumlar mutlu ve huzurlu toplumlardır. Bunu sağlamak gerekir. Dolayısıyla, siyasetin adaleti, din-ahlâk anlayışına dayanan ve onunla desteklenen bir adalet anlayışıdır. Tam bir eşitliğin sağlanması ne mümkündür, ne de gereklidir.

Hukuk Dışı Adalet

Hukukî Adalet

Dinî Adalet

İlahî Adalet

Dağıtıcı Adalet

Düzeltici Adalet

Maddî Adalet-Şeklî Adalet

Hukuk Adaleti –Ceza Adaleti

İktisadî Adalet

Siyasî Adalet

Liberal Adalet

Sosyal Adalet

Küresel Adalet

Toplumsal Adalet

Mübadele Adaleti

Usûlî Adalet

Somut Olay Adaleti (Hakkaniyet)

El Yordamı Adaleti

Toplam Adalet

Yukarıda sıralananlar adaletin değişik görünümlerinden bazılarıdır. Bu sıralama bile adalet kavramı hakkında insanoğlunun kafasının ne kadar karışık olduğunu göstermeye yetmektedir. Adaletin görünüş biçimleri olarak adlandırılabilecek bu sıralamanın eksik olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sıralamaya başka adalet türlerini eklemek mümkündür.

EL YORDAMI ADALETİ – TOPLAM ADALET

El yordamı adaleti, aslında adaletin sağlanmasının yol ve yöntemi bilinmemesine rağmen, denk düşme sonucu menfaatler dengesinin yakalanması sayesinde ulaşılan adalettir. Bu durumda adalete ulaşma bir tesadüf sonucu gerçekleşmektedir.

Yeni bir adalet türünden, algısından, kavramından daha söz edilmeye başlandığını ifade etmek gerekir; ***Toplam Adalet!***

Toplam adalet, yukarıda sayılan adalet türlerinin toplamını – sonucunu ifade etmektedir. Bir hukukî ilişkinin başından sonuna kadar geçen süreçte yaşanmış, algılanmış, hak edilmiş, uğranılmış zarar-yarar dengesinin ulaştığı/vardığı nihaî değeri ifade etmektedir.

Bir insan ömrü boyunca, bazen haksızlığa uğrar; bazen itibar kazanır; hayatının sonuna gelince, kayıpların-kazançların karşılaştırılması sonucunda ortaya çıkan neticeyi toplam adalet olarak değerlendirmek mümkündür. Buna *net adalet*, *sonuç adaleti* de denilmek istenmektedir. Ancak, *toplam adalet* bir netleştirme; bir sonucu ifade etme işlevine sahip değildir. *Toplam adalet*, bir süreci; bir kesiti ifade etmektedir.

Bir toplum için toplam adaletten bahsedilebilir. Haksızlıklar, haklı durumlar toplamı toplam adaleti oluşturur. *Toplam adalet*, bir olayda haksızlığa uğrayanın bir başka olayda avantajlı hale gelmiş olması, toplumda bir dengenin kurulması-oluşması anlamına gelmektedir.

Ödenmesi gereken bir paranın ödenmemesi; ödenmemesi gereken bir paranın ödenmesi toplamda bir yükü ifade eder. Biri diğerini telâfi eder.

Toplam adalet, kendiliğinden oluşan bir sonuç olmak özelliğine sahiptir. Bu adalete ulaşmak, doğrudan gerçekleşmez. Başka bir uygulama, yargılamanın sonucu olarak ortaya çıkar.

Hakkımız olup da ulaşamadıklarımız ile hakkımız olmadığı halde elde ettiklerimizin toplamı toplam adaleti oluşturur. Ödememiz gereken bir vergiyi ödememiz; ancak başka bir zaman ve zeminde aslında olmayan bir vergiyi ödemek zorunda kalmamız bu toplam adaletin bir gereğidir.

Üzülmenin sevinme, yorulmanın dinlenme, kazanmanın kaybetme, ödemenin ödememe, gülmenin ağlama vb. ile karşılaştırılması sonucunda artakalan toplam adalettir. İnsan ve toplum hayatı için en önemli adalet toplam adalettir. Şayet toplam adalet olumlu bir sonucu ifade ediyorsa, bu sevinilecek bir durumdur. Olumsuz bir sonucu ifade ediyorsa, bunun düzeltilmeye ihtiyacı var demektir.

Sonuçtur-toplamdır anlamlı olan; parça değil. Bütüne ilişkin sonucun olumlu olması gerekir.

Hasılı, *toplam adalet, toplam mutluluk demektir.*

HUKUKUN ADALETİ: HAKKANİYET

Hukukî Düzenlemelerde Hakkaniyet Kavramı

1926 tarihli *Türk Kanunu Medenisi*'nin 4'üncü maddesinde, «*Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim hak ve nısfetle hükmeder*» hükmü yer almaktaydı. *Kanun*da yer alan «*hak ve nısfet*» terimini, «*hakkaniyet ve nasafet*» olarak anlamak mümkündür. Bu maddede yer alan *hakkaniyet* ve *nasafet* terimlerinin, kural olarak, eş anlamlı oldukları kabul edilmektedir.

2001 yılında yürürlüğe giren *Türk Medenî Kanunu*'nun 4'üncü maddesinde aynı hüküm şöyle ifade edilmektedir: «*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz* önünde *tutmayı emrettiği konularda hâkim hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*».

Türk hukukunda benimsenen *hâkimin hak ve nasafetle karar vermesi ilkesi*, soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanmasındaki katılıkların ve sertliklerin bertaraf edilmesi ve somut olayın mahiyetine uygun şekilde karar verilmesinin sağlanması anlamına gelmektedir.

Hukuk kuralı *olması gereken*i göstermektedir. Başka bir deyişle, hukuk kuralında *olması gereken* ile ilgili bir değer yargısı bulunmaktadır. Buna karşılık, açılan *dava*, hâkimden hukuk kuralının somut olaya uygulanması talebinden ibarettir. Hâkimin olaya hak ve nasafete uygun bir çözüm bulması demek, *olması gereken* ile *olan* arasındaki karşıtlığın bertaraf edilmesi demektir. Bu şekilde hâkimden somut olaya uygun bir çözüm istenmektedir. Ancak, bu çözümün soyut kural çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hakkaniyet ve Adalet Kavramlarının Karşılaştırılması

Bugünkü anlamda *hakkaniyet*, adaletin gerçekleştirilmesi için ileri sürülen ilkelerden birisidir. Başka bir deyişle, hukuk kuralı genel ve soyut bir kavram olduğu için bunun somut ve şahsa özgü bir olaya uygulanması halinde, haksız, âdil olmayan sonuçların ortaya çıkması mümkün ve muhtemeldir. Çünkü, gerçekten soyut ve genel bir hukuk kuralının belirli bir olaya uygulanmasında *mantıkî doğruluk (hukuka uygunluk)* sağlandığı halde, *adalete uygunluk (etik doğruluk)* sağlanamamış olabilir. Böyle bir durumda mantıkî doğruluğun, yani hukuka uygunluğun sağlanmış olmasının adaletin tecelli etmesi yönünden yetersiz kalması halinde, olayın özelliklerine göre, hakkaniyetin ve dolayısıyla adaletin sağlanması şarttır. O halde, kanunun belirttiği hallerde *hakkaniyet* soyut ve genel bir hukuk kuralının somut bir olaya uygulanması sırasında, olayın özellikleri nedeniyle ortaya çıkabilecek adaletsizliğin ortadan kaldırılarak adalete uygun bir çözüm bulunabilmesi için düşünülmüş bir iyileştirme aracıdır. Amaç, hakkaniyet ve dolayısıyla adaleti sağlamaktır. Bunun için hakkaniyete *somut olay adaleti* de denilmektedir.

Hakkaniyet kavramı, *adalet* kavramının tamamlayıcısıdır. Nitekim, her ikisi de aynı amacın gerçekleştirilmesie hizmet etmektedir. Ancak, *adalet* hukuk kurallarına hâkim olan en yüksek bir ahlâkî düşünceye dayanan bir duyguyu ve haklılığı sağlayan hukukî bir ilkeyi ifade ettiği halde, *hakkaniyet* somut olayın özellikleri gözönünde tutularak şahsa özgü adaletin gerçekleştirilmesi için uygulamada başvurulan hukukun iyileştirme araçlarından birisidir. *Adalet* kavramı ahlâk ve haklılıkta en uygun olan ideali bulmaya çalışırken, *hakkaniyet* düşüncesi olayın özelliklerini ve olaydaki menfaat dengesini gözönünde tutarak, somut olaydaki hukukî uyuşmazlığa en uygun gelecek çözüm yolunu bulmaya yarayan bir araçtır. Kısacası *hakkaniyet*, adalete aykırı sonuç doğuran hukuk kuralını değiştirmemekte; fakat soyut bir hukuk kuralının somut bir olaya uygulanması sonucunda adalete uygun bir sonucun ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

DEĞERLENDİRME

Hukukun adaleti, kişiler arası özel (hukuk) ilişkiler(in)de sağlanan adaletler toplamından oluşmaktadır. Genel olarak, âdil bir hukuk düzeni böyle sağlanır ve anlam kazanır. Dolayısıyla, siyasetin adaleti genelden özele doğru gelişimi-girişimi; hukukun adaleti ise, özelden genele doğru bir yönelişi-tamamlanışı ifade etmektedir. Bu nedenle, hukukun adaleti temelde *somut olay adaleti-hakkaniyet* şahsa/ilişkiye özgü adalet şeklinde tecelli eder. Bunun anlamı, ilişkinin tarafları arasında uygun-mümkün bir menfaat dengesinin kurulması-sağlanmasıdır. Bu anlayışın-kavrayışın yaygınlaşması-yerleşmesi, kalıcı hale gelmesi sayesinde ve ölçüsünde âdil bir hukuk düzeninden söz edilebilir.

Menfaat dengesinin ne anlam ifade ettiği ve nasıl kurulduğu-sağlandığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Menfaat, kişinin (lehine) hak ettiği bir sonucun doğması anlamına gelmektedir. Menfaat dengesi, menfaatin, ait olana verilmesi-sağlanması; fazla ya da eksik verilmemesidir. Karşı taraf için de aynı şey geçerlidir. Aynı zamanda birine hak ettiği-sahip olduğu teslim edilirken karşı tarafa da zarar vermemek şarttır. Başka bir deyişle, karşı tarafın hak ettiğini-sahip olduğunu ne eksik ne fazla teslim etmek gerekir. En çok iyinin tesbitine gayret edilmelidir. Kişi kendisi için istemediğini başkası için de istememelidir; başkasına zarar vermemelidir. Öncelikle, ilişkinin taraflarının birbirine zarar vermemesi gerekir. Şayet zarar verilip verilmediği tartışma konusu olursa, bunu tesbit ve teslim etme mevkiinde olan hâkimin-hakemin taraflardan hiçbirine zarar vermemesi şarttır.

Vicdanî kanaatin düzgün ve dürüst oluşmasının zemini oluşturulmalıdır. İyi insan, ehil uzman yetiştirilmelidir. İyi-olumlu güzel örnekler çoğaltılmalıdır. Aç gözlülük yükselen değer olmamalıdır. Sosyal düzen kuralları değersizleştirilmemelidir. Mutlu ve huzurlu bir toplumun inşa edebilmesinin onların hepsine birlikte uyulması halinde mümkün olduğu unutulmamalıdır. Yargının her derde deva olma özelliği olmadığı bilinmelidir. Hak yemenin bir ahlâksızlık olduğu; hak yiyenden/ah alandan o haksızlığın er ya da geç mutlaka çıktığı unutulmamalıdır. Nitekim, *alma mazlumun ahını, çıkar aheste aheste*

Adalet,

- İnsanlığın kızıl elması; toplumların tek teselli kaynağı;
- Menfaatlerin dengelenmesi;
- Gözyaşlarının dinmesi ve gönüllerin sükûna ermesi sebebi-neticesidir.
- Düşmanlarımıza tek borcumuz; başkalarından zorla isteyeceğimiz tek arzumuzdur.
- Dünya nimetlerinin paylaşılmasında gözetilmesi gereken ölçü;
- Temeli/asgarisi eşitlik. Adaleti, asgari eşitlik olarak tanımlamak mümkündür.
- Bozulan dengenin kurulması; verilen/uğranılan zararın tazmini/giderilmesi;
- Harcanan emeğin karşılığını alması/bulması;
- İşlenen suçun karşılığı; suçlunun cezasını görmesidir.

Aslında adalet *olsa olsa* ile ölçülebilen/takdir edilebilen/verilen bir değer (hükmü) dir. Adalet, ölçülebilen bir şey değildir. Adalet, vicdan huzurudur. Yeryüzünde bunun mutlak olanı yoktur Nihayetinde, zamana-zemine-kişiye-topluma-olaya göre farklılaşabilmekte; muhatabın şahsına bağlı hale gelebilmektedir. Adalet arayışı, bir ortalamayı/orta yolu bulma girişimidir. Temeli budur. Somut olayın özelliği, bu ortalamaya uyabilir; biraz farklılaştırabilir. Ancak, bu ortalamayı tamamen bertaraf edemez.

Adalet, elle tutulamaz; gözle görülemez; hissedilir. Adalet hissi uyandıran kararlar-kanunlar-uygulamalar kabul edilir; bunlara uyulabilir; bunlar uygulanabilir. Aksi halde, kimin kararı, nasıl bir kanun, ne tür bir uygulama olursa olsun kabul edilmez; uyulmaz; uygulanmaz. Nitekim, insanlık tarihi adalet arayışının tarihidir. Adalete ulaşmak için neredeyse denenmedik/başvurulmadık yol ve yöntem kalmamıştır. İlk insanların adaleti gerçekleştirmek için uyguladıkları yöntemler bugün vahşet olarak nitelendirilebilir. Ancak, onlar uygulandıkları dönemde belki uygun bulunmakta; normal karşılanmakta idi. Zarar ancak aynı tür bir karşılıkla giderilmelidir. Fazlası-başkası zarar vermektir. Ölçüyü kaçırmamak için, müeyyideyi kişinin kendisinin değil devletin uygulaması gerekir.

Son Söz Yerine

Adalet, insanlık tarihinin sonsuzluk özlemidir. Yaklaştıkça uzaklaşan, tamam dedikçe eksik kalan bir idealdir. Onu arayış sonsuza (kıyamete) kadar devam edecektir. Adalet, her somut durumda yeniden inşa edilen bir değerdir. Gerçek adalet, somut olay adaletidir. Somut olay adaletlerinin toplamı, her bir fert, her bir toplum, her bir kurum için ***toplam adaleti*** *oluşturmaktadır. İşte bu sonuç, adalet hakkında yapılacak değerlendirmeler için temel alınacak veriyi oluşturmaktadır.*

KAYNAKÇA

Kitaplar

- **AGTAŞ**, Özkan; Ceza ve Adalet, (Metis Yayınları), İstanbul 2013.
- **AKTAŞ**, Sururi; Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, (Liberte Yayınları), Ankara 2001.

- **ARAL**, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1991, (Hukuk Bilimi).
- **ARAL**, Vecdi; Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, (On İki Levha Yayınları), İstanbul 2012, (Hukuk Felsefesi).
- **ARAL**, Vecdi; Toplum ve Adaletli Yaşam, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1988, (Adaletli Yaşam).
- **ARAL**, Vecdi; Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet, (Legal Yayıncılık), İstanbul 2014.
- **ÇEÇEN,** Anıl; Adalet Kavramı, 2. Basım, (Gündoğan Yayınları), İstanbul 1993.
- **DİNÇKOL**, Abdullah; Hukuka Giriş, Onuncu Baskı, (Der Yayınları), İstanbul 2014.
- **DOĞAN**, Aysel; Küresel Açlık Sorunu ve Sosyal Adalet, (Dergah Yayınları), İstanbul 2011.
- **ERDOĞAN**, Mustafa; Hukuk ve Adalet, (Hukuk Yayınları), Ankara 2017, (Erdoğan, Hukuk ve Adalet).
- **ESENER**, Turhan; Hukuka Giriş, 11. Baskı, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2015.
- **GÜRİZ**, Adnan; Hukuk Başlangıcı, 17. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2016, (Hukuk Başlangıcı).
- **GÜRLER**, Sercan; Ahlâk ve Adalet, (Legal Yayıncılık), İstanbul 2007.
- **HAHNEL**, Robin (Çev. Yavuz ALOGAN); İktisadi Adalet ve Demokrasi, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 2006.
- **HÜNLER**, Solmaz Zelyüt; Rawls ve Maclntyre İki Adalet Arasında, (Vadi Yayınları), Ankara 1997.
- **IŞIKTAÇ**, Yasemin; Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2015.
- **KOCAOĞLU**, Mehmet; John Rawls Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar, (İmaj Yayınevi), Ankara 2014, (John Rawls).
- **KOCAOĞLU**, Mehmet; Robert Nozick Adalet Teorisi ve Temel Kavramlar, (İmaj Yayınevi), Ankara 2014, (Robert Nozick).
- **ÖKTEM,** Niyazi/**TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi; Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Üçüncü Basım, (Der Yayınları), İstanbul 2003.
- **ÖZTÜRK,** Armağan; Liberal Adalet, (Doruk Yayımcılık), İstanbul 2013.
- **PEFFER**, R. G. (Çev. Yavuz ALOGAN); Marksizm, Ahlâk ve Toplumsal Adalet, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 2001.
- **RAWLS**, John (Çev. Gül EVRİN); Halkların Yasası ve "Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması", (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2003, (Hakların Yasası).
- **RAWLS**, John (Çev. Vedat Ahsen COŞAR); Bir Adalet Teorisi, (Phoenix Yayınevi), Ankara 2017, (Adalet Teorisi).
- **ROUSSWLET**, Marcel (Çev. Adnan CEMGİL), Adalet Tarihi, (Remzi Kitabevi), İstanbul ty.
- **ROY**, Arundhati (Çev.Zehra SAVAN); Sonsuz Adaletin Muhasebesi, (Everest Yayınları), İstanbul 2005.
- **SAĞLAM**, Rabia; Liberalizm Adalet ve Ütopya, (Legal Yayıncılık), İstanbul 2008.
- **SANDEL**, Michael J. (Çev. Mehmet KOCAOĞLU); Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, 2. Baskı, (Bin-Bang Yayınları), Ankara 2013.

- **SCHMIDTZ**, David (Çev. Hayrettin ÖZLER); Adaletin Unsurları, (Liberte Yayınları), Ankara 2010.
- **SMITH**, Adam (Çev. Ahmet Celiloğlu); Hukuk Üzerine, (Pinhan Yayıncılık), İstanbul 2018.
- **SOLOMON**, Robert C. (Çev. Ertuğ ALTINAY); Adalet Tutkusu, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 2004.
- **TORUN**, Yıldırım; Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu, (Savaş Yayınevi), Ankara 2008, (Ronald Dworkin).
- **UYGUR**, Gülriz; Hukukta Adaletsizliği Görmek, (Türkiye Felsefe Kurumu), Ankara 2013.

Makaleler

- **AKILLIOĞLU**, Tekin; "Adalet Kavramı ve İnsan Hakları", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 49-57).
- **ARAL**, Vecdi; "Bir Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 59-73), (Adalet Bilimi).
- **ERDOĞAN**, Mustafa; "Özgürlük, Adalet, Refah", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 171-193), (Adalet).
- **GÜRİZ**, Adnan; "Adalet Kavramının Belirsizliği", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 7-37), (Adalet Kavramı).
- **GÜRKAN**, Ülker; "Sosyal Adalet", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 115-124).
- **KUÇURADİ**, Ioanna; "Adalet Kavramı", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 39-48), (Adalet Kavramı).
- **MUMCU**, Ahmet; "Günümüzde Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 145-169).
- **ÖZCAN,** Mehmet Tevfik; "Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 85-114).
- **ÖKÇESİZ**, Hayrettin; "Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular", (Doğu Batı, Yıl: 4, S. 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000, s. 225-230).
- **ÖKTEM,** Niyazi; "Adalet Kavramı ve Sosyal Realite", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 75-83).
- **SAVAŞ**, Vural; "Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üstüne Bazı Düşünceler", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 125-136).
- **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi; "Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti", (Doğu Batı, Yıl: 4, S. 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000, s. 200-211).
- **YÜCEL**, Mustafa T.; "Adaletsizlik Duygusu", (Ed. Adnan GÜRİZ, Adalet Kavramı, İkinci Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s. 137-144).

John Dewey'in Hukuk Felsefesinde 'Olan' ve 'Olması Gereken'

Furkan KARARMAZ[1]

Giriş

Pragmatist felsefenin kurucularından olan Dewey, 1900'lü yılların başlarıyla birlikte büyük bir hız ve gayret ile pragmatizmi sosyal bilimlerin birçok alanına uygulamaya başlar. Düşüncenin bir eylem planı olduğu kabulü ile tüm düşünce alanını eylemleri, etkinlikleri ve olguları odağa alarak tetkik eder (Donoso, 1959: 582). Bu girişim dâhilinde felsefe, psikoloji, eğitim, toplumbilimi ve toplum kuramı alanlarındaki çalışmalarının yanı sıra doğrudan hukuk alanına yönelik eserler de vermiştir. Bu özelliği onu, birlikte pragmatik felsefeyi inşa ettiği James ve Peirce'dan ayırır. Zira artık Dewey'i aynı zamanda hukuk pragmatizminin de kurucularından biri olarak kabul etmemiz gerekmektedir. Dewey'in hukuka ilişkin görüşleri çok sayıda eserine dağılmış olmakla birlikte *Austin's Theory of Sovereignty, Nature and Reason in Law, Force and Coercion, Force, Violence and Law, Logical Method and Law, The Historic Background of Corporate Legal Personality* ve *My Philosophy of Law* isimli makaleleri münhasıran hukuki sorunlara ilişkindir. Ancak Dewey'in hukuka ilişkin görüşleri bu eserlerinde de belirli bir sistem içerisinde ifade edilmemişlerdir. Bu eserlere baktığımızda düşünürün pragmatizm görüşünde de belirgin olan anti-temelci, araççı ve olguları odağa alan bakışını hukukun çeşitli alanlarına ve hukuk kuramındaki çeşitli sorunsallara yönelttiğini görürüz. Ancak diğer eserlerinden farklı olarak *My Philosophy of Law* adlı makalesi tüm bu gayretin bir özeti olarak değerlendirilebilir.

Aşkıncı Yaklaşımlara Yönelik Eleştiri

Dewey'e göre hukuk alanında ortaya konulmuş olan her kuramsal yaklaşım veya ekol, içinde geliştiği dönemin özelliklerinden kaynaklanır ve bunları yansıtan bir karaktere sahip olur. Bir felsefi yaklaşımı içinde geliştiği sosyo-kültürel bağlamdan soyutlayarak ele almak yanıltıcı olacaktır (Donoso, 1959: 581). Her felsefe veya kuram, kaynağını aldığı somut gerçeklikler ne kadar önemli ise o kadar etkili olmuştur. Yine gerçeklik alanındaki çatışmalar ne kadar şiddetli ise kuramsal tartışma da o düzeyde hararetli olmuştur (Dewey, 2016b: 31). Tarihsel süreç içerisinde toplumun somut gerçekliklerinde yaşanan değişiklikler belirli bir dönemde kuram alanında etkili olmuş yaklaşımların eskimesine neden olmaktadır. Ancak kuramın görece özerk bir uzmanlık alanı teşkil ediyor olması, gerçeklikten kopuk bir karakter arz eden eski kuramların varlığını sürdürmesine imkân vermektedir. Dewey'e göre ister tanrısal akla ister doğanın ni-

1 Dr. Öğretim Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

hai düzenine atıf yapıyor olsun, hukukun kaynağını ve doğruluk ölçütünü var olanın dışında (veya üzerinde) arayan kuramlar, hukuk alanındaki anakronik kuramlardır (Donoso, 1959: 583). Hukukun mahiyetini iyi hukuk hakkındaki düşüncelere indirgeyen bu kuramlar Ortaçağ Avrupası'nın somut toplumsal gerçekliklerinden kaynaklanmıştır ancak bu gerçekliklerin ortadan kalkmasından sonra da uzun süre Kıta Avrupası düşünürlerini etkilemeye devam etmişlerdir (Dewey, 2016b: 32). Bilginin deneyimselliğini vurguladığı bilgi felsefesi yaklaşımı ile koşut olacak şekilde Dewey, hukuki bilginin de deneyimsel olduğunu savunur. Hukuki bilgimizin tek kaynağı deneyimdir; hukuk hakkında ne biliyorsak hepsini deneyimden elde etmişizdir zira sadece deneyimlerimizi bilebiliriz. Hiç kimse tanrıyı veya kâinatın ezeli ve ebedi düzenini/doğasını deneyimleyemez. Dolayısıyla buralardan hukuki bilgi devşirmek mümkün olmadığı gibi, var olan bilgilerimizle ilgili bunlara atıf yapmak da yanlıştır. Dewey'e göre böylesi bir yanlış içerisinde olan kişi aynı zamanda ahlaksızdır çünkü tanrıyı veya doğayı öne sürerek kendi sorumluluğundan kaçmaya çalışmaktadır (Donoso, 1959: 583).

Hukukun temeline egemenin iradesini yerleştiren pozitivist kuramlar da hukuki pragmatizmle bağdaşmaz niteliktedir. Tanrı iradesinden veyahut doğru akıldan egemen iradesine geçiş, dışsal metafizik kaynaklardan belirli olgusal temellere dayandırılabilecek kaynaklara geçişi temsil eder görünmektedir. Bununla birlikte bu yaklaşımda hukuka kaynaklık eden toplumsal etkenlerin sadece birisi ele alınmıştır. Ayrıca bu *egemenlik* etkeni diğer toplumsal etkenlerden soyutlanmıştır (Dewey, 2016b: 36-37). Hatta *egemenlik* toplumda egemenliği kullanan aktörlerden veya kurumlardan dahi soyutlanarak ele alınmış ve nihayetinde yine metafizik bir kavrama dönüşmüştür (Donoso, 1959: 591). Egemenin bir kişi veya sayısı belirli bir grup olması gerektiği yönündeki önerme de '*common law*'un içtihadi karakteri ile örtüşmemesi nedeniyle betimsel olarak yanlıştır. Yine "kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve başka bir egemene alışkanlıkla itaat etmeyen egemen" düşüncesi de olgusal gerçekliklerle örtüşmemektedir. Dewey'e göre toplumsal gelenekler ve ekonomik etkenler "egemen" adı verilen bu kişi veya gruba her zaman hükmedebilme kudretine sahiptir. Hatta "egemen" bu etkenlere itaat etmemeyi alışkanlık haline getirdiği takdirde "egemenliğini" yitirmekle yüz yüze kalacaktır. Esasında Dewey'in egemenlik anlayışı ile analitik pozitivist egemenlik anlayışı birbirinden farklıdır. Dewey'e göre egemenlik muazzam bir toplumsal aktörler ve güçler çoğulluğunun işleyiş biçimini ifade eder. Egemenlik kavramı ancak bu şekilde ele alındığında "hukuk egemenin emridir" önermesi doğru bir önerme olabilir. Fakat bu halde de önermenin anlamı aşırı derecede genişleyecek ve önerme işlevsizleşecektir. Bu nedenle hukuku egemenlik üzerinden tanımlamaya çalışmak faydasızdır (Dewey, 2016b: 36-37).

'Olan'

Hukukun kaynağına ilişkin temelci ve hukukta doğruluk ölçütlerine ilişkin aşkıncı görüşleri reddeden Dewey'e

göre "hukuk tepeden tırnağa toplumsal bir olgudur" (Dewey, 2016b: 32). Hukukun kaynağı da, amacı da, ölçütü de, uygulaması da toplumsaldır. Hukuk, hakikatin doğasına ilişkin iddialarda bulunmaz. Hukuk, mantıksal tutarlılık uğruna geliştirilmemiştir. Hukuk, salt uygulanmak üzere yaratılmış bir düzendir. Hukuk, somut gerçeklik içerisinde belirli işler görür veyahut hukuk aracılığı ile belirli işler görülür. Hukukun doğruluk ölçütü de bu işleri görüp görmediğidir. Hukuk terimi, özetleyici bir terimdir ve bu terimin özetlediği içerik, yasama ve yürütme etkinliklerinden ve yargı kararlarından daha fazlası değildir (Dewey, 2016b: 32). Böylesi bir tanım hukuk felsefesi tarihi içerisinde şu veya bu düzeyde rağbet görmüş birçok tartışmayı devre dışı bırakır. Öyle ki, ömrünün bir bölümünü hukuk felsefesini anlamaya adamış bir araştırmacı, Dewey'in bu görüşlerini okuduğunda anlık bir zihin ferahlaması yaşayacaktır. Gerçekten de felsefeyi bir kenara bıraktığımızda hukuk felsefesi *sorunsuz* bir araştırma alanına dönüşmektedir. Ancak felsefeyi bir kenara bırakmış olmak Dewey'e yöneltilebilecek makul bir eleştiri olamaz, zira Dewey ve genel olarak pragmatistler saf felsefi tartışmaları ayıklayarak felsefenin yükünü hafifletmeyi bizatihi bir amaç olarak benimsemişlerdir (Peirce, 2016: 71-72). Dewey'in hukuk tanımı da bu amaca yetkinlikle hizmet edebilecek bir tanımdır.

Bu tanımdan yola çıkarak Dewey, hukuki incelemesini toplumsal olgulara yöneltir. Ona göre toplumsal olgu veya problemlerin önemli bir genel özelliği zihinsel etkinlik ile kavranmaya müsait ve tabi olmalarıdır. Böyle demekle Dewey, mistik ve kozmolojik açıklamaları bir kez daha reddetmiş olmaktadır (Menand, 2001: 370). Olguların diğer bir önemli özelliği ise bunların olup bitmiş şeyler olarak görülemeyeceğidir. Bu ifade esasen pragmatist felsefenin olguculuğa yönelttiği bir eleştiriyi vurgulamaktadır. Pragmatistlere göre deneyim salt duyumlardan veya bağlantısız tikel olgulardan ibaret değildir. Bu noktada onlar, Hume'dan ayrılırlar ve daha geniş kapsamlı bir deneyim kavrayışı öne sürerler. Deneyim bağlantılara ve düzene ilişkin kavramları da içinde taşır. Bu kavramlar uzun yıllar sürmüş insanlık deneyiminin neticeleri olarak hayat bilgisi (*common sense*) içerisinde yer edinirler. Dewey ile birlikte pragmatizmin kurucuları arasında sayılan James, deneyimle birlikte varlık-yokluk, aynılık-farklılık, çeşitler, zaman, mekân, öznitelikler, nedensellik, hayalilik-gerçeklik gibi kavramların deneyimle birlikte gelip geliştirildiğini belirtir (James, 2015: 13). Ona göre bunlar aracılığı ile duyumlarımızı takip etmede onları birbirine göre konumlandırmada ve böylelikle onları anlamada ustalık kazanırız (James, 2015: 133). Dewey'e göre de deneyim sadece eylemi ya da sadece sonucu içermemektedir. Deneyim bunlardan oluşan bir bütündür (Dewey, 2016a: 159-160). Bir bebek, düşünmeden elini sobaya uzatır ve eli yanar. Bebeğin elini uzatması veya elinin yanması tek başına bir deneyim teşkil etmez; deneyim sıcaklığa, farklılığa, nedenselliğe, gerçekliğe, zamana ve mekâna ilişkin birçok kavrayışı içererek gelir. Elbette bebek daha yolun başındadır ve bu aşamada bu kavramları, tüm deneyim par-

çalarını ve diğer deneyimleri birbirine bağlayacak bir düzen içerisine sokma ustalığına sahip değildir. Ama deneyimi arttıkça öğrenir. Bir süre sonra bu kavramlarla ördüğü düzene öylesine alışır ki böyle bir çatı kullandığını ona anlatabilmek için biraz daha büyümesini beklemek gerekecektir. Bu kavramlar zamanı ve mekânı soyut bir düzene sokarak dünyayı *bir* kılarlar fakat hiçbir insan bu kavramların soyutluğunu karşılayacak şekilde tek bir zamanda veya mekânda yaşamamaktadır. Gerçeklikte insanlar iç içe geçen, kesişen, sınırları ve ayrımları bulanık olan zaman*lar* ve mekân*lar* içinde yaşarlar (James, 2015: 137). Bu çoğulluğun ve tikelleri çeşitlemedeki sınırsızlığın tespiti üzerine pragmatistler bu kavramsal çatının düzeninin ve içerdiği ayrımların nihai veya evrensel olmadığını belirtirler (Dewey, 2016a: 155-156). Bu genellemeler ve ayrımlar bir anlamda Kant'ın kategorileri gibi işlev görürler ama bunlar "söyle[m]sel değil deneyseldirler" (Dewey, 2016a: 162-163). Akılcıların baş harfini büyük yazdıkları doğruluk düşüncesi de çoğul doğruların kaynağı değil aksine onlardan türetilmiş bir soyutlamadır. Yasa da böyledir. Kararlardan önce var olan, onları nihai olarak belirleyen yasa fikri yanlıştır. Yasalar daha önceki deneyimlerin ve kararların ürünüdür ve bu bakımdan insanidir. Aynı şekilde dil de insanlar konuştukları için vardır. Yasal-yasa dışı, doğru-yanlış (*correct-incorrect, true-false*) ve benzeri tüm ayrımlar, "bir", "beyaz" ve "gri" gibiler de dâhil olmak üzere tüm kategori, soyutlama ve genellemeler, tikel deneyimler ve bunlar arasındaki etkileşimler esnasında ve sayesinde var olurlar. Neden değil sonuçturlar ve insan yapımıdırlar. Bunlar tarihin ilerleyişi içerisinde yaşama eklenen şeylerdir. Bu sürece kaynaklık ettikleri düşüncesi şatafatlı bir yanılsamadan, James'in ifadesiyle "duygusalcı safsata"dan başka bir şey değildir (James, 2015: 177). James'e göre bu safsataya kendini kaptırmış olan insanlar soyut "Adalet, Güzellik, Cömertlik" düşünceleri için gözyaşı dökerler ancak gerçekten karşılaştıklarında bunları tanıyamazlar. Çünkü bu nitelikleri taşıyan deneyimler kirli, bozuk ve kusurlu halde olur. Kişi bu kusurlu deneyimler içerisinde bulanık durumda olan bir niteliği alır, soyutlar, saflaştırır ve nihayetinde bu soyutlamaya öylesine hayran olur ki onun daha üstün bir doğaya sahip olduğunu iddia eder ve onu deneyimin karşısına yerleştirir. Hâlbuki bu niteliklerin doğası da deneyimdedir. Deneyimden ayrı, onun ilkörneği modeli, sureti olabilecek başka bir evren yoktur. Sadece içinde yaşadığımız bu evren vardır: tamamlanmamış, kimi alanlarda eksilerek kimi alanlarda artarak sürekli değişmekte olan duyulur evren (James, 2015: 187-188).

Dewey toplumsal olguları insanlar arası ilişkiler ve etkinlikler olarak görür. Dolayısıyla bunlar "süregiden" deneyimlerdir. Bir deneyim olarak görülmekle olgu, kendisinden öncesiyle, onu yaratan etkenlerle, çeşitli zamanlarda büründüğü görünümler ve durumlarla ve de yarattığı sonuçlarla birlikte ele alınmaya müsait bir hal alır. Olgunun incelenmesi, geniş bir zaman diliminde gerçekleşen süreçlerin incelenmesi anlamına gelmektedir (Dewey, 2016b: 32). Böylesi bir inceleme olguların içindeki

kararlı ve görece sabit unsurların tespitini sağlayarak kaynak sorununu yine olgulara sadık kalarak çözmeye imkân verir. Hukuki olgular bakımından da durum böyledir. Dewey'e göre onun dönemine kadar kendini olgucu veya pozitivist olarak adlandırmış hukukçuların göz ardı ettiği nokta da bu olmuştur. İnceleme konusu olarak olgunun belirli bir andaki halinin dondurulup ele alınması olguyu olmuş bitmiş bir şey olarak görmeye neden olmaktadır (Dewey, 2016b: 36.). Hukuki olguyu tecrit ederek ele aldığımızda karşımızda tekil bir etkinlik vardır. Örneğin bir alım-satım ilişkisi veya bir fiili saldırı olayı ile karşı karşıyayızdır. Biz bu tekil etkinliklerin alelade etkinlikler olmadıklarını, hukuki olgular teşkil ettiklerini bilerek onları ele alırız ancak bir tekil etkinliğe bakarak onu hukuki kılanın ne olduğunu tespit etmemiz mümkün değildir. Bir bireyin diğerine bir miktar para vermesine 'ifa' dememize neden olan şey nedir? Olguları tekil etkinlikler olarak ele aldığımızda incelediğimiz olguya bakarak bu soruya cevap veremeyiz. Böyle bir bakışta sorunun çözümü ancak olgunun dışına çıkmakla mümkündür. Olgu bize cevap vermediğine göre, diye düşünürüz, demek ki hukukiliğin kaynağı olgusal alanın dışındadır. Hukukilik olgulara dışarıdan yüklenmiş olmalıdır. Olsa olsa bir *akıl, irade, bilinç* veyahut *ezeli ve ebedi nizam* olgulara hukukilik yüklemektedir.

Dewey, hukuku süregiden bir olgu olarak gördüğümüzde hukukun kaynağını olanın dışında aramak zorunda kalmayacağımızı belirtir. Peki, hukuku süregiden bir olgu olarak ele almak ne demektir? Dewey bu meseleyi açıklamak için bir dere yatağı metaforuna başvurur:

> "Vadi, kuşatan arazi veya toprak parçası olması nedeniyle birincil gerçekliktir. Akıntıyı toplumsal sürece benzetebiliriz. Akıntının içindeki dalgaları, dalgacıkları, burgaçları ve benzerlerini de toplumsal süreci oluşturan özel eylemlerle eşleştirebiliriz. Derenin kıyıları kararlı ve sabit koşullar olarak akıntıyı sınırlandırmaları ve yönlendirmeleri bakımından geleneklere benzetilebilir. Ancak kıyıların istikrarı ve sabitliği mutlak değil görecelidir; onlar geçip giden akıntının unsurlarına göre daha kararlıdırlar. Arazi genel olarak dikkate alındığında, akıntının bir enerji halinde yukarılardan aşağılara doğru inerken kendi yolunu oluşturduğu görülecektir. Dolayısıyla (hem zaman hem mekân bakımından) uzun vadeli bir süreç olarak düşünüldüğünde akıntının kendi kıyılarını şekillendirdiği ve sürekli yeniden şekillendirdiği görülecektir" (Dewey, 2016b: 33-34).

Süregiden şeyler olarak toplumsal olgular, bünyelerinde belirli kararlı ve görece sabit unsurlar taşırlar. Bu unsurlar, tıpkı kıyıların suyun akış yönünü belirlediği gibi toplumsal etkinliklerin gerçekleşme biçimlerini belirlerler. Ancak sürecin tamamı göz önünde tutulduğunda bu kararlı unsurların da uzun süreçler içerisinde gerçekleşen etkinlikler ile şekillendiği ve sürekli bir şekillenme halinde olduğu görülmektedir. Dewey'e göre hukukun kaynağı da toplumsal olgulardaki alışkanlıklar, gelenekler gibi kararlı unsurlardır. Ancak bunların kararlılığı mutlak değildir, onlar sadece tekil etkinliklere göre daha kararlıdırlar. Hukuk bu kararlı unsurlardan kaynaklanır ve onlarla birlikte toplumsal etkinliklerce şekillenir ve sürekli yeniden şekillenir ve bir yandan da bu etkinlikleri yönlendirmektedir.

'Olması Gereken'

İlkörnekler, ilkeler ve kategorilere sırtını dönen pragmatistler yüzlerini sonuçlara, ürünlere dolayısıyla olgulara dönerler. İlkeler ve diğer soyutlamalar ise yalnızca olgular dünyasında bizim için bir fark yaratabildikleri ölçüde anlam ifade ederler. Bu tutumun önemli bir boyutunu gözden kaçırmamak gerekir. Pragmatistlerin anti-temelciliği doğruluğun tümden reddi anlamına gelen bir tutum değildir. Tümel ve mutlak doğruluk düşüncesinin reddedilmesi, -postmodernizmde olduğu gibi- doğruluk diye bir şeyin mümkün olamayacağı düşüncesine varmaz. Düşüncelerin, kavramların ve kavrayışların deneyime bağlı, diğer bir ifadeyle bağlamsal doğruluğu kabul edilmekte ve savunulmaktadır (Tamanaha, 1996: 327).

Olguları süregiden şeyler olarak ele almak doğru hukuka ilişkin normatif açıklamalar yaparken de olgucu düşünüre yeni kapılar açar. Dewey'e göre olguların "süregiden" şeyler olduklarının göz ardı edilmesi özellikle *olan-olması gereken* ayrımı üzerine yapılan tartışmalarda olgucu düşünürlerin yetkin argümanlar üretememesine neden olmuştur. Dewey, olguları olmuş bitmiş şeyler olarak gördüğümüz takdirde tıpkı kaynak meselesinde olduğu gibi ölçüt meselesinde de harici unsurlara atıfta bulunmak zorunda kalacağımızı belirtir (Dewey, 2016b: 36) Tekil bir 'ifa' etkinliği, borcu ifa etmenin neden doğru bir davranış olduğunu açıklayacak hiçbir unsur içermez. Bir şeyin öyle olmuş olması, öyle olması gerektiğini göstermez. O halde onun öyle olması gerektiğini dikte eden ve böylece ona doğruluk yükleyen bir *irade, akıl, farazi bir sözleşme* veya *a priori bir doğal düzen* mevcut olmalıdır. Dewey ise olguları olmuş şeyler olarak görmez. Süregiden şeyler olarak olguların sonuçları vardır. Sonuç sözcüğü, her ne kadar sonu imlese de sonuç, olgu sona erdikten sonra ortaya çıkan bir şey değildir; olgunun ayrılmaz bir parçasıdır. Sonuçları göz ardı edildiğinde tekil bir olgunun, değil doğru olup olmadığı, ne olduğu dahi bilinemez. Dewey bu yaklaşımını hukuka da teşmil eder. Ona göre "bir hukuki düzenleme ne yapıyorsa odur" (Dewey, 2016b: 32-33). Bu bakımdan hukuki uygulama, hukuk yapıldıktan sonra meydana gelen bir şey değil bizatihi hukukun bir parçasıdır. Hatta uygulama, toplumsal etkinlikleri doğrudan etkilemesi nedeniyle hukukun kendisini en dolaysız bir şekilde gösterdiği parçasıdır. Bu nedenle Dewey, uygulamayı göz ardı ederek hukuk üzerine söz söylemenin anlamsız olduğunu belirtir.

Hukukun süregiden bir olgu olarak kabul edilmesi halinde, sonuçlar da hukuki olgunun bir parçası olarak hukuki inceleme ve tartışmanın malzemesi haline gelirler. Dewey'e göre mesele böyle kavranıldığında hukuki doğruluk için bir harici ölçüte başvurmanın gereksiz olduğu ortaya çıkacaktır. En başta bir uygulama düzeni olarak tanımladığımız hukukun doğruluk ölçütü bu uygulamanın sonuçlarına içkindir. Ölçüt, hukukun istendik sonuçlar yaratıp yaratmadığı, diğer bir deyişle işlevini yerine getirip getirmediğidir. Dolayısıyla hukukta doğruluğun tespiti için yapılması gereken spekülasyonu bir kenara bırakıp saha araştırmalarına yönelmektir (Dewey, 2016b: 36-37). Dewey'in *hukuk felsefe-*

si tıpkı kaynak meselesinde olduğu gibi ölçüt meselesinde de olguların süregiden karakterini öne sürmek maharetiyle olgucu kuramlar açısından bir ilerleme teşkil etse de bazı problematikler çözümsüz kalabilmektedir. Hukukun bir uygulama düzeni olduğu ve uygulanması ile istendik sonuçlara ulaşılması ölçüsünde doğru olduğu iddiası, bıçağın bir kesme aleti olduğu ve zorlanmadan kestiği ölçüde iyi bir bıçak olduğu iddiasına hem form hem de içerik olarak çok benzemektedir. Bıçak ve hukuk arasındaki benzerlik bununla da sınırlı değildir. Bıçakla bir ekmeği bölebilir veyahut bir insanı öldürebilirsiniz. Bunlar hukukla da yapılabilen ve hatta sürekli yapılan işlerdir. Ekmeği kesmekte veyahut insanı öldürmekte zorlanmadığınız takdirde bıçak iyi bir bıçaktır. Bıçağı yapan kişi, ekmeğin neresinden kesilmesi gerektiği, hangi parçanın kime verilmesi gerektiği, insanların ne zaman öldürülebileceği gibi sorulara cevap vermek durumunda değildir. Ancak "yasama ve yürütme etkinliklerinden ve yargı kararlarından daha fazlası" olmadığını belirttiğimiz hukuk ile bu ekmek bölünüyorsa, hukuku yapanlar bıçak üreticisinin rahatlıkla savuşturabileceği bu tür sorulara cevap vermek durumunda kalırlar. Zira hukuk sadece ekmek kesme değil, ekmeğin neresinden kesileceğine de karar verme *aygıtı*dır. Bu nedenle, doğru hukuk istendik sonuçlara ulaştıran hukuktur, diyerek hukukta *olması gereken* sorununa tüketici bir çözüm getirmiş olmayız. Bu sözü söylediğimiz anda karşımıza "sonuçların istendikliğini hangi ölçüte göre belirleyeceğiz(?)" sorusu çıkar.

Dewey'e göre, hukukun sonuçlarının istendikliğini belirlerken kullanılması gereken ölçüt, hukukun siyasi bağlamı içerisinde bulunabilecek bir ölçüttür. Dewey kendi çağı ve toplumu bakımından bu bağlamı oluşturanın demokrasi olduğunu belirtir. Dolayısıyla hukukun ölçütü, demokratik toplumsal birlikteliğin korunması ve geliştirilmesi olmalıdır. Dewey'in doksan üç yıllık hayatı, ABD toplumunun ve genel olarak dünyanın ekonomik ve siyasal açıdan büyük dönüşümler geçirdiği bir çağa denk gelmiştir. Bu devrimler ve savaşlar çağı içerisinde düşünür, reformist bir bilim-politik konumlanma ile zihin faaliyetini var olan düzenin eşitlikçi ve hoşgörüye dayalı bir birlikte yaşam düzenine doğru yol almasına adamıştır. Geleneksel ahlaki normların ve mevcut etik yaklaşımların ABD toplumunun yeni sorunlarını çözmede başarılı olamayacağını düşünen Dewey, bilimsel girişimlerin bu yolun kat edilmesine katkı sağlayacağına inanmıştır (Anderson, 2014: 1-2¶). Ona göre çatışmacı tutumun uzun vadede sahibinin menfaatlerine de zarar vereceği olgusal olarak ispatlanabilir; uzlaşmanın yararı bilimsel olarak temellendirilebilir (Menand, 2001: 371). Bunun için öncelikle insan zihnini bulandıran yararsız spekülasyonları devre dışı bırakmak gerekmektedir. Toplumsal yaşamın düzenini teşkil etmesi itibariyle hukuk meselesi, Dewey'in bu girişiminin eğitim ve demokrasi sorunu ile birlikte en önemli başlıklarından birini teşkil etmiştir.

Değerlendirme

Dewey'in 'kararlı unsurları' ile Gurvitch'in 'normatif olguları'nın (Gurvitch, 1947: 158 vd.) aynı gerçeklikleri ifa-

de ettiği söylenebilir. Bu iki açıklama da hukukun toplumsal olgulardan kaynaklanışını yetkin bir biçimde ortaya koymaktadır. Ancak iki düşünür de kararlı unsurların veya normatif olguların hangi noktada hukukileştiği, bazıları hukukileşirken neden bazılarının hukukileşmediği, hukukun nasıl olup da toplumdaki kararlı unsurlarla çelişebildiği veya bunlarla mücadeleye girişebildiği sorularına tatmin edici cevaplar vermemişlerdir. Eğer hukuk, toplumdaki kararlı unsurlarla çatışabiliyorsa hukukun bunların yanında ve bunlardan ayrı bir tür kaynağa daha sahip olması gerektiği iddia edilebilir. Topluma baktığımızda gerçekten de bir dereyi, o derenin kıyılarını ve bir vadiyi görebiliriz ancak manzara bundan ibaret değildir. Suyu aşağılara doğru takip ettiğimizde dere boyunca sulama kanallarının, setlerin ve barajların yapılmış olduğunu da görürüz. Dewey'in hukukun kaynağına yönelik açıklamaları bu tür müdahaleleri kapsayıcı nitelikte değildir. Ona göre bir kararlı unsurun olduğu gibi bırakılmasında veya müdahale ile değiştirilmesinde o unsurun yarattığı sonuçlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu açıklama yukarıdaki sorulara cevap teşkil etmez. İşin aslı böyle bir açıklama ile Dewey, tartışmayı betimsel boyuttan normatif boyuta taşıyan bir argümantasyon manevrası yapmaktadır.

Dewey'in betimsel açıklamaları hukuk pragmatizminde hukukun sadece kaynağının değil mahiyetinin, amacının ve doğruluk ölçütünün de deneyime dayandırıldığını göstermektedir. Pragmatist bakışta hukuk bir araç olarak görülür. En genel ifadesiyle hukuk, toplumsal düzeni sağlamanın bir aracıdır. Hukukun dışında da bu amaca yönelmiş olan araçlar bulunmaktadır. Ayrıca hukukun bu araçlar içerisinde en önemlisi olduğu da söylenemez. 'Hukuk, toplumsal düzeni sağlamanın bir aracıdır', önermesi tek başına hukukun amacı ile ilgili önemli ipuçları içermese de hukukun mahiyeti ile ilgili bir fikir verebilir. Bu amaçlar ne olursa olsun bunlara ulaşmak güç kullanımını gerekli kılacağından, hukukun güç kullanımının kurala bağlanması olduğu söylenebilir. Hukuk, gücün kullanımını düzenleyen bir kural ve uygulamalar bütünüdür (Dewey, 1916a: 367). Başka bir ifadeyle, iktidar gücünün tesadüfîliği hukuk içerisinde engellenir ve güç kullanımı akılcı bir faaliyete dönüşür. Hukukun uygulanması, bir anlamda iktidar gücünün akılcı kullanımı demektir (Dewey, 1916b: 295). Bu bütünün meşruluk ölçütü de amaca uygunluktur. Ancak amacın da toplumsal düzenin sağlanması olduğu hatırlanacak olursa burada bir kısır döngü içerisine girildiği düşünülebilir. Dewey bu kısır döngüyü kırmak için bağlamı öne sürerek tartışmayı normatif boyuta taşımıştır. Hukukun amacı toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Hedeflenen düzenin nasıl bir düzen olduğu sorusuna ancak belirli bir yerin ve zamanın siyasi bağlamı içerisinde yanıt verilebilir. Ona göre de içinde bulunduğumuz çağın siyasi bağlamı demokrasi olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla hukukun amacı demokratik düzenin oluşturulması ve geliştirilmesi olarak görülmelidir. Bu bağlamda hukukun, tüm bireylerin kendi olanaklarını geliştirebilecekleri ve çabalarının karşılığını alabilecekleri bir toplumsal ortamı tesis etme ve koruma amacına yönelen

bir kurum olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Hukuk, bu amacı gerçekleştirebildiği ölçüde doğru veya meşru olacaktır. Dewey hukukun amacını son kertede bireyin mutluluğu olarak ortaya koysa da bu birey somut bir birey olup toplumdan ayrı düşünülemez. Bireyler kendi amaçlarına yönelik girişimleri dâhilinde başka bireylere zarar verebilir veya onların kendi amaçlarına ulaşmalarını engelleyebilirler. Demokratik bağlam, hukuku oluşturanların bu tür durumlarda toplumsal birlikteliğin sürdürülmesi bakımından en uygun olacak şekilde bu çatışan amaçlar arasında demokratik seçimler yapmalarını gerektirir. Dolayısıyla son tahlilde *olması gereken hukukun* ölçütü a priori değil uzlaşımsal olacaktır.

Kaynakça

- Anderson, E. (2014) "Dewey's Moral Philosophy", E. N. Zalta (Ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Bahar 2014 Sürümü). https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/dewey-moral/ (erişim tarihi: 19.1.2017).
- Dewey, J. (1916a) "Force and Coercion", *International Journal of Ethics,* 26(3): 359-367.
- Dewey, J. (1916b) "Force, Violence and Law", The New Republic: 295-297.
- Dewey, J. (2016a) "Deneyim ve Usun Değişen Kavramları", *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, S. Çelik (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 153-170.
- Dewey, J. (2016b) "Hukuk Felsefem", (Çev. F. Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, 3(4-5): 30-38.
- Donoso, A. (1959) "John Dewey's Philosophy of Law", *University of Detroit Law Journal*, 36(5): 579-607.
- Gurvitch, G. (1947) *Sociology of Law*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londra.
- James, W. (2015) *Pragmatizm*, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim Yayınları, İstanbul.
- Menand, L. (2001) *The Metaphysical Club*, Farrar, Straus and Giroux, New York.
- Peirce, C. S. (2016) "Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır", *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, S. Çelik (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 63-92.
- Tamanaha, B. (1996) "Pragmatism in U.S. Legal Theory", *The American Journal of Jurisprudence*, 41: 315-355.

Selb'in Ölümü: Post-Travma ve Toplumsal Nekahet Dönemlerinde Hukukun Rolü

Muharrem KILIÇ[1]

"*Sen, laboratuvardaki araştırmacı! Yarın sana eski yaşamı yok edecek yeni bir ölüm keşfetmeni emrederlerse, yapacağın bir tek şey var: Hayır de!*"

"*Sen, odasındaki şair! Yarın sana aşk şarkılarını bırakıp, nefret şarkıları söylemeni emrederlerse, yapacağın bir tek şey var: Hayır de!"*

"Sen, cüppesinin içindeki yargıç! Yarın sana askeri mahkemeye gitmeni emrederlerse, yapacağın bir tek şey var: Hayır de!" [2]

Giriş

İnsanlık tarihinde yirminci yüzyıl, ardında sağaltımı güç traj/ed/ik ve travmatik yıkımlar, telafisi imkânsız tahribatlar ve onarılması güç toplumsal çöküntüler bırakmıştır. Bu yıkım çağı, savaşlar, sürgünler, kitlesel ölümler, toplu katliamlar, etnik temizlikler ve soykırımlarla dünya siyasi tarihine ağır insani trajedilerin yüzyılı olarak geçmiştir. İnsanlık dışı trajedilerin yıkıcı zulmetinde kötücülleşen bu çöküş ve çöküntü çağı, 'hayır' diyebilme erdem ve cesaretini gösteremeyenlerin kolektif bir akıl tutulması ile muallel hale geldiği bir şiddet çağı olmuştur.

Süper-özne olarak kurgulanan 'modern insanın' doğaya egemen olma iştiyakıyla yanıp tutuşan varlığı, endüstri ve sonrasında teknoloji devrimi ile birlikte, sınır tanımaz bir tahripkârlık sergilemiştir. Modern insanın mensubiyetini ifade eden Batı medeniyetinin bilimden sanata, kültürden edebiyata kadar birçok alana yayılan 'gelişimine' paradoksal biçimde yıkıcı etkisi artmıştır. İşlenen suçlar daha çok can yakıcı, verilen cezalar daha zecr edici, sosyalleşme bağları daha kırılgan, toplumsal zemin daha tedirgin edici, savaşlar daha yıkıcı ve terörize edici bir hal almıştır.

Çağın pozitif diline, ruhuna ve bağlamına uygun biçimde 'Hukuk', 'saflaştırılmış', 'bilimselleştirilmiş', 'de-mistifiye edilmiş', 'kendi içinde çözümlenmiş', 'metafiziksel bağlarından soyutlanmış', 'nesnelleştirilmiş', 'yasalaştırılmış', 'devlet ve toplum ile özdeşleştirilmiş' ve 'modernize edilmiştir'. Bütün bu sıralı nitelikleri ile 'modern hukuk' siyasal düzeni kurucu işlevinin yanı sıra, toplumsal düzeni de bir hendese olarak tanzim edici kudreti üzerinden yeniden keşfedilmiştir. Keşiften öte, daha doğru bir ifadeyle yeni bir 'hukuk' ya da 'hukuksal akıl' icat edilmiştir. Tarihi, sosyolojik ve filozofik artalanlarından tümüyle soyutlanmış

1 Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

2 Borchert, Wolfgang, *Hayır De!*, (çev.: Celal Üster), Yordam Kitap, İstanbul 2017, s. 24, 26, 32.

haliyle bu özgün icat, oldukça kullanışlı bir kamusal enstrümana dönüşmüştür. Bu enstrüman kimi zaman siyasi düzeni veya birliği temin edici bir faktör; kimi zaman toplumsal alanı dönüştürücü bir referans çerçevesi; kimi zaman egemen otoriteryen iradenin meşruiyet kaynağı; kimi zaman da adalet ve hakkaniyet ilkelerini perdeleyebilecek büyüsel bir iktidar (*auctoritas*) aygıtına dönüşmüştür.

Farklı biçimlerde tezahür eden hastalıklı faşizan politik pragmanın sözde meşruiyet zeminini üreten bir enstrümana dönüşümü neticesinde 'modern hukuk', madde ile töz; *ontos* ile *episteme*; ve olgusal olan ile değersel olan arasında kategorik bir ayrışma üzerinden kendisini tanımlama çabasında olmuştur. Bu minvalde kuramsallaştırılan yaklaşımların araçsallaştırıcı aklın kıskacında istisna halleri var ederek kendisini tüketişine tarihsel tanıklıklarımız olmuştur. Araçsallaştırılan hukuksal akıl, aksiyo-politik zemininden ve kurucu sosyolojik bağlamından tecrit edilmek suretiyle inşa edilmiştir. Bu ontolojik kopuş, norm-değer; norm-olgu; norm-toplum; birey-devlet/toplum; ve akıl-vicdan gibi dikotomiler üzerinden hukuku amorf bir yapıya dönüştürmüştür. Bu dönüşüm/başkalaşım, yıkıcı bir yabancılaşmaya yol açmıştır.

Söz konusu yıkıcı yabancılaşma, toplumsal bütünlük fikrini yok edici bir dinamite dönüşmüştür. Normatif meşruiyetini bütünüyle içine kapalı ve yalıtık bir sistemsel kurgudan devşiren bu hukuksal kuram, kendi kendini tezkiye eden bir meta söyleme dönüşmüştür. Böylece hukuk, söylemsel iktidarını içkinleştirdiği normatif dogmatizm üzerinden kurmaktadır. Öte yandan eylemsel iktidarını ise, bu dogmatik inancı kamusallaştıran bir iktidar aygıtı ya da organik biçimde yapılandırılmış bir politik düzen eliyle yürütmektedir. Söz konusu politik düzen (devlet) içinde eritilmiş ya da onunla bütünleşik bir yapı olarak tasarlanan hukuki düzen, müşterek bir *ontos*'a sahip olarak tasavvur edilmektedir. Metodik kusursuzluğuna, anlamsal kuşatıcılığına ve yorumsal nesnelliğine olan koşulsuz inancın ve sorgusuz sadakatin var ettiği bu kudretli ve/ya büyülü iktidar, yıkıcı şiddet rejimlerine oldukça sofistike biçimde bir meşruiyet zemini yaratabilmektedir. Böylelikle, devlet otoritesi karşısında bireyi/yurttaşı ötekileştiren ve düşmanlaştıran hukuk-dışı iktidarın 'zorunluluk' ilkesi ile yapılandırılması şekli anlamda yasanın gücü üzerinden üretilmektedir.

Bu çalışma, yıkım çağında ortaya çıkan bu dehşet tünelinde yaşanan trajedilere karşı, varoluşsal bir duruş sergileyebilme cesareti gösterememenin sebep olduğu vicdan muhasebesine dair Bernhard Schlink'in[3] poetik bir anlatısı (edebi kurmaca) üzerinden bir uygarlık

3 1944 Bielefeld doğumlu olan Bernhard Schlink Berlin Freie Universitaet Hukuk Fakültesi mezunudur. 1988 yılında Anayasa Mahkemesi yargıçlığı yapmıştır. Humboldt Üniversitesi'nde 1992-2006 yılları arasında Hukuk Felsefesi öğretim üyesi olarak çalışmıştır. 1987 yılında Fransa Aix-en-Provence Üniversitesi'ne davet üzerine gitmiştir. Fransa'daki dostu Walter Popp ile birlikte kaleme almış olduğu *Selb'in Yargısı* (*Selbs Justiz*) isimli polisiye romanla poetik kariyeri başlamıştır. İkinci romanı, *Selb'in Hilesi*'ni (*Selbs Betrug*) 1992 yılında yayımlamıştır. Yazarın bu romanı 'Alman Polisiye Roman Ödülüne' layık görülmüştür. Schlink 1995 yılında birçok ödül alan *Okuyucu* adlı romanını yayımlamıştır. Otuzdan fazla dile çevrilen bu eserin filmi de yapılmıştır. Selb Üçlemesinin üçüncü kitabı olan *Selb'in Ölümü* 2001

sorgulaması, bir 'hukuk' eleştirisi ve bir vicdan muhasebesidir. Sözde hukuk düzeni üzerinden yapılandırılan faşizan dispolitik düzenin hukuk-dışılıklarına karşı eylemsel bir duruşu mümkün kılamayan akıl/vicdan tutulmasının saiklerini sorgulamaya çalışacağız. İşlenen bu cürümler; ne teselli ve telafi edilebilir; ne caniyi günahlarından arındırabilir; ne de esef verici tanıklıklarımızla halen sürdürülen başkaca şiddet sarmallarına gerekçe olabilir. Ne müfettiş Selb'in ve ne de bu trajedinin diğer lanetlenmiş faillerinin ölümü, post-travmatik dönemde hukukun rolü üzerine sorgulamalarımızı veya tefekkürümüzü nihayete erdirebilir. Bu çalışma, ağır biçimde örselenen hukuk (adalet) fikrinin post-travmatik dönemde onarımı için edebî-ebedî olana istimdat etmenin kıymetine bir değinidir. Bir anlamda bu çaba, hukukun 'vicdan, içsel muhasebe ve nedamet', üzerinden poetik bir sağaltıma tabi kılınabilmesinin imkânına atıfta bulunmaktır. Bir bilgisel alan olarak hukuka poetik bir ruh zerk etmenin ve poetikanın aynasında hukukun yaralayıcı suretine temaşa etmenin, post-travmatik evreye dair çıkarımlarımızı naifleştireceği kanısındayız.

Polisiye-suç romanları türünde eserler veren bir hukuk kuramcısı ve uygulayıcısı olan Bernhard Schlink'in,[4] hukuk, suç ve ceza adaletini poetik bir unsur olmanın ötesinde, filozofik ve etik bir öge olarak işlediğini görüyoruz. Bu çalışma, Schlink'in derin bir poetik duyarlılıkla irdelediği meselelerin izleği üzerinden yirminci yüzyılın traj/ed/ik öyküsünü tartışmaya açacaktır. Bütün bu tartışmalar, bu trajedinin tarihsel öyküsünü, batı-merkezci tarih tasavvurundan tarihsel suskunluklara, hukuk-ahlak ilişkisinden ceza hukuku kuramına, totalitarizmden faşizme kadar geniş kavramsal spektrumu dikkate alınarak yapılacaktır.

Tarihsel Öngörü: Yirminci Yüzyılın Traj/ed/ik Öyküsü

İmparatorlukların, hanedanlıkların ve devletlerin çöküşü ile büyük insanlık yıkımlarına sahne olan Birinci Dünya Savaşı yıllarının kasvetli trajik atmosferinde kaleme aldığı *Roman Kuramı* adlı yapıtına 1962 yılında yazmış olduğu önsözünde Georg Lukacs, Avrupa'nın merkezinde (Almanya) yaşanacak olan ikinci trajediyi öngören şu ifadelere yer vermiştir. "*Ama bu durumda şu soru akla takılıyordu: Bizi Batı uygarlığının elinden kim kurtaracak? (O zamanların Almanya'sının nihai bir zafer kazanması olasılığı benim için korkulu bir rüyaydı.)*"[5] Nitekim bu korkulu rüya bir karabasan gibi Avrupa'nın üzerine çökerek gerçek olmuştur.

Modern Batı uygarlığı, paradoksal değer dünyası ile yıkıcı bir uygarlık trajedisi var etmiştir. Bu uygarlık trajedi-

yılında kaleme alınmıştır. Bunların dışındaki eserleri şunlardır: *Gordiyon Fiyongu* (1988); Aşk Kaçışları (2000), *Eve Dönüş* (2006); *Hafta Sonu* (2008); *Yaz Yalanları* (2010); *Yazmak Üzerine Düşünceler* (2011); *Merdivendeki Kadın* (2014).

4 Schlink literatürü üzerinden geçmişle ceza hukuku yoluyla yüzleşmenin imkânı ve sorunları konusunda bir çalışma için bkz., Muratoğlu, Cansu, "Geçmişle Yüzleşme: Bernhard Schlink Işığında Anlamak, Anlatmak ve Yargılamak", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, (haz.: Cemal Bâli Akal; Yalçın Tosun), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 165-201.

5 Lukacs, Georg, *Roman Kuramı*, (çev.: Cem Soydemir), Metis Yayınları, İstanbul 2011, s. 25.

si, kaçınılmaz ikilemler ve/ya çelişkiler üzerinde kendisini inşa etmiştir. Kopuşların, çatışmaların ve kutuplaşmaların dünyasında üretilen kitlesel bir trajedi ya da cinnet hali zuhur etmiştir. Terry Eagleton, trajedinin kendi özgül çelişkiler üzerinden tanımlanması durumunda 'modernitenin tam anlamıyla trajik' olduğunu ifade etmiştir. Bu anlam doğrultusunda modernitenin, '*kendi doğumu ve yıkımının yazarı'* olarak nitelenebileceğini vurgulamıştır.[6]

Ünlü sosyolog Zygmunt Bauman, bütün teknolojik ve hatta bürokratik imkânlarının seferberliği ile kendi yıkımının faili olarak modern uygarlık olmaksızın Holokaust'un düşünülemeyeceğini vurgulamıştır. Paradoksal biçimde bizatihi Holokaust'u düşünülebilir kılan gerçekliğin 'modern uygarlığın mantıklı dünyası' olduğunu ifade etmiştir.[7] Holokaust'u modernlik öncesi barbarlık ve ilkellik dünyasının bir patlaması olarak değerlendirmek doğru değildir. Zira bu yıkım, bizatihi 'modernlik evinin meşru bir sakinidir.'[8]

Modern uygarlığa içkin olan bu ikilemler, uygarlaşmaya dair olumlu beklentileri berhevâ etmiştir. Söz konusu ikilemler, akıl ile vicdan; bilgi ile değer; eylem ile erdem; ve bilim ile sağduyu arasında bir korelasyon imkânı bırakmamıştır. Çağa tanıklığı ile dönemin bu yıkıcı gerçekliğini vurgulayan George Orwell bu durumu şu çarpıcı ifadelerle tasvir ediyor; "Uygarlaştırıcı bir etki yaratacağı düşünülerek dört gözle beklenen uçağın, uygulamada bomba atmaktan başka hemen hiçbir şey için kullanılmaması bu gerçeğin simgesidir. Modern Almanya İngiltere'den çok daha bilimsel ve çok daha barbardır. İngiliz romancı/yazar H. G. Wells'in hayal ettiği ve uğruna çalıştığı şeylerin pek çoğu Nazi Almanya'sında fiziksel olarak mevcuttur. Düzen, planlama, bilime devlet teşviki, çelik, beton, uçaklar, hepsi var, ama hepsi de Taş Çağı'na ait fikirlerin hizmetinde."[9]

Yirmi birinci yüzyıl için bir manifesto kaleme alan İtalyan düşünür Antonio Negri yüzyılın sonunu şu cümlelerle betimlemektedir. "*Yirminci yüzyıl sona eriyor. Batıda bu yüzyılı açıklama ihtiyacı, başlangıcını yaşamış olanların onu tecrübe etme endişesinden elbette daha az şiddette hissedildi.* İlk bakışta, Batı insanlığı yirminci yüzyıldan kederli bir durumda çıkıyor."[10] Ekonomik, siyasi ve toplumsal açıdan büyük bir kriz ve sıkıntı yüzyılı olarak tasvir ettiği bu yüzyılı Negri, veciz bir biçimde '*kolektif delilik*' olarak nitelemektedir. Negri, bu yüzyılı karakterize eden özgül niteliğin, ilgili çağda arz-ı endâm eden "her bir baş aktörün iştirak ettiği kolektif delilikte bulunabileceğini" ifade etmektedir. Ona göre "bu kolektif delilik, 1914 savaşı ve daha sonra faşizm ve Nazizm; 1940 savaşı ve bunu tanımlayan –başta Auschwitz

6 Eagleton, Terry, *Tatlı Şiddet*, (çev.: Kutlu Tunca), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 315.

7 Bauman, Zygmunt, *Modernite ve Holokaust*, (çev.: Süha Sertabiboğlu), Alfa Yayınları, İstanbul 2016, s. 40.

8 Bauman, *Modernite ve Holokaust*, s. 46.

9 Orwell, George, *Faşizm Kehanetleri*, (çev.: Aylin Onacak), Sel Yayıncılık, Üçüncü Baskı, İstanbul 2017, s. 62.

10 Negri, Antonio, *Yıkıcı Politika*, (çev.: Akın Sarı), Otonom Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 77.

ve daha sonra Hiroşima ve Gulag gibi– kitlesel soykırımlar, dizginsiz siyasal bağımsızlık ve yeni sömürgecilik, günümüzde ise İran-Irak savaşı, Three Mile Island!, Çernobil…" vesaire ile temsil edilir: "*Bu dehşet salonuna girin ve bu iğrenç yüzyılın korkunç özgüllüğünü görün!*"[11] Çağı kirleten bu dehşetengiz durum, Eagleton'ın tespit ettiği üzere, kötülüğün kendisinde temsil edildiği bir 'insanlık yıkımı' olarak betimlenebilir.[12] İnsanlığın yıkımına tanıklık eden bu yüzyılın yıkıcı aktörü klasik anlamıyla savaşlar değil, bizatihi her türden şiddet biçimi olmuştur. Arendt'in ifadesiyle bu yüzyıl; savaşların eski ihtişamını yitirdiği bir çağ olup, bu dönemde savaş ve devrimlerin ortak paydası olan şiddetin yüzyılı olarak sahne almıştır.[13]

Etnik temizlik, kitlesel imha ve ırkçılık gibi farklı formlarda tezahür eden bu insanlık yıkımı, yukarıda değinildiği üzere, modern bilimin gelişimi, teknolojinin ilerlemesi, devlet iktidarının/gücünün sofistike modern biçimleri olmaksızın tasavvur edilemez. Bütün bu yönleriyle Bauman'ın ifadesiyle 'ırkçılık modern bir ürün' olmakla kalmayıp, bizatihi 'modernlik, ırkçılığı olanaklı kılmakta' ve hatta bu yıkım biçimi (ırkçılık) için talep de yaratmaktadır."[14] Bu yıkım (Holocaust), 'demonik kötülüğün' en dehşetengiz örneğini oluşturur. Dehşetengizliği onun görünürdeki manasızlığında tezahür eder. Kötücül amacın gerçekleştirilmesinde, tasavvur edilebilecek en korkunç yolların bulunarak icra edilmesi söz konusudur. Levi'ye göre bu demonik kötülüğü, tiksindirici olan savaşlardan ayrıştıran temel nokta amaç unsurudur. Holocaust'da olduğu üzere ilkinin amacı keyfi biçimde acı vermektir. Savaşların amacı ise bu değildir.[15]

Tarihsel Anlatılar ve Tarihsel Suskunluklar

Çözümleyici bir perspektifle değerlendirildiğinde tarih, belirli bir ideolojik pencereden üretilen tarihsel anlatıları ifade eder. Söz konusu tarihsel anlatılar, geçmişe dair iktidar ilişkileri üzerinden üretilmiş ya da özel olarak işlenmiş bir bilgi bütününe tekabül eder. Her bir anlatı, kendi özgün hakikat dili çerçevesinde bir okuma biçimi geliştirir. Bu okumalar kuşkusuz, bilinçli bir suskunluğun, hegemonik bir susturmanın ve çarpıtıcı bir perdelemenin eseridir.

Bu tarihsel perspektiften değerlendirildiğinde tarih, *"doğrulanmış bir olgular kümesi"* değildir.[16] Diyalektiksel ve yorumsal tarih tasavvuru doğrultusunda bu gerçekliği Trouillot Michel-Rolph şöyle ifadelendirmektedir; "…*Her tarihsel anlatı, içinde bir dolu suskunluk barındırır ve hepsinin kendine özgü bir oluşum süreci vardır. Bu suskunlukları çözümlemek için gerekli olan işlemler, her anlatı için farklıdır.*"[17]

11 Negri, *Yıkıcı Politika*, s. 78.
12 Eagleton, *Tatlı Şiddet*, s. 121.
13 Arendt, Hannah, Şiddet Üzerine, (çev.: Bülent Peker), İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 9.
14 Bauman, *Modernite ve Holokaust*, s. 103.
15 Eagleton, *Tatlı Şiddet*, s. 330.
16 Carr, Edward Hallett, *Tarih Nedir?* (çev.: Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 12.
17 Trouillot, Michel-Rolph, *Geçmişi Susturmak, Tarihin Üretilmesi ve İktidar*, (çev.: Sezai O. Zeybek), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 54.

Her bir anlatı, rezervasyon içermektedir. Tarih, verili tarihsel olguların farklı biçimlerde yapılandırılarak üretildiği ya da yorumlandığı anlatılardır. Sömürgecilik, ırkçılık, etnik temizlik ve soykırım anlatıları, bu rafine edilmiş, yıkıcı figürleri/aktörleri perdelenmiş anlatılara dönüşür. Bu perdelenmiş anlatılar ya da suskunluklar arasında yapısal benzerlikler olduğu söylenebilir. Örneğin, Amerika kıtasındaki kölelik ile Nazi Soykırımına ilişkin küresel ölçekteki suskunluklar arasında yapısal benzerlikler söz konusudur.[18] Bugün 'Batı' kavramının yapıtaşlarını oluşturan "ırkçılık, kölecilik ve sömürgecilik" Batı tarih-yazımı geleneğinde görmezden gelinmekte ve hatta her biri İspanya'da, Fransa'da, Birleşik Krallık'ta, Portekiz'de, Hollanda'da ve Birleşik Devletler'de farklı yoğunluklarda 'sessizleştirmelere' maruz bırakılmaktadır.[19]

Bütün bu stratejik 'sessizleştirme' ve bilinçli 'suskunlaştırma' refleksinin ardında Batı muhayyilesine kazınmış 'yüceltilmiş modern Batı mitinin' yer aldığını söyleyebiliriz. Bu gerçekliği Bauman şöylece ifade eder; "Batı toplumunun bilincinde derin yer etmiş etiyolojik mit, insanlığın toplum öncesi barbarlıktan çıktığını anlatan, ahlaksal açıdan yüceltilmiş bir öyküdür."[20] Batı muhayyilesinde 'kemikleşmiş olan bu mit' Holokaust'un ancak, uygarlığın insan doğasında içkin olan tabii marazi eğilimlerin kontrol edilememesinden kaynaklandığı öngörür. Hobbes'un kurgusal dünyasındaki kaotik çatışmacı halin ve insanlığın uygarlaşma serüveninin henüz nihayete erdirilemediği ifade edilebilir.[21]

Yüceltilmiş olan bu uygarlığın çağları karanlığa ve insanlığı yıkıma götüren temel ideoloji ırkçılık olmuştur. Bu ideolojinin tarihsel kökleri on sekizinci yüzyıla kadar uzanmaktadır. Hatta öyle ki ırkçılık düşüncesi, on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sında bütün Batılı ülkelerde aynı anda varlık bulmuştur. Arendt'in tespiti ile ırkçılık fikri ve bu temelde üretilen politikalar, "yüzyıl dönümünden itibaren emperyalist politikaların en güçlü ideolojisi olmuştur."[22]

Düşmanlaştırma Stratejisi: Dışlama, Ötekileştirme ve Yabancılaştırma

Dinsel, kimliksel, etno-kültürel ve sosyo-kültürel anlamda arındırılmış, homojenize edilmiş ve saflaştırılmış bir ulus fikri ya da sosyal bünye inşasının en temel biyo-tekniği 'düşmanlaştırma stratejisi' olmuştur. Bu stratejinin kurucu adımları, görünmez kılma, dışlama, yadsıma, yabancılaştırma, farklı olandan hoşlanmama (*heterofobi*) ve nihayetinde düşmanlaştırma biçiminde tezahür etmektedir. İşlevsel bir biçimde bu sürecin işletilebilmesi için mutlak surette, düşmanlaştırılan unsurun 'yabancı' olması ya da o şekilde etiketlendirilmesi icap etmektedir.

18 Trouillot, *Geçmişi Susturmak, Tarihin Üretilmesi ve İktidar*, s. 122.
19 Trouillot, *Geçmişi Susturmak, Tarihin Üretilmesi ve İktidar*, s. 123.
20 Bauman, *Modernite ve Holokaust*, s. 38.
21 Bauman, *Modernite ve Holokaust*, s. 39.
22 Arendt, Hannah, *Totalitarizmin Kaynakları/2 Emperyalizm*, (çev.: Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 70.

Bu 'yaban/cı/laştırma' tekniği üzerinden düşman üretmenin yıkıcı tarihsel örneklerini Eric Hoffer şu ifadeleri ile kaydetmektedir; "*...ideal bir düşmanın yabancı olması gerekir. İdeal düşman niteliğini kazanması için yerli bir düşmanın yabancı bir soydan geldiği iddia edilmelidir. Hitler, Alman Yahudilerine kolaylıkla yabancı damgasını basmıştır. Bolşevik devrim kışkırtıcıları, Rus aristokrasisinin yabancı (İskandinav, Tatar, Batılı) kökten geldiği konusu üzerinde ısrarla durmuşlardı. Fransız Devriminde aristokratlara 'barbar Germenlerin torunları olarak, Fransız avam sınıfına ise medenileşmiş Galyalıların ve Romalıların torunları olarak bakılmıştı. Püriten Devrimindeki kralcılara Normandiyalı (yani yabancı bir istilacı grubun torunları) damgası vurulmuştu.*"[23] Yabancılaştırma stratejisi üzerinden düşman/öteki üretmek ve hatta kitlesel husumet yaratmak suretiyle, bütün kötücül emellerin en yıkıcı modern biyo-politik aygıtları (ırkçı şiddet, etnik temizlik, soykırım gibi) üzerinden tahakkuku adına bir imkân zemini var edilmektedir.

Bunlardan 'etnik cinai temizlik', gerçekte modern dünyanın bir ürünü[24] olup, M. Mann'ın kavramsallaştırması ile 'demokrasinin karanlık yüzünü' temsil eder. Modern zamanlara özgü bir kötülük formu olarak etnik temizlik tarihte hiç olmadığı kadar sık ve ölümcül bir hal almıştır. Bu durumun yirminci yüzyılda yarattığı trajik tablo, bu vahameti kanıtlamaktadır. Bu yüzyılda vuku bulan etnik çatışmaların yol açtığı 70 milyona yakın ölüm daha önceki yüzyıllardaki ile kıyaslanamayacak ölçüde azdır. Mann'ın aktardığı verilere göre, "Birinci Dünya Savaşındaki ölümlerin yüzde onundan azı sivil ölüm iken; İkinci Dünya Savaşında sivil ölümlerin oranı toplam ölümlerin yarısına çıkmıştır; 1990'lı yıllarda sürdürülen savaşlarda ise bu oran yüzde sekseni aşmıştır. Çoğunlukla etnik temelde ortaya çıkan iç savaşların ölüme yol açma oranı devletlerarasındaki savaşları geçmiştir."[25]

Modern yüzyıla özgülenebilecek olan etnik cinai temizliğin, demokrasi çağında siyasal sistemler açısından ne kadar büyük bir tehlike yarattığı ortadadır.[26]

Yabancılaştırarak düşmanlaştırma stratejisini uygulayan Hitler, Weimar Anayasası'nın kişisel özgürlükleri düzenleyen maddelerini askıya alan *Halkın ve Devletin Korunması Kararı*'nı ilan etmiştir. Agamben, bu açıdan "modern totalitarizmin, olağanüstü hal aracılığıyla yalnızca siyasi hasımların değil, şu ya da bu nedenden ötürü siyasi sistemle bütünleştirilemeyecekleri belli olan yurttaş kesimlerinin bedenen ortadan kaldırılmasına izin veren yasal bir iç savaş olarak tanımlanabilir" olduğunu kaydetmiştir.[27]

Irk temelli seçilmişlik duygusu ve ayrımcılık, sözde ari ırk dışındakilerin

23 Hoffer, Eric, *Kesin İnançlılar*, (çev.: Erkıl Günur), Plato Film Yayınları, İstanbul 2011, s. 106.
24 Dahrendorf, Ralf, *Demokrasinin Bunalımları*, (çev.: A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 33.
25 Mann, Michael, *Demokrasinin Karanlık Yüzü,* (çev.: Bülent O. Doğan), İthaki Yayınları, İstanbul 2012, s. 4.
26 Mann, *Demokrasinin Karanlık Yüzü,* s. 5-6.
27 Agamben, Giorgio, *Olağanüstü Hal*, (çev.: Kemal Atakay), Varlık Yayınları, İstanbul 2008, s. 8-9.

dışlanmasını ve masuniyetlerinin ihlalini meşru kılar. Dışlama ve taciz etmeye cevaz veren bu anlayış, 'ırkçı şiddeti' doğurur. Irkçılık, Müslüman karşıtlığı, Yahudi karşıtlığı ve Hıristiyan karşıtlığı gibi çatışmaların bir suç eylemine dönüşmesi ise nefret suçunu oluşturur. Yaşam tarzı, kimlik, kültürel değerler ve dünya görüşleri temelinde çatışmacı duygular temelinde beslenen sistematik nefretlerin 'tarihsel bir devamlılık taşıdığı ve kuşaktan kuşağa aktarıldığı' öne sürülür.[28] Ötekinin görünmezliğini sistematik biçimde kuran bu çatışmacı karşıtlıklar, ötekini bir düşman olarak kurgulayıp etiketlerler. Aslında Ruggiero'ya göre düşmanlaştırılmalarına yol açan tehlike riskini doğuran faktör, farklı olmaları değil 'Biz'e fazlasıyla benzemeleridir. Irkçı şiddet ya da katliam da bir anlamda onların 'Öteki' olduklarına kendimizi ikna edebilmemiz için gerekli bir eylem olarak görülür.[29]

Kötücül bir eylem biçimi olarak düşmanlaştırma, eylemsel komponentleri ile birlikte var olur. Bunların başında görmezden gelme, değersizleştirme, aşağılama şeytanlaştırma gelir. Bu, sistematik sosyo-psikolojik hendesenin icrasında biyo-politik iktidarın elini kolaylaştırır. Nitekim bu gerçekliği ifade sadedinde kendisi de genç yaşta (24) Auschwitz toplama kampına gönderilen Primo Levi şu ifadelere yer verir; "*Katil suçunun yükünü daha az duysun diye, ölmeden önce kurbanın* aşağılanması *gerekmektedir.*"[30]

Sistematik biçimde aşağılamayı mümkün kılan yaygın ve 'gereksiz şiddet', acı çektirme ve işkence uygulaması, amacı bizatihi kendisi olan yıkıcı bir cürümdür. Ancak kendisi de bu şiddetin mağduru ve tanığı olan Amery'e göre "*işkencenin, yıkımın ve ölümün zafer kazandığı bir dünya açıktır ki varlığını sürdüremez. Ancak sadist, dünyanın varlığıyla ilgili değildir. Aksine: O bu dünyayı feshetmek ister ve kendisi için çok özel bir anlamda cehennem olan hemcinsinin inkarı yoluyla, mutlak hükümranlığını gerçekleştirmeyi arzular."*[31]

Yıkıcı bir bedensellikle insan onuruna kasteden işkence yoluyla gerçekleştiren şiddetin amaçsızlığı karşısında yıkımlara yol açan savaşlar farklılık arz eder. Kötücül amaçlara matufen de olsa savaşlar tarafların anlaşmazlıklarını hasmâne yolla çözme biçimi olup, bu savaşların belirli bir takım hukuku ve kuralları söz konusudur ve savaşların gereksiz olduğu söylenemez. Zira savaşların amacı işkence yapmak ya da acı çektirmek değildir. Nazizmin şiddeti ise, amacı bizatihi kendisi olan ve yalnızca acı çektirmeye yönelik yaygın bir gereksiz şiddettir.[32]

Arendt, Nazi Almanya'sında toplama kamplarından sorumlu yetkilisi Adolf Eichmann'ın yargılama safahatı sonrası infaz anındaki hâleti ruhiyesinin idrak, muhakeme ve vicdan yitimine eş bir biçimde kötülüğün sıradanlaşmasını sergi-

28 Ruggiero, Vincenzo, *Edebiyat ve Suç*, (çev.: Berna Kılınçer), Everest Yayınları, İstanbul 2009, s. 110-111.
29 Ruggiero, *Edebiyat ve Suç*, s. 112-113.
30 Levi, Primo, *Boğulanlar Kurtulanlar*, (çev.: Kemal Atakay), Can Yayınları, İstanbul 2015, s. 134.
31 Amery, Jean, *Suç ve Kefaretin Ötesinde, Alt Edilmişliğin Üstesinden Gelme Denemeleri*, (çev.: Cemal Ener), Metis Yayınları, İstanbul 2015, s. 56.
32 Levi, *Boğulanlar Kurtulanlar*, s. 113-114.

lediğini vurguluyor. "*Son dakikalarında, insanın kötülüğüyle ilgili bu uzun dersin bize ne öğrettiğini özetliyordu sanki – korkunç, fikre ve zikre direnen kötülüğün sıradanlığı.*"[33] Ancak Arendt'in öne sürdüğü kötülüğün sıradanlığı fikrine katılmayan Amery'e göre "*bir olay bizi en uç noktaya vardırıncaya kadar sınıyorsa, orada sıradanlıktan söz edilemez, çünkü o noktada artık bir soyutlama kalmaz ve o gerçekliğe az da olsa yaklaşabilen bir hayal gücü asla olamaz*".[34]

Suçluluk-Pişmanlık Duygusu ve Vicdanın Dirimi

Dedektif Selb'in post-travmatik süreçte yaşam serüveni, derin suçluluk duygusunun, büyük vicdan muhasebesinin gerçekleştiği ve pişmanlıkların izhar edildiği bir yaşanmışlığı deyimliyor. Bu trajedi (Holokaust), ceza adaleti açısından yalnızca cezai-hukuki anlamda bir kişisel suçluluk ve sorumluluk durumu değil; yanı sıra siyasi, ahlaki ve/ya vicdani bir yükümlülük ve sorumluluk durumu yaratmıştır. Bu suçluluk/sorumluluk hali, yalnızca cinai eylemlerin faili olmakla değil; bunun yanı sıra kişisel fikri duruş ve duyuş temelinde de tezahür etmektedir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde filozof Karl Jaspers'ın ifade ettiği üzere, "*kimse suçsuz değildir.*" Ancak bir biçimde, kişisel sorumluluğunu üstlenip cezasını çektiği sürece, "*kimse insani varoluşun dışında kalmaz*."[35] Büyük trajedinin yol açtığı ruhsal travmaların hem tekil anlamda bireysel yaşamlarda ve hem de sosyal bünyede yol açtığı yıkımın restorasyonu adına, kişisel düzlemde parçası olunan suçun cezasını çekme ve sorumluluğunu üstlenme erdeminin gösterilmesi gerekmektedir.

Jaspers bu bağlamda 'suçluluk sorununu' bütünlüklü bir çözümleme ile tasnif etmiştir. Sorumluluk/suçluluk düzeyini tayin etmek, onunla bihakkın yüzleşebilmek ve hesaplaşabilmek adına önem arz ettiği için, 'suçlar arasında bir ayrım yapmanın' zorunluluğunu ifade etmiştir. Bu düşünce doğrultusunda filozof, suçları, "cezai suç; siyasi suç; ahlaki suç; ve metafizik suç" olarak sınıflandırmıştır.[36] Filozof, insanlık onuru adına bütün Almanların bu yüzleşmeyi gerçekleştirmesinin gerekliliğini ifade etmiştir. "*Biz Almanlar, istisnasız hepimiz, suçluluk sorunumuzu net bir biçimde kavramak ve bundan gerekli sonuçları çıkarmakla yükümlüyüz. Bizi bununla yükümlü kılan, insanlık onurumuzdur*."[37]

Tam da bu noktada varoluşsal ikilemler yaratan esaslı sorular dile geliyor. Acaba onurlu bir tutum sergilemek adına suçluluk sorunumuzla nasıl başa çıkmalıyız? Bedensel acıları hiçleştiren türden tinsel acılar ve derin pişmanlıklar acaba hataların telafisini ve suçluluk hissinin bastırılmasını mümkün kılar mı? Du-

33 Arendt, Hannah, *Kötülüğün Sıradanlığı Adolf Eichmann Kudüs'te*, (çev.: Özge Çelik), Metis Yayınları, İstanbul 2012, s. 258.

34 Amery, *Suç ve Kefaretin Ötesinde, Alt Edilmişliğin Üstesinden Gelme Denemeleri*, s. 44-45.

35 Jaspers, Karl, *Suçluluk Sorunu, Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine*, (çev.: A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 47.

36 Jaspers, *Suçluluk Sorunu, Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine*, s. 56-57.

37 Jaspers, *Suçluluk Sorunu, Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine*, s. 54.

yarsızlık ve kayıtsızlıkla omuz silkenler, görmezden gelenler ve suskunluğun konforunda gizlenenler tarihin vicdan terazisinde aklanma imkânına kavuşabilir mi? Pişmanlıkların dillendirilmesiyle vicdanların tezkiyesi olanaklı mıdır? Restoratif anlamda ceza adaletinin tesisini mümkün kılacak bir yol ya da imkân var mıdır? Bütün bu soru ve sorgulamalarla kendisi ile mücadele eden dedektif Selb'in içsesi şöyle dile gelmiştir:

"*Ciddi şekilde yaralanmamıştım. Suya girerken çarptığım tarafımda ertesi sabah koskoca, mosmor bir leke vardı. Ateşim çıkmıştı, burnum akıyordu. Ancak asıl duyduğum acı çok faklıydı. Zamanında yaptığım yanlışı düzeltme olanağı geçmişti elime. Böyle bir fırsat insanın eline bir daha ne zaman geçerdi! Ancak yine yapmıştım aynı yanlışı.*"[38] Dile gelen içsesin seslenişi yine şu soruları gündeme getiriyor. Yapılan maddi hataları düzeltme ve işlenmiş olan suçları telafi etme imkânı söz konusu olabilir mi? Geçmişte yaşanmış olanın ortaya çıkardığı hasarı ya da yıkımı bir kalemde ikame edebilmek mümkün olur mu? Geçmişin hatalarını telafi edecek bir kefaret söz konusu mudur?

Schlink zaman bakımından 'her suçun geçmişe ilişkin' olduğunu ve ceza adaletinin de ancak geçmişteki olaylar bakımından söz konusu olabileceğini vurgular. Burada yazar, elbette geçmişin değiştirilemeyeceğinin bilincindedir. Hukuk aracılığıyla geçmişle hesaplaşma, ancak geçmişin hatırasının bugün üzerindeki ağırlığını ortadan kaldırmaya hizmet edecektir.[39]Schlink'in 'geçmişe ilişkin suç' (*vergangenheitsschuld*) kavramsallaştırması, esasında muayyen bir hali ifade etmek üzere geliştirilmiştir. Schlink'in kavramı, bir toplumun belirli bir döneminde yaşamış olan bir neslin tümüne isnat edilebilecek suçları karşılamak üzere kullanılmaktadır.[40] Burada bir zaman kaydı olarak 'geçmiş', yalnızca içsel muhasebenin değil dışsal hesaplaşmaların da arenasını oluşturur. Hal ve istikbâlin mazide ve/ya yaşanmışlıklarda tezkiye ve inşasını amaçlar.

Schlink, roman kahramanlarının dilinden poetik düzlemde esaslı bir ontolojik sorgulamaya yer verir. Bu sorgulamanın kuşkusuz merkezi kavramını, bütün kavramsal çağrışımları ile adalet idealitesi oluşturur. 'Okuyucu' (*Der Vorleser*) romanının genç hukukçu kahramanı Michael Berg'in, toplama kamplarıyla ilgili duruşmayı takip ederken 'geçmişe dönük cezalandırmanın yasaklanması' üzerine yürüttüğü muhakemenin temel soruları şunlardı: "*Adalet nedir? Yasalarda yazılı olan mı, yoksa toplumun fiilen geçerli sayıp uyduğu mu? Yoksa her şeyin hakça yürüdüğü koşullarda, yasalarda yazılı olup olmadığına bakılmaksızın geçerli sayılması ve uyulması gereken şey midir adalet?*"[41] Acaba yasa, adaletin yılmaz bekçiliğini üstlenebilir mi? Yasa, adaletin bihakkın gören gözü ve işiten kulağı olabilir mi? Acaba yasa adaleti, aşağılanmış, örselenmiş, acıya, şiddete ve yıkıma maruz kalmışların iç

38 Schlink, *Selb'in Ölümü*, (çev.: Çiğdem Öztekin), Can Yayınları, İstanbul 2005, s. 80.
39 Schlink, Bernhard, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, (çev.: Reyda Ergün), Dost Kitabevi, Ankara 2012, s. 72.
40 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 13.
41 Schlink, Bernhard, *Okuyucu*, (çev.: Cemal Ener), İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 78-79.

dünyasını onarır mı? Acaba yasada içkin ceza adaleti, geçmişin cürümlerini temizler mi? Şair İsmet Özel'in '*Sebeb-i Telif*'indeki muhteşem dizelerinde sorguladığı üzere;

"…

Yasa mı? Kimin için? Neyi berkitir yasa?
İster gözünü oğuştur, istersen tetiği çek
İdam mangasındasın içinde yasa varsa
Girmem girmedim mangalara…"[42]

Dedektif Selb, bütün geçmiş cürümlerin kendi payına düşen vicdani yükünü omuzlayabileceğini gösterecek biçimde kendisinin buna müstahak olduğunu ifade etmiştir: "*Dün dazlaklar tarafından kanala atıldım; aslında bunu hak etmediğimi de söyleyemem.*"[43] Dedektif, geçmişte işlemiş olduğu suçların itirafıyla daha ağır bir yaptırımı hak etmiş olduğunu düşünüyor; "*Yıllarca öncenin 'Heil Hitler'i ve o zamanlar savcı olarak yaptığım pislikler için ise –belki de yaşadığımdan çok daha ağır cezaları hak ediyordum.*"[44] Bir Nazi savcısı olarak Selb burada icra edilen vahşetin bir parçası olarak hatalarının ceremesini dedektif Selb'in omuzlarına yüklemiştir.

Kişinin kendisi ve yasalar ile olan uyumu, vicdana gerek bırakmayacak biçimde onun, onurlu bir tutum, erdemli bir eylem ve sorumlu bir duruş sergilemesine imkân sağlar. "*Kendinizle ve yasalarla hep uzlaşsanız, vicdana ne gerek kalır ki! Vicdanımızın olmasının tek nedeni, kendimizle uzlaşmayı başaramadığımız anlarda bizi kendimizle uzlaştırmasıdır….*"[45] Burada Schlink kahramanın dilinden aktardığı bir uzlaşı yasasından söz etmektedir. Bu yasa, kişinin kendinde mündemiç olan içkin yasa ile; olması gereken hukukun ya da tabii hukukun prensiplerine uyarlılığı ve/ya uyumu ifade etmektedir. Selb'in dilinde ifadesini bulan 'yasa', 'yasa hukuku' ya da 'olan hukuku' imlemediği açıktır. Burada vicdan, kişinin kendisi ve hukuk anlamındaki 'yasa' ile arasında doğabilecek uyumsuzlukları giderecek aracı bir unsur olarak tanımlanıyor.

Dedektif Selb, vicdani kayıtsızlığının, eylemsizliğinin ve hiçbir şey yapamamış olmanın içini kemiren derin pişmanlıklarını dindirmek adına harekete geçmesini kendisine telkin ediyor: "*Ne kadar çok olayda fazlasıyla yavaş davrandığımı ancak sonradan kaydedebilen belleğimi yakıyordu… Geride ne savcı ne de özel dedektif olarak gurur duyacak bir şey bıraktığımı onaylıyordu. Bir öfke, bir korku, bir ağrı, bir acı olup beni kemiriyor, yiyip bitiriyordu. Eğer bunun beni yiyip bitirmesini istemiyorsam, bir şeyler yapmalıydım.*"[46] "*Yine hiçbir şey yapamamanın, hiçbir şeyi yoluna koyamamanın çaresizliğini hissediyordum. Bu duygularım, bu sonu haksız ve yetersiz bulmanın ve bunun acısını yaşamanın benim seçimim olduğuna ve her şeyin belki de böyle olması gerektiğine karar vermeme dek sürdü. Ne olursa olsun, bu benim seçimimdi…*"[47]

42 Özel, İsmet, *Bir Yusuf Masalı*, Şule Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2000, s. 29.
43 Schlink, , *Selb'in Ölümü*, s. 88-89.
44 Schlink, *Selb'in Ölümü*, s. 92-93.
45 Schlink, *Selb'in Ölümü*, s. 140.
46 Schlink, *Selb'in Ölümü*, s. 228.
47 Schlink, *Selb'in Ölümü*, s. 237-238.

'Yasa adaletinin' kifayetsiz kaldığı durumlarda, vicdanları kirleten insanlık suçları karşısında kolektif toplumsal bir sorumluluktan söz edebiliriz. Bu sorumluluk hali, klasik suç ve ceza adaletinin teknik ve kavramsal sınırlarını aşan biçimde kamusal ahlaka ve kolektif bilince dair bir sorumluluğa işaret etmektedir. 'Görmezden ve bilmezden gelmenin', husule gelen kamusal sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı aşikardır. Zira, Jaspers'ın tasnifine referansla söyleyecek olursak ortada ilgiler açısından 'cezai suç' olmasa da 'ahlaki, siyasi ya da metafizik' bir suç sorumluluğundan söz edilebilir.

Levi, bu fecaat ve yıkım dönemini söz konusu suç sorumluluğu açısından şu ifadelerle muaheze etmektedir. "*Görmemenin bilmemek olduğu ve bilmemenin suç ortaklığı paylarını azaltacağı yanılsaması içindeki Almanların büyük bir çoğunluğu on iki yıllık Hitler döneminde böyle davranmıştır.*"[48] Böyle davrananlar ya da bir biçimde 'suç sorumluluğu' taşıyanlar, aslında 'kurtulmuşlar ve yitiklerden' oluşan iki insan kategorisinden[49] ikinci sınıf içinde yer almaktadır. İnsanlık onurunu muhafaza adına harekete geçmesi gereken vicdani duyarlılıkların yitimi, topyekun bir felaketin kara habercisidir.

Mazide kitlesel cürümler karşısında dirimsel bir ruh ile dikilmeyen 'yitiklerin' âtîde ahfâdına söyleyebilecekleri bir sözleri olamaz. Nasyonel-sosyalist geçmişle hesaplaşmanın üzerine düşünen genç hukukçu Michael Berg bu durumu şöylece dile getirir: "*Nazi cürümlerini işlemiş ya da izlemiş; bu cürümleri görmezden gelmiş ya da 1945'ten sonra aralarındaki canilere hoşgörü göstermiş, hatta onları kabullenmiş bu insanların, çocuklarına söyleyebilecekleri hiçbir şey olamazdı*."[50] Zira bu durumda olanlar, Amery'nin ünlü dönem edebiyatçılarından Thomas Mann'ın ifadelerinden aktardığı üzere 'bir fikir değil saf bir kötülük'[51] olan Nazi Faşizminin suç ortağı olmuşlardır.

Öyle ki bu faşizanlığın ortaya çıkardığı total yıkımın fecaatini arındırmanın ya da hafifletmenin olanaksızlığı, bizatihi insan soyunun soysuzca yapılandırdığı acı ve ızdırap verici dispolitik düzenin kendisidir. Levi şöyle der: "*Olanlar artık asla temizlenemezdi; bu olaylar, insanın, insan soyunun, kısacası bizim, potansiyel olarak acılardan oluşan uçsuz bucaksız bir yapı inşa edebileceğimizi, acının bedel ödemeksizin ve zahmetsizce hiçlikten yaratılan tek güç olduğunu kanıtlayacaktı. Görmemek, duymamak, yapmamak yeterli.*"[52]

Geçmişle Hesaplaşma: Hukukun Rolü

Almanya'da Yahudi Soykırımı, Amerika Birleşik Devletleri'nde ırk ayrımına dayalı kölecilik, İspanya'nın Güney ve Orta Amerika'daki kıyımları bu kavram dâhilinde ele alınabilecek meselelere örnek olarak belirtilebilir. Burada dile

48 Levi, Primo, *Boğulanlar Kurtulanlar*, (çev.: Kemal Atakay), Can Yayınları, İstanbul 2015, s. 92.
49 Levi, Primo, *Bunlar da mı İnsan*, (çev.: Zeyyat Selimoğlu), Can Yayınları, İstanbul 2017, s. 108.
50 Schlink, *Okuyucu*, s. 147.
51 Amery, *Suç ve Kefaretin Ötesinde, Alt Edilmişliğin Üstesinden Gelme Denemeleri*, s. 51.
52 Levi, *Boğulanlar Kurtulanlar*, s. 92.

getirilen teknik anlamda "suçun faili, müşterek fail, azmettiren ve suça iştirak eden" anlamında bir suça bulaşmışlıktan öte bir suçluluğu ifade etmektedir. Böyle ele alındığında kavram, "haberdar olmak, seyirci kalmak ve göz yummak, kurbanlara/mağdurlara yardımdan imtina etmek" şeklindeki tutum ve davranışları da kapsar. Zira bu tutumlar, faillerin kovuşturulup yargılanmasındansa, toplumdan dışlanmaktansa hoş görülmelerine, hatta itibar görmelerine neden olmaktadır.[53] 'Geçmişe ilişkin suç', bir kuşağın vicdanına yüklenmekle birlikte sonraki kuşakların da vicdanlarına gölge düşüren bir toplumsal pişmanlık durumunu da beraberinde getirebilmektedir. Bu durumda gelecek kuşaklar geçmişten tevarüs ettikleri bu vicdani yükten kurtulabilmek adına bu suçla hesaplaşma yoluna gidebilirler. Hukuk, bu tür durumlarda bu hesaplaşmanın aracı olarak kullanılabilir. Schlink'in gayreti de esasında bu reddi mirasın mahiyetini ortaya koymak ve tartışmak üzerinedir.

Ceza hukukunun –günümüzde belirli bir ölçüde evrenselleştiği iddia edilebilecek olan– genel kuramına göre suç/ceza sorumluluğunun şahsiliği esastır. Kişi ancak kendi yapıp etmeleri nedeniyle suçlanabilir. Suç, bir toplum içerisinde yatay olarak kişiden kişiye sirayet etmeyeceği gibi, zaman içerisinde dikey olarak sonraki nesillere de intikal etmez. Kaldı ki, yine aynı kurama göre, suçun söz konusu olabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın yürürlükteki hukukça suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. İlkesel formu ile ifadelendirilecek olursa; 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Bunların yanı sıra, kişinin yaşına veya reşit olmasına ilişkin şartlar ve tasnifler de tüm hukukçuların olduğu gibi Schlink'in de malumudur.[54] Ceza hukukunun egemen kuramı toplumun hesaplaşma ihtiyacını karşılayamadığı ölçüde; 'geçmişe ilişkin suçlara' yönelik hukuki söylemde yer alan argümanların menşei cezai olmaktan uzaklaşarak mesele disipliner anlamda anayasa hukukuna, hukuk felsefesine ve hukuk metodolojisine doğru bir genişleme gösterir. Keza Schlink'e göre de geçmişle hesaplaşmada hukuki yönden temel kırılma noktası hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan geçmişe uygulama yasağıdır.[55]

Suça ilişkin yerleşik kavrayış ve doktriner çerçeve dâhilinde *geçmişe ilişkin suçların* sonraki kuşaklar üzerinde yarattığı vicdani rahatsızlığı anlamak mümkün olmamaktadır. Geçmişte işlenen suçlara iştirak, yardım veya ihmali bir tutum içerisinde bulundukları belirtilemeyecek olan gelecek kuşakların içinde bulunduğu 'alâkadarlık ve mahcubiyet', 'sıkıntı ve utanç', 'yerli yersizlik ve zevksizlik duygulanımları' Schlink'e göre bir suçluluk hissinin yansımalarıdır. 1945 sonrası Almanya'sında gerek hukuk uygulamasına hâkim olan söylemde gerek kamu hukukunun kuramsal alanında gerekse de idari yapıya giydirilen ideolojilerdeki değişiklik ve kopuş eği-

53 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 78.
54 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 18.
55 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 41.

limleri bu suçluluk hissinin tezahürleri olarak ortaya çıkmışlardır.[56]

Schlink, bu eğilim ve tezahürleri, geçmişte ceza hukuku bakımından kolektif sonuç sorumluluğunun hâkim olduğu zamanlar ve bu zamanların uygulamalarına atıfta bulunarak açıklama yoluna gitmektedir. Bir üyesinin işlediği eylemin kolektif sorumluluğunun taşıyıcısı olan klan, lonca veya topluluk, ilgili suç fiilini doğrudan işleyen üyesini gruptan çıkarmak ve teslim etmek suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu teslim, önceleri fiilin mağduru olan klana veya gruba yapılırken, sonraları kamu gücünün temsilcisi olan feodal kurumlara veya devlete yapılır olmuştur. Schlink'e göre bu reddetme ve teslim etme gerçekleşmediği sürece ilgili grup, faille dayanışma içerisinde olmaktadır ve kolektif sorumluluk failin eyleminden dense klanın bu dayanışmasına dayanmaktadır.[57] Bu bakımdan hukuk aracılığıyla geçmişle hesaplaşma, toplumun, geçmişte işlenen suçların failleri ile dayanışma ve kabul bağlarını kesmesinin bir yolu olarak görülebilir. Bugün dahi yürürlükteki ceza hukukunun kapsamını aşacak şekilde suç, toplumsal alanda faille dayanışma içerisinde kalan veya dayanışma içerisine giren kişilere sirayet etmesine imkân veren bir davranış ağı şebekesi üzerine oturmaktadır.[58] Ancak bu şebeke, fiili birlikteliği gerektirir. Diğer bir ifadeyle, somut gözlemlenebilir etkinliklere ve etkileşime dayanan bir birliktelik söz konusu değilse, deneyüstü veya söylemsel birlik kavrayışları suçun sirayet etmesine neden olamaz.[59] Schlink'e göre, reddetmeye ilişkin norm ve bu normun uygulamasının bir diğer işlevi de toplumsal birlikteliği ve çoğu zaman yeni bir başlangıcı inşa etmeye ilişkindir. Toplum, sistematik cürüm ya da zulüm biçiminde ortaya çıkmış da olsa, bu zulme önayak olan az sayıda suçluyla hesaplaşarak bir yandan da çok sayıda suçsuz yaratma imkânına kavuşur. Öne çıkan kişilerin aşırılıklarının mahkûm edilmesi, söz konusu suçluluk döneminin o kadar da göze batmayan mensuplarının ve geriye kalan herkesin aklanmasına da hizmet edecektir.[60]

Elbette bütün kavramsal boyutları ile donanmış bir hukuk tasavvuru, geçmişle hesaplaşmanın bir aracı olabilir. Zira hukuk, hatırlamak, unutmak, hesaplaşmak ve yüzleşmek için kullanılmaya uygun mekanizmalar üretebilir. Hukuk, suç işleyenlerin bu suçlarından dolayı hesap vereceği, benzer olayların tekrar yaşanmasına izin verilmeyeceği, bu tür olayların kabullenilemeyeceği, aksine karşı konulacağı mesajını topluma bu şekilde iletmiş olur. Bu yönüyle bir bakıma hukuk, toplumun kendisi ile iletişime geçme aracıdır.[61]

Ancak geçmişe ilişkin suçla bugünün hukuku aracılığıyla hesaplaşmak, geçmişe yürümezlik ilkesi üzerinde bir gerginlik yaratmaktadır. Schlink bu du-

56 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 24.
57 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 28.
58 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 29.
59 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 33.
60 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 40.
61 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 84.

ruma ilişkin Radbruch Formülü olarak ifadesini bulan ve Almanya yargısının da sıklıkla atıfta bulunduğu "*adalete kabul edilemez derecede aykırı olan yasa, artık hukuk değildir*" şeklinde özetlenebilecek ilkeyi çok yanlış bir hukuk kavrayışına dayanması nedeniyle eleştirmektedir. Ona göre hukukun çok esaslı bir ilkesi ya da özelliği bu kavrayışta göz ardı edilmektedir: Gerçeklik! Hukuka gerçekliğini veren kamusallığıdır. Bu açıdan ancak fiilden önce belirlenmiş olan kamusal hukuk, yurttaşlara öngörülebilirlik sağlayabilir, suçlular bakımından caydırıcı olabilir ve/ya iyi yurttaşlar için de teşvik edici olabilir.[62]

Ancak, Nazi dönemi davalarına hocalarının riyasetinde iştirak eden genç hukuk öğrencilerinin hukukun bilimselliği ile geçmişle hesaplaşmanın imkânı noktasındaki gerilimli durum şöyle dile getirilmiştir: "*Hesaplaşmak! Geçmişle hesaplaşmak! Biz, seminere katılan öğrenciler, kendimizi hesaplaşmanın öncüleri olarak görüyorduk. Pencereleri biz açıyorduk, içeriyi havalandırıyor, toplumun, geçmişteki dehşetin üzerine çökmesine izin verdiği tozu dağıtan rüzgarlar estiriyorduk. İnsanların nefes alabilmelerini, görebilmelerini sağlıyorduk. Bizler de bel bağlamıyorduk hukuksal bilimselliğe.*"[63]

İnsanlığa karşı işlenen suçlar noktasında geriye yürümezlik ilkesi açısından bir istisna hükmünün AİHS md. 7/2'de düzenlendiği görülmektedir. Bu madde, 'geriye yürümezliğin' mutlak bir ilke olmadığını; ve insanlığa karşı işlenen suçlar bakımından geriye yürümezliğin kabul edilmemesi gerektiğini vaz etmektedir.[64] Schlink'e göre bu gereklilik elbette, hukuki şekil ve usullerin bir kenara bırakılmasını haklı kılmamaktadır. Ona göre geçmişle yüzleşme ve hesaplaşma, "*bir gecede kafaları uçurarak değil ceza davalarıyla, devrim mahkemelerinde görülen ceza davalarıyla değil adli ceza davalarıyla, karar verme gücünün yargısal gaspıyla değil yasa koyucunun kararlar karşısında hukuk devleti ilkesi gereği gösterilmesi gereken saygı içinde yürütülen adli ceza davalarıyla, yasa koyucunun basit çoğunlukla değil nitelikli çoğunlukla aldığı kararlarla*" gerçekleştirilmelidir.[65]

Burada Schlink'in yaklaşımı ile modern hukuk kuramcılarından L. L. Fuller'ın geriye etkili kanunlar hakkındaki açıklamaları arasında bir benzerlik kurmak mümkündür. Fuller'a göre, genel olarak ileriye etkili kanunların olduğu bir sistem içerisinde bazı istisnai durumlarda geriye etkili yasalar, kabul edilebilirliğin ötesinde hukukiliğin hizmetinde dahi yer alabilirler. İşler kötüye gittiğinde geriye etkili kanunlar, hukukilik bakımından iyileştirici bir araç olarak devreye sokulabilirler.[66]

Agamben'in deyişi ile bugün 'göz kamaştırıcı post-demokratik çağ ve toplumlarda' modern demokrasinin çöküşüne tanıklık etmekteyiz. Modern

62 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 47.
63 Schlink, *Okuyucu*, s. 79.
64 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 52.
65 Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 96.
66 Fuller, L. L., *Hukukun Ahlakı*, (çev.: Engin Arıkan), Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, s. 71.

demokratik ilkelerce yapılandırılmış devletlerin totaliter devlete doğru kaydığını ifade ediyor. Bunun kökeninde yer bulan çıkmazın ise, 'modern demokrasinin başlangıcına işaret ediyor ve onu en azılı düşmanıyla suç ortaklığına zorladığını' kaydediyor. Düşünür bugün modern siyasetin, 'hayattan başka değer ve dahi değersizlik' tanımadığını öne sürüyor. Ona göre 'bu gerçeğin içerdiği çelişkiler giderilinceye kadar, Nazizm ve Faşizm asla hayatımızdan çıkmayacaktır.'[67] Agamben'in bu ürpertici ve çıplak uyarısı, siyasal anlamda prosedürel demokratik yapılanmaların tarihsel traj/ed/ik felaketler karşısında bağışık olmadığını vurguluyor.

Sonuç Yerine

Batı Avrupa tarihinin savaş, etnik temizlik ve soykırım enkazı altında bıraktığı büyük değer ve kültürel yıkım, kendi özgün poetikasını üretmiştir. Yıkımın henüz sıcaklığını koruduğu zamanların ruh dünyasında yankılanan poetik nedametin nazma ve nesre dönüştüğü edebi külliyat, faşizan Avrupa'ya karşı güçlü bir haykırış ya da manifesto niteliğini haiz olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında özellikle Almanya'da ortaya çıkan yıkım/yıkıntı edebiyatının (*Trümmerliteratur*) çağa bir ağıt gibi seslenişi Avrupa ve dünya kamusunun vicdanına dokunmuştur. Bu edebi türün önde gelen şair ve yazarlarından olan Alman Wolfgang Borchert'in, yıkıntılar arasında çağa haykırışı şöyledir:

"*Sonra, deşilmiş bağırsakları ve zehirlenmiş ciğerleriyle son insan, ışıldayan güneşin ve yanıp sönen takımyıldızların altında bir başına dolanıp duracak; bir deri bir kemik kalmış, çılgına dönmüş son insan, uçsuz bucaksız mezarlar, dev beton blokların soğuk putları ve ıssız kentler arasında yalnız başına bir küfür gibi dolanırken, şu korkunç soruyu soracak: Neden? Ve bu soru bozkırlarda hiç duyulmadan yitip gidecek, yıkıntılar arasında sürüklenip kiliselerin molozları arasında yok olacak, girilmez yeraltı sığınaklarına çarpıp parçalanacak… Son hayvan-insanın son hayvansı çığlığı hiç duyulmadan, hiç yanıtlanmadan kan göllerinde boğulacak… Bunların hepsi olacak, yarın, belki bu gece, eğer… eğer… eğer… Hayır demezseniz!*"[68]

'Nesnel hakikate kayıtsızlığı teşvik eden dünyanın'[69] büyüsüne kapılan modern uygarlığın insanına yönelen bu çağrı, acı gerçekliği zamana ve coğrafyaya kayıtsız biçimde haykırmayı sürdürüyor. Geçen yüzyılın sonlarında Bosna'da yaşanan soykırıma; işgale uğrayan ve temel insani gereksinimlerini karşılamalarına imkân tanınmayacak biçimde dünyadan izole edilerek asimetrik şiddete maruz bırakılan Filistin'de yaşanan trajediye; yurtsuzlaştırılan, etnik temizliğe, tecavüze ve ağır şiddete maruz bırakılan Myanmar'ın Müslüman halkına yönelen sistematik şiddete; ve birçoklarına göz yuman bütün suskun düşkünlere yönelik bir haykırıştır.

67 Agamben, Giorgio, *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (çev.: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s. 19.

68 Borchert, *Hayır De!*, s. 45-46.

69 Orwell, *Faşizm Kehanetleri*, s. 42.

Dünyanın gözü önünde yaşanmakta olan vekalet savaşlarının yol açtığı sivil halka yönelik katliamlar, cürümler ve yıkımlar insanlık için bir utanç tablosu olarak karşımızda yükseliyor. Küreye egemen olan bu kurulu düzenin zulme göz yuman çarkına rıza göstermek, duruş sergileyememek, eylem bilincine sahip olamamak ve hayır diyememek, insanlığın sonunu hazırlayan kitlesel vahşetlere zemin teşkil ediyor. Ne hazindir ki, çocuk, kadın ve yaşlı demeden bütün sivil halklara yönelen caniyâne sistematik şiddetin neden olduğu bu yıkıcı kötülüğün sıkletini çekebilecek ne akıl, ne vicdan ve ne de beden vardır.

Selb/ler'in ölümü, hatalar, pişmanlıklar ve cürümlerle dolu olan bir geçmiş ile yüzleşme ve hesaplaşmaları nihayete erdirecek değildir. Geçmişin bütün yükü ile hesaplaşabilme iradesi, hem kişisel hem de kolektif düzeyde bir tinsel takati gerekli kılıyor. Kişisel düzlemde yüzleşme ve hesaplaşmanın ilk duyuşsal evresi, kişinin kendisine yönelik özbenliksel suçlaması ve içsel muhasebesidir. Bu noktada insanlığın onurunu kurtarmak adına kendisini suçlandırma, tecziye edilme ve sorumluluk üstlenmenin yükünü taşıyabilecek bir şahsiyet kıvamına ihtiyaç bulunmaktadır. Bütün bu kamusal sağaltım sürecinde ise hukuk, yalnızca pozitif teknik/mekanik donanımı ile değil, aksiyolojik, meta-jüridik ve sosyo-psikolojik yorum imkânları ile seferber edildiğinde ancak amaca hizmet eder biçimde sahici bir rol üstlenebilir.

KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio, *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (çev.: İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017.
- Agamben, Giorgio, *Olağanüstü Hal*, (çev.: Kemal Atakay), Varlık Yayınları, İstanbul 2008.
- Amery, Jean, *Suç ve Kefaretin Ötesinde, Alt Edilmişliğin Üstesinden Gelme Denemeleri*, (çev.: Cemal Ener), Metis Yayınları, İstanbul 2015.
- Arendt, Hannah, *Kötülüğün Sıradanlığı Adolf Eichmann Kudüs'te*, (çev.: Özge Çelik), Metis Yayınları, İstanbul 2012.
- Arendt, Hannah, *Şiddet Üzerine,* (çev.: Bülent Peker), İletişim Yayınları, İstanbul 2011.
- Arendt, Hannah, *Totalitarizmin Kaynakları/3 Totalitarizm*, (çev.: İsmail Serin), İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Arendt, Hannah, *Totalitarizmin Kaynakları/2 Emperyalizm*, (çev.: Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, İstanbul 2018.
- Bauman, Zygmunt, *Modernite ve Holokaust*, (çev.: Süha Sertabiboğlu), Alfa Yayınları, İstanbul 2016.
- Borchert, Wolfgang, *Ama Fareler Uyurlar Geceleyin!*, (çev.: Kâmuran Şipal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016.
- Borchert, Wolfgang, *Hayır De!*, (çev.: Celal Üster), Yordam Kitap, İstanbul 2017.
- Carr, Edward Hallett, *Tarih Nedir?* (çev.: Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008.

- Dahrendorf, Ralf, *Demokrasinin Bunalımları*, (çev.: A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul 2015.
- Eagleton, Terry, *Tatlı Şiddet*, (çev.: Kutlu Tunca), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012.
- Fuller, L. L., *Hukukun Ahlakı*, (çev.: Engin Arıkan), Tekin Yayınevi, İstanbul 2016.
- Hoffer, Eric, *Kesin İnançlılar*, (çev.: Erkıl Günur), Plato Film Yayınları, İstanbul 2011.
- Jaspers, Karl, *Suçluluk Sorunu, Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine*, (çev.: A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul 2015.
- Levi, Primo, *Boğulanlar Kurtulanlar*, (çev.: Kemal Atakay), Can Yayınları, İstanbul 2015.
- Levi, Primo, *Bunlar da mı İnsan*, (çev.: Zeyyat Selimoğlu), Can Yayınları, İstanbul 2017.
- Lukacs, Georg, *Roman Kuramı*, (çev.: Cem Soydemir), Metis Yayınları, İstanbul 2011.
- Mann, Michael, *Demokrasinin Karanlık Yüzü,* (çev.: Bülent O. Doğan), İthaki Yayınları, İstanbul 2012.
- Muratoğlu, Cansu, "Geçmişle Yüzleşme: Bernhard Schlink Işığında Anlamak, Anlatmak ve Yargılamak", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, (haz.: Cemal Bâli Akal; Yalçın Tosun), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- Orwell, George, *Faşizm Kehanetleri*, (çev.: Aylin Onacak), Sel Yayıncılık, Üçüncü Baskı, İstanbul 2017.
- Özel, İsmet, *Bir Yusuf Masalı*, Şule Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Ruggiero, Vincenzo, *Edebiyat ve Suç*, (çev.: Berna Kılınçer), Everest Yayınları, İstanbul 2009.
- Schlink, Bernhard, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, (çev.: Reyda Ergün), Dost Kitabevi, Ankara 2012.
- Schlink, Bernhard, *Selb'in Ölümü Selb'in Serüvenleri 3*, (çev.: Çiğdem Öztekin), Can Yayınları, İstanbul 2006.
- Schlink, Bernhard, *Okuyucu*, (çev.: Cemal Ener), İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- Trouillot, Michel-Rolph, *Geçmişi Susturmak, Tarihin Üretilmesi ve İktidar*, (çev.: Sezai O. Zeybek), İthaki Yayınları, İstanbul 2015.

Güç Piramidinin Hukukun İnandırıcılığı ve Bütünü Temsil İddiasına Etkisi

Özen KURTULUŞ[1]

ÖZET

Hukuk, devletlerin kurallar ve ilkeler koyması ve bunlara yaptırım gücüyle uyulmasının sağlanmasıdır. Aynı zamanda hukuk bir yandan otoritenin kendisini güvence altına almak ve öte yandan yine otoritenin 'ehlileştirilmesini ' sağlayarak bireylerin ve toplumun güvencesini sağlamak gibi ikili bir etkiye de sahiptir. Ancak toplumun tabakalar halinde örgütlenen yapısı ve devletin birey karşısındaki üstün konumu, bu örgütlenme içerisinde 'kadınlar, LGBTİQ 'lar, yoksullar ve diğer ötekiler' başta olmak üzere bazı kesimlerin örf- adet- gelenek ve sistemin kıskacında ideal hukuk öğretisinin dışında bir yerde konumlandırılmasına yol açabilmektedir. Bu çerçevede bu çalışmada hukuka atfedilen değerler ve kavramın kurgulanışı ve üretimi üzerinden gidilerek işlevselliği tartışılacak, aynı zamanda çeşitli içtihatlar analiz edilerek, idealize edilen hukukun eşitsizliklerin ana kaynağı olma tehlikesine dikkat çekilmeye çalışılacaktır

GİRİŞ

"Biz buraya ekildik. İnsanoğlu yeryüzünde yetişen, dallanan ve çiçek veren bir bitkidir. "

Aztek kabile üyesi, Meksika

Otorite yaşam alanını kısıtlayan gücün adıdır. Otoritenin kendisi, en yüksek özgürlük alanıdır. Hukuk, otorite hariç her şeyi nesneleştirir. Bu durumun riskleri arasında, öncelikle genelleştirip kategorilere sokarak bireyi hesaba katmama, sonra en güçlü varlık olarak otoritenin kendi iktidarını sınama ihtiyacının hasıl olması sayılabilir. Spinoza'da normal bir devlet sadece korku duygusuna oynayarak kendisini var edemez; güven ve umuda da oynamalıdır. Burada da hegemonya devreye girmektedir elbette. Bunun dışında hukuk sistemi toplumsal bütünlüğü koruma ilkesini kendisine baz alırken ve bunun için varken, öte yandan toplumun 'uslu', 'normal 'bütünlüğü dışındakilerin, yabancı, öteki veya düşman olarak gördüklerinin en temel haklarına bile kayıtsız kalabilmektedir zaman zaman. Bu bağlamda kadınların, LGBTİQ'lerin, yoksul ve diğer 'öteki' kesimin hayatları, 'hukukun içerisine çekilmiş hayatlar' olarak, doğal hukukun değil pozitif hukukun konusunu oluşturabilmekte, oldukları kişi oldukları için, suçlanma ve toplumun diğer kesimleriyle eşit hukuki korunmaya sahip olamama riskini barındırmaktadır. Oysa herkes için adil, objektif, evrensel kriterler vardır ve sanıyorum ki hukukun biricik amacı da bu kriterlere ulaşmak olmalıdır.

1 Ar. Gör., Mersin Üniversitesi Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı.

Makalede güç piramidi derken hiyerarşik tabakalaşma kastedilmektedir. Devlet-birey, zengin-yoksul, erkek-kadın, straight-LGBTİQ arasında var olan bazen görünür ve net bazen flu bir tabakalaşma halinin, hukukun eşitlik ve bütünü temsil iddiasına en birincil darbe olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda hukuk kavramının kurgulanışı, adalet ve kötülük sorunsalında doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımına odaklanılmalı, pozitif hukukun içeriğinin yasa koyucuların kararıyla ve uygulayıcılarının takdiriyle belirlenmesinin, içselleştirilmemiş evrensel hukuk normlarının varlığı halinde uygulamada oluşturabileceği çatlak zeminlere dikkat çekilmelidir. Zira insanlar eşitlik, güç gibi kavramlarda sıklıkla sınıfta kalmıştır. İnsan, evrensel hukuk ilkelerini ve insani değerleri ne yazık ki çok geç keşfetmiştir.

CİNSİYET AYRIMCILIĞI VE HUKUK İLE GÜVENİLİRLİK SORUNU

Ataerkil kültürel kodların sıkça karşılaşıldığı yerlerden biri de hukuktur; bu bir yandan da hayati önemdedir:Zira yargı kararlarında sıkça karşımıza çıkan cinsiyetçilik, kadınların hayatına şiddetten namus cinayetlerine, tecavüzden hak ve hürriyetlerin kurgulanmasına kadar sirayet etmekte ve ayrımcılığı yeniden üretmeye sebep olmaktadır. Kadın bedeninin sürekli gözetim ve denetim altında bulundurulmasını sağlayan kurumlardan en önemlisidir hukuk; ve devletin, hukukun ve toplumun hakkında söz söylemeye kendisini en 'ehil hissettiği' alan, sıklıkla kadın bedenidir. Bu, evrensel hakların ve hukukun herkese eşit olarak uygulanacağı aydınlanma çağı idealine rağmen, böyledir. Bu tür eşitsiz uygulamaların yansımalarını, adil olmayan bir biçimde, kendi içtihatlarımızda da sıkça görmekteyiz. Burada makalenin sınırlı özünü aklımızda tutarak, birtakım örnekler vermekle yetineceğiz.Ancak söz konusu bu örneklerin tekil istisnalar değil de bir zihniyeti yansıttığından dolayı önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Bu örneklerden birisi**,** Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin evlilik dışı cinsel ilişkide bulunan ve bakire olmadığını öğrendiği kız kardeşini öldüren sanık hakkındaki kararı olup, ideal hukuk öğretisinin de nasıl kolayca dağılabileceğini göz önüne sermektedir. Zira Mahkemenin tahrik indirimi uygulamasına ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

> 'Öldürülenin, Güneydoğu Anadolu Bölgesindeki bir köyde yaşadığı, yörenin sosyal baskısı içerisinde büyümesine karşın evlilik öncesi biriyle cinsel ilişkiye girdiği, bu şekilde yöresel örf ve adete göre sanığın ve ailesinin sosyal seviyesinde çok büyük bir düşüklüğe ve sarsıntıya neden olduğu, sanığın bu durumdan çok çalışmasına karşın kurtulmayı başaramadığı, karşıtı kanıtlanamayan savunmaya göre, örf ve adetin çok baskın olarak insanları etkilediği bölge koşullarında, olay günü öldürülenin sanığa (sen karışma) şeklinde hakaret içeren sözler söylediği, böylece sanığın içinde bulunduğu sosyal koşullarda çok ağır bir ruh eksikliğine düştüğü ve eylemini ağır tahrik altında işlediği anlaşılmıştır' (Diyarbakır 2. ACM. 25.03.1999 T. 1998/270 E. – 1999/81 K. Sayılı kararı) (İskender, 2009: 37).

Bu karar, 1. CD. 04.10.1999 T. 2029 E. -3023 K sayılı kararla Yargıtayca da

onanmıştır. Yöresel ataerkil kültürün algısını ve feodal değerlerin toplumdaki yerini düşünüp/koruyup kişinin yaşam hakkını korumamak hukuk düzeninin aslında kimden yana olduğunu açık şekilde göstermektedir. Namus cinayetleri uluslar arası sözleşmelerde kadına yönelik şiddetin özgül bir türü olarak insan hakları hukuku ve söylemi çerçevesinde ele alınsa da, birçok sebepten dolayı bu husus içselleştirilememekte, bilhassa ulusal hukukumuza eşitlikçi bir bakış açısı yansıtılamamaktadır. Bu çeşitli sebepler kültürün genel olarak yasa yapımı ve uygulamasında köklü bir rol üstlenmesi ve dolayısıyla gelenek, görenek, kültürden bağımsız olamayan hukuk kuramı içerisinde de erkek egemenliğinin inşasından, hukuk sürecine dahil olan aktörlerin cinsiyetçi bakış açısına kadar uzanmaktadır. Bu durumda da idealize edilen hukukun aslında eşitsizliklerin ana kaynağı olma hali ortaya çıkmaktadır ki, bu da oldukça tehlikeli bir durumdur. Yöresel örf ve adetin kadın ve erkek arasında sosyal eşitsizliğe yol açtığı açık olmasına rağmen anılan mahkeme kararında bu var olan eşitsizliğin yine eşitsiz düzenlemeye taban teşkil etmesinde hiçbir sakınca görülmediği açıktır. Kadın bedeni üzerinde tahakkümün toplum nezdinde hoş görülür olması ve namus cinayetlerinin sosyal anlamda meşru görülen bir gerçeklik olması karşısında bu suçlar için hafifletici nedenler kullanılarak daha az ceza öngörülmesi, hukukun adalet ve eşitliği savunma, koruma idealleriyle çakışmaktadır. Yine anılan kararda öldürülen kadının sanığa "sen karışma'' demesinin" sanığı içinde bulunduğu sosyal koşullarda çok ağır bir ruh eksikliğine düşüren/ hakaret içeren söz'' olarak nitelendirilmesi, yasa uygulayıcılarının da sanığın öldürülen kadının bedeni üzerinde bir 'söz hakkı'nın olduğu fikrine sahip olması gerçeğine bizi götürmektedir. Elbette reşit bir kadının istediği kişiyle birlikte olması sadece kendisini ilgilendirmektedir; yöresel örf ve adet denilip normalleştirilen durum aslında patriarkanın eşitliksiz örf ve adetinden başka şey değildir. Yasal otoritelerin kültürel tavır ve değerleri göz önüne alıp evrensel hukuk kurallarını ve bu arada tabii hukuku yerle bir eden uygulamaları, tüm insan ilişkilerinde ön planda olması gereken "saygı'' meselesini de bir çıkmaza sürüklemektedir. Zira kimin özel hayatında kiminle ne yaptığı meselesinin bütün toplumu ilgilendirmesi, sapkın, hastalıklı ve gözetleyen bir tavırdır ve asıl ahlâksızca olan budur. Özel hayatın korunması ilkesi, gerek ulusal gerek uluslararası hukukta tanınmış bir ilkedir ve Anayasamızın 20. maddesinde de "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir" denilerek bu ilke vurgulanmaktadır.

Kadını kendi hayatı, bedeni, cinselliği hususunda karar almaya dahi ehil görmeyen ataerkil kodlar, dolayısıyla kadını "birey'' olarak görme mantığından da yoksun olduklarından, birtakım mitlerle şiddete ya da tacize / tecavüze uğrayan kadını suçlar. Bu, tam bir fallus-merkezci yaklaşımdır. Bu yaklaşım kökten değişmediği sürece, ne kadına yönelik şiddet ne de kadın bedeni üzerinde işlenen suçlar azalır. Bu doğrultuda kadın haklarına aykırı sonuçlara yol açan mitler ve meşrulaştırma yollarını tanımak ve bunlara karşı durmak, hayati önemdedir.

> Agamben'e göre; homo sacer, yani kutsal insan, cinayet işlemiş sayılmaksızın öldürülebilirliği ile beşeri hukukun, kurban edilemezliği ile de ilahi hukukun dışına atılmış insan olarak üzerinde mutlak bir iktidarın tesis edilebileceği figürü oluşturmaktadır. Buradan yola çıkan yazar siyasal egemenlik alanını, cinayet işlemeksizin ve kurban etmeksizin adam öldürmenin meşru olduğu alan olarak tanımlamaktadır (akt. Ecevitoğlu, 2012: 36).

Günümüze uyarladığımızda namus cinayetlerini de spesifik yapısıyla bu tanımın içerisine sokabiliriz; zira törenin kıskacında öldürülen bu kadınların hukukun tahrik indirimleri ile - cinayet işlemiş sayılmaksızın olmasa bile - meşru bir alan içerisine konularak 'korunmaması' haliyle karşılaşılmaktadır. Bu durumda eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, kişisel özgürlük alanına saygı gibi hukukun temel ilkeleri kültür, töre, gelenek ve ataerkilliğin gölgesinde yitip gitmektedir.

Bir başka örnek kararda, Yargıtay'ın cinsel saldırı (tecavüz) suçuna bakış açısını gösteren çarpıcı tanımlamalar dikkat çekmektedir. Yine makalenin kısıtlı özü itibariyle özet geçecek olursak, Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, cinsel saldırı ve geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlediği gerekçesiyle 15 yıl ağır hapis cezasına hükmettiği bir kararda, Yargıtay "kadın bağırmadığına göre eylem rızaya dayalıdır" yorumuyla ceza verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece Mahkemesi 15 yıllık hüküm verilmesinin gerekçesi olarak "evli ve çocuk sahibi namuslu-*ki kanaatimizce burada da namuslu betimlemesi dile yansıyan ayrımcılığın açık bir göstergesidir*- bir kadının başkaca kimse tarafından görülmeyen ve bilinmeyen rızası ile girdiği cinsel ilişkiyi, olaydan daha sonra, eşine anlatmasını gerektirecek herhangi bir olgu yaşanmadığı halde, eşi Y.D.'ye anlatması hayatın olağan akışı ile örtüşmemesinden dolayı şikayetçinin beyanlarına itibar etmek olayların oluşuna, hayatın olağan akışına, yörenin sosyal ve kültürel yapısına, hak ve nesafete uygundur'', demektedir.

Yargıtay'ın ise 15 yıllık hükmü şu gerekçelerle bozduğunu görüyoruz:

> "Evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştirildiği zamanlarda bağırıp çevreden yardım istememiş olması, eylemin birden çok değişik zamanlarda tekrarlanmasına rağmen hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra açıklama yapması gözetildiğinde: ırza geçmenin cebir şiddet kullanarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı ırza geçmenin zorla yapıldığı hususunda mağdurenin anlatımı dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır" (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2007/1161, K. 2007/2039, T. 19.3.2007).[2]

Burada Yargıtay'ın aslında yine doğal hukuktan ne denli uzaklaştığını görmekteyiz. Cinsel saldırı suçlarında tanık ve deliller zaten çok da mümkün değildir. Kaldı ki Yargıtay'ın kararında

2 http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/209.pdf

"kadının rızası olduğunun kabulü gerekir" ifadeleri bir kesin hükmü işaret etmektedir; örneğin "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği değil de böyle bir kesin hükümle karar verilmesi, olayın oluş şeklinden yorum çıkartmak suretiyle kadının cinsel saldırıya rızası olduğu sonucuna varılması, en temel hukuki ilkelere ters düşmektedir. Cebir, şiddet kullanımı, psikolojik baskı, 'mahalle baskısı' korkusu gibi birçok unsuru göz ardı ederek "bağırmadığına göre rızası var" şeklinde peşin hüküm kurulması, toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından da ürkütücü bir bakış açısıdır.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği, her zaman 'kör göze parmak' halde çıkmaz karşımıza. Cinsiyetçiliğin sadece düşmanca (hostile) hallerini değil, aynı zamanda korumacı (benevolent) hallerini de vurgulayan Glick ve Fiske korumacı cinsiyetçiliği özellikle geleneksel rolleri yerine getiren kadınların onlara bağımlı olan erkekler tarafından korunması ve yüceltilmesi gerektiğini dile getiren, görünüşte olumlu ancak kadınlara üstten bakan inanışlardan oluşmaktadır, şeklinde tanımlamaktadır (Glick ve Fiske, 1996:491). Yani aslında 'kadınlardan yanaymış' gibi görünüp, cinsiyet eşitliksizliklerinin değirmenine su taşımaktadır bu yaklaşımlar. Bu yaklaşıma bir örnek de hukuk sistemimizden verebiliriz. Anayasanın 50. maddesi, 'korumacı cinsiyetçiliğe' örnek olarak gösterilebilir.

B. Çalışma şartları ve dinlenme hakkı

MADDE 50- Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Erkek olmak, toplumda aktif, şiddet kullanmaktan çekinmeyen, rekabetçi, her zaman güçlü olmakla eşdeğer görülmektedir. Bu güçlü erkek, zayıf kadını korumalı, bunun karşılığı olarak da, ona hakim olmalıdır Spierenburg, "Erkekler kadınları korumak ya da diğer sebeplerle şiddet kullandıklarında, bundan gurur duyarlar. Pasiflik ve barışsever olmaksa, başlıca kadınlık erdemi sayılır" der. Erkeğin sosyal temsili, heteronormatif kurallar çerçevesinde, barışçıl erkeği de hor gören, erkekler arasında da bir hiyerarşik yapılanmaya yol açan görünüm sergilemektedir.

Ataerkillik kadınları ikincilleştirir ve ezerken, aynı zamanda öz değer duygularını da zedeler. Bu zedelenme bazen,onların kendilerini ezen bir sistemle işbirliği yapmalarını, kendilerini ikincilleştiren değer sistemini içselleştirmelerini sağlar.

GÖRÜNÜRLÜK MÜCADELESİ KAPSAMINDA LGBTİQ HAKLARI

Ataerki, sadece kadınları ikincilleştirmez. Onun 'kurbanları' arasında, LGBTİQ bireyler de vardır. LGBTİQ hareketi üzerindeki sembolik tahakküm ve "görünmezleştirme" biçimindeki baskı, Bourdieu' nun cümlesiyle, "meşru, kamusal (yani özellikle hukuk tarafından tanınan ve kabul edilen) varoluşun reddi ve hareket görünürlük talep ettiğinde en açık haliyle algılanan bir damgalama aracılığıyla yapılır" (Bourdieu, 2014:148). Toplumda "Kapalı kapılar ardında ne

yaparlarsa yapsınlar'' denilerek, onları özellikle büyük şehirlerde şehrin en uzağındaki mekanlara atarak veya ataerkil dışlama mekanizmaları oluşturarak (Örneğin İstanbul Ülker Sokak olayları), LGBTİQ hareketini ötekileştirme ve bir görünmez kılma çabası olduğu muhakkaktır. Ancak bilindik kuraldır: Her baskı karşı tepkisini oluşturur. Üstelik aileleri kendilerinden utanan, alay edilen ve toplum tarafından dışlanan, seks işçiliği dışında genellikle istihdamda kendilerine yer bulamayan, seks işçiliği yaptıkları zamanlardaysa çeşitli saldırılara uğrama tehlikesi içinde yaşayan, yani kaybedecek bir şeyi "artık'' olmayan bu kesim, kaybedenlerin öfkesiyle ve direnişiyle, toplum baskısına yenik düşmeyecek kadar bilenmiştir.

Elbette namus meselesi salt hukuk ve devlet eliyle başa çıkılabilecek bir olgu değildir.Ancak en başta yasaların ve yasa uygulayıcılarının bu meseleye eşitlikçi bir biçimde yaklaşmaları gerekmektedir. Zira yasanın çiğnenmesinden çok daha tehlikeli olan, belirli bir gruba karşı yasanın çiğnenmesinin daha az "suç'' oluşturduğuna dair inançtır. Kadınlara ve LGBTİQ'lere karşı olan namus suçlarının daha az cezaya yol açması , meseleyi çözmek yerine daha da çok derinleştirecektir. Bunun yanında ataerkil sistemin tüm kurumlara sızmış halini yok etmek, namus adına işlenen cinayetlere tolerans göstermemekle olacaktır. Kaldı ki namus ve/veya nefret suçu işleyenlerin toplum tarafından kabul görmesi ya da kader mahkumu olarak adlandırılması, şiddetle mücadele çabasını da sekteye uğratacaktır. Bu algı yıkılmadan, namus adına işlenen şiddet azalmayacak, artacaktır. Çoğu zaman şiddet, ya içgüdüsel ve bu nedenle toplumsallaşma sürecinde çok az değişen, ya da sadece ve sadece çevre etkenlerinden kaynaklanan bir davranış olarak görülür (Moses, 1996:23). Namus adına şiddet uygulanması, ikinci hale girer sıklıkla. Toplumsal bir canlı olan insan toplumsal baskının gücüne karşı koyamaz ve "çevre ne der?'' ile dışlanma korkusu her şeyden önce gelir. Bu itaat kültürünün yarattığı hastalıklı ve sorgulamaz bireyler durumun vahametini artırır; kartopu gibi büyür şiddet; nitekim büyümektedir de. Westley'in sözünün haklılığı ortaya çıkmaktadır burada: "Şiddeti kabullenmek, şiddetin artmasına yol açar'' (Westley, akt. Moses, 1996:24). Şiddet hiçbir halde normal değildir ve olmamalıdır; aksi takdirde gücü kim elinde bulunduruyorsa kendisinde şiddet gösterme hakkını ve tekelini görür; baba anneye, anne çocuğa, çocuk hayvana ya da daha güçsüz çocuğa, kardeşe vs. Şiddet hastalıklı bir haldir ve her ne olursa olsun, kime karşı yapılırsa yapılsın, aynı şekilde tepki gösterilmelidir.

Mersin'de işlenen Özgecan Aslan cinayeti sonrasında milletvekilleri, STK'lar, her kesimden halk tarafından olaya tepki gösterildi ve TÜSİAD'dan YÖK'e, Saadet Partisi İstanbul İl Kadın Kolları'ndan Mersin-Erdemli Ülkü Ocakları Başkanlığı'na kadar birbirinden oldukça farklı kurum ve kesimlerce cinayeti kınayan açıklamalar yapıldı. Bütün bunlar, kadına karşı şiddete tepki gösterilmesi açısından gerçekten çok iç açıcı gelişmelerdi; ancak ne oldu da bugüne kadar kadına yönelik şiddet, taciz ve tecavüz karşısında sessiz kalan

kitleler, bir anda ses çıkardı? Bunun nedeni, adil dünya inancının yıkılmasıydı; zira Aslan, tam da herkesin çocuğunun yaptığı gibi okuldan çıkmış, herkes gibi dolmuşa binmişti. Bireyler "onun başına geldiyse bizim de / çocuğumuzun da başına gelebilir'' anlayışıyla ve korkusuyla o kadar da güvende olmadıklarının farkına vardı. "Benim başıma aynısı gelmiyor; onun başına gelmiş; demek ki onda bir şey var" düşüncesine, yani adil dünya anlayışına sığınarak rahatlamanın mümkün olmadığı anlaşıldı.

Özgecan olayıyla aynı tarihlerde, yine Mersin'de bu kez transseksüel bir kadına karşı bir şiddet girişimi olmuştur. Bu kadın, Özgecan Aslan'la ilgili bütün protesto yürüyüşlerine katılmış, ancak kendisiyle ilgili hiçbir yürüyüş yapılmamıştır. Bıçaklanılan ve öldüresiye dövülen, sonra da öldü sanılıp bırakılan kişiye zanlıların sözleri, 'makbul sayılmayan' kadınların ve LGBTİQ'lerin başına gelebilecekleri özetlemektedir: Yaşadığı acıya dayanamayıp "Beni öldürün'' diye yalvardığı zanlılar, "Hayır, sizin gibileri hemen öldürmemek gerek. İşkence yapmalı. Sen ilksin bundan sonra hepinize yapacağız"[3] sözleriyle, mutlaka kendi ‹adil dünya'larını oluşturmak için çabalamaktaydı!

> Hem Levinas'ta hem de Butler'da karşımıza, bedenin kamusallığı ve bedenin bu kamusallığından dolayı insanın yaralanabilir, şiddete maruz kalabilir oluşu çıkmaktadır. Bu kamusallık içinde o bedene, o yüze yapılan hitap, o bedene yüklenen rol, o bedene verilen cevap, o bedenin geleceğini de belirlemektedir (Sartre, akt: Coşkun Özüaydın, 2017:142).

'İnsanlıktan çıkarmak', sadece zihnimizde düşündüğümüz kriterlere uygun olanları "insan'' sınıfına ait kılmak, bu tasavvurumuzun dışındakileri her türden kötülüğe açık hale getirir. Bu makalenin konusunu oluşturan, işte bu 'insanlıktan çıkarma; insan olarak görmeme ve savunmasız kılma' halidir.

YOKSULLAR/ÖTEKİLER VE "KAYBEDENLER"

Devlet kimi zaman kurallarıyla bireyleri nesneleştirebilmekte ve homojen bir nüfusa sahip olarak yönetimi kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Devletin çizdiği sınırlarla bazıları istisna olarak tanımlanmakta ve toplum dışına atılmaktadır.Bu toplum dışına atılma meselesine, 'ötekilerin' doluştuğu, getto halinde konumlandıkları "yoksul mahalleleri'' örnek verebiliriz. LGBTİQ'ler, seks işçileri, azınlıklar, siyahiler, emekçiler şehrin ayrıksı yüzünü oluşturan yerlere atıldılar ve ancak topluma bir 'tehdit' oluşturduklarında 'hatırlandılar'. Bu arada onlara karşı yapılan 'ayrımcılıklar' ve damgalamalar da, yasa koyucu ve uygulayıcılar tarafından bazen görülmedi bazense -bilinçli ya da bilinçsiz politikalarla- teşvik edildi.

Yasa koyucuların ayrımcı dil tuzağına düşmesine örnek olarak, 2510 Sayılı İskan Kanunu'nun henüz çok yakın bir zamanda kaldırılmış 4. maddesini gösterebiliriz. 2006'da kaldırılan bu hüküm 1934'ten itibaren yürürlükte idi. Hukukun kendisine yahut sisteme karşı bir tehlike arz eden bireylere karşı bakış açısını açıkça yansıtması bakımından söz konusu bu yasa maddesi, enteresandır.

3 http://www.radikal.com.tr/turkiye/siddet-trans-kadina-olunca-niye-susuyorlar-1308595/

Madde 4 - A: Türk kültürüne bağlı olmayanlar, B: Anarşistler, C: Casuslar, Ç: Göçebe Çingeneler, D: Memleket dışına çıkarılmış olanlar, Türkiye'ye muhacir olarak alınmazlar. Bulaşık hastalıklılar doğrudan doğruya Hükümet hastanelerine gönderilip orada parasız tedavi olunurlar.

Maddenin ayrımcı ve ırkçı dili, hemen göze batmaktadır. Göçebelik kavramı, zaten kapitalizmin sevmediği, tasvip etmediği bir kavramdır; modernizm, yerleşiklikten yanadır. Bunun sebebi bu 'vatansız, özgür ruhlu' insanların sistem için potansiyel tehlike olması yanı sıra, aynı sistemin bireyi salt bir 'ekonomik özne' durumuna sokan zorunlu haline karşı ciddi anlamda bir karşı koyuşlarının olmasındandır. Aynı "ötekileştiricilik", muhalif duruşlarıyla sistemin bir parçası olmayı reddeden, örneğin anarşistler ve yeni bir akım olan "freegan"ları da ('bedava' anlamına gelen free ve vegan sözcüklerinin karışımı olan bu sözcük, mümkün olduğunca az tüketim yapmaya çalışan ve bu sebeple çöpten yiyecek ve giyeceklerini karşılayan insanları anlatmaktadır) kapsar. Ekonomik özne olmayı ideolojik olarak reddettiği için ya da olamadığı için toplumun reddedip dışladığı bu kesimlere, Suriyeli göçmenler (ki hukuki durumları her ülkede muallaktadır) ; dilenciler ; çöpten beslenenler hatta sokak müzisyenleri de dahildir. Görüldüğü üzere hukuk eşitliği her zaman sağlamaz; aslında bazen eşitsizliği tırmandırdığı da görülmektedir. ‹Ötekilerin› hukukun ve adaletin öznesi olamama, bir yasa dışı nesne olarak kalma durumuna da sıklıkla rastlanmaktadır.

SONUÇ

Toplumu oluşturan alt kimliklerin düşün yapıları, anlam dünyaları ve consensuel değerleri, o toplumun anlaşılmasında önemli unsurlar olduğu gibi, yasa yapıcıların ve yasa uygulayıcılarının düşün yapıları da bundan bağımsız değildir.Bu çerçevede idealize edilen hukukun eşitsizliklerin ana kaynağı olması sorunsalı da ne yazık ki zaman zaman karşımıza çıkabilmektedir. Sorgulamadan kabul ettiğimiz, dar görüşlü, insan odaklı - ama o insan da ' her' insan değil 'makbul' insandır çoğu zaman- yasaların doğurduğu olumsuz sonuçlar, insanların kendilerini 'güvende' hissetmemelerinin dışında, insan dışındaki diğer canlıların da insan eliyle yapılan bu sistemde 'güvende ' olmamasına yol açmaktadır. Canlı ya da dünya odaklı bir bakışın yanında, her insan için gerçek eşitlik idealinin uygulandığı bir hukuk düzeni, elbette aydınlanma sonrası eşitlik anlayışına ve doğal hukuka daha uygun olacaktır Zira iyi işleyen ve uyumlu toplumsal yapılar kurmanın yolu, hiyerarşik karar verme mekanizmaları geliştirmekten geçmemektedir.

Sophokles'in Antigone tragedyasında koronun "insana dair" ünlü şarkısında insan deinon diye nitelenir.Çok anlamlı bir sözcüktür deinon. Muhteşem veya hayranlık verici demektir, ama aynı zamanda ürkünç olanı, dehşet verici olanı anlatmak için de kullanılır. Şarkı insanın muhteşem başarılarını över bir yandan; sanatlar yoluyla doğaya hakim olmasını, kentler kurmasını alkışlar. Ama diğer yandan onun tekinsizliğine, ürkünç olanı yapabilme potansiyeline de işaret eder; iyiyle kötü arasında gidip gelişine, yasalı ve yasasız, adaletli ve adaletsiz, kentli ve kentsiz olabilme potansiyeline (akt: Tekin, 2015:13).

Dolayısıyla, bu kadar ürkütücü şeyler yapabilme potansiyeline sahip türün üyelerine gücün ve otoritenin verilmesi, kötü sonuçlara yol açabilir. Sophokles'in Antigone oyununda bir ölümlünün emirleri, tanrıların hatasız, yazıya geçirilmemiş, değişmez yasalarından önemli olamaz söylemi vardır (Sophokles,1993:13). Bu söylemdeki gibi; Tanrıların yasasını koymamaktayız yerine ancak ürkünç şeyler yapabilme potansiyeli olan insanın koyduğu ve uyguladığı yasalar, her zaman doğruyu göstermemekte ve işe yaramamaktadır. Hepimizin illa ki bir yerden 'öteki' olduğu dünyamızda, ötekileştirmeden, haklara sahip olma hakkının tanındığı, kimsenin 'hukukun bekleme odasında' tutulmadığı, uygulamanın kırılgan olmadığı bir hukuk düzeni olmasına ve hukukun adalet kavramından uzaklaşmamasına bilhassa dikkat edilmelidir.

"Ekmeğimi kazandım ve tükettim sizler gibi.

Bir doktorum ben, doğrusu: bir doktordum.

Saçlarımın renginden mi şeklinden mi burnumun

Bir gün evsiz barksız ve aşsız koydular beni.

Ben ama geçtim geceleyin bir ormandan

(Yanlış bir anne tarafından doğurulmuşum)

Bir ülke arayarak dışlamayan bizleri."

Brecht

Göçmenin Sitemi [4]

KAYNAKÇA

- Bourdieu, P. (2014). *Eril Tahakküm* (Çev. B. Yılmaz), İstanbul: Bağlam Yayıncılık.
- Coşkun Özüaydın, B. (2017). "Lanetliler, Utanmazlar ve Sorumlular",*Cogito,87,* 136-144.
- Ecevitoğlu, P. (2012). *Namus, T*öre ve İ*ktidar; Kadının* Çıplak *Hayat Olarak Kuruluşu,*Ankara:Dipnot Yayınları.
- Glick, P. ve Fiske, S. T. (1996). "The Ambivalent Sexism Inventory: Differentiating Hostile and Benevolent Sexism", *Journal of PersonalityandSocialPsychology, 70(3),* 491–512. DOI: 10.1037/0022-3514.70.3.491
- İskender, S. Z. (2009) . "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirmesi" , *Yargıtay Dergisi, 35(1-2),* 5-60.
- Moses, Rafael (1996). Şiddet Nerede Başlıyor?. (Çev. A. Kul). *Cogito, 6*, 23-29.
- Sophokles (1993). *Antigone.* (Çev. S. Ali). Ankara: Kültür Bakanlığı.
- Tekin, S. (2015). Adalet, "Pratik Akıl ve Eylem:Bir Antigone Okuması". *Toplum ve Bilim, 133,* 5-30.

4 http://siir.sitesi.web.tr/bertolt-brecht/gocmenin-sitemi.html

Yargıç Merhameti, Reis Bey'in Merhametsizliği[1]

Rabia SAĞLAM[2]

Necip Fazıl Kısakürek'in *Reis Bey* adlı metni, yargıç merhametsizliğinin hazin sonunu anlatır. Metnin yazarı ile metni yorumlayanların hemen hepsi, iyi bir yargıcın merhametli olması gerektiği üzerinde uzlaşır. Bu kısa metin, Türkçe hukuk ve edebiyat literatürüne yerleşik, 'hukukun hayatları karartmasının sebebi Reis Bey'in (ya da yargıcın) merhametsizliğidir' görüşünü, çeşitli sorular eşliğinde geçersiz kılmayı amaçlıyor: 1) Merhamet nedir? 2) Merhametin hukukla ve adaletle ilişkisi nedir? 3) Reis Bey'in merhametsizliğinin ya da yargıç merhametinin hukuk yargılamasında bir işlevi olmalı mıdır?

Merhamet Nedir?

Stefen Zweig, *Merhamet* kitabında, merhametin iki yönlü bir duygu olduğundan bahseder. İlk merhamet türü, duygusal olandır, "kalbin bir yabancının ıstırabı karşısında duyduğu üzücü sarsıntıdan bir an önce kurtulmakta gösterdiği sabırsızlıktır. Merhametin böylesi acıyı paylaşmaz; başkasının acısını kendi ruhundan uzaklaştırma içgüdüsüdür (...)." İkinci merhamet türü ise "duygusal değildir; ama (…) gücünün son damlasına kadar, hatta gücünü de aşan bir direnmeyle dayanır; sabırlıdır, yaratıcıdır. Ancak sonuna kadar gidebilen, bu sona kadar dayanabilen, sonsuz sabrı gösterebilen kimse insanlara yardımcı olabilir (…) kendini feda ederse yardım edebilir."[3]

Zweig'ın ilk merhamet türü acıma duygusudur: Kişinin, başkasının ıstırabına, kendisinin aynı durumda bulunmayışının sağladığı rahatlıkla fakat aynı zamanda insanî bir duyarlılıkla içsel bir tepki göstermesi. Acımak, başkasının maruz kaldığı ıstırabı kendi bedeninizde ve düşüncenizde duyumsamaktır. Acımak, acıyı duyumsayan kişide başlayan ve biten, eyleme dönüşmeyen pasif bir duygudur. Başkasına acıdığınızda onun acısını bedeninizin tüm hücrelerinde hissedebilirsiniz, ama bu hissediş her zaman edilgen ve -acıma duygusunun nesnesi olan başkasının yanından geçip gitme şansınız olduğundan- yarattığı huzursuzluk geçicidir. Bunun aksine merhametin ikinci türü, duygulanımın ötesine geçen fazladan bir eylemi, fedakârlığı gerektirir. Ben'in kendinden bile vazgeçerek varlığını diğerine sınırsızca sunmasıdır ki ancak bu yönüyle acıma duygusundaki küçümseme ve rahatlık hissi bertaraf edilir. Merhametin bu ikinci türü, başkasının ıstırabını

1 *4-7 Kasım 2014* tarihinde *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumunda* bildiri olarak sunulan, argümanları yeniden gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş bu metin, *Hukuk ve Edebiyat* adlı derleme kitapta da yayımlanacaktır.

2 Dr. Öğretim Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

3 Stefan Zweig, *Merhamet*, çev. Deniz Banoğlu, İstanbul: Yordam Kitap, 2010, s.201.

gidermeye yönelik bir eylemi tetiklemesi nedeniyle huzursuzluk yaratır, kişinin rahatını kaçırır; bundan ötürü pek az insanın harcıdır. Ahlâkî bir olmuşluk, üst düzey bir duyarlılık ve eylemlilik hali, pes etmeyen bir direniş gerektirir.

Merhameti acıma duygusundan ayırt ederek ahlâkî açıdan daha değerli bir içeriğe kavuşturmak -hukukla ilişkisi dikkate alındığında-, yeni bir açmaza davetiye çıkarmak anlamına gelir. Sözgelimi Brien, merhamet eylemini, hukukla -ve yasal adaletle- ilişkisini de dikkate alarak, "iktidar sahibi bir kişinin, başkasına yönelik tehdidi veya başkasının hâlihazırdaki ıstırabını kasten azalttığı veya bütünüyle ortadan kaldırdığı kırılganlık ve iktidar ilişkisindeki eylem"[4] şeklinde tanımlar. Merhametin bir iktidar-kırılganlık ilişkisinde mümkün olduğu iddiası, başkasına tepeden bakmayı merhamet eyleminin esaslı unsuru haline getirir. Oysa 'tepeden bakış' ya da ben ile başkası arasındaki 'hiyerarşik mesafe' acıma duygusunda açığa çıkar ve Zweig'in incelikle ayırt ettiği gibi, merhamet acıma duygusu değildir. Yargıç merhametinin ahlâken yüceltilip merhametsizliğinin yadırganmasının hem Reis Bey bağlamında hem genel olarak bir hukuk yargılamasında yersiz olduğunu göstermek için kavramların birbiriyle ilişkisini biraz daha yakından inceleyelim

Merhamet, Hukuk ve Adalet İlişkisi

Merhamet, adalet ve hukuk ilişkisi edebî ve analitik metinler bağlamında iki ön kabul üzerinden tartışılır: 1) Adalet hukukla eşdeğer kabul edilir: Hukuk sözü ve uygulaması adaletin bir tecellisidir. 2) Merhamet hukuktan farklı ve fazla bir şey olarak kabul edilir: Hukuku ve yasanın adaletini yumuşatmak için başvurulan ahlâkî bir değer, kişisel bir erdem ya da ilahî bir edimdir.

İlk ön kabulü açıklamak için 16. yüzyıla, Shakespeare'in *Venedik Taciri*'ne göz atalım. Shylock, adaletin gücü ile yasayı aynı kefeye koyarak seslenir mahkeme heyetine: "Bana ait o et ve onu istiyorum. Eğer vermezseniz, yazıklar olsun yasalarınıza! Venedik'te adaletin gücü yokmuş demek."[5] Yasa ile adaletin eşdeğer görülmesi, yasal olanı adil olan, adil olanı da hukukî olan şeklinde resmeder. Hukukun katılığı/sertliği adaletin de katılığıdır ve dolayısıyla katılık bir başka kavram araya sokularak yumuşatılır. Avukat Portia yanıtlar Shylock'u: "Dünyasal gücün Tanrısal güce en yakın hali, adaletle merhametin uzlaşmasıyla ortaya çıkar (When mercy seasons justice) (…) Dua ederken hep merhamet dilediğimiz gibi, yine ettiğimiz dua sayesinde, yaptığımız işlerde merhametli olmayı öğreniriz. Senin aradığın adaleti yumuşatmak için söyledim bunları."[6] Yasa ile adalet dünyevi bir güç olarak aynı kefeye koyulduğunda, merhamet de hukukun katılığını yumuşatacak Tanrısal bir güç olarak diğer kefeye koyulur. Neden hukukun katılığını yumuşatmak için merhamet en elverişli araçtır?

Shakespeare'in yanıtı, merhametin, dünyevi yasanın ve adaletin sunduğun-

4 Andrew Brien, "Mercy Within Legal Justice", *Social Theory and Practise*, Vol. 24, No. 1, 1998, s. 85.

5 William Shakespeare, *Venedik Taciri*, çev. Bülent Bozkurt, İstanbul: Remzi Kitapevi, 10. Basım, 2010, IV. Perde-115, s. 108.

6 A.g.e, s. 113.

dan daha yüce bir duygu olduğudur. *Kısasa Kısas* metninde Isabella, yasanın acımasızlığını, hukukî yargının sertliğini Tanrısal nitelikli merhametten medet umarak iyileştirme arzusundadır. Isabella, -Reis Bey'e yalvaran anne gibi-, Dük'ten ölüme mahkûm edilen abisinin bağışlanmasını ister:

> "Yasalar adil, ama acımasız (…)
> Tanrı da insan da merhametten pişmanlık duymaz (…)
> Ne yüksek rütbelinin asasına
> Ne de yargıcın cübbesine;
> Bunların hiçbiri merhametin verdiği yüce duyguyu
> Tattıramaz insana (…)
> Bütün yargıçların üstünde olan İsa
> Sizin gibi katı ve hoşgörüsüz olsaydı
> Ne olurdu düşünebiliyor musunuz? (…)
> Merhamet sözü dökülsün dudaklarınızdan."[7]

Murphy, Portia ve Isabella'nın sözlerinden yola çıkarak merhametin üç özelliğine dikkat çeker: 1) Merhamet (mercy) özerk ahlâkî bir erdemdir (örneğin diğer erdemlere, özellikle adalete indirgenemez. 2) Adaleti yumuşatan ya da "terbiye" (season) eden bir erdemdir. 3) Herhangi birine bir hak yahut hak ediş ya da adalet meselesi olarak borçlu olunan bir şey değildir asla. Bundan ötürü her zaman katı ahlâkî yükümlülük alanını aşar; hak, ödev ve yükümlülük taleplerinin ötesine geçen karşılıksız bir armağan; bir lütuf (grace), sevgi, şefkat (compassion) edimi olarak görülür.[8] Peki, bir hukuk yargılamasında yargıcın merhamet edimi hangi durumda söz konusu olur?

Yargıç Merhameti (mi?)

Bir yargıcın, yargıç olarak merhamet edimini gerçekleştiremeyeceğini ve zaten gerçekleştirmemesi gerektiğini Markosion örneklerini kullanarak açıklayalım.

1. Durum: Yargıç bir hırsızı hapse mahkûm eder. Yasaya göre suçun cezası 5 ila 10 yıl arasında hapis cezasıdır. Yargıç hırsıza şefkat gösterir ve onu 5 yıl hapis cezasına mahkûm eder. (Yasal adalet)

2. Durum: Yargıç hırsızı hapse mahkûm eder. Yasaya göre suç 5 ila 10 yıl arasında hapis cezasını gerektirmektedir. Fakat yargıç hırsıza şefkat gösterir ve onu 3 yıla mahkûm eder. (Hakkaniyet)

3. Durum: Yargıç hırsızı hapse mahkûm eder. Fakat yargıç, mahkûmiyetin haksız bir şekilde komplo kurulan masum bir insana yönelik olduğunu bilmektedir. Yasalar 10 yıl hapis cezasını gerektirir, ancak ahlâkilik yargıcın masum mahkûma kaçması için yardım etmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla yargıç, mahkûma şefkat gösterir ve kaçmasına yardım eder.[9] (Merhamet)

İlk durumda yargıç, "hukukî izin verilebilirliğin" hudutları dahilinde bir karar vermiştir. Hukukî izin verilebilirlik,

7 William Shakespeare, *Kısasa Kısas*, çev. Özdemir Nutku, İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2011, s. 35-37.
8 Jeffrie G. Murphy, "Mercy and Legal Justice", *Forgiveness and Mercy* içinde, Cambridge University Press, 1998, s. 166.
9 Ned Markosian, "Two Puzzles About Mercy", The Philosophical Quarterly, Vol. 63, No. 251, 2013, s. 271, 287, 289.

yasanın öngördüğü suç ve ceza sınırlarına göre hüküm oluşturmak, yasanın dışına çıkmamak anlamına gelir. Yargıcın kararı ya da akıl yürütmesi hukukun belirlenmiş alanı içindedir. Dolayısıyla yargıcın, kişisel bir ahlâkî erdem olan merhamet edimini gerçekleştirdiğinden bahsedilemez. Ancak yine de adaletin bir yönüyle gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Bu halde yargıcın kararı, hukukun içindeki adaleti; yasal adaleti yansıtır.

İkinci durumda, "hukukî izin verilebilirliğin" sınırları 'kısmen' aşılmıştır. Kanunî ceza sınırına riayet edilmeyerek yasanın lafzı (adaleti) bir yönüyle aşılır. Bu tam da merhamet ile (aşkın) adaletin kesiştiği bir noktadır. Nitekim kesişim noktası, Murhpy'in açıklığa kavuşturduğu gibi, merhamet kavramının iki anlamda kullanılmasıyla ilişkilidir. Murphy, merhamet kavramının -Isabella'nın yukarıda söylediği gibi- bir "adaletsizlik özrü" ("yasalar adil, ama acımasız") ve "adalet gereğinden fazlalık" ("merhametin verdiği yüce duygu") şeklinde kullanıldığını ifade eder. "Adaletsizliğin özrü" olarak merhamet, hukukun katılığını yumuşatma aracıdır; hukukun acımazlığına ahlâkî erdem değil de adalet gereği sürülen bir merhemdir. "Adalet gereğinden fazlalık" olarak merhamet ise, yasa logosunun dışına çıkıp ahlâkî bir edimle hukukun katı ve hoşgörüsüz yorumlarına karşı direnmektir. Merhem olma ve direnme merhametin iki yüzüdür ve aynı zamanda merhamet ile (aşkın) adaletin kesişim noktasıdır. Öyleyse merhametin, salt ahlâkî bir armağan, şefkat, lütuf edimi değil de "adaletin gereğinden fazla" bir unsuruna dönüştüğü durumda, kesişim noktası 'hakkaniyet' nitelendirmesini almalıdır.

Hakkaniyet, yargıcın, "hukukî izin verilebilirliğin" sınırlarını zorlamasına; somut olayı ve yasayı hukukiliğin sınır boylarında yorumlamasına dayanır. Yargıç hukukî izin verilebilirliğin sınırlarını 'kısmen' aşarak bir karar veriyorsa, bu merhamet değil hakkaniyettir: Yasayı (ve dolayısıyla yasanın adaletini) aşan, bireyselleştirilmiş bir adalet edimi. Zira yargıç hâlâ hukuken belirlenmiş alan içinde muhakeme eder (etmelidir); hesaplama yapar (yapmalıdır), kararını yasal normlara atıfla gerekçelendirir (gerekçelendirmelidir). Sözgelimi Türk Ceza Kanunu, hakkaniyetin uygulanabileceği koşulların dahi sınırlarını çizer.[10] Öyleyse ikinci durumda yargıcın 5 ila 10 yıl değil de 3 yıl hapis cezası vermesi, benzer durumda olanlara (hırsızlık suçunu işleyenler) farklı muamele edilmesini, her maddi gerçeğin (somut olayın) ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirdiğinden yargıcın hakkaniyetli olduğu, hakkaniyetin yerine getirildiği anlamına gelir; yoksa yargıcın merhametli davrandığını göstermez.

Üçüncü durumda ise merhamet artık otonom ahlâkî bir edim olarak gerçekleştirilmiştir. Merhametten bahsedebileceğimiz yer işte bu üçüncü durumdur: Yargıcın mahkûmun kaçmasına yardım etmesi. Artık burada "hukukî izin verilebilirliğin" alanı tamamen aşılır; yargıç hukukî sınırları aşarak, ahlâkî izin verilebilirliğin alanında, özerk bir edimde

10 "Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" (TCK, madde 147).

bulunduğunda, hatta kendisini bir tehlikenin içine atarak 'kendinde olmayanı' mağdura/mahkûma bağışladığında (kaçmasına yardım etme) merhametli davranmış olur.

Peki, burada söz konusu olan yargıç merhameti midir yoksa herhangi bir insanın (A'nın) gerçek bir ıstıraba maruz kalmış ya da kalma tehlikesi içinde olan bir başka insana (B'ye) "gereğinden fazla" bir edimde bulunması mıdır? Yargıcın haksız ve suçsuz olduğunu bildiği halde hapse mahkûm ettiği B'yi kurtarması, insanî bir eylemin; merhametin göstergesidir. Nitekim yargıç, komplo olduğunu bilmesine rağmen kişiyi yine de hapse mahkûm etmiştir. Yargıcın böyle bir durumda (masum olduğunu bilmesine rağmen ceza vermesi) ne yapması gerektiği sorusuna birçok yanıt verilebilir, fakat iddiamız açısından asıl mesele, hukukî yargılamada merhametin değil, hakkaniyetin geçer akçe olduğudur. Yetkili kılınmış bir yargıcın hukukî ve ahlâkî ödevi, adaleti tesis etmektir; adaleti/hukuku mutlak surette aşan özerk bir ahlâkî erdemi yerine getirmesi değil

Reis Bey: Bir Hınç Davası

Orhan Koçak, Scheler'in hınç (ressentiment) kavramının "kötüleme ve değersizleştirme dürtüsünün genelleştirilmesi"[11] şeklinde tanımlanabileceğini yazar. Reis Bey'in mahkeme salonunda sanığa bakarken duyduğu tiksintinin ("kızgınlık, garaz, intikam ve haset") nedeni belki de bu hınçtır. Reis Bey'in hıncı o kadar büyüktür ki, "bir kötünün bürünmesi ihtimali olan masumluk maskesini kullanılmaz hale getirmek için bin masumu feda etme"ye hazırdır.[12] Hınç nedeniyle Reis Bey, suç işlenmeden çok önce davayı görmüş, hukukî muhakemeyi bitirmiş, cezayı vermiştir.

Yargılama süreci, Reis Bey tarafından hınçla verilmiş bir hükmün bürokratik teferruatını yerine getirmekten ibarettir. Yargıcın peşin yargıları ile ucuz bir romanın sahne uyarlaması gibi geçiştirilen duruşma süreçleri dönüp dolaşıp Reis Bey'in merhametsizliğine bağlanır; sanki Reis Bey'in hıncı, sihirli merhamet değneği dokunduğunda tuzla buz olacakmış gibi; sanki merhamet yargılama sürecinin ve yargıcın "ideal olması gereken"iymiş gibi; sanki hukukî yorumun katılığı ile yargılamanın kusurlarının devası yargıcın, Reis Bey'in merhamete gelmesiymiş gibi…

Dava bir cinayet davasıdır; sanığın annesini öldürdüğü ve annesinin elmaslarını çaldığı iddia edilir. Duruşmada sanığın kumar ve uyuşturucu bağımlısı olduğunu, Londra'da eğitimini yarım bırakıp İstanbul'a döndüğünü öğreniriz. Yargılama süresince Reis Bey'in hıncı sakınmadan kendini gösterir. Pek tabii sanık, Reis Bey'in hıncını algılamakta gecikmez: "Bitirim yerlerine düşmüş, eroine alışmış olmak, benim suçum… En yüksekten en aşağıya düşmüş olmak…Bu yüzden nefret ediyorsunuz benden…" Reis Bey'in hınç duyduğu "toplumsal durum" tam da budur; sanığın maddi varlığına rağmen sefaletin pençesine hür iradesiyle düşüp, acziyetiyle topluma zarar vermesi.

11 Orhan Koçak, "Sunuş", Max Scheler, *Hınç*, çev. Abdullah Yılmaz, İstanbul: Alfa Yayınları, 2015, s. 14.
12 Necip Fazıl Kısakürek, *Reis Bey*, İstanbul: Büyük Doğu Yayınları, 2013, s. 73.

Hınç davasında Reis Bey iki şeyden emindir; maddi gerçek (sanığın suçu işlediği) ve akıl yürütmenin doğruluğu (delillerin değerlendirilmesi). Duruşmada iki tanık dinlenir. İlki apartman kapıcısıdır. Kapıcı, sanığın, kendisinin de kabul ettiği iri siyah kareli bir ceketle gece yarısı apartmandan çıktığını görür. Cekete ait olduğu tespit edilen bir kumaş parçası maktulün avucunda bulunduğundan ceketi giyenin cinayeti işlediği şüphe götürmez. Reis Bey, "ceketi giyen ben değildim" diyen sanığa şunu sorar: "Yani bir başkası, sizinle aynı boyda posta bir adam, apartmanın kapısının anahtarını yaptırdı, ceketinizin eşini diktirdi de annenizi boğmaya, sonra da kadının elmaslarını, gizlendiği yerden almaya mı gitti? Bu kadar tesadüf üst üste gelebilir mi?" Sanığın avukatı ayağa kalkar ve şöyle der: "Apartman kapısının anahtarı, küçük bir detay gibi görünse de, bizce hayati ehemmiyettedir. Anne katili zanlısından bu noktayı öğrenmeye çalıştık. Bir gece bitirim yerinde, kumar masasında unuttuğunu, ertesi gece de kumarhane garsonundan aldığını söyledi. Bu nokta üzerinde durulmasını dileriz." Davanın seyrini değiştirebilecek bir konuya temas eden avukata Reis Bey'in cevabı "sırası gelince düşünürüz"dür. İkinci tanık Garson dinlenirken, sanık avukatı tekrar maddi gerçeğin araştırılması için tanığa anahtarın kayboluşu ile ilgili soru sorulmasını rica eder. Tanık, anahtarı bulduğunu söyledikten sonra avukat, gerçeği dillendirdiğinden emin olmadan, sanki hikâye yazarmış gibi, bir olasılık kurgular: "Fakat acaba bu arada anahtarı biri bulup da kalıbını aldıktan sonra yine aynı yere bırakmış olamaz mı? Sanığın evini, vaziyetini, şartlarını bilen onu gizlice kollayan birisi? Bitirim yeri tiplerinden birisi. İşte bütün mesele." Reis Bey'in cevabı yine en ufak şüpheye yer bırakmayacak kadar kesindir: "Düzlüklerin açık manası dururken ille dolambaçlıyı aramak niçin? Adam yerde buldum, verdim, diyor; bunu daha nereye kadar götürebiliriz."

Reis Bey'in delilleri değerlendirerek vardığı kanaat, kanun sözünü; diğer deyişle hukukun kararttığı hayatları temsil eder. Necip Fazıl'ın metni ve metin üzerine yapılan çoğu yorum, Reis Bey'in kişisel erdem yoksunluğu şeklinde ifade edilebilecek olan merhametsizliğinin, hem kanunun sözüyle hem yargıcın vicdansızlığıyla yakından ilişkili olduğunu ileri sürer. Nitekim Reis Bey merhametten ve acıma duygusundan yalnızca kötülük doğacağına inanır; "rahmet" kaldırılmıştır onun kalbinden ve aynı zamanda tam bir "kanun makinesi"dir. Kanunun 'katı' sözüne ve Reis Bey'in kişisel erdem eksikliğine karşı sanığın yumuşatma aracı olarak başvuracağı tek şey 'merhamettir'. Şayet Reis Bey merhametli olmuş olsaydı, kanunun/hukukun/adaletin sertliği yumuşatılmış, hukukî yargılama kusurlardan ve hatalardan arınmış olurdu. Peki, ama gerçekten öyle mi?

Reis Bey: Bir Hukuksuzluk Davası

Reis Bey'in kişisel erdem eksikliğinin hukuk yargılamasında; delillerin değerlendirilmesi ve hukuka uygun bir karar verilmesi noktasında hiçbir öneminin olmadığını söyleyerek başlayalım. Ne merhametli ne merhametsiz olmak yargıç ödevidir; ama adil olmak hukukî

ve ahlâkî bir yükümlülüktür. Karar vermeye yetkili kılınan birinden adil olması beklenir; kişisel bir erdem olan merhameti gerçekleştirmesi değil. Reis Bey nasıl adil olabilirdi? Ya da soruyu şöyle soralım: Reis Bey hukuku nasıl gereği gibi anlamlandırabilirdi?

Anayasanın m. 138/1 hükmüne göre, "hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler." Hukuka uygunlukla hem (yürürlükteki) pozitif hukuka hem hukukun genel ilkelerine uygunluk anlaşıldığında kanunun 'katı' sözünü aşan bir yol bulunmuş olur. Hukukun genel ilkelerinden biri olan suçsuzluk (masumiyet) karinesi (presumption of innocence) Anayasada; normlar hiyerarşisinin en üstünde güvence altına alınmıştır: "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmaz" (Anayasa 38/4). Ceza yargılamasında suçsuzluk karinesi, hazırlık evresinden kesin hüküm verilinceye kadarki süreçte, suç isnat edilen kişinin suçsuz olduğunun varsayılmasıdır. Bu temel ilke aynı zamanda, ceza yargılamasının başından sonuna kadar tüm aktörleri bağlayan pozitif bir normdur. Konumuz açısından ceza yargılamasına ve yargıcın hukukî akıl yürütmesine yoğunlaşalım. Yargıcın, önündeki somut olayı değerlendirirken; yani hüküm oluşturup karar verirken üstesinden gelmesi gereken ilk şey sanığın masum olduğuna ilişkin karineyi çürütmektir. Zira sanık, deliller aksini gösterinceye kadar, suçsuz kabul edilmelidir. Karinenin aksini ispat, mahkemeye aittir. Yargıç, (ya da res'en mahkeme) sanığın suçluluğunu kanıtlayacak (suçsuzluk varsayımının aksini gösterecek) delilleri değerlendirir. Yargıç hukuka uygun elde edilen delilleri değerlendirirken sanığın masumiyetinden şüphe etmelidir; zira bir bütün olarak ceza yargısı, sanığın masumiyetinden şüphe etmekle başlar ve suçsuzluk karinesinin aksini kanıtlama süreciyle devam eder. Ne zaman ki maddi gerçeğe ilişkin deliller, sanığın suçsuzluğundan kuşku duymayı makul ölçüde destekler, yargıç karinenin aksini ispat etmiş olur.

Tam burada, ikinci bir genel hukuk ilkesi devreye girer: "Şüpheden sanık yargılanır" (beyond a reasonable doubt). Şüphe, suçsuzluk varsayımının aksini gösteren/gösterecek makul nedenlerdir. "Şüpheden sanık yararlanır" ilkesi, "masumiyet karinesi"nin genelliğine nazaran, sadece karar vermek zorunda olan yargıcın delilleri –somut olayı- muhakeme ederken dikkate alması gereken bir ilkedir. Ceza yargılamasında şüphe, ortalama bir aklın (sağduyu) hesap edebileceği tutarlılıkta, 'sanık'-'isnat edilen suç' ve 'deliller' arasında illiyet bağı kurulamaması halinde ortaya çıkar. Bu ilkeyi kararına yansıtacak yargıç olduğundan, 'isnat edilen suçu' 'sanığın' işlediğini gösterecek 'deliller' yetersizse, -bir anlamda suçsuzluk karinesinin aksi ispat edilemiyorsa- sanığın suçu işlediğine ilişkin şüphe aşılamamış demektir. Zira yargıç, suç-fail-delil ilişkilendirmesinde kesin ve makul bir kanaate varmalıdır ki -suçsuzluk karinesi tamamen çürütülmelidir ancak o zaman- şüphe aşılmış, bertaraf edilmiş olsun. Nitekim ikinci ilkenin amacı, yargıcın suç-fail-delil ilişkilendirmesine dair şüpheleri ortadan kaldıran makul nedenlere daya-

narak kesin bir hükme varmasını sağlamaktır. Yargıcın bu ilişkilendirmeden kuşku duyması halinde, yani isnat edilen suçu sanığın işlediği yönünde kesin bir kanaate varılamadığında, şüpheden sanık yararlanır ve yargıç sanığı mahkûm etmez.

Ne var ki Reis Bey'in hıncı hem suçsuzluk karinesinin hem şüpheden sanık yararlanır ilkesinin üzerini örter. Yargılama, başından sonuna kadar Reis Bey'in hıncıyla yürütülür ve genel kabulün aksine sanığı, Reis Bey'in merhametsizliği değil, yargılamanın hukuksuzluğu ölüme götürür. Reis Bey'in gayrı ahlâkî ve hukuk-dışı peşin hükmü yargılamayı bir hınç davası haline getirmiştir. Davayı hukuksuz kılansa, Reis Bey'in delilleri hukuk kuralları ve ilkeleri çerçevesinde hakkaniyetle 'takdir etmek' yerine, sanığı hınçla 'itham etmesi'dir. Reis Bey, ilkeleri, hukuka uygunluğun hükümleri ya da ceza yargısının aslî unsurları şeklinde düşünmüş olsaydı, hıncı hayatları karartmamış olacaktı.

Reis Bey'in nihayetinde merhamete gelip "acımak düşünmektir" demesi de büyülü bir safsatadır; çünkü acımak düşünmek değil duyumsamaktır ve bir yargı kararını hukuka uygun hale getirecek eylem, duyumsamaktan ziyade ilkelerle düşünmektir.

O halde iddiamızı yineleyerek sonuca bağlayalım: Reis Bey'in hıncının devası ve hukukun acımasızlığının merhemi, merhametle hüküm verilmesi değildir. Merhametin ya da merhamet talebinin hukuk yargılamasında yeri yoktur, ama bir adalet türü olan hakkaniyetin vardır. Hakkaniyet, hem merhametle adaletin kesişim noktası olarak hukukun katılığını yumuşatır hem hukukî-ahlâkî ilkeleri hukuka uygunluk unsuruna dönüştürür.

KAYNAKÇA

- BRIEN, Andrew, "Mercy Within Legal Justice", *Social Theory and Practise*, Vol. 24, No. 1, 1998.
- KISAKÜREK, Necip Fazıl, *Reis Bey*, İstanbul: Büyük Doğu Yayınları, 2013.
- KOÇAK, Orhan, "Sunuş", Max Scheler, *Hınç*, çev. Abdullah Yılmaz, İstanbul: Alfa Yayınları, 2015.
- MURPHY, Jeffrie G., "Mercy and Legal Justice", *Forgiveness and Mercy* içinde, Cambridge University Press, 1998.
- MARKOSIAN, Ned, "Two Puzzles About Mercy", The Philosophical Quarterly, Vol. 63, No. 251, 2013.
- SHAKESPEARE, William, *Venedik Taciri*, çev. Bülent Bozkurt, İstanbul: Remzi Kitapevi, 10. Basım, 2010.
- SHAKESPEARE, William, *Kısasa Kısas*, çev. Özdemir Nutku, İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2011.
- ZWEIG, Stefan, *Merhamet*, çev. Deniz Banoğlu, İstanbul: Yordam Kitap, 2010.

Tanıma Kuralı: Değerlendirmeler

Aydan Ömür SURLU [1] [2]

I- Genel Olarak

H.L.A. Hart hukuk teorisini ve kurallar anlayışını, 1961 yılında yazdığı **The Concept of Law**[3] adlı eserinde açıklamıştır. Tanıma kuralı da *Hart*'ın hukuk sistemindeki en önemli kuraldır. Bu nedenle öncelikle *Hart*'ta kural kavramından söz etmek gerekir. *Hart*'ın hukuk teorisinin belirleyici unsurunu, kural kavramı oluşturur. Ona göre hukuk, bir kurallar bütünüdür. *Hart*, hukuk kurallarını da sosyal kuralların bir türü olarak tanımlar ve alışkanlıklardan ayırır. Sosyal bir kural, bireyler açısından davranışlarının standardı olarak kabul edilir. Ardından bireyler bu kuralı, uyulmaması durumunda hem kendileri, hem de diğer bireylerin davranışlarını eleştirmek için, bir standart olarak kabul ederler. Ancak bu taktirde bir sosyal kuraldan söz edilebilir ve bu unsur, içsel bakış açısını oluşturur. Kurallara yönelik bu içsel bakış açısı alışkanlıkları, sosyal kurallardan ayırır. İçsel bakış açısı, yükümlülük kavramını getirir ve tanıma kuralının da varlık koşulunu oluşturur.[4]

Hart'a göre hukuk, "birincil kurallar" ve "ikincil kurallar" birliğinden oluşur. Beraber ele alındıklarında bunlar, hukuk sistemini meydana getirir. Yani *Hart*'a göre hukuk, birincil ve ikincil kurallardan oluşan bir sistemdir. Birincil kurallar, bireylere yükümlülük yükleyerek, neyi yapıp yapmamaları konusunda davranışlarını yönlendirir. İkincil kurallar, birincil kurallar hakkındaki kurallardır. *Hart* ikincil kuralları değiştirme kuralları, yargılama kuralları ve tanıma kuralı olarak üç türe ayırır.[5]

Tanıma kuralı, ikincil kuralların en temeli ve en önemlisidir. Bir hukuk sisteminde hangi kuralların hukuk olduğunu belirleyen ve kurallara geçerlilik kazandıran, kurallar hakkındaki tek ve en üstün ve nihai kuraldır. Hukuk kuralları dayanaklarını, tanıma kuralından alırlar. *Hart*'a göre gelişmiş bir hukuk sistemi, bu şekilde kuralların ne olduğunu belirleyen ve diğer kurallar için geçerlilik kriteri oluşturan bir tanıma kuralı içermelidir. *Hart* tanıma kuralını konvansiyonel nitelikte sosyal bir kural olarak tanımlar. *Hart*'a göre hukukun kaynağı,

---

1 Dr. Öğretim Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD Başkanı.

2 Bu makalenin içeriğine ilişkin daha detaylı bilgi için Bkz. SURLU, Aydan Ömür, H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, Ankara 2008

3 HART, H.L.A., The Concept of Law, Oxford University Press, 1961; HART, H.L.A., The Concept of Law, Second Edition, Oxford University Press, 1994.

4 SURLU, Aydan Ömür; "H.L.A. Hart'ın Kurallar Sistemi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2010, S:21, s. 198-200.

5 SURLU, "H.L.A. Hart'ın…", s.201-202.

sosyal olguya dayanır. Bu sosyal olgu da, hukuk sitemindeki yetkililerin sosyal pratiğidir. Tanıma kuralı yetkililerin pratiğiyle, yani kabul etmeleriyle var olur. Yetkililer tanıma kuralını, kendi ve diğer bireylerin davranışları için kamusal bir standart olarak, içsel bakış açısıyla kabul ederler.[6]

Tanıma kuralının, hukuki pozitivizmin gereği olarak iki fonksiyonu vardır. Bunlar hukuku belirlemek ve geçerlilik kriteri oluşturmaktır. Hukuku belirleme fonksiyonu, hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu gösterir. Tanıma kuralı, birincil kuralları belirler. Geçerlilik kriteri olması da, bir kuralın, hukuk sistemine ait bir kural olabilmesi için hangi şartları içermesi gerektiğini belirler. Bir kural, tanıma kuralının öngördüğü kritere göre, geçerli veya geçersiz hale gelir. Yani tüm kriterleri yerine getiren kural, hukuki geçerlilik kazanmış olur.[7]

Hart, tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriterinin, hem belirlenmesinde hem de içeriğinde bir sınırlandırma getirmemektedir. Ona göre böyle bir sınırlandırma gerekli değildir. Yetkililer, geçerlilik kriterinin içeriğini serbestçe belirleyebilirler.[8]

II- Tanıma Kuralının Hukuki Geçerlilik Kriteri Olmasıyla İlgili Problemler

A-Tanıma Kuralının Hukuki Pozitivizmin Ayırma Teziyle Çatışması

Burada öncelikle hukuki pozitivizmin ayırma/ayrılabilirlik ve sosyal kaynaklar tezinden söz etmek gerekir. Ayırma tezi, hukuk ve ahlâkilik arasında bir ilişki kurulamayacağıyla ilgilidir ve bu konuda hukuki pozitivistler arasında görüş ayrılığı söz konusudur.[9] Katı hukuki pozitivistlerde ayrılabilirlik tezine göre, hukuk ve ahlâk arasında zorunlu veya kurucu bir ilişki kurulamaz.[10] *Hart*'ın oluşmasına temel teşkil ettiği esnek hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezine verdiği anlama göre ise, hukuk ile ahlâk arasında bir ilişki kurulabilmesi mümkündür.[11] *Hart*'a göre, hukuk ile ahlâk arasında zorunlu kavramsal bir ilişki değil, **rastlantısal** bir ilişki vardır.[12] Esnek hukuki pozitivistlerin amacı, tanıma kuralı vasıtasıyla pozitivist sınırlar içinde kalarak hukukta ahlâki olanlar da dahil, ilkelere ve değerlere yer verebilme olanağını yaratmaktır.[13] Yani yetkililer karar verdiği taktirde, tanıma kuralının ahlâkiliği içerebilmesi mümkündür.[14] Böylece

6 SURLU, Aydan Ömür; "H.L.A. Hart'ın…", s.202-203.
7 SURLU, Aydan Ömür; "H.L.A. Hart'ın…", s.203-204.
8 SURLU, Aydan Ömür; "H.L.A. Hart'ın…", s.204.
9 UYGUR, Gülriz, Hukuk, Etik ve İlkeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 54
10 SEBOK, Anthony J., "Is the Rule of Recognition a Rule?", Notre Dame Law Review, Vol:72, 1996-1997, s.1549.
11 UYGUR, Gülriz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", AÜHFD, C:52, Sayı:3, Ankara, 2003, (ayrı bası), s.156.
12 HART, The Concept of..., s.268 (Atıflar, kitabın 1994 yılındaki basımına yapılmıştır).
13 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.156.
14 ZIPURSKY, Benjamin C., "The Model of Social Facts", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.220; HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.272.

içerikli tanıma kuralıyla, hukukun ahlâkiliğe göre belirlenmesi sağlanmış olur.[15]

Tüm hukuki pozitivistler tarafından kabul edilen sosyal kaynaklar tezinin de, katı ve esnek hukuki pozitivizmde farklı anlamları vardır. Hukukun toplumun kararıyla belirlendiğini yani sosyal olarak yaratıldığını kabul eden sosyal kaynaklar tezine göre, hukuk sosyal olgu konusudur.[16] Bu sosyal olguyu da, yetkililerin tanıma kuralını kabullerine ilişkin pratikleri oluşturur Katı hukuki pozitivistler sosyal kaynaklar tezini, tanıma kuralının sadece var oluş koşullarında yani kabulünde değil, geçerlilik kriterinde de ararlar. Yani tanıma kuralı, hem sosyal olguya yani yetkililerin kabulüne dayanan bir sosyal kuraldır; hem de geçerlilik kriterinin de, sosyal kaynağa dayanması gerekir. *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistlere göre ise, tanıma kuralının sosyal olguya dayanması gerekirken, geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması, şart değildir. Böylece geçerlilik kriteri, sosyal kaynağa dayanabileceği gibi, ahlâki ilkeleri veya değerleri de içerebilir.[17]

1- Dworkin'in Eleştirileri

Tanıma kuralının içerikli olmasına yönelik en önemli eleştirileri, *Ronald Dworkin* getirmiştir. *Dworkin*'e göre, tanıma kuralı pozitivist anlamda içerikli olamaz ve bu durum, tanıma kuralının, konvansiyonel ve sosyal bir kural olmasını engeller.[18] *Dworkin* bu eleştirilerinde, pozitivizmin temel ilkelerine dayanmaktadır. Bu temel ilkelerden biri, hukukun kurallardan oluştuğu, tartışmalı nitelikte olan ilkelere yer vermediğidir.[19] Ona göre hukuki pozitivizmin tanıma kuralı, bu ilkelerin geçerliliğini sağlayamaz.[20] Pozitivizmin diğer ilkesi de, neyin hukuk olduğu konusunda kesinlik ve belirlilik öngörmesini sağlayacak olan bir tanıma kuralını içermesidir.[21] *Dworkin*'e göre bu durum ancak, tanıma kuralının geçerlilik kriterinde sosyal kaynağa dayanılmasıyla mümkündür. *Dworkin*'e göre hukuki pozitivizmde geçerlilik kriteri kuralların içeriğine değil, sosyal kaynağına dayanır. Yani bir normun geçerliliği, tartışmalı olan içeriğine değil, sosyal kaynağına göre belirlenir. Oysa ahlâki ilkelerin geçerliliği, değerlerine bağlıdır. Bunların geçerliliğini belirle-

15 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.154.

16 HIMMA, Kenneth Einar, Hukukun Ahlâki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, Çev. Saim Üye, Bilge Su Yay., Ankara 2010, s.16.

17 LEITER, Brian, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.356-357; HART, The Concept of..., s.258.

18 DWORKIN, Ronald, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosopy", Oxford Journal of Law Studies, Vol: 24, No:1, 2004, s.6; Bu kitabın çevirisi için Bkz. DWORKIN, Ronald; Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

19 DWORKIN, Taking Rights… , s.17; COLEMAN, Jules, "Constraints on the Criteria of Legality", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000, s.171.

20 DWORKIN, Taking Rights… , s.17; DWORKIN, Ronald A., "A Reply by Ronald DWORKIN", Ronald DWORKIN and Contemporary Jurisprudence, Edited and with a Preface by: Marshall Cohen, Duckworth 2001, s.247

21 DWORKIN, Taking Rights… , s.17; SHAPIRO, Scott J., "On Hart's Way Out", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.158.

yen şey, sosyal kaynakları olmadığı için, tanıma kuralının tartışmalı bir yapıya sahip olan ahlâkiliği içermesi, hukuk kurallarındaki belirlilik ve kesinliği ortadan kaldıracaktır. Ayrıca içerikli bir tanıma kuralının da pozitivist anlamda, sosyal ve konvansiyonel bir kural olmasından da söz edilemez. [22]

Dworkin'e göre eleştirilmesi gereken diğer bir konu da, ahlâki ilkelerin bağlayıcılık kazanmasının dayanağıdır.[23] Buna göre ahlâki ilkelerin hukukiliğini sağlayan şey, tanıma kuralında belirlenmeleri değildir. Ahlâki ilkeler, hakkaniyetin veya ahlâkiliğin gereklerini yerine getirdikleri için hukukilik (hukuken bağlayıcılık) kazanırlar. *Dworkin* bu durumun, ayrılabilirlik tezini de ihlal etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir.[24]

Hart, *Dworkin*'in bu eleştirilerini kabul etmemektedir. Öncelikle *Hart*, hukuki pozitivizmin hukukun sadece kurallardan oluşmadığını, kuralların yanı sıra ilkeleri de içerdiğini kabul etmektedir.[25] Günümüzde, birçok hukuki pozitivist de bu düşüncededir. Örneğin *Joseph Raz*'a göre yasa koyucunun, dilerse ilkeleri de hukuken bağlayıcı kabul etmesi mümkündür.[26] Ayrıca pozitivizmin, neyin hukuk olduğunu belirlemede kesinlik ve belirlilik öngörmesi de günümüzde tüm pozitivistler tarafından kabul edilmemektedir. *Dworkin*'in eleştirisi, bu ilkenin pozitivizmin temel amacı olduğu kabul edildiği taktirde anlamlıdır. *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistler, belirli bir oranda hukuki kesin olmayışı kabul etmektedirler.[27] *Hart*'ın tanıma kuralını getiriş amacı, hukukta kesinlik ve belirlilik olmayışını ortadan kaldırmak olsa da *O*, belirli oranda kesinlik olmayışını mümkün görmektedir ve hukuk kuralları ve ilkelerin belirli olmamasını, "**açık metin**" olarak nitelendirmektedir. [28] Buna göre hukuk kurallarının belirli anlamlarının yanı sıra, belirli olmayan anlamları da vardır. Burada *Hart* açısından söz konusu olan durum, hukuk sisteminin bütünüyle belirsiz ve kesin olmayışı değil, kurallara ilişkin olarak tam bir kesinliğin ve belirliliğin olmadığıdır.[29]

Bunun yanı sıra daha önce de belirttiğimiz gibi *Hart* tanıma kuralının, "kabul edilme" sosyal olgusu aracılığıyla sosyal kaynağa dayanması gerektiğini ileri sürer. Sosyal olguya ve sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı böylece, sosyal bir kural olmaktadır.[30] Ancak *Hart* tanı-

22 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.157-158.

23 COLEMAN, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.127.

24 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.158-159. .

25 HART, The Concept of.., s.250.

26 RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", The Yale Law Journal, Vol: 81, 1971-1972, s.845; MATHER, Henry, "Legal Positivism and American Case Law", University of Florida Law Review, Vol:38, 1986, s.618.

27 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.162, 169.

28 SUMMERS, Robert. S., "Prof. H. L. A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, Vol:4, 1963, s.638; HART, The Concept of…", s.251-252; VARGA, Csaba; Lectures on the Paradigms of Legal Thinking, Akadémiai Kiado, Budapest 1999,s.162-163.

29 SUMMERS, "Prof. H. L. A. Hart's…", s.638; HART, The Concept of…", s.251-252.

30 GREEN, Leslie, "Positivism and Conventionalism", s.38-39.

ma kuralının varlığının sosyal kaynağa dayanması gerektiğini kabul ederken, geçerlilik kriterinin daima sosyal kaynağa dayanmak zorunda olmadığını ileri sürer.[31] Önemli olan tanıma kuralının var olma koşullarının sağlanmasıdır; geçerlilik kriteri için ise bu koşullar, bir gereklilik değildir. Esnek hukuki pozitivizm de, geçerlilik kriterine ilişkin bir sınırlandırmayı zorunluluk olarak öngörmemektedir.[32] *Hart*'a göre geçerlilik kriteri içerikli olabilir ve bu durum, tanıma kuralının sosyal kural olma niteliğini etkilemez.[33]

Ayrıca geçerlilik kriterinde sınırlama getirilmemesinin, temel pozitivist düşüncenin bir gerekliliği olmadığı da ileri sürülebilir. Bu yönde bir iddiada bulunan *David Lyons'a* göre *Dworkin*'in düşüncesinden hareket edilirse, bir yandan sosyal olgu unsurunda yetkililerin pratiğine yer verilecek, diğer yandan da yetkililerin hangi kriteri kabul edeceğine ilişkin sınırlandırma getirilecektir. Bu tür bir sınırlandırma ise pozitivist gelenek için zorunlu değildir.[34]

Dworkin'in ahlâki ilkelerin bağlayıcılıklarıyla ilgili eleştirisini de, *Hart*'ın ve diğer esnek hukuki pozitivistlerin görüşleri çerçevesinde cevaplamak mümkündür. *Dworkin'e* göre, ahlâki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcı olmaları, bu ilkelerin ahlâkiliğin gereklerini karşılamalarına dayanır. *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistlere göre ise, ahlâki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki şartı yerine getirmeleridir. Yani ahlâki ilkeler, tanıma kuralı altında tanımlandıkları taktirde bağlayıcı standartlar olarak hukukta yer alabilirler. Bu durumda onları hukuki kılan da ahlâkilikleri değil, tanıma kuralında düzenlenen gerekleri karşılamalarıdır.[35]

2- Raz'ın Eleştirileri

Geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içermeyeceğini ileri süren ve *Hart*'ı eleştiren bir diğer hukukçu da, katı hukuki pozitivist olan *Joseph Raz'dır.*[36] Sosyal kaynaklar tezi *Raz* tarafından geliştirilmiştir.[37] *Raz* da sosyal kaynaklar tezini, hem tanıma kuralının kabul edilmesinde ,hem de geçerlilik kriterinde arar.[38] Onun ayrılabilirlik tezine verdiği anlam, geçerliliğin daima sosyal kaynağa dayanacak olması ve ahlâkiliği içermeyecek olmasıdır. Yani geçerlilik, her hukuk normu için ve her hukuk sistemi için sosyal kaynağa dayanacaktır.[39]

31 HART, The Concept of..., s.250, 258.
32 COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality…", s.127.
33 SILTALA, A Theory of Precedent…, s.222.
34 LYONS, David, "Principles, Positivism and Legal Theory", The Yale Law Journal, Vol:87, 1977 Aktaran UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.160.
35 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.160.
36 BIX, Brian, Jurisprudence Theory and Context, Carolina Academic Press, Third Edition, North Carolina, 2004, s.48.
37 PERRY, Stephen R., "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol:62, 1988-1989, s.952-953.
38 WACKS, Raymond, Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005, s.70.
39 BIX, Brian, "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999, s.19.

Ancak *Raz,* sosyal kaynak konularının da karışık olabileceğini ve ahlâkiliği içermeyen tanıma kuralında da tartışma çıkabileceğini kabul etmektedir. *Jules Coleman* da aynı görüştedir. Bununla bağlı olarak *Raz*'a göre sosyal kaynaklar tezi de, hukuki kesinliği ve belirliliği sağlama güvencesi oluşturmayabilir.[40]

Raz ayrıca katı bir hukuki pozitivist olarak, geçerlilik kriterinde sosyal kaynağa dayanılmasını aramaktadır. Ancak diğerlerinden farklı olarak, ahlâki ilkelerin geçerlilik kriteri oluşturmasına karşı çıksa da, yasama organının yapacağı düzenlemelerle ahlâkiliği içeren normların, hukuk kuralı olabileceğini kabul etmektedir.[41] Yani ahlâki ilkeler, hukukilik kazanabilecektir. Bu durumun, hukukun ahlâkiliğe göre belirlenmesinden yani, geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içermesinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

3- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Tanıma kuralına ilişkin görüşlerini ileri süren diğer bir hukukçu da, bir esnek hukuki pozitivist olan *Jules Coleman*'dır. Pozitivist anlayışını, *Hart*'ın görüşleri doğrultusunda oluşturan *Coleman*, *Hart*'ın en önemli destekçilerindendir ve özellikle *Dworkin*'in, içerikli tanıma kuralının sosyal kural olamayacağı hakkındaki eleştirileri üzerinde durmaktadır.[42]

Coleman'la ilgili belirtilmesi gereken konu, öncelikle sosyal kaynaklar teziyle ilgilidir. Bu tezi kendi açısından yorumlayarak, konvansiyonellik tezi olarak adlandıran *Coleman*, hukukun konvansiyona dayanan sosyal bir pratik olduğu görüşündedir ve tanıma kuralının tartışmalı konularda konvansiyonu içeremeyeceği için, sosyal bir kural olamayacağı eleştirilerine cevap vermeye çalışır.[43]

Öncelikle *Coleman*'ın, ayrılabilirlik tezine verdiği anlamdan söz etmek gerekir. Esnek hukuki pozitivizmin, geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içerebileceğini kabul etmesinin anlamı, hukukiliğin ahlâkiliğe göre belirlenmesinin mümkün, ama zorunlu olmadığıdır.[44] Yani içerikli bir kriter, tüm hukuk sistemleri için aranmamaktadır. Katı hukuki pozitivistler ise, içeriksiz bir kriteri, tüm hukuk sistemleri için aramaktadırlar. Yani katı hukuki pozitivistler, hukuk sistemlerine ilişkin belirli özelliklerin, tüm hukuk sistemleri için geçerli olduğunu kabul eder. Esnek pozitivistler ise en azından bazı hukuk sistemlerinin, bu özellikle-

40 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.162; COLEMAN, "Constraints on…", s.182.

41 RAZ, Joseph, "Legal Rights", Oxford Journal of Legal Studies Vol: 4, No: l, 1984, s.10; PERRY, "Second-Order…", s.954; HIMMA, Kenneth Einar, "Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compatibility Thesis", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:21, N:4, 2001, s.624-625.

42 SURLU, H.L.A. Hart'ta…, s.98.

43 WALUCHOW, Wil, "In Pursuit of Pragmatic Legal Theory", (The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Jules L. Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001), Book Review, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:15, No:l, January 2002, s.141; SHAPIRO; "On Hart's…", s.166.

44 PERRY, Stephen, "The Varieties of Legal Positivism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:9 , No.2, July 1996, s.362.

re sahip olmayabileceğini savunurlar.[45] Ayrılabilirlik tezinin bu anlamda kabulüne göre, ahlâkiliğin hukuki geçerlilik kriteri olmadığı, en azından bir tanıma kuralının ve buna bağlı olarak bir hukuk sisteminin varlığı, kavramsal olarak mümkündür.[46] Aynı çerçevede konvansiyonalist pozitivizm, tanıma kuralının, her toplumdaki hukuk sistemleri için sosyal bir kural olduğunu ileri sürmektedir. *Coleman* ise tanıma kuralının, en azından bir hukuk sistemi için sosyal bir kural olduğunu kabul eder.[47] Böylece ayrılabilirlik tezi ihlal edilmeden, hukukun ahlâkiliğe göre belirlenmesi mümkün hale gelmektedir. [48]

Coleman, tanıma kuralının sosyal kural olması ve geçerlilik kriterinin türüne göre oluşabilecek sorunlar çerçevesinde, çeşitli ihtimaller üzerinde durmaktadır. *Coleman*'ın bu durumlarda dikkat çekmek istediği nokta, tanıma kuralının kendisinin zorunlu olarak tartışmalı bir hale gelmeyecek olması yani, bütünüyle tartışmalı olmadan, sosyal bir kural olmaya devam edecek olmasıdır.[49]

Coleman öncelikle, ahlâkiliğin tümüyle tartışmalı olmayabileceğini ileri sürer. Yani, tartışma içermeyen ahlâkilik konuları da olabilir.[50] Ayrıca *Coleman,* ahlâkiliği içeren tanıma kuralında, ilkelerin ne olduğuna ilişkin tartışma olsa da, tanıma kuralının kendisinin tartışma konusu olmayacağını ileri sürer. Bunun yanında, ahlâkiliği içermeyen tanıma kuralında da anlaşmazlık yaşanabileceği görüşündedir.[51] Katı hukuki pozitivistler, sosyal kaynağa dayanan bir tanıma kuralında tartışmanın söz konusu olmayacağını savunurken,[52] *Coleman*'ın çıkış noktası ise genel olarak, tanıma kuralına ilişkin tartışmaların yaşanabilecek olmasıdır. *Coleman* sadece, ahlâkiliği içeren tanıma kuralının tartışmalı olmayabileceğini, özellikle vurgulamak istemektedir. Ona göre, sosyal kaynağa dayanan geçerlilik şartında da tartışma yaşanabilir. Sosyal kaynağa ilişkin konular da karmaşıktır ve ahlâki konularda olduğu kadar, toplumda sosyal konular üzerinde de uzlaşma yaşanmaması mümkündür.[53]

Coleman'ın yer verdiği diğer bir ihtimalde, ayrılabilirlik tezi doğrultusunda oluşturduğu anlayışı, konuyla ilgili olarak farklı bir seçenek meydana getirmektedir. Ona göre geçerlik kriteri ahlâkiliğe dayanmayan, dolayısıyla sosyal bir kural olan tanıma kuralı en az bir hukuk sistemi için mevcuttur. [54] Zira tanıma kuralının sosyal bir kural olması, katı pozitivistlerin bir ön kabulüdür. Bu anlamda geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayandığı en az bir hukuk sisteminin olabilirliğini kabul eden *Coleman*, beraberinde tanıma kuralının sosyal bir kural olduğu en az bir

45 BIX, "Patrolling the…", s.19.
46 LEITER, "Legal Realism…", s.356.
47 COLEMAN, Jules, "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Vol:11, 1982, s.152.
48 COLEMAN, "Negative and…", s.141.
49 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.166.
50 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.170.
51 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.166.
52 SEBOK, "Is the Rule…", s.1555.
53 COLEMAN, "Constraints on…", s.182.
54 LEITER, "Legal Realism, s.356

hukuk sisteminin de olabilirliğine imkân vermektedir.[55]

Coleman'ın ihtimal dahilinde gördüğü diğer bir durum da, yine içerikli bir tanıma kuralına ilişkindir. Ona göre böyle bir tanıma kuralının, ahlâki ilkelere gönderme yaparken, bu ahlâki ilkelerin içeriğini göz önüne almayacak şekilde düzenlenmesi de mümkündür. *Coleman*'a göre tanıma kuralının ahlâkiliğe yaptığı her gönderme tartışmalı olmayabilir. Bir ahlâki ilkenin hukukiliği, içeriksiz özellikleriyle de belirlenebilir. Örneğin, toplum tarafından kabul edilme gibi. Bu tür durumlarda hangi ahlâki ilkelerin hukuki olarak bağlayıcı olduğunu belirlemek, hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirlemekten daha fazla tartışma yaratmayacaktır. Bu aynı zamanda, tanıma kuralının sosyal bir kural olmasını da destekleyen bir durumdur.[56]

B- Tanıma Kuralının Sosyal Kural Olmasına Yönelik Tartışmalar

1- Dworkin'in Eleştirileri

Daha önce de belirttiğimiz gibi *Dworkin'*e göre ahlâkiliği içeren tanıma kuralının tartışmalı yapısı, hem sosyal hem de konvansiyonel bir kural olmasına pozitivist anlamda olanak vermemektedir. *Dworkin* burada söz konusu tartışmanın, içsel bakış açısıyla kabul edilen bir pratik oluşturmayacağını ileri sürmektedir.[57]

Hart, bu eleştirileri de cevaplamaktadır. Ona göre *Dworkin*, *Hart*'ın bu konuda yaptığı ayrımı göz ardı etmektedir. *Hart*, tanıma kuralının bir sosyal kural olarak var olma koşullarıyla, tanıma kuralının geçerlilik kriterinin belirlenmesi ve geçerlilik kriterinin uygulanmasına ilişkin konuların, birbirinden ayrı olduğunu ileri sürmektedir.[58]

Söz ettiğimiz gibi *Hart* sosyal kaynaklar tezini sadece, tanıma kuralının var olma koşullarında aramaktadır. Geçerlilik kriteri için ise bu gerekli değildir. Esnek hukuki pozitivizm, böyle bir sınırlandırmayı zorunluluk olarak görmemektedir. *Hart*'a göre tanıma kuralının sosyal bir kural olması, yetkililerin içsel bakış açısıyla kabul etmelerine dayanır. Kabul edilme sosyal olgusuyla sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı böylece, sosyal bir kural olmaktadır. Geçerlilik kriterinin ise sosyal kaynağa dayanmaması, tanıma kuralının sosyal bir kural olmasını engellemez. Önemli olan, yetkililerin neyi geçerlilik kriteri olarak kabul ettikleri ve bu konuda hemfikir olmalarıdır.[59] Örneğin yetkililer, geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içermesi gerektiğini de, yine içsel bakış açısıyla kabul ederler.[60] Yani bu durumda, geçerlilik kriterinin ne olduğuna ilişkin bir tartışma çıkmamakta ve tanıma kuralının sosyal kural olması etkilenmemektedir. Ancak geçerlilik kriterinin gerekleri konusunda ise, yetkililer arasında tartışma yaşanabi-

55 SURLU, "H.L.A. Hart'ın…", s.101

56 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.166.

57 ZIPURSKY, "The Model of…", s.222; UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.158-159; MARMOR, Andrei, "Legal Conventionalism", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.197; COLEMAN, "Constraints on…", s.179-180.

58 SURLU, H.L.A. Hart'ta…, s. 103

59 HART, The Concept..., s.258

60 SILTALA, A Theory…, s.222.

lir. Yani geçerlilik kriterinin uygulanmasına ilişkin tartışma yaşanması, *Hart*'a göre mümkündür [61] ve bu durum, konvansiyonu da etkilemez. Yani *Hart*, tanıma kuralının konvansiyonu gerektirdiği durumun da, kriterin belirlenmesi olduğunu kabul eder. Kriterin uygulanmasına ilişkin olarak da yetkililer arasında bir konvansiyon aramamaktadır.[62]

2- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Coleman, *Hart*'ın bu konuda yaptığı ayrımı geliştirmiştir. *Coleman*'a göre, geçerlilik kriterinin neyi içerdiği konusunda yetkililer arasında yaşanacak bir anlaşmazlık, tanıma kuralının kendisini tartışmalı bir kural yapacak ve konvansiyonu engelleyecektir.[63] Bu durumda yetkililerin geçerlilik kriterinin ne olduğuna karar verememeleri, sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı açısından da söz konusu olabilecektir. Yetkililer tarafından, üzerinde uzlaşılmış yani belirlenmiş geçerlilik kriterinin uygulamasına ilişkin bir uyuşmazlık yaşanması da mümkündür.

a- Tanıma Kuralının İçeriğinde Yaşanan Anlaşmazlık

Uyuşmazlıkların birinci türü, tanıma kuralının içeriğine ilişkindir. Burada yetkililer; geçerlilik kriterinin ahlâkiliği mi içerdiği, yoksa kaynağa mı dayandığı konusunda hemfikir değillerdir. Bu durum, tanıma kuralının kendisini tartışmalı bir kural haline getirmektedir; zira neyin tanıma kuralı olduğu belirsizdir.[64] Dolayısıyla, tanıma kuralı sosyal kaynağa dayandığında, zaten tanıma kuralında bir tartışma doğmayacağını öngören kaynaklar tezi karşısında *Coleman,* sosyal kaynağı da içerse, tanıma kuralında tartışma yaşanabileceğinin mümkün olabileceğini ortaya koyar.[65] Söz konusu her iki durum için, tanıma kuralında konvansiyon da söz konusu olamamaktadır.[66]

b- Tanıma Kuralının Uygulanmasında Yaşanan Anlaşmazlık

Tanıma kuralı hakkındaki diğer anlaşmazlık ise, uygulama alanında söz konusu olabilir. Burada yetkililer, tanıma kuralının ne olduğu konusunda anlaşmış, ancak uygulamasına ilişkin olarak bir tartışma yaşamaktadırlar.[67] *Coleman*'a göre konvansiyonu sağlayan, tanıma kuralında anlaşılmış olunmasıdır. Yetkililer tanıma kuralının ne olduğunu, içsel bakış açısıyla kabul etmektedir.[68] Uygulamada konsensusa varılmaması ise, konvansiyonu engelleyecek bir durum yaratmamaktadır.[69] *Coleman*'ın bu görüşü, onun konvansiyonel hukuk anlayışı çerçevesinde, tanıma kuralının sosyal bir kural olduğu iddiasını da desteklemektedir. Bu bakımdan *Coleman* örneğin, ahlâkiliğe gönderme yapan tanıma kuralının, sosyal kural

61 HART, The Concept..., s.258.
62 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.172.
63 BIX, "Patrolling the…", s.28.
64 WALUCHOW, "In Pursuit…", Book Review, s.142.
65 SURLU, H.L.A. Hart'ta…, s.106.
66 COLEMAN, "Negative and…", s.156-157
67 WALUCHOW, "In Pursuit…", Book Review, s.141-142.
68 SILTALA, A Theory…, s.222.
69 COLEMAN, "Negative and…", s.156-157

olma özelliğini kaybetmeyeceği inancındadır.[70]

III-Tanıma Kuralının Epistemik Fonksiyonuna İlişkin Değerlendirmeler

Tanıma kuralının değerlendirildiği bir konu da, epistemik fonksiyonlarına ilişkindir. Tanıma kuralının epistemik fonksiyondan *Hart* söz etmiş, *Coleman* da *Brian Leiter* ile birlikte konuyu ikiye ayırmıştır.[71] Bu fonksiyonlar, hukuku belirlemek ve geçerlilik kriteri oluşturmak fonksiyonlarıdır.[72] Yani tanıma kuralı bireylerin, toplumda hukukun ne olduğunu öğrenmelerini sağlayan bir geçerlilik kriteri belirler.[73] Geçerlilik kriterinin muhatabı, onu belirlemek ve uygulamakla görevli olan yetkililerdir.[74] *Hart*'ın, tanıma kuralının temel fonksiyonunun geçerlilik kriteri olduğunu belirtmesine, *Coleman* da katılmaktadır. Tanıma kuralının hukuku belirlemesi ise, bir toplumu oluşturan bireylerle ilgilidir. Bireyler toplumda neyin hukuk olduğunu, tanıma kuralına başvurarak öğrenirler.[75]

A- Dworkin'in Eleştirileri

Dworkin'in tanıma kuralı hakkındaki itirazlarından diğeri de, tanıma kuralının bu epistemik fonksiyonuyla ilgilidir. *Dworkin*'e göre, pozitivist anlamda tanıma kuralı, bir toplumda hukukun belirlenmesini sağlar. Ahlâkiliğe hukuk içinde yer vermek ise, ahlâkiliğin tartışmalı doğasından ötürü, tanıma kuralının epistemik fonksiyonunu yerine getirmesini engeller. Söz ettiğimiz gibi *Hart*'ın tanıma kuralını getiriş amaçlarından en önemlisi, hukuki belirsizlik veya kesin olmayışı önlemektir. Ancak, tanıma kuralında ahlâki ilkelere veya değerlere yer verilmesi, *Dworkin*'e göre, hukuki kesinliği sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır.[76]

B- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Coleman, Dworkin'in bu eleştirisi karşısında kendi görüşü oluşturmuştur. Öncelikle *Coleman*'ın yaptığı ayrıma göre geçerlilik kriteri fonksiyonu açısından, tanıma kuralının içerikli olup olmaması bir fark doğurmamaktadır. Her iki tür kriter açısından da, tanıma kuralının içeriğine ilişkin bir sorun yaşanmamaktadır; çünkü neyin geçerlilik kriteri oluşturduğu konusunda bir belirlilik vardır ve belirttiğimiz gibi kriterin gereklerine ilişkin olarak, uygulamada tartışma yaşanabilir. Geçerlilik kriterini belirlemek, yetkililerin görevidir. Önemli olan, neyin geçerlik kriteri olarak kabul edildiğidir. Dolayısıyla, ahlâkiliğe yer veren tanıma kuralında hemfikir olunması halinde, geçerlilik fonksiyonu etkilenmemektedir. Kriterin gereklerine ilişkin

70 COLEMAN, Jules, "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol:14, 1991, s.720-722.
71 BIX, "Patrolling the…", s.26.
72 COLEMAN, "Negative and…", s.141.
73 COLEMAN, "Rules and…", s.719.
74 SEBOK, Anthony J., "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition"; S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999, s.106.
75 BIX, "Patrolling the…", s.25-27.
76 UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.159.

olarak, uygulamada tartışma yaşanması ise, fonksiyonu etkilemez.[77]

Coleman'ın ayrımında önemli olan, hukuku belirleme fonksiyonudur ve bunun muhatabı ise vatandaşlardır. Vatandaşlar, toplumun hukukunun ne olduğunu, tanıma kuralına başvurarak öğrenirler.[78] *Coleman*'ın çıkış noktası, ahlâkiliğin tümüyle tartışmalı olmamasıdır. *Coleman*'a göre geçerlilik kriteri sosyal kaynağa dayanmayan bir tanıma kuralının da hukuku belirleyebilmesi mümkündür. Önemli olan bir standardın tartışma yaratıp yaratmadığıdır. Bu durum *Coleman*'ın getirdiği epistemik yeterlilik kavramıyla ilgilidir. Eğer bireyler, ahlâkiliği içeren bir tanıma kuralının öngördüğü bir standarda başvurarak toplumlarının hukukunun ne olduğunu belirleyebiliyorlarsa bu standart, epistemik olarak yeterlidir. Bu durumda tanıma kuralının, hukuku belirleme fonksiyonu da gerçekleşmiş olur.[79] Burada *Coleman*'a göre epistemik yeterliliğin, sosyal kaynak açısından söz konusu olmadığını belirtmek gerekir. Zira sosyal kaynağa dayanan standartlar, prensipte epistemik yeterliliğe sahiptir. Hukukiliğin içeriksiz herhangi bir kriterinin, epistemik açıdan yeterli olabileceği bir ön kabuldür. [80]

Bir standardın içerikli olması ile epistemik yeterlilik kavramı, yani o standardın epistemik yönden yeterli olup olmaması da farklıdır. Bir standardın içerikli olması, o standarda göre neyin hukuk olduğunun, normun (kaynağına değil) değerine bakarak belirlenmesidir. Bir standardın epistemik olarak yeterli olması ise bireylerin hem toplumun hukukunun hem de kendi hak ve ödevlerinin neler olduğunu anlamalarını sağlayabilmesidir.[81]

Bazı içerikli standartların epistemik olarak yeterli olması mümkündür.[82] Bir normun değeri tartışma yaşanmasını gerektirmeyebilir ve sonuçta hukuki geçerlilik olarak değerlendirme yapmayı gerektiren kriter, epistemik yönden sorun çıkarmayabilir Örneğin bazı toplumlar, ne olduğu belirli somut ahlâki değerlere sahip olabilir. Bunların bireyler yönünden neyi ifade ettiği açıktır. Eğer bir tanıma kuralı ahlâki standartları referans gösteriyorsa ve bu ahlâki ilkeler toplumun tümü tarafından aynı şekilde anlaşılıyorsa, hukukiliğin de doğru anlaşıldığı söylenebilir. *Coleman*'a göre bu tür standartlar epistemik olarak yeterlidir ve bu tür içerikli tanıma kurallarının, hukuku belirleme fonksiyonuna sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.[83]

Ancak *Coleman*'a göre, örneğin bir tanıma kuralı, o toplumda doğru olan ahlâki ilkelerin geçerli olduğunu içerebilir. Özellikle gelişmiş ve çok kültürlü toplumlarda bu tür ucu açık ve soyut bir standart üzerinde toplumun uzlaşması ve aynı şeyi anlaması kolay değildir.

77 SURLU, H.L.A. Hart'ta…, s.119
78 BRESLIN, Jonathan M., "Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:14, No:1, January 2001, s.136
79 COLEMAN, "Rules and…", s.719-722
80 COLEMAN, "Rules and…", s.720
81 COLEMAN, "Rules and…", s.720
82 SEBOK, "Is the…", s.1556
83 COLEMAN, "Rules and…", s.721

Coleman, bireyler tarafından neyin hukuk olduğunun anlaşılamayacak olması nedeniyle, bu tür tartışmalı bir tanıma kuralının epistemik yeterliliğini kabul etmemektedir. Dolayısıyla bu tür bir tanıma kuralının, hukuku belirleme fonksiyonunu da yerine getirmesi mümkün olmaz.[84] Epistemik yeterlilik geçerlik kriteri açısından ele alındığında ise *Coleman,* geçerlilik kriterinde epistemik yeterliliği aramamaktadır. Zira *Coleman*'a göre geçerlilik kriterinde epistemik yeterliliği aramak, geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içeremeyeceğini, sadece sosyal kaynağa dayanabileceğini kabul etmekle aynı anlama gelecektir.[85]

84 COLEMAN, "Rules and…", s.720
85 SEBOK, "Is the…", s.1556

KAYNAKÇA

- BIX, Brian; Jurisprudence Theory and Context, Carolina Academic Press, Third Edition, North Carolina, 2004
- BIX, Brian; "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999
- BRESLIN, Jonathan M.; "Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:14, No:1, January 2001
- COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004
- COLEMAN, Jules; "Constraints on the Criteria of Legality", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000
- COLEMAN, Jules; "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol:14, 1991
- COLEMAN, Jules; "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Vol:11, 1982
- DWORKIN, Ronald; Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007
- DWORKIN, Ronald; "Hart's Postscript and the Character of Political Philosopy", Oxford Journal of Law Studies, Vol: 24, No:1, 2004

- DWORKIN, Ronald A.; "A Reply by Ronald DWORKIN", Ronald DWORKIN and Contemporary Jurisprudence, Edited and with a Preface by: Marshall Cohen, Duckworth 2001
- GREEN, Leslie; "Positivism and Conventionalism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999
- HART, H.L.A.; The Concept of Law, Second Edition, Oxford University Press, 1994
- HART, H.L.A.; The Concept of Law, Oxford University Press, 1961
- HIMMA, Kennneth Einar; Hukukun Ahlâki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, Çev. Saim Üye, Bilge Su Yay., Ankara 2010
- HIMMA, Kenneth Einar; "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004
- HIMMA, Kenneth Einar; "Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compatibility Thesis", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:21, N:4, 2001
- LEITER, Brian; "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004
- LYONS, David; "Principles, Positivism and Legal Theory", The Yale Law Journal, Vol:87, 1977
- MARMOR, Andrei; "Legal Conventionalism", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004
- MATHER, Henry; "Legal Positivism and American Case Law", University of Florida Law Review, Vol:38, 1986
- PERRY, Stephen; "The Varieties of Legal Positivism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:9 , No.2, July 1996
- PERRY, Stephen R. "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol:62, 1988-1989
- RAZ, Joseph; "Legal Rights", Oxford Journal of Legal Studies Vol: 4, No: 1, 1984
- RAZ, Joseph; "Legal Principles and the Limits of Law", The Yale Law Journal, Vol: 81, 1971-1972
- SEBOK, Anthony J.; "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition"; S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999
- SEBOK, Anthony J.; "Is the Rule of Recognition a Rule?", Notre Dame Law Reviw, Vol:72, 1996-1997
- SHAPIRO, Scott J.; "On Hart's Way Out", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004
- SILTALA, Raimo; A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000
- SUMMERS, Robert. S.; "Prof. H. L. A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, Vol:4, 1963
- SURLU, Aydan Ömür; "H.L.A. Hart'ın Kurallar Sistemi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2010, S:21, s. 197-204

- SURLU, Aydan Ömür; H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuk (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, Ankara 2008
- UYGUR, Gülriz; Hukuk, Etik ve İlkeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006
- UYGUR, Gülriz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", AÜHFD, C:52, Sayı:3, Ankara 2003, (ayrı bası)
- VARGA, Csaba; Lectures on the Paradigms of Legal Thinking, Akadémiai Kiado, Budapest 1999
- WACKS, Raymond; Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005
- WALUCHOW, Will; "In Pursuit of Pragmatic Legal Theory", (The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Jules L. Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001), Book Review, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:15, No:l, January 2002
- ZIPURSKY, Benjamin C.; "The Model of Social Facts", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

Parrhesia Kavramı Işığında Parti Disiplini ve Milletvekillerinin İfade Özgürlüğü

Mısra TAN[1]

Sunumumda, kökenini Antik Yunan'da bulan ve İngilizce'ye "free speech" olarak çevrilmiş parrhesia kavramını, yasama sorumsuzluğunun koruduğu[2] temel değer olan milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak ele alacağım. Parrhesia'nın günümüzle bağlantısını kurarken ise meclis veya hükümdar önünde kullanılabilen siyasi biçimine odaklanacağım.

1. Parrhesia Kavramı

Parrhesia, Foucault'nun "Doğruyu Söylemek" isimli kitabında ayrıntılı olarak incelenmiş bir kavramdır.[3] Yazar, eserinde, hakikatin ne olduğu ve buna yönelik içsel ya da dışsal ölçütleri bir yana bıraktığını belirtmiş, hakikatin kim tarafından dile getirilebileceği, bunun sonuçları ve iktidarla ilişkisine dair sorunlara odaklanmıştır.[4]

Antik Yunan'da bir yönetim biçimi olarak demokrasi (politeia)[5] günümüzde ifade özgürlüğüne tekabül eden parrhesia, eşit konuşma hakkı (isegoria) ve vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesi (isonomia) üzerinden tanımlanmaktadır. Parrhesia, Antik Yunan Edebiyatı'nda M.Ö. 5. yüzyılın sonlarından itibaren kullanılmaya başlanan bir kavramdır.[6] Etimolojik olarak baktığımızda pan (her şey) ve rhema (söylenen) kelimelerinden oluşmakta ve "her şeyi söylemek" anlamına gelmektedir. İngilizce'de özgür konuşma anlamında "free speech" olarak ifade edilen bu kavramın Almanca (Freimüthigkeit) ve Fransızca (franc-parler) çevirilerde karşılığı açık sözlülük olarak görülmektedir. Parrhesiastes ise hakikati söyleyen kişidir ve bu kişi inandığı şeyi, yani kendi fikrini açıkça ve dolaysız olarak ifade etmektedir.[7]

Parrhesia siyasi ve felsefi olmak üzere farklı biçimlerde kullanılabilmektedir. Kavramın anlaşılması amacıyla, felsefi parrhesia'nın tipik bir örneği olarak, Sokrates'in parrhesia kullanımı verilebilir. Sokrates, Atinalılarla sokakta diyaloğa girip yönelttiği sorularla bilgelik, hakikat, adalet, cesaret, dindarlık gibi konularda onları dikkatli olmaya davet ederek bir filozof parrhesiastes

---

1 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

2 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta, 2012, s. 442; O. Serkan Gülfidan, **Yasama Dokunulmazlığı,** XII Levha, Ekim 2011, s. 10.

3 Michel Foucault, **Doğruyu Söylemek**, (Editörün Önsözü), Ayrıntı, 4. Basım, 2014, s. 7.

4 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 142, 143.

5 Aristoteles, **Politika**, Say Yayınları, 2. Baskı, 2015, s. 99.

6 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 9, 19, 20; Josiah Ober, "The Original Meaning of 'Democracy': Capacity to Do Things, not Majority Rule", **Constellations,** C. 15, S. 1, 2008, s. 6, 7.

7 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 10, 11.

rolü oynamıştır.[8] Çalışma kapsamında ise milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile kurulacak bağlantı dolayısıyla kavramın siyasi biçimi üzerinde durulacaktır.[9]

Antik Yunan'da düşünce ve hakikat arasındaki örtüşmenin bir zihinsel deneyim sonucunda değil, sözel etkinlik olan parrhesia yardımıyla ortaya çıkacağı fikri benimsenmiştir. Parrhesiastes'i hakikate ulaştıracak olan ise sahip olduğu dürüstlük ve cesaret gibi ahlaki niteliklerdir. Parrhesia kullanımı böylece, düşüncesi hakikat niteliğinde olan ve dolayısıyla inancı ile hakikati arasında tam bir örtüşme olduğu varsayılan parrhesiastes'in ifadeleriyle gerçekleşmektedir.[10]

Hakikat anlatıcısı olarak nitelenmenin gereği, hakikat niteliğindeki eleştirileri dile getirmekle belli bir tehlikeye maruz kalacağını bilerek bu ödevi yine de yerine getirmeye cesaret edebilmektir. Dürüst bir hakikat anlatıcısı, karşılarında daha güçsüz konumda olduğu dinleyiciler önünde bu faaliyeti gerçekleştirmekle belli bir tehlikeyi göze almaktadır. Bir filozofun hükümdara yönelik eleştirileri neticesinde sürgüne gönderilmeyi ya da öldürülmeyi göze alması örneğinde olduğu gibi. Benzer şekilde, agorada çoğunluk görüşüne aykırı fikirlerini açıklamakla popülerliğini ve hatta özgürce konuşma hakkını kaybetme tehlikesini göze alan bir hatibin de siyasi tartışma kapsamında parrhesia kullanmış olduğu düşünülebilir. Verilen iki örnekte monarşik, yani bir hükümdara yönelik olarak kullanılan parrhesia ile demokratik, yani meclis önünde kullanılan parrhesia'nın izlerini görmek mümkündür.[11]

Antik Yunan'da demokratik parrhesia'nın kullanıldığı yer agora'dır.[12] Bu parrhesia'yı potansiyel olarak günümüzün parrhesiastes'i olan milletvekilinin ifade özgürlüğüne benzetebiliriz. Milletvekilinin bu özgürlüğünü korumaya yönelik bir mekanizma olan yasama sorumsuzluğu ise, Antik Yunan'da agorada söz alan parrhesiastes için mevcut değildir.

Helenistik döneme gelindiğinde, artık parrhesiastes'in işlevi hükümdarın danışmanları tarafından yerine getirilmekte ve parrhesia kralın sarayında ortaya çıkmaktadır. Danışman ise halka göndermede bulunmakta ve bir anlamda onlar adına söz hakkını kullanmaktadır.[13] Danışman, günümüzdeki milletvekiline benzer şekilde toplumun menfaatini hükümdar karşısında temsil etmektedir. Foucault, kendi iktidarını parrhesia aracılığıyla sınırlayarak bilgeliğe ulaşabileceğini belirttiği hükümdarın -günümüzün anayasal bir kurumu olan yasama sorumsuzluğuna benzer şekilde- danışmanıyla bir parrhesia sözleşmesi yaptığını belirtmiştir. Böylece hükümdar danışmanına, sözleşme kapsamında dile getireceği hakikatler için onu cezalandırmayacağını taahhüt etmektedir.[14]

8 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 19-21; Ahmet Arslan, **Felsefeye Giriş**, Adres Yayınları, Şubat 2016, s. 149, 150; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, 2006, s. 50.

9 Felsefi parrhesia kullanımının ayrıntıları için bkz. Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 91.

10 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 12, 13.

11 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 14-17.

12 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 20.

13 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 20.

14 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 28.

Parrhesia kullanan dürüst kişi, ayrıca eleştirel bir işlev yerine getirmektedir. Bu etkinlik doğrultusunda göze alınan tehlike ise "hakikatin dinleyiciyi incitebilecek ya da öfkelendirebilecek"[15] olmasıdır. Benzer şekilde, parrhesia'nın modern dünyadaki görünümü olan ifade özgürlüğü bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu özgürlük kapsamında yalnızca insanları incitmeyen bilgi ve düşüncelerin değil, "devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşüncelerin"[16] de korunduğunu belirtmektedir. Parrhesia ile amaçlanan hakikatin ispati değildir, aksine dinleyicinin davranış ya da düşüncelerinin yanlışlığına dair bir eleştiri yapılmasıdır.[17]

Eleştiri sunmakla amaçlanan, kısaca ifade etmek gerekirse, dinleyiciye yardım etmek ve onun durumunu düzeltmektir. Dolayısıyla hakikat anlatıcısının bir ödev yüklendiği görülür. Bu ödevi, karşılaşabileceği tehlikeleri göz önünde bulundurarak yerine getirip getirmeme konusunda kişi özgürdür.[18]

2. Parti Disiplini ve Milletvekillerinin İfade Özgürlüğü

Günümüzde milletvekillerinin üstlendikleri temsil ödevi bağlamında yaptıkları açıklamalardan doğabilecek tehlikeler karşısında korunmasını sağlayan kurum ise yasama sorumsuzluğudur.[19] Görevleriyle bağlantılı olarak ifade özgürlüklerinin korunması ile milletvekillerine sağlanan güvencenin varlık gerekçesi ise "millet iradesinin tam bir serbestlikle ifade edilmesi"dir.[20]

Venedik Komisyonu raporlarında ise milletvekillerinin ifade özgürlüğü, parlamentodaki tartışmaların özgür bir biçimde gerçekleşmesini sağlayan kurum olarak nitelenmektedir.[21] Bu konuda AİHM de benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkeme, 2007 tarihli Lombardo ve Diğerleri v. Malta kararında, Fgura Yerel Meclisi'nde bir yol projesine dair başlayan siyasi tartışma neticesinde üç Meclis üyesinin bir gazetede yayınlamış oldukları makale nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilmesini ifade özgürlüğü kapsamında incelemiştir. Makalede Meclis üyeleri, yol projesine ilişkin olarak Fgura Yerel Meclisi'nin kamunun görüşüne başvurmadığı ve kamuoyunu görmezden geldiği dile getirmişlerdir. AİHM, başvuranların siyasi konumunu göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğünün seçilmiş temsilciler bakımından önemine değinmiş, bu kişilerin seçmenleri temsil ettiğine, endişelerini dile geti-

15 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 15.

16 AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 1976, para. 49.

17 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 15, 16.

18 Foucault, **Doğruyu Söylemek**, s. 16, 17.

19 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 83, fıkra 1: "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar."

20 Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 442.

21 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), **Turkey – Opinion on the Suspension of the Second Paragraph of Article 83 of the Constitution (Parliamentary Inviolability)**, Opinion No. 858 / 2016CDL-AD(2016)027, para. 12, 13.

rerek temsil ettiği kesimlerin menfaatini koruduklarına işaret etmiştir. Konumları itibariyle böylesi bir önemi haiz kişilerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ise sıkı bir incelemeden geçmesi gerektiğini belirten Mahkeme, dava konusu olayda temsilcilerin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.[22] Görüldüğü üzere açıklamalar doğrudan meclis bünyesinde gerçekleştirilmemiş olsa dahi milletvekillerinin ifade özgürlükleri temsil ilişkisi bağlamında korunmuştur.[23]

Fakat bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne içtihatta verilmiş olan korumanın kapsamının, parti disiplini kavramının denkleme eklenmesiyle daraldığını söylemek de mümkündür. Parti disiplini ile ifade edilen, parti yöneticilerinin milletvekilleri, üyeler ve parti örgütü üzerinde kurduğu otorite ve bu kapsamda başvurulabilen, ihraca kadar varabilen yaptırımlardır. Seçmenlerin adaylardan ziyade belli bir siyasi parti ve bu partinin programına oy verdiği sistemlerde, partinin ancak tutarlı bir politika izleyerek seçmenler tarafından benimsenmesi ve dolayısıyla iktidar gelebilmesi söz konusu olmaktadır.[24]

Dolayısıyla parti disiplininin, özellikle de iktidarın parlamentonun güvenine ihtiyaç duyduğu parlamenter sistemlerde siyasi hayatta varlığını sürdürebilmenin bir koşulu olduğu söylenebilir.[25] Ama parti içi demokrasinin sağlanamadığı bir siyasi partide, disiplin de baskı aracı olarak kullanılıyorsa, parti üyesi milletvekilinin, toplumun menfaatlerini temsil ettiğini söylemek zordur. Milletvekillerinin eleştirilerde bulunması engelleyecek nitelikte bir disiplin uygulaması, milletvekillerini, toplumun değil, ancak partinin ve parti menfaatlerinin temsilcisi olmaya zorlamaktadır. Parlamentonun işlevi, kararların özgür bir tartışma ortamında alınmasını sağlamak iken, bu işlevin parti gruplarınca alınan kararların mecliste onaylanmasından ibaret hale geldiği yönünde eleştiriler haklı olarak dile getirilmektedir.[26]

Bahsi geçen grup ya da parti yönetimi kararlarına uymaksızın görüş bildiren ya da üyesi olduğu siyasi partiye yönelik eleştirilerde bulunan milletvekilleri ise ihraç veya parti bünyesindeki konumunu kaybetme gibi tehlikelerle karşılaşabilmektedir. Çıkarılacak olan bir kanuna, üyesi olduğu MHP'nin aksine karşı çıkan ve hayır oyu kullanan Ali Güngör'ün ihracı örneğinde olduğu gibi.[27] Benzer şekilde, CHP milletvekili Selin Sayek Böke, 16 Nisan'da gerçekleşen Anayasa referandumu sonrasında başlayan tartışmalarda CHP'nin Meclis'ten

22 AİHM, Lombardo ve Diğerleri v. Malta, 7333/06, 2007, para. 53.

23 Yasama sorumsuzluğunun kapsamının geniş yorumlanması yönünde bkz. Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 445, 446.

24 İlter Turan, "Parti Disiplini: Kapsam, Tarihçe, Teşvik Eden Sebepler", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, S. 28, 1968-9, s. 79, 80, 97; Erdoğan Teziç, **100 Soruda Siyasi Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye'de Partiler)**, Gerçek Yayınevi, 1976, s. 83, 85.

25 Turan, **Parti Disiplini**, s. 96, 97.

26 Hüseyin Özcan, **Siyasi Partiler Hukuku**, Der Yayınları, 2011, s. 259, 260.

27 NTV, MHP Ali Güngör'ü İhraç Etti, 2001, erişim tarihi: 15.04.2017, http://arsiv.ntv.com.tr/news/55892.asp.

çekilmesinin de bu sürecin çözümünde gözetilecek seçenekler arasında olduğunu belirten bir konuşma yapmıştır. Fakat partinin Merkez Yönetim Kurulu, çekilme seçeneğinin değerlendirilmeyeceğini açıklamıştır. Bunun üzerine Böke, parti sözcülüğü ve ekonomiden sorumlu genel başkan yardımcılığı görevlerinden istifa etmek durumunda kalmıştır.[28]

Aktarılan örneklerde karşımızda bir parrhesiastes, yani hakikat anlatıcısı olup olmadığı sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirir. Fakat bu örneklerde tespit edilebilecek önemli bir nokta, milletvekilinin ifade özgürlüğünün olduğunu varsaydığımız bir sistemde partisinin genel tutumuna aykırı yönde açıklamalar yapan vekillerin bir takım tehlikeleri göze alması ve hatta bu tehlikelerin gerçekleşmiş olmasıdır. Partiden ihraç edilen ya da parti içindeki konumu sarsılan temsilcilerin, tekrar seçilebilmesinin zorlaştığı kabul edilirse, potansiyel birer hakikat anlatıcısı olarak, ödev olarak gördüğü eleştiri ve toplumun sorunlarının giderilmesine yönelik işlevleri yerine getirmeleri de zorlaşmaktadır.

Sonuç

Günümüzde demokratik bir parrhesiastes, yani hakikat anlatıcısı olarak dinleyici kitlenin durumunu düzeltmeyi amaçlayabilecek konumdakilerin milletvekillerinin yanı sıra akademisyen, sanatçı ya da filozoflar olabileceği düşünülebilir. Parrhesia'nın Antik Yunan'da bir eleştiri işlevi de gördüğü yukarıda aktarılmıştır. Günümüzde ise örneğin bir akademisyenin uzmanlık alanını ilgilendiren siyasi bir sürece ilişkin tartışmalara, işten çıkarma gibi tehlikeleri göze alamadığı için katılmamayı tercih etmesi örneğinde, bu kişinin hakikat anlatıcısı unvanını kazanması mümkün görünmemektedir.

Milletvekilleri bakımından ise temel sorunun, parti içi demokrasi sağlanmaksızın kurulan parti disiplininin topluma hakikati anlatmanın önünde engel teşkil etmesi olduğu görüşündeyim. Bunun çözümü ise milletvekillerinin ifade özgürlüğünün parti içi demokrasi bağlamında mevzuatta ve pratikte etkili biçimde korunmasıdır. Türkiye örneğinde olduğu gibi millet egemenliği anlayışı doğrultusunda milletvekili, toplumun tümünün temsilcisi konumundadır. Onun toplumun menfaati yerine partinin menfaatlerini temsil etmeye ve kendi görüşlerini gizlemeye zorlanması ise, Antik Yunan'dan günümüze evrimini sürdürmekte olan demokrasinin ifade özgürlüğü temeline zarar vererek fiilen işlemesine engel olmaktadır.

28 Cumhuriyet, Selin Sayek Böke istifa etti: Gerekli adımlar atılmadı, erişim tarihi: 07.05.2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/735021/Selin_Sayek_Boke_istifa_etti__Gerekli_adimlar_atilmadi.html.

İktidarsız Hukuka Edebiyat Denir!

Engin TOPUZKANAMIŞ[1]

Giriş Notu[1]

Bir "şey"i anlamak için o şeyin adına değil kendisine gitmek daha iyi bir seçenektir. Ad, bize bilgi vermez. Adların dünyasında kaldıkça, akıl oyunlarından şeyler görülmez olur. Ama bazen şeyler sadece addan ibaret de olabilir: Söyleye söyleye var olan şeyler. İnsanın fizikî gerçeklik üstüne inşa ettiği böyle bir ikincil, hayalî (*imaginary*) bir alan var; sosyal gerçeklik ya da kültür.

Adlarla inşa ettiğimiz bu farazî alan o kadar güçlü ve hatta o kadar "gerçek" ki, fizikî olan onun yanında gerçekliğini kaybedebiliyor: Hukuk, devlet, ahlâk ya da sevgi hepsi şeylerin değil, adların dünyasında. Söylemez ve inanmazsak kaybolurlar. Varlıkları inancımıza bağlıdır[2].

İktidar-sız

Felsefe tarihinin en çok eleştirilen filozoflarından biri, Hobbes, şu veya bu ad'dan başlamak yerine çok daha basit ama somut bir şeyden anlatısına başlar: Hayatta kalma güdüsü ya da yaşama isteği. Vardığı yer tartışıladursun, çözümleme ve muhakemesini müthiş kılan basitliğidir. Bütün toplumsal ilişkilerimiz, kurumlar ve düşünceler esasen birkaç basit güdüye gelir dayanır: Yaşama, hayatta kalma. Yaşamak için lazım olan şey "güç"tür. Bize dışsal olan herşeye karşı varlığımızı sürdürebilecek gücümüz olmalı. Varlığını sürdürmek, diğerleri ile ilişki kurmak demektir. Bütün toplumsallıklar (hayvanlarınki de) güç ilişkileridir ve karşılıklılıkla belirlenir.

Hobbes hakkı da güdüye ve güce bağlar: *Ius naturale* denen "doğal hak, kendi doğasını yani hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve muhakemesi ve aklı ile bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür"[3]. Eğer tabiî hukuk diye bir şey varsa o tam da budur: Hayatta kalmak için her şeyi yapabilme özgürlüğü[4]. Onun dışında bütün toplumsallıklar doğamızın kontrol altına alınması iledil oyunları, kapı arkaları ve *persona*lara gizlenmesi ile mümkün olur.

Hayatta kalabilmek için her şeyi yapabilecek olmaya özgürlük denebilir mi? *Ser-best*[5] olma yani toplumsal özgürlük yahut toplumsala yani *ius*: *Ya-*

---

1 Dr. Öğr. Üyesi, DEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. etopuzkanamis@gmail.com

2 Alain Supiot, *Homo Juridicus- Hukukun Antropolojik* İşlevi Üzerine *Bir Deneme*, Çev.: Bilge Açımuz Ünal, Dost, İstanbul, 2008, s. 17; Yuval Hoah Harari, *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens*, Çev.: Ertuğrul Genç, 7. Baskı, Kolektif, İstanbul, 2015, s. 112 vd.

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, 6. Baskı, YKY, İstanbul, 2007, s. 96.

4 "İnsan, kendine kötülük gelmemesi için her türlü kötülüğü yapar." (Dedem)

5 Nişanyan Sözlük, http://www.nisanyansozluk.com/?k=serbest, Erişim tarihi: 14 Kasım 2017.

sa'ya uyma, uyabilme anlamında denemez. Buna *libertas* ya da *ser-azad* denir. Edebî olarak güzel; toplumsal için tehlikeli.

Hobbes bir şey daha söyler: Sadece ölüm karşısında eşitiz. Tabiî olan[6] eşitlik değil, eşitsizlik. Çünkü güçlerimiz farklı. Hukuku mümkün yahut zorunlu kılan da tam bu, eşitsizlik. Eşitsizlik olduğu için ve insan toplumsal bağlarından yahut süper-egodan uzaklaştığında hemen fabrika ayarlarına döndüğü için hukuka ihtiyaç duyuyoruz. Hukuk, eşitsizliği ortadan kaldıramaz ama ortalama insan için âdil görünümlü ve güvenlikli bir yaşam düzeni inşa eder.

Fabrika ayarlarımız, bunun üstüne kuruludur. Gündelik hayat ve toplumsal olan bunu lisanın perdesi ile örtmüş olsa da olağanüstü hallerde süper-egosu kavi birkaç kişi dışında herkes buraya döner: Hayatta kalmak ve hayatta kalmak için her tür gücün peşine düşmek. Mümkünse güç sahibi olmak değilse sahiplere yakın durmak. Tam da bu sebeple insanların çoğu bunu yapar. Aksi için özel olarak bir eğitim almak (formel ya da değil) ya da bireysel ahlâk kaygısına sahip olmak gerekir. İnsanların çoğu ortalamaya uyar.

Tabiat durumu varsayımı için tarih öncesi bir zaman gitmeye gerek yok. Tabiat durumu –Freud'u da hatırlayarak– belli bir gruptaki güç ilişkilerindeki istikrar kaybının, gücün belli bir merkezde aşırı yoğunlaşmasının ya da dağılmasıyla her an yeniden ortaya çıkabilir. Böyle düşündüğümüzde tabiat hali bir varsayım olmaktan da çıkar. Tabiî olan şeylerin ortaya çıkması için bir şey yapmaya gerek yoktur. Her şeyi kendi haline bırakmak yeterli olur. Oysa toplumsallık da, hukuk da, ahlâk da tabiî değildir.

Kısacası güç, eğer çıkarı o yönde korunuyorsa hukuka hayat verir. Hukukun devamlılığı için siyasî iktidarın dışında, hukuku destekleyecek toplumsal iktidarların varlığı zorunludur.

İçimizde mide, bağırsak ve kan var; ahlâk ya da hak ya da adalet yok.

Hukuk

Hemen bütün hukuk tanımları, sonu -dır, -dir ile biten hüküm cümleleri gibi görünür: "Hukuk ….dır" gibi. Halbuki hukuk tanımlarını kazıdığımızda bunların bir durumu ya da olguyu tespit etmediğini görürüz. Hukuk tanımları normatif yani temenni cümleleridir. "Hukuk … dır" dendiğinde söylenen, "hukukun … olmasını istiyorum", "hukuk …olmalı" "… olsa ne güzel olurdu" gibi şeylerdir. Akademisyen yahut düşünürün bu temennileri, ciddi bir gücün desteğine mazhar olursa hukuk gerçekten de öyle kılınabilir. Kısacası nesnesi olmayan adların tanımları temennidir ama güce bağlı olarak temenniler tanıma dönüşebilir.

Güçsüzler, sürekli dua ve temenni ile adalet isterler. Adalet, zayıfın sızıltısı yahut bazen de bir slogandır. Duaya ihtiyacı olmayan güç sahipleri ise hukuka hayat verirler. Güçsüzler adaletten, güçlüler düzenden bahseder. Adliyedeki hukuk, adaletle değil düzen ile ilişkilidir ve tam da o yüzden –kürsü konuşmalarını bir yana koyarsak– adaletten ziyade istikrar ile ilişkisinin hatırlanmasında

6 Tabiî olan, olması gereken değildir; olandır. Eşitsizlik tabiîdir, demek, eşitsizlik doğrudur, iyidir, güzeldir ya da tersinden kötüdür, yanlıştır demek değildir. Tabiî olan, değerden ve duygudan muaftır.

fayda vardır: "Öncel güç ilişkisinin yasalarla istikrar kazanması."[7]

Modernlik, *Yasa*'dan sözleşmeye geçiş gibi algılandı. Hukukun kaynağı değişti. "Yasa, bize irademiz dışında hükmeden, sözleşme ise başkalarıyla yapılan özgür bir anlaşmadan kaynaklanan metinlerden ve sözlerden oluşur."[8]Akıl bakımından eşit ve artık hukuk vaz eden bir kutsal merci olmadığı için de kendi aralarındaki sözleşmeyi hukuk kılan bireyler toplumu. Bu toplumun *herkesten* değil mülk sahiplerinden oluştuğunu ancak herkesi harekete geçiren bir gücü temerküz ettiğini biliyoruz.

Artık söylemeye gerek var mı bilmiyorum ama modern hukukun eşit sözleşmeci bireyler tarafından değil belli bir güç, adıyla söylersek sermaye tarafında inşa edildiğini ve siyasî iktidarın hukuka tâbi olmayı kabul ederken, arkasındaki bu güçten çekindiğini biliyoruz. En azından Batıda böyle olduğunu okuduk. İyi işleyen bir hukuk sistemi, ardındaki bu güçleri görünmez kılıp sanki keramet kendindeymiş havası yaratabilir. Weber'in rasyonel hukukî otorite dediği budur. Ve tuhaf olan şu ki hukukta keramet varmış gibi yapmak ona bir güç de verir. Ama gerçekte hukukun gücü zatında değildir. Ancak ondan medet ve çıkar uman ve aynı zamanda siyasî iktidarı zorlayabilecek bir gücün desteği ile var olabilir. Modern anlamıyla insan haklarına daha doğrusu "birey"e dayanan bir hukukun varlığı için o hukuktan çıkar sağlayacak başka güçlerin varlığı gereklidir. Hukuk ve siyasî iktidar birbirini sevmez. Hukuk ve demokrasi de birbirini sevmez. *Modus vivendi*: "Eh, ne yapalım madem başka çare yok!" Hukukun meşruluğu halka değil prensiplere dayanır. Halkın insafına bırakılan hukuk, bizzat halk tarafından paçavra edilir. Siyasî iktidarın da iktisadî iktidarın da orantısız güçlenip obezleşmesi, hukukun çökmesine yol açar.

Bir yerde hukukun ortadan kalktığı yahut işlemediği iddiası varsa, ya dengelenemeyen bir güçler çatışması sürmektedir yahut güç orantısız şekilde belli bir yerde yoğunlaşmış, temerküz etmiş demektir. Hukukun varlığı ve devamı için gücün dağılmış, dengelenmiş ve istikrar kazanmış olması gerekir. Hukuk, çatışmanın sonrasıdır. Güçler dengelendiğinde hukuk ortaya çıkar. En azından başlangıçta hukuk düzenin sonucudur, sebebi değil. Ama sonrasında, hukuka vücut veren güç varlığını koruduğu müddetçe, hukuk düzeni sağlar, korur ve sürdürür.

Edebiyat

Bizim toplumumuzda (ya da devasa cemaatimiz mi demeli!), bu toplumun dahil olduğu koskocaman Ortadoğu dünyası da binlerce yıldır kutsanmış devletlerle yönetiliyor. Siyasî iktidarın dışında herhangi bir iktisadî ya da toplumsal iktidar yahut bir sivil toplum, bu coğrafyada hiç olmadı. İktisat da insan da devlete aittir. Dolayısıyla modern anlamda hukuka vücut verebilecek en küçük bir sivil güç ihtimali bile devlet tarafından her zaman anında ezildi.

Bu toplumlar belki kısa birkaç za-

7 Cemal Bâli Akal, *Hukuk Nedir?,* Dost, İstanbul, 2017, s. 204.
8 Supiot, *Homo Juridicus...*s.11.

man hariç her zaman ya geleneksel yahut da karizmatik otoritelerle yönetildi. Güce perestiş etmek ve itaat her zaman erdem sayıldı. Toplumun büyük kısmı, komutan gidince arazi olan askerler gibi yalnızca zor tehdidi karşısında itaat etti ve imkân bulduğu her zaman yükümlükten kaçtı. Zulmün olağan olduğu bu mekanlardan ve insanlardan çok yüksek seviyede müzikler ve şiirler çıktı. Çünkü müzik ve şiir, sızıltıdan çıkar. Ama hukuk çıkmadı. Burada hukuk, her zaman edebiyat olarak kaldı: Söylevlerde ve yazılarda… Devletin gücü, hiçbir zaman hukukla mukayyet olmadı aksine hukuk devletin gücüne payanda oldu. Dua edip türkü söyleyen ve hukuk hakkında hiçbir zaman düşünmemiş kocaman bir toplum olarak kaldık.

Hukuk bizde ilk kez 1451de bir metinde geçmiş ve 1945 tarihli TDK Türkçe Sözlüğe kadar sadece hakkın çoğulu olarak tanımlanmış[9]. Sadece bu bile bizde hukukun olmadığına yeterli kanıttır çünkü adı olmayanın kendi olmaz.

İktidarsız hukuka edebiyat denir. Siyasî iktidarı elinde tutan egemeni durdurup kısıtlayabilmek, modern hukukun temel varlık sebebidir. Ama kitaplarda yazan efsanelerin aksine bu kısıtlama, özgürlük ve eşitlik ve kardeşlik sevdası ya da edebiyatın gücü ile olmadı. Ama iktidar edebiyatı ihmal etmedi. Çünkü edebiyatsız iktidar, güç olmakla kalır. Güce istikrar kazandıran, edebiyattır. Ona da hukuk denir!

Son Not

Bu tebliğin herhangi bir *bilimsel* niteliği ya da iddiası olmadığı çok belli sanıyorum. Sunulduğu gün, yanımda oturan üç kıymetli akademisyenin karşısında bir çaresizliğin bir sızıltısı olarak okunabilir.

9 "haklar (çoğul)" [anon., Ferec ba'd eş-şidde, <1451]: "*atamuŋ üzerüŋüzde haḳları vardır, ol ḥuḳūḳı yerine getirüŋ."* 1945 *öncesi* tüm sözlüklerde sadece hak sözcüğünün *çoğulu* olarak gösterilmiştir. http://www.nisanyansozluk.com/?k=hukuk, Erişim tarihi: 14 Kasım 2017.

Hans Kelsen'e Göre Adalet

Mehmet TURHAN[1]

Özet

Kelsen'in adalet kavramının ve bu kavramın hukuk bilimiyle ilişkisinin saf hukuk teorisinde üstü kapalı bir biçimde var olduğu söylenebilir. Kelsen'e göre objektif adalet anlayışına ulaşabilmek mümkün değildir; çünkü adalet bir değer yargısıdır ve mutlak değildir. Kelsen'e göre mutlak değerler ispatlanamaz ve bu nedenle de mutlak adalet irrasyonel bir idealdir. Bu düşünceler Kelsen'in doğal hukuk teorilerini reddetmesinin nedenidir. Kelsen ahlâki göreceliği savunur ve doğal hukuku reddeder. Kelsen'e göre doğal hukuk dogmatizmin bir biçimidir. Rasyonel bilişsellik açısından insanların sadece menfaatleri ve menfaatlerin çatışması söz konusudur. Görecelik menfaatlerin dengelendirilmesi yaklaşımıyla birlikte düşünülmelidir. Bir değerin bir başka değerden üstünlüğünün ispatlanamaması görecelik düşüncesinde hoşgörüyü zorunlu kılar. Hoşgörü düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanır ve bu değerler sadece demokratik düzenlerde gerçekleşebilir. Kelsen'in adalet anlayışına yönelik eleştireler de bu makalede ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Yazıda sonuç olarak, Joshua W. Felix'in belirttiği gibi Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirilerinin konstrüktivizme bir yanıt olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Bir başka deyişle, Kelsen'in bu konulardaki argümanlarının göreceli adalet kavramını konstrüktivizme karşı savunma olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.

"Birisi rolümü bana Allah ezberletti diyor; öbürü tarihî determinizmin içinden geliyorum diyor."

Ahmet Hamdi Tanpınar, Huzur (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2015), s. 392-393.

Hans Kelsen hukuk normlarının yanında insan davranışlarını düzenleyen başka normların da var olduğunu ve bu nedenle hukuk biliminin sosyal normları tanımlamaya ve kavramaya yönelmiş tek disiplin olmadığını belirtmiştir. Kelsen bu diğer sosyal normların 'ahlâk kuralları' olduğunu ve bunları tanımlamaya ve kavramaya yönelmiş disiplinin de 'etik' olarak adlandırılabileceğini söyler. Adalet ahlâkın bir postulatı olduğu sürece, adalet ve hukuk arasındaki ilişki ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkide yer alır. Kelsen yaygın kullanımda, hukukun hukuk bilimiyle karıştırılmasında olduğu gibi, ahlâkın çoğunlukla etik ile karıştırıldığını belirtmiştir. Kelsen'e

1 Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
Yazımı okuyup eleştiri ve önerilerini sunan ve yazının daha iyi bir noktaya ulaşmasını sağlayan meslektaşım Dr. Ali Acar'a teşekkür ederim

göre hukuk biliminin metodolojik saflığı sadece hukuku doğal bilimler ve sosyal bilimlerden yeteri ölçüde ayırılamaması nedeniyle değil, hukuk biliminin açık bir biçimde etikten de ayrılamaması nedeniyle tehlikeye düşmektedir. [2]

Hukukun ahlâktan ayrılmasının sonucu hukuk normunun geçerliğinin ahlâk normlarından, özellikle adalet normundan bağımsız olması olacaktır. Farklı ve birbirleriyle çelişkili ahlâk sistemleri birbirleriyle çelişkili adalet ideallerini ortaya çıkarmaktadır. Pozitif hukuk düzeni bunlardan biriyle uyumlu olabilecek ve diğerleriyle çelişebilecektir. Ancak bu durum hukuk normunun geçerliliğini etkilemeyecektir. Kuşkusuz bu söylenenler saf hukuk teorisinin ahlâk postulatını, yani hukukun adil olması varsayımını reddettiği anlamına gelmez. Reddedilen sadece yaygın bir kanı olan hukukun temel unsurunun adalet düşüncesini gerçekleştirmek olduğu yolundaki düşüncedir. Pozitif hukuk adil veya adil değil diye nitelendirilebilir. Saf hukuk teorisi hukuk ve adalet kavramlarının açık bir biçimde birbirinden ayırt edilmesi konusunda ısrarcıdır. Ancak Kelsen saf hukuk teorisinin adaletin varlığını inkâr etmediğini de belirtmiştir. Saf hukuk teorisi adaleti farklı değer sistemlerine göre farklı olan göreceli bir değer olarak kabul etmektedir.[3] Kelsen'in reddettiği "mutlak adalet" düşüncesidir. Kelsen'e göre neyin adil neyin adil olmadığı sadece söz konusu yargıda bulunan özneyle ilişkili olarak geçerli olabilecektir. [4]

Kelsen'e göre olması veya olmaması gerekeni kurallaştıran her norm gibi, hukuk normları da "değerleri" oluşturur. Bir davranışın yasal olup olmasıyla ilgili hüküm bir değer yargısıdır. Ancak Kelsen hukuksal değerin hukuk normları dışında oluşan değerlerden ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hukuk bilimi hukuk normlarını oluşturan değerlerin betimlenmesinde objesini değerlendirmeye kalkışmamalıdır; çünkü böyle bir değerlendirme pozitif hukukun adil olup olmamasını yanıtlamaya kalkışmak demektir. Adalet kavramıyla bağlantılı spekülasyon hukuk felsefesine bırakılmalı ve hukuk felsefesi pozitif hukukun bir bilimi olan hukuk biliminden ayırt edilmelidir Bu nedenle zaman zaman iddia edildiği gibi hukukun pozitivistik teorisi olan saf hukuk teorisinin bir sonucunun da hukuk felsefesinin genel hukuk teorisince ortadan kaldırdığı yolundaki eleştirinin doğru olmadığıdır. Kelsen'e

2 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law,* çev. Max Knight (Berkley: University of California Press, 1967), s. 59. Kelsen *Saf Hukuk Kuramı'*nın ilk baskısında saf hukuk teorisini şöyle tanımlamaktadır: "Saf Hukuk Kuramı, başlı başına pozitif hukukun kuramıdır, herhangi bir hukuk sisteminin değil. Belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir; genel hukuk kuramıdır. Kuram olarak Saf Hukuk Kuramı, sadece ve sadece inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaçlar. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularını cevap vermeye çalışır, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularına değil. Saf Hukuk Kuramı hukuk bilimidir, hukuk politikası değil." Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory,* çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press,1997), s. 7. Türkçe çeviri için bakınız: Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş,* çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2016), s. 1. Çeviri Ertuğrul Uzun'un çevirisinden alınmıştır.

3 Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law", *Israel Law Review* (Vol., 1966), s. 3-4.

4 Jes Bjarup, "Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice", *Essays on Kelsen,* Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 273.

göre saf hukuk teorisi hukuk felsefesinin pozitif hukuk biliminden ayırılmasına neden olmuştur [5]

Kelsen'e göre bilim değiştiremeyeceği objelerle ilgilenir. Yani bilimsel bilgi mutlak doğru olan değerlendirmelerle sınırlı olmak zorundadır. O halde pozitif hukuk bilimi bilim olabilmek için değiştiremeyeceği objelerle ilgilenmelidir. Bir başka deyişle, pozitif hukuk biliminin hukuk normlarının ortak yapısıyla ilgilenmesi gerekir. Bu ortak yapıyla ilgili bilgi mutlak doğru niteliğinde olan hipotetik hükümlerle ifade edilmektedir. Bu bakımdan her norm için neyin geçerlilik ölçütü olduğu ve her türlü hukuksal sistemde neyin ortak unsur olduğu objektif metotlarla açık bir biçimde anlaşılabilir. Objelerin statüsü hukuk bilimi ile hukuk felsefesi arasındaki bölünmeyi ortaya çıkarır Hukuk bilimi normlarla ilgili ve hukuk sisteminin zorunlu birliğiyle ve böylece de yasallığın zorunlu birliğiyle bağlantılı değerlendirmelerde bulunur. Hukuk felsefesi ise normların içerdikleri değerlerle uğraşır ve bu değerleri inceler. Kelsen'e göre adalet sosyal düzenin olası ama zorunlu bir özelliği değildir. Ortada birbirinden farklı iki disiplin vardır: Hukuk bilimi ve hukuk felsefesi. Hukuk bilimi objesini tanımaya ve tanımlamaya gayret ederken, hukuk felsefesi objesini değerlendirmeye çalışır.[6]

Kelsen'in hukuk normlarının veya hukuk sistemlerinin adil olup olmadığıyla ilgili sorunları hukuk felsefesine bırakmasının bir nedeni de adalet ile ilgili veya hukuk normlarının içeriğiyle bağlantılı değer yargılarını gerekçelendirmede kullanılan düşünme metodundan kaynaklanmaktadır. Kelsen objektif bir adalet ölçüsünün söz konusu olamayacağını; çünkü bu durumda bir şeyin adil olup olmamasıyla ilgili değer yargısına mutlak doğruya veya mutlak iyiye atıfla ulaşılmaya çalışılacağını belirtmiştir. Oysaki bu tür değer yargıları doğaları gereği sübjektif bir karaktere sahiptir; çünkü bunlar aklımızın duygusal unsurlarına, yani duygularımıza ve isteklerimize dayanmaktadır. Adalet ile ilgili yargılar gerçeklerle ilgili ifadelerde olduğu gibi gerçeklerle doğrulanamaz. Oysa hukukun değeriyle ilgili hukuksal değer yargıları olgularla doğrulanabilir veya objektif olarak test edilebilir
Bu nedenle de bunlar hukuk bilim tarafından kabul edilebilir değer yargılarıdır. Adalet ile ilgili yargılar ise gerçeklerle doğrulanamaz ve objektif olarak test edilememeleri nedeniyle bunlar hukuk biliminde kabul edilemeyen değer yargıları olarak ele alınmalıdır. Kelsen'e göre adalet ile ilgili yargılar duygusal etkenler tarafından belirlenen değer yargılarıdır. Bu nedenle de bu yargılar özneldir ve sadece yargılayan taraf için geçerlidir, yani görecelidir.[7]

Hans Kelsen'in "Adalet Nedir?" Başlıklı Makalesi

Hans Kelsen "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde adaletin insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin bir niteliği olduğunu belirtmektedir. Kelsen'e göre toplumsal düzenin adil olduğunu söylemek insan davranışlarının herkesi

5 Kelsen, *op. cit.,* s. 4.
6 Bjarup, *op. cit.,* s. 293-294.
7 *Ibid.,* s. 294.

tatmin edecek biçimde düzenlenmiş olması demektir. Böyle bir düzende herkes mutlu olabilir ve bu düzende mutluluk toplumsal düzen tarafından güvence altına alınmıştır. Kelsen adaleti anılan makalesinde şöyle açıklamaktadır:

> "Öncelikle adalet, karşılıklı insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin mümkün, ama zorunlu olmayan bir niteliğidir. O, ancak tali olarak insanın bir erdemidir; çünkü insan, eğer davranışı adil olarak kabul edilen toplumsal bir düzeninin normlarına uyuyorsa adildir. Peki, toplumsal bir düzeninin adil olduğunu söylemek gerçekte ne anlama gelir? O şu demektir: bu (toplumsal) düzen insan davranışlarını herkesi tatmin edecek şekilde düzenlemiştir. Yani herkes, o düzende mutluluğu bulabilir. Adalet arzusu, insanın mutluluk için duyduğu ebedi arzudur. O, insanın yalıtılmış bir şekilde, yani yalnız başına bulamayacağı, bu nedenle bir toplum içinde aradığı mutluluktur. Yani adalet, toplumsal mutluluktur. O, toplumsal düzen tarafından garanti edilmiş bir mutluluktur." [8]

Kelsen mutluluk kavramının dar anlamda, yani bir kişinin mutluluktan ne anladığı biçiminde anlaşılması durumunda, bir başka deyişle mutluluk kişisel mutluluk olarak tanımlandığında, herkese mutluluk verebilen bir düzenin kurulamayacağını belirtir; çünkü bu durumda bir kişinin mutluluğu zaman zaman başkalarının mutluğuyla çatışabilecektir. Kelsen iki erkeğin aynı kadına âşık olmasını bu duruma örnek olarak vermektedir. Böyle bir durumda eğer bu erkekler o kadının eşi olmadan mutlu olamayacaklarına inanıyorlarsa, erkeklerden birinin mutluluğu kaçınılmaz olarak diğerinin mutsuzluğu olacaktır.[9] O halde, adalet kişisel mutluluk olarak anlaşılacak olursa adil bir düzen yaratabilmek imkânsızdır.

Kelsen adil toplumsal bir düzen kurma düşüncesinin kişisel mutluluğa değil de, Jeremy Bentham'ın formüle ettiği mümkün olan en fazla sayıda kişinin mutluluğunu sağlamaya çalışma varsayımına dayandırılsa dahi mümkün olmayacağını iddia etmektedir. Kelsen eğer adaletle kişisel bir değer kastediliyorsa, ister istemez farklı bireylerin kendi mutluluklarının ne olduğuna ilişkin farklı düşüncelere sahip olacağını ve bu nedenle Bentham'ın tanımının da uygulanamayacağını söylemektedir. Kelsen toplumsal düzenin sağlayabileceği mutluluğun, öznel-bireysel anlamda mutluluk olamayacağını; mutluluktan anlaşılması gerekenin siyasal otorite tarafından belirlenen beslenme, giyinme, barınma gibi tatmin edilmeye değer bazı ihtiyaçların giderilmesinin anlaşılması gerektiğini; ancak bu durumda da toplumsal olarak tanınan ihtiyaçların giderilmesi düşüncesinin mutluluk kavramının ima ettiği ilk anlamdan çok farklı olacağını belirtmiştir. [10]

Adaletin sağladığı mutluluğun top-

8 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 2. Türkçe çevirisi için bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 432. Kelsen'den yapılan bu alıntıda Ali Acar'ın çevirisini kullandık

9 *Ibid.,* s. 2-3. Kuşkusuz feminist düşüncenin henüz yaygın kabul görmediği bir dönemde bu örneğin kadını nesnelleştirdiği ve feminist bakış açısından adaletsizliği içkin olarak barındıran bir örnek olduğunu ayrıca belirtmek isterim.

10 *Ibid., s.* 3.

lumsal bir kategori olabilmesi için, mutluluk fikrinin anlamının değiştirilmesi gerekir. Kelsen kişisel mutluluğun toplumsal olarak belirlenen ihtiyaçların giderilmesi düşüncesine adaletin tanımı olarak dönüşmesini, özgürlük düşüncesinin toplumsal bir ilke olmak için geçirmesi gereken dönüşüme benzetmektedir. Adalet düşüncesi bütün öznelerin kişisel mutluluklarını güvence altına alma ilkesinden, çoğunluk tarafından korunmaya değer görülen bazı çıkarların korunduğu toplumsal bir düzene dönüşür. Kelsen şöyle bir soru sormaktadır: Hangi insan çıkarları giderilmeye değerdir ve bu değerlerin bir sıralaması yapılabilir mi? Bu sorun çatışan çıkarlar ortaya çıktığında kendini gösterir. Adalet çatışan çıkarların olduğu toplumsal bir düzende gereklidir. Kelsen'e göre çıkar çatışması olmayan yerde adalete de gerek yoktur. Çıkar çatışması, çıkarın tatminin bir başka çıkar pahasına yapılması durumunda ortaya çıkar. Eğer iki değer arasında bir çıkar çatışması varsa ve ikisini de aynı anda gerçekleştirme olasılığı yoksa biri, sadece diğeri göz ardı edilerek gerçekleştirilebilecekse birinin gerçeklemesini diğerininkine tercih etmek gerekliyse, hangisinin önemli olduğuna karar vermek gerekir. Değer sorunu her şeyden önce değerlerin çatışması sorunudur ve bu sorun objektif bir biçimde çözümlenemez. Bu sorulara verilecek yanıt duygusal etkenlerce belirlenen bir değer yargısıdır. O halde yanıt kişiseldir ve ancak yargılayan taraf için geçerlidir. Bu nedenle de *görecelidir*. [11] Kelsen ahlâki göreceliği savunur. Bir başka deyişle adalet Kelsen'e göre rasyonel [12] olmayan bir idealdir.

Kelsen "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde beş somut ikilem örneği vermektedir. Bunlardan bir tanesi şöyledir: Eğer bir kişi Nazi toplama kampında tutsak ise ve bu kamptan kaçmak mümkün değilse, böyle bir durumda intihar etmenin doğru olup olmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Bu konuda verilecek karar yaşam ya da özgürlük değerlerinden hangisinin daha yüksek değer olduğuna bağlıdır. Eğer yaşam daha yüksek bir değer olarak kabul edilecek olursa bu durumda intihar kabul edilemez. Yani sorun yaşam ve özgürlük değerlerinin sırası veya derecesi olmaktadır. Kelsen'e göre bu soruya sadece sübjektif bir yanıt verilebilir. Herkes için geçerli objektif bir yanıt mümkün değildir.[13] Özgürlük, eşitlik, güvenlik, hakikat, yasallık ve benzeri farklı değerlerin sıralanmasına ilişkin soruya verilecek yanıtlar Kelsen'e göre her zaman sübjektiftir. [14]

11 *Ibid., s.* 4. Görecilik (rölativizm) için bakınız: Simon Blackburn, *What Do We Really Know? The Big Questions of Philosophy* (London: Quercus, 2012), s. 125-138. Simon Blackburn görecelik ile ilgili şunları yazmaktadır: "Sadece sizin, benim ve onların gerçeği vardır. Bunlardan birine ayrıcalık tanımaya çalışmak bir güç gösterisidir; daha da kötüsü emperyalizm veya sömürgecilik gibi küstahlık ve başkalarına saygısızlıktır."

12 Bu makalede "rasyonel" "reasonable" karşılığı olarak "makul olan" anlamında kullanılmamıştır. "Rasyonel" sözcüğü "objektif/nesnel" anlamında kullanılmıştır.

13 Hans Kelsen, "What is Justice" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 5.

14 *Ibid.,* s. 7. Bu makalede "sübjektif" sözcüğü "öznel" ve "objektif" sözcüğü de "nesnel" anlamında kullanılmıştır.

Kelsen bir toplumda genel olarak kabul edilen bazı değerlerin bulunmasının değer yargılarının sübjektif ve göreceli karakterini ortadan kaldırmadığını ileri sürmüştür. Yine Kelsen'e göre çok sayıda kişinin bazı değer yargıları üzerinde uzlaşması, bu yargıların doğru veya bir başka deyişle objektif anlamda geçerli olduklarının kanıtı değildir. Bu konuda Kelsen kan davasını örnek olarak vermektedir. Kan davası eski zamanlarda genel olarak adil bir kurum olarak kabul edilirken, modern zamanlarda bireysel sorumluluğun adil olduğu görüşü geçerlilik kazandığından kan davası adil bir kurum olarak düşünülmemektedir.[15]

Eğer herhangi bir şey, özellikle de bir insan davranışı örüntüsü, belli bir amaç için araç olarak meşrulaştırılıyorsa, kaçınılmaz olarak bu amacın meşrulaştırılabilir olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bu düşünce biçimi bizi genel olarak ahlâkın ve özel olarak adaletin temel sorunu olan nihai amaç yani mutlak doğru ve/veya mutlak iyi varsayımına götürecektir. Eğer nihai amaç meşrulaştırılabilir değilse, bu amaca yönelik araç da meşrulaştırılamaz. Bu bakımdan örneğin demokrasi ancak bireysel özgürlüklerin korunduğu bir yönetim modeli olarak kabul edildiğinde adil bir yönetim modeli olabilir. Bir başka deyişle, bireysel özgürlükler nihai bir amaç olarak varsayıldığında demokrasinin adil bir yönetim olduğu söylenebilir Eğer, bireysel özgürlük yerine sosyal güvenlik mutlak iyi olarak kabul edilecek olursa ve eğer sosyal güvenliğin demokratik bir yönetim modeli altında sağlanamayacağı ortaya çıkarsa, böyle bir durumda demokrasi dışında bir başka yönetim modeli adil olarak düşünülebilir. Yani başka bir amaç başka bir aracı gerekli kılabilir. Bu nedenle demokrasi, mutlak olarak değil, sadece göreceli olarak adil bir yönetim modeli olarak meşrulaştırılabilir. Kelsen'e göre genel anlamda mutlaklık ve özellikle mutlak değerler insan aklının sınırları dışındadır. Bu nedenle de Kelsen'e göre meşrulaştırma sorunu olarak adaletin sadece koşullara bağlı ve göreceli bir çözümü mümkündür. [16]

Politikada mutlakiyetçilik devlet iktidarının bir kişide yoğunlaştığı ve bu tek kişinin iradesiyle yasaların çıkarıldığı hükümet biçimini göstermektedir. Böyle bir yönetimde yönetilenler yöneticinin iktidarına katılamamakta ve bu nedenle yönetici sınırsız bir iktidara sahip olabilmektedir. Siyasal mutlakiyeçilik despotizm, diktatörlük ve otokrasi ile eşanlamlıdır. Geçmişte on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda Avrupa'da var olan mutlak monarşiler mutlakiyeçiliğin tipik örnekleridir. Kelsen XIV. Louis'nin "*L'Etat c'est moi"* ifadesinin mutlakiyeçilik düşüncesini formüle ettiğini söylemektedir. Kelsen yaşadığı dönemde faşizm, nasyonal sosyalizm ve Bolşevizm gibi totaliter yönetimlerde siyasal mutlakiyetçiliğin gerçekleştiğini belirtmiştir. Siyasal mutlakiyetçiliğin tersi özgürlük ve eşitliğe dayanan demokrasidir. Özgürlük ve eşitlik ilkeleri totaliler yönetimin, yani sınırsız ve mutlak bir iktidarın ortaya çıkmasını önler. Kelsen demokra-

15 *Ibid.,* s. 8.
16 *Ibid.,* s. 10.

tik görüş açısının "*L'Etat c'est nous"* ile ifade edilebileceğini belirtmiştir. [17]

Kelsen otokrasinin felsefi mutlakiyetçiliğe paralel olarak siyasal mutlakiyetçiliği ve demokrasinin de felsefi göreceliğin karşılığı olarak siyasal göreceliği gerektirdiğini ileri sürmüştür. Demokrasi ile görecelik arasındaki ilişkideki esas kanıt felsefi açıdan göreceliği savunanların demokrasiyi ve siyasal mutlakiyetçilik yanlılarının ise demokrasiye karşı olmaları ve siyasal mutlakiyeçiliğin yanında yer almalarıdır. [18]

Kelsen demokrasi ile görecelik arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

"Demokrasinin temel ilkelerinden biri bireylerin eşit ve özgür olmaları nedeniyle herkesin siyasal düşüncesine saygı gösterilmesi gerektiğidir. Demokrasinin ayırt edici özellikleri olan hoşgörü, azınlık hakları, ifade özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünün mutlak değerlere dayanan siyasal sistemlerde yeri yoktur. Bu inanç bizi karşı konulmaz bir biçimde -her zaman- mutlak iyinin ne olduğu gizemine sahip olduğu varsayılan kişinin yanlış yolda olanlara iradesiyle birlikte düşüncesini zorla kabul ettirmek hakkına sahip olduğu iddiasına götürür. Bu görüşe göre yanılgı içinde olanlar yanlış yapmaktadırlar ve cezalandırılabilirler. Şu var ki, eğer insan iradesinin ve bilgisinin sadece göreceli değerlere ulaşabileceği kabul ediliyorsa, isteksiz bireylere sosyal düzeni zorla kabul ettirmek yalnızca bu düzen eşit bireylerin olası en büyük sayısıyla, yani çoğunluğun iradesiyle uyum içindeyse savunulabilir. Çoğunluğun görüşü değil zaman zaman azınlığın görüşü de doğru olabilir. Bir tek felsefi göreceliğin itiraf ettiği –bugün doğru olan yarın yanlış olabilir- bu olasılık nedeniyle, azınlıkta kalanlar özgürce düşüncelerini ifade edebilmeli ve çoğunluk olabilmeleri için her türlü fırsata sahip olabilmelidir. Sadece neyin doğru neyin yanlış olacağı mutlak bir biçimde belirlenemiyorsa, ortaya çıkan sorunun tartışılması ve tartışmadan sonra da uzlaşmaya sunulması tavsiye edilebilir." [19]

Bununla birlikte Kelsen mutlak meşrulaştırma gereksiniminin her türlü rasyonel düşünceden daha güçlü olduğunu belirtmektedir. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

> "… Bu nedenle, insanoğlu bu ihtiyacın tatminine, din ve metafizik yoluyla ulaşmaya çalışmaktadır. Bu da mutlak adaletin bu dünyadan öteki dünyaya havale edildiği anlamına gelir. Mutlak adalet, insanüstü varlığın, yani özellikleri ve işlevleri, tanımı gereği insanın idrakine açık olmayan Tanrı'nın zorunlu bir özelliği ve onun gerçekleştirilmesi de Tanrı'nın zorunlu bir işlevidir. İnsan, Tanrı'nın varlığına inanmak zorundadır ve bu da mutlak adaletin varlığına inanmak anlamına gelir; ancak insan bunu anlamaya muktedir değildir. Adalet sorunun bu metafiziksel çözümünü kabul etmeyenler ve yine de mutlak değerler düşüncesinde ısrar edip onları, rasyonel-bilimsel bir şekilde belirleyebileceğini umanlar, kendilerini bir yanılsamayla, yani insanın aklından mutlak değerlerin türetilebileceği bazı temel ilkeleri bulmanın olanaklı olduğu fikriyle, kandırmaktadırlar. Fakat gerçekte bu değerler, son tahlilde, buna inanan insanların aklının duygusal unsurlarıyla belirlenmektedir. Bu mutlak değerlerin belirlenmesi ve

17 Hans Kelsen, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s.201-202.

18 *Ibid.,* s. 204.

19 *Ibid.,* s. 206-207. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

özelde bu şekilde elde edilen adalet idesi tanımı, her türlü toplumsal düzenin adil olarak meşrulaştırılabileceği boş reçetelerden başka bir şey değildir." [20]

Kelsen yaşadığı dönem bakımından metafiziksel ve aynı zamanda da rasyonel tarzdaki hukuk felsefesinde doğal hukuk öğretisinin tekrar önem kazandığını belirtmiştir. Doğal hukuk öğretisinde doğa, yasa koyucu olarak anlaşılmaktadır. Bu öğretide doğa çözümlenerek adil insan davranışlarını emreden ve her yerde var olan normlara ulaşılabileceği ileri sürülmektedir. Eğer doğanın Tanrı tarafından yaratıldığına inanılırsa bu inanç gereği doğada her yerde var olan normlar Tanrı'nın iradesinin ifadesi olarak anlaşılacaktır. Bu şekilde anlaşılan doğal hukuk öğretisi metafiziksel bir karaktere sahiptir. Eğer doğal hukuk, akılla donatılmış olan insan doğasından çıkarılacak olursa, bir başka deyişle insan aklının çözümlenmesiyle bulunabileceği düşünülürse, doğal hukuk öğretisi rasyonel bir nitelik taşıyacaktır. Kelsen bilimsel açıdan her iki görüşün de savunulamayacağını belirtmiştir. [21]

Kelsen görüşünü şöyle gerekçelendirmektedir: Nedensellik ilkesine göre biri diğerine bağlı olan bir olgular sistemi olarak doğa dediğimiz varlık bir iradeye sahip değildir. Bu nedenle de doğa belirli bir insan davranışını emredemez. Olgulardan olması gerekene dair bir çıkarımda bulunulamaz. Doğal hukuk öğretisi *olandan olması gerekeni* çıkarması nedeniyle mantıksal bir yanlışa dayanmaktadır Aynı sonuç insan aklına ilişkin olarak da geçerlidir. İnsan aklında insan davranışlarına ilişkin normlar bulmak, o davranışları doğadan elde etmekle aynı yanılsamadır. Kelsen bu nedenle doğal hukuk öğretisinde zaman zaman çelişkili sonuçlara varılabildiğini belirtmiştir. Kelsen Robert Filmer'in mutlak monarşiyi veya otokrasiyi tek doğal, yani adil bir yönetim biçimi olarak görebilirken, bir diğer önemli filozof John Locke'un ise, aynı yöntemle sadece demokrasinin en adil yönetim olduğunu belirttiğini bize hatırlatmaktadır.[22]

Kelsen'e göre insan aklı sadece göreceli değerlere ulaşabilir. Yani bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme karşıt değerlendirme dışlanarak yapılamaz. Rasyonel kavrayış açısından insanların yalnızca çıkarları vardır ve bu nedenle de çıkarlar arasında çatışmalar ortaya çıkar. Bu çatışmaların çözümü ya bir çıkarı diğerinin aleyhine tatmin etmekle, yani çatışmayla ya da çıkarlar arasında bir uzlaşmayla gerçekleştirilebilir. Bunlardan sadece birinin veya diğerinin adil bir çözüm olduğunu nesnel olarak kanıtlamaya çalışmak nafiledir.[23]

20 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 10-11. Çeviri için bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 441. Çeviri Ali Acar'ın çevirisidir.

21 *Ibid.,* s. 20.

22 *Ibid.,* s. 20-21.

23 *Ibid., s.* 21-22. Kelsen göreceli adalet anlayışını şöyle ifade etmiştir: "Eğer düşünce tarihi bir şey ispatlamışsa, bu da rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını –ki bu insan davranışı standardı, tek adil standart ve karşıt standardın da adil olabileceğini dışlayan bir standart olarak anlaşılır- kurmaya yönelik çabaların boşuna olduğudur. Eğer geçmişin entelektüel deneyiminden öğrenebileceğimiz bir şey varsa, o da sadece göreceli değerlerin insan aklınca ulaşılabilir olduğudur, yani

Kelsen'e göre doğal hukukun düşünce tarihi bize evrensel ahlâki bir ölçüt sunamamaktadır. İronik bir biçimde her birinin evrensellik iddiasında bulunduğu karşılıklı olarak birbiriyle çelişen doğal hukuk teorileri, insanın bilme yetisinin belirleyemeyeceği koşulsuz ahlâki değerlerin bir göstergesidir.[24] Kelsen'e göre bu tür bir evrensellik sorunludur; çünkü koşulsuz ahlâksal kavram veya standart tanımı gereği insanın bilme yetesinin ulaşamayacağı bir şeydir. İnsanın bilebilme yetisi sınırlı olduğundan mutlak değerlere ulaşılamaz. Bilimsel olabilmek için insan aklının sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle değerlerin doğasını doğru bir şekilde anlayabilmek için bilişsel sınırlılıkları göz ardı etmemek zorunludur. Bu konuda Kelsen şunları belirtmiştir:

"Genel anlamda mutlak ve özel olarak mutlak değerler, insan aklının sınırları dışındadır. İnsan aklı için, insan davranışlarının meşrulaştırma problemi olarak adalet sorunun koşulsal, yani göreceli bir çözümü mümkündür."[25]

Kelsen'in doğal hukuku reddetmesinin önemli bir nedeni de "olan ve olması gereken" adlandırılabilecek olan mantıksal sorundan kaynaklanmaktadır. Kelsen'e göre doğal hukuk mantıksal bir hataya dayanılarak inşa edilmiştir. Doğal hukuk teorisi normları şeylerin veya insanların doğasından çıkarmaya veya elde etmeye çalışmaktadır. Bir başka deyişle, doğal hukuk *olandan olması gerekeni* elde etmektedir. Bu teori olgusal gerçeklerden normatif ifadeler çıkarmaktadır. Oysa olgusal dünya (*Sein*) normatif dünyadan (*Sollen)* ontolojik olarak farklıdır.[26]

Kelsen doğal hukukun dinsel fonksiyonlara benzer fonksiyonlar yerine getiren ve bu nedenle de rasyonel olarak geçerli kabul edilemez felsefi ve metafiziksel bir girişim olduğunu belirtmektedir. Hem din hem de doğal hukuk yanıltıcı akıl yürütmeye dayansa da, insanda var olan mutlak adalet fikrince meşrulaştırılma gereksinimini tatmin etmeyi başarmaktadır Din ve doğal hukukun usa vurma biçimi ister istemez insanın akıl yürütmesinin sınırlarını aşar. Bunun nedeni transandantal kavramının tanımı

bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme, karşıt değerlendirmenin mümkün olduğunu dışlama iddiasıyla yapılamaz. Mutlak adalet, irrasyonel bir idealdir ya da –aynı anlama gelen, bir yanılsamadır; insanlığın ebedi yanılsaması." Bu çeviri Ali Acar'dan alınmıştır. Bakınız: . Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 451. Kelsen'in göreceli adalet görüşü için ayrıca bakınız: Hans Kelsen, "Law and Morality", Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 83-94. Demokrasinin temelinde göreceliğin yer aldığı görüşü için bakınız: Hans Kelsen, "State Form and World-Outlook", Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 111-112.

24 Bu noktada Kelsen'in görüşlerinin açıklanması için bakınız: Elisabeth Lefort, "Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 119.

25 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 10. Çeviri Ali Acar'dan alınmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 440.

26 *Ibid.,* s. 20.

gereği ulaşabilmemizin ötesinde olmasıdır. İnsanın bilme yetisinin sınırlarını aşabileceği iddiası, hem dinin hem de doğal hukukun tutarsızlığa düşmesinin esas nedenidir. [27]

Kelsen doğal hukuku reddetmektedir. Ancak "nihilizm"[28] tehlikesi nedeniyle ahlâki değerlerin olmadığı veya olamaycağı sonucuna da varmamıştır. Kelsen göreceli adalet felsefesinin bir ahlâk içerip içermediğini sorgulamaktadır. Kelsen'in göreceli adalet felsefesiyle bağlantılı ahlâk ilkesi hoşgörü ilkesidir. Bu ilke başkalarının siyasal düşüncelerini ve dini inançlarını, kabul etmeksizin, onların özgürce ifade edilmesini engellememeyi ifade eder. Hoşgörü ifade özgürlüğünü gerektirir. Eğer demokrasi adil bir yönetim biçimi olarak kabul edilip değerlendiriliyorsa Kelsen'e göre bunun sonucu bu yönetimin özgürlüğe dayanması ve özgürlüğün de hoşgörüyü gerektirmesidir. Eğer demokrasi hoşgörülü olmayı bırakırsa, demokrasi demokrasi olmaktan çıkar. [29]

Kelsen "adalet" ile ilgili bu önemli makalesinde ahlâki göreceliği şiddetle yani mutlak bir biçimde savunmamıştır. Kelsen makalesinde ahlâki göreceliği kişisel görüşü olarak bize sunmaktadır. Kelsen adaletin özünü tanımlamaya da kalkışmamıştır.[30] Nitekim makalenin sonunda kişisel tercihinin demokrasi ve hoşgörü olduğunu vurgulamıştır. Kelsen yazısını şöyle bitirmektedir:

> "Bu makaleye adalet nedir sorusuyla başladım ve şimdi makalenin sonunda farkındayım ki onu cevaplamadım. Tek mazeretim, bu konuda en iyi noktada olmam. Okuru, birçok tanınmış düşünürün başarısız olduğu noktada başarılı olduğuma inandırmaya çalışmak küstahlığın da ötesinde bir durum olurdu. Gerçekten de insanlığın özlemini çektiği mutlak adaletin ne olduğunu bilmiyorum ve onun ne olduğunu söyleyemem. Göreceli adaleti kabul etmem gerekiyor ve ben sadece bana göre adaletin ne olduğunu söyleyebilirim. Bilim adamlığı benim mesleğim olduğu ve bu nedenle benim hayatımdaki en önemli şey olduğu için, bana göre adalet, koruması altında 'hakikat' arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzendir. O halde benim adalet anlayışım, özgürlük adaleti, barış adaleti, demokrasi adaleti ve hoşgörü adaletidir." [31]

27 Elisabeth Lefort, "Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 126. Kelsen'in doğal hukuk ile ilgili önemli bir makalesi de şudur: Hans Kelsen, "The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s *s.* 137-173.

28 Nihilizm hiçbir şeyin var olmadığını ve hiçbir şeyin bilinemeyeceğini savunan görüştür.

29 Hans Kelsen, "What is Justice?", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 23.

30 Lefort, *op. cit.,* s. 128, 131. Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir: "Başka hiçbir soru, bu kadar tutkulu bir şekilde tartışılmamış; başka hiçbir soru Eflatun'dan Kant'a en ünlü düşünürlerin yoğun ilgisine konu olmamıştır. Ancak başka hiçbir soru bugün, diğer zamanlarda olmadığı kadar da cevapsız kalmamıştır. Öyle görünüyor ki bu soru, kaderine boyun eğmiş bilgeliğin uygulandığı ve insanın kesin bir yanıt bulamayacağı, fakat ancak onu geliştirebileceği sorulardan biridir." Bakınız. Kelsen, *op. cit.,* s. 1. Çeviri Ali Acar'in çevirisidir Bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 431-432.

31 Kelsen*., op. cit.,* s. 24. Bu alıntı Ali Acar'in çevirisinden alınmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 454. Kelsen'in göreceli adalet anlayışıyla ilgili bir yazı

Kelsen'in görüşüne göre hukuk bilimi adaleti tanımlamak için yaratılmamıştır. Bunun nedeni hukukun yarattığı normatif savları mutlaka tatmin etmek zorunda olmamasıdır. İşin aslında adalet hukukun zorunlu bir koşulu değildir. Ayrıca adalet hukuka güvenilir bir gerekçe de sağlamaz. Hukuk meşru bir şekilde adaleti tanımlamayabilir veya adaleti onaylamayabilir. Bunun nedeni adaletin hukukun zorunlu bir koşulu olmamasıdır. İşin aslında adalet sadece hukukla bağlantılı insani bir beklentidir.[32]

Değerlerin "Subjektifliği" ve "Göreceliği"

Hans Kelsen'in adalet felsefesine yöneltilen eleştirilere geçmeden önce düşünürün değerlerin "sübjektifliği" ve "göreceliği" konusundaki görüşlerini özetlemenin yararlı olacağını düşünüyorum. Kelsen "Doğal Hukuk Teorisinin Temelleri" başlıklı yazısında, eğer bir norm belli bir davranışın yapılması gerektiğini hükme bağlarsa ortaya bir değerin çıkacağını belirtmiştir. Eğer bir davranış, hukuk kuralınca öngörüldüğü biçimde olması gerektiği gibiyse iyidir ve bir değeri vardır. Tersine eğer bir davranış, hukuk kuralınca öngörüldüğü biçimde olması gerektiği gibi değilse kötüdür ve değersizdir. Bir ifade gerçekliğe atıf yaptığında olması gereken ile olan, yani değer ile gerçeklik arasındaki karşıtlık ortaya çıkar. Kelsen'e göre bu karşıtlık bize mantık prensipleri ve rasyonel düşünme ilkeleri tarafından takdim edilmektedir. Söz konusu karşıtlık olması gerekenden olan ve olandan olması gerekenin elde edilemeyeceği biçiminde bir sonuç doğurmaktadır. Bir şeyin var olması olgusundan bir şeyin olması gerektiği ve bir şeyin olması gerektiği olgusundan da olan bir şey çıkmaz. Ne gerçeklikten bir değer ne de bir değerden gerçeklik elde edilebilir. Gerçeklikle ilgili ifadelerimizde ise eğer ifade gerçeklikle örtüşüyorsa doğrudur. Kelsen'in belirttiği gibi metalik kütleler ısıtılırsa genişler ifadesi bu durum istense de istenmese de doğrudur ve bu durum rasyonel düşünen bütün varlıklar için doğrudur. Oysa değer iradi bir davranışın anlamı olan bir norma dayandığında durum tamamen farklıdır. Bu nedenle birbiriyle çelişen değerler geçerli olabilir. Çünkü bir değerin geçerliliğinin nedeni bir normun geçerliliğinden kaynaklanır ve farklı yerlerde ve zamanlarda farklı insanlar farklı normlara ve bu nedenle de farklı değerlere sahip olmuşlardır. Norm ve ifade, 'olması gereken'

için bakınız: Otto Bondy, "Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics", *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen, der. Salo Engel* (Knoxville: The University of Tennessee Press, 1964), s. 51-57.

32 Bettina K. Rentsch, "Hans Kelsen's Psychoanalytic Heritage-An Ehrenzweigian Reconstruction", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 166. Bettina K. Rentsch bu makalesinde Kelsen'in adalet teorisini Ehrenzweig'in görüşleriyle zenginleştirmeye çalışmıştır. Rentsch Kelsen'in adalet ile ilgili görüşlerinin Albert Ehrenzweigh'in *Pschoanalytic Jurisprudence* (Berkeley: University of California Press, 1971) başlıklı yapıtından yararlanabileceğini iddia etmiştir. Kelsen'in adalet tanımı için yaptığı çalışma bir çıkmazla sonuçlanmaktadır. Kelsen evrensel bir adalet tanımına ulaşmayı *irrasyonel* bir çaba olarak kabul etmektedir. İşte bu noktada Rentsch'e göre Ehrenzweig'in çalışması adalet isteğinin sosyolojik ve psikolojik kaynaklarını açıklamada Kelsen'e yardımcı olabilecektir. Bettina K. Rentsch, Ehrenzweig'in teorisinin Kelsen'in adalet teorisine daha tatmin edici bir temel sağlayarak saf hukuk teorisindeki açıkları da kapatabileceğini ileri sürmüştür

ve 'olan' şeklindeki düalizmin kaçınılmaz sonucu değerlerin sübjektif olduğu ve objektif değerlerin olmadığıdır. Eğer değerler doğası gereği sübjektif ise aynı zamanda görecelidir de. [33] Değerlerin göreceliği ve sübjektifliği konusunda Kelsen şunları belirtmektedir:

"Değerlerin sübjektif ve göreceli olmaları insanların büyük bir çoğunluğu için –her ne kadar herkes için değilse de- ortaya dayanılması zor bir durum çıkarır. Bu durumun ilk nedeni değerlerin sadece göreceli ve sübjektif olması varsayımının davranışlarımızı meşrulaştırma gereksinimini tatmin etmede yetersiz kalmasıdır. Eğilimlerimize karşı olması nedeniyle büyük güçlüklerle riayet ettiğimiz normun geçerliliği rastgele konmuş bir norm olarak ortaya çıkarsa ve bu nedenle de açıkça karşıt bir başka normun geçerliği dışlanamazsa, böyle bir norma uyan davranışın değerinden bir ifadenin doğruluğundan daha az emin oluruz. Belki de böyle bir durumda tam anlamıyla tedirgin de olabiliriz; çünkü normatif ahlâksal ve hukuksal düzenlerin otoritesini ve buna bağlı olarak ortaya çıkan motive edici iktidarı eğer bu düzene tabi olanlar bu düzenin normlarının oluşturduğu değerleri sübjektif ve göreceli kabul ederlerse yeterli bulamayabiliriz. Dolayısıyla durum böyle olduğunda insan iradesiyle yapılan davranışların anlamının olmadığı, normların geçerli olabilmesi için 'vazedilmiş olması' veya 'pozitif olması' gerekmeyen, geçerliliğini insan davranışından bağımsız ve içerikleri nedeniyle alan ve hemen bağlayıcı olan ve gerçek hakkındaki ifadelerin doğruluğunda olduğu gibi, objektif değerlerin oluşturduğu normların geçerliliğini gösterme çabası ortaya çıkar. Bu çabayı başarılı kılmak için 'olan' ve 'olması gereken', gerçeklik ve değer, ifade ve norm, istemek ve düşünmek arasındaki mantıksal ve rasyonel düşünmenin bize dayattığı düalizmden kurtulmak gerekir. Bu ise ancak mantıksal ve rasyonel alanın ve deneysel gerçeklik alanının ve özellikle iradenin deneye dayalı davranışları ve anlamının dışına çıkılıp istemenin düşünme olabildiği, 'olması gerekenin' 'olan olduğu', normların aynı zamanda ifade olduğu ve yasaların adil ve bunun yanında da doğru olduğu aşkın ve metafiziksel alana rücu etmekle gerçekleşebilir. Bu ise bilim veya felsefeden teolojiye geçmek ve insanın Tanrıya yükselmesi demektir. Ve bu yol hukuksal ve ahlâksal pozitivizmden doğal hukuk doktrinine giden yoldur." [34]

Hans Kelsen'ın "Adalet Felsefesi"ne Yöneltilen Eleştiriler[35]

Kelsen'in adalet görüşüne yöneltilen eleştiriler iki başlık etrafında toplanabilir. Bunlardan ilki Kelsen'in göreceli adalet anlayışının bazı tutarsızlıklar veya uyumsuzluklar içerdiğidir. İkinci tür eleştiri ise göreceli adalet görüşünün kendisine yönelik yani, adaletin göreceli olduğu savına getirilen eleştirilerdir.

Kelsen'in Göreceli Adalet Teorisinde Tutarsızlıklar veya Uyumsuzluklar:

Jes Bjarup "Kelsen'in Hukuk Teorisi ve Adalet Felsefesi" başlıklı yazısında

33 Hans Kelsen, "The Foundation of the Theory of Law", Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 116-117.

34 *Ibid.,* s. 117-118

35 Kelsen'in *What is Justice* başlıklı kitabının eleştirileri: Alf Ross, Book Review Hans Kelsen, "What is justice", *California Law Review* (45, 1957), s. 564-570; F.S.J. Northrop, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Virginia Law Review* (Vol. 44, 1958), s.815-819; Donald Meiklejohn, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 25, 1958), s. 543-551; Barna Horvath, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 6, 1957), s. 407-411; Edvard H. Levi, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 314, 1957), s. 213-214; Quincy Wright, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 51, 1957), s. 830-834; William Ebenstein, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 52, 1958), s. 535-537.

Kelsen'in göreceli adalet teorisine eleştirmiştir.[36] Jes Bjarup'un yazısını inceleyen Philip Pettit eleştirileri üç başlık altında ele almıştır. Bunlardan ilki Kelsen'in ahlâksal göreceliğinin, savunduğu epistemolojik görecelikle uyumsuz olduğu; ahlâksal göreceliğinin "temel norm" teorisiyle uyuşmadığı ve üçüncüsü de ahlâksal göreceliğinin en üstün siyasal erdem olarak kabul ettiği hoşgörüyle çelişki içinde olduğu yolundaki eleştirileridir. Biz de Pettit'in yaptığı sıralamaya göre Bjarup'un eleştirilerini inceleyeceğiz. [37]

Jes Bjarup'un Kelsen'in göreceli adalet teorisine yönelik ilk eleştirisini şöyle ifade etmektedir:

> "Sorun Kelsen'in epistemolojik görecelik olarak adlandırdığı görüşe bağlı kalmasından kaynaklanmaktadır. Bu teoriye göre Kelsen 'sadece göreceli gerçeği ve göreceli değerleri' kabul etmektedir. Görebildiğim kadarıyla bu görüşün sonucu olarak Kelsen değer yargılarının son çare olarak kültürümüzün insanlarınca kabul edilmesi nedeniyle doğru kabul edilmesi gibi, yine son çare olarak kültürümüzün bilim insanlarınca kabul edilmesi nedeniyle bilimsel kanının doğru olduğunu iddia etmek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle gerçekte yaptığı gibi Kelsen bilimsel kanılarla değer yargılarını karşılaştıramamaktadır. Bu nedenle de kendisiyle çelişmektedir."[38]

Philip Pettit epistemolojik ve ahlâksal göreceliğin eş zamanlı olarak bahsedilmesi durumunda, Kelsen'in göreceliğin her iki durumuna da aynı anlamı verdiğini iddia etmenin hoşgörüsüz ve sert bir yorum olacağını belirtmiştir. Pettit'e göre kuşkusuz epistemolojik ve ahlâksal göreceliğin aynı anlamda oldukları düşünülecek olursa, epistemolojik görecelik ahlâksal görecelikle eş zamanlı olarak ele alınamaz bir duruma gelecektir. Ahlâksal görecelikte önemli olan husus görecelik bakımından belirli karşıtlıkların olduğu ve bunların ortaya çıkarılmasıdır. Eğer bütün yargılar, değerlendirmeler veya kanılar aynı ölçüde göreceli ise ve yine bunlar eşit olarak böyleyse, ahlâksal görecelik açısından ortaya çıkarabileceğimiz karşıtlıklar yok demektir.[39] Pettit'in belirttiği gibi Kelsen için görecelik epistemolojik veya ahlâksal konular söz konusu olduğunda farklı şeyleri ifade etmektedir.[40]

Jes Bjarup'un saptadığı ikinci tutarsızlık Kelsen'in saf hukuk teorisinde mutlak değer olarak kabul edilen temel norm varsayımının ahlâksal görecelikle uyuşmadığı iddiasıdır.[41] Philip Pettit bu eleştirinin temel normun hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından değil de, hukuk uygulayıcıları tarafından varsayıldığı düşünüldüğünde, Kelsen'in ahlâksal göreceliğinin ve hukuksal pozitivizminin bu eleştiriden kurtulacağını belirtmiştir. Eğer hukuk bilimiyle uğraşanlar temel norm varsayımını yapmıyor ve sadece

36 Jes Bjarup, "Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice", ", *Essays on Kelsen,* derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 273-303.

37 Philip Pettit "Kelsen on Justice: A Charitable Reading", *Essays on Kelsen,* derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 305.

38 Bjarup, *op. cit.,* s. 300.

39 Pettit, *op. cit.,* s. 306-307.

40 *Ibid.,* s. 308.

41 Bjarup, *op. cit.,* s. 291-292.

hukuk uygulayıcılarının varsayımını kaydediyorlarsa, Kelsen hukukla uğraşan bir bilim insanı olarak kuramını zedeleyecek herhangi bir hukuki geçerlilik ile ilgili bir değer açıklamaya zorlanmamış olacaktır.[42]

Bjarup temel norm varsayımına bağlanmış olan hukuksal geçerliliğin bazı hukuk normlarına sahip olma değeri olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu esasa yönelik sosyal bir değer olduğundan "düzenlilik" (orderliness) değeri olarak adlandırılabilir. Böyle adlandırıldığında temel norm varsayımı Kelsen'in göreceli adalet görüşüyle çelişecektir. Ancak Pettit Kelsen'in temel norm varsayımının esasa yönelik bir değer olarak düşünülmeyebileceğini ve bu durumun da "emredilmek" (orderedness) olarak adlandırılabileceğini belirtmiştir. "Emredilmek" terimi sistemden bağımsız herhangi bir içeriğe sahip olmayacaktır. Böyle anlaşıldığında Pettit temel norm varsayımı hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından varsayılsa bile, Kelsen'in "temel norm" kavramı göreceli adalet görüşüyle çelişmeyecektir.[43]

Bjarup'un Kelsen'e yönelttiği üçüncü eleştiri Kelsen'in ahlâksal göreceliliğinin "hoşgörü" prensibini içermesidir. Bu Bjarup'a göre çok önemli bir tutarsızlık yaratmaktadır.[44] Kelsen "Adalet Nedir?" başlıklı yazısında hoşgörü ilkesiyle ilgili olarak şunları belirtmektedir:

> "Göreceli adalet felsefesiyle ilgili olan belirli ahlâk ilkesi, hoşgörü ilkesidir ve bu ilke, diğerlerinin siyasi fikirlerine ve dini inançlarına karşı, onları kabul etmeksizin, fakat onların özgür olarak ifade edilmesini engellemeyerek, anlayışlı olmayı ifade eder. … Hoşgörü, düşünce özgürlüğüdür."[45]

Bjarup'a göre göreceli adalet görüşünün gereği olarak hoşgörüsüzlük ilkesi hoşgörü ilkesi kadar meşrudur. Oysa Kelsen hoşgörü ilkesinin bilimsel olarak güvence altında olduğunu düşünmektedir. Bu ise Bjarup'a göre Kelsen'in göreceli adalet konusunda yazdıklarıyla çelişmektedir. Ancak Bjarup'a göre iyi bir savunma olarak kabul edilemezse de, Kelsen savunduğu hoşgörü ilkesinin mutlak hoşgörü olmadığını belirtmiştir. Kelsen bu konuda şunları yazmaktadır:

> "… Göreceli bir adalet felsefesiyle mutlak hoşgörünün övülemeyeceği; sadece barışı garanti eden ve düzene tabi olanlar arasında güç kullanılmasını engelleyen ve yasaklayan, ancak fikirlerin barışçıl bir şekilde ifade edilmesini engellemeyen ve yasaklamayan bir kurulu hukuk düzeni içindeki hoşgörünün benimsenmesi akla yatkındır."[46]

Philip Pettit Kelsen'in savı biraz değiştirildiğinde Bjarup'un üçüncü tutarsızlık iddiasının da aşılabileceğini belirtmiştir. Göreceli adalet düşüncesinde esasın önemli olmadığı, farklı insanlar tarafından savunulan birbiriyle çelişkili çok sayıda ahlâksal yargının olduğu id-

42 Pettit, *op. cit.,* s. 309-310.

43 *Ibid.,* s. 310-311.

44 Bjarup, *op. cit.,* s. 301.

45 Hans Kelsen, "What is Justice?", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 22-23. Türkçe çeviri için bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?", çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 452.

46 *Ibid., s.* 22-23. Çeviri Ali Acar, *Ibid.,* s. 452.

dia edilmektedir. Pettit'e göre iki tür ahlâksal yargı birbirinden ayırt edilebilir. Bunlardan ilki değerlendirmeler (evaluations), ikincisi ise emirlerdir (prescriptions). Emirler ne yapılacağı veya yapılamayacağıyla ilgili eylemlerdir. Değerlendirmeler ise bunları karşılayan projelerin sadece ilk bakışta arzu edilebilir olup olmadığını betimler. Emirler belirli bir eylemin veya belirli bir sınıfın eylemini sadece iyi veya kötü olarak betimlerken, değerlendirmeler bize bunu belirli bir açıdan iyi veya kötü olduğunu gösterir.[47]

Pettit'e göre eğer "değerlendirmeler" ve "emirler"in birbirinden farklı olduğu kabul edilecek olursa, Kelsen'in hangi anlamda ahlâksal göreceliliği savunduğuna karar vermemiz gerekir. Kelsen'in "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde ahlâksal yargılar arasında bir farklılık yapmadığından her ikisini de kast ettiği söylenebilirse de, Pettit'e göre eğer Kelsen'in sadece emirler bakımından göreceliği savunduğu, değerlendirmelerde ise savunmadığı kabul edilecek olursa, Bjarup'un üçüncü tutarsızlık iddiası da geçerli olmayacaktır. Değerlendirmelerin göreceli olmayan bir bakışla ele alınabileceği, buna karşılık emirlerin göreceli olması gerektiği anlaşılabilir bir durumudur. Kelsen'in değerlendirmede göreceliliği kabul etmediği, emirlerde ise göreceliği kabul ettiği düşünüldüğünde hoşgörü hakkında söylediklerinin çelişkili ve/veya tutarsız olmadığı söylenebilecektir.[48] Pettit'in belirttiği gibi, Kelsen'in çözümlemelerinin değerlendirmelerden çok emirleri kapsadığı ahlâksal yargıların normu çağrıştırdığı ve normların da kayıtsız şartsız emretme gücünü içerdiği söylenebilir. Kelsen'in ahlâksal yargılardan anladığının emirler olduğu, emirlerin istisnası olmadığından anlaşılmaktadır. Yine Kelsen'e göre ahlâksal yargılar çatışan değerler sonucu ortaya çıkar ve bunlara göreceli olmayan gerçeklik atfedilemez; çünkü bu tür değer çatışmaları çözümlenemeyebilir. Bu tartışma değerlendirmelere uygulanamaz ve bu nedenle sadece emir şeklindeki ahlâksal yargılar görecelidir. [49]

Genel olarak Bjarup'un eleştirilerinde ikna edici bir kanıt gösteremediği Pettit'in eleştirilere yönelik yanıtlarından anlaşılmaktadır. Bu ise Bjarup'un Kelsen'in söylediklerini tam olarak anlamadığı ya da çarpıtarak eleştiri yapmaya çalıştığını göstermektedir

Ahlâksal Göreceliğin Özünün Eleştirisi:

Saf hukuk teorisi hukuk bilimini sadece nedensellik ilkesini uygulayan doğal ve sosyal bilimlerden ayırmamakta; aynı zamanda hukuku diğer normatif düzenlerden özellikle de ahlâktan ayırmaktadır. Böylece hukuk bilimi etikten ayırt edilmiş olmaktadır. Kelsen'in belirttiği gibi "ahlâk" olarak adlandırılan normatif düzen de belirli insan davranışlarını dikte etmeye bir başka deyişle düzenlemeye çalışır. Ancak ahlâk olarak adlandırılan bu normatif düzen ahlâki normun ihlalini zora dayanan yaptırımla değil, norma uyan davranışı onaylayarak ve uymayanı ise kınayarak gerçekleştirmek ister.

47 Pettit, *op. cit.,* s. 313.
48 *Ibid.,* s. 315.
49 *Ibid.,* s. 316-317.

Tasvip (onamak) ahlâka uygun, kınama ise ahlâka aykırı davranışa atfedilir. Kelsen hukukun ahlâktan ayrılmasını özlü bir biçimde şöyle açıklamaktadır:

> "Hukukun ahlâktan, hukuk biliminin etikten ayrılmasının sonucu hukuk normunun geçerliliğinin ahlâk normuyla, özellikle de *adaletin* ahlâk normuyla ilişkisinden bağımsız olması gerektiği ilkesinin ortaya çıkmasıdır. Farklı ve birbiriyle çelişen ahlâk sistemleri ve bu nedenle de farklı ve birbiriyle çelişen adalet idealleri var olduğundan, pozitif hukuk düzeni bunlardan biriyle uyumlu ve aynı zamanda da diğeriyle çelişki içinde olabilir. Kuskusuz bu saf hukuk teorisinin *ahlâk* postulatını (hukuk adil olmalıdır) reddettiği anlamına gelmez. Bu sadece hukukun temel unsurunun adalet düşüncesini gerçekleştirmek olduğu yolundaki yaygın kanıyı reddetmek demektir. Pozitif hukuk adil veya adil değil diye değerlendirilebilir. Bu söylenenlerin sonucu olarak saf hukuk teorisi hukuk ve adalet kavramlarının açıkça birbirinden ayırt edilmesinde ısrarcıdır. Zaman zaman yanlış anlaşıldığı gibi, saf hukuk teorisi adaletin varlığını inkâr etmemektedir; saf hukuk teorisi bir bilim olarak sadece Tanrının adaleti şeklindeki dinsel inanca uygun olarak var olan *mutlak* adaleti tanımayı reddetmektedir. Saf hukuk teorisi adaleti farklı değer sistemlerine göre farklı olan *göreceli* bir değer olarak ele alır." [50]

Leo Strauss saf hukuk teorisinin her türlü siyasal rejimi meşrulaştırabileceğini, çünkü bu teorinin gücünü tarihselci öncülden aldığını ileri sürmüştür. Tarihselci görüşe göre bütün ahlâki değerlendirmeler tarihsel ve kültürel koşullara bağlıdır. Bu nedenle de ahlâki değerlendirmelerin sadece göreceli ağırlıkları vardır. Ahlâki bir değerlendirmenin bir başka ahlâki değerlendirme tarafından çelişmesi önlenemez. Bunun nedeni tarihselci görüşe göre bütün ahlâki yargıların aynı ağırlıkta ve aynı değerde olmasıdır. Biri diğerinden üstün değildir Leo Strauss bu konuda şunları belirtmiştir:

> "… (L)iberaller doğal hakkın terk edilmesini sadece soğukkanlılıkla değil bir de rahatlamayla karşılarlar. Bunlar, içkin olarak iyi ya da doğru olanın hakiki bilgisini elde etme konusundaki yetersizliğimizin, bizi iyi ya da doğru olan üzerine her fikri hoş görmeye, ya da tüm tercihlerin veya tüm 'medeniyetlerin' eşit derecede saygıya layık olduğunu kabul etmeye mecbur bıraktığına inanıyor gibi görünürler. Sadece sınırsız hoşgörü usla uyum içindedir." [51]

Leo Strauss'un görüşlerini açıklarken Elisabeth Lefort da eğer bütün ahlâki değerlendirmeler sadece göreceli bir geçerliliğe mahkûm edilecek olursa, siyasal rejimlerin ahlâki olup olmadığının kesin bir biçimde saptanamayacağını belirtmiştir. Modern sosyal bilimlerde neyin meşru neyin gayri meşru olduğu noktasındaki farklılık tümüyle kalktığı için, sosyal bilimler potansiyel olarak her türlü siyasal rejimin menfaatlerine hizmet edebilir. Ancak gerçekte sosyal bilimler bu kadar çok yönlü değildir.

50 Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law", *Israel Law Review* (January 1966), s. 3-4. Çeviri tarafımdan yapılmıştır. Hukuk ve ahlâki düzenlerin birbirlerinden ayrılması konusunda bakınız: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law,* çev. Max Knight (California: University of California Press, 1967), s. 66-69

51 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The University of Chicago Press, 1965), s. 5. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih,* çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 21.

Modern sosyal bilimler esasta liberalizmin menfaatlerine hizmet eder ve liberalizm ile bu ilişki bu disiplinlerin tutarlıktan yoksun olduğunu kanıtlar. [52]

Leo Strauss *Doğal Hak ve Tarih* başlıklı kitabında sosyal bilimlerin araç olarak düşünülmesini eleştirdikten sonra, Kelsen'e atıfta bulunmaktadır. Bu atıfta Kelsen'in *Allgemeine Staatslehre'*den bir parçayı aynen alıntıladıktan sonra, neden bu parçanın kitabın İngilizce çevirisinde yer almadığını sorgulamıştır. Kelsen'den alınan bu atıf aynen şöyledir:

> "Despotik rejimlerde hukuksal düzenin (*Rechtsordnung*) olmadığı bunun yerine despotun keyfiliğinin (*Willkür)* olduğu iddiası tümüyle anlamsızdır… Devlet despotik biçimde yönetildiğinden aynı zamanda insan davranışlarının da belirli bir biçimde düzenlenmesi (*Ordnung*) söz konusudur… Bu düzenleme kesinlikle hukuksal bir düzendir. Bu düzenin hukuksal karakterini inkâr etmek sadece doğal hukukun saflığı veya ukalalığı olabilir… Keyfilik olarak yorumlanan despotun her kararı kendisinin vermesini sağlayan hukuksal olanaklara sahip olmak, yan örgütlerin işlemlerini kayıtsız şartsız bir biçimde belirlemek ve her zaman var olan normların genel veya belirli geçerliliklerini (*Geltung)* değiştirmek veya iptal etmektir. Böyle bir devlet kötü bir devlet olarak kabul edilse dahi hukuksal bir devlettir (*Rechtszustand).* Böyle bir devletin pozitif yönleri de vardır. Modern hukuk devletlerinde o kadar da görülmedik bir şey olmayan diktatörlük istekleri açıkça bunu bize göstermektedir." [53]

Elisabeth Lefort'un belirttiği gibi Kelsen'in görüşlerine aşina olanlar için yukardaki alıntı şaşırtıcı olamaz. Burada söz konusu olan saf hukuk teorisinin temel savlarından biridir. Bu temel sav hukuk ve devletin özdeşliği savıdır. Kelsen'e göre despotik devlet de hukuksal bir devlettir. Bir başka deyişle, her devlet hukuksal doğasına ve herhangi bir kişinin ahlâksal bakımdan onaylayıp onaylamasına bakılmaksızın hukuksal bir devlettir. Bu nedenle var olan siyasal rejimin hukuksallığı kişilerin o rejimi onaylayıp onaylamamasına bağlı değildir. Devletin hukuksallığı ve ahlâksal saygınlığı arasındaki farklılık Kelsen'in saf hukuk teorisinin bir sonucudur. Yine Lefort'un belirttiği gibi hukuku bilmek ve hukuku ahlâksal açıdan değerlendirmek tanım gereği birbiriyle çelişen iki işlemdir. Bunlardan ilki yani hukuku bilmenin ilkeleri insanın kavramasının meşru sınırlarında yer alırken, ikincisi yani hukukun ahlâksal açıdan değerlendirilmesi insan iradesinden kaynaklanır. Bunlardan ilki nesnel ikincisi ise öznel-dir. Ayrıca bunlardan ilki betimleyici bir işlem, ikincisi ise değerlendirmeden ibarettir. Betimleme (hukuk bilimi) ile kural koyma (ahlâksal değerlendirme) işin aslında Kelsen'in temel ayırımı olan

52 Elisabeth Lefort, "Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 120

53 Strauss Kelsen'i İngilizce'ye çevirmeden doğrudan metnin Almanca aslına atıfta bulunmaktadır. Kelsen'in bu atfının İngilizce'ye çevirisi David Novak'ındır. Bakınız: David Novak, "Haunted by the Ghost of Weimar: Leo Strauss' Critique of Hans Kelsen", *The Weimar Moment: Liberalism, Political Theology, and Law,* der. Leonard V. Kaplan ve Rudy Koshar (Lanham: Lexington Books, 2012), s. 395. İngilizce'den Türkçe'ye çeviri tarafımdan yapılmıştır.

Sein ve *Sollen* arasındaki farklılığın geliştirilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Kelsen için bilimsel olmak demek siyasal açıdan yansız olmak demektir.[54]

Hans Kelsen'e göre "mutlak değer" bilimin konusu olamaz, çünkü mutlak değer denen şey rasyonel bir süreç ve işlem sonucu olmayan duygulara dayanan bir seçimde bulunmadır. Kelsen'e göre ahlâksal standartlar kişinin duygularına, kültürüne, zamana ve yere bağlıdır. Bir başka deyişle, ahlâksal standartlar toplumumuzun benimsediği ideallerden başka bir şey değildir. Adalet konusundaki göreceli perspektif Staruss'a göre iki temel sorun ortaya çıkarmaktadır. Adaletin Kelsen tarafından yapılan göreceli tanımı adalet için gerekli olan toplumdan akla uygun ve kritik bir uzaklık sağlamamaktadır. Adil karar alımında kullanılan ölçütün toplum tarafından sağlandığı düşüncesi kabul edildiğinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Adalet anlayışı göreceli toplumla özdeşleştirildiği için toplumun üstünde değildir. Bununla bağlantılı olarak bu göreceli standart toplumu değerlendirmede bir araç olamaz; çünkü bu standart toplumdan kaynaklanmaktadır. Leo Strauss bu konuda şunları yazmaktadır:

> "Bugün pek çok insan söz konusu ölçünün olsa olsa, toplumumuz ya da 'medeniyet'imiz tarafından benimsenen ve içinde yaşama biçimlerinin ya da kurumlarının somutlaştığı ideal olduğu görüşünü savunuyor. Ama bu aynı kanıya göre, yamyam toplumlarda uygarlaşmış toplumlardan daha az olmamak üzere, her toplumun kendi ideali vardır. Eğer ilkeler bir toplum tarafından kabul edilmiş olmaları olgusu tarafından yeterince aklanıyorsa, yamyamların ilkeleri de uygarlaşmışlarınkiler kadar savunulabilir ya da sağlamdır." [55]

Bu söylenenlere ek olarak Strauss kişilerle toplum tarafından belirlenen ahlâki idealin özdeşleşmesi varsayımının sahte bir varsayım olduğunu düşünmektedir. Kişinin kendi sosyal çevresini sorgulayabilir olması gerçeği, insanların bütünüyle toplum tarafından belirlenmediğinin ispatıdır. İnsanlar bütünüyle toplum tarafından kuşatılmış ve toplum tarafından belirlenmiş olsalardı toplumu bir obje olarak düşünemezlerdi. Böyle bir durumda da insanların adalete gereksinimleri olmayacaktı. [56]

Strauss'a göre ahlâki göreceliğin ortaya çıkardığı bir başka önemli sorun da inşa ettiği dünyayla ilgilidir. Strauss'a göre ahlâki görecelik bizi doğrudan nihilizme götürür. Ahlâki göreceliğin bakış açısından insanların bilme yetisi mutlak adalet bilgisine ulaşamaz. Ve bu varsayım insanların seçimleriyle baş başa kaldıklarını ileri sürmemekte aynı zamanda da her türlü insani tercihin eşit ve birbirinden farklılaşmamış olduğunu iddia etmektedir. İnsanlar bakımından

54 Lefort, *op. cit.,* s. 121-122. Şunu belirtmek gerekir ki Kelsen adalet üzerine düşüncelerini hukuk biliminin teorik çerçevesinin dışında geliştirmiştir. Bakınız, Lefort, *op. cit.,* s. 123.

55 Leo Strauss, *Natural Right and History* '(Chicago: The Chicago University Press, 1953, s. 2-3. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih,* çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 18-19 Leo Strauss'un "görecelik" ile ilgili görüşleri için bakınız: Leo Strauss, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics,* Vol. 19, No. 3 (Aug., 1957), s. 343-368; Leo Strauss, "Relativism", *The Rebirth of Classical Rationalism: An Introduction to the Thought of Leo Strauss,* der. Thomas L. Pangle (Chicago: Chicago University Press, 1989), s. 13-26.

56 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The Chicago University Press, 1953), s. 3.

neyin adil neyin adil olmadığını bilebilmek imkânsızsa, bu bütün olası tercihlerin eşdeğer olduğu anlamına gelecektir; çünkü böyle bir durumda koşulsuz bir standart yoktur. Bu da bir bakıma hiçbir standardın olmadığı anlamına gelir. Belirli tercihler veya eylemler adil olarak nitelendirilir; çünkü bu tercihler kendisi göreceli olan bir idealle uyumlu olmaktadır. Her şeyin göreceli olduğu bu dünyada her davranış ve her kanı zayıf ve bu nedenle de anlamsız olacaktır.[57]

Bu açıklanan nedenlerle göreceli adalet görüşü adalet kavramını anlamdan yoksun bir hale getirmektedir. Leo Strauss bu noktada bir ironinin olduğunu belirtmektedir. Strauss üzülerek modern sosyal bilimlerin insanlar için ikinci derecede önemli olan şeyleri belirlemede etkin olduğunu söylemektedir. Bunun nedeni bizim için en önemli olan şeylere sosyal bilimlerin nüfuz edememesidir. Rasyonellik gönüllü körlükle eş anlamlıdır ve bu durum bizleri seçimlerimizi görmeyerek yapmaya mahkûm etmektedir. Strauss'a göre bütün seçimlerimiz kötü olduğu kadar iyi veya iyi olduğu kadar kötüdür. [58]

Strauss'un Kelsen'in doğal hukukun ve doğal hukukçuların gerçekleri dikkate almadığı iddiasına karşı geliştirdiği görüşler oldukça güçlüdür. Lefort Strauss'un bu görüşlerini şöyle özetlemektedir: İnsanların çeşitli adalet kavramlarının var olduğunu bilebilmeleri için tarihselciliği ve tarihselciliğin getirdiği göreceliği beklemelerine gerek yoktur. İşin aslında tarihselcilik doğal hakka karşı bir argüman olmaktan uzaktır; çünkü doğal hak tamamen bu deneyim farklılığının üzerine inşa edilmiştir. Doğal hak düşüncesinin özü bu deneye dayalı perspektifin ötesinde evrensel bir standart arayışıdır ve bu arayış insan aklının yardımıyla gerçekleştirilir. O halde doğal hak görüşünün ampirik gerçekleri görmezden geldiği söylenemez. [59]

Leo Strauss'a göre siyasal felsefe ve doğal hak insanlar konvansiyon (anlaşma ve/veya uzlaşma) ile doğa arasındaki radikal farklılığı anladıklarında ortaya çıkar. Bu nedenle doğal hakkın ne olduğu hakkında evrensel anlaşmanın yokluğu böyle bir hakkın olamayacağının kanıtı olamaz. Doğal hakkın özü düşünüldüğünde doğal hak teorisine herkesin kolaylıkla ulaşamayacağı açıktır. Bu iş ciddi bir çaba ve akıl gerektirir. [60]

Strauss eğer tarihselci görecelik doğruysa, bu durumda insanın bilme yetisinin tarihsel sınırlamaları aşabileceği ve tarihselliğin ötesine ulaşabileceği ispatlanmış olacağını belirtmektedir. Bu durum ise tarihselci öncül ve görecelikle çelişecektir. Staruss'a göre bu bize açıkça tarihselciliğin ve göreceliğin *mantıksal hata kurbanı* olduğunu göstermektedir. Eğer bu teoriler doğru olsaydı, doğru olduğunu iddia ettikleri tarihsel determinasyondan kendilerini dışlamazlardı. Strauss'a göre benzer hata hoşgörü kavramında da bulunabilir. Hoşgörü kavramı Kelsen dâhil modern sosyal bilimlerce "nihilizm"den (hiççilik) kurtul-

57 *Ibid.,* s. 3.
58 *Ibid.,* s. 4.
59 Lefort, *op. cit.,* s. 126-127.
60 Leo Strauss, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics* (Aug., 1957), s. 343-344.

ma umuduyla savunulmaktadır. Ancak bu kavram bu umutta olanları çelişkiye sürüklemektedir. Ahlâki görecelik mutlak değerler olasılığını dışlamaktadır; çünkü bu görüşe göre bütün değerler görecelidir. Bütün değerlerin aynı meşruluğa sahip olduğu kabul edildiğinde, hoşgörüsüzlük neden kötü bir değer olsun sorusu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, hoşgörü neden hoşgörüsüzlükten daha iyi bir değer olmaktadır. Nasıl oluyor da "hoşgörü" görecelilikten kurtuluyor? Eğer bütün insan eylemleri kör seçenekler veya tercihlerse neden hoşgörülü olunsun? [61] Leo Strauss bu konuda şu görüşleri ileri sürmektedir:

> "Eylemlerimizin ilkelerinin kör seçimlerimizden başka dayanağı olmadığını bir kez anlarsak, bunlara bir daha gerçekten inanmayız. Artık onlara kalben inanarak rahat hareket edemeyiz. Artık sorumlu varlıklar olarak yaşayamayız. Yaşamak için, bize ilkelerimizin kendilerinde ancak herhangi başka ilkeler kadar doğru ya da yanlış olduğunu söyleyen aklın kolayca susturulan sesini susturmak zorunda kalırız. Aklı ne kadar işletirsek, hiççiliği o kadar geliştiririz: o kadar az toplumun dürüst üyeleri olabiliriz. Hiççiliğin kaçınılmaz fiili sonucu, bağnaz aydınlık düşmanlığıdır."[62]

Kelsen'in Adalet Anlayışı ve "Konstrüktivizm"

Kelsen'in ölümünden sonra yayımlanan *Normların Genel Teorisi* (*General Theory of Norms)* başlıklı yapıtı, Kelsen uzmanlarını şaşırtmıştır. Kelsen bu önemli yapıtında daha önce yayımlanmış olan "Derogation" ve "Law and Logic" adlı makalelerinde ileri sürdüğü argümanları daha da ileri götürmüş ve bu makalelerde ileri sürdüğü görüşlerini geliştirmiştir.[63] *Normların Genel Teorisi* başlıklı eser genellikle Kelsen'in daha önceki çalışmalarından sapma olarak görülmektedir. Kelsen'ın bu son yapıtında mantık ve ontoloji sorunlarını birleştirdiği ve argümanlarının da yanıltıcı olduğu ileri sürülmüştür. Kelsen'nin pratik akla ve deontik mantığa yönelttiği eleştirilerinin *normatif irrasyonalizme* yol açacağı belirtilmiştir. [64]

Joshua W. Felix'e göre Kelsen'in deontik mantık ve pratik akla yönelik eleştirilerinin konstrüktivizme (sosyal inşacılık) bir yanıt olarak anlaşılması gerekmektedir. Kelsen'in bu konudaki argümanlarının daha önceki çalışmalarından ve düşüncelerinden radikal bir sapma olarak nitelendirilmemesi gerektiğini iddia eden Felix'e göre, bu düşünceler Kelsen'in konstrüktivist tehlikeye karşı adalet konusundaki şüpheci yak-

61 Leo Strauss, *Natural Right and History* '(Chicago: The Chicago University Press, 1953), s. 5-6.

62 *Ibid*., s. 6. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih,* çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 22.

63 "Derogation" ve "Law and Logic" adlı makaleler için bakınız: Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* selected and Introduced by Oto Weinberger (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973)

64 Bakınız: Michael Hartney, "The Death of Practical Reasoning in Kelsen's Later Theory of Norms", *Sociological Jurisprudence and Legal Philosophy On,* der. K. B. Agrawal ve Rajjendra Kumar Raizada (Jaipur: University Book House, 1993), s.16; Deryck Beyleveld, "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *The Modern Law Review* (January 1993), s. 104; Stanley Paulson, "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of Legal Studies* (1992), s.273.

laşımını savunma girişimi olarak kabul edilmelidir. Felix'in bir diğer savı da Kelsen'in *Normların Genel Teorisi* başlıklı yapıtındaki görüşlerinin yanıltıcı olmadığı ve söylediklerinin konstrüktivizmle ilgili çağdaş tartışmalarda önemli bir yer tutabileceğidir.[65]

Kelsen'e göre adalet irrasyonel bir idealdir. Adaletin menfaat çatışmalarını çözümleyeceği düşünülür. Ancak menfaat çatışmaları kaçınılmaz ve inatçı çatışmalardır. Menfaat çatışmaları bir menfaatin zararına bir diğer menfaatin tatmin edilmesi veya çatışan menfaatler arasında uzlaşma sağlanarak çözümlenmeye çalışılır. Bunun ötesinde adalet objektif bir değer olmayı amaçlamasına rağmen gerçekte sübjektif bir değerdir. Bu nedenle de adalet sosyolojinin konusudur.[66] Kelsen de "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde adaletin sosyolojik çözümlemesine yapmak istemiştir Kelsen'e göre bir düşünce olarak adalet kavramının ortaya çıkması toplumda menfaatlerin ahenginin yani uyumunun sağlanabileceği umudundan kaynaklanmaktadır. O halde adalet sosyal mutluluktur ve bu umut Kelsen'e göre rasyonel bir umut değildir; çünkü söz konusu umudu, bir başka deyişle bütün menfaatleri tatmin edebilmek imkânsızdır. [67]

Konstrüktivizm matematik, felsefe ve hukuk bilimi gibi çeşitli konularda farklı konumlara işaret etmektedir. Bu konumlar arasında ortak çizgi konstrüktivizmde belirli düşüncelerin gerekçelerin inşası olarak ele alınması veya düşünülmesidir. J. W. Felix konstrüktivizmi objektif değerlerin gerekçeleri oluşturduğu ve geçerliliğin rasyonel bir kıstasla belirlendiği bir tez olarak el almıştır. Bu görüşe göre geçerlilik ya gerekçeyle veya rasyonel bir usulle ayırt edilebilir. Bu haliyle J. W Felix'e göre konstrüktivizm Kelsen'in adaletin irrasyonel bir ideal olduğu tezine tehdit oluşturmaktadır. [68]

Hans Kelsen *Normların Genel Teorisi'*nden önceki yazılarında konstrüktivist tutuma menfaatler çatışmasının kaçınılmaz olduğu ve çatışmaların inatçı doğasını vurgulayarak karşılık vermekteydi. Çatışmalar sadece hangi menfaatin tatmin edileceğinin veya hangi hakkın üstün geleceğinin belirlenmesiyle çözümlenecektir. Eğer her iki menfaat de tatmin edilebiliyorsa veya her iki hak da geçerli olabiliyorsa, bu durumda menfaatler veya haklar birbiriyle uyumlu demektir ve ortada sadece *sahte bir çatışma* söz konusudur. Durum böyleyse adalet düşüncesi gereksizdir ve hiçbir şeyi çözümlememektedir. Sadece bir menfaat diğerinin aleyhine tatmin edilebiliyorsa veya sadece bir hak bir diğer hakkın yerine geçiyorsa adalet düşünce-

65 Jashua W. Felix, "Kelsen, Justice, and Constructivism", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 319.

66 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State,* çev. A. Wedberg (Cambridge: Harvard University Press, 1945), s. 13, 49.

67 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 2-3.

68 Felix, *op. cit.,* s. 322.

si yine yararsızdır ve hiçbir şeyi çözmüyor demektir.[69]

Kelsen'e göre pratik akıl norm koyma olarak ele alınan postulat olmaktadır. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de, adaletin sübjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Kelsen'in bu konulardaki görüşleri de incelenmelidir.

Hans Kelsen'in *Normların Genel Teorisi* başlıklı yapıtında uyumsuzluk ile mantıksal çelişki arasındaki benzerliğe karşı genel bir takım savlar geliştirmiştir.[70] Felix Kelsen'in bu savlarını kısaca şöyle açıklamaktadır: Deontik mantıktaki sorunun bir bölümü norm çatışmalarının mantıksal çelişkilere benzeyip benzemediğidir. Birbiriyle uyumsuz normlar söz konusu olduğunda norm çatışmaları ortaya çıkar. Böyle bir durumda en azından iki norm vardır ve genellikle veya belirli bir zamanda her iki norma birden uyabilmek mümkün değildir. İlk olarak belirtilmesi gereken norm çatışmasının sadece geçerli normlar arasında ortaya çıkabilecek olmasıdır. O halde uyumsuzluk mantıksal çelişkiye benziyor olsa da normun geçerliliğinde çelişki söz konusu olamaz. Sadece geçerli normlar uyumsuz normlar olabilir. İkinci olarak uyumsuzluk ve mantıksal çelişki arasındaki benzerlik normları normların gözlemlenmesinin sonuçlarıyla bağlantılı önermeler olarak ele almasından kaynaklanmaktadır. Mantıksal çelişki ilkesi birbiriyle çelişen normların gözlemlenmesi sonucu ortaya çıkan ifadelere uygulanması gerçeği, birbirleriyle çatışan normların kendilerine uygulanmasını gerektirmez. Kelsen bu konuda şunları ileri sürmektedir:

> "Eğer iki ifade arasındaki mantıksal çelişki ile normlar arasındaki çatışmayı karşılaştıracak olursak, ifadenin doğruluğu ile normun geçerliği arasında bir benzerliğin olmadığı kesin bir biçimde açıklığa kavuşmaktadır. 'Tanrı vardır' ve 'Tanrı yoktur' veya 'Tanrı adildir' ve 'Tanrı adil değildir' gibi iki birbiriyle çelişen ifade yan yana bulunabilirse de sadece bunlardan biri doğrudur. Ve bunlardan biri doğru olduğunda diğeri de yanlış olacaktır. Normlar arasında çatışma bir norm belli bir davranışı zorunlu bir hale getiriyor ve diğeri ise bu davranışın ortadan kaldırılmasını emrediyorsa ortaya çıkar. O halde, bir ifade yanlış olduğunda diğerinin doğru olmasının zorunlu olması gibi, birbiriyle çatışan normlardan biri hukuksal bakımdan geçerliyse, diğerinin de hukuksal açıdan geçersiz olması gerektiği ileri sürülemez. Normların çatışması söz konusu olduğunda her iki norm da geçerlidir; aksi takdirde normlar arasında çatışma ortaya çıkamaz. Ve iki normun aynı normatif düzene ait olması veya pozitif hukuk normu ve ahlâk normu gibi farklı normatif düzenlere ait olması farklılık yaratmaz. Bu normlardan birinin veya her iki normun geçerliliğinin ilga edilmesi norm-yaratma davranışının, özellikle yürürlükten kaldırma normunun sonucudur. Adolf Merkl'in daha önce gösterdiği gibi, *Lex posterior derogat*

69 Hans Kelsen, "What is Justice" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 4 Felix, *op.cit.,* s. 323.

70 Kelsen'in mantık kurallarının hukuk normlarına uygulanamayacağı görüşü sistematik bir biçimde ilk defa "Law and Logic" adlı makalesinde açıklanmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, "Law and Logic", Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 228-253.

legi priori ilkesi mantıksal bir ilke değildir. Bu ilke pozitif ahlâkın veya pozitif hukukun bir ilkesidir. Norm ve o normu yürürlükten kaldıran norm arasında bir çatışma yoktur; çünkü yürürlükten kaldıran norm geçerli olduğunda diğer norm geçerliliğini kaybeder. Bu ilişki ile -var olan- iki ifade arasındaki çelişki ilişkisi arasında bir benzerlik söz konusu olamaz." [71]

Bu söylenenlerden Kelsen'in normun bir "ifade" olmadığı bu nedenle de yanlış olamayacağını ileri sürdüğü açıkça anlaşılmaktadır. Kelsen mantıksal çıkarsama ve çelişkileri çözme kurallarının sadece doğru veya yanlış olabilecek ifadelere uygulanabileceğini, birbiriyle çelişen normlara mantık kurallarının, yani mantıksal çelişki çözme kurallarının uygulanamayacağını ve ortada bir benzerliğin olmadığını açıklamaktadır. [72] Kelsen bu durumu şöyle belirtmektedir:

"Birbiriyle çatışan iki genel norm söz konusu olduğunda sadece bunlardan birine uyulabilir ve eğer birine uyulursa diğeri de ihlal edilmiş olur. Örneğin, Eski Ahit'te 'düşmanlarından nefret etmelisin' normu, Yeni Ahit'te yer alan 'düşmanlarından nefret etmemelisin, onları sevmelisin' normuyla veya her koşulda insanları öldürmeyi yasaklayan ahlâk normuyla ölüm cezası veya savaşta düşmanları öldürmeyi kabul eden pozitif hukuk normuyla çatışmaktadır. Nasıl olursa olsun bu sadece bireyin davranışını tek bir norma uymaya uygulanır. Sadece bu davranışla diğer norm da zorunlu olarak ihlal edilmiş olur. Bu diğer norma bir başka kişi uyabilir. İşin aslında tek ve aynı kişi bazen bir norma bazen de diğer norma itaat edebilir. Böylece tek ve aynı norma hem itaat edilmiş olur hem de o norm ihlal edilmiş olur. Tek ve aynı ifade –örneğin bütün insanlar ölümlüdür- bir kişi için doğru diğer kişi için yanlış olamayacağı gibi, tek ve aynı kişi için bazen

71 Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 213. Çeviri tarafımdan yapılmıştır. Kelsen bu yapıtının bir başka yerinde de aynen şunları söylemektedir: "Normlar arasındaki çatışma normların geçerli normlar olduğunu varsayar. Normların geçerliliği hakkındaki ifadeler doğrudur. Bu nedenle… normlar arasındaki çatışma mantıksal çelişme değildir, hatta mantıksal çelişmeye benzer en ufak bir şey söz konusu edilemez. İlga geçerli normlardan birinin geçerliliğini yürürlükten kaldırır. İki ifade arasında mantıksal çelişme durumunda bu ifadelerden biri başlangıçtan itibaren yanlıştır. İfadenin doğruluğu kaldırılmamaktadır. Böyle bir doğruluk hiçbir biçimde var olamamıştır. Bir normun geçerliliği o normun kendine özgü varlığı olduğundan, normların çatışması –ki şayet yapılabilirse- mantıksal çelişmeyle değil, aynı noktaya iki farklı yönde etki eden iki güçle karşılaştırılabilir. Normların çatışması istenmeyen bir durumdur, ama çatışma olasıdır ve çatışmalar az da değildir (s. 124-125)." Kelsen 1962 yılında Roscoe Pound'un anısına yayımlanan Armağan'da yer alan "Derogation" başlıklı makalesinde benzer görüşleri ileri sürmüştü. Bakınız: Hans Kelsen, "Derogation", Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. Karl H. Buschmann (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 351. Ayrıca bakınız: Hans Kelsen, "Derogation: The Repeal of a Norm by another Norm", Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 106-114. Hans Kelsen, "Conflicts of Laws", Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 123-127. Kelsen'in son eseri olan (ölümünden sonra yayımlanan) *General Theory of Norms*'u inceleyen ve değerlendiren makaleler için bakınız: Deryck Beyleveld, "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *The Modern Law Review* (Vol. 56, January 1993), s. 104-119; Stanley L. Paulson, "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of legal Studies* (Vol. 12, Summer 1992), s. 265-274; Ota Weinberger, "Logic and The Pure Theory of Law", çev. Alfred Schramm, *Essays on Kelsen,* Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 187-199 Ayrıca bakınız: J. Raz, "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms". *Philosophia* (Vol. 6, September-December 1976), s 495-504; Stephen Guest, "Two Problems in Kelsen's Theory of Validity", *Liverpool Law Review* (Vol. II, 1980), s. 101-108.

72 Felix., *op. cit.* s. 324.

> yanlış bazen doğru, yani hem doğru hem de yanlış olamaz. Eğer ifade doğruysa herkes için her zaman doğrudur. O halde bir norma uyma ile ifadenin doğruluğu arasında bir benzerlik olamaz – gerçekten de eğer varsa da çok sınırlı bir benzerlik söz konusudur."[73]

Sonuç olarak Kelsen *Normların Genel Teorisi (General Theory of Norms)* başlıklı eserinde pratik aklı ve deontik mantığı eleştirmiştir. Felix pratik akıl olarak tanımlanabilecek en az aklın üç gücü olduğunu belirtmektedir. Bunlar ayırt etme gücü, etraflıca düşünme ve postulat yani norm koymadır. Ayırt etme gücü normların geçerliğini ayırt etme gücü anlamına gelir. Etraflıca düşünme ise norma ne zaman uyulacağı veya uyulup uyulmamasını düşünme olarak ele alınmaktadır. Postulat ise norm koyma olarak anlaşılmaktadır. Kelsen ayırt etme ve etraflıca düşünmeyi pratik aklın güçleri olarak değil, aklın sıradan güçleri olarak düşünmektedir Kelsen'e göre pratik akıl norm koyma olarak ele alınan postulat olmaktadır. Bu nedenle de Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de, adaletin sübjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Felix'in belirttiği gibi pratik aklın eleştirisi adaletin sübjektif bir değer olduğu tezini savunabilmek için gereklidir. Konstrüktivizm ayırt etmeyle norm koyma arasındaki farkı belirsizleştirmektedir. Böyle olmasının nedeni geçerliliğin normun var olması anlamına gelmesi ve pozitifliğin geçerliliğin zorunlu koşulu olmasıdır. Kelsen'e göre geçerlilik rasyonel bir ölçüte bağlansa bile, geçerli normlar pozitif normlar olmak durumundadır. [74]

Kelsen *Normların Genel* Teorisi'nde hukuksal geçerliliğin normun hukuksal bakımdan varoluşu olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. John Rawls'un konstrüktivizmi ise bu realist görüşten kurtulmayı amaçladığından, geçerliliğin rasyonel ölçüte dayanan alternatif anlaşılışını benimsemiştir. Kelsen çalışmalarında doğrudan geçerliliğin bu anlaşılış biçimini tartışmamıştır. Ancak Kelsen pratik aklın norm koyma iktidarı olduğunu, yani akıl ile iradenin özdeşleştiğini belirtmiştir. Bu özdeşleşme saçma olarak nitelendirilemezse de, böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için insan aklının ilahi bir akıl olması gerekir. Kelsen pratik aklın teolojik veya mistik bir anlayış olduğunu söyler.[75] Bu söylenenler Kelsen'e göre geçerliliğin rasyonel bir ölçüt tarafından belirlenemeyeceğini göstermemektedir.

Eğer geçerlilik var olmaktan farklı ise, objektiflik de gerçeklikten ayrılmış olur. Jasuha Felix'in belirttiği gibi Rawls'in daha sonraki konstrüktivizm formülleştirmelerinde geçerlilik ile doğruluğun arası aşılmıştır. Rawls'a göre

73 Hans Kelsen, "Validity and Efficacy of the Law", Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy,* der. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzarese, Josse Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2015), s. 61. Kelsen'in yukardaki açıklamalarına çok benzer açıklamalar için bakınız: Kelsen, "Law and Logic", s. 233-234. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

74 Felix., *op. cit* s. 324. Kelsen'e göre pratik akıl norm koyamaz; çünkü akıl ve irade birbirinden farklı güçlerdir. Akıl değil irade norm koyabilir.

75 Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 6-7.

adalet düşüncesinin geçerliliği bu düşüncenin doğruluğundan farklı olan akla uygun olmasına bağlıdır. [76] Ancak Felix'in belirttiği gibi Kelsen'e göre geçerlilik ve doğruluk birbiriyle karşılaştırılamazsa da, bir normun geçerliliğini norm cümlesinin doğruluğundan ayırmak bilimsel girişimden vazgeçmek demektir. Normatif bilimi savunma gereksiniminin arkasında Kelsen'in olandan olması gerekenin çıkarılamayacağı gibi, bundan böyle olması gerekenden de olması gerekenin çıkarılamayacağı inancı yatmaktadır.[77] O halde Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirileri konstrüktivizme bir yanıttır ve bu argümanlar Kelsen'in önceki çalışmalarından radikal bir sapma olmayıp, adaletle ilgili "şüpheci" yaklaşımını konstrüktivist tehlikeye karşı korumak olarak anlaşılabilir.

SONUÇ

Hans Kelsen'in adalet konusundaki görüşlerini değerlendirmeye geçmeden önce kısa bir özet vermenin yararlı olacağını düşünüyorum. W. Friedman Kelsen'in bu konudaki görüşlerini son derece başarılı bir biçimde şöyle özetlemiştir:

"Kelsen'in adalet kavramı ve bu kavramın hukuk bilimiyle olan ilişkisi elbette çeşitli çalışmalarında formüle edildiği ve geliştirildiği gibi saf hukuk teorisinde saklıdır…. Adalet üzerine Kelsen'in görüşlerinin özü kısaca şöyle ifade edilebilir: Adalet –objektif olarak elde edilebilecek- bilişsel bir gerçek olmaktan daha çok mutlak olmayan bir değer yargısıdır. Saf hukuk teorisince bu teorinin zorunlu tamamlayıcısı olarak kabul edilen görecelik teorisine göre nihai değerler kanıtlanamaz, bunlara sadece inanılabilir.

Bu doğanın mutlak objektif düzeninden elde edildiği düşünülen hukuksal ilkelerin varlığını ileri süren doğal hukuk teorilerinin güçlü bir biçimde reddedilmesine götürür. Görecelikte saklı olan menfaatlerin denklendirilmesi yaklaşımının, yani çatışan çok sayıda menfaatten oluşan bir toplumda egemen olan siyasal felsefeye bağlı olarak farklı şekillerde çıkarların dengelendirilmesinin kabul edilmesidir. … Bir özel sonuç da göreceliğin hoşgörüye dayanmasının zorunluluğudur. Bir değerin bir başka değer karşısında üstünlüğünün ispatlanamaması veya ispatlamada isteksiz olunması durumunda alternatif inançlar karşısında hoşgörülü olma zorunluluğu ortaya çıkar. Kuşkusuz bu sadece demokratik düzenlerde söz konusudur…." [78]

Alıntıdan anlaşılabileceği gibi saf hukuk teorisi göreceli bir adalet anlayışını gerektirmektedir. Bu husus önemlidir ve bu nedenle mutlaka vurgulanmalıdır.

Sandrine Baume *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (*Hans Kelsen ve Demokrasinin Gerekliliği)* adlı kitabının İngilizce baskısına yazdığı önsözünde, Hans Kelsen'in siyasal düşüncelerini inceleyen akademisyenlerin sayılarının çok fazla olmadığını saptamaktadır. Sandrine Baume'un da belirttiği gibi Kelsen'in siyasal konulardaki düşüncelerinin saf hukuk teorisi kadar ilgi görmediği açıktır. Bu durum Baume'a göre sadece ünlü teorisyenin siyasal düşüncelerinin yer aldığı yazılarının

76 Aktaran Felix, op. cit. s. 327. Bakınız: John Rawls, *Political Liberalism: Expanded Edition* (New York: Columbia University Press, 2005), s. 128-129.

77 Felix, *op. cit.,* s. 327.

78 Wolfgang Friedmann, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Stanford Law Review* (Jul., 1957), 844-847.

çevrilmediği veya ulaşılamadığı Almanca konuşmayan ülkeler için geçerli değildir. Almanca bilen ve Almanca konuşan akademisyenler de Kelsen'in siyasal düşüncelerini incelemede isteksizdirler. Yapılan araştırma ve yazılarda Kelsen'in siyasal konulardaki görüşlerine fazla yer verilmemektedir. Sandrine Baume Kelsen'in güçbela önemli bir siyasal düşünür olarak kabul edildiğini söylemektedir.[79]

Sandrine Baume'un bu gözlemi Kelsen'in adalet anlayışı ve doğal hukuk konusundaki görüşleri için de geçerlidir. Adalet konusunda yapılan çalışmalara bakıldığında, Kelsen'in bu konudaki yazılarına ve incelmelerine hemen hemen hiç atıf yapılmadığı görülmektedir. Adalet üzerine yapılan yayınlar incelendiğinde Kelsen'in bu konudaki çalışmalarından ya haberdar olunmadığı ya da bu çalışmaların önemsenmediği anlaşılmaktadır. Oysa Kelsen'in adalet anlayışı ve doğal hukuk eleştirisi hem önemli hem de üzerinde durulması gereken çalışmalardır. Kelsen doğal hukuku inceleyen ve doğal hukuku eleştiren çok sayıda yazı yazmıştır. Kelsen adaleti saf hukuk teorisi açısından incelemekte ve saf hukuk teorisinin kabul edebileceği adalet anlayışının da göreceli adalet olduğunu vurgulamaktadır. Bir başka deyişle, Kelsen adalet anlayışını saf hukuk teorisini düşünerek ele almış ve incelemiştir. Saf hukuk teorisini önemseyen ve bu teoriyi inceleyen akademisyenlerin Kelsen'in adalet anlayışından ve doğal hukuk eleştirisinden bu denli uzak kalmalarını anlayabilmek mümkün değildir.[80]

Hans Kelsen'in adalet anlayışı konusunda iki temel sonuca varılabilir. Kelsen insanların bilişsel yetilerinin sınırlarının olduğunun bilincinde olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu farkındalık olmadığı sürece akla uygun ve tutarlı teoriler geliştirebilmek mümkün değildir. Bu nedenle herhangi bir bilimsel bilgiye ulaşılmak isteniyorsa, sadece deneye dayalı olan şeylerin bilinebileceği kabul edilmelidir. Kelsen dogmatik düşünceye ve bu nedenle de dogmatik düşünce sonucu kabul edilen doğal hukuka karşıdır. Bu gerekçeyle de Kelsen adalet kavramını veya adaletin özünü tanımlamaktan kaçınmıştır. Kelsen'e göre bilimsel olarak böyle bir tanım yapılamaz. Yapılabilecek tek şey adalet sorusunu ve/veya sorgusunu geliştirmeye çalışmaktır Kelsen'e göre rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını kurmaya yönelik çabalar başarısızlığa mahkûmdur. İnsanların sadece göreceli değerleri kavraması mümkündür. Mutlak adalet Kelsen'e göre objektif olmayan bir idealdir; yani bir yanılsamadır.

Şurasını da önemle belirtelim ki, Kelsen ahlâki göreceliğin ve hoşgörünün bir bilim insanı olması nedeniyle kişisel tercihi olduğunu belirtmiştir. Kelsen adalet konusunda iddialı da değildir. Kelsen göreceli adalet ve hoşgörü ile bağlantılı görüşlerin kendi kişisel görüşleri olduğunu özellikle belirtmektedir. Kelsen bu konuda bilimsel bir gerçeğin söz konusu olmadığını söylemektedir. Kelsen bilim

79 Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (Colchester: University of Essex, 2012), s. xi.

80 Saf hukuk teorisi üzerine çalışan ve yayın yapanlar kanımca "adalet" konusunu farklı bir çalışma gerektirdiğini ve bu konun doğrudan saf hukuk teorisiyle ilişkisinin olmadığını düşünmektedirler. Bu nedenle çalışmalarında "adalet" ve/veya "doğal hukuk" konusuna değinmemektedirler.

insanı olmayı son derece önemsemektedir ve bu nedenle de bilimsel olmadığını düşündüğü doğal hukuku şiddetle reddetmiştir.

Kelsen anayasa hukuku, milletlerarası hukuk ve hukuk felsefesi konularında çok önemli ve orijinal çalışmalar gerçekleştirmiştir. Ayrıca bu farklı disiplinlerdeki yazıların hepsi birbiriyle ilişkilendirilmiş ve saf hukuk teorisi açısından ele alınmıştır. O halde ikinci önemli sonuç, Kelsen'in "adalet" anlayışının saf hukuk teorisinden soyutlanamayacağıdır. Bir başka deyişle, Kelsen'in dünyasında göreceli adalet anlayışı saf hukuk teorisiyle uyum içindedir. Ayrıca Kelsen "göreceli adalet" görüşünü eleştirilere karşı savunmaya da çalışmıştır. Kelsen *Normların Genel Teorisi* adlı eserinde pratik aklı ve deontik mantığı eleştirmektedir. Kelsen'e göre pratik akıl norm koyamaz; çünkü akıl ve irade birbirinden farklı güçlerdir. Akıl değil irade norm koyabilir, yani kural yapabilir. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de adaletin göreceli ve sübjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Kelsen'e göre pratik aklın eleştirisi adaletin sübjektif bir değer olduğu tezini savunabilmek için gereklidir. Konstrüktivizm ayırt etmeyle kural koyma arasındaki farkı belirsizleştirmektedir. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirileri konstrüktivizme bir yanıt olarak düşünülmelidir. Eğer bu yorum kabul edilecek olursa, Kelsen'in son çalışmalarında pratik akıl ve deontik mantık konusundaki eleştirilerinin önceki çalışmalarından bir sapma olmayıp, göreceli adalet görüşünü konstrüktivist tehlikeye karşı korumaya çalıştığı biçiminde anlaşılabilir.

KAYNAKLAR

- Baume, Sandrine, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (Colchester: University of Essex, 2012).
- Bjarup, Jes, "Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice", ", *Essays on Kelsen,* derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 273-303
- Beyleveld, Deryck, "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *The Modern Law Review* (Vol. 56, January 1993), s. 104-119.
- Bondy, Otto "Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics", *Law, State, and International Legal Order,* der. Salo Engel (Knoxville: The University of Tennessee Press, 1964), s. 51-57.
- Ebenstein, William, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 52, 1958), s. 535-537.
- Felix, Jashua W. "Kelsen, Justice, and Constructivism", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 319-328.
- Friedmann, W., Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Stanford Law Review* (Jul., 1957), 844-847.
- Guest, Stephen, "Two Problems in Kelsen's Theory of Validity", *Liverpool Law Review* (Vol. II, 1980), s. 101-108.

- Hartney, Michael, "The Death of Practical Reasoning in Kelsen's Later Theory of Norms", *Sociological Jurisprudence and Legal Philosophy: Random Thoughts On,* der. K. B. Agrawal ve Rajjendra Kumar Raizada (Jaipur: University Book House, 1993).
- Horvath, Barna, Book Review: Hans kelsen, "What is Justice" (Vol. 6, 1957), s. 407-411.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* çev. A. Wedberg (Cambridge: Harvard University Press, 1945).
- Kelsen, Hans, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 198-208.
- Kelsen, Hans, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s *s.* 137-173.
- Kelsen, Hans, "What is Justice" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 1-24.
- Kelsen, Hans, "On the Pure Theory of Law", *Israel Law Review* (January 1966), s. 1-7.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of law,* çev. Max Knight (California: University of California Press, 1967).
- Kelsen, Hans, "The Foundation of the Theory of Natural Law", Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 114-153.
- Kelsen, Hans, "Law and Logic", Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 228-253.
- Kelsen, Hans, "Law and Morality", Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 83-94.
- Kelsen, Hans, "State Form and World-Outlook", Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 95-113.
- Kelsen, Hans, "Conflicts of Laws", Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 123-127.
- Kelsen, Hans, "Derogation: The Repeal of a Norm by another Norm", Hans Kelsen, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 106-114.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms,* çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991).
- Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory,* çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press,1997).

- Kelsen,,Hans, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 431-454.
- Kelsen, Hans, "Validity and Efficacy of the Law", Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy,* der. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzarese, Josse Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2015), s. 52-68.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş,* çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2016).
- Lefort, Elisabeth, "Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 115-133.
- Levi, Edvard H.,. Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 314, 1957), s. 213-214.
- Meiklejohn, Donald, Book Review: Hans kelsen, "What is Justice", (Vol. 25, 1958), s. 543-551.
- Northrop, F.S.J., Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Virginia Law Review* (Vol. 44, 1958), s.815-819
- Novak, David, "Haunted by the Ghost of Weimar: Leo Strauss' Critique of Hans Kelsen", *The Weimar Moment: Liberalism, Political Theology, and Law,* der. Leonard V. Kaplan ve Rudy Koshar (Lanham: Lexington Books, 2012), s. 393-408.
- Paulson, Stanley L., "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of legal Studies* (Vol. 12, Summer 1992), s. 265-274.
- Pettit, Philip, "Kelsen on Justice: A Charitable Reading", *Essays on Kelsen,* derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 305-318.
- Rawls, John, *Political Liberalism: Expanded Edition* (New York: Columbia University Press, 2005).
- Raz, Joseph, "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms". *Philosophia* (Vol. 6, September-December 1976), s 495-504.
- Rentsch, Bettina K., "Hans Kelsen's Psychoanalytic Heritage-An Ehrenzweigian Reconstruction", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* der. D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 161-174.
- Ross, Alf, Book Review Hans Kelsen, "What is justice", *California Law Review* (45, 1957), s. 564-570
- Strauss, Leo, *Natural Right and History* '(Chicago: The Chicago University Press, 1953).
- Strauss, Leo, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics* (Aug., 1957), s. 343-368.
- Strauss, Leo, "Relativism", *The Rebirth of Classical Rationalism: An Introduction to the Thought of Leo Strauss,* der. Thomas L. Pangle (Chicago: Chicago University Press, 1989), s. 13-26.
- Strauss, Leo, *Doğal Hak ve Tarih,* çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011).
- Weinberger, Ota, "Logic and The Pure Theory of Law", çev. Alfred Schramm, *Essays on Kelsen,* Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 187-199.
- Wright, Quincy, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 51, 1957), s. 830-834.

Gerekçe İlkeleri Üzerine Bir Deneme

Mehmet Akif TUTUMLU[1]

I. GEREKÇENİN ONTOLOJİK TEMELİ

Paris, 1938. *Godot'yu Beklerken*'in o sonradan ünlenip Nobel'le ödüllendirilen yazarı bir berduş tarafından bıçaklanır ve yoldan bir kadın (1961'de evleneceği kadın, Suzanne) tarafından hastaneye kaldırılır.[1]

Hastaneden çıktıktan sonra Beckett'in ilk işi kendisini vuran adamı arayıp bulmak olur; amacı olayın adli boyutuna bilgi katmak değil, neden bıçaklandığını öğrenmektir.

Adamı bulur ama alacağı cevap ilginçtir: "Bilmiyorum"[2]

Görüldüğü gibi mağdur – yazarın merakı, öğrenme arzusu; eylemin sebebine teknik deyişle gerekçesine yönelmiştir.

Ontolojide bilme ve öğrenme isteği, insan doğasının yapıtaşlarından kabul edilir.[3] İnsanın kendisini kuşatan dünyaya yönelmesi,[4] yaşamını güvenle sürdürebilmesi bu epistemolojik ihtiyacın karşılanması ile mümkündür. Bu pratik gereksinimin yanı sıra öğrenmek; nesnelerde doğru olanı bulmak ve ayrımlaşmalı bilgi edinmek en katışıksız tinsel doyumdur.[5]

Bu dünyaya uyum sağlama, onunla başa çıkma pratiği anlamında bilgi, insan öznesini doğrudan etkileyen fenomenlerde daha çok önem kazanmakta, insan, kendisi hakkındaki eylem ve kararların sebeplerini, gerekçelerini bildiği sürece bir tavır geliştirme, önünü görebilme şansını elde edebilmektedir.

Bu ontolojik boyutunun yanı sıra gerekçe kavramında, tüm insan edimlerinin anlamlandırılmasına doğrudan katkı yapan bir muhteva da vardır: İnsan anlamak ve anlaşılmak ister.

Anlamak ve anlaşılmak ise dinlemeyi gerektirir: Dinlenilmekle var oluşumuz yeniden anlam ve değer kazanır. Dinleme edimini somutlaştıran şey ise karşı-öznenin geri bildirimidir. bu nedenle bir talebimizin kabul veyahut reddedilmesi her zaman tatmin etmez bizi; gerekçesini de öğrenmek isteriz.[6]

Bu söylenenler bir özne (süje) olarak yer aldığımız yargılama faaliyeti için de geçerlidir. Yargılama makamının bizi

---

1 Ankara Hâkimi.

2 **BATUR, Enis**: Küçük Kıpırtı Tarihi, Köşebentler, İstanbul 1992, s. 163; **YÜKSEL, Ayşegül**: Samuel Beckett Tiyatrosu, İstanbul 1992, s. 25.

3 **KÜÇÜK, Hasan**: Varlık Kavramının Çağdaş (Ontolojik) Anlamı (Türkiye 1. Felsefe Mantık Bilim Tarihi Sempozyumu – Bildiriler. Haz.: **GÜRSOY, K./AÇIKGENÇ, A.,** Ankara 1991, s. 51-59), s. 51.

4 **HARTMANN, Nicoloi**: Ontolojinin Işığında Bilgi, (Çev. **TEPE, H.**) Ankara 1998, s. 17.

5 **UNAMUNO, Mıquel de**: Yaşamın Trajik Duygusu (Çev. DERİNSU, O.), İstanbul 1986, s. 215.

6 **KANT**, bu tavrı, "gerekçeleri, temelleri olmadığı sürece herhangi bir görüşü, iddiayı kabul etmeme" tavrı olarak tanımlamaktadır. Bkz. **ARSLAN, Ahmet**: Felsefeye Giriş, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 37.

dinlemesini, anlamasını ve taleplerimizi karşılamasını arzu ederiz.

Çünkü biz, hukuk dilinden ve prosedüründen pek anlamayan bir özne konumunda olsak bile, şuna inanırız;"... bütün kaideler sistemi gibi, hukuk nizamı da kendine değil, hayata, kendi içinde değil dışında bulunan metajüridik maksat ve gayelere hizmet eder."[7]

O halde yargılayan makam, anlamadan değil, anlayarak yargıladığını ve böylece bir karara vardığını (gerekçeyle) bildirmekle yükümlüdür yargıladığı özneye.

Taleplerimizin reddedilmesi hâlinde yargılama makamına *neden* sorusunu yöneltiriz ki bu soru gerekçenin ontolojik temelini oluşturur.[8]

II. HUKUK DOGMATİĞİ BAKIMINDAN GEREKÇE

A. İlk Gerekçeli Karar: Sümerlerin Suskun Kadın Davası

Bundan yaklaşık dört bin yıl önce ilk gerekçeli kararın Sümer ülkesinde verildiği tespit edilmiştir. Üç kişi tarafından (bir berber, bir bahçıvan ve mesleği bilinmeyen bir kişi) bir tapınak görevlisi öldürülür ve bu durum öldürülen kişinin karısı Lu İnanna'ya bildirilir. Ancak kadın durumu yetkililere bildirmez, sırrı saklar. Adını aynı kentten alan Nippur Mahkemesi'nde yapılan yargılamada dokuz üye, suskun kalmasından dolayı kadının da eyleme bir ölçüde katılmış olduğunu ve bu nedenle cezalandırılması gerektiğini iddia eder. Ancak Nippur Meclisi'nin çoğunluğu bu görüşü paylaşmaz, sadece asıl faillerin (üç kişinin) cezalandırılması gerektiğini, kadına suç izafe edilemeyeceğini karara bağlar, gerekçesi şöyledir:

"Kocasının geçimini sağlamadığı bir kadın, kocasının düşmanlarını tanıdığını ve kocası öldürüldükten sonra kocasının öldürüldüğünü işittiğini kabul edelim, niye onunla ilgili suskunluğunu korumasın ki? Kocasını o mu öldürdü ? Asıl katillerin cezalandırılması yeter."[9]

B. Temel İnsan Hakkı Olması (Gerekçeli Karar Hakkı)

*Adil yargılanma hakkı*nı düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde gerekçeli karar hakkından açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak AİHM içtihatlarında bu hakkın varlığı kabul edilmektedir. AİHM, ulusal mahkemelerin, kararlarını hangi temele dayandırdıklarını açık olarak belirtme yükümlülüğü altında olduklarını içtihat etmiştir.[10] Zira tarafların temyiz haklarını kullanabilmeleri buna bağlı olduğu gibi, demokratik bir toplumda bireylerin toplum adına karar verme yetkisini kullanan mahkemelerin kararlarını hangi sebeplere dayandırdığını bilme hakları

7 **ABADAN, Yavuz**: Hukuk Felsefesi Dersleri, AÜHF Yayını, no: 78, Ankara 1954, s. 12.

8 **IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 169.

9 **KRAMER, Samuel Noah:** Tarih Sümer'de Başlar, Çev. Hamide Koyukan, İstanbul 2016, s. 82-84.

10 Belirtelim ki AİHM gerekçeli karar hakkını sadece yargı organları için değil, şekli olarak yargı organı olmamakla beraber, somut uyuşmazlık bakımından yargısal işlev gören diğer kamu kurumları için de bir yükümlülük olarak kabul etmektedir. Nitekim levhadan adı silinen bir avukatın baro levhasına tekrar kayıt için yaptığı başvuruyu reddeden ve karara karşı itiraz yolu bulunmayan baro yönetim kurulu kararını AİHM yargısal bir karar niteliğinde saymış, ancak ret kararının yeterli gerekçeyi taşımaması nedeniyle Sözleşme'nin m.6/1 hükmünün (adil yargılanma hakkının) ihlal edildiği sonucuna varmıştır, bkz. 30.11.1987 tarih ve 8950/80 sayılı Belçika/H. kararı (http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmoster.asp, erişim tarihi: 27.04.2017).

da yine gerekçeli karar hakkına riayet edilmekle sağlanır.[11]

Belirtelim ki gerekçeli karar hakkı yükümlülüğü sadece ulusal mahkemeler için değil uluslararası alanda görev yapan mahkemeler için de geçerlidir. Nitekim 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 45 inci maddesinin kenar başlığı "*Hükümlerin ve kararların gerekçeli olması"* şeklinde olup, bu hükme göre, tüm AİHM organlarınca verilen hükümler ile başvuruların kabul edilebilirliğine veya kabul edilemezliğine ilişkin kararların gerekçeli olması zorunlu kılınmıştır.

Avrupa Birliği bünyesi içinde yer alan ve en yüksek mahkeme olan Avrupa Adalet Divanı 27 hâkim ve 8 hukuk sözcüsünden oluşmaktadır.[12] Hukuk sözcüleri, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü uyarınca katılımının gerekli olduğu davalarda, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek, aleni oturumda görüşlerini *gerekçeli olarak* sunmakla görevlidirler.[13] Antlaşma hükümlerine aykırı davranan üye ülkeler hakkında görüş bildiren *Komisyon* için de bu görüşünü gerekçelendirme yükümlülüğü kabul edilmiştir.[14]

Anayasa Mahkemesi bir kararında, gerekçeli karar hakkının, hukuk devleti ilkesi ile adil yargılama hakkının önemli bir unsuru olduğunu vurgulamıştır (AİHS m.6, Anayasa m.36).[15]

Vurgulamak gerekir ki gerekçeli karar hakkının ihlali sadece gerekçesiz kararlar için değil, yetersiz gerekçe taşıyan kararlar için de söz konusudur.[16]

Mahkemelerin ağır iş yükü altında olmaları ya da çalışma ortamını ağırlaştıran diğer yapısal sorunlar, mahkemeleri gerekçe yazma zorunluluğundan kurtarmaz. Sağlıklı işleyen bir yargı sistemi kurmak devletin temel ödevlerindendir.

C. Gerekçeli Karar Hakkının İç Hukuktaki Normları

1. Anayasa

Anayasa'nın 141 inci maddesinin 3. fıkrası hükmü şöyledir:

11 Bkz. **HARRİS,D.J/O'BOYLE/BATES,E.P./BUCKLEY,C.M.**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı- Ulaş Karan, Ankara 2013, s.271;**BEKRİ, Nedim**: Gerekçeli Karar Hakkı (Ankara Barosu Dergisi, 2014, Sayı: 3, s.207-228; AİHM içtihatları için bkz.:*Hadjianastassiou-Yunanistan* A 252 (1992) ;*Tatishvili- Rusya* (2007).

12. Bkz.http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_mahkemeler/abad.html. (erişim:02.05. 2017)

13 Nitekim Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 252 nci maddesi hükmü şöyledir: " Hukuk sözcüsü, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü uyarınca katılımın gerekli olduğu davalarda, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek, aleni oturumda gerekçeli görüşlerini sunmakla görevlidir." (http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf, erişim: 02.05.2017).

14 Bkz. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.258 ve m.259 hükümleri (http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf, erişim: 02.05.2017).

15 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru No: 2013/4495, Karar tarihi: 17.07.2014 (RG 01.10.2014, Sayı:29522).

16 Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2015 tarih ve E. 2015/4161 K.2015/5926 sayılı kararından: "Yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması (...) adil yargılanma hakkını ihlal edecektir." Diğer bir örnek için bkz. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru No: 2013/1943, Karar tarihi: 09.09.2015 (RG 04.11.2015, Sayı:29522). Bu karara konu olan olayda ilk derece mahkemesince davalının mahsup savunması kabul edilmiş ancak mahsup işleminin hangi belge veya delille yapıldığı hususu açıklanmamıştır. Yani gerekçenin maddi (olgusal) dayanağı gösterilmemiştir.

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."[17]

Bu maddede geçen "bütün" zarf-sözcüğünden anlaşılacağı üzere, Anayasa uyarınca mahkeme niteliğinde sayılan uyuşmazlık çözüm mercilerinin tümü kararlarını gerekçeli yazmak zorundadırlar. İster ilk derece mahkemeleri, ister kanun yolu mahkemeleri (İstinaf), ister yüksek mahkemeler olsun -buna Anayasa Mahkemesi de dâhil- bütün mahkemeler bu kurala tâbidir. Zira kural emredici nitelikte olup, istisna içermemektedir. AİHM bu yükümlülüğü daha da ileri taşıyarak; organik-şekli açıdan mahkeme olmamakla birlikte, işlevsel olarak yargısal nitelikte karar veren idari organlar için dahi kabul etmiştir.[18]

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu

6100/HMK m.297/1-c bendi hükmüne göre gerekçede şu hususların bulunması gerekir:

- Tarafların iddia ve savunmalarının özeti.
- Çekişmeli olan ve olmayan hususların belirtilmesi.
- Çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin nelerden ibaret olduğu.
- Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi.
- Hangi delillerin benimsenip hükme esas alındığı.
- Hangi çekişmeli vakıaların sabit görüldüğü.
- Sabit görülen vakıalardan çıkarılan hukuki sonuçlar.

Burada önem kazanan husus, hâkimin hangi delilleri hangi sebeplerle benimsediğini, hangi delili (örneğin bilirkişi raporunu) diğerine üstün tuttuğunu, hangi olayları sabit saydığını olgusal ve çıkarımsal olarak açıklamasıdır. Ardından sabit saydığı bu olaylara (vakıalara) hukukun tanıdığı değer ve sonucu belirtmelidir. Bu açıklamalar, taraflarca ileri sürülen taleplerden hangilerinin hukuken korunduğunu, hangi tarafa haklar tanındığını, hangi tarafa borçlar yüklendiğini ortaya koyacak nitelikte olmalıdır.

Gerekçesizlik gerekçenin hiç yazılmamış olması değil, görünürde onlarca sayfa gerekçe yazılmakla birlikte, olaylarla varılan sonuç arasındaki bağlantının açıklanmamış olmasıdır. Gerekçe sayfa sayısı meselesi değil, olaylarla hüküm arasında mantıki ve hukuki bağlantı kurma meselesidir. Böyle bir bağlantı yoksa gerekçe adı altında yazılan yüzlerce sayfa ***gerekçesizlik*** hükmündedir.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu

"Kararların Gerekçeli Olması" başlığını taşıyan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 234/1 inci maddesinde;

"*Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.*

(2) Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir." hükmü yer almaktadır.

17. Belirtilen hüküm, 1961 Anayasası'nın 135/3. fıkrası hükmünden aktarılmıştır: *"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."*

18 Bkz. AİHM'in30.11.1987 tarih ve 8950/80 sayılı Belçika/H. kararı (http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmoster.asp, erişim: 27.04.2017).

CMK yukarıdaki genel hükümden başka, hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları m. 230/1-4'te şöyle belirtmektedir:

Mahkûmiyet gerekçesinde:

a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.

b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.

c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.

d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.

***Beraat hükmünün gerekçesinde*:** 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde: 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

Kanun, verilecek hüküm türlerini yukarıda belirtilenlerle sınırlamamış, bunların dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenlerinin de gerekçede gösterilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (CMK m.230/4).

4. İdari Yargılama Usulü Kanunu

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nun 24 üncü maddesinin (e) bendinde; "*kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi*" nin kararda yer alması zorunlu bir unsur olarak belirtilmiştir.

Bundan başka 2577/İYUK m.27/2'de, yürütmenin durdurulması kararlarının da gerekçeli olması zorunluluğu açıkça belirtilmiş olup, hüküm şöyledir:

"*2.* ***(Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.)*** *Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten* ***sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.*** *Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir.* ***(Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.)*** *Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz.* ***Yürütmenin durdurulması***

kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur*. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.*"

III. GEREKÇENİN İŞLEVİ

A. Güven Duygusu Vermesi

"Adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir."[19] Strazburg Mahkemesi kararlarında sık kullanılan bu eski İngiliz atasözü, Yargıya güvenin en az kararın doğruluğu kadar önem taşıdığını vurgulamaktadır. Bu anlamda gerekçeli karar, mahkemenin tarafsızlığını ortaya koyan yargısal bir metin olması itibarıyla de taraflar ve toplum nezdinde prestij kazanmaktadır ki buna insan hakları öğretisinde "*subjektif tarafsızlık*" denmektedir.[20] Gerçekten dosya içeriğine, akla ve hukuka uygun düşen bir gerekçe sayesinde taraflar davayı hangi maddi ve hukuki sebeplerden ötürü kaybettiklerini veya kazandıklarını öğrenme ve tatmin olma şansına sahip olacaklardır.

B. Keyfiliği Önlemesi

Anayasaya göre hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Ancak bağımsızlık, hâkimlerin hiçbir kriter gözetmeksizin istedikleri gibi karar verebilecekleri anlamına gelmez. Anayasanın 138 inci maddesi hükmü hâkimlerin karar verirken bağlı oldukları temel kriterleri şöyle belirtmektedir:

"Hâkimler (...) Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."

Bu bağlamda, hâkimin verdiği kararın anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olup olmadığı gerekçenin varlığı hâlinde kontrol edilebilecektir. Böylece hâkimin karar verme sürecinde otokontrol sağlaması ve böylece keyfi karar verme riskini önleme[21] kapasitesi bakımından da gerekçenin büyük yararı bulunmaktadır.

C. Hâkimin Tarafsızlığının Denetlenmesi

Adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri de (AİHS m.6; Anayasa m.36) tarafsız bir mahkemede (hâkim önünde) yargılanmaktır. Öte yandan tarafsızlık, *Bangolar Yargı Etiğ*inin ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir :

"*Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir*."

Tarafsızlık ilkesinin ihlaline ilişkin bir uygulama örneği ise anılan *İlkeler*'de şöyle ifade edilmiştir:

"*Hakimin, yargılama aşamasında*

19 **AKBULUT Olgun**: Adil Yargılama Hakkı (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl 1, Sayı 1, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, s. 175-207), s. 207.

20 **TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 336.

21 **DEMİRCİOĞLU, Yaşar:** Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri, Ankara 2007, s. 217.

delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya davaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması."

Demek oluyor ki gerekçe sayesinde hâkimin özel bir bilgi, önyargı veya tarafgirlikle hareket edip etmediği denetlenebilecektir.[22]

D. Kararın Hukuki Denetimine Olanak Sağlaması

Bir mahkeme kararının doğru olup olmadığının denetimi gerekçe sayesinde mümkün olur, ki burada gerekçenin epistemolojik boyutu[23] söz konusudur.

Bu bağlamda bir karara karşı kanun yoluna gidildiğinde, yüksek mahkeme, gerekçe sayesinde hükmün doğruluğunu denetleme olanağını elde etmiş olacaktır:

"Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.12.2011 tarih 15-708 E, 737 K. sayılı ilamında açıklandığı üzere; gerekçe, hakimin (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hakim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri) kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar (...). **Üst mahkeme de, bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir."(Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 17.09.2015 E. 2015/4161 K.2015/5926)**

E. Hukukun Gelişmesine Katkıda Bulunması

Bundan başka, bir davada hukukun somut vakıalara uygulanması bağlamında, uygulanan normun anlam ve kapsamını tayin için hâkimin mantıki ve hukuki silsile içinde yaptığı tartışmaların yer aldığı gerekçelerin hukukun gelişmesine katkı yaptığını da vurgulamak gerekir.[24] Zira hukukun yardımcı kaynaklarından birisi de yargısal içtihatlardır: "*Hâkim karar verirken yargı kararlarından yararlanır* ."(TMK m.1/ikinci cümle). Dolayısıyla iyi yazılmış bir gerekçe, hukukun gelişmesine katkıda bulunacak bir kaynak niteliğindedir.

F. Kararın Yerine Getirilmesine Olanak Sağlaması

Hükmün icrası aşamasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermede önemli bir enstrüman olması da gerekçenin özelliklerindendir.[25]

G. Hukukun Sosyolojik Yürürlüğünü Sağlaması

Gerekçe, somut olay bağlamında belli bir hukuk kuralının nasıl yorumlanıp uygulandığını göstermesi bakımından

22 **ÖZEKES, Muhammet**: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 169; **AŞÇIOĞLU, Çetin:**Yargıda Gerekçe Sorunu (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi,8.Kitap, İstanbul 2003, s. 158.

23 **IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 169.

24 **ÖZEKES**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 173; **ALP**, agm., s. 428-429.

25 **YILMAZ Ejder**: Medeni Yargıda İnsan Hakları, s. 163.

salt davanın taraflarını değil, toplumun tümünü etkiler. Bu bakımdan gerekçenin ikna edicilik düzeyi toplumda söz konusu hukuk kuralının sosyolojik kabulünü gündeme getirir; başka anlatımla ikna edicilik boyutuyla gerekçe hukuk normunun sosyolojik yürürlüğünü sağlar.[26]

IV. GEREKÇENİN (KAPSAMI) UNSURLARI

A. Olgularla Hüküm Arasında Köprü Kurulması (Mantık Köprüsü)

Gerekçenin kapsamını belirleyen ilk unsur onun mantıki – teknik boyutudur. Gerekçe her şeyden önce, mahkemenin tespit ettiği maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında köprü görevi görür: Hâkim hangi vakıaları esas alarak hangi hükmü kurmuştur? Hükmün hukuki dayanağı nedir? Hâkim hangi tür mantıkla (uslamlama) hükme varmıştır?[27]

Demek oluyor ki gerekçede ilk tartışılması gereken, taraflarca sunulan delillerdir. Hâkim taraflarca gösterilen delilleri ayrı ayrı ele alarak değerlendirip tartışmalı, kabul ve ret sebeplerini açıklamalıdır (HGK. 08.01.1958 – 1/1-1).[28] Böyle bir zihinsel faaliyete girilmeksizin, "toplanan delillere göre" şeklinde bir ifade ile kurulan hüküm gerekçesiz sayılır.[29] Oysa hükmün denetlenebilmesi için gerekçeye; gerekçenin mantık, tecrübe ve hukuk kurallarına uygunluğunun tespiti için de delillerin gerekçede tartışılmasına ihtiyaç vardır. Böyle bir tartışmanın mevcudiyeti hâlinde gerekçenin "yanlış" olup olmadığı anlaşılacaktır.

Hukuki dinlenilme hakkının cevabı ve temelini teşkil eden gerekçede[30] hâkim, tarafların iddia, savunma, itiraz ve taleplerini değerlendirmeli, bunların kabule şayan görülme veya görülmeme sebeplerini açıklamalıdır.

Ancak, az yukarıda deliller için yaptığımız belirlemede olduğu gibi, burada da, tüm iddia ve savunmaların ayrıntılı biçimde cevaplanması yükümlülüğü söz konusu değildir. Başka bir anlatımla mahkeme, kendisine sunulan tüm argümanlara birebir yanıt vermek zorunda değildir.[31] Temel nitelikteki sav ve savunmaların tartışılmış olması yeterlidir.[32] *Iura Novit Curia* ilkesi uyarın-

26 **IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 171.

27 **BAŞBÜYÜK, İsa**: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında "Gerekçe" nin Rolü (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C.II, Ankara 2013, s.1505-1532), s. 1505.

28 "Medeni Kanunun 150. (TMK m. 184) boşanma davalarında hâkime serbest takdir hakkı tanınmış ise de takdirin dosyada dayanağı bulunmak icap eder. Hükme yeterli delil mevcut iken kabule şayan gerekçe gösterilmeden o deliller ihmal olunamaz. Delillerin çeşitli istikamette bulunması hâlinde bunlardan bir kısmının diğerlerine tercihi suretiyle takdiri söz konusu olabilir. Hâkimin takdirinden söz konusu edilebilmesi için deliller o yolda takdire müsait olmalıdır. Bu davada dinlenen iddia şahitlerinin şahadetleri cerh ve talil eden mukabil delil ve haller ve olaylar bulunmamaktadır. Delillerin takdirinde isabetsizlik hükmün bozulması sebebi olur." HGK. 08.01.1969 – 2-700/14, **ELPE**, s. 229).

29 Yargıtay 2. HD. 21.09.1992 – 7794/8247; ayrıca bkz: "... Davalı tarafın dayandığı bu iki delilin ihtarname ve fatura tartışması yapılmamış, kabul edilmeme sebebi kararda açıklanmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; davacı delilleri yanında davalının bu delillerinin de tartışmasını yaparak usulün (388) maddesine uygun bir hüküm kurmaktan ibarettir." (19. HD. 12.05.1992 - 1311/207).

30 **PEKCANITEZ**, Hukuk Dinlenilme Hakkı, s. 77.

31 Bkz. Van de Hurk v Hollanda A 288 1994; 18 EHRR paragraf 61 **(HARRİS, D.J.O'BOYLE, M./BATES, E.P.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s. 271).

32 Ancak bu cümleden; zamanaşımı def'i, usul itirazları gibi davanın esasına girilmesini önleyen hususların reddine veya kabulüne ilişkin kararların gerekçeden muaf tutuldukları sonucu çıkarılmamalıdır.

ca hâkim hukuku re'sen uygulamakla[33] yükümlü olup, hükmünü dayandırdığı hukuki sebebi ve uyguladığı hukuk kuralını gerekçede gösterme durumunda bulunmakla beraber,[34] bu yükümlülüğü, taraflarca ileri sürülen hukuki argümanları tek tek cevaplama gibi zaman alıcı bir faaliyete teşmil edilemez.

B. Gerekçenin Bölümleri (Unsurları)

Gerekçenin hangi bölümleri kapsaması gerektiği hususunda yasalarda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu husus uygulamaya ile geliştirilmekte, böylece bir teamül oluşturulmaktadır.

- Gerekçenin bölümleri hakkında genel kategorik ayrım şöyledir:

- Dava (iddia) ve cevap (savunma) özetinin anlatılması

- Uyuşmazlığın tanımlanması.

- Delillerin nelerden ibaret olduğunun belirtilerek değerlendirilmesi, tarafların iddia ve savunmalarının tartışılması ve varılan hukuki sonucun açıklanması.

C. Yazım Tekniği: Biçim, Dil ve Üslup

1. Biçim

a) *Yazı tipi ve harf büyüklüğü*

Bu konuda dikkate alınacak hukuki metin, 2 Şubat 2015 tarih ve 29295 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan *Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* olup, buYönetmeliğin "*Yazı tipi ve harf büyüklüğü* " başlığını taşıyan 6 ıncı maddesinin 1 inci bendi hükmü şöyledir:

"*Elektronik ortamda hazırlanan belgelerde 'Times New Roman' veya 'Arial' yazı tipi normal yazı sitilinde kullanılır. Harf büyüklüğünün Times New Roman için 12 punto, Arial için 11 punto olması esastır. Ancak gerekli hâllerde metinde harf büyüklüğü 9 puntoya, iletişim bilgilerinin yazımında ise 8 puntoya kadar düşürülebilir. Farklı form, format veya ebatlarda hazırlanan rapor, analiz ve benzeri metinlerde farklı yazı tipi ve harf büyüklüğü kullanılabilir.*"

b) Metin

Yönetmeliğin 14. maddesi metinle ilgili teknik ayrıntıları düzenlemektedir, hükümde kastedilen metin, daha (resmî) idari yazışmaları hedef almaktadır. Buna göre, metnin yazımında TDK yazım kılavuzu ile sözlüğü esas alınarak dil bilgisi kurallarına göre **anlamlı** ve **özlü** olarak yazılmalıdır. **Zorunlu olmadıkça yabancı kelimelere yer verilmemeli**, verildiği durumlarda Türkçe karşılıkları parantez içinde belirtilmelidir.

Belirtilen hüküm yargısal karar yazımını hedeflememekte ise de kanımca gerekçe yazımında buna göre bir tarz oluşturulmasında yarar vardır. Özellikle TDK yazım kılavuzu ile sözlüğüne uygun bir yazım gerçekleştirilmelidir. Herkesin kendi öznel anlayış ya da dil kavrayışına göre farklı tercihler sergilemesi anlam karışıklıklarına yol açabilir.

Yargıtay yukarıda belirtilen Yönetmeliğin tüm kamu kurum ve kuruluşlarını hedeflemesi nedeniyle yargısal karar-

33 HMK m.33.

34 Boşanma sebebi itibariyle hükümde isabeti sağlamak ve tetkik ve tahlil için hükmün müstenidi olan kanun maddesinin bildirilmesi gerekir." (HGK. 21.11.1945 – 2-85/60 (**BİLGE Galip**: Boşanma ve Ayrılık, Sümer Matbaası, kayseri 1947, s. 121).

lar için de uygulanması gerektiğini, bu nedenle kararın 12 punto ile yazılması gerekirken 8 punto ile yazılmasını usule aykırı bularak bozma kararı vermiştir.[35]

2. Dil ve Terim Sorunu

Bu husus özellikle 1970'li yıllarda tartışılan ve hâlen de kesin bir çözüme bağlandığı söylenemeyecek olan bir sorun olup, özü şöyledir: Hâkim kararda hukuki terimleri kullanırken yasadaki özgün terimlere sadık kalmak zorunda mı, yoksa kendi dil anlayışına uygun bulduğu farklı bir terim biçimini kullanmakta özgür müdür?

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.09.1979 tarih ve E.1979/7-283, K.1979/331 sayılı kararında[36], "*Sanığın beraatine*" yerine "*aklanmasına*" karar veren Trabzon Asliye Ceza Mahkemesinin kararını yasaya aykırı bularak, sırf bu nedenle bozmuştur. Bu kararı hukuken doğru bulan yazarlar olduğu gibi,[37] eleştiren hukukçular da olmuştur.[38]

Hâkim kendi adına değil, toplum adına (Türk Milleti adına) karar verdiğine göre, dili de bu *konumunu* dikkate alarak kullanmak durumundadır. Dolayısıyla mutlak bir özgürlükten söz edilemez. Ancak bu konumun edimlerini de katı, biçimsel bir anlayışla değil, anlamsal ve iletişimsel bir perspektifle değerlendirmek gerekir. Hâkimin yasadaki terim yerine eşanlamlı bir başka terimi kullanması her zaman tercih edilebilir bir yöntem değilse de, sırf böyle bir kullanım tarzının kararı bozmak için başlı başına bir gerekçe konusu yapılması da savunulabilir bir tutum değildir. Bu konuda kesin ölçütler ve biçimler önermek yerinde olmamakla birlikte şu düşünceler ileri sürülebilir: Kullanılan dil, bir avukatı ya da diğer bir hukukçuyu gözetmekten çok, yargı önünde hak arayan tarafların durumunu gözetmelidir. Uzun, dolambaçlı, süslü, hukuki entelektüalizmi serilmeyen cümleler değil, olabildiğince kısa ve özlü cümleler kurulmalıdır. Kullanılan dil asla amiyane olmamalı ancak günlük dilden de bağını *tümden* koparmamalıdır. Öte yandan teknik terimler yönünden yasal ifadelere; yasada düzenlenmemiş olan konularda öğreti ve uygulamada *genel kabul* görmüş terimlere uygun bir tarz benimsenmesi öngörülebilirlik bakımından yararlı olur kanısındayız.

3. Üslûp

Gerekçe, yukarıda açıkladığımız teknik ve hukuki boyutları dışında, bir dil ürünü bir hukuk metni olarak da önemlidir. Zira yeterliliği, ifade gücü ile yakından ilgilidir. Her yazı, yazarının şahsi üslup, metodoloji ve birikim düzeyini yansıttığından, bir bakıma öznel bir kültür – iletişim nesnesini ifade eder. Mahkeme kararlarındaki gerekçe **özel ve edebi bir metin olmamakla**[39] birlikte, ifade kapa-

35 Bkz.Yargıtay12. Hukuk Dairesi'nin 20.06.2013 tarih ve E.2013/15541, K.2013/23273 sayılı kararı.

36 Bkz.Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 1979, Cilt:5, Sayı:10, s. 1484-1489).

37 **DURAN, Lütfi:** Hukuk Dilinin Türkçeleştirilmesi (Günümüzde Yargı, Mayıs 1980, Sayı:49, s.30-32).

38 Bkz.**SUNGURBEY, İsmet:** Hukuk Dilinin Türkçeleştirilmesi Önlenemez (Günümüzde Yargı, Haziran 1980, Sayı:50, s. 11-21; **VERDİGİL, Rifat**: Berat mi, Aklanma mı (Günümüzde Yargı, Haziran 1980, Sayı:50, s. 22-24).

39 Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.03.2008 tarih ve E.2008/8-3, K.2008/60 sayılı kararında, mahkeme kararının "*hukuksal bir metin olmasının yanında edebi bir metin*" olduğu ifade edilmiş ise de

sitesi, bilimsel yöntem düzeyi ve uzunluk – kısalık yönlerinden yazarının öznelliğini – bir ölçüde – yansıtır. Bu nedenle bir mahkeme gerekçesi nasıl yazılmalıdır sorusuna herkesi tatmin edecek kesin bir cevap vermek mümkün olmasa da bazı yaklaşım denemelerini dillendirmede yarar görüyoruz.

Kanaatimizce Fransızların 3C formülü olarak ifade ettikleri yazım teorisi, gerekçede uygulanabilecek en iyi yöntemlerden birini teşkil etmektedir. Buna göre iyi bir yazı; tam (complet), açık (clair) ve veciz (consis) olmalıdır.[40]

Tamlık'tan amaç; davaya konu uyuşmazlığın tüm yönleri ve öğeleri ile göz önünde tutulması[41] ve bunun ifade edilmesidir. Hâkimin ihtilaf konusunu tam olarak kavrayıp kavramadığı da bu şekilde anlaşılmış olacaktır. Bundan başka, sadece taraflardan birinin değil, her ikisinin de[42] hükme etkili olan iddia, savunma sebepleri ve delilleri dikkate alınıp değerlendirildiğinde gerekçenin tamlığından söz edilebilecektir. Tamlık ilkesinin diğer unsuru ise, maddi olaya uygulanan hukuki kural ve prensiplerin değerlendirici bir tutum ile açıklanmasıdır.[43]

Açıklık**,** her yazıda olması gereken bir özelliği ifade eder. Yargısal bir yapıt olan mahkeme kararlarında ise büsbütün önem kazanır: Anlaşılır[44], sade, kısa cümleler ile uyuşmazlık konusu, tarafların iddia ve savunmaları, bunlara temel oluşturan maddi vakıalar ve deliller açıklanarak hangilerinin hangi maddi ve hukuki sebeplerle kabul veya reddedildiği açıklanmalı,[45] uzun, dolambaçlı, ağdalı cümlelerden; yerleşmemiş terimlerden, deneysel bir üslup geliştirme ça-

bunun aşırı bir tanımlama olduğunu belirtelim. Mahkeme kararı bir edebi metin değildir; olsa olsa Michel Butor'un tanımıyla ***gri edebiyet metni*** sayılabilir, anılan kavram için bkz. **BUTOR, Michel**: Michel Butor Üstüne Doğaçlamalar, Çev.İsmail Yerguz, İstanbul 1996, s.22-23; ayrıntılı bilgi için bkz. **TUTUMLU, Mehmet Akif:** Hukuk ve Edebiyat (*Özgür Edebiyat*, Kasım-Aralık 2011, Sayı:30, s.109). Dolayısıyla Yargıtayın "edebi metin" tanımlamasını **ifade edilen anlamıyla** değil, **kastedilen anlamla** kavramak gerekir, şöyle: "Mahkeme kararı bir edebi metin gibi güzel olmalıdır."

40 **FABREGUETTES**, s. 493.

41 **ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ACABEY/SERDAR/GÜRPINAR**: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, Yeni Medeni Kanuna Göre İşlenmiş 4. Bası, Ankara 2002, s. 48.

42 **ÖZEKES**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 171. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki içtihadına göre, mahkeme kararlarında gerekçenin bulunmaması, gerekçenin yetersiz olması gibi, "**savunmaların anlamsız kılınması**"da adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Tarafların savunmalarında yer verdikleri hususların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmemesi bu son duruma örnek olarak gösterilmektedir (Dulaurans/France 34553/97 (sect. 3) – 23.01.2000 tarihli karar, bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 337, dn. 303).

43 Esasında maddi olay ile hukuki gerekçenin ayrı ayrı ifade edilmesi gerekçenin pedagojik işlevinden kaynaklanmaktadır. Hüküm teorisi açısından bakıldığında ise, hükmün, maddi olayla hukuki değerlendirmeyi birleştirici özelliğe sahip olduğu görülmektedir. Maddi olay – hukuki değerlendirme bir aradalığı, bu nedenle, bir heykelin maddi yapısını oluşturan mermer ile ona oyulan estetik biçim ayrılmazlığına benzetilmiştir, **KEYMAN Selahattin**: Hukuka Giriş, Ankara 2002, s. 177.

44 Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararının Beşinci İlkesinde; ***hâkimlerin verdikleri kararları açık ve gerekçelerini anlaşılır bir dille açıklamakla*** yükümlü oldukları belirtimleştir (metin için bkz.http://www.anayasa.gov.tr, erişim: 25.11.2013).

45"Goethe'nin dediği gibi, "Her anlatıda, en çok da tanımlayıcı anlatıda yansıtılacak nesnelerin sırası, birbirine bağlama, aşırılaştırma ve her çeşit ilerlemede öyle açık ve kesin çizilmiş olmalı ki, dinleyici ve okuyucu zorunlu olarak başka türlü değil, öyle düşünmelidir" (**ZEVKLİLER ve Arkadaşları**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 4. baskı, s. 49).

balarından uzak durulmalıdır.

Açıklık, bir hukuki retorik oluşturmaktan ziyade, kararın anlaşılmasında ve özellikle hükmün infazında oluşabilecek tereddütleri giderme amacına yöneliktir.[46]

Veciz olma unsuruna gelince: Veciz, Arapça "vecazet" sıfatından gelmekte olup, kısa, derli toplu (söz, ifade) anlamındadır.[47]

Sabit sayılan maddi olgular ile hüküm fıkrası arasında mantıki ve hukuki bağlantıyı[48] gösteren anlatım kısa tutulmuş da olsa ortada bir gerekçe var demektir:

"Temyiz edilen mahkeme hükmünde bu maddi olgu dava dilekçesinden ve kanıtlardan naklen belirtilmiş, maddi olguya, davacı tarafça bağlanan hukuki sonucun doğruluğu da açıklanmıştır. Neden ve sonuç arasındaki uygun yasal bağ olarak tanımlanan 'gerekçe' anılan mahkeme kararında vardır. *Gerekçenin kısalığı ve özellikle bu konuda taraf beyanlarına yollamada bulunması gerekçesizlik anlamına gelmez."* [49]

Öte yandan kullanılan üslûp, taraflar veya üçüncü kişiler bakımından saygı esasından asla ayrılmamalıdır:

"Mahkemeler, kararlarında, düşüncelerini açıkça yazmakla vazifelidirler. Lakin, ilamlarda meslek adetlerine ve ilgili kimse ve yerlere karşı saygı esasına aykırı yazılar yazılması, doğru görülemez. Bu bakımdan direnme ilâmındaki (şiddetli geçimsizliğin mebdei dâvalının zabıt kâtibi N.ile söylenmeğe başladığı 1954 yılıdır. Bu durumda taraflar arasında mevcut olan şiddetli geçimsizliğin temyiz bozma ilâmındaki şeklinde mütalâası için insanda hiçbir suretle insaf bulunmaması icapeder) sözleriyle özel daire, insafsızca düşünceleri benimsemekle suçlandırılmış olduğundan **direnme kararı örneğiyle bu kararın bir örneğinin gereği takdir edilmek üzere Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığına gönderilmesine karar verilmelidir."**

Hâkim anlatımı etkili kılmak, zenginleştirmek bağlamında deyimlerden, özlü sözlerden, atasözlerinden de (makul oranda) yararlanabilir:

"Hâkimler de yeri geldiğinde atasözlerinden istiane ve istifade edebilir, yorumlama ve uygulamalarda uyuşmazlığın kilidini açmakta bir anahtar gibi kullanabilirler." [50]

C. Gerekçe Metninin Dokusu

1. Genel Olarak

Gerekçe metninin temel dokusunun *yazı* ile oluşturulacağında kuşku yoktur. Ancak bazı sorunların da sorgulanmasında yarar vardır: Söz gelimi, hâkim

46 Kanaate tesir eden sebepler, boş, yuvarlak, anlamsız kelime ve cümlelerle değil, önemli deliler ve diğer unsurların tümü birbiri ile olan irtibatıyla gösterilmelidir." (**YILDIRIM**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 202).

47 **DEVELLİOĞLU**, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, s. 1373.

48 Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının birinde bu husus şöyle ifade edilmiştir: "**Hükme ulaşmayı sağlayan olay, bunların sebepleri ve sonuca götüren nedensellik kurgusu değerlendirmelerinin yeterli açıklıkla yapılması ve bunun gerekçeye temel oluşturması**" (Başvuru numarası: 2013/664, Karar tarihi:17.09. 2013, RG 15.11.2013, Sayı: 28822).

49 Yargıtay 10. HD 17.09.1976 – 6690/5919 (YKD Ocak 1977, Sayı 1, s. 74).

50 Yargıtay 1.HD. 10.04.1979 – 2664/4666 (YKD Kasım 1979, s. 1551).

bazı hâllerde hesaplama yapabilir mi? Anlatımı somutlaştırmak adına gerekçede fotoğraf, grafik vb. gibi görsellere yer verebilir mi? Hukuki kaynaklara yapılan yollamalar nasıl olmalıdır? Aşağıdaki paragraflarda bu sorulara yanıt aramaya çalışacağız.

2. Gerekçede Hesaplamalara Yer Verilebilir mi?

Hâkimin basit hesaplamaları bizzat kendisinin yapması usul ekonomisi ilkesi gereğidir. Ancak kapsamlı ve ayrıntılı bir araştırmanın sonucu olan hesaplamaların bilirkişiye yaptırılması hem hâkimin tarafsızlığının koruması hem de taraflara itiraz imkânı tanımak bakımından daha uygundur.[51] Böyle bir durumda, hesaplamayı gerektiren durumun rapora atıfla ve kısa alıntılarla gerekçelendirilmesi mümkündür.

3. Gerekçede Fotoğrafa, Grafik vb. Çizimlere Yer Verilebilir mi?

Hemen belirtelim ki gerekçeli kararın dili *sözcüklerden*, *yazılı söylemden* oluşur.[52] Kural olarak hâkim bu dil yerine başka bir dili, söz gelimi fotoğraf, grafik, çizim vb. gibi başka bir dili kullanamaz.[53] Bu hukuki kararın doğasından gelen bir anlatım biçimidir. Kuşkusuz, dosyaya sunulan her türlü görsel, işitsel, çizimsel vs. belge ve delile yollama yapılmasına engel yoktur.

4. Gerekçede Hukuki Kaynaklara (Asıl ve Yardımcı) Yollama Yapılması

Hukuki sorunu doğrudan düzenleyip çözen bir hukuk normu varsa buna yollama yapmak yeterli olacaktır. Ancak bu yönde özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, hâkim hukuki görüşünü yardımcı kaynaklardan[54] yararlanarak oluşturmuşsa, yararlandığı yüksek mahkeme içtihadına veya öğreti görüşüne özenli ve yerinde yollama yapması da hükmün rasyonalitesini ve ikna ediciliğini artıran bir yöntem olacaktır.

Gerekçede **dipnot** kullanılabilir mi? Kullanılmamasının daha uygun olacağını düşünüyoruz, ki uygulama da bu yöndedir. Aksi tutum, yukarıda belirttiğimiz gibi kararı bir makaleye, akademik bir metne dönüştürür. Nitekim bir Danıştay kararında, bilimsel eserlere dipnotla atıf yapılması usul ve yasaya aykırı sayılmış, bu husus salt bozma sebebi yapılmıştır.[55]

Kanımızca kararlarda bilimsel görüş ve yapıtlara atıf yapılması hâkimin tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeleyen bir durum değildir. Zira atıf yapılan kaynak sonuçta somut dava için özel olarak yazılmış bir yapıt ya da görüş beyanı olmayıp, genel ve soyut bir hukuki konuya ilişkin olarak vücuda getirilmiştir. Bu nedenle kararlarda dayanılan görüşlere veya diğer içtihatlara elbet yollama yapılabilir- yapılmaktadır da; ancak bunun dipnot şeklinde değil, ilgili cümle

51 Bkz.Yargıtay 10 uncu Hukuk Dairesinin 14.11.1977 tarih ve E.1977/1469, K.1977/6904 sayılı kararı.

52 Hâkim kullandığı sözcüklerin figüratif, plastik değerlerinden değil, **hukuki** ve **iletişimsel anlam değerlerinden** yararlanacaktır. İmgesel değil, **düz ifade kullanacaktır** ki, dilin bu tarz kullanımı düşünce belirlenimleri için en uygun ifade formu olarak kabul edilmektedir, **CÖMERT, Bedrettin**: Benedetto Croce'nin Estetiğinde İfade Kavramı ve İfadenin İletimi Sorunu, Ankara 2007, s. 72.

53. [52] Bkz.Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesinin 31.03.2008 tarih ve E.2007/2336, K.2008/4155 sayılı kararı.

54TMK m.1/3: "Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır." Bu konuda örnek bir İBK için bkz.26.03.1962 tarih ve E.1958/23, K.1962/3 sayılı İBK (**ŞENER, Esat:** Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları-1926-2000, Ankara 2000, s. 423-425).

55 Danıştay 6. Dairesi, 12.10.2010,E.2008/13112, K.2010/9098.

sonunda parantez içi yollama tekniğine göre yapılması daha uygun düşer.

5. Karşı Oy Gerekçesi (Muhalefet Şerhi)

Çoğunlukla alınan bir mahkeme kararının gerekçeli yazılması zorunluluğu, karşı oy yazısı (muhalefet şerhi) için de geçerlidir. Gerekçe yazımı konusunda yukarıda söylediklerimiz büyük ölçüde karşı oy gerekçesi için de geçerlidir. Karşı oy gerekçe yazımında; olayın tekrar anlatımından kaçınılmalı, savunulan görüşün gerekçesi kısa ve anlaşılır cümleler ve hukuki terimlerle ifade edilmeli; duygu ve tepki yüklü anlatımlardan, entelektüalizm gösterisi anlamına gelecek uzun ve gereksiz kompozisyon yazılarından, bağlam dışı yollamalardan kaçınılmalıdır. Karşı oy yazısı akademik bilgi gösterisine dönüştürülmemelidir.

V. GEREKÇE TÜRLERİ

A. İlgi Derecesi Yönünden [56]

1.Ratio Decidendi:

Bu kararın özünü ortaya koyan, olaya uygulanacak hukuk normunu irdeleyen gerekçe anlayışını ifade etmektedir.Buna *asıl gerekçe* de denilebilir.

2.Obiter Dictum:

Bu tür gerekçe kararla doğrudan ilgisi bulunmayan ancak karar metninin yazarı tarafından yararlı görülen açıklamaları içerir. Bu daha çok tartışmalı hususlarda çoğunluk kararının doğruluğunu temellendirmeye yönelen Yargıtay HGK, İBK karar gerekçelerinde görülür.

B. Temellendirme Tarzı Yönünden[57]

A. İç Gerekçe

İç gerekçe, somut olayın temellendirilmesini ifade eder. Bazı somut olguların gözetilip bazılarının dışlanması (hiç tartışılmaması) iç gerekçe noksanlığını gösterdiği gibi, somut olaya uygulanacak normun seçilmesindeki isabetsizlik de aynı eksikliğe işarettir.[58]

B. Dış Gerekçe

Dış gerekçe, kararın dayandırıldığı maddi ve hukuki olgu ve sebeplerin kararda gösterilmesidir. Bu unsurların gösterilmemesi, dış gerekçe eksikliği anlamına gelir, ki bu durum, kararın *tam gerekçesizlikle* sakatlandığı şeklinde de tanımlanabilir.[59]

1. Mekanik (Standart) Gerekçe:

Bu gerekçe türü, olaya doğrudan uygulanacak hukuk kuralına yollama yapan yazım tarzını ifade eder. Örneğin altsoy mirasçılarla birlikte sağ kalan eşe ¼ pay veren kararda TMK m.499/1'e yollama yapılması yeterlidir; başkaca bir açıklamaya gerek yoktur.

2. Analitik Gerekçe:

Burada mekanik gerekçede olduğu gibi olaya doğrudan uygulanacak hukuk normuna değil, hukuki ilişkinin niteliğine bir gönderme söz konusudur.

3. Retorik Gerekçe:

Burada davanın taraflarını ve diğer ilgilileri ikna etmeye yönelik bir söylem tarzı tercih edilmektedir. Bu yönteme daha çok, hukuki uyuşmazlığı doğrudan çözmeye yarayan bir düzenlemenin mevcut olmadığı hâllerde başvurulmaktadır. Bu anlamda gerekçe, yargıcın üret-

56 **KARAYALÇIN, Yaşar**: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metot, 5.Bası, Ankara 2001, s.146.
57 Bkz. **ÖZCAN, Mehmet Tevfik**: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 4.Bası, İstanbul 2011, s. 156.
58 **IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 171.
59 **IŞIKTAÇ/METİN,** s.171.

tiği hukuki çözüm tarzını benimsetmeye yönelik bir söylem niteliğine bürünmektedir.

C. Söylem Tarzı Yönünden

1. Profesyonel Gerekçe

Bu tarz gerekçede hukuktan anlayan bir okur profili varsayılarak özlü bir anlatımla gerekçe metninin kaleme alınması tercih edilir. Bu nedenle hukuki kurum ve tanımlara uzun uzadıya yer verilmeksizin, kavramların dikey kullanımıyla ve en kısa ifadelerle sonuca gidilir; hükmün dayanaklarının gösterilmesinde, yasa metinlerinin alıntılanması yerine yasa maddelerine (hükümlerine) yollama ile yetinilir.

2. Eğitsel (Pedagojik) Gerekçe

Adından da anlaşılacağı üzere bu tür gerekçede, okur profili hukuk bilgisi yönünden daha düşük düzeyde algılanarak, kararda kullanılan kavram ve kurumların tanım ve anlamları hakkında okura ders havasında geniş bilgiler verilir. Ancak bazen okur profilinden bağımsız olarak bu tür gerekçenin entelektüalist kaygı veya kalıplaşmış tarz gibi nedenlerle kullanıldığı da gözlenmektedir.

D. Ontolojik Yönden

1. Ontik Gerekçe

Ontik ya da gerçek gerekçe; mahkemeyi nihai karara götüren somut olgular ile doğru hukuki sebeplerin kararda tam olarak gösterilmesidir. Böyle bir gerekçenin varlığı, kararda kullanılan sayfa sayısı ile ölçülemez. Bu tür bir gerekçe için bazen bir paragraf bile yeterli olabilir. Ancak ortada ontik gerekçenin içkin unsurları bulunmadığı müddetçe, onlarca hatta yüzlerce sayfa yazılmış olsa bile bir gerekçenin varlığından söz edilemez.

2. Görünürde (Zahiri) Gerekçe

Görünüşte gerekçede ontik değil biçimsel bir gerekçe vardır. Tarafların iddia ve savunmalarının uzun uzadıya anlatıldığı, tüm delillerin ayrıntılı olarak açıklandığı, yasa maddelerinin tam metin olarak alıntılandığı, ancak somut olgularla hüküm arasında mantıki ve hukuki bağın kurulmadığı, böyle bir zihinsel çabaya yer verilmediği kararlar gerekçe bakımından sakattır. Yargıtay bu tür kararları görünürde gerekçe olarak tanımlamaktadır.[60]

VI. GEÇİCİ KORUMA KARARLARINDA GEREKÇE

Anayasal bir temel hak olan "*adaleti sağlama talebine*" dayandırılan geçici hukuki koruma muhakemesinde gerekçe özel bir ağırlığa ve hassas bir konuma sahiptir.

Hemen belirtelim ki, gerekçe zorunluluğu sadece nihai kararlar için değil, geçici hukuki koruma kararları için de mevcuttur. Nitekim Anayasa m. 141/3 hükmünde yer alan *"Bütün mahkemelerin* ***her türlü kararları*** *gerekçeli olarak yazılır."* hükmündeki *her türlü karar* ibaresi bunu açıkça ortaya koymaktadır.

Nitekim bazı usul kanunlarında, Anayasa'daki genel hüküm doğrultusunda, ihtiyati tedbir kararları (HMK m.391/2-b);yürütmenin durdurulması kararları (İYUK m.27/2) ve tutuklamaya ilişkin kararların (CMK m.101/2) mutlaka gerekçelendirilmesi gerektiği özel olarak düzenlenmiştir.

60 Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 25.05.2015 tarih ve E.2015/807, K.2015/2796 sayılı kararından:"Maddi olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı açıklamayan sadece yapılan yargılamayı özetleyen kararın da gerekçe olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu şekilde gerekçeli karar yazılması yeterli olmadığından, bu türden kararların, doktrinde "Zahiri Gerekçeli Karar (Görünürde Gerekçeli Karar)" olarak adlandırıldığı unutulmamalıdır."

Burada iki hususu vurgulamakta yarar görüyoruz:

- Tedbir nedeniyle görüş açıklama, *ihsası rey* sayılamaz. Zira buradaki görüş açıklama, bir tarafa yol göstermek amacıyla değil, yasal bir ödev nedeniyle yapılmaktadır.
- Yasal sözcenin tekrarı ya da genel ifadeler, kalıp cümleler gerekçe yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmez. Tedbir kararı somut delil ve sebebe dayandırılmalıdır**.**

VI. GEREKÇE YAZIM SÜRESİ

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 294/4'üncü maddesi hükmü uyarınca; "*Zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak* ***bir ay*** *içinde*[61] *yazılması gerekir.*"

Bu hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, aynı bütünün parçaları olarak gördüğü hüküm ile gerekçenin aynı anda hukuki hayata çıkmasını öngörmekte, ancak, "**zorunlu nedenlerle**" gerekçe yazılmadan önce de hükmün sonucunun tefhim edilebileceğini belirtmektedir. Gerekçeli kararın yazımı için de mahkemeye bir aylık süre tanınmıştır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 232/3 üncü maddesinde de; gerekçenin, kısa kararın tutanağa geçirilmesinden itibaren ***en geç onbeş gün*** içerisinde yazılarak dosyaya konulması öngörülmüştür.

Yargıtay, gerekçenin yasal süresi geçmesine rağmen uzun süre yazılmamış olmasını görevi kötüye kullanılması suçunu oluşturduğunu içtihat etmiştir.[62]

VI. GEREKÇE EKSİKLİĞİ VEYA YOKLUĞUNUN YAPTIRIMI

A. Karar Yönünden

1. Sırf Gerekçe Yokluğundan Bozma

Yeni usul yasalarında gerekçe kararın zorunlu bir unsuru olup (HMK m.297/1-c), gerekçenin hiç bulunmaması veyahut mevcut gerekçenin yetersiz olması hâlleri Yargıtayca adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilip, mutlak bozma sebebi sayılmaktadır.[63]

B. Hâkim Yönünden

1. Performans (Not) - Yükselme

Gerekçe ile ilgili bir diğer yaptırım düzenlemesi 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun (1.7.2016 tarih ve 6723 Sayılı Kanunun 25. maddesi ile değişik) 28 inci maddesi ile yapılmış bulunmaktadır. Bu hükme göre; gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf mahkemesi hâkimleri için (bizzat verdikleri ya da katıldıkları kararlar bakımından) kanun yolu değerlendirme formu düzenlenmekte ve not (çok iyi, iyi, orta, zayıf) takdir edilmektedir. Not takdir edilirken

61 Mülga HUMK'ta bu süre 15 gün idi (m.381/III).

62 Bkz.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.06.2015 tarih ve E.2014/5.MD-69, K.2015/192 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.10.1992 tarih ve 237/262 sayılı kararı.

63 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin tarih 02.07.2015 tarih ve E.2014/10745, K. 2015/23837 sayılı kararından: "Somut uyuşmazlıkta, mahkeme gerekçeyi bilirkişi raporuna dayandırmıştır. Hukuki nitelendirme ve gerekçelendirme hakime aittir. Somut uyuşmazlıkta davacının iddiası, davalının savunması üzerinde durulmamış, deliller özellikle istifa ve ibranamenin geçerliği, savunma ile çelişip çelişmediği tartışılmamış, maddi olay saptanmamış, kısaca **karar gerekçesiz yazılmıştır. Bilirkişi raporuna atıf kararın gerekçeli olduğunu göstermez. Gerekçesiz karar yazılması, adil yargılanma hakkının ihlalidir. Kararın salt bu nedenle bozulmasına karar verilmiştir."**

gözetilecek kriterlerden birisi de **gerekçeli kararın yazılış biçimi ve tahlilinde gösterilen başarıdır.**

Buna göre kararlarında yeterli gerekçeyi yazma çabası göstermeyen hâkim hakkında tutulacak not fişlerinde (kanun yolu değerlendirme formu) olumsuz not verilmesi, gerekçe normunun işlerlik kazanmasında etkili olan diğer bir yaptırımdır.

2. Hukukî Sorumluluk

Hâkimin hukuki sorumluluğunu doğuran nedenlerden biri de, hâkimin, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı bir karar veya hüküm vermiş olması durumudur.[64]

Bu bağlamda hâkimin gerekçesiz veyahut yetersiz gerekçe ile karar vermiş olması da, gerekçe yükümlülüğünü açık ve kesin bir şekilde öngören Anayasa ve yasa hükümlerine aykırı bir davranışı, dolayısıyla hâkimin sorumluluğu hususunu gündeme getirmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir olayda; tutuklu sanığın tutuklamaya itirazını (tahliye talebini) reddeden mahkeme kararındaki gerekçenin yasal ifadelerin tekrarından ibaret, soyut ve yetersiz kaldığını, dolayısıyla bu tür bir kararın hâkimin hukuki sorumluluğunu doğurduğunu kabul ederek davacı lehine tazminata hükmedilmesi sonucuna ulaşmıştır. [65]

3. Cezaî Sorumluluk

Hâkimin gerekçesiz veya gerekçe ile karar vermesi bir istinaf ve temyiz sebebi olup, yukarıda açıklandığı üzere, kararın iptali yahut bozulması sonucunu doğurmaktadır. Peki gerekçesizlik bir suç fiili sayılır mı? Bu soruyu soyut düzlemde evet diye yanıtlamak mümkün değildir. Ancak kararın gerekçesizlikten bozulmasına rağmen yargıcın hâlâ gerekçe yazmaktan kaçınması ve direnme kararında hiçbir gerekçe göstermemesi suç kastının varlığına işaret edebilir. Nitekim bir Yüksek Mahkeme kararında anılan olasılıkta görevi ihmal suçunun oluşabileceği dile getirilmiştir.[66]

C. Taraflar Yönünden

1. Kanun Yoluna Başvurma

a) İstinaf

Bölge Adliye Mahkemeleri, istinaf olunan ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçeyi yeterli bulmadıkları takdirde, işin esasının incelenmesine geçmeden, kanun yolu denetimine elverişli (gerekçeli) karar verilmek üzere, kararın kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine, şeklinde karar vermektedirler.[67]

64 6100/HMK m.46/1-c.

65 Bkz.Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.11.2010 tarih ve E.2010/4-558, K.2010/604 sayılı kararı.

66 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2005 tarih ve E. 2005/11-5, K. 2005/33 sayılı kararından:" (...) Öte yandan, herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin direnme kararı verilmesinin, hakimin yargılama görevini savsaması olarak dahi düşünülmesi mümkündür."

67 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 26/12/2016 Tarih ve E. 2016/54,K.2016/57 sayılı kararından: "Taraflarca ileri sürülen vakıa ve sebeplerin gerekçeleriyle tartışılarak sonucuna göre, davalıların hak ve yükümlülükleri ile hukuki durumları tartışılıp değerlendirilerek verilen hükmün hangi davalı için tesis edildiği açığa kavuşturulmak suretiyle, kanun yolu denetimine elverişli karar verilmesi gerekirken, istinaf denetimini ortadan kaldıran gerekçesiz hüküm kurulması yerinde görülmediğinden,

b) Temyiz

Yargıtay, gerekçesiz veyahut yetersiz gerekçe taşıyan ilk derece mahkemesi kararlarını, Anayasa m. 141/3 hükmü ile 6100/HMK m.297 hükmüne aykırı bularak bozmaktadır.[68]

İhtiyati tedbir kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunluluğu bulunmasına karşın, buna uyulmadan verilen ihtiyati tedbir kararları esas yönünden incelenmeden, gerekçe yazılmak üzere, dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 08.10.2013 tarih ve E.2013/10545, K.2013/15591 sayılı kararı: "İhtiyati tedbirin kaldırılmasına ilişkin mahkemenin 14.3.2013 tarihli kısa kararı (duruşma tutanağı) örneği dosyada mevcut ise de temyiz incelemesinin yapılabilmesi için ihtiyati tedbir kararına itiraz hakkında mahkemece usulüne uygun şekilde yazılmış bir gerekçeli kararın mevcut olması zorunludur. Gerekçeli karar mevcut ise dosyasına konulması, mevcut değil ise yazıldıktan sonra birlikte gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle dosyanın yerel mahkemesine GERİ ÇEVRİLMESİNE, 08.10.2013 **gününde oybirliğiyle karar verildi.**"

2. Bireysel Başvuru Yolu

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının ihlalini AİHS m.6'da düzenlenen temel hakkın (adil yargılanma hakkının) ihlali olarak değerlendirmekte, ihlal saptadığı davalar bakımından yeniden yargılama yolunu açmaktadır.

Gerekçeli karar hakkının ihlaline ilişkin- Anayasa Mahkemesi'nin 22.09.2016 tarihli kararı (Latif Hacıbekiroğlu Başvurusu No: 2014/6011)[69] **özetle şöyledir:**

"**AİHM içtihatlarına göre bir mahkemenin, başvurucuların iddialarına yanıt vermemesi ve başvurucuların temel şikâyetlerini incelemekten kaçınması hâlinde Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur** (Kuznetsov/Rusya, B. No: 184/02, 11/4/2007, §§ 84, 85, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 30).

Mahkemeler "kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme" yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmanın yanı sıra (Hadjıanastassıou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16/12/1992, §

davalının istinaf talebinin esası incelenmeksizin kabulüne karar vermek gerekmiştir."

68 **"(...) Gerekçe, bir hükmün olmazsa olmaz unsurudur.** Taraflar, ancak kararlara konulması gereken gerekçeler sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki nedene dayandırıldığını anlayabilirler. Ayrıca, karar aleyhine yasa yollarına başvurulduğunda da Yargıtay incelemesi sırasında gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı denetlenebilir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay incelemesi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Temyiz konusu yapılan mahkeme kararında "gerekçenin yukarıda açıklandığı" şeklinde ifade kullanılmış ise de, kararın hiçbir bölümünde gerekçeye rastlanmamıştır. Bu itibarla karar, mülga 1086 sayılı HUMK'un 388. maddesinde ve 6100 sayılı HMK'nın 297. maddesinde belirtilen unsurlardan ve özellikle de **gerekçeden yoksun olup, denetime elverişli değildir. O halde, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir."** (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.09.2014 tarih ve E. 2013/8053, K.2014/13479).

69 Resmî Gazete 8/12/2016 - 29912.

33) tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir (Sencer Başat ve diğerleri, § 34).

Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce **makul bir gerekçe** ile yanıt verilmesi gerekir (Sencer Başat ve diğerleri, § 35).

Gerekçelendirme; davanın sonucuna etkili olay, olgu ve kanıtları açıklamak yükümlülüğü olmakla birlikte bu şekildeki **gerekçelendirmenin detaylı olması şart değildir**. Ancak gerekçelendirmenin, iddia ve savunmadan birinin diğerine üstün tutulma sebebinin ve bu kapsamda davanın taraflarınca gösterilen delillerden karara dayanak olarak alınanların mahkemelerce kabul edilme ve diğerlerinin reddedilmesi hususunda **makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir** (Sencer Başat ve diğerleri, § 37).

Zira bir davada tarafların hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması "gerekçeli karar hakkı" yönünden zorunludur. Aksi bir tutumla mahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında "ilgili ve yeterli bir yanıt" **vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olabilecektir (**Sencer Başat ve diğerleri, §§ 38, 39).

Mahkemelerin yargılama süresince kendilerine iletilen her iddia ve talebi gözetmek zorunda olmadıkları biçimindeki serbesti, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkta değinilmesi görevini **ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz** (Sencer Başat ve diğerleri, § 58).

(...)

Başvuru konusu olayda başvurucunun oğlunun zorunlu askerlik görevini yaparken birlik içinde ve istirahatte olduğu vakitte banyoda şofbenden sızan gazdan zehirlenerek vefat ettiği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Başvurucu açtığı davada, söz konusu vefat olayının vazifeden kaynaklandığını ve bu nedenle kendisine vazife malulü aylığı bağlanmasına karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. AYİM ise yukarıda yer verilen gerekçede (bkz. § 11) gösterildiği üzere 5434 sayılı Kanun'un 44. ve 45. maddelerine yer verdikten sonra vefat olayının görevin sebep ve etkisiyle meydana gelmediğini belirterek başvurucunun vazife malulü olarak sayılmasına olanak bulunmadığı sonucuna varmıştır. **Ancak somut olayda vefatın**

vazifeden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti uyuşmazlığın çözümünde temel mesele olduğu hâlde AYİM, vefatın neden vazifeden kaynaklanmadığı hususunda bir gerekçeye yer vermemiştir. Özellikle AYİM Başsavcılığı görüşünde de belirtildiği üzere müteveffanın askerlik yaptığı sınır birliğinde personelin mesai saatleri dışında da birlik bünyesindeki misafirhanede kalmasının zorunlu olduğu ve bu durumun jandarmanın sınır bölgesindeki güvenlik ve asayiş görevinin devamlılığını sağlamaya yönelik olduğu, personelin misafirhanede istirahat sırasındayken de **vazife ile irtibatının devam ettiğini ve tüm bu durumların ölüm olayının vazifenin sebep ve tesiri ile meydana geldiğini gösterdiği yönündeki uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğu anlaşılan iddiaların incelenmediği ve kararda karşılanmadığı görülmektedir.**

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun **gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği** sonucuna varılmıştır."

*Yine **Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkının ihlali nedeniyle yeniden yargılama yolunu açtığı bir kararının hüküm kısmı şöyledir:***

" Kararın bir örneğinin gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere ilgili Mahkemelere GÖNDERİLMESİNE, (...) 7/1/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi." (Anayasa Mahkemesi, 07.01.2016 tarih, Başvuru no: 2014/2719 sayılı kararı).

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru

Yukarıda (II-B) paragrafında açıklandığı üzere, *adil yargılanma hakkı*nı düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde gerekçeli karar hakkından açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, bu hakkın varlığı AİHM içtihatlarında kabul edilmektedir. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkı ihlal edilen tarafın başvurabileceği hukuki yollardan biri de AİHM'e gitmektir.

KAYNAKÇA

- **ABADAN, Yavuz**: Hukuk Felsefesi Dersleri, AÜHF Yayını, no: 78, Ankara 1954.
- **AKBULUT Olgun**: Adil Yargılama Hakkı (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl 1, Sayı 1, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, s. 175-207).
- **ARSLAN, Ahmet**: Felsefeye Giriş, 7. Baskı, Ankara 2002.
- **AŞÇIOĞLU, Çetin:** Yargıda Gerekçe Sorunu (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi,8.Kitap, İstanbul 2003.
- **BATUR, Enis**: Küçük Kıpırtı Tarihi, Köşebentler, İstanbul 1992.
- **BAŞBÜYÜK, İsa**: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında "Gerekçe" nin Rolü (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C.II, Ankara 2013, s.1505-1532).
- **BEKRİ, Nedim**: Gerekçeli Karar Hakkı (Ankara Barosu Dergisi, 2014, Sayı: 3, s.207-228).

- **BİLGE Galip**: Boşanma ve Ayrılık, Sümer Matbaası, Kayseri 1947.
- **BUTOR, Michel**: Michel Butor Üstüne Doğaçlamalar, Çev.İsmail Yerguz, İstanbul 1996.
- **CÖMERT, Bedrettin**: Benedetto Croce'nin Estetiğinde İfade Kavramı ve İfadenin İletimi Sorunu, Ankara 2007.
- **DEMİRCİOĞLU, Yaşar:** Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri, Ankara 2007.
- **DEVELLİOĞLU**, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1992.
- **DURAN, Lütfi:** Hukuk Dilinin Türkçeleştirilmesi (Günümüzde Yargı, Mayıs 1980, Sayı:49, s.30-32).
- **FABREGUETTES, M.P.:** Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945.
- **HARRİS,D.J/O'BOYLE/BATES,E.P./BUCKLEY,C.M.**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı- Ulaş Karan, Ankara 2013.
- **HARTMANN, Nicoloi**: Ontolojinin Işığında Bilgi, (Çev. **TEPE, H.**) Ankara 1998.
- **IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003.
- **KARAYALÇIN, Yaşar**: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metot, 5.Bası, Ankara 2001.
- **KEYMAN Selahattin**: Hukuka Giriş, Ankara 2002.
- **KRAMER, Samuel Noah:** Tarih Sümer'de Başlar, Çev. Hamide Koyukan, İstanbul 2016.
- **KÜÇÜK, Hasan**: Varlık Kavramının Çağdaş (Ontolojik) Anlamı (Türkiye 1. Felsefe Mantık Bilim Tarihi Sempozyumu – Bildiriler. Haz.: **GÜRSOY, K./AÇIKGENÇ, A.,** Ankara 1991, s. 51-59).
- **ÖZEKES, Muhammet**: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- **ÖZCAN, Mehmet Tevfik**: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 4.Bası, İstanbul 2011.
- **PEKCANITEZ**, **Hakan**: Hukuk Dinlenilme Hakkı, (Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753-791).
- **SUNGURBEY, İsmet:** Hukuk Dilinin Türkçeleştirilmesi Önlenemez (Günümüzde Yargı, Haziran 1980, Sayı:50, s.11-21)..
- **ŞENER, Esat:** Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları-1926-2000, Ankara 2000.
- **TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004.
- **TUTUMLU, Mehmet Akif:** Hukuk ve Edebiyat (*Özgür Edebiyat*, Kasım-Aralık 2011, Sayı:30, s.109).
- **UNAMUNO, Mıquel de**: Yaşamın Trajik Duygusu (Çev. DERİNSU, O.), İstanbul 1986
- **VERDİGİL, Rifat**: Berat mi, Aklanma mı (Günümüzde Yargı, Haziran 1980, Sayı:50, s.22-24).

- **YILDIRIM**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,İstanbul 1990.
- YILMAZ Ejder: Medeni Yargıda İnsan Hakları, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1996, Sayı: 2,s.149-167).
- YÜKSEL, Ayşegül: Samuel Beckett Tiyatrosu, İstanbul 1992.
- ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ACABEY/SERDAR/GÜRPINAR: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, Yeni Medeni Kanuna Göre İşlenmiş 4. Bası, Ankara 2002.

Türkiye'nin Son 15 Yılında Siyasal ve Sosyal Kimlik Teşekkülü Süreci Analizi: Muhafazakâr Demokrat, "Müslüman Demokrat" ve "Dindar Demokrat" Tasavvurları -Yeni Bir Din Oluşturmanın Gerekliliği-

Mevlüt UYANIK[1]

Özet

İnsan, toplumsal bir varlıktır, diğer insanlarla birlikte iş bölümü yaparak düzenli bir hayat sürmek ister. Emeğinin karşılığını görebileceği, doğuştan getirdiği temel haklarının güvence altında olduğu bir adalet ve özgürlüğün sağlandığı bir siyasal sistem içinde yaşamaktan da mutlu olur. Çünkü özgürlük ve güvenliğinin birbirine tercih edilmeyeceği bir ortamın nasıl sağlanacağı düşünce tarihinin en önemli soru/n/larından birisidir. Özellikle anarşi ve terör ile anılmaya başlayan İslam âlemi söz konusu olduğunda bu husus daha önem kazanmaktadır. Bu bağlamda ele alınacak **soru/n şudur:** Selçuklu-Osmanlı ve Türkiye Cumhuriyeti kültürel sürekliliğini taşıyan Müslümanlar olarak anarşi ve terör ortamında temel insan haklarını (can, mal, ırz, akıl ve din) koruyan özgürlük ve güvenlik dengesini koruyan dindar ve demokratik bir tavır nasıl oluşturabiliriz? Bunu hayatımıza nasıl aksettirebiliriz? Bu konuda örnek alınabilecek alimler kim veya kimler olabilir?

Felsefi açıdan insanın varoluş amacı dünyada huzurlu ve mutlu bir hayat (Tahsilu's-saade) sürebilmektir. Platon'dan ilham alan Farabi de İslam felsefesinde erdemli bir yönetim ve ideal devlet tasarımı üzerinde durmuştur. Bu total tasavvurların dışında yani siyasetin karmaşasından uzak durarak bir hayat tarzı yaşamanın imkanı yok mudur? İnsanı mutsuz kılan mutlak doğruluk tasavvurlarından uzak durarak, kendi iç huzurunu sağlayarak, olumsuz dış şartlara karşı bireysel yetilerini geliştirerek bir hayat geçirmek ve bunu toplumdan uzaklaşmadan/inzivaya girmeden yapmanın imkânını müzakere etmek gerekir

Bildirinin hedefi; riyaset ve din tacirliğine düşmeden, yani dini siyasete alet etmeden temel ve doğal insan haklarını önceleyen dindar/Müslüman bir demokrat zihniyetin oluşumudur. Özellikle son 15 yıl içinde geliştirilen Muhafazakâr Demokrat ve Hıristiyan Demokrat kavramsallaştırmasından hareketle üretilen "Müslüman Demokrat" tasavvurunun tutarlılığı müzakere edilecektir. Daima itidalli ve müspet hareket içinde olunmasını gerektiren "Dindar Demokrat" kavramının İslamiyet'in yanlış temsilinin önüne geçebileceğini, Cumhuriyet ve laiklik ilkeleriyle uyum içinde olabileceğini söyleyen Said Nursi'nin talebelerinden bir grup, nasıl oldu da 15 Temmuz 2017 terörist darbesine kalkıştı sorularının cevabı aranacaktır.

1. Prof. Dr., Hitit Üniversitesi, (Çorum) İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

Giriş

İnsan, toplumsal bir varlıktır, diğer insanlarla birlikte iş bölümü yaparak düzenli bir hayat sürmek ister. Emeğinin karşılığını görebileceği, doğuştan getirdiği temel haklarının güvence altında olduğu bir adalet ve özgürlüğün sağlandığı bir siyasal sistem içinde yaşamaktan da mutlu olur. Çünkü özgürlük ve güvenliğinin birbirine tercih edilmeyeceği bir ortamın nasıl sağlanacağı düşünce tarihinin en önemli soru/n/larından birisidir. Özellikle anarşi ve terör ile anılmaya başlayan İslam âlemi söz konusu olduğunda bu husus daha önem kazanmaktadır.

Esenlik ve barış anlamını taşıyan İslam, artık anarşi ve terörle özdeşleştirilmeye başlanmış ve İslamfobia gittikçe güçlenmektedir. Bunun oluşumunda sadece dış küresel güçler var diyerek sıyrılmanın da imkânı yoktur, çünkü Müslümanların bazıları ortaya koyduğu din tasavvurları ve çatışmalarla (Şii-Selefi) ve/ya gerçekleştirdiği eylemlerle dünyada İslam korkusunun artmasına vesile olmaktadır.[2]

Müzakereye açtığımız soru/n şudur: Selçuklu-Osmanlı ve Türkiye Cumhuriyeti kültürel sürekliliğini taşıyan Müslümanlar olarak anarşi ve terör ortamında temel insan haklarını (can, mal, ırz, akıl ve din) koruyan özgürlük ve güvenlik dengesini koruyan dindar ve demokratik bir tavır nasıl oluşturabiliriz? Bunu hayatımıza nasıl aksettirebiliriz? Bu konuda örnek alınabilecek âlimler kim veya kimler olabilir?

Bu bağlamda takip edeceğimiz yöntem arayışı şudur: Felsefi açıdan insanın varoluş amacı dünyada huzurlu ve mutlu bir hayat (Tahsilu's-saade) sürebilmektir. Bu nedenle olsa gerek Platon'dan itibaren her filozof, ideal devlet tasarımları üzerinde durmuştur. Aristoteles, hocası Platon'un birey-aile ve toplum/siyaset ilişkisinin ideal tarzları üzerinde geliştirilen siyaset modelleri ve bunların açmazlarını gidermek için mutlak iyi ve doğru tasavvuruyla; şartlara göre iyi ve doğru tasavvurunu geliştirmiştir. Neticede O'nun ortaya koyduğu önerilerin çoğuna mevcut siyasal sistemler dikkat eder; ama insanın toplumsallığını adaletli bir ortamda gerçekleştirmesi için ortaya konulan yapılar mutsuzluğuna da neden olabilir.

Bu durumda yapılacak **en tutarlı tercih, siyasetin karmaşasından uzak durarak bir hayat tarzı yaşamaktır.** İnsanı mutsuz kılan mutlak doğruluk tasavvurlarından uzak durarak, kendi iç huzurunu sağlayarak, olumsuz dış şartlara karşı bireysel yetilerini geliştirerek bir hayat geçirmek ve bunu inzivaya girmeden yapmanın imkânını müzakere etmek gerekir.

Bu bağlamda düşünce tarihinde Epiküros siyasetten uzak durarak, toplumsal bozukluklardan etkilenmenin aza indirileceğini belirtir. Ölüm korkusu ve kitlelerin Tanrı tasavvurlarına yüklediği anlamlardan zihnini kurtaran insan mutluluğu elde edebilir der. Böylece insan iç

2 Mevlüt Uyanık, Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, Araştırma yay. Ankara.2016, s. 42 vd; Dünyada İslamfobia'yı Besleyen Unsur Olarak Neo-Selefi Öğreti -Bir Zihniyet Analizi- 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 11; Nisan Mayıs Haziran.2015, ss. 319-343; a.mlf, Arap Baharının Mezhepçilik ve Kabilecilik Bağlamında Analizi, Eski ve Yeni Dergisi, sayı: 25, 2012, ss. 84-93; Arap Dünyasında Dönüşümler: Yemen, Kamu'da Sosyal Politika Dergisi, yıl 5, sayı.18, 2011/3, Ankara. Memur Sen, ss. 28-42

huzuruna ulaşabilir, düşünce hürriyetine kavuşabilir.[3] Görüldüğü üzere, apolitik bir tutum aslında mevcut siyasal uygulamaların, yöneticiler ve kitlelerin Tanrı tasavvurlarının ortaya çıkardığı çatışma ortamının dışında bir seçenek sunması nedeniyle bizatihi politik bir tutumdur.

Ulaşılmasını umduğumuz hedef şudur: Dini değerleri önceleyerek itidalli bir hayat yaşamak isteyen kişi, Batı'daki Hristiyan Demokrat" nitelemesinine uygun ve benzer bir tavrı "Müslüman Demokrat" kavramıyla gerçekleştirebilir, diye düşünüyorduk. Bunu AKP'nin kuruluşuyla birlikte "muhafazakâr demokrat" kavramı temellendirmesinin tutarsız olduğunu ifade etmek için temellendirmiştik. 15 Temmuz 2016 terörist saldırısından sonra "Müslüman Demokrat" kavramı yerine "Dindar Demokrat" kavramının müzakeresini kamuoyuna açarak bir özeleştiri yapmayı hedefliyoruz. Çünkü dış şartlardaki olumsuzluklarına rağmen bir sistemde önemli olan ilk öncül/önermedir, bununla çelişen uygulamalar/öncüller karşısında, önemli olan sistemi terk etmek değil, ilk öncülü ve içinde bulunan şartları/önermeleri yeniden temellendirmek ve tutarlı sonuçlar üretmektir. Böylece İslamiyet'in esenlik ve barış anlamını taşıdığının bilincinde olarak, daima müspet hareket içinde olarak, sivil bir direniş kodu geliştirerek, yanlışa evet demeyen bir politik tutuma yol açma ihtimalini tartışmaya açacağız.

Bunun önemi şudur: Riyaset ve din tacirliğine düşmeden, yani dini siyasete alet etmeden[4] temel ve doğal insan haklarını önceleyen dindar/Müslüman bir demokrat zihniyetin oluşumudur. Ülke içinde bulunan ırki (Türk-Kürt) ve dini/mezhebi (alevi-sünni) çatışma ortamlarının ortaya çıkardığı anarşi ve terörün önüne geçebilmek mevcut siyasal uygulamaların yanlışlıklarına evet dememek ve bunların olumsuz etkilerini aza indirgemek için bu bakış açısı çok önemlidir. **Olası katkı şöyle olabilir:** Dünyada refah ve huzurun/mutluluğun; ahirette ise felahın/kurtuluşun sağlanması için gerekli temel ilkeleri önemseyen bir kişinin her siyasal yapı içinde bir "dindar demokrat" tutum ve tavır oluşturabilmesine katkı sağlamaktır. 15 Temmuz 2016 Terörist saldırısı sonrasında ilahiyat fakülteleri ve Diyanet İşleri Başkanlığının Yeni Bir Din Dili Oluşturması gerekliliğini gündeme getirmeyi de olası katkı olarak düşünüyoruz.

1. Yeni Bir Din Oluşturmanın Gerekliliği

Yeni bir din dili geliştirmek derken dünyada dini çeşitlilikleri, yani farklı inanç, farklı ibadet ve kısmen farklı ahlaki öğretilere sahip olanları değerlendirmek, bunlar hakkında konuşmak nasıl olacaktır? Dünyadaki bütün dini tasavvurların olumlu ya da olumsuz bir etkileşim içinde olduğu ve müntesiplerine de doğruluk/kurtuluş sunduklarını düşündüğümüz zaman kapsayıcı tutumun baskın olduğu gözlemlenmekledir. Tek doğru kendisine aittir, dini tasavvurların

3 M.Ali Ağaoğulları, eski Yunan'da Siyaset Felsefesi, V yay. Ankara.1989, Platon için bkz. s.169-184, 203-205; 201-212, Aristoteles, s.244-253, 257-263; Epiküros s.272 vd; Batı'da Siyasal Düşünceler, edit. M. A. Ağaoğulları, İletişim yay. İstanbul.2014, s.98-164; Osman Elmalı, H.Ö.Özden, İlk Çağ Felsefesi Tarihi, Arı yay. İstanbul.2013, s. 117-188

4 İslam Felsefesinin ilk düşünürü diye nitelendirilen Kindî bu husus üzerinde özellikle durmaktadır. "İlk Felsefe Üzerine", Felsefî Risaleler içinde, çev. Mahmut Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul 2014, s. 127

geçerliliği ve kurtuluş ümidi olamaz. Bir de bunun karşıtında bütün dinleri eşit derecede geçerli ve birbirine eş değer gören, bir dinin müntesiplerinin kurtuluşa erebileceğini söyleyen dini çoğulculuk vardır Bunların ortasında kapsayıcı tutum vardır, inançların doğruluğu bakımından dini dışlayıcılığına insanların kurtuluşa ermesi bakımından çoğulculuğa benzeyen orta bir noktaya işaret eder Bir de görelilikçi yaklaşım vardır ki, buna göre her dinin mutlaklık iddiaları kendi şartları içinde geçerlidir. Ernest Troeltsch'in bu görüşü, Arnodl Toynbee'nin bütün dinleri özde bir sayıp aynı hedefe götüren farklı yollar sayan yaklaşımı, Carl Gustav Jung'un bütün dinleri kaynak ve işlev olarak gören yaklaşımı da, bu bağlamda geliştirilen dini çoğulculuğa örnek olarak verilebilir. Bir de bu öğretilerin tamamını reddeden ateizm (Tanrı Tanımazlık), bunlar üzerine konuşmayı gerek görmeyen agnoistizm vardır Şimdi önemli olan ibrahimi geleneğe yaslanan Musevi, İsevi ve Muhammedi Şeriatlerin Tek Tanrı tasavvurlarını, ortaya koymadığı çeşitliliği nasıl izah edebileceği midir? Temel iddiaları koruyarak, dinleri başka bir şeye indirgemeksin, dini öğretilere dair eş değer açıklama da getirmeksizin, tamamen akli bir yorumlama mümkün müdür? [5]

Kapsayıcılık bağlamında düşündüğümüz zaman dinleri daha doğrusu şeraitleri bir diğerine indirgemeksizin, temel önermelerinizden ve iddialarından vazgeçmeden, onları koruyarak, eş değer açıklama getirmeksizin rasyonel temellendirme yapmanın önemi son gelişmelerle iyice ortaya çıkmıştır. Çünkü teolojik/kelami dil ile kendi öğretisini bir diğerine karşı savunmasını yapabilir, önceki şeraitlerdeki kırılmaları ve tashihleri söyleyebilir; cedel yöntemi bunun içindir. Fakat teolojiler burada da görüldüğü üzere, bir diğer şeraitin, yöntemin bakış açısını dışlamamak ve kendi kapsayıcılığını söylemek yerine, aynı şeriat içindeki farklı mezhepleri, yolları ötekileştiriyor, bazılarını kâfir, bazılarını müşrik olarak görüyor.[6] Asıl olan eş ölçülemezlik, adalet ve eşitlik ilkeleri arasındaki farka dikkat ederek,[7] ibrahimi geleneğin temsilcisi olan bütün peygamberlere karşı herhangi bir nezaketsizlik yapmamak, adaletsiz uygulama içeren bir davranış ve tutumda bulunmamaktır. Eş ölçülemezlik ilkesi gereği de Hz. Muhammed (sav) yol ve yönteminin hanif geleneğinin İbrahim milletinin nihai uygulaması olduğunu, onun içlem ve kapsam açısından içeriğini konuşmak gerekir diyorum. İbrahimi geleneğin kalbi olan Kudüs ve Mescid-i Aksa bunun somut örneğidir. [8]

5 Rahim Acar, "İnsanı Sınırlarımız içinde Dini Çeşitliliği Yorumlamak", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, ULUSLARARASI AZƏRBAYCAN FELSEFE ARAŞTIRMALARI FƏLSƏFƏ VƏ SOSİAL-SİYASİ DERNEĞİ ELMLƏR ASSOSİASİYASI (U F A D) (A F S E A) FƏLSƏFƏ və sosial-siyasi elmlər Bakı - 2016 2 (39) elmi-nəzəri jurnal, s. 112-129

6 Julius Wellhausen, İslamiyetin İlk Devrinde Dini-Siyasi Muhalefet Partileri, çev. Fikret ışıltan, TTK, Ankara.1986; W.Montgormery Watt, İslam Düşüncesinin Teşekkül Devri, çev. E.R.Fığlalı, Sarkaç yay. Ankara.2010

7 Mevlüt Uyanık, "Adalet Kavramı Merkezinde Eşitlik ve Özgürlük İlişkisinin Felsefi Analizi", İstanbul Barosu ve Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA). İstanbul Barosu yayınları, Kitap 21. İstanbul.2010, ss. 296-309

8 Mevlüt Uyanık, Kudüs'ü Gezi/yorum: ibrahimi Geleneğin Kalbi: Kudüs: http://www.anahabergazete.

Aslında bütün peygamberlere hepsine aynı din (tevhid, nübüvvet ve mead) indirilmiştir, adı da İslam'dır. Her şeraitin müntesiplerinin kendi doğrularıyla yaşaması ve kurtuluşa ereceğini sanması tutarlı olarak görülebilir. Farklı dini tasavvurları yani dini çeşitliliği anlamak için dini çoğulculuk tasavvuru öne sürülmüştür. Ama bunu söylemek kurtuluşa erişmek açısından eşit olduğu anlamına gelir mi? Hz. Muhammed sav yol ve yöntemini daha tutarlı ve makul görmek; diğer peygamberlerin müntesiplerine karşı bir adaletsizlik işinde olmamı gerektirmez, ama eşit olarak görmek anlamına da gelmez. Eş ölçülemezlik ilkesini ed-Din; eş-Şeria ve el-Mille(t) kavramları arasındaki farka, eşitlik de sayısal ve oranlı eşitlik nüansına dikkat ederek yapmaya çalışıyorum.[9] Burada ortaya çıkan bir görecelilik yok mu diye sorulacak olursa, dışlayıcı bir tutumdan uzak, çoğulculuktaki eş ölçülemezlikden de kaçınarak kapsayıcılığı önceliyorum, ama görelilik/relativizme düşmeden bu riski almak gerekir.

Bosna Hersek'in başkenti, bilge-yönetici Aliya Izzetbegoviç'in şehrinde Timav'ın düzenlediği Uluslararası Dini Araştırmalar ve Küresel Barış Sempozyumunda (19-21 Mayıs 2016) "Barışcıl Bir Dünya İçin İlahi Dinler ve Çoğulcu Evrensellik Tasarımlar" başlığıyla müzakere açmak bu riskin göze alınması demektir. Eski Yugoslavya, yeni Bosna-Hersek, Sırbıstan ve Hırvatistan devletlerinin olduğu bölgede yaşanan çatışmaları analiz etmek ve barışa katkıda bulunmak şarttır. Birbirine yakın dilleri konuşan ama farklı dini inançlara sahip olan (Hırvatlar **ve** Slovenler Hıristiyan ve Katolik **,** Sırplar ve Karadağlılar Hıristiyan Ortodoks **,** Boşnaklar Müslüman) kardeşler arasındaki sosyo-politik ve erk çatışmanın dini öğretilerle meşruiyet sağlandığı görülünce, din merkezli çatışmaların giderilmesi için neler yapılabilir sorusu önem kazanmaktadır. Bu durumda bir dine inanmak ve/ya onun bir mezhebine göre yaşamayı önceleyen dindar bir şahsın Hıristiyan veya Müslüman sıfatını öncelemeksizin demokrat bir tavır tutum edinebilmesinin imkânını müzakere etmek gerekir.

2. Muhafazakâr Demokrat; "Müslüman Demokrat" ve "Dindar Demokrat" Tasavvurları

Ülkemizde ve Ortadoğu'da özellikle 2010 Arap baharıyla birlikte yaşanılanlar dini değerlerin yeniden yorumlanmasını ve yeni bir din dili oluşturmayı gerekli kılmaktadır. İktidarın yozlaştırma etkisine dikkat ederek, iktidar tutkusunun gemlenmesi, dinin siyasete alet edilmeden bir tavır ve tutum geliştirmek için bu gereklidir. 3 Kasım 2002 tarihinde kısa bir süre önce kurulmuş olan Adalet ve Kalkınma Partisi iktidara geldi. Şu ana kadar da iktidar kalmaya devam ediyor.

Söylemini başlangıçta "Muhafazakâr Demokrat" kavramıyla temellendirmeye çalıştı. Ben de, kavramsallaştırmaya özdeş olarak kurulan Muhafazakâr Dü-

com/kudusu-geziyorum-1-haberi;29.Mart.2017; http://www.anahabergazete.com/kudusu-geziyorum-i-ii-ibrahim-mescidi-utanc-duvari-zeytindagi-haberi;13.Nisan.2017;http://www.akademi-haber.com/yazarlar/prof-dr-mevlut-uyanik/kudusu-gezi-yorum-ii-ibrahim-mescidi-utanc-duvari-zeytindagi/83/

9 Mevlüt Uyanık, " Türkiye'deki Kavramsal Kargaşanın Temel Terimleri: "Din", "Millet" ve "Şeriat". Yeni Türkiye, Cumhuriyet Özel Sayısı, 23-24, (1998) s. 2618, 2629, Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, Araştırma yay. Ankara.2016, s. 21-44

şünce Dergisinde "Bir Sosyal ve Siyasal Kimlik Tartışması: "Muhafazakâr Demokrat" mı; "Müslüman Demokrat" mı?" başlığıyla müzakereye katılarak tercihimi "Müslüman Demokrat" kavramını Türk Siyasal Hayatına kazandırmanın zamanı geldi şeklinde belirtmiştim. Ama siyasal otorite, Sayın Yalçın Akdoğan'ın ve Atilla Yayla'nın da aralarında bulunduğu bir grup akademisyen tarafından temellendirilmeye çalışılan "Muhafazakâr Demokrat" kavramından yana tercih belirtmişti. [10] "Muhafazakâr Demokrat" kavramı yerine "Müslüman Demokrat" kavramını önerim, ardından son yaşanılanlarla birlikte temellendirmemi eleştiriye tabii tutarak "Dindar Demokrat" kavramını müzakere açmak için öncelikle konuya dair bilgisel hazır bulunuşluk sağlamak gerekir.

2.1. Yeni Bir Siyasal Okumanın İmkânı

Osmanlı Devleti'nin 23 Aralık 1876 tarihinde Meşrutiyetin ilanı ile parlementer sisteme geçtiğini hatırladığımız zaman parlamenter sistemin 140 yılllık temeli olduğunu görürüz. 1789 Fransız İhtilali'yle değişen dünya paradigmasına uyum sağlamak için Islahat ve Tanzimat fermanlarını çıkaran, I. ve II. meşrutiyetleri yaşayan Osmanlı dini değerleri önceleyen monarşik bir yapılanmaydı. Türkiye Cumhuriyeti 1789 dünya paradigmasına uyum sağlamak için üç tarz-ı siyaseti denedi, kademeli bir şekilde, en sonunda Osmanlı siyasi ve askeri bürokratları monarşi yerine Cumhuriyet, dini değerleri öncelemeyen yapı yerine laik, sosyal bir hukuk devleti olarak kuruldu.[11] 1946 seçimleriyle birlikte 66 yılı çok partili olan demokrasi arayışımızın sürekli darbeler, post modern darbeler ve muhtıralarla kesildiğini görünce, son on yıldır ortaya çıkan belgeleri, yargılanmaları ve toplumsal kırılmaları yaşayınca, demokratikleşme açısından çok da başarılı bir süreç yaşa(ya)madığımız bir gerçektir.

Bununla birlikte AK Parti iktidarı ile birlikte bir haklar toplamı olarak değerlendirilen demokratik ilkelerin, manevi ve milli değerleri dikkate alarak yorumlanarak uygulandığı zaman halkımız tarafından benimsendiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle *İslam'ın temel ilkelerini, insanlığın evrensel birikimlerini göz önünde bulundurarak yeni bir yorumunun pratiğini, kendi tarihsel-toplumsal sürecimizi yeniden okumak, geniş kabul görmektedir.* Modern dünyada Müslüman toplumlarının parçalı yapısı, İslam'ın temel ilkelerinin yerel şartların çeşitliliğine uyarlanması gereğini de ortaya çıkarmıştır. Çünkü küresel ile yerel arasındaki ilişki diyalektiktir. Bunlar arasında çok farklı türden eklemlenmeler olabilir; küresel süreçler, kendisini oluşturan yerel

10 Mevlüt Uyanık, Bir Sosyal ve Siyasal Kimlik Tartışması: Muhafazakar Demokrat mı; "Müslüman Demokrat" mı?" konulu (Muhafazakar Düşünce. Yıl. Sayı. 1. yaz. 2004. s. 165-177; Siyasal kimlik kavramı: Müslüman Demokrat; http://yenisafak.com.tr/Yorum/?i=403709; 20/08/2010; Atilla Yayla "Muhazafakâr Demokrat mı; "Müslüman Demokrat" mı?" 03.08.2012 tarihli Zaman gazetesi; buna yönelik yazı için bkz. Uyanık Müslüman Demokrat, http://www.haberlotus.com/2012/08/24/musluman-demokrat/#.Vu5wv9K-LTMw, 24/8/2012

11 Mevlüt Uyanık, "Osmanlı Islahatlarının Nihai İfadesi Olarak Üç Tarz-ı Siyaset Ve Türkiye Cumhuriyeti'ne Etkisi" Türkler Ansiklopedisi, Yeni Türkiye, Ankara. 2002, 14/790-800; a.mlf; Osmanlı Düşünce Tarihinde Parlamenter Sistem Arayışları: İslamiyet'in Belirleyiciliği Üzerine Değerlendirmeler, Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2002/2, s. 47-60

yapılarla diyalektik biçimde eklemlenerek dönüşür. Diyalektik gereği, *bu süreç* sonunda dini ve milli verilerin yerli; yani A*nadolu merkezli yorumlarının evrenselleştirici yeni sentezlerine ulaştırma ihtimali belirebilir.*

İşte bu noktada, kültürler arası etkileşim ve bunun sonucundaki dönüşüm üzerinde durmak gerekiyor; çünkü kültürler kendi aralarında aynı biçimde ve aynı düzeyde farklılaşmamaktadır. Kültürlerin yerelliği bu bağlamda, yeni bir duyarlılıktan (Muhafazakâr Demokrat ya da "Müslüman Demokrat" gibi) söz etmek demektir "Sosyal ve Siyasal Kimlik Meselesini" Türkiye'de dini ve milli değerleri önceleyerek siyaset yapacağını söyleyip, tek başına iktidara gelen Adalet ve Kalkınma Partisi, Batı siyasi literatüründe birbiriyle ilintilendirilmesi çok zor olan "Muhafazakâr" ve "Demokrat" terimlerinin bileşenini oluşturmakta gördü. Halbuki meşruiyetinin tarihsel temellerini kolayca bulabileceği "Müslüman Demokrat" kavramını siyaset felsefesinin modern verileri ışığında okuyarak temellendirebilirdi.

Liberal Düşünce Topluluğu'nun katkısıyla Muhafazakârlık ve Demokrasi ilişkisine dair uluslararası bir sempozyum düzenleyerek kimliğinin teorik alt yapısını kurgulamaya çalıştı. Atilla Yayla, dini değerleri önceleyen insanların siyasal kurgularını artık "Müslüman" terimiyle değil de, bunu da içeren "Muhafazakâr" kavramıyla ifade etmesinin daha tutarlı olacağını söyledi. İhsan D. Dağı "AK Parti: "Müslüman Demokrat" mı "Muhafazakâr Demokrat" mı?" konulu yazısında aynı hususu vurgulayarak "Muhafazakâr Demokrat' ifadesinin anlamlı olacağını söyler. Tarihsel pratik ve ideolojik önermeler bağlamında 'Müslüman demokrat' bir model olmadığını, AK Parti'nin, bazı İslamcı entelektüellerin ve Batılı gözlemcilerin 'icat' etmeye çalıştıkları 'Müslüman Demokrat' bir kimliğe uymayacağını söylemektedir. Ayrıca "Müslüman Demokrat" bir kimliğin, hem AKP'nin toplumsal desteğini nitelemez/kapsamaz hem de 'merkez' ve Batı nezdinde 'meşruiyet'ini sürekli sorgulanır kılacağını, bu nedenle AKP'ye, kendilerinin de ifade ettiği 'Muhafazakâr Demokrat' nitelemesinin daha uygun düştüğünü belirtmektedir. [12]

"Türk muhafazakârlığı; modern ve Müslüman" başlıklı yorumuyla Hakan Yavuz ise, AKP'nin muhafazakâr demokrat anlayışı, küresel değerlerle barıştırarak bir Türkiye tezi üretmesi için Brüksel'in insan hakları söylemini, Mekke'nin manevi değerlerini, Türkistan'ın milli şuurunu içermesi gerektiği üzerinde durmaktadır.[13] Batılı anlamda muhafazakârlık anlayışını müzakere etmek, bu satırların yazarının ilgi alanı dışındadır. Bununla birlikte AKP deneyimi, uzun demokrasi deneyimimizden hareketle batılı literatürdeki "Hıristiyan Demokrat" örneğinde olduğu gibi, bir "Müslüman Demokrat" temellendirmesine girilseydi, özelde Türkiye ve diğer bölgelerde yaşayan Müslüman halklar, genelde dünya siyasal literatürüne özgün ve özgül bir katkı olabilecekti. Çünkü

12 İhsan D. Dağı,"AK Parti: "Müslüman Demokrat" mı "Muhafazakâr Demokrat" mı?" 09/01/2004 Zaman

13 Hakan Yavuz, "Türk muhafazakârlığı; modern ve Müslüman" 10/01/2004 Zaman; Mevlüt Uyanık, "Bir Sosyal ve Siyasal Kimlik Tartışması Olarak Müslüman Demokrat" Ağu 2, 2012: http://www.haberlotus.com/bir-sosyal-ve-siyasal-kimlik-tartismasi-olarak-musluman-demokrat/#.WOZg3kXygdU

AKP, yerli/dini/milli değerlerin evrensel veriler ışığında okuma iddiasıyla iktidar oldu; başarılarında mevcut egemenlik ilişkilerinin içinde "çevrenin/taşra"nın 28 Şubat süreciyle bütün siyasal farklılıkları homojenleştirdiği bir merkeze, ya da "28 Şubat mağduru çevre"nin "diğer kenarlar"a karşı bir tepkisi olarak ortaya çıkmıştı.

Islahat ve Tanzimat Fermanlarıyla başlayan I. ve II. Meşrutiyetlerle ivme kazanan siyasal ve kültürel modernleşme projemiz Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla somutlaşmıştır. Devlet kavramını salt kutsal bir kategori olmaktan çıkaran Cumhuriyet, ekonomi politiğin gereğini yapmaya çalışmaktadır. Günümüzde Avrupa Birliği'ne katılmayı, bu projenin son aşaması olarak görüyordum. Fakat 11 Eylül 2001 tarihinden itibaren bütün dünyada yaşanan sosyo-politik gelişmeler ve bunların ortaya çıkardığı sorunların üstesinden gelebilmek için siyasi, güvenlik ve insan hakları boyutlarını bir arada düşünmemiz, çözüm önerilerini bir bütün olarak üretmemiz gerekiyordu.

Bu çerçevede, AKP'nin AB uyum süreciyle ilgili olarak çıkarttığı yasalar, demokratikleşme açısından tikel/yerli olanda tümeli/evrenseli yakalamak ya da tikeli tümelleştirmek şeklinde okunabilir; ama bunu tartışmalı "Muhafazakâr Demokrat" kavramı ile yapmanın tutarlı olmadığını o dönemde dile getirdim. Çünkü muhafazakâra göre tarih, gelenek, toplum, devlet vs. gibi kavramlar çok büyük harfle yazılmış kavramlardır. İster devlet için daha patentli bir sivil muhafazakârlık yapın, ister daha sivil toplumcu bir muhafazakârlık yapın, o büyük harflerle okuma alışkanlığı sonuçta demokrasiyle zaafı üretebilecek sonuçlar getirmeye adaydır. Yani muhafazakârlığın politika öncesi bir düşünüş olarak vaat ettikleri ile politikleşmesinden sonra doğabilecekler arasında çok ciddi bir sıkıntı vardır. Dolayısıyla bu atlanmış bir meseledir. Nitekim demokrasiyi muhafazakârlığın bağımlı değişkeni olarak gören bu perspektif, Süleyman Seyfi Öğün'e göre çok risklidir.

Bu çerçevede, AKP'nin cüretkar bir ifadeyle 'Türkiye muhafazakâr demokrasiyi seçti' demesi siyasal anlamda çelişkiler içermektedir, zira demokrasiye sıfat koymak, özünde totaliter bir tavırdır. Türkiye'nin siyasal yapısı ve oluşturduğu kültürü salt sol ve sağ, muhafazakârlık veya ilericilik ikilemleriyle açıklanamaz. Üstelik bu tür nitelendirmeye gerek olmamasının nedeni, muhafazakârlığı demokrasi içinde olmasından dolayıdır. Öğün, AKP'nin kendisini tanımlamakta kullandığı 'muhafazakâr demokrat" nitelemesini tercih etmesinin temelinde muhafazakâr düşüncenin, ortalamaları bulmak, aklıselim ile hareket etmek, tecrübeye güvenmek gibi siyasetin aşırılıklarını törpüleyen bazı özelliklerinin yattığını belirtir. Gerçekten, AKP'nin iktidar olmasında dini ve milli değerleri önceleyen bir mirası devralması, halkın tercihinde bunun etken olduğu bilinen bir husustur. 28 Şubat 1997 operasyonu siyasetin dinselleştirilmesine karşı bir yapılanma olarak ortaya çıktı, ama paradoksal bir şekilde AKP'yi halk, önemli oranda bu tepkiye karşı bir tepki olarak iktidara taşıdı. AKP, buna rağmen sahip olduğu geleneğin karşılaştığı 28 Şubat türü bir operasyonla karşı karşıya kalmamak ve her an aşırılaşmaya dönük bir potansiye-

li taşıdığına dair resmi çevrelerde hâkim olan bakış açısını izale etme kaygısını taşıdığını hissettirmektedir. Bu nedenle AKP'nin muhafazakâr demokrasi arayışı, yukarıda belirttiğimiz meşruiyet sorunuyla yakından ilişkilidir. [14]

2.2. Sosyal ve Siyasal Bir Kimlik Arayışı Olarak "Müslüman Demokrat"

"Müslüman Demokrat" kavramsallaştırmasını önermemin sebebi ise şuydu: Batı'nın insan hakları söylemini, dinin bu hakları fıtratla özdeşleştiren bakış açısını ve diğer manevi değerlerini, milli refleksleri koruyan bilinci içeren tarihsel temellere sahip yeni bir sosyal ve siyasal kimlik tasavvuru olabilirdi. Çünkü içe kapanmadan yerelleşmeden yerli (dini ve milli) değerleri evrenselleştirmek böyle olabilirdi. Bunu yapmak, farklı, öteki olanın özgün ve özgüllüğünü, Allah'ın bir rahmeti ve bereketi olduğunu düşünmektir; bilişip, tanışma, iyilik ve güzellikte yarışma iddiasındaki çoğulcu evrensellikler olduğunu söylemektir. Herhangi bir yabancılaşma, dışlama olmamasının nedeni budur. Bunun için de toplumsal ve siyasal iktidar ilişkilerini kültürel farklılıkları öne çıkararak gözden ırak tutmaya yarayan bir tür şeffaf maske olmanın ötesinde bir şeydir. [15]

"Müslüman Demokrat", laiklik kavramının bütün dünyada demokrasinin çoğulcu boyutunun inançlar alanına yansımasının bir ifadesi olabilir. Bu gerçekleştirilirse, Türkiye; manevi değerlere saygılı laik ve demokratik hayat biçimini, tarihsel deneyimlerinin verdiği güçle, devlet nizamı içinde sürekli ihtilalle kesintiye uğratmayacak kurallara bağlayabilecektir. Ulusal/tikelde tümel/uluslararası değerlerin okunmasıyla oluşan bu yapıyı sosyal bir kimliğe toplumsal bir kültüre dönüştürdüğümüz takdirde, bütün bölge ülkelerine örnek teşkil edebilme iddiası gerçeklik kazanır. Bu açıdan "Müslüman Demokrat", laiklik kavramının bütün dünyada demokrasinin çoğulcu boyutunun inançlar alanına yansımasının bir ifadesi olabilir.

2.3. "Müslüman Demokrat" Kavramsallaştırmasının Olası Siyasal Getirileri Nelerdi?

Türkiye'de tıpkı Hıristiyanlığın verilerini dikkate alan Hıristiyan Demokrat gibi bir kavramsallaştırma pratiğe aktarılırsa ne olacaktır? Öncelikle, laik, sosyal, bir hukuk devleti olan Türkiye'nin demokratik bir cumhuriyet olarak bölgesel ve uluslararası bir güç olmasına "muhafazakâr" bir katkı olacaktır. Ayrıca Avrupa Birliği'nin, din temelli değil de, ekonomi-politik bir birliktelik olduğu iddiası geçerlilik kazanacaktır. Çünkü halkı önemli oranda Müslüman, yönetimi laik bir devlet olan Türkiye, Hıristiyan, Yahudi, Müslüman ve ateistlerle birlikte yaşanabilecek bir Avrupa Projesi inşasına teorik ve pratik katkıda bulunabilir. Çünkü Avrupa Birliği'nde oldukça çok sayıda Türkler ve diğer Müslüman halklardan insanlar yaşıyor. Hem farklı kültürel dokuya sahip bu insanlarda anayasal vatandaşlık ve yurtseverlik bilinci oluşturulduğu, hem de dünya kamuoyunda çoğulcu, kuşatıcı

14 S. Seyfi Ögün, Milliyet. 09/02/2004; krş. a.mlf, "Yerlici Kültüralizm: Kıyaslamaları Bir Değerlendirme" Globalleşme Söylemleri" Global-Yerel Ekseninde Türkiye" derleyenler E.Fuat Keyman ve A.Y. Sarıbay, Bursa. 2000, s. 40-41; Ali Yaşar Sarıbay, Global Kapitalizm, aynı derleme içinde s. 14

15 Nuray Mert, "Yerlilik" Şeffaf Bir Maske, Birikim; Yerlilik Özel Sayısı, sayı.111-112, 1998, s.100

ve kapsayıcı liberal demokrasinin gerçekleştirildiği "Müslüman Demokrat" kavramıyla daha iyi gösterilebilirdi.[16] Bir diğer önemli getiri şöyle olabilirdi: 11 Eylül 2001 saldırısından sonra tekrar gündeme oturan olası bir medeniyetler savaşını engellemenin yolu, "Müslüman Demokrat" kavramsallaştırmasını işlevsel hale getiren bir Türkiye ile mümkün olabilir. Bu bağlamda, Büyükelçi Ö. Sanberk'in dediği gibi, "Türkiye, AB kültürünü benimsemeden, farklı/yerli kültürel kimliğimize sahip çıkarak, hoşgörü temelinde yükselen bir din olan İslamiyet'in değerlerini koruyarak diyalog ve işbirliğini gerçekleştirebilir. Böylece, ortak politik bir çerçeve oluşturulmasına önemli katkılarda bulunabilir/di."[17] Aksi takdirde medeniyetler savaşı kuramının teorisyeni olan Huntington'un dediği gibi modern ulus devlet anlayışı yerini medeniyetler kavramına bırakacak, kültürel kimliğin belirlenmesinde önemli bir etken haline gelecektir. İnsanlar artık kendilerini bir ulusun değil, bir medeniyetin parçası olarak görünce, Kafkaslar, Balkanlar ve Ortadoğu'da yaşananların medeniyetler arasındaki ayrım çizgisinin gereği olarak sunulması gerçekleşmiş olacaktır. Huntington'un savaş alanlarını belirleyen bu kıpkızıl perdesini yırtabilecek tek devlet tarihsel ve kültürel birikimini yeni okumalarla gerçekleştirecek olan Türkiye Cumhuriyeti'dir. Siyasal alanları, kültürel çatışma merkezleri haline getiren iktidar odakları, böylece toplumsal çatışmaları maskeliyor.

Kültürel çatışmaların hedef şaşırtma olduğunu Türkiye ispat edebilir; zira Huntington'un ideali olan "her biri başkalarıyla beraber yaşamayı öğrenmek zorunda kalacak farklı medeniyetlerden oluşan bir dünya"sı bizatihi gerçekleştirmiş olan ülkedir. Tarihsel olarak bunu gerçekleştirmiş bir kültürü tevarüs eden devlet, yine medeniyetler arası uyumun simgesi olabilir ve maskeleri düşürebilir/di.

Huntington'un tezine bakıldığı zaman, onun ilk önerisi olan diğer kültür ve medeniyetler için söylediği tecrit edilme ve içe kapanmayı reddedilebilecek bir yapılanmaya sahip tek devlet Türkiye'dir. Huntington'un ikinci önerisi olan Batılı değerleri aynen kabul ederek modernleşmeyi bizatihi deneyen ama bunun da çözüm olmadığını gören yine Türkiye'dir. Üçüncü öneri olan Batı dışı kültür ve medeniyetlerle ittifak yaparak modernleşmeyi ise günümüzde Perinçek ve ekibi dışında kimsenin savunduğu yok demiştim. Oysa son gelişmelerle bu kazanımların hepsinin terk edildiğini ve içe kapanmayı, bir nevi 3. dünya ülkesi nitelemesini "onurlu yalnızlık" olarak görüldüğünü gözlemledik.

Halkın bunlara rağbet etmediği ve yönünü temel hak ve özgürlükler, insan haklarına dayalı, çoğulcu bir demokrasiye döndürerek *muasır medeniyet seviyesini aşmayı* hedeflediği artık apaçık bir gerçeklik olduğunu söylemiştim ama olmadı maalesef. O zaman şu soruyu sormuştum:

16 Mevlüt Uyanık, "Bir Sosyal ve Siyasal Kimlik Tartışması Olarak Müslüman Demokrat" Ağu 2, 2012: http://www.haberlotus.com/bir-sosyal-ve-siyasal-kimlik-tartismasi-olarak-musluman-demokrat/#.WOZg3kXygdU

17 Türkiye Gazetesi, 05/04/1995

Yerelleşmeden/içe kapanmadan, yerli (dini ve milli) değerleri, insanlığın diğer tarihsel birikimiyle yorumlayarak evrenselleştirme çabası olan "Müslüman Demokrat" bir siyasal ve sosyal kimlik tasavvurunun engellenmesi durumunda ortaya çıkacak siyasal zararlar neler olabilir? Yeni devleti kurarken Atatürk'ün büyük oranda lağvettiği Doğu-Batı sınırları yeniden inşa edilir. Ayrıca bireysel hak ve özgürlükler toplamı olan demokratikleşmede eksiklikler ortaya çıkabilir. Bu durumda kaybeden yalnız Türkiye ve diğer Müslüman hakların yaşadığı coğrafyadaki devletler olmayacağı kesindir. [18]

Nitekim böyle oldu ve 2010 Arap Baharı adıyla başlayan bölgesel çatışmaların etkisi ülkemize kadar taşındı. Muhafazakârlık ve Müslümanlık değerlerinin içi boşaltıldı ve selefi zihniyet eş zamanlı bir şekilde bütün Müslüman âleminde etkili olmaya başladı.[19] Halbuki günümüz İslam dünyasında fıkhi, fikri ve siyasi özgürlük için Ebu Hanife'nin hukuk anlayışını, akıl ve rey üzerine kurulu sistemini yeniden okumak ve yorumlamak gerekirken, tam tersi oldu ve selefi zihniyet yeniden canlandı. [20]

Sömürgecilik döneminin ortaya çıkardığı sorunlarla yüzleşip, günümüz İslam dünyasındaki bilgi ve bilim/teknoloji tasavvurlarını inceleyerek yeni bir duruş ve tutum oluşturma çabaları içindeydik.[21] Din hegemonik bir siyasetin aracı olmaması gerekir derken[22] bütün kurgular birbirleriyle çatışan İslam tasavvurlarıyla sunulmaya başladı. "Muhafazakâr Demokratlık" adına AB uyum sürecini takip etmeyi muasır medeniyet seviyesini aşma çabaları olarak görüyor ve buradaki olası hatalara kendi kavramlarımızla işaret ediyorduk ki, ülkemizin başarı oranı artsın umudunu koruduk.

18 Mevlüt Uyanık, Medeniyetler Arası Diyalogda Müslüman Türkiye'nin Konumu ve Önemi, Yeni Türkiye; yıl. 2, sayı. 9, 1996; a.mlf Medeniyetler Arası Uyumun Simgesi: Türkiye; 04/10/2003 Cumartesi Yeni Şafak Gazetesi; Medeniyetler Arası Çatışma Tezlerinin Analizi:-Medeniyetler İttifakı ve Türkiye'nin Katkısı. An analysis of the Civilasation Conflict Thesis:Alliance of Civilisation and Turkish Contributions, ICAPA [International Conference of the Asian Philosophical Association]THe Path to Alliance of Civilisations, University of Indonesia, jakarta.4-6 November 2009,SS.427-438

19 Mevlüt Uyanık, Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, Araştırma yay. Ankara.2016; a.mlf, Dünyada İslamfobia'yı Besleyen Unsur Olarak Neo-Selefi Öğreti - Barışçıl Bir Dünya Birlikteliği İçin Zihniyet Analizi- 8.İcapa Konferansı. 30 Nisan-03 Mayıs.2015. Isparta Isparta-Istanbul-Seuol 2015, ss.287-303, Mevlüt UYANIK Zaylabidin Acımamatov Selefi ve Felsefi Üslüp, Tarihte ve Günümüzde Selefilik, (8-10 Kasım 2013) İSAV ve Ensar İstanbul.2014, s.357-407

20 Mevlüt Uyanık, "Günümüz İslam Dünyasında Fıkhı, Fikri ve Siyasi Özgürlük için Ebu Hanife'nin Yeniden Okunması ve Yorumlanmasının Gerekliliği". "Ulusal İmam-I Azam Sempozyumu", 28-30 Nisan 2015. editor: Ahmet Kartal, Hilmi Özden, Eskişehir 2015. 257, ss.403-412, a.mlf, Sivil İtaatsizlik Kavramı Bağlamında Bir Okuma- İslam Düşüncesinin Teşekkül Döneminde Ebu Hanife'nin Siyasi Yeri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi. 6. Kitap.6 kitap. 2003, S.56-68; Sivil İtaatsizlik ve Dini Değerler, Elis Yayınevi, Ankara 2010, s.121-139

21 Mevlüt Uyanık, Çağdaş İslam Düşüncesi Bağlamında Varoluşsal Arayışlar Olarak "Bilginin İslamileştirilmesi" ve "İslami Bilim" Projeleri", Bilim Tarihi ve Felsefesi: Tarih ve Problemler, editör Ömer Bozkurt, Mardin Artuklu Üniversitesi Yayınları, s.159-194. Sömürgecilik Sürecinde "Çağdaş İslam Düşüncesi"nin Teşekkülü ve Türk Aydınların Konumu (the Formation of The Contemporary Islamic Thought During The Colonization and The Status of Turkish Intellectualism" "Proceedings Decolonization, Education, Arts and Humanities and Higher Education Leadership in the Asian Community" The 9th International Congress Of Asian Philosophy Association (ICAPA) 20-24 July/Temmuz 2016,s..49-65

22 Mevlüt Uyanık, "Din Hegomonik Bir Siyasetin Aracı Olamaz", Siyasi, Tarihi, Dini ve Kültürel Boyutla-

Bu bağlamda felsefeyi Anadolu'da yeniden yurtlandırmak, Türkistan/Atayurt'tan getirdiğimiz kültürel kodlar ile Türkiye/Anayurtta bulduğumuz birikimi yeniden okuyarak aralarında irtibatını yeniden kurmaya çalışırken[23] ilahiyat fakültelerinde Nizamiye medreselerinden itibaren başlayan felsefe ve kelam geleneğini azaltma ve yok etme çabalarıyla karşılaştık.[24] Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini açıklamak için Atatürkçülük ve Kemalizm özdeşleşmesine ve bununla çatışan bir İslam tasavvuru üzerinden temellerimizin zayıflatılmasının tutarlı olmadığını belirttik.[25]

İslam Aklının tarihe gömülmüş ve siyasal hayatta etkili olan şekline eleştirel tavırlarla içtihat geleneğini yeniden diriltmek[26] "Müslüman Demokrat" bir tasavvurla olabilirdi. Çünkü Muhammed Abid Cabiri'den hareketle, İslam aleminin en büyük sorunun "Demokrasi" olduğunu, söyleyerek "Çağımızda, bütün insanlığın mirası olan modern demokrasi biçimlerinden başkası yoktur"[27] temellendirme çabalarımız sekteye uğradı Aslında geldiğim nokta, *ister "Muhafazakâr Demokrat" isterse "Müslüman Demokrat" kavramları olsun, bunlar son tahlilde oyun kurucu değil, Batı tarafından oluşturulan kavramlar eşliğinde düşünmektir* Bu nedenle artık İslam ve demokrasi ilişkisini birbirine indirgemeksizin yerine vahhabi zihniyetinin güncel sunumu olan selefi zihniyetin hâkim olması[28] artık yeni bir kavramsallaştırmanın da zamanını göstermektedir.

3. "Dindar Demokrat" Kavramının Temellendirilmesi

Adalet ve Kalkınma Partisiyle başlayan değişim ve dönüşümün siyasal alanda "Muhafazakâr Demokrat" ve "Müslüman Demokrat" kavramlarıyla açıklanamadığı ortadadır. Peki dini değerleri önceleyen bir kişi, Türkiye'ye

rıyla İslam ve Şiddet, edit. Mümtaz'er Türköne, Ufuk Kitapları İstanbul. 2007. s.43-63; Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, s.209-238

23 Mevlüt, Felsefeyi Anadolu'da Yeniden Yurtlandırmak: İslam Felsefesinin Günümüzdeki Anlamı Üzerine Bir Deneme, İslamiyat. C.8.sayı.4. 2005y s.57-78 ; a.mlf ve Aygün Akyol "Felsefeyi Anadolu'da Yeniden Yurtlandırmak Projesinin Hareket Noktası Olarak Farabi ve İhsau'l-Ulum Adlı Eseri" Ebu Nasr el-Farabi, İlimlerin Sayımı, Telif ve Tercüme, Aygun Aykol ile Elis yay. Ankara. 2017, s.13-73; Mine Tokyürek, "Mevlüt Uyanık ile Uydurulmuş Dinlere Karşı İndirilmiş Din Üzerine Bir Söyleşi" İlesam Dergisi, yıl.2, sayı.3, Ocak-Şubat.2017, s.4-7

24 Mevlüt Uyanık, Felsefesiz İlahiyat Mümkün mü? TYB Akademi, dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi, yıl.6, sayı.16, Ocak. 2016; s. 53-74; Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, s.293-320

25 Mevlüt Uyanık, Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Felsefesi Kemalizm ve İslam Çatışmasıyla Açıklanabilir mi? Ağu 31, 2015, http://www.haberlotus.com/turkiye-cumhuriyetinin-kurulus-felsefesi-kemalizm-ve-islam-catismasiyla-aciklanabilir-mi/#.WOeSl0WLQdU

26 Mevlüt Uyanık, Kur'an'ın Tarihsel ve Evrensel Okunuşu (K.Hamdi Okur ile beraber) Fecr. Yay. Ankara. 2012. S. 181-218; "Dini Verileri ve Olguları Yeniden Yorumlama Çabası Olarak İçtihad ve İslam Aklının Eleştirisi: Muhammed Arkoun Örneği" Prof. Dr. M. Cemal Sofuoğlu'na Armağan, Editör Aynur Çınar, (Yıldız), Tıbyan yay. İzmir.2016, ss.571-612

27 Muhammed.Abid el-Cabiri; el-Aklu's-Siyasiyyu'l-Arabi, s. 372, türkçesi, (İslam'da Siyasal Akıl), çev. Vecdi Akyüz, Kitabevi, İstanbul.1997, s.732. Mevlüt Uyanık, İslam ve Demokrasi ilişkisinin Mahiyeti -Muhammed Abid Cabiri'den Hareketle Bir Okuma, Türkiye Günlüğü, sayı 51, (1998) s. 39-60. Muhammad Amara, "el-Fikru'l-Müslim el-Muasır: İslam, ve'l-Ahzab ve Demokratiyye" er-Rey (Ürdün) Gazetesi 22 Şubat 1993/1413. Bu söyleşinin çevirisi M.Uyanık tarafından yapılmış olup, İslam, Demokrasi ve Siyasal Partiler, başlığıyla (11-23 Agustos 1995 tarihleri arasında) Gündüz Gazetesinde yayımlanmıştır.

28 Mevlüt Uyanık, Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, s.47 vd

hizmet etmeyi hedefleyen herhangi bir siyasal parti içinde yer alabilir mi?

Ancak yerli ve milli değerleri önceledi̇ğini söyleyen milliyetçi partiler veya dini değerleri önceleyen kendini muhafazakâr olarak nitelendiren Saadet Partisi gibi veya genel olarak sağ seçmene muhafazakâr demokrat nitelemesiyle hitap eden AKP gibi partiler dışında da kalanlarda niçin "Dindar Demokrat" insanlar yer alamasın? Yahut Atilgan Bayar'ın ifadesiyle "CHP yönetimi Atatürk döneminden sonra gelen İnönücü 'Laik Yanılgı'yı tashih etmeyi başarırsa, pek çok tarikatın ve İslami ekolün oyu da CHP'ye akabilir mi?"[29] Veya Cumhuriyet'in kuruluş ilkeleri merkezli sorularımızı devam ettirecek olursak; "Atatürk Maturidi meşrepti ve teoloji bilmeyenler devleti yönetemez." öncülü, sağ merkez partiler dışında benimsenirse nasıl bir siyasal durum ortaya çıkar? Türkiye'nin geleceği açısından önemli bir açılımı, Cumhuriyet›in din anlayışının ve kendi ürettiği laisite'nin kökenlerine dönülüp, yeniden tartışmasının; belki de yeniden üretilmesi mümkün olabilir mi? [30]

Bu bağlamda Selçuklu Sultanı ve Abbasi halifesi arasındaki irtibatın incelenmesi önerilir. 1055 yılında Tuğrul Bey halifeyi Şiî Buveyhilerin elinden kurtarmak için Bağdat seferine çıktı ve bu tarihten itibaren siyasi yönetici ile dini otorite arasında bir ayrım oldu. Şii Fatimi halifesinin elinden Abbasi halifesini kurtardığı zaman Tuğrul Bey'e halife sikke bastırır, özerkliğini tanır. Tuğrul Bey de onun sarayının iaşe ve ibatesini sağlar. [31]

O halde bize düşen, Selçuklu, Osmanlı tarihsel deneyimlerine dikkat ederek, 1789 yılında değişen dünya paradigmasına uygun olarak monarşiden Cumhuriyet'e, dini değerlerden laik bir sisteme ve ulus devlete geçiş olarak kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin kültürel kodlarını yeniden üretmeye "Dindar Demokrat" kavramı katkıda bulunabilir. Yoksa radikal sol ve radikal İslamcı söylemlerin "Türkiye Cumhuriyeti'nin

29 Bayar'a göre, "Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları 'Türk Laikliği'ni Batı'dan almadı. Zannedildiğinin aksine, İslam içi kaynaklardan üretmiştir. Cumhuriyet kurumsallaşırken Mustafa Kemal, Meclis kürsüsünden konuşacak Sait Bey'den, şu cümleyi söylemesini istedi:'Biz amelde Hanefi, itikatta Maturidi'yiz.' Sonra, bugün Türkiye'nin en yaygın 'Kur'an Tefsiri' olan Elmalılı tefsirini yazdırdı. Bunun için Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'a 'Bu tefsir, Hanefi fıkhı ve Maturidi itikadı üzerine kaleme alınacaktır.'şartı tefsir sparişi verildi. Daha sonra, Türk İslamı'nın geninde olan Maturidi itikadı Mustafa Kemal ve CHP tarafından kurumsallaştırıldı." Atılgan Bayar, CHP İmam Maturidi"ye dönüyor Akşam, 27.11.2008; ttps://yorumsuz-anne.blogspot.com.tr/2008/12/chp-imam-maturidiye-dnyor.html?m=1, 4 Aralık.2008. http://toplumsalbilinc.org/forum/index.php?topic=5348.0;

30 Atılgan Bayar, " Evet, Atatürk Maturidi meşrepdi ve teoloji bilmeyenler devleti yönetemez", http://www.haberturk.com/yazarlar/atilgan-bayar/213129-evet-ataturk-maturidi-mesrebdi-teoloji-bilmeyen-nicin-devlet-yonetemez, 11 Temmuz 2007 Çarşamba

31 Abbasi Halifesi Tuğrul Beye taç giydirdi ve ona "Dünya Sultanı", kendine de Ruknüddin yani "Dinin Temeli" dedi. Böylece Türkler, İslam halifeliğini Abbasiler birlikte kendi himayelerine almış, 9 asırlık Türk İslam Saltanatı başlamıştır. Mevlüt Uyanık, "Milli Birlik ve Toplumsal Barışın Tesisinde Din ve Felsefesin Rolü -Yeni Bir Din Dili Oluşturmanın Gerekliliği Üzerine' 23. Mart.2017 Ankara. İlesam'ın Tika, Kültür ve Turizm Bakanlığı katkılarıyla düzenlediği Milli Birlik ve Beraberlik Sempozyumuna sunulan bildiri. A.mlf: Yusuf Has Hacib'e göre Mutluluk Bilgisi -Fârâbî'nin Tahsilu's-Saade Tasavvuru Bağlamında Bir İnceleme" 18-20 Kasım 2016 İstanbul'da düzenlenen Yusuf Hashacip'in Doğumunun 1000.yılında Kutadgu Bilig-Türk Dünya Görüşünün Şaheseri uluslararası sempozyum İstanbul.2016, s.93-94, krş: Hulki Cevizoğlu, 1 Temmuz 2008 Salı günkü Yeniçağ Gazetesindeki "ATATÜRK, LAİKLİĞİ SELÇUKLULAR"-

Kuruluş Felsefesi Kemalizm ve İslam Çatışmasıyla Açıklama" çabalarıyla zihinleri ideolojik kitlemeye tabii tutup, toplumsal ve siyasal kamplaşmalara katkı sağlama riski ortaya çıkar.

Tarihsel birikimimizi yeniden okursak, Selçuklu ve Osmanlı Devleti Türkistan/Atayurt ve Türkiye /Anayurt arasında kurulan devletlerin simgelerini de Türkiye Cumhuriyeti forsunda bulundurarak bu bilinci bütün dünyaya ilan ettiklerini görebiliriz. Fethedilen toprakları "vatan" kılıp "yurt"landıran kültürel doku ise Hanefi-Maturidi İslam yorumunun somutlaşmış şekli olan Horasan-Yesevi kültürüdür. Bu hususu unutulursa, modernleşme ile batılılaşmayı özdeş gören seküler bir devlette 'Niçin Diyanet İşleri Başkanlığı anayasal bir kuruluş olarak tesis edilir? Dini sahih kaynaklardan öğrenip öğretilmesi için tefsir ve hadis külliyatı neden oluşturulur?" soruları askıda kalır.[32]

Anadolu'da yeni bir devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti kuruldu. Farklı içerikleriyle ortaya çıkan bütün fikirler ve akımlar, kuruluş aşamasındaki mahiyet ve hüviyet ilişkisindeki sorunları çözmeye yönelikti. Eğer bu çözüm önerilerini ve aralarındaki farkları analiz edersek, günümüzdeki çatışmaların ve ayrışmaların da nedenlerini bulabiliriz. Böylece farklılıkların aykırılığa dönüşmesine müsaade etmeyen bir "eşik" oluşturabilir ve bir arada yaşama motivasyonumuzu güçlendirebiliriz.[33]

Bunu CHP idrak edip, Atatürk ve arkadaşlarının uygulamalarını günceller ve dini değerlerle barışık bir sistem ile "Dindar Demokrat" tasavvuruna katkıda bulunabilir. Bizim önerimiz İslam dünyasının içinde yaşadığı sosyo-ekonomik tarihini iyi incelediğimiz zaman Hanefi fıkhı, Maturidi Akaidi, Ahmet Yesevi'nin hal diliyle manevi/tinsel ilimlerle Evrenin ve insanın niçin yaratıldığı; Biruni gibi alimlerin yöntemleriyle de pozitif ilimlerle evrenin dilinin mahiyetini, Farabi gibi alimlerin yaptığı gibi erdemli/medeni bir yönetimin (ahlak/fıkıh/kelam) tarzını yeniden ortaya koyabilecek yeni bir medeniyet tasavvuru oluşturabiliriz.[34]

Arap ve Fars Müslümanlığından farklı bir niteliklere sahip olan bir Türk Müslümanlığı olduğunu Hanefi fıkhının

DAN MI ALDI" Başlıklı yazısında şunu söyler: Cengiz Özakıncı neler diyor:"1058 yılında Selçuklu Sultanı Tuğrul, Abbasi halifesi ile din işlerinin halife tarafından yürütülmesi ve saltanat işlerine karışmaması gerektiğinde anlaşır. Halife kendi belindeki kılıcı sultanın beline takar."Peki bunun kaynağı var mı? "Bunun kaynağı Nutuk"tur. Nutuk"ta Belgeler bölümünde 18 sayfalık bir yer kaplar."

32 Mevlüt Uyanık "Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Felsefesi Kemalizm ve İslam Çatışmasıyla Açıklanabilir mi?" http://www.haberlotus.com/turkiye-cumhuriyetinin-kurulus-felsefesi-kemalizm-ve-islam-catismasiyla-aciklanabilir-mi/#.WO8u4kWLQdU, Ağu 31, 2015; http://www.anahabergazete.com/turkiye-cumhuriyetinin-kurulus-felsefesi-kemalizm-ve-islam-catismasiyla-aciklanabilir-mi-haberi-0, 05 Eylül 2015; http://www.haberlotus.com/turkiye-cumhuriyetinin-kurulus-felsefesi-kemalizm-ve-islam-catismasiyla-aciklanabilir-mi/#.WO82cUWLQdU, 31. Ağustos 2015:

33 Mevlüt Uyanık, A ksiyon Felsefesi Olarak Anadoluculuk ve Nurettin Topçu, 7 Eylül 2015, http://www.anahabergazete.com/aksiyon-felsefesi-olarak-anadoluculuk-ve-nurettin-topcu-haberi; http://www.haberlotus.com/aksiyon-felsefesi-olarak-anadoluculuk-ve-nurettin-topcu/#.WO82bkWLQdU;

34 Mevlüt Uyanık, "Yeni Bir İslam Medeniyeti Tasavvuru İçin Ehl-i Sünnet Öğretilerini Yeniden Okumak 03 Şubat 2016, http://www.anahabergazete.com/yeni-bir-islam-medeniyeti-tasavvuru-icin-ehl-i-sunnet-ogretilerini-yeniden-okumak-haberi.

rasyonel çözüm önerileri, özgürlükçü Maturidi teolojisiyle[35] ve bunların hayata geçirilmesi olan Ahmed Yesevi örneğinde güncelleyip selefi-şii çatışması gibi dini ekonomi-politik savaşlarda aygıt olarak kullanmayan laik yapıyı güçlendirebiliriz. Harici (İşid, Taliban, el-Kaide), Batini (Feto vb ezoterik yapılar) Şii zihniyetin aşırılıklarından kurtulabilinir.[36] Arap dünyasında mezhepçilik adı altında yapılan iktidar ve ekonomi-politik savaşlardan uzak durabilmenin yolu budur.[37]

Bu bağlamda 28 Şubat 1997 sonrasında yaşanılanlar irtica ile mücadele adı altında ilerici-gerici, laik-anti-laik/İslamcı diye kamplara bölmüştü. 15 Temmuz 2016 terörist darbe girişiminde iktidarla birlikte olduğu bilinen sürekli hoşgörü, diyalog ve eğitim-öğretimin niteliğinin artırılmasından bahseden bir cemaatin örgütlü bir siyasal güce (FETÖ) dönüştüğünü, hükümet nezninde devlete yönelik terörist saldırıya bile teşebbüs edebildiğini gözlemledik Yaşadığımız farklı iki boyutlu travma (1997/2016) da din dili üzerinde ayrıntılı analizler yapmamız gerektiğini ortaya koydu.[38]

Eğer bu yeni din dilini kurabilir ve "Dindar Demokrat" kavramını da içselleştirebilirsek, din çatışmanın değil uzlaşının bir unsuru olabilir. Sorun siyasi ve iktisadidir, din ve kültür farklılıkları ise enerji merkezlerindeki çatışmaya meşruiyet sağlamak olduğunun idrakiyle, çatışma tezinin yanlış anlama, yorumlama ve ön yargılardan oluştuğunu anlayabiliriz. Bu durumda medeniyet ve kültürlerin barışçıl bir şekilde bir arada var olabilmelerinin zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Din merkezli çatışma mantığı ve çatışma riskini en aza indirgeme ihtimali güçlenmiş olacaktır. Bu da küresel güçlerin dini, hegemonik politikalarına meşruiyet aracı olarak kullanmalarının önüne geçecektir.[39] Çünkü "Dindar Demokrat" kavra-

35 Mevlüt Uyanık, "Yeni Selefilik Tehlikesine Karşı Hanefi Maturidi Gelenek Niçin Öncelenmelidir? 13 Haziran 2014;http://www.haberlotus.com/yeni-selefilik-tehlikesine-karsi-hanefi-maturidi-gelenek-nicin-oncelenmelidir/#.WO831EWLQdU; Hadari-Özgürlükçü Söylem Maturidilik, Haz 18, 2014; http://www.haberlotus.com/hadari-ozgurlukcu-soylem-maturidilik/#.WO8310WLQdU.

36 Mevlüt Uyanık, "Yeni Bir Türk-İslam Medeniyeti Tasavvuru İçin Hoca Ahmed-i Yesevi ve Yönteminin Önemi", http://www.anahabergazete.com/yeni-bir-turk-islam-medeniyeti-tasavvuru-icin-hoca-ahmed-i-yesevi-ve-yonteminin-onemi-haberi, 21 Temmuz. 2016; 21 Temmuz 2016; http://www.haberlotus.com/hay/#.WO82a0WLQdU, 04 Şubat 2016.
a.mlf, "Hedef Her Zaman Enerji; Müslümanlar Batı İçin "Kıyı Mevzi"24. Temmuz.2014; http://www.haberlotus.com/hedef-her-zaman-enerji-muslumanlar-bati-icin-kiyi-mevzi/#.WO82ikWLQdU
"Bir Korku ve Şiddet Simgesi Olarak IŞİD ve Horasan Örgütleri", 3 Ekim 2014; http://www.haberlotus.com/bir-korku-ve-siddet-simgesi-olarak-isid-ve-horasan-orgutleri/#.WO82gUWLQdU; Harici ve Batini Zihniyetlere Karşı Ahmed-i Yesevi Yöntemi ve Alp-eren Tavrı, 20 Ağustos 2016; http://www.anahabergazete.com/harici-ve-batini-zihniyetlere-karsi-ahmed-i-yesevi-yontemi-ve-alp-eren-tavri-haberi,

37 Mevlüt Uyanık Selefi Zihniyet, Arap Baharı ve Türkiye, Araştırma yay. Ankara.2016; Arap Baharını Kışa Çeviren Etken: Mezhepçilik ve Kabilecilik" Nis 10, 2012, http://www.haberlotus.com/arap-baharini-kisa-ceviren-etken-mezhepcilik-ve-kabilecilik/#.WO87DUWLQdU

38 Mevlüt Uyanık, 15 Temmuz Terörist Saldırısının Ardından Yeni Bir Din Dili Oluşturmanın Gerekliliği, http://www.anahabergazete.com/15-temmuz-terorist-saldirisinin-ardindan-yeni-bir-din-dili-olusturmanin-gerekliligi-haberi-0; 16.Mart.2017

39 Mevlüt Uyanık, Barışçıl Bir Dünya İçin İlahi Dinler ve Çoğulcu Evrensellik Tasarımları" Bu metin Timav tarafından düzenlenen "Uluslararası Dini Araştırmalar ve Küresel Barış Sempozyumu, Bosna Hersek Saraybosna. 19-21 Mayıs 2016" sunulmuştur. A.mlf, "Din Uzlaşmanın mı; Çatışmanın mı Unsuru Olacak? Nis 22, 2013, http://www.haberlotus.com/din-uzlasmanin-mi-catismanin-mi-unsuru-olacak/#.WO846kWLQdU

mı, İslam'ın esenlik anlamını içselleştiren daima müspet hareket çerçevesinde yıkmadan kırmadan, şiddete başvurmadan çözüm önerileri üretilmesine katkı sağlayamaz mı? Dini verilerin belirli sağ partiler tarafından alabildiğine tüketilmesi ve siyasallaşma riskini azaltamaz mı? Bana göre azaltır, çünkü İslam, demokrasi, nomokrasi, şiddet ve diğer dini yapılanmalarda fundemantalist, radikal eğilimlere, örgütlenmelere de bakıldığı zaman[40] "Dindar Demokrat" kavramının işlevselliği gerekir.

Bana göre son zamanlarda yaşanan içe kapanmacı ve totaliter bakış açılarının yerlilik ve millilik değil de yerellik olduğuna dikkat ederek tikel değerlerimizi tümelleştirme/evrenselleştirme çabalarına devam etmeliyiz. Bu noktada ortaya çıkacak göreceliliği ve içe kapanmacılığı engelleyen "evrensel ölçüt", "iletişimsel rasyonalite"dir. Yeni bir siyasal gelişme kavramının içeriği, insanın özgür ve rasyonel davranan bir birey anlamında kendi potansiyellerini gerçekleştirmesi ve bu anlamda rasyonel bir varlık olabilmesi süreci, kendi tarihselliği/yerliliği içinde belirlenecektir. Ancak bu belirleme, her siyasal, dolayısıyla kültür bağımlı toplumsal oluşumun kendi içinde benzersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, onu rasyonelleşme, demokratikleşme standartları açısından yorumlamaya ve eleştirmeye imkan sağlayıcı ilkelere de dayanmalıdır.[41]

Bunu yapmamız gerek, çünkü yaşanılan son gelişmelerden ve yaşanan terör olaylarından[42] 15 Temmuz Terörist saldırısından ve ülkenin yeniden kamplaşmasına engel olabilecek yeni bir tasavvur olabilir. Eğer yeniden 28 Şubat 1997 ve 15 Temmuz 2016 gibi dini argumanların iki zıt açıdan kullanımıyla ortaya çıkan olumsuzlukları bir daha yaşamak istemiyorsak, yeni bir din dili geliştirme imkanı üzerinde konuşmak için tam zamanıdır. [43]

"Dindar Demokrat" kavramı öner-

40 Mevlüt Uyanık, "İslam, Demokrasi ve Şiddet Bağlamında Kökten(Din)cilik Kavramının Tahlili http://www.haberlotus.com/islam-demokrasi-ve-siddet-baglaminda-koktendincilik-kavraminin-tahlili/#.WO872UWLQdU, Oca 21, 2012

41 Levent Köker, iki Farklı Siyaset, (Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştirel Teori), Ayrıntı Yay. İstanbul.1990, s.81-82, krş. Mevlüt Uyanık, Yerlilik ve Millilik, Ekim 26, 2014, http://www.haberlotus.com/yerli-ve-milli-olmak/#.WOeSF0WLQdU; http://www.kirmizilar.com/tr/index.php/guncel-yazilar3/1486-yenilik-ve-millilik;

42 Ankara'da 14 Şubat 2016 tarihinde Kızılay ve Askeri bölgeye yakın yerde; 14 Mart 2016 tarihinde Kızılay' Güvenpark da; 19 Mart İstanbul istiklal caddesinde patlamalar oldu. Geçen yıl da 10 Ekim 2015 Ankara'da patlamalar olmuştu. Türkiye Tarihinin en kanlı olayında 95 kişi hayatını kaybetmişti. Son saldırılarla birlikte Ankara, Bağdat sonrasında dünyanın 2. Terör başkenti olarak anılmaya başlandı http://www.kamusaati.com/gundem/ankara-da-siddetli-patlama-patlamada-son-durum-siddetli-patlama-bomba-yuklu-aracla-yapildi-kac-olu-var-h6015.html http://www.haberedevam.com/gundem/Ankara-da-patlama-SON-DAKIKA-Ankara-Kizilay-da-17-Subat-2016-patlama-Kac-kisi-oldu--h1176.html; http://www.hurriyet.com.tr/son-dakika-istanbul-istiklal-caddesinde-patlama-meydana-geldi-40071967 http://www.diken.com.tr/ankarada-baris-mitingi-oncesi-patlama/

43 Mevlüt Uyanık 5 Temmuz Terörist Saldırısının Ardından Yeni Bir Din Dili Oluşturmanın Gerekliliği http://www.anahabergazete.com/15-temmuz-terorist-saldirisinin-ardindan-yeni-bir-din-dili-olusturmanin-gerekliligi-haberi-0, 16.03.2017; http://www.kirmizilar.com/tr/index.php/guncel-yazilar3/2022-15-temmuz-terorist-saldirisinin-ardindan-yeni-bir-din-dili-olusturmanin-gerekliligi; http://www.kirmizilar.com/tr/index.php/guncel-yazilar3/1398-sivil-anayasa-sivil-toplum-ve-demokratik-turkiye-icin-darbelere-karsi-muhsini-tavir; http://www.muhsiyad.com/haber.php?id=17&PROF-DR-MEVLUT-UYANIK-SIVIL-ANAYASA-SIVIL-TOPLUM-VE-DEMOKRATIK-TURKIYE-ICIN-DARBELERE-KARSI--MUHSINI-TAVIR

memin nedeni, son dönemde ulusal ve uluslararası alanda ortaya konulan uygulamalar ve suiistimaller karşısında "Müslüman" terimine yüklenecek eleştirileri karşılamanın çok zor olmasıyla ilintilidir. Belki bu nedenden olsa gerek "Muhafazakâr Demokrat" tabiri aslında Müslüman ve/ya "Dindar Demokrat" tanımını içerecek şekilde kullanıldı. Böylece Ak Parti'nin DP, ANAP, AP, DYP gibi kitle sağ partisi olmayı hedeflemesi bu açıdan önemliydi. Milli Görüş merkezli olan bu hareket, Milli Nizam Partisi, Milli Selamet Partisi, Ferah Partisi, Fazilet Partisi, Saadet Partisi çizgisinde devam etmektedir. Adalet ve Kalkınma Partisi de son oluşum içinde yer almayıp yeni bir siyasal yapılanma içine girdiler ve bunu "Muhafazakâr Demokrat" ile temellendirmeye çalıştılar. [44]

"Dindar Demokrat" kavramı "Müslüman Demokrat" kavramını içeriyor ama farklı tasavvurların olmasını da içermektedir. Hatta dindarlık kisvesi altında yapılabilecek yanlış uygulamalara da işaret etmektedir. Böylece "Dindar Demokrat" bu tür icraatlardı bulunanların yaptıklarına yönelik eleştirileri yönelten kişidir, böylelikle Müslüman teriminin esenlik, barış ve güvenli kişi niteliğine sahip çıkmak vardır. İslam Ahlak Felsefesinin hikmet, iffet, şecaat erdemlerinin toplamı olan adalet ilkesini gerçekleştiren kişi olarak daima itidal ve müsbet hareket üzerine olacaktır. Siyasette de aynı şekilde müstakim ve muktesit yani temel ilkelerini merkeze alarak daima itidalli ve müspet olacak, "İnsanları Rabbin yoluna hikmet ve mev'ize-i hasene ile davet edecektir." [45]

Üstelik "Dindar Demokrat" kavramsallaştırmasında zülüm ve baskı görse de, kesinlikle başkasına yönelik bir zülüm ve baskı onaylamaz, zaten kendisi yapamaz. Çünkü üç teorik erdem (hikmet, iffet, şecaat) toplamı olan adaleti önceler ve daima müsbet hareket içinde olur, kırıcı ve toplumsal barışı bozan bir

44 Nitekim Ruşen Çakır'a göre, "Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Milli Görüş'le ilgisiyse tartışmalıdır. MNP'nin Kuruluş Beyannamesi'ndeki şu cümlede beş partinin de adının yer alıyor olması, Milli Görüş partilerinin geçirdikleri bütün değişim ve dönüşümlere rağmen hep aynı istikamette gittiğinin sembolik bir kanıtı olarak karşımıza çıkıyor: "Milletimizin fıtratındaki yüksek ahlak ve fazilet kuvveden fiile çıkacak, Milli Nizam Partisi'nin muntazam kanallarından dört bir yana dağılarak bütün yurt sathında, her tarafa refah, saadet ve selamet götürmeye başlayacaktır.http://rusencakir.com/Milli-Gorus-hareketi-Dun-bugun-yarin/2020; 20.05.2013;
"Necip Fazıl Kısakürek, Mehmet Zahit Kotku, Bayburtlu Paşa Dede gibi isimlerle istişareden sonra Necmettin Erbakan Milli Nizam Partisini kurdu. 12 Mart Askeri darbesinin ardından laikliğe aykırı bulunduğu iddiasıyla kapatılıyor, Erbakan İsviçre'ye gidiyor. Milli Selamet Partisi kuruluyor ve 1973 Erbakan Başbakan Bülent Ecevit'in Yardımcısı oluyor. 26 Ocak 1974. CHP ile koalisyonundan sonra da AP ve MHP ile birlikte Milliyetçi Cephe'de hükümet ortağı olur. 12 Eylül 1980 ihtifaliyle burası da kapatılır. 9 Temmuz 1983 Refah Partisi kurulur. 7 Haziran 1996 başkanlık görevini üstlenir. 28 şubat 1997 post modern darbe oldu. 30 Haziran 1997 görevinden ayrıldı. Refah partisi de kapatıldı. Üç kez başbakan yardımcılığı, bir kez de başbakanlık yaptı. Ardından Fazilet partisi kuruldu. 2001 de bu da kapatılınca Saadet partisi kuruldu. Adalet ve Kalkınma Partisini kuran ekip, burada yer almayıp yeni bir oluşum başlattı. http://www.timeturk.com/tr/2011/02/27/iste-milli-gorus-partileri.html, 27/02/2011; http://www.milligazete.com.tr/prof_dr_necmettin_erbakan_kimdir_milli_gorus_hareketi_nedir/450704, 01.02.2017;
Ufuk Güçlü, Erbakan'ın Partileri, http://ufukguclu.blogspot.com.tr/2008/01/erbakann-partileri.html; 10/01/2008; https://tr.wikipedia.org/wiki/Necmettin_Erbakan,

45 Nahl sûresi 16/125.

eylem içinde olmaz. İçinde yetiştiği İslam felsefesinin teşekkül döneminden itibaren riyaset ve din tacirliği yapanların, düşüncenin en büyük düşmanları olduğunun bilincindedir. [46]

3.1. Dindar Demokrat: "Modern Bir Dindarlık Tipolojisi"

Allah tarafından insanların dünya ve ahiret saadetlerini temin edecek İlahi ilkeler bütünü olan din, akıl sahiplerine hitap eder. Birtakım gizli odaklar tarafından maniple edilmiş zihinlere hitap ettiği zaman neler olacağını 15 Temmuz 2016'da terörist darbe girişiminde gördük.

Din, iman, İslâm (barış) ve ihsan (sözde ve amelde doğruluk) şeklinde ifade edilir. Bu bağlamda dinin iki kaynağı vardır. İlki "fıtrat"tır, bu Allah vergisi ve onun bir yönlendirmesidir. İkincisi ise "kesb"tir. İç ve dış şartlar çerçevesinde, duygunun da etken olduğu düşünce ile ilgilidir. Bu nedenle kesb; fıtratın tersine kişiyi heva ve hevesine uydurabilir, isyana, şiddete ve teröre sürükleyebilir. Bundan sakınmak için 'Allah'ın fıtratına sarıl' denilmektedir. Çünkü "din", fıtratı değiştirmek için değil, fıtrattaki genel selameti ve barışçıllığı geliştirmek içindir. O halde din, insanın iman ve amel kanunu olarak akıl ve serbest seçimle taklit olunacak hak ve hayır/iyilik kanunlarının tamamıdır.

Dindarlık insanın sıfatıdır, kişiye ait bir tutumudur; yani insanın dinin/fıtratının ilkelerini bileyerek iyilik ve güzellikte yarışmasıdır. Dolayısıyla dindarlık ve diyanet insanın çalışarak kazandığıdır. Bu ayırımı yapamamak, bilgisel hatalara düşmek demektir. Bunun yanı sıra din konusunda bilgili olmak, dindar olmak için yetmez. Bunun pratige aktarılması, üç teorik kazanımın (hikmet, iffet, şecaat) toplamı ve pratiğe aktarılması olan adalet ile gerçekleşir.[47]

3.2. Dindar Demokrat, Ehven-i Şer Diyemez

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü artık "Dindar Demokrat" bireysel hak ve özgürlükleri önceleyen özgür ve özgüvenli bireylerce olabileceğini, kolektif hak taleplerinde bulunan bir cemaate mensubiyetle olamayacağını göstermiştir. Çünkü kişi o cemaatin ve desteklediği siyasal partinin din tasavvuruyla özdeşleşiyor, diğer siyasal yapıların ve/ya cemaatlerin veya dini grupların tasavvurlarının mutlak dalaletle olduğunu düşünebilir. Siyasette tarafgirlik bu sefer cemaatler arasındaki tarafgirliğe dönüşme riski ortaya çıkabilir ve 15 Temmuz'dan sonra bu durum belirginleşmiştir.

Bu nedenle Dindar Demokrat, "ehvünü'ş-şer" deyip iki yanlıştan birini seçmeye meşruiyet sağlamak zorunda

46 Amaçları riyaset ve din tacirliği olanlardaki haset kiri ve düşünce ufuklarını kapayan karanlık, gerçeğin nurunu görmelerini engeller. Saldırgan ve zalim düşman durumunda olan bunlar, haksız yere işgal ettikleri kürsülere korumak için elde edemedikleri ve çok uzağında bulundukları insani erdemlere sahip olanları aşağılarlar. *Amaçları din tacirliği ve riyasettir, oysa kendileri dinden yoksundur*. Çünkü bir şeyin ticaretini yapan onu satar, sattığı ise artık kendisinin değildir."Kindi, "İlk Felsefe Üzerine" Kindi: Felsefi Risaleler. çev. Mahmut Kaya, iz Yay. İstanbul. t.y, s.4-5

47 Mevlüt Uyanık, Aygün Akyol, İslam Ahlak Felsefesi, Elis yay. Ankara.2014,s.78-94; Mevlüt Uyanık, "Din Hegomonik Bir Siyasetin Aracı Olamaz" Siyasi, Tarihi, Dini ve Kültürel Boyutlarıyla İslam ve Şiddet, edit. Mümtaz'er Türköne, Ufuk Kitapları İstanbul. 2007. s.61-62

değildir. Çünkü bu durumda şu sorular öncelenir: Daha büyük şerden kurtulmak ve zarar vermemek asıldır. Ama bunu söylemek, daha az zararlı olana destek vermeyi gerektir mi?

İslam ahlak felsefesi bağlamında soracak olursak, iktidar tutkusu (gazap/öfke) dengeleyememiş ve ifrata kaçma ihtimali yüksek olan durumlarda, iktidarın yozlaştırıcı yapısına dolaylı da olsa katkı sağlamak anlamına gelmez mi? Her grup ve cemaat benzer düşünüp, faydam dokunsun diye destek verirse iktidarın yanlışlıklarını görmesi nasıl olacaktır? Çünkü İslam ahlak felsefesinde şehvet gücünü dengeleyenler iffet; akıl gücünü itidalli kullananlar hikmet, gazap gücünü yerli yerinde kullananlar ise şecaat sahibidirler. Bu üç itidalli güç sonunda adalet gerçekleşir. Biri eksik olursa adaletin gerçekleşmesi zorlaşır.[48]

3.3. Dindar Demokrat'ın İtidalli ve Müspet Hareketi ve 16 Nisan 2017 Referandumu

İslam Ahlak Felsefesinin temel kavramı itidal üzere olmaktır. İfrat ve tefritten uzak durmak, "mutedillik/orta yol" üzere olmaktan geçer. İnsan nefsinin temel yetilerinden öfke, itidal kullanılırsa şecaat/yiğitliğe, şehvet iffete, akıl ve düşünce hikmete dönüşür. Bunların hepsinin sonucunda ise "adalet" gerçekleşir.[49] Zaten buradaki temel kavram da ifrat ve tefritten kaçınarak itidalliğin temini ve "orta yol"da olmak, yerli ve yerinde davranmaktır. Aynı zamanda Peygamberimizin "işlerin en hayırlısı mutedil olanıdır" telkiniyle "Böylece biz sizi insanlara şahit ve örnek olmak için orta bir ümmet kıldık" ayeti, Müslüman halkların temel şiarı olmuştur.[50] Artık bu ilkeye göre davranan kişi, "İnsanları Rabbin yoluna hikmet ve güzel sözlerle (mev'ize-i hasene) davet eden"-dir.[51] Bu nedenle herhangi bir baskı ve zulüm eylemi içeren bir davranışa destek veremez, kendisi zaten yapamaz. Bir kişiye yapılmış haksızlığı bütün insanlığa yapılmış gibi görür. Dolayısıyla Dindar Demokratın, kimden ve nereden gelirse gelsin, temel değerlere yönelik bütün haksızlıklara karşı bir duruş sergilemesi gerekir.

Bu da Dindar Demokrat tasavvurunun İslamiyet'in yanlış temsilinin de engeli olacağını gösterir. Özellikle günümüzde anarşi ve terörle özdeşleştirilen bir İslam korkusu (islamfobia) düşündüğümüz zaman bu hususu daha önemli görmemin gerekçesi de ortaya çıkar. Bu olabilir, zira Dindar Demokrat, hem siyaseti dine alet etmez, hem de dinsizliğe alet etmenin de tutarsız olduğunu gösterir. Böyle bir duruşa sahip olan kişilerin farklı partilerde yer alarak Meclis'te olması, orada yapılan görüşmeler (şura/istişare)de İslam'ı töhmet altında bırakan vehimlerin tutarsızlığını birinci elden dile getirmesi, ümitsizliği de kaldıracaktır. Çünkü dini argümanları kullanarak zihinlerin ifsad edilmesinin önüne geçilme ihtimali artacaktır.[52] Dini verileri hem siyasete alet etmek ve taraf-

48 Mevlüt Uyanık, Aygün Akyol, İslam Ahlak Felsefesi, Elis yay. Ankara.2014, s.78-94

49 Mevlüt Uyanık - Aygün Akyol, İslam Ahlak Felsefesi, Elis yay. Ankara.2015; s.72 vd; el-Cabiri, *age*, s.739-740.

50 K.K; 2/Bakara/143; Uyanık, Akyol, İslam Ahlak Felsefesi, s.77.

51 Nahl sûresi 16/125.

52 Said Nursi, Muhakemat, Envar yay. İstanbul.1998, s.25

tar toplamak hem de siyaseti dinsizliğe alet ederek kamplaşmanın engellenmesi için bu gereklidir. Çünkü her iki taraf da bir diğeri için gerekli öteki konumundadır, en kolay kullanılma ve safları sıklaştırma yöntemi dini verilerin kullanımıdır maalesef. Yaşadığımız deneyimlerden hareketle, halkın bir kısmının dahi din ile irtibatının kopması sosyal hayatta öldürücü zehir işlevi görmekte; tersten dini siyasete alet etmeyi kolaylaştırmaktadır.[53] Bana göre CHP içinde barındığı bir takım kişilerin zihniyetinin "siyaseti dinsizliğe alet etmekle" ortaya çıkardığı sorunları gidermek için Mehmet Bekaroğlu gibi dindar demokratların sayısı çoğalttığından olsa gerek, 16 Nisan 2017 referandumu öncesinde yıllardır kullanılan başörtüsü meselesini bu sefer orduda başörtüsü diye devreye soktu.

Sol'dan istenilen karşı tepki gelmeyince, Taksim'e cami gündeme getirildi, buradan da maksat hasıl olmayınca, BBP ve MHP evet diyeceğini açıklamasına rağmen hayır oyu verenleri, PKK, Feto, Haçlı zihniyeti, alçak ve çukur nitelemeleriyle karşı kutup oluşturulmaya çalışıldı. Ama neticede istenilene yine ulaşılamadı ve Milliyetçi oyların büyük bir kısmını kaybettiği belirtiliyor.[54]

Yaklaşık 2.5 milyon oyun manipüle edildiğine dönük şüphe söz konusu olduğu Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) gözlem raporlarıyla gündeme geldi. AKP'li bir vekilin talebi üzerine mühürsüz zarfların geçerli sayılması üzerine tartışmalar yoğunlaştı.[55]

YSK Başkanı Sadi Güven, referandumun tartışmalı hale gelmesine neden

53 Hayrettin Karaman, Neyi Oyluyoruz. Nasıl bir ülke, nasıl bir düzen istiyorsunuz? Bunu kendinize sorun. İkinci sorunuz şu olsun: Bu hedefe bir adımda, bir sıçrayışta ulaşmak mümkün müdür? Mümkün değilse zamansız ve usulsüz sıçrayışlarla durmadan sakatlanmak mı istersiniz, yoksa hedefe götüren adımları, usulüne ve gereğine uygun olarak sırayla atarak her adımda sağlıklı mesafeler kat› etmek mi istersiniz? İşte bir de bunu oyluyoruz! Bizi hedefe yaklaştıracak olan bir adımı daha "Evet» diyerek atmak, "farz olanı tamamlayan ve ona yaklaştıran her fiil farzdır» kuralının çerçevesine dahildir. "http://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/neyi-oyluyoruz-2037309 13/4/2017; http://www.birgun.net/haber-detay/yeni-safak-yazari-karaman-evet-demek-farzdir-155216.html;13/04/2017

54 Murat Yetkin: İşte Referandum Sonrası İlk Anket, http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/murat-yetkin/iste-referandum-sonrasi-ilk-anket-40432232 20 Nisan 2017; Tek yayıncı AA'nın aktardığı sonuçlara göre referandumda yüzde 51.4 'Evet', 48.6 'Hayır' çıkmıştı.CNN Türk için IPSOS'un 17 Nisan günü yaptığı araştırmaya 81 ilde 1501 kişi katıldı. Fransa merkezli uluslararası araştırma kuruluşu IPSOS Sosyal Araştırmalar Enstitüsü tarafından hazırlanan araştırma seçmenin karar verme sürecine ışık tutup oy tercihinde etkili olan unsurları tespit etmeyi amaçlıyor. Buna göre; AKP seçmeninin yüzde 90'ı; CHP seçmeninin yüzde 5'i; MHP seçmeninin yüzde 27'si ve HDP seçmeninin yüzde 9'u referandumda "evet" oyu kullandı. Evet diyen seçmenin yüzde 86'sı; hayır diyenlerin ise yüzde 88'inin kararı kampanya sürecinin başından bu yana aynıydı. Evet diyen seçmenin yüzde 77'si sürecin adil olduğunu düşünürken, hayır diyenlerin yüzde 87'si sürecin adil olmadığını düşünüyor. Evet diyen seçmenin yüzde 88'i ülkenin geleceğinin "daha iyi" olacağını söylerken, hayır diyenlerin yüzde 59'u ülke geleceğinin "daha kötü" olacağına inanıyor. http://t24.com.tr/haber/ipsosun-anketine-gore-hangi-partinin-secmeni-tercihini-ne-yonde-kullandi,400072 20 Nisan 2017; aynı anketin bir başka değerlendirmesi için bkz .İlk kez oy veren seçmenin yüzde 58'i 'Hayır' dedi.Sonuçlara göre 1 Kasım 2015 seçimlerinde MHP'ye oy veren seçmenin yüzde 73'ü referandumda 'Hayır' dedi. CHP'de 'Evet' veren seçmen oranı yüzde 5, HDP'de ise yüzde 9.1 Kasım'da AKP'ye oy veren seçmenin yüzde 10'u referandumda 'Hayır' derken, ilk kez oy veren seçmenin de yüzde 58'i de 'Hayır' oyu kullandı.İlkokul mezunu ya da eğitimsiz seçmende 'Evet' oranı yüzde 70, ortaokul mezunlarında yüzde 57, lise mezunlarında yüzde 42, üniversite mezunlarında yüzde 39 olarak tespit edildi. 19/04/2017 http://www.diken.com.tr/ipsos-arastirmasi-mhp-secmeninin-yuzde-73u-akp-secmeninin-yuzde-10u-hayir-dedi/;

55 Referandum sonrası 'mühürsüz oy pusulalarının geçerli sayılmasına ilişkin Yüksek Seçim Kurulu'na (YSK) AKP adına başvuruda bulunan Recep Özel, mühürsüz oy pusulalarını "sandık kurulu görevlilerinin

olan ve muhalefetin büyük tepkisine yol açan 'mühürsüz oy pusulaları' kararıyla ilgili "Oy pusulaları sahte değil, bunda şüphe yok" diyerek açıklama yaptı.[56] Yasa esasında yalnızca resmi oy zarflarına izin veriyor olmasına rağmen Yüksek Seçim Kurulu deyim yerindeyse hukuka karşı bir karar verdi ve mühürsüz zarfların kabul edilmesi gerektiğini açıkladı, bunun da 1.5 milyon olduğu belirtildi. Bir milyon da şüpheli ve itiraz edilen oy olduğu vurgusuyla evet ve hayır seçiminin de eşit olmayan şartlarda gerçekleştiği belirtildi.[57] Seçim güvenliği, sandık gözlemciliği, oy sayım organizasyonları için 2014'ten bu yana gönüllü çalışan bağımsız kuruluş Oy ve Ötesi, 'partili cumhurbaşkanlığı' referandumunda YSK verileriyle kendilerindeki ıslak imzalı tutanakları karşılaştırdı. Analizde 2 bin 397 sandıkta, seçmen sayısından fazla oy kullanıldığı belirtildi. Oy ve Ötesi verilerine göre 290 sandıkta kullanılan 99 bin 680 oy dağılımında uyuşmazlık tespit edildi. Bu rakamın Türkiye genelindeki toplam geçerli oy sayısına oranı ise yüzde 0.22 olarak belirtildi. Türkiye genelinde 960 sandıktan yüzde 100 oranında 'Evet' oyu çıktı. Toplam oy sayısı ise 89 bin 158. Bu durum 'Hayır'da 173 olurken, toplam sayı 6 bin 739 oldu.[58] YSK referandum iptali taleplerini reddetti.[59] Bunun üzerine hakkında da görevi kötüye kullanmakta suç duyurusunda bulunuldu. [60] AGİT'e tepki gösteren Dışişleri Bakanlığı ise ön raporun "gözlem heyetinin Türkiye'ye önyargı ile geldiği ve tarafsızlık ilkelerini gözardı ettiği" anlamına geldiğini söyledi.

hatası" olduğunu savunarak"seçmen iradesini gasp etmemesi" için YSK'ya gittiklerini iddia etti. Özel "Oyları geçersiz saymak seçmen iradesine saygısızlık olacak. Bu nedenle YSK oyların geçerli sayılmasına karar verdi" görüşünü savundu. Seçimin iptal noktasına gitmesi mümkün değildir. Bunu ancak rüyalarında görürler.' Dedi. http://www.haberturk.com/gundem/haber/1466247-ak-parti-ysk-temsilcisi-recep-ozel-ysknin-muhursuz-oy-kararini-degerlendirdi; 19 nisan 2017 Çarşamba; https://www.evrensel.net/haber/316373/yskye-basvuran-akpli-secim-iptalini-ruyalarinda-gorurler
19 Nisan 2017; http://www.gazeteduvar.com.tr/politika/2017/04/19/secimin-iptalini-ruyalarinda-gorurler/

56 https://gazetekarinca.com/2017/04/muhursuz-oy-kararini-bir-kez-daha-savunan-ysk-oy-pusulalari-sahte-degil/ 17 Nisan 2017

57 http://www.diken.com.tr/agit-gozlemcisi-referandumda-kullanilan-2-5-milyon-oy-saibeli/,18/04/2017; http://www.diken.com.tr/agitten-referandum-raporu-madde-madde-evet-ile-hayir-arasindaki-orantisiz-rekabet/, 08/04/2017; http://t24.com.tr/yazarlar/dogan-akin/20-soruda-ysknin-tartismali-kararlari-neden-kanun-devleti-bile-degiliz,17060 20 Nisan 2017

58 http://oyveotesi.org/referandum-degerlendirmesi/ 20/04/2017 http://www.diken.com.tr/oy-ve-otesinin-referandum-analizi-2-bin-397-sandikta-secmenden-fazla-oy-cikti/ 20/04/2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/724822/Oy_ve_Otesi_referandum_raporunu_acikladi__2_bin_397_sandikta_secmenden_fazla_oy_cikti.html, 21.Nisan 2017. Cuma;

59 CHP, HDP ve Vatan Partisi'nin 16 Nisan'daki referandumda "tam kanunsuzluk" iddiasıyla yaptığı başvurular Yüksek Seçim Kurulu'nca (YSK) reddedildi. Karar oy çokluğuyla alınırken, muhalif kalan tek isim Cengiz Topaktaş oldu. http://www.hurriyet.com.tr/iptal-talebine-yskdan-ret-40432196, 19 Nisan 2017; http://t24.com.tr/haber/ysknin-ret-kararina-muhalif-kalan-tek-isim-cengiz-topaktas-anayasa-ihlali-var,400080, 20 Nisan 2017 http://www.sabah.com.tr/gundem/2017/04/20/yskdan-ders-gibi-ret, 20 04 2017

60 İstanbul Barosu, Yüksek Seçim Kurulu Başkanı Sadi Güven ve YSK üyeleri hakkında görevlerini kötüye kullandıkları gerekçesiyle suç duyurusunda bulundu. Seçim Kanunu'nun 98. maddesinde mühürsüz zarflar ve pusulalarıyla ilgili olarak, açıkça 'Geçersiz sayılır' hükmünün bulunduğu belirtildi. http://www.diken.com.tr/istanbul-barosu-ysk-baskani-ve-uyeleri-hakkinda-suc-duyurusunda-bulundu/, 19/04/2017; http://www.sabah.com.tr/gundem/2017/04/17/ysk-muhursuz-oy-kararini-onceki-secimlerde-de-verdi, 16.Nisan.2017

Bakanlıktan yapılan açıklamada ayrıca, "Siyasi içerikli ve itham edici ifadeler üzüntüyle karşılandı", "Halkoylamasının uluslararası standartların gerisinde kaldığı gibi bir yorum kabul edilemez" ifadeleri yer aldı. Cumhurbaşkanı Erdoğan daha net ve sert bir uslup kullanarak uluslararası gözlemcilerin terörist örgütle irtibatlı kişiler olduğu, tespitlerinin kabul edilemez bulunuduğunu belirtti.[61] AGİT ise bunu reddederek YSK'nın kararı yasalara aykırı' görüşünün tutarlı olduğunda ısrar etti.[62] Hatta bir adım ileri giderek Avrupa Parlamentosu (AP) Başkanı Antonio Tajani, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) referandumda 'hak ihlalleri' yapıldığına ilişkin bir raporundaki suçlamaların kesinleşmesi halinde, 26 Nisan'daki oturumlarında Türkiye üzerine tartışmaya hazır olduklarını söyledi.[63] CHP, Anayasa Mahkemesi'nin ardından AİHM'e gideceğini açıkladı. Bir dönem CHP milletvekilliği de yapan Eski AİHM yargıcı Rıza Türkmen, referandum sürecindeki hak ihlali iddialarına ilişkin olarak, AGİT gözlemci heyetinin raporu ve Venedik Komisyonu raporunun AİHM tarafından da dikkate alınacağını düşünüyor: Türmen, "Çünkü OHAL koşullarında yapılan 16 Nisan referandumunun adil ve eşit koşullarda geçtiğini, düşüncelerin özgürce ifade edildiğini, halkın bilgi alma hakkına saygı gösterildiğini kimse ileri süremez. Ayrıca YSK'nın oy süreci başladıktan sonra, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Yasası'nın 98 ve 101 maddelerini açıkça çiğneyerek aldığı, mühürsüz oy pusulaları ve zarfların geçerli sayılacağı yolundaki kararı aynı maddenin yani seçme ve seçilme başka bir açık ihlal nedeni. Bu kararla YSK halkın serbest iradesinin sandığa yansımasını sağlayacak çok önemli bir güvenceyi ortadan kaldırdı. Bunu yaparken de ulusal yasayı ihlal etti." diyor. [64]

Adalet Bakanı Bekir Bozdağ, Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) referandumla ilgili itirazlarını Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) taşıyacağına yönelik açıklamalarına karşın referandumun iptali için yapılan başvuruları reddeden YSK'nın kararının doğru olduğunu belirtti. Bozdağ, "CHP, Anayasa Mahkemesi'ne başvuramaz. Böyle bir hakkı yok." dedi, YSK'nın kararları ile ilgili olarak AYM'ye gidilemeyeceğini belirterek "AİHM'e başvuru yapılabilir ama bu başvurudan netice alınamaz. Çünkü Türkiye'nin taraf olduğu sözleşme taraflara başvuru hakkı vermiyor." dedi. [65]

Cumhurbaşkanı Erdoğan yaptığı açıklamada, iptal kararının Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) de taşınamayacağını, konunun iki mahkemenin

61 http://www.diken.com.tr/erdogan-raporunu-tanimadigi-agit-temsilcilerini-de-terorist-ilan-etti/, 20/04/2017, http://t24.com.tr/haber/erdogan-bunlar-agitin-referandumu-arastirmak-uzere-gorevlendirdigi-teror-orgutu-temsilcileridir,400073 20 Nisan 2017; http://www.bbc.com/turkce/39620428, 17.Nisan 2017

62 http://www.diken.com.tr/agit-ysk-karari-yasalara-aykiri-turkiye-isbirligine-yanasmiyor/ 19/04/2017

63 http://www.diken.com.tr/ap-uyardi-agit-raporundaki-suclamalar-gercekse-turkiyeyi-tartismaya-haziriz/ 18/04/2017

64 http://www.hurriyet.com.tr/aihm-raporlarina-bakin-40432199 , 19 Nisan 2017;
http://t24.com.tr/haber/eski-aihm-yargici-riza-turmen-cevapladi-referandum-sonucu-aihme-tasinirsa-ne-olur,400075 20 Nisan 2017

65 http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39651973, 20 Nisan 2017

de yetki alanında olmadığını söyleyerek tartışmalara resmi noktayı koydu.[66] Ana muhalefet partisi CHP lideri Kılıçdaroğlu ise "YSK'nın kararı her kesim tarafından protesto edilmeli" diyerek, CHP lideri, YSK'yı protestoların 'hak olduğunu da' belirtti. Hatta bir adım daha ileri giderek Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) mühürsüz zarf ve oy pusulalarının kabulüne itiraz yollarının tıkanması durumunda anayasa değişikliğini 'gayrı meşru sayacaklarını' söyledi.[67] Ülke çapında gösteriler olmaya başladı, gözaltılar oldu.[68]

Bu tartışmalardan benim bu kavramsallaştırma bağlamında çıkardığım sonuç şudur: Dindar ve demokrat tavır içinde olan insanlar, referandum öncesinde hangi sağ muhafazakâr partide (MHP, BBP, SP) olursa olsun kutuplaştırıcı dile teslim olmadı. Bu açıdan toplumu etnik ve/ya din merkezli kamplaştırıcı ve kutuplaştırıcı dilin etnik ve dinsel ayrışmalarla beslenmesinin artık çözüm olmadığının ortaya çıkması bu referandurumun belki de en önemli müspet katkısı oldu.

Bu siyasal getirisi, bir de felsefi ve sosyolojik açıdan katkısı olduğu kanaatindeyim. Çünkü siyasetin dine veya dinsizliğe alet etmekle aşınan değerler, kişinin hesap vereceği bir anın olmayacağını düşünmelerine vesile olabilir, bu da toplumsal kargaşayı, anarşizmi besleyebilir. Bunun bir ileri aşaması ise nihilizmdir. Nitekim anarşizm ile nihilizm arasında sıkı bir ilişki de vardır. Nihilizm (hiççilik) her türlü dini/ahlaki ve metafiziksel değeri yok sayar.[69]

İşte tam bu noktada Cumhuriyet kurulurken bütün dini değerlere eşit mesafede ve müntesiplerinin sayısı açısından adaletli davranmayı öngören bir sistem olarak laikliğin önemi üzerinde durmak gerekir. *Bütün dini tasavvurların barışçıl bir ortamda çoğulcu evrensellik tasarımıyla yaşamasının imkânını laiklik sağlayabilir ve din merkezli kamplaşmaların önüne geçebilir. Böyle olunca da siyaseti dini ve/*ya dinsizliğe alet etmenin ortaya çıkardığı sorunlarda aza indirgenebilir ve çözümlenebilir hale gelir. Bu hususu çok önemsiyorum, çünkü siyaseti dine alet ederek erk ve yetki ulaşımını sağlamaya çalışanlara en büyük katkısı paradoksal bir şekilde "laikliği dinsel bir ideoloji olarak kullanmak" isteyenler yapmaktadır.[70] Bu paradoksu aralamak ve çözüm üretebilmek için de, **"**Seküler Modern Kimlik ve Dinsel Anti-Modern Kimlik Ayrımı" nın tutarsız olduğunu göstermek gerekir.

4. Dindar Demokrat: Dinin Siyasete Alet Edilmesinin Engeli Olabilir

Dindar Demokrat, laikliğin siyasal ve toplumsal düzeyde çok boyutlu ve karma-

66 http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-ysknin-karari-kesin-bu-is-bitti,ifc7BWRvDEmKH5QVQgkbuQ, http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39656781;http://www.hurriyet.com.tr/erdogan-bu-is-bitti-40433196; 20 Nisan 2017 Perşembe

67 http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39638957, 19.Nisan.2017

68 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1463982-istanbul-ve-izmirde-referandum-sonucu-protesto-edildi,http://tr.euronews.com/2017/04/17/referandum-sonrasi-protesto-dalgasi, https://tr.sputniknews.com/turkiye/201704171028117386-istanbul-referandum-protesto/ 17.Nisan.2017: http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39649030, 20.Nisan.2017

69 Uyanık, Felsefi Düşünceye Çağrı, s.199

70 Mevlüt Uyanık, Sivil İtaatsizlik ve Dini Değerler, Elis yay. Ankara.2010, s.25-58, 172-175: a.mlf, Dünyada İslamfobia'yı Besleyen Unsur Olarak Neo-Selefi Öğreti - Barışcıl Bir Dünya Birlikteliği İçin Zihniyet Analizi- 8.İcapa Konferansı. 30 Nisan-03 Mayıs.2015. Isparta-Istanbul-Seuol 2015, ss.287-303

şık niteliğinin ihmal edilerek; din-devlet ayrımı şeklinde monolitik, tek boyutlu ve indirgemeci bir tanımı sonucunda seküler modern kimlik ve dinsel anti-modern kimlik ayrımın pekişmesine [71] engel olabilir. Bu bağlamda *seküler modern kimlik ve dinsel anti-modern kimlik ayrımının* mantıksal analizini, kısaca yapacak olursak; laiklik ile modernliği özdeşleştirirken dindarlıkla çelişik olarak sunuluyor; biri diğerinin yokluğunu gerektirmez, orta bir kavrama ve anlayışa ulaşılabilir. [72]

Bu açıdan modern Türkiye'nin hem Müslüman bir ülke; hem de seküler olan bir ulus devlet şeklinde doğuşunun tahlili yapıldığı takdirde, fark işte tam bu noktada ortaya çıkacaktır. Temeli I ve II meşrutiyetlere kadar varan parlamenter sistem arayışının sonucunda[73], laik, demokratik, sosyal bir hukuk devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti; laiklik ile dindarlığın birbirinin çelişiği olmadığını, birinin varlığının diğerinin yokluğunu gerektirmediğini göstermektedir.

Sekülerleşme, hem Türk modernizesinin kurucu bir unsuru olarak geri kaldığı düşünülen toplumu seküler ve modern bir millet haline dönüştürme; hem de dini kimliğin tanınma ve farklılık iddialarını içeren hayati bir siyasi proje olarak işlev görmüştür. Dolayısıyla laiklik ve dindarlık birbirinin çelişiği değildir, ikisinin de, aynı anda, ama farklı alanlarda (laik devlet, dindar veya seküler birey) bir arada yaşayabilmesi için gerekli şartları hazırlanılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, modern ulusun inşasının, Batılı seküler mantık ve bilimsel rasyonaliteyle mümkün olacağını düşünen kurucu seçkin elit, nesnel sekülerleşmenin gerçekleşmesi için herkesin malumu olan bir seri radikal değişiklik yaptı. Din ve devlet ayırımın doğal sonucu, devletin bütün dinlere karşı tarafsız olma, birini diğerine tercih etmeme siyaseti olan laiklik, dini işlerin kurumsal ve anayasal düzeyde kontrol edilmesi olarak işlev görmeye devam etti ve Diyanet İşleri Başkanlığı kuruldu. Bu kurum, laiklik ile dindarlık arasında bir çelişki olmadığının; birinin diğerini yok saymadan, çoğulcu bir şekilde yaşabileceğinin araştırılmasıdır.

Buradan amaç **"**Modern Bir Dindarlık Tipolojisi" geliştirerek dinin siyasal bir araç olarak kullanımını engellemekti.[74]

Sonuç

Dindar Demokrat tutum; "Kötüyle yaşamak istemiyorsan, kötülük yapma ve hiç kimsenin hakkına tecavüz etme" şeklindeki ilke, zaman, mekân ve sınır tanımaz. Dolayısıyla mevcut kaos ve karmaşadan uzak durmak, çatışmaya taraf olmamak, haktan ve hakikatten yana taraf olmak demektir. Bu anlamda gerekirse mevcut siyasal yapılardan bi-

71 E. Fuat Keyman, "Türkiye'de Laiklik Sorunu Düşünmek: Modernite, Sekülerleşme, Demokratikleşme" Doğu Batı Düşünce Dergisi, yıl 6, sayı 23, 2003

72 Çelişik ve karşıtlık terimleri için bkz. Özlem Doğan, Mantık, İstanbul. 1999; ss.83-84

73 Uyanık, Mevlüt, "Osmanlı Düşünce Tarihinde Parlamenter Sistem Arayışları, -İslamiyet'in Belirleyiciliği Üzerine Düşünceler Liberal Düşünce Topluluğu II. Hukukçular ve Siyaset Bilimciler Kongresi. 26-29/10/2002 Ürgüp; makale olarak neşri: Gazi Üniv. Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi. C.1.sayı.2002, ss. 47-60

74 Uyanık, Mevlüt, Sivil İtaatsizlik ve Dini Değerler, s. 21-25, Din Hegomonik Bir Siyasetin Aracı Olamaz, Siyasi, Tarihi, Dini ve Kültürel Boyutlarıyla İslam ve Şiddet, edit. Mümtaz'er Türköne, Ufuk Kitapları İstanbul. 2007. s.43-63

risini ehven-i şer diye de tercih edemez. A politik bir tavır içinde kalarak, doğru/adaletten bahsederek 9 köyden kovulma riskini alır, ama bilir ki 10. köy kalabalıklaşmaktadır. Bir kişiye yapılan haksızlığın bütün insanlığa yönelik olduğunun bilincinde olduğu için de bundan rahatsızlık duymaz.

Bu anlamda "*Dindar ve Demokrat" bir tutum, temelde a politik gibi durabilir; ama aslında bizatihi politik bir duruştur.* Dolayısıyla Dindar Demokrat tutum, ezeli hikmetin/hakikatin özellikle de din ve dini değerler adına yapılan çatışmalarda daha fazla zedelenmemesi için, kırmadan dökmeden şiddete başvurmadan müspet hareket içinde kalarak, siyaseten muktesit/mutedil durmak aslında bizatihi taraf olmaktır.

Hukuki Statüleri Bakımından Türkiye'nin Ezidilere Yönelik Ayrımcı Politikalarına Eleştirel Bir Bakış

Hümeyra YILMAZ[1]

İnsanlar savaş, işgal, iç çatışma, terör olayları, etnik, dini vb. nedenlerle tarih boyunca baskı ve saldırılara maruz kalmış kimi zaman da bu gibi tehditler nedeniyle göç etmişlerdir. İçinde yaşadığımız 21. yüzyılda da iltica ve göç sorunu katlanarak büyümektedir. Özellikle çatışma, işgal, savaş gibi farklı biçimlerde şiddetin süreklilik kazanması, açlık ve yoksulluğun artması, insan hakları ihlalleri gibi unsurları bu büyümeyi belirleyen başlıca nedenler olarak belirtmek mümkündür. Türkiye coğrafi konumu itibariyle çatışmalardan kaçan sığınmacıların hem ilk uğrak noktası hem de Avrupa'ya gitmek isteyenler için bir transit ülke durumundadır. Nitekim sadece son beş yılda üç milyonu aşkın sığınmacının ülkemize giriş yaptığı bilinmektedir.[2]

Son yıllarda ülkemize yönelen kitlesel sığınma akımlarından biri de Ezidiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Ezidiler etnik köken, dini inanç gibi özellikleri nedeniyle tarih boyunca baskı, saldırı ve sürgünlere maruz kalmışlardır. Bu saldırılar çoğunlukla Ezidilerin Araplaştırılma ya da Müslümanlaştırılmasına yönelik asimilasyon politikalarından kaynaklanmıştır. Ezidilerin Türkiye'ye kitlesel olarak giriş yapma talepleri ise Ağustos 2014'teki IŞID saldırıları sonucu başlamıştır. Bu tarihten itibaren Ezidilerin hukuki durumlarına ilişkin 2014 ve 2015 yıllarında iki ayrı genelge yayınlanmış ancak bu düzenlemelerde Ezidilere geçici koruma tanınmamış, Ezidilerin statüsüne ilişkin belirsizlik ortadan kaldırılmamıştır. Sığınmacılar barınma, beslenme, eğitim, sağlık, çalışma gibi hayati önem taşıyan birçok alanda sorunlarla karşı karşıyadır. Ezidilerin etnik, dinsel, siyasal, kültürel, sosyal, vb. farklılıkları nedeniyle ayrımcı politikalara maruz kalmaları bu sorunları çok daha ağır yaşamalarına neden olmaktadır.

Bu çalışmada Türkiye'nin sığınmacılarla ilgili yasal mevzuatına ilişkin genel bir değerlendirme yapıldıktan sonra ülkemizdeki Ezidi sığınmacıların hukuki ve fiili durumu ele alınarak Ezidilere yönelik ayrımcı politikalar eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Mülteci Hukuku-Temel Düzenlemeler

Toplumsal bir varlık olarak bir arada yaşayan insanlar tarih boyunca açlık, yoksulluk, baskı, şiddet, terör, savaş, soykırım, çatışma gibi olgularla kar-

1 Doktora Öğrencisi, Dicle Üniversitesi Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku A.B.D., Diyarbakır, Universite François- Rabelais Tours, Fransa, Kamu Hukuku.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. "Güvenli Olmayan Sığınak Türkiye'de Sığınmacılar ve Mülteciler Etkili Korumaya Erişemiyor, Amnesty İnternational, Uluslararası Af Örgütü, 2016, s. 19.

şı karşıya kalmıştır. Bu gibi politika ve uygulamalar sonucu sürekli nüfus hareketlilikleri gerçekleşmiştir. "İnsanların doğal ekonomik sosyal ve siyasal nedenlerden dolayı sürekli yaşadığı yerden başka yerlere bireysel veya toplu, kalıcı veya geçici şekilde yerleşmelerine göç adı verilmektedir."[3] Göç olgusu nedenleri, amacı, yöntemi gibi unsurlar bakımından farklı kategorilerde ele alınmaktadır. "Literatürde "göçün nedenleri", "göçmenlerin niteliği", "göç etme şekli", "göçün yönü", "göçün yasallığı", "göçün mesafesi", "göçün süresi", "göçün amacı" gibi farklı sınıflandırmalar görülmektedir."[4]

Bu kriterleri genel olarak nedenleri bakımından doğal afetler, sosyal, siyasal ve ekonomik; amaç bakımından **çalışma, sığınma; yöntem bakımından** ise yasal, yasa dışı göç şeklinde belirtmek mümkündür.[5] Çalışmamızın ele aldığı konu ve kapsam bakımından kast ettiği nüfus hareketliliği zorunlu göçe dayanan yer değiştirmedir. "Savaş, tabi afet, sürgün gibi nedenlerle insanların yaşadıkları yerlerden ayrılmak zorunda kalmaları veya buna mecbur bırakılmaları sebebiyle meydana gelen göç zorunlu göç olarak tanımlanmaktadır."[6] 20. yüzyıla kadar yaşanan göç hareketliliklerinin daha çok ekonomik temele dayalı olduğu görülmektedir. 20. yüzyılda ardı ardına yaşanan 1. ve 2. Dünya Savaşları nedeniyle milyonlarca insanı etkileyen kitlesel göçler yaşanmıştır. "Yapıları itibariyle birbirinin devamı olarak nitelendirilebilecek kölelik, sözleşmeli işçilikten ve İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki ekonomik göçten farklı olan bu göçler, genellikle devletlerin dağılması veya kurulması sebebiyle ortaya çıkan düzensizliklerden kaynaklandığı için "mülteci" kimliği taşımaktadır."[7] Bu savaşlarda yaşanan ağır insan hakkı ihlalleri sonucu yaygın ve kitlesel nüfus hareketliliklerinin ortaya çıkması, konunun uluslararası hukukun da gündemine girmesine neden olmuştur.

28 Temmuz 1951 tarihinde kabul edilen ve 21 Nisan 1954 tarihinde de yürürlüğe giren "Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme" ve 31 Ocak 1967'de imzalanan ve 4 Ekim 1967 tarihinde de yürürlüğe giren "Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol", mültecilerle ilgili en temel uluslararası düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. 1951 tarihli sözleşme, mültecilerle ilgili uluslararası korumayla ilgili birçok konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Sözleşme ile mülteci tanımı yapılmış ve bu tanıma uyan kişilerin bazı haklardan faydalanması gerektiği kabul edilmiş-

3 Bektaş, Ayşegül, "Geçmişten Günümüze Göç Olgusu", https://ayeglbekta.wordpress.com/2016/03/02/gecmisten-gunumuze-goc-olgusu/, 02.04.2017

4 Çiçekli, Bülent; Demir Oğuzhan Ömer, Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler, Karınca Yayınları, Ankara, 2013, s. 40.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz., Yılmaz, Abdurrahman, "Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri", http://www.turkishstudies.net/Makaleler/1475860303_95Y%C4%B1lmazAbdurrahman-sos-1685-1704.pdf,; Bektaş, https://ayeglbekta.wordpress.com/2016/03/02/gecmisten-gunumuze-goc-olgusu/, 02.04.2017

6 Yılmaz, http://www.turkishstudies.net/Makaleler/1475860303_95Y%C4%B1lmazAbdurrahman-sos-1685-1704.pdf, s. 1686, 1687, 02.04.2017.

7 Yılmaz, http://www.turkishstudies.net/Makaleler/1475860303_95Y%C4%B1lmazAbdurrahman-sos-1685-1704.pdf, s. 1687, 02.04.2017.

tir. 1951 Sözleşmesi'nin 1 A/2 bendine göre mülteci; "ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşıyan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen kişi"dir.

Sözleşmenin genel hükümler başlıklı birinci maddesinde, mülteci tanımlaması yapılırken 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar denilerek zaman sınırlamasına gidilmiştir. Yine aynı hükümde *Avrupa'da meydana gelen olaylar ya da Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar anlamında anlaşılacak ve her Taraf Devlet bu Sözleşmeyi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu Sözleşmeye göre taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır* denilerek yer bakımından sınırlama da taraf devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır.

Türkiye, 1951 Sözleşmesi'ni 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarihinde, 359 sayılı kanunla, ihtirazi kayıtla onaylamıştır. Türkiye'nin ihtirazi kaydı; "Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz" şeklindedir.[8] 1967 tarihli, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol ise Türkiye tarafından 1 Temmuz 1968'de onaylanmıştır. Protokol ile 1951 tarihli Sözleşme'deki tarih sınırlaması protokole taraf ülkeler bakımından kaldırılmıştır Ancak Türkiye Cenevre Sözleşmesi'nde düzenlenen coğrafi sınırlama ilkesini sürdürmeye devam etmiştir. Bu nedenle Avrupa ve Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle başvuranlar ayrımı yapılmakta, mültecilik statüsü yalnızca Avrupa'dan gelen başvuruculara tanınabilmektedir.[9] Ülkemize sığınan yabancıların büyük çoğunluğunun Avrupa dışından geldiği değerlendirildiğinde bu sınırlamanın mülteci kabul edilenlerin oranını oldukça daralttığı anlaşılacaktır.

Geri Gönderilmeme İlkesi

Sözleşmede düzenlenen önemli hususlardan biri de geri gönderilmeme (Non-Refoulement) ilkesidir. Bu ilke, en önemli tamamlayıcı koruma biçimlerinden biridir. "Genel anlamı itibariyle geri gönderilmeme ilkesi, *"bir mülteci ya da sığınmacının ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ya da siyasi düşünceleri nedeniyle hayat ya da özgürlüğünün risk altında olduğu ülkelere gönderilmelerini yasaklayan bir kavramdır."*[10] Bu konu Sözleşmenin 33. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

"1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına,

8 Sözleşmeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/45516--Multecilerin-Hukuki-Durumuna-Dair-Sozlesme.pdf, 04.03.2017.

9 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., "Türkiye 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni Sınırlama Olmadan Uygulamalı", https://www.amnesty.org.tr/icerik/37/1122/turkiye-1951-cenevre-sozlesmesi, 04.03.2017.

10 Çiçekli, Bülent, 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, Nisan 2016, s. 271.

her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir.

2. Bununla beraber; bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.”[11] Geri gönderilmeme ilkesi ile haklı zulüm tehdidi altındaki kişilerin ülke dışına çıkarılması ya da ülkeye girişinin engellenmesine neden olabilecek tüm eylemler yasaklanmaktadır. Bu ilkenin sağladığı koruma bakımından önemli bir diğer mesele haklı zulüm korkusu altında sınıra gelen kişilere yönelik uygulamanın nasıl olması gerektiğine ilişkindir. Yukarıda yer verdiğimiz Sözleşme’nin 33. maddesinin ilk fıkrasında bir mülteci denilerek geri gönderilmeme ilkesinin mülteciler bakımından düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmenin 33. maddesindeki bu ifadeden kaynaklanan tartışma geri gönderilmeme ilkesinin sadece mültecilerle mi sınırlı olduğu yoksa sığınmacıları da kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. “Ne var ki, 1951 Mülteci Sözleşmesi ’nin lafzından açıkça çıkarılamayan ancak aksi için de açık kanıt bulunamayan bu durumun, Sözleşme’nin yapılmasından sonraki elli yılı aşkın sürede devlet uygulaması ve doktrindeki tartışmalarla geliştirildiğini ve geri göndermeme ilkesinin sınırda iltica başvurusunda bulunanlar için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.”[12] Bu nedenle taraf devletlerin, haklı zulüm korkusu nedeniyle gelen kişileri, mülteci statüsü verip vermemesinden bağımsız olarak bu tehdidin olduğu ülkeye geri göndermemesi gerekmektedir. “Bu konu BMMYK’nin el kitabında da belirtilmiştir.”[13] Birleşmiş Milletler haklı zulüm tehdidi altında kişilerin geri gönderilmemesi gerektiğini kabul etmektedir.[14] “Geri gönderilmeme ilkesinin kitlesel sığınma olaylarında titiz bir şekilde uygulanması gerektiği İcra Komitesi kararlarında da açık bir şekilde teyit edilmektedir. Geri gönderilmeme ilkesinin kitlesel sığınma durumları açısından geçerli olduğu diğer uluslararası belgelerde de açık bir şekilde kararlaştırılmıştır.”[15] Geri göndermenin yasak olduğu yerlerden anlaşılması gereken kişinin haklı zulüm korkusu nedeniyle tehdit altında olduğu topraklardır.[16] “Geri göndermeme ilkesi sadece kişinin doğrudan risk altında olduğu ülkeye gönderilmesi değil, dolaylı risk altında olduğu 3. ülkeye gönderilmesinde de geçerlidir.[17]

Sadece ülkeye yasal yollardan girmemiş olmak da geri göndermeme ilkesi

11 Sözleşmenin tam metni için bkz., http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf, 31.03.2017.

12 Uzun, Elif, “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, s.31, http://docplayer.biz.tr/1963253-Geri-gondermeme-non-refoulement-ilkesinin-uluslararasi-hukuktaki-konumu-uzerine-bir-degerlendirme.html, 31.03.2017

13 Özkan, Işıl, “Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Mart, 2017, s. 161

14 Ayrıntılı bilgi için bkz., Çiçekli s. 276, 277.

15 Çiçekli, s. 278

16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, s. 161

17 Özkan, s. 163

bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Buradaki yaklaşım bir kişinin yaşam ve özgürlük gibi temel haklarının ciddi tehdit altında olduğu koşullardan kurtulmaya çalışırken başka bir ülkeye yasal ya da yasa dışı yollardan girmiş olmasının sonrasında yararlanması gereken korumaya engel teşkil etmemesi gerekliliğidir. Bu husus da 1951 Sözleşmesi'nin 31/1 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

"*Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, madde 1'de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı giri*şlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini gö*stermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir."* Bu düzenleme ile Sözleşmeye taraf olan devletlerin, haklı tehdit altında ülkelerine sığınan kişilere sadece yasa dışı yollardan ülkeye girdiği için yaptırım uygulayamayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu durumdaki kişiler bakımından tehdit altında geldikleri ülkelerin genel koşulları da bir karine oluşturmaktadır. Taraf devletler kendilerini oyalamak, prosedürleri atlatmak amacıyla yasa dışı gelen kişilerle gerçekten haklı tehdit nedeniyle bu şekilde gelen kişileri ayırt edebilirler.

Geri göndermeme ilkesinin yasal olarak mülteci kabul edilen ya da mülteci olmasa bile haklı tehdit nedeniyle sığınan tüm kişiler bakımından, yasal ya da yasa dışı yollarla gelmesine bakılmaksızın uygulandığını belirttik. Ancak bu ilkenin uygulanması bakımından güvenlik nedeniyle bazı istisnalar getirildiği görülmektedir. 1951 Sözleşmesi'nin 33/2 maddesinde yer alan bu istisnalar; "*Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm* olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez." olarak belirtilmiştir. Sözleşmede istisnai durumların "ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılma", "ülkenin halkı için tehlike oluşturma" gibi sınırı, çerçevesi kesin ve net olmayan kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. "'Ulusal güvenlik' ve 'tehlike oluşturma' ifadelerinin belirsizliği, söz konusu istisnanın uygulanması konusunda oldukça dikkatli olmayı gerektirir. Zira ifade ve kavramlara verilecek geniş anlamlar, Sözleşme'nin amacını ve işlerliğini ortadan kaldırabilecektir."[18]

Geri gönderilmeme ilkesi 1951 Sözleşmesi'nin dışında birçok uluslararası düzenlemede de yer almıştır. Bunlardan bazıları 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, 1969 tarihli Afrika'daki Mülteci So-

18 Uzun,s. 32, http://docplayer.biz.tr/1963253-Geri-gondermeme-non-refoulement-ilkesinin-uluslararasi-hukuktaki-konumu-uzerine-bir-degerlendirme.html, 31.03.2017

runlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 1969 tarihli İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi, Cartagena Mülteciler Bildirisi, 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Nihai Bildirisi, 2004 tarihli Üçüncü ülke uyruklarının ya da devletsiz kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın içeriği için asgari standartlara ilişkin Konsey Yönergesi'dir. Bu düzenlemelerin çoğunlukla 1951 Sözleşmesi'ne paralel olduğunu söylemek mümkündür. Cartegena Mülteciler Bildirisi, mülteciler tanımının genişletilmesi ve sınırda reddi geri göndermeme ilkesinin açıkça ihlali olarak kabul etmesi bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. 2004 tarihli Konsey Yönergesi'nin de mülteci statüsünün belirlenmesindeki farklı uygulamaların ortaklaştırılmasıyla için getirdiği yenilikler önemlidir.[19]

Türkiye'nin Yabancılara İlişkin Koruma Hukuku

Türkiye mevzuatında yabancılar ve iltica ile ilgili yasa niteliğinde düzenlemeler oldukça yenidir. Türkiye, Asya ile Avrupa arasındaki stratejik coğrafi konumu nedeniyle tarih boyunca göç edenler için köprü ülke olmuş kimileri için ise hedef ülke haline gelmiştir. Özellikle ekonomik, siyasal gibi nedenlerle gerçekleşen tarihsel olaylar sonrasında Türkiye'ye Bulgaristan, Irak, Sovyet ülkeleri, Doğu Avrupa, Suriye gibi ülkelerden kitlesel akımlar da gerçekleşmiştir. "Ekonomik sıkıntılar, iklim değişiklikleri, politik sorunlar, insan hakları ihlalleri, iç savaşlar, yaygın şiddet hareketleri başta olmak üzere birçok sebeple Afrika, Asya, Bağımsız Devletler Topluluğu, Afganistan, Orta Doğu, Balkanlar ve Uzak Doğu'dan gelen yabancılar şu veya bu şekilde Türkiye'de kendilerine bir yer edinmek istemektedirler."[20]

İşte hem bu kitlesel akımlar neticesinde ortaya çıkan hukuki eksikliklerin giderilmesi ihtiyacı hem de AB uyum süreci kapsamında 2001 yılında hazırlanan "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı"nda göç ve iltica konusuna yer verilmesi bu alanda yasal düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiştir. 2001 Ulusal Programının "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı" başlıklı ekinde *kısa vadede "Yasa dışı*ı göç ile mücadelenin güçlendirilmesine devam edilmesi ve Avrupa Ko*misyonu ile bir geri kabul anlaşmasının müzakere edilmesi", Orta vadede ise "Yasa dışı*ı göçü önlemek amacıyla göçe ilişkin (ülkeye girişe *ve yeniden girişlere izin verilmesi ve ülkeden ihraç) AB müktesebatının ve uygulamalarının kabul edilmesi ve yürürlüğe koyulması" ve "Sığınma alanında uyum sağlanmasına, 1951 Cenevre Sözleşmesine getirilen coğrafi kısıtlaman*ın kaldırılması ile ilgili çalışmalara başlanması, sığınma baş*vurularını*n değerlendirilmesi ve kararlaş*tırılması sisteminin güçlendirilmesi, sığınmacılar ve mülteciler için konaklama birimleri ve sosyal destek sağlanma-*

19 Uzun, s.36- 41.

20 Ekşi, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, Ekim 2016, s. 2.

sı" konularına yer verilmiştir.[21]

Bu doğrultuda 2005 yılında "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Eylem Planı kabul edilmiştir. "[İ]ltica ve yasa dışı göç konusunda Türkiye'nin yol haritasını çizdiği söylenebilen Ulusal Eylem Planı, Türkiye'nin AB'ye katılım müzakereleri sürecinde Türk iltica, göçmen ve yabancılar hukuku mevzuatını ve sistemini, AB müktesebatı ve sistemleri ile uyumlu hale getirme amacını taşımaktadır."[22]

Yabancıların korunmasıyla ilgili usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan bir diğer düzenleme 2006 yılında yürürlüğe giren İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı'dır.[23] Talimatın Tanımlar başlıklı 1. maddesinin (f) fıkrasında Mülteci; "*Avrupa ülkelerinden gelen ve 1994 iltica/sığınma Yönetmeliğinin 3'ncü maddesinin ikinci paragrafında belirtildiği şekilde, 1951 Sözleşmesi'nin 1'nci maddesinde yer alan mülteci tanımındaki kriterlere uygun olduğu için İçişleri Bakanlığınca mülteci statüsü tanınan yabancı uyruklu kişi ya da belli bir uyruğu olmayan vatansız kişidir*"; (g) fıkrasında ise Sığınmacı; "*Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelerden gelen ve 1994 iltica/sığınma Yönetmeliğinin 3'ncü maddesinin üçüncü paragrafında belirtildiği şekilde, 1951 Sözleşmesi'nin 1'nci maddesinde yer alan mülteci tanımındaki kriterlere uygun olduğu için İçişleri Bakanlığınca sığınmacı statüsü tanınan yabancı uyruklu bir kişi ya da belli bir uyruğu olmayan vatansız kişidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıdaki tanımlardan da anlaşıldığı üzere 2006 Talimatı'nda da mülteci ve sığınmacı ayrımının korunduğu görülmektedir.

Bu zamana kadar konuyla ilgili mevcut tek düzenleme ise 1994 tarihli "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiyeden İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"-ti[24]. Ayrıca Pasaport Kanunu gibi farklı düzenlemelerden de yararlanılmaktaydı. 1994 Yönetmeliği'nde Mülteci ve Sığınmacı ayrımı yapıldığı görülmektedir. "Yönetmelikte benimsenen tanımlar nedeniyle, Avrupa ülkelerinden gelerek uluslararası koruma talep eden yabancılara mülteci, Avrupa dışındaki diğer bölgelerden gelerek uluslararası koruma talep eden yabancılara ise sığınmacı denilmektedir."[25]

Bu yönetmeliğin mültecilerin haklarıyla ilgili uluslararası düzenleme ve ilkelerin çok gerisinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Yönetmeliğin 8. maddesindeki "*Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerimiz saklı*

21. "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı" tam metni için bkz., http://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani(3).pdf, 16.02.2018
22 Özkan, s. 437.
23. Talimatın tam metni için bkz., http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/57-Sayili-Genelge-2010-Degisikligi.pdf, 22.03.2017.
24 http://www.hukuki.net/kanun/946169.35.frameset.asp, 15.03.2017.
25 Çiçekli, s. 250.

kalmak koşuluyla ve aksine bir siyasi karar alınmadıkça, nüfus hareketinin arazi avantajları da dikkate alınarak sınırda durdurulması ve sığınmacıların sınırı geçmelerinin önlenmesi esastır. İlgili makamlarca bu konuda gerekli ve etkin tedbirler alınır" düzenlemesi açıkça yönetmeliğin sığınmacıların ülkeye girişinin engellenmesi amacını taşıdığını belirtmektedir.

YUKK ve Uluslararası Koruma Biçimleri

Yabancılara ilişkin yasal düzenleme çalışmalarına 2009 yılında başlanmış, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı 2012 Mart ayında Meclise sunulmuştur. Kanun, Nisan 2013'te Mecliste kabul edilerek Resmi Gazete'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. 2014 yılında yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda da Avrupa ve Avrupa dışından gelen yabancılar bakımından yapılan ayrımın korunduğu görülmektedir. "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*, kendine has ikili bir sığınma yapısı da tesis ediyor. Bir yandan Suriye'den gelen mültecilere toplu olarak "Geçici Koruma" statüsü sağlanırken, öte yandan da diğer ülkelerden gelen sığınmacılara GİGM tarafından üç farklı bireysel "Uluslararası Koruma" statülerinden biri verilebiliyor."[26] Bu statüler Kanunun "Uluslararası Koruma Çeşitleri, Uluslararası Koruma'nın Haricinde Tutulma" başlıklı bölümünde mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma olarak belirtilmektedir.

Buna göre **Mülteci;** Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statü olarak tanımlanmıştır (YUKK md. 61).

Şartlı mülteci; Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statüdür. Şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar izin verileceği de belirtilmiştir (YUKK md. 62).

İkincil koruma ise mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası

26 Güvenli Olmayan Sığınak Türkiye'de Sığınmacılar ve Mülteciler Etkili Korumaya Erişemiyor, s. 13-14.

infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statü olarak düzenlenmiştir (YUKK md. 63).

Uluslararası koruma çeşitleri arasında sayılmayan ancak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 91. maddesinde yer alan başka bir düzenleme de Geçici Korumaya ilişkindir. **Geçici koruma;** Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanabilmektedir. 2014/6883 karar sayılı Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 1. maddesinde de geçici koruma kapsamı benzer biçimde düzenlenmiştir.

EZİDİLER

Türkiye'ye kitlesel sığınma talebinde bulunan Ezidiler'in hukuki statüsüne ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce Ezidilerle ilgili genel bir bilgilendirmede bulunmak yerinde olacaktır. Bir inanç biçimi olan Ezidiliğin ne zaman ortaya çıktığına ya da adlandırılmasına ilişkin farklı görüşler, inanışlar bulunmaktadır. Bu farklı anlatımlara göre Ezidilere Yezid, Yezidi, İzidi de denildiği bilinmektedir. "Köken olarak Ezid; Zerdüştiliğin kutsal kitabı olan Avesta'daki Yazata, Yazdan, Yezdan (tanrı, melek, tapınılan şey) kelimesindeki anlamla aynıdır ve Kürtler günümüzde de bu kelimeyi yaygınca kullanmaktadır."[27] Ezidiler özellikle son yıllarda Yezid adının Muaviye'ye gönderme yapılarak kendilerini aşağılama, küçümseme amacıyla kullanıldığı düşüncesiyle bu şekilde adlandırılmaktan rahatsız olduklarını ifade etmektedirler.[28] Bu nedenle çalışmada Yezid, Yezidi gibi kavramlar yerine; Ezidilerin ve farklı inanışlara sahip Kürtlerin de tercih ettiği şekilde Ezidi kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

"Ezidilik, XII. yüzyılda kurucusu olduğu kabul edilen Şeyh Adiy b. Müsafir'den sonra kurumsallaşan, farklı din ve inanç sistemlerinden etkilenmesi sebebiyle senkretik özellikler gösteren ve mensuplarını Kürtlerin oluşturduğu bir etno-dindir."[29] Binlerce yıl öncesine dayanan tek tanrılı bir inanış olan Ezidiliğin yaradılış teorisinde, 7 meleğin önemli rolünden bahsedilmekte bunlardan Tawisi denilen melek baş melek olarak kabul edilmektedir. Ezidi inancı tarih boyunca Kürtler arasında görülmüş başka halklarda kabul edildiğine rastlanmamıştır. Günümüzde Ezidiler, Suriye,

27 Özcan, Mehmet, Güneşin Çocukları Ezidiler, Aram Araştırma Yayınları, 1. Baskı, Mart 2015, Diyarbakır, s. 25

28 Ayrıntılı bilgi için bkz., Ulutürk, s. 3, http://www.turkishstudies.net/Makaleler/771323681_46Ulut%C3%BCrkMuammer-trh-841-848.pdf, 14.03.2016

29 Ulutürk, Muammer, "Etno-Dinsel Bir Topluluk Olan Ezidilerin Batman ve Çevresindeki Son Yerleşim Yerleri ve Nüfusları Üzerine", http://www.turkishstudies.net/Makaleler/771323681_46Ulut%C3%BCrk-Muammer-trh-841-848.pdf, 08.03.2016.

Irak, Türkiye, Ermenistan, Gürcistan, Ukrayna, Avrupa'da yaşamaktadırlar.[30]

Ezidilerin "[y]azılı bir vahiy kitapları yoktur. Ezidilik inancına ait bilgiler günümüze kadar kuşaktan kuşağa aktarılarak gelmiştir. İbadet şekilleri nedeniyle "güneşin çocukları", yazılı gelenekleri az olduğu için de "sözün çocukları" diye anılmışlardır."[31] Ezidilerin iki kutsal kitabı bulunmaktadır. Tanrısal İzahatlar anlamına gelen El Celwe'de din, tarikat, yol, yöntem ve töre anlatılırken Kara Kitap anlamına gelen Mushaf-i Reş'te dünyanın oluşumu ve Ezidiliğin ortaya çıkışı anlatılmaktadır.[32] Kürt etnik kimliği ve Ezidi inancı nedeniyle tarih boyunca farklı toplumlar tarafından özellikle Müslümanlaştırma, Araplaştırma gibi asimilasyon politikalarına tabi tutulmak istenen Ezidiler bu nedenle oldukça kapalı bir toplumsal özellik göstermektedir. Ezidilik doğuştandır, sonradan edinilemez. Yani Ezidi olmak için mutlaka Ezidi anne ve babadan doğmuş olmak gerekmektedir. Ezidilerin başka toplumdan biriyle evlenmeleri kabul edilmez.[33]

Ezidiler, etnik köken, dini inanç, kültürel özellikleri gibi nedenlerle tarih boyunca baskı, saldırı, sürgünlere maruz kalmışlardır. Bu saldırılar çoğunlukla Ezidilerin Araplaştırılma ya da Müslümanlaştırılmasına yönelik asimilasyon politikalarından kaynaklanmıştır. "Ezidiler uğradıkları saldırılara ve yaşadıkları katliamlara kırım, kıyım, katliam değil de "ferman" demeyi tercih etmişlerdir."[34] Ezidiler, fermanlar nedeniyle dünyanın farklı bölgelerine göç etmek zorunda kalmış ve nüfusları sürekli azalmış olsa da 2014 öncesinde Irak ve Suriye'nin kuzeybatısı ile Türkiye'nin güneydoğusunda, Ermenistan'da ve Avrupa ülkelerinde yaşamaktaydılar. Dünyadaki Ezidi nüfusuna ilişkin veriler 300 bin ila 800 bin arasında değişkenlik göstermektedir.[35]

73. Ferman: Şengal Katliamı ve Ezidilerin Zorunlu Göçü

Ağustos 2014'te, Irak'ın Şengal ve Musul Bölgelerine yönelik IŞİD saldırıları nedeniyle aralarında Ezidi inancına sahip Kürtlerin de bulunduğu binlerce Iraklı yerlerinden edilmiştir. BM'nin Aralık 2014 tarihinde yayınladığı Regional Refugee and Resilience Plan'da (3R Planı), Irak'ta meydana gelen çatışma ortamı Suriye krizinin bir uzantısı olarak nitelendirilmektedir.[36] Iraklıların büyük bölümü Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi kontrolündeki şehirlere göç etmek zorunda kalmıştır. Ağırlıklı olarak Şengal'de yaşayan Ezidilerin ise binlercesi öldürülmüş, bir o kadar kadın, kız çocuğu köle olarak satılmak ya da cariye yapılmak üzere kaçırılmış, kurtulabilenler ise yanlarına hiçbir şey alamadan

30 Ayrıntılı bilgi için bkz., Özcan, s. 31-32.
31 Baysal, s. 39.
32 Ezidilerin kutsal kitaplarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Özcan, s. 185.
33 Ayrıntılı bilgi için bkz., Baysal s. 39.
34 Baysal, s. 41.
35 Bkz. Baysal, s. 40.
36 Ayrıntılı bilgi için bkz. "Şırnak, Siirt, Batman ve Diyarbakır'da Yaşayan Ezidi Mülteciler Raporu ve Bulgaristan Sınırına Yığılma Nedenleri, http://www.igamder.org/wp-content/uploads/2015c/Ezidi.pdf, 05.03.2017

kaçmak zorunda kalmıştır. Kaçabilen Ezidilerin bazıları Duhok ve Zaho'ya giderek buralardaki kamplara ya da inşaatlara sığınmış, önemli bir bölümü de Türkiye'ye girmek istemiştir. Ancak valiliklerce pasaportu olmayanların ülkeye girişine izin verilmemiş bu nedenle binlerce Ezidi Şengal Dağı üzerinden yaklaşık bir ay süren zorlu bir yürüyüş sonucu kaçak yollarla Türkiye'ye girmeye çalışmıştır.[37] Ezidilerin sınırdan alınması için Bakanlıklarla görüşmeye giden sivil toplum örgütlerinin aktardığına göre hükümet yetkilileri Ezidilerin sınırın diğer tarafında kalmalarını istediklerini, onlar için Duhok'ta kamp hazırlayacaklarını ve onlara bu bölgede destek vereceklerini açıklamışlardır.[38] Pasaportu olan Ezidiler ise kendi imkânlarıyla Habur sınır kapısından giriş yapmışlardır. Şengal Dağı üzerinden Türkiye'ye girmeye çalışanların anlatımlarından birçok kişinin açlık ve susuzluktan yolda hayatını kaybettiği, sınırda bekletilen Ezidiler arasında ise özellikle bebeklerde susuzluktan ölümlerin yaşandığı bilinmektedir. Bazı aileler ise çocuklarının bu şekilde acı çekerek ölmesini izlemek yerine onları dağdan atıp ardından kendileri de atlayarak yaşamlarına son vermiştir.[39] Türkiye'nin Ezidilere yönelik ayrımcı politikalarının daha sınır kapılarında bu şekilde başladığını söylemek mümkündür. Ölüm tehdidi nedeniyle ani ve kitlesel olarak Türkiye'ye sığınmak istemelerine rağmen maalesef bu durumlarına uygun özel bir koruyucu uygulama yapılmamış, Ezidiler kaçak yollarda ve sınırda ölüme terk edilmiştir. Ezidilerin bu ağır saldırıların üzerine yaşadıkları sınır engeli 21. yüzyılın en büyük trajik olaylarından birine dönüşmüştür.

Ezidilerin Türkiye'ye sığınmak istediği Haziran 2014'te Şırnak Belediyesi Eş Başkanı olan Özlem Onuk; bir gazete ile yaptığı röportajda sınıra gelen Ezidilere pasaport sorulduğu ve pasaportsuz girmek isteyenlerin gözaltına alındığını aktarmıştır. Aynı haberde, Ezidilerin ülkeye girişlerine izin verilmesi için valilikle görüştüklerini belirten Onuk, "Valilik, durumun kendilerini aştığını, pasaportsuz geçişe izin vermeme konusunda talimat aldıklarını, pasaportsuz geçişlere asla izin verilmeyeceğini söylüyor" dedi Ayrıca Onuk o tarihe kadar (16 Ağustos 2014) hükümetin Ezidilere yönelik hiçbir yardımda bulunmadığını da açıklamıştı.[40] Işid'den kaçarak Türkiye'ye giren ve Batman'a yerleşen Ezidi Nefiya Xeyro-Süleyman Haşim Xamur çifti ise "Eşim ve üç çocuğumla birlikte sınırdan pasaportla geçiş yapabildik. Fakat oğlumuz 6 aylık Aydın'ı pasaportu olmadığı için kendimizle getiremedik. Biz şimdi sadece oğlumuzun gelmesini istiyoruz. O gelsin

37. "Pasaport Zulmü Sürüyor; IŞİD'e Serbest Ezidi'ye Yasak", http://www.evrensel.net/haber/90067/pasaport-zulmu-suruyor-iside-serbest-zidiye-yasak, 04.03.2017.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz., Baysal, s. 50.

39 Tanıkların anlatımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Baysal, s. 50,51, 138-140; "IŞİD'den Kaçan Yezidiler Türkiye'ye Geliyor", http://www.sabah.com.tr/dunya/2014/08/06/isidten-kacan-yezidiler-turkiyede, 05.03.2017

40 Açıklamayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., "Pasaport zulmü sürüyor; Işid'e serbest Ezidiye yasak", https://www.evrensel.net/haber/90067/pasaport-zulmu-suruyor-iside-serbest-zidiye-yasak, 03.04.2017.

bize yeter"[41] diyerek pasaport engelinin 6 aylık bebeğe bile uygulandığını belirtti. Xamur ailesinin ve daha birçok Ezidi ailenin yaşadığı bu trajik durum, AKP hükümetinin Ezidilere yönelik uygulamalarının ne kadar katı olduğunu göstermektedir.

Dönemin Başbakanı Ahmet Davutoğlu gazetecilere yaptığı açıklamada; "Şırnak valimizle konuştum bazı Yezidilerin Türk sınırına doğru geldikleri ve alınmadıklarına dair bize bilgi geldi" diyerek Ezidilerin sınır kapısından alınmadıkları kabul, etmiştir. Nihayet sınıra ilk gelişlerinden haftalar sonra, dünya kamuoyunun tepkisi üzerine Ezidilerin ülkeye girişine izin verilmiştir. Başbakan Davutoğlu açıklamasında her ne kadar Şengal dağlarına kaçan sivillere AFAD tarafından yardım paketi gönderildiğini din ve mezhep ayrımı gözetmediklerini söylese de sınır bölgelerindeki Belediye Eş Başkanlarının ve Ezidilerin aktarımları hükümet yetkililerinin kendilerine yardımda bulunmadığı yönündedir. [42]

Hâlbuki gerek Türkiye'nin taraf olduğu 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi gerekse de YUKK, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde geri gönderilmeme ilkesi açıkça kabul edilmiştir. Önceki bölümlerde açıkladığımız geri gönderilmeme ilkesi, ilgili devlete, mülteci olarak kabul edilmese bile haklı zulüm korkusuyla kendisine sığınan kişilerin tehdit altında olduğu ülkeye gönderilmeyecek çözüm yolları üretmesini gerektirir. Dolayısıyla hem uluslararası hukuk hem de ulusal düzenleme ve ilkelere göre Türkiye'nin Ezidilerin sınırdan girişini engellememelsi ve en azından güvenli üçüncü bir ülkeye geçişlerini, sınırda ya da ülke içinde geçici korunmalarını sağlayan bir tedbir geliştirmesi gerekmekteydi.

Ezidilere yönelik ayrımcı politikalar, ülkeye girişlerin serbest bırakılmasından sonra da yaşanmaya devam etmiştir. Türkiye'ye gelen Ezidiler, ilk etapta çoğu belediyelerin ve halkın desteğiyle oluşturulan kamplara yerleştirilmişlerdir. Kamplarda kalan Ezidilerin Eylül 2014'te illere dağımı yaklaşık olarak Silopi'de 2.500, Şırnak'ta 7.100, Roboski'de 2.250, Batman'da 3.500, Diyarbakır'da 5.055, Mardin'de 6.245, Viranşehir'de 2.730, Cizre'de 1.500, İdil'de 500'dür.[43] Bu kamplardan yalnızca Mardin'in Nusaybin ve Midyat İlçelerinde oluşturulanlar AFAD'a ait olup diğer kamplar belediyeler ve halkın gönüllü çabalarıyla oluşturulmuştur. Kamplar dışında Diyarbakır'ın Çınar, Ergani İlçeleri ile Urfa Viranşehir gibi bazı bölgelerde uygun olan köy, misafirhane benzeri yerlere de Ezidiler yerleştirilerek barınma sorunu giderilmeye çalışılmıştır. Geçtiğimiz yıla kadar yaklaşık olarak Diyarbakır'da 1000, Siirt'te 150-200, Batman'da 150-200, Mar-

41 "IŞİD'den kaçan Ezidi aile altı aylık bebeklerini 'pasaportu yok' diye sınırda bıraktı", http://www.diken.com.tr/isidden-kacan-ezidi-aile-alti-aylik-bebeklerini-pasaportu-yok-diye-sinirda-birakmak-zorunda-kaldi/, 03.04.2017.

42 Haberle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., "Şu an sınırda tek bir Ezidi veya Türkmen bekletilmiyor", http://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/08/140807_davutoglu, 03.04.2017; "Pasaport Zulmü Sürüyor; IŞİD'e Serbest Ezidi'ye Yasak", http://www.evrensel.net/haber/90067/pasaport-zulmu-suruyor-iside-serbest-zidiye-yasak, 04.03.2016; Baysal, s. 36, 54,75.

43 Ayrıntılı bilgi için bkz., Baysal s. 68.

din'in Midyat İlçesi'nde ise 1000 Ezidi kamplarda kalmaktaydı.[44] Ezidilerin barınma, beslenme, sağlık, eğitim gibi birçok temel, yaşamsal ihtiyacının yıllarca belediyeler, sivil toplum kuruluşları ve gönüllü halk tarafından, kendi olanakları doğrultusunda karşılanmaya çalışılması birçok sorunu ve eksikliği de beraberinde getirmekteydi

Irak'tan gelen Ezidilerin ülkemizdeki hukuki statülerine ilişkin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı iki genelge bulunmaktadır. Bunlardan ilki Ağustos 2014'te yayınlanan ve Irak'taki çatışmalar nedeniyle gelenlere "yabancı tanıtım kartları" düzenlenerek Türkiye'de kalmalarına izin verilmesini öngören genelgedir. Ancak bu genelge başta sağlık olmak üzere eğitim, barınma, çalışma gibi temel hakların sağlanmasına ilişkin bir düzenleme içermemekteydi. Özellikle acil hizmetler dışında sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanamamaları nedeniyle başta ağır hastalar olmak üzere 2. ve 3. basamak tedavilerin, ameliyat, kürtaj, doğum gibi uygulamaların gerçekleştirilmesinde ciddi mağduriyetler yaşanmıştır. Diyarbakır Barosu Çocuk Hakları Merkezi'nin sadece Diyarbakır'daki Ezidilere ilişkin hazırlamış olduğu hak ihlalleri raporundaki veriler yaşanan sorunun ciddiyetini göstermektedir. Buna göre kampta bulunan sığınmacılar gönüllü sağlıkçılardan 1'inci basamak sağlık hizmeti alabilmektedir. Sağlık hizmetleri kamp içindeki Tabipler Odası ve Sağlık Emekçileri Sendikası gönüllülerince sağlanmaktadır. 470 kişi ameliyat olmuş, 90 kadın doğum yapmış ve 74 kadın kürtaj olmuştur. 2 ve 3'üncü basamak tüm tedaviler resmi olmayan kayıtlarla, duyarlı hekimlerin desteği ya da hatır gönül ilişkisi ile yaptırılmaktadır. Ameliyat gibi kayıt altına alınması zorunlu haller ücretli kayıt ile yapılmakta, ameliyatlar nedeniyle sadece Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi'ne 150-200 bin TL borç edinilmiş bulunulmaktadır.[45]

Ezidilerin hukuki durumuna ilişkin bir diğer düzenleme İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 12 Şubat 2015 tarih ve 48952707/206/2775 Sayılı "Irak Uyruklu Yabancılarla İlgili Yapılacak İş ve İşlemler" başlıklı genelgesidir.[46] Bu genelgede ülkemizdeki Irak uyruklu yabancıların sağlık, çalışma vb. hizmetlere erişimlerinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle yeni bir düzenleme ihtiyacının doğduğu belirtilmiştir. Ancak Genelgenin 5. maddesinde Iraklıların geçici koruma kapsamında işlem göremeyecekleri ifade edilerek eğitim ve sağlık gibi temel haklara erişimle ilgili

44 Kamplardaki son rakamlarla ilgili bilgi görüşmeci Berivan Alagöz'den edinilmiştir. Alagöz ile 2016 yılı Mart ayında, Diyarbakır'da, aracısız görüşülmüştür. Alagöz, Ezidilerin Türkiye'ye girdiği ilk zamanlardan itibaren, Türkiye'de oluşturulan kamplarda gönüllü ya da kurumsal araştırmalarda görevli olarak çeşitli çalışmalarda yer almış, bazı kitap çalışmalarında Ezidilerle yapılan görüşmelerde yer almıştır. Diyarbakır'daki Fidanlık Kampı'nda, Anadolu Kültür Derneği'nin eğitime ilişkin çalışmalarında sosyal araştırmacı olarak yer aldığından Ezidilerin hangi illerde, kaç kişilik kamplarda kaldığına, bu kampların hangi kurumlar tarafından koordine edildiğine ilişkin güncel bilgiler de Alagöz'le yapılan görüşmeden edinilmiştir.

45 Raporla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., "Diyarbakır Barosu: Ezidi Sığınmacılara Ayrımcılık Yapılıyor", http://www.cnnturk.com/turkiye/diyarbakir-barosu-ezidi-siginmacilara-ayrimcilik-yapiliyor, 05.03. 2017.

46 2015 tarihli Genelgenin tam metni için bkz., http://www.multeci.net/images/stories/0IRAKLILAR_GENELGE.pdf, 15.03.2017.

sorunlara dair bir düzenleme de getirilmemiştir. Ayrıca 2014/23 sayılı önceki genelgede yürürlükten kaldırılmıştır. Genelgede Iraklı sığınmacılara ilişkin üç farklı işlem yapılabileceği öngörülmektedir;

-Ülkesine gönüllü olarak geri dönmek isteyenlere gerekli kolaylık sağlanması, -Ülkesine geri dönmek istemeyenlerin başvurularının "insani ikamet izni" kapsamında alınması,

-Uluslararası koruma başvurusu yapmak isteyenlerin taleplerinin bireysel başvuru olarak işleme alınması.

Iraklı sığınmacıların yapabileceği işlemler değerlendirildiğinde bunların sadece başvuru süreci ve geri dönüşlerin nasıl olacağına ilişkin açıklık getirdiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu genelge de Ezidilerin yaşadığı belirsizlik ve sorunları çözecek nitelikte değildir. 2011 yılında ülkemize gelen Suriyelilere yönelik kabul edilen geçici koruma hem yasal düzenlemelerdeki eksiklikler hem de uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle eleştirilmektedir. Ezidiler bu korumadan dahi yararlanmadıkları için yaşadıkları zorlukları tahmin etmek mümkün.

Ezidilere AFAD Sürgünü

Diyarbakır'daki Fidanlık Kampı'nda yaklaşık 2 buçuk yıl kalana Ezidiler, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi ve Yenişehir Belediyesi'ne kayyım atanmasının ardından Mardin ilinin Midyat ilçesinde bulunan AFAD (Afet ve Acil Durum Yönetim Başkanlığı) kampına gönderildi.[47] Bugün ülkemizde bulunan Ezidiler yalnızca Siirt, Batman ve Midyat'taki kamp alanlarında kalmaktadırlar. Ancak Ezidiler'in AFAD kamplarına yerleşmeleri kendi istekleri dışında gerçekleşmiştir. Ezidiler, yıllarca Müslümanlaştırılmak adına baskı ve katliamlara maruz kaldıkları için Müslümanlarla bir arada yaşamak istemediklerini ve güvenlik problemleri nedeniyle AFAD kamplarında kalmak istemediklerini Türkiye yetkililerine söylemişlerdir. Nitekim uluslararası ve ulusal kurum ve kişilerin denetimine kapalı olan AFAD kamplarında yetersiz koşulların yanı sıra cinsel istismarların da gerçekleştiği tüm kamuoyunca bilinmektedir. Kampta meydana gelen taciz, tecavüz, istismar olayları kampta yaşayanların anlatımlarının yanı sıra defalarca basına da yansımıştır.[48] Ancak yetkililerin kendilerine AFAD kampı dışındaki kamplarda kalmaya devam ederlerse elektrik, su, gıda gibi giderler için ücret ödemelerinin gerektiği bildirilince AFAD kamplarına yerleşmek zorunda kalmışlardır. Al-Monitor'un o dönemde Fidanlık Kampında kalan Ezidilerden bazıları ile yaptığı görüşmede; Smoki adlı bir Ezidinin "Şimdi 'Ne yemek vereceğiz, ne su vereceğiz elektriğinizi de keseceğiz' diyorlar, bize 'buradan çıkın' diyorlar. Bu kış ortası bu çocukları nereye götürelim?" şeklindeki açıklamasından Ezidilerin kamptan

47. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bişkin, Hacı, "Midyattaki Ezidi: Kimseye kötülük etmedik ama cezaevinde gibiyiz", http://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye/2017/03/05/midyattaki-ezidi-kimseye-kotuluk-etmedik-ama-cezaevinde-gibiyiz/, 12.03.2017.

48 "Mülteci Kampında Tecavüz İddiası; AFAD'dan Açıklama", http://www.aljazeera.com.tr/haber/multeci-kampinda-tecavuz-iddiasi-afaddan-aciklama, 20.03.2017.

çıkmaya zorlandıkları anlaşılıyor.[49] Bu nedenle yüzlerce Ezidi, Ocak 2017 itibariyle AFAD kamplarına gitmiş bir o kadarı da Avrupa'daki akrabalarının yanına göç etmiştir. Kamp dışında kendi imkânlarıyla veya akraba, tanıdıklarının yanında kalan binlerce Ezidi daha hala ülkemizde yaşamaktadır.

SONUÇ

Göç olgusu geçmişte olduğu gibi günümüzde de kaçınılmaz olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Özellikle de zorunlu göç nedeniyle evlerinden, ailelerinden, işlerinden, ülkelerinden dolayısıyla kültürel, sosyal, siyasal, duygusal tüm aidiyetlerinden ve bağlarından koparılan bu insanlar bu sürecini travmatik bir şekilde yaşamaktadırlar. Daha iyi ve güvenli bir gelecek hayaliyle vardıkları üçüncü ülkede ise ciddi adaptasyon ve uyum sorunlarıyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Tüm bu nedenlerle göç alan durumunda olan ülkelerin sığınmacılara ilişkin yaklaşımı daha bir önem kazanmaktadır.

İnsanlık tarihinin gördüğü en acı, dramatik göç olaylarından birine maruz kalan Ezidiler için yaşadıkları zorluklar göç etmekle son bulmamıştır. Maalesef Türkiye'nin Ezidilere yönelik politikası da hem ülkeye girişte hem de sonrasındaki koruma süreci boyunca ayrımcı olmuştur. Ezidiler hukuki şartları taşımalarına rağmen geçici koruma statüsüne alınmadıkları için barınma, beslenme, sağlık dahil en temel haklara erişimden bile mahrum olarak yaşamışlardır. Birçoğu ülkelerine dönene kadar Türkiye'de kalmak amacıyla gelmelerine rağmen bu zorluklar nedeniyle ya ülkelerine geri dönmüş ya da Avrupa'daki akrabalarının yanına göç etmek zorunda kalmıştır. Hiçbir alternatifi olmayanlar ise tüm korku ve kaygılarına rağmen AFAD kamplarına yerleşmiştir. Hukuki olarak hiçbir statü ve korumaları olmadığı için yaşamlarına dair tüm planları da yarım kaldı. Türkiye'de tek yapabilecekleri yaşamlarını devam ettirebilmek olduğundan birçoğu yaşadığı travmatik süreci atlatıp psikolojik sorunlarını gideremeyiştir.

Ezidilerin içine sürüklendiği bu zor durum devletlerin sığınma politikalarına yön veren siyasal yaklaşımlarının yol açtığı sorunları göstermesi bakımından çarpıcı olduğu kadar insanlık tarihi için de utanç vericidir.

KAYNAKÇA

- Bektaş, Ayşegül, "Geçmişten Günümüze Göç Olgusu", https://ayeglbekta.wordpress.com/2016/03/02/gecmisten-gunumuze-goc-olgusu/, 02.04.2017
- Bişkin, Hacı, "Midyattaki Ezidi: Kimseye kötülük etmedik ama cezaevinde gibiyiz",http://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye/2017/03/05/midyattaki-ezidi-kimseye-kotuluk-etmedik-ama-cezaevinde-gibiyiz/, 12.03.2017
- Çiçekli, Bülent; Demir Oğuzhan Ömer, Türkiye Koridorunda Yasadışı Göçmenler, Karınca Yayınları, Ankara, 2013,

49 Görüşmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. "Kayyum geldi Ezidiler gidiyor", http://www.al-monitor.com/pulse/tr/originals/2017/01/turkey-refugees-trustee-comes-yazidis-leave.html, 04.04.2017.

- Çiçekli, Bülent, 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, Nisan 2016,
- "Diyarbakır Barosu: Ezidi Sığınmacılara Ayrımcılık Yapılıyor", http://www.cnnturk.com/turkiye/diyarbakir-barosu-ezidi-siginmacilara-ayrimcilik-yapiliyor, 05.03. 2016
- Ekşi, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, Ekim 2016,
- Güvenli Olmayan Sığınak Türkiye'de Sığınmacılar ve Mülteciler Etkili Korumaya Erişemiyor, Amnesty International, Uluslararası Af Örgütü, 2016, s. 13-14
- "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı" tam metni için bkz., http://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani(3).pdf, 20.02.2018
- **"**IŞİD'den Kaçan Yezidiler Türkiye'ye Geliyor", http://www.sabah.com.tr/dunya/2014/08/06/isidten-kacan-yezidiler-turkiyede, 05.03.2016
- "Kayyum geldi Ezidiler gidiyor", http://www.al-monitor.com/pulse/tr/originals/2017/01/turkey-refugees-trustee-comes-yazidis-leave.html, 04.04.2017
- Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmenin tam metni için bkz., http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf, 31.03.2017
- "Mülteci Kampında Tecavüz İddiası; AFAD'dan Açıklama", http://www.aljazeera.com.tr/haber/multeci-kampinda-tecavuz-iddiasi-afaddan-aciklama, 20.03.2017
- Özcan, Mehmet, Güneşin Çocukları Ezidiler, Aram Araştırma Yayınları, 1. Baskı, Mart 2015, Diyarbakır
- Özkan, Işıl, "Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Mart, 2017
- Pasaport Zulmü Sürüyor; IŞİD'e Serbest Ezidi'ye Yasak", http://www.evrensel.net/haber/90067/pasaport-zulmu-suruyor-iside-serbest-zidiye-yasak, 04.03.2016
- "Şırnak, Siirt, Batman ve Diyarbakır'da Yaşayan Ezidi Mülteciler Raporu ve Bulgaristan Sınırına Yığılma Nedenleri, http://www.igamder.org/wp-content/uploads/2015c/Ezidi.pdf, 05.03.2016
- Uzun, Elif, "Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", http://docplayer.biz.tr/1963253-Geri-gondermeme-non-refoulement-ilkesinin-uluslararasi-hukuktaki-konumu-uzerine-bir-degerlendirme.html, 31.03.2017
- Yılmaz, Abdurrahman, "Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri", http://www.turkishstudies.net/Makaleler/1475860303_95Y%C4%B1lmazAbdurrahman-sos-1685-1704.pdf, 02.04.2017