



Prof. Dr. ADNAN GÜRİZ'E ARMAĞAN

ANKARA • 2016

Ankara Üniversitesi Yayınları No: 497

Editörler

Doç. Dr. Saim ÜYE
Yrd. Doç. Dr. Eylem Ümit ATILGAN
Dr. E. İrem AKI
Arş. Gör. Zeynep İSPİR
Arş. Gör. Funda KAYA

ISBN: 978-605-136-259-5

Baskı Yeri:
Ankara Üniversitesi Basımevi
İncitaşı Sokak No.10, 06510, Beşevler/ANKARA
Tel: 0312-213 66 55
Basım Tarihi: 26/02/2016





Konularının sayılarına.

Socrates

Polis'in sofistleri tarafından
sarılarla ödüllendirilip, pişirilen dünyeye
gözetki Socrates sofistler tarafından
Ayrıca onun sofistlerle yalan, dolandırıcılık
konusunda olmanın sofist sayılmasının
nedeni olmuştur.

"Bilmediğin şeyi söyleyene güvenme
bilmediğinden emin olma."

Konularının sayılarına ile Socrates

"Tanrıların devletleri bozmuş musallat
ettikleri bir ot sineğinin, başını beyazda
yünçükleri dünde, silyum, ağaçlar,
peplerini birakmaz..." Aynı bu tür
eleştiriler Socrates'e peşkeş oluyordu
de hazandırmıştı.

Kişisel olarak sadece toplumun
güvenine öncelikle verilmesini savun-
muş. İradenin dışından gelen bir
yeterde olmanın öğrenilebilir -
öğretilebilir bir yeterde olduğunu
ileri sürmüştü.

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	xiii
Prof. Dr. Adnan Güriz'in Yaşam Öyküsü.....	xvii
Prof. Dr. Adnan Güriz'in Eserlerinden Seçmeler	xix

ANI YAZILARI

Ülker Gürkan	1
Sevgili Dostum ve Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Adnan Güriz	
Ahmet Ulvi Türkbağ	3
Beyefendi Sözcüğünün Anlamına İlişkin Bir Deneme	
Ali Şafak Balı	7
Geleneği Geleceğe Taşıyan Akademisyen: Prof. Dr. Adnan Güriz	

MAKALELER

Ali Acar	
Halk Sosyolojisi.....	15
Fehmiye Ceren Akçabay	
Hukuka Uymak ya da Uymamak İşte Tüm Mesele Bu: Psikolojik Hukuk Yaklaşımı Çerçevesinde Hukuka Uyuma ve Meşruluk İlişkisi	39
E. İrem Akı	
Bir Hukuksuzluk Örneği Olarak Bekçi <i>Murtaza</i>	73
Şeyda Altuntaş	
Toplumsal Bir Gerçeklik: İntihar.....	85

Tuğrul Ansay

Hukuk Öğretimi ve Prof. Dr. Adnan Güriz..... 125

Duygu Hatipoğlu Aydın

Bir İnsan Hakkı Olarak İnternet 141

Murat Burak AydınJaponya’da Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye’de
Arabuluculuk ve Yaşayan Hukuk 155**Cahit Can**

İlksel Düşünce ve Toplum - Din İlişkileri 203

Dilara Ağaoğlu CanayMelodi ve Hukukun Zaman Farkındalığı: Gerald Postema’nın
Makalesi Üzerinden Disiplinlerarasılığa Bakışla, Müzik ve Hukuk
Konusunda Bir Özet ve Değerlendirme 239**Şule Şahin Ceylan**

Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell 255

Gürgân Çelebican“Deindustrialisation” Gelişmiş Ekonomilerde İmalât Sanayii
Sektörünün İstihdam Hacminde Ortaya Çıkan Görece Azalma 275**Mehmet Onur Çevik**

Aristoteles ve Brecht Işığında “İçimdeki Yangın” 297

Gökçe ÇöçelÖzen Etiği, Uluslararası İlişkiler ve İnsani Müdahale: NATO’nun
Kosova Müdahalesini Özen Etiği Bağlamında Ele Alma 311**Cemâl Dursun**

Roma’da Madenlere Mahkûm Edilme Cezası 329

Kadir Eryılmaz

Körlük Romanının Aristoteles'in Etik Anlayışı Işığında İncelenmesi 343

Fatma İrem Çağlar Gürgey

Türk Hukukunun Aile Kavrayışı 359

Serdar Hoş

Talat Paşa Döneminin Devlet Aklı Bağlamında Değerlendirilmesi 389

Yasemin Işıқтаç

Homo Academicus..... 407

Ulaş KaradağJean Jacques Rousseau'da Kamusal Ekonomi ve Yönetim
İlişkisi Üzerine..... 433**Furkan Kararmaz - Okan Yılmaz**Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Şiddet Sonrası Destek
Stratejisinin Önemi ve Türkiye'deki Durum..... 449**Funda Kaya**

Dünya Bankası ve Yoksulluk 477

Umut KoloşLeon Petrażycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu:
Bir Psikolojik Hukuk Kuramı 493**Mehmet Tevfik Özcan**

Etik ve Hukuk: Hukuksal Pozitivizm Üstüne Yeniden Değerlendirme..... 541

Nadire ÖzdemirAvukatın Sır Tutma Yükümlülüğü: Etik Normlar Kuralın İhlalini
Öngörebilir Mi? 583**Omca Özdemir**

Osmanlı'da "Kadın"ın Hukuku 597

Yağmur Temiz

Kadın ve Fuhuş Gerçeği 637

Deniz Şahin - Tuğba Deniz

Kent Hakkı ve Kentte Yaşayan İnsan 661

Elif Çağla Yıldız

Jeremy Bentham ve Fayda Prensibi 673

ÇEVİRİLER

Aulis Aarnio

Biz Kimiz? Toplumsal, Kültürel ve Hukuki Kimlik Üzerine 685

Çev. Sercan Gürler

Francesco Viola

Hukuki Çoğulculuk ve Hukukun Üstünlüğü 699

Çev. Sercan Gürler

Margaret Davies

Derrida ve Hukuk: Hukukî Kurgular 727

Çev. Rabia Sağlam-Kasım Akbaş

SUNUŞ

Hocamız Prof. Dr. Adnan Güriz anısına çıkarılan bu kitap, uzun bir beklemenin ardından hazırlanmaya başlandı. Bu bekleme “zamanı gelmedi henüzle” ilgiliydi. Bu anlamda kitabı hazırlamak, bir anlamda da Hocanın yokluğunu kabullenmek demektir. Ama bu anlamda zamanın hiç gelmeyeceğini fark etmekle, kitabın hazırlanması çalışmaları başladı. Bu çalışmalara başlamamızda bizi sürekli teşvik eden, Hocanın yakın dostu ve meslektaşı Prof. Dr. Gürkan Çelebican’ın katkılarını belirtmek gerekir. Bu vesileyle kendisine özel olarak teşekkür ederiz.

Ankara Hukuk Fakültesi’nin Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Bilim Dalı, köklü bir bilim dalıdır. Ernst Hirsch, Yavuz Abadan, Hamide Topçuoğlu ve Adnan Güriz’e uzanan bir bilim dalıdır. Bunlar, bilim dalımızın kurucuları ve kökleşmesini sağlayan bilim insanlarıdır. Bu anlamda Adnan Hoca, bir yapı taşıdır. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim dalının yerleşmesini sağlayan bir yapı taşı...

Adnan Güriz yazdığı Hukuk Felsefesi kitabıyla hukuk felsefesi derslerinin vazgeçilmez kaynağını yarattığı gibi, yazdığı Hukuk Başlangıcı kitabıyla da hukuk başlangıcı derslerinin vazgeçilmez kaynağını yaratmıştır. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi derslerinin yanında, Hukuk Başlangıcı dersinin de Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim dalı tarafından verilmesini Adnan Güriz sağlamıştır. Hukuk fakültelerinde hukuk başlangıcı dersinin hukuk felsefecileri tarafından, hukuk metodolojisi şeklinde verilmesini savunmuş ve bizlere de bu savunmasının ne kadar yerinde olduğunu göstermiştir.

Yapılan işin yaşamdaki anlamını görmemizi sağlayan ve bu konudaki yapıp-ettikleriyle hep örnek olan Adnan Hoca, bu anlamı çok hasta olduğu günlerde de bize göstermiştir. O günlerden birinde, bir hastane odasında, hastalığa kendini teslim etmeyip tarafıma doktora sınav kağıtlarının yerini ve onların öğrencilere ilan edilmesini söyleyene kadar kendini tutması ve ardından uykuya dalması, bu anlamı göstermesi yanında, oldukça da sarsıcıdır. Rahatsızlığının nüksettiği son zamanlarında da değerli dostu Prof. Dr. Gürkan Çelebican’a hazırlanan armağan kitabı için yazıyı hazırlamaya devam etmesi ve Hukuk Başlangıcı kitabının yeniden basımını hazırlaması, hep bu anlamı göstermiştir.

Bu anlamda Adnan Hoca, hep yol gösterici olan bir Hocaydı. Henüz çok genç bir araştırma görevlisi iken “felsefe eğitimi almak istiyorum” dediğimde, beni yaşamımı değiştirecek kişiye Prof. Dr. İoanna Kuçuradi’ye gönderen de Adnan Hoca olmuştur. Yaşadığımız öğretim üyeliği ilişkisinde, tahakkümcü olmayan, kırmayan ve karşısındakini gözetici tavrıyla Adnan Hoca hep örnek oldu. Onun sayesinde, diğer kürsülerde olduğundan çok farklı şekilde ilişki kurulabileceğini öğrendik. Birlikte ders verme gururunu tarafıma yaşattığı dönemde de hep yeniliklere açık olup, destekleyici oldu. Uygulamaya yönelik çalışmaları başlattığımda, yanımda oldu. Felsefeyi yaşama geçirdiğimi överek anlattı. Hukuk ve Edebiyat derslerine de birlikte doktora dersi vermeye başladığımızda başladık. Bu derslerin başarısının ardından, lisansa taşıma kararını da birlikte verdik. Hukukta Kadın dersini açmaya karar verdiğimde de başlıca destekçim Adnan Hoca oldu.

Hiç kuşkusuz bu desteklerinde Hocanın nedeni vardı. Ortak kaygıyı birlikte taşıyorduk. Bu da hukuk öğrencilerine hukuk eğitiminde ne kadar yararlı olacağımızla ilgiliydi. Bunu yaparken de gözümüzün dünyaya kapalı olmaması gerektiğini Adnan Hocamdan öğrendik. Hoca, *Hukuk Başlangıcı* ve *Hukuk Felsefesi* kitaplarında Türkçe’de ilk kez “Feminist Hukuk Teorisi” başlığına yer vererek, birçok hukuk öğrencisinin bu teoriden haberdar olmasını sağladı. Yine aynı şekilde *Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk* başlıklı kitabı da bu yönde kişilerin bilgilenmesini sağladı. Prof. Dr. Tuğrul Ansay, Adnan Hocanın bu yönünü ve hukuk eğitimi üzerinde durmasını elinizdeki kitapta yer alan makalesinde şu şekilde belirtmektedir:

Adnan Güriz, belki de değerli bilim adamı Hırş’in etkisiyle, onun alanlarından olan Hukuk Felsefesine merak sarmıştı. Çok okuyor, bilgi dağarcığını geliştiriyordu. Ciddiyeti, vazifesine dikkatli, çalışkanlığı, tevazusu, hoşgörülülüğü gibi meziyetleri ile öğrencilerine ve yeni kuşaklara hepimizin takdirini kazanan bir örnek oluyordu.

İlerideki yıllarda Orta Doğu Teknik Üniversitesinde hukukçu olmayan öğrencilere Hukuka Giriş derslerini farklı şubelerde birlikte vermiştik. Bu derslerde öğrenciler için, o zamanki teknik terimle, teksir derlemesini birlikte hazırlamıştık. Bu derlemede hukukun temelleri hakkında çeşitli yabancı hukukçuların yazdıklarından alıntılar bulunmaktaydı. Bu metinler daha sonra başka üniversitelerde de kullanıldı. Adnan Güriz benim yayınladığım Introduction to Turkish Law kitabında Giriş kısmını yazdı.

Kendi asıl çalışma alanına giren Hukuk Felsefesi ve Hukuka Giriş kitaplarının yanında, kadın hakları, sosyal demokrasi, kapitalist ideoloji gibi güncel sorunları irdeleyen eserlerini ve uzun çalışmalarının ürünü olarak Atasözleri ve Halk Deyimleri ile Çağımızda Türk İnsanı (2006) kitabını yayınladı. Bu arada Güriz’in, son dönemlerde hukuk öğretimine

de önem verdiğini görüyoruz. Bu alanda 13-14 Mayıs 1993'de düzenlediği seminer ve ardından yayınladığı kitap konuyu ne denli benimsediğinin belgeleridir. Güriz'in hukuk öğretimi konusunda düzenlediği seminer ile açtığı çığır bir süre sonra yankısını buldu: Türkiye Barolar Birliği'nin önderlik ettiği Hukuk Öğretimi konulu Seminerde Güriz bir konuşma yaptı. Ayrıca YÖK de, hukuk öğretimi ile ilgili seminerler, toplantılar düzenledi. Bir süreden beri de üniversitelerin hukuk fakülteleri hukuk öğretimi konusunun önemini daha da öne çıkarıyorlar. 2013 yılında Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, 2014'de ise Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin önderliğinde kongre adı altında hukuk öğretimi haftaları düzenlenmiş bulunuyor.

Kitaba anı yazılarıyla Prof. Dr. Ülker Gürkan, Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ ve Prof. Dr. Ali Şafak Balı katkıda bulunarak Adnan Hocanın, çalışkan, özverili, insanları incitmeyen ve herkesin derdini dinleyen kişiliğine dikkati çekmektedirler. Prof. Dr. Tuğrul Ansay, Prof. Dr. Gürkan Çelebican, Prof. Dr. Cahit Can, Prof. Dr. Tevfik Özcan ve Prof. Dr. Yasemin Işıktaç makaleleriyle kitaba çok önemli katkıda bulunmuşlardır. Birlikte Adnan Hocayla çalıştığımız ve bu anlamda yaşanmışlığı paylaştığımız Yrd. Doç. Dr. F. İrem Çağlar da kitaba katkıda bulunanlar arasında bulunmaktadır. Bunun dışında kitapta, Adnan Hocadan ders almış olan genç akademisyenlerin yazıları yer aldığı gibi, hiç ders almamış olanların ve lisansüstü öğrencilerin yazıları da yer almaktadır. Son olarak değerli çevirileriyle de Yrd. Doç. Dr. Sercan Gürler, Yrd. Doç. Dr. Kasım Akbaş ve Yrd. Doç. Dr. Rabia Sağlam kitabın zenginleşmesini sağlamıştır.

Kitabın editörlüğünü yapan Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Bilim Dalının öğretim elemanları Doç. Dr. Saim Üye, Yrd. Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan, Dr. E. İrem Akı, Arş. Gör. Zeynep İspir ve Arş. Gör. Funda Kaya'ya gösterdikleri titiz çalışma ve kitaba katkı sağlayan sayın hocalarımıza, değerli meslektaşlarımıza ve öğrencilerimize gösterdikleri ilgi nedeniyle çok teşekkür ederim. Bu kitap, hepimizin Adnan Hocaya olan bağlılığının, sevgisinin ve saygısının işaretidir.

Gülriiz Uygur

Prof. Dr. Adnan Güriz'in Yaşam yks (1931-2011)

Prof.Dr. Adnan Güriz 1931 yılında Eskişehir'de doğmuştur. Ankara Dördüncü Ortaokulu'ndaki eğitiminin ardından Gazi Lisesi'ne devam etmiş, 1953 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Doktorasını kamu hukuku alanında tamamlayan Prof. Dr. Adnan Güriz, bilimsel çalışmalar yapmak üzere İngiltere ve İsviçre'de bulunmuş, 1960 yılında "Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk" konulu teziyle doçent olmuş, 1970 yılında "Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu" başlıklı profesörlük takdim tezini sunmuştur. 1970 yılında Hukuk Fakültesi dekanlığı görevini de yürüten Güriz, 1961-1963 yılları arasında Orta Doğu Teknik niversitesi'nde ve 1969 yılından itibaren Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi'nde de dersler vermiştir.

Güriz, emekli olduğu 1998 yılından sonra da, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi kürsüsündeki çalışmalarına, verdiği lisans ve yüksek lisans dersleriyle devam etmiştir.

Prof. Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi alanındaki çalışmaları yanında Devrim Tarihi ile, özellikle de Cumhuriyetin kuruluş yıllarından 1960'lara kadar uzanan tarihsel süreçle yakından ilgilenmiş, farklı faklterlerde Devrim Tarihi derslerini de yrtmştir. İngilizce ve Fransızca bilmektedir.

Prof. Dr. Adnan Güriz'in Eserlerinden Seçmeler

Kitaplar

Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Demeci, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:110, Ankara, 1957.

Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 184, Ankara, 1963.

Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:253, Ankara, 1969.

Türkiye'de Nüfus Politikası ve Hukuk Düzeni, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, No:2, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Kapitalist İdeoloji, Phoenix, 2. Baskı, Ankara, 2010.

Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 15. Baskı, Ankara, 2013.

Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2014.

Sosyal Demokrasi İdeolojisi, Phoenix, 2. Baskı, Ankara, 2011.

Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix, 2. Baskı, Ankara, 2011.

Atasözleri ve Halk Deyimleri Işığında Türk İnsanı, Phoenix, Ankara, 2006.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

“Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 12, sayı 1-2, 1955, s.298-315.

“İngiltere’de İcra Vekillerinin Mesuliyeti”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 12, sayı 3-4, 1955.

“Müstahdemin Fiili ile Zarar Arasında İlliyet Rabitası Mevcut Olmadığı Takdirde İstihdam Edenin Kusursuz Mesuliyeti Bahis Konusu Değildir. Karar incelemesi”, **Jurisdictio**, cilt 1, sayı 5, 1957.

“Müsamaha ve Hürriyet”, **Forum**, cilt 13, sayı 154, 1960.

- “Avrupa İnsan Hakları Divanı”, **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, cilt 2, 1962.
- “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu”, **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, cilt 2, 1962.
- “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, cilt 2, 1962.
- “İngiliz Hukukunda Örf ve Adet Kaidelerinin Mer’iyeti Meselesi”, **Adalet Dergisi**, sayı 1-2, 1963.
- “Modern Demokrasinin Temel İlkeleri”, **Forum**, cilt 16, sayı 219, 1963.
- “Bakan Yardımcılıkları Kurulmalı mıdır?”, **Forum**, cilt 16, sayı 223, 1963.
- “Türk Anayasası Işığında Eğitim Sorunu”, **Forum**, sayı 233, 1963.
- “Eğitim Hakkı”, **Eğitim Derneği**, cilt 1, sayı 5, 1963.
- “Bir Felsefe Sorunu Olarak Düşünce”, **Forum**, sayı 242, 1964.
- “Danıştay’ın Bir Kararı Dolayısıyla”, **Forum**, cilt 17, sayı 254, 1964.
- “Niçin Toprak Reformu?”, **Forum**, cilt 18, sayı 265, 1965.
- “Toprak Reformu Yoluyla İlk Adım”, **Forum**, cilt 18, sayı 269, 1965.
- “Devlet Memurları Personel Rejimi”, **Forum**, cilt 18, sayı 273, 1965.
- “Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu”, **Forum**, cilt 18, sayı 275, 1965.
- “İrade Hürriyeti (1)”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 22-23, sayı 1- 4, 1965-1966, s.635-673.
- “İrade Hürriyeti (2)”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 24, sayı 1-4, 1968, s.183-221.
- “Avrupa’da Reform Hareketi ve Mülkiyet Sorunu”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 25, sayı 1-2, 1968, s.237-272.
- “Modern Mülkiyet Kavramı ve Toprak Reformu”, **Türkiye’de Toprak Reformu Semineri (6-8 Haziran 1968)**, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1968, s.69-120.
- “Kırsal Yerleşmelerde Mülkiyet”, **Türkiye Coğrafi ve Sosyal Araştırmalar**, editör: Benedict-Tümertekin-Mansur, İstanbul, 1971, s.87-113.
- “Türkiye’de Siyasi Partilerin Nüfus Politikası Konusundaki Görüşleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 28, sayı 1-2, 1971.

“Evlilik Dışı Birleşmeler ve Bu Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, **Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler** içinde, editör: Adnan Güriz, Peter Benedict, s. 93-162, 1974.

“Land Ownership In Rural Settlements”, **Turkey- Geographic and Social Perspectives** içinde, editör: Benedict-Tümertekin-Mansur, s. 71-91. 1974.

“Türkiye’de Nüfus Politikası ve Kalkınma Planları”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 367, Ankara, 1975, s. 251-269.

“Adalet Kavramı”, **Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s.59-73.

“Kapitalizm ve Hukuk”, **Anayasa Yargısı**, No:10, Ankara, 1993, s.191-222.

“İdeoloji Kavramı Üzerine”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 498, Ankara, 1995, s.1-15.

“Hak Kavramı”, **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, 1997, s.134-150

“Adalet İdesinin Tartışılması”, **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, 1997, s.364-369.

“Adalet Kavramı Üzerine”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, sayı 9, 2003.

“Hukuk Felsefesi Öğretimi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, sayı 11, 2005, s.20-25.

“Sources of Turkish Law”, **Introduction to Turkish Law** içinde, editörler: Ansay-Wallace, Kluwer Law International, 5. Baskı, 2005.

Ceviriler

A.V. Dicey, “Amme Efkârı İle Hukuk Arasındaki Münasebet”, çev.: Adnan Güriz, **Ad. Der.**, sayı 1, 1960, s.48-57.

T.B. Bottomore, “Modern Cemiyette Sosyal Sınıflar”, çev.: Adnan Güriz, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 18, 1961, s.71-99.

Emory S. Bogardus, “Ward ve Gaî Sosyal Düşünce”, çev.: Adnan Güriz, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 22-23, 1967, s.675-690.

SEVGİLİ DOSTUM VE DEĞERLİ MESLEKTAŞIM PROF. DR. ADNAN GÜRİZ

Ülker Gürkan*

Sevgili dostum ve değerli meslektaşım Prof. Dr. Adnan Güriz ile tanışmam 1956 yılında Ankara Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi iken, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'nun yönettiği Hukuk Sosyoloji seminerine katıldığım günlere rastlar. Hocamızla birlikte biz acemi öğrencilerin seminer ödevlerini ve tartışmalarını sabırla ve hoşgörülü tebessümü ile izler, kırıcı olmaktan özellikle sakınarak eleştirilerde bulunurdu. 1957 yılından sonra kırık yılı aşkın bir süre Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Kürsüsü'nde birlikte uyum içerisinde çalıştık. O, ilk tanıştığım günden başlayarak her zamanki sakin, mütebessim ve hoşgörülü tavrını hep korudu. Kendisine yakın arkadaşlarının yönelttiği eleştiri ve muzipliklere kırılmadan ya da kırılma bile belli etmeden, onlarla dostane ilişkilerini sürdürdü. Kürsümüz mensuplarına, asistanlarımıza karşı her zaman nazik ve korumacı davrandı. Hasbelkader başarısız olan asistanlarımıza yardım elini uzatıp, başka yerlerde görev almalarını sağladı.

Sevgili dostum çok çalışkandı; her zaman açık oda kapısından baktığımda daktilosunun başında, kitaplar arasında görürdüm kendisini. Çok okur, kendisini sürekli yenilerdi. Kitap ve makalelerini bir akademisyene yaraşır titizlik ve objektiflikle kaleme alır, şahsi dünya görüş ve eğilimlerini hiçbir zaman empoze etmezdi. Özel sohbetlerde, ülke sorunlarına duyarlılığı, Cumhuriyete ve değerlerine bağlılığı açıkça anlaşılırdı. Onunla bilimsel toplantılara katılmanın ve seyahat etmenin ise apayrı bir zevki vardı.

* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

Adnan Güriz eşine ve oğlu Halûk'a çok değer verir onlardan söz ederken gözleri parlardı. Oğlunun kendisine aldığı kitaplar, onun için bir iftihar vesilesiydi. Kısaca özetlemek gerekirse; O, çevresindeki herkese sevgi ve saygı telkin eden, bilgili fakat mütevazı bir akademisyen ve her şeyden önemlisi her zaman hatırlanacak İYİ BİR DOST, İYİ BİR İNSANDI.

BEYEFENDİ SÖZCÜĞÜNÜN ANLAMINA İLİŞKİN BİR DENEME

Ahmet Ulvi Türkbağ*

1990'ların sonunda İstanbul Barosu'nun Tünel'de bulması gayet müşkül, o zamanki eğitim merkezinde ilk HFSA toplantısı yapılıyordu. Bu toplantıda yalnızca Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyeleri ve araştırma görevlileri vardı. Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz Hoca toplantının amaçları ve gelecekte yapılacaklar hakkında bilgi verirken, o tarihte araştırma görevlisi ve HFSA raportörü olan F. İrem Çağlar toplantıyı kayıt altına almakta, öneri ve katkıları sıralamakta Hayrettin Hoca'ya yardımcı oluyordu. Loş küçük salonun sağ tarafında hemen hepsini tanıdığım meslektaşlarımın arasında oldukça hasta olmama rağmen biraz heyecanlı, biraz endişeli oturuyordum. Çünkü rahatsızlığım nedeniyle sunum yapamayacaktım ve bunu henüz toplantı komitesine (ki bu Hayrettin Hoca demekti) iletememiştim.

“Bu toplantıları düşünmeniz faydalı oldu” diyen ve yanımda oturduğu halde konuşana dek dikkat etmediğim ve tanımadığım birkaç hocadan birine ait olan, bu hem tonlu hem de mükemmel Türkçe telaffuzlu ses beni kendi kaygılarımdan bir an için sıyırdı. Hoca sözünü bitirdikten sonra ona toplantılarda kullandığım kısık sesimle kendimi tanıttım, o da son derece mütevazı ve içten bir tavırla, öncelikle benim adımla duyduğunu belirten bir mimiğin ardından Ankara'dan Adnan Güriz olduğunu ifade etti.

Toplantı arasına birlikte çıktık ve salonun dışındaki ardiye ya da sahne arkasını andıran bölmede ayaküstü konuşma fırsatı bulduk. Ankara Hukuk

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ile İstanbul Hukuk'un, hukuk felsefesine ilişkin yaklaşımı (ilki daha ziyade hukuki pozitivist, ikincisi doğal hukuk ağırlıklı), mesleğin özellikleri, kürsü içi ilişkiler gibi birçok konuda oldukça kısa bir zamanda ciddi bir fikir alışverişinde bulunduk. Belki inanılması zor ama bu konuşma meslek hayatımı şekillendiren konuşmalardan biri oldu. Çünkü Adnan Hoca'nın anabilim dalımızın tarihine, fakültelelere, mesleğe, bilimsel araştırmaya ilişkin görüşleri öyle aydınlatıcıydı ki bu benim için unutulmaz bir andı. En önemlisi de bana kendinden, Ankara Hukuk geleneğinden örnek vermek için söylediği son birkaç sözdü. Bu sözler aslında, benim durumumu çok iyi tahlil etmiş ama beni kırmamak, iletişimimizi fikir alışverişi yapan iki meslektaştan hiyerarşik bir öğretici-öğrenci diyaloguna indirgemek istemeyen Adnan Hoca'nın zarafet ve nezaketinin mücessem haliydi. Aranın ardından, salondan içeriye girerken önümde yürüyen hocamın, istisnai bir şahsiyet olduğunu anlamış ve farklı bir ruh haliyle sırama oturmuştum. Prof. Dr. Cahit Can Hoca'nın mükemmel anlatımı ve heyecanı ile yaptığı sunumu hayranlıkla izlerken bir yandan da Adnan Hoca'nın bilgeliğini bir bakıma temaşa ediyordum.

“Ahmet Ulvi Bey yemekte bize katılmayı lütfeder misiniz?”, Adnan Hoca'mla bu kez Ankara Hukuk'un Mahmut Esat Bozkurt toplantı salonundayız. Tanıma şerefine nail olamadığım Hamide Topçuoğlu'nu Anma Toplantısında birlikte oturuyoruz. Katılamayacağının söylenmesine rağmen Hoca bir sürpriz yaparak gelmişti, bizim nesil geçen on yıldan uzun sürede yaşlanmış, hoca ise daha bir olgunlaşmış, bilgeleşmişti. Öğle yemeği teklifini memnuniyetle kabul etmemin ardından toplantı çıkışı binanın arka bahçeye bakan kapısında buluşacaktık ama bu kapıyı aslında bilmediğimi çıkışta anladım. Adnan Hoca'm her zamanki gibi tedbir almış ve beni yönlendirmeleri için Prof. Dr. Ali Şafak Balı başta olmak üzere birkaç kişiye haber bırakmıştı. Ben sonunda buluşma noktasına ulaştığımda taksinin Adnan Hoca'mla birlikte Cahit Hoca'mı, Ali Şafak'ı ve beni almaya geldiğini gördüm. Bu kısa yolculuk Ankara Oteli'nin yemek salonuna kadar sürecekti ama benim için yine unutulmaz bir yolculuktu. Gideceğimiz yer oldukça kısa mesafe ve trafik açısından yoğun bir yer olduğundan taksi şoförünün bizi pek memnuniyetle karşılamayacağını düşünüyordum. Ancak Adnan Hoca'mın farklı havası, gerçek bir beyefendi oluşu onu yalnızca bizim gözümüzde değil meslek dışındaki kişilerin gözünde de farklı kılmıştı. Şoför bizi büyük memnuniyetle gideceğimiz yere bıraktı. Yemek sırasında hocamın tavırları, konuştukları beni yine derin düşüncelere saldı. O sırada bir sözcüğün anlamının, sözlükte değil hayatta karşılık bulacağını gayet iyi anladım. **Beyefendi!** Erkeklerle cömertçe söylenen bu ifade aslında Adnan

Hoca'da tam anlamıyla karşılığını buluyordu. (Bu Weber'in kullandığı biçimde arketiptik (archetypical) bir tavır değildi çünkü Weber, arketipi mükemmel değil asgari anlamda kullanır.) Cahit Hoca'nın, Hamide Hoca'nın hoşgörüsüne ilişkin kendi hayatından anlattığı oldukça neşeli bir öykü ile yemeği bitirdik. Ben tıpkı Adnan Hoca ile ilk karşılaşmamda olduğu gibi hocamda açıkça görülen insan sevgisinin, gerçek ve tam bir beyefendiliğin anabilim dalımızın da katkısıyla gerçekleşebilen bir karakter özelliği olduğunu, dolayısıyla yetişen arkadaşlarda da Adnan Hoca'm gibi tezahür ve tecessüm edeceği konusunda umutlandım.

Kalktıktan sonra Adnan Hoca'dan bir dahaki sefere mutlaka bizim misafirimiz olacağı sözünü alarak ayrıldık, ben ise bu sırada hem yürüyor hem de her karşılaştığımızda, neden hocanın üzerimde böyle farklı bir etki bıraktığını düşünüyordum. Sanırım Adnan Hoca sizi çok iyi anlıyordu, hatta duygularınızı içtenlikle paylaşıyordu. Öyle ki ona kendinizi anlatmanıza, size şöyle davranıldığında mutlu olacağınızı, incinmeyeceğinizi açıklamanıza gerek yoktu. Adnan Hoca size derin bir bilgelik ve engin bir insan sevgisinin karışımı olan beyefendilikle öyle farklı davranıyordu ki, onda hayata ilişkin bir örnek bulmamak mümkün değildi.

GELENEĞİ GELECEĞE TAŞIYAN AKADEMİSYEN: PROF. DR. ADNAN GÜRİZ

Ali Şafak Balı*

Çok sevdiğim, daha çok da saygı duyduğum, rehber edindiğim, talebesi, asistanı, arkadaşı, evladı olmakla şeref duyduğum, muhterem hocam Adnan Güriz'in yüreğimin en derinlerindeki hiç solmayacak engin hatırasına;

Sonsuz minnet ve şükran duygularıyla...

Örnek Akademisyen

Hukuk öğrenciliğim sırasında, özellikle pozitif hukuk bilimi yaklaşımının ve mevzuatçı öğretim anlayışının iticiliği dolayısıyla akademisyen olmayı hiç düşünmemiştim. Mezuniyetimin hemen sonrasında, benim açımdan olabilecek en iyi ihtimal, “hukuk felsefesi anabilim dalı araştırma görevliliği” sınavı açılmamış olsaydı, belki de hiç düşünmeyecektim. Avukat ve hakim olmayı da asla düşünmeyen, ancak mevcut şartlar çerçevesinde, sistem gereği tamamen şansa bağlı olmasına rağmen “savcılık” hayali kurmakta olan benim için bu fırsat, sıkı sıkıya sarılmam gereken bir can simidi gibiydi.

Böylece akademik hayata, aslında biraz da tesadüfen adım atmış oldum. Gözümü açar açmaz ise, öğrenciliğimde zaten saygı duyduğum, sonrasında da akademisyenlik vasfı ile de mesleki açıdan kendime rehber edineceğim, insani nitelikleriyle de ömrüm boyunca hayranlıkla yâd edeceğim çok sevgili Hocam Adnan Güriz'i tanıdım. O gün bugündür, meslek hayatımın her aşaması ve kararında, O'nun ilkeleri çerçevesinde yaşıyor ve O'nun akademik duruşunu yaşatmaya çalışıyorum. Bir insan olarak da olabildiğince O'nun ışığını takip etme gayreti içerisindeyim.

* Prof. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Adnan Hocamın, heybetli görünümüne rağmen, bir baba şefkatiyle çarpan yumuşacık yüreği, mesleğine aşk derecesinde bağlılığı ve öğrencisine karşı tavrında açığa çıkan “insana saygısı” büyüleyici bir etki oluşturmuştu bende.

Her zaman ve her yerde göğsümü kabartarak söylüyorum ve söylemeyi sürdüreceğim: Eğer ben akademisyenlik adına “iyi ve doğru” şeyler yapabiliyorsam, bu sayın hocam Adnan Güriz’in eseridir...

Geleneği inkâr etmeden geleceği inşa etmek arzusundaydı...

Adnan Hocam tam bir Osmanlı beyefendisi olması yanı sıra modern Türkiye Cumhuriyetine samimiyetle inanmış, ikisi arasında sentezci bir zihniyeti özümseyerek, yaşam biçimine dönüştürmüş, bu yolda toplumun bilinçlenmesi için elinden geleni yapmış; öğrencilerine, olabildiğince hoşgörülle, anlayışla bıkmadan yorulmadan modern Türkiye’nin değer ve önemini anlatmaya çalışarak geçirmiştir tüm akademik yaşamını...

Hayatının son anlarına kadar hep okudu ve yazdı...

Akademik kariyeri sürecinde yazdığı, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk* (1963), *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu* (1969), *Türkiye’de Nüfus Politikası ve Hukuk Düzeni* (1975) isimli çalışmalarından sonra 1980’lerden itibaren bir taraftan ders kitapları yazarken, diğer taraftan da çok önemli monografik eserler vermeye devam etti. *Hukuk Başlangıcı* ve *Hukuk Felsefesi* gibi hâlâ Türkiye’de daha iyileri yazılamamış olan ders kitapları birçok yeni baskı yaptı. Son yıllarda özellikle iki temel alanda çok çalıştı ve çok değerli eserler verdi. Toplumsal geleneğin insan davranışları ve hukuk üzerine etkisini göstermeye çalıştığı, *Atasözleriyle Türk İnsanı* kitabı ve ideolojiler ile hukuk ilişkisini tartıştığı; *Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk*, *Sosyal Demokrasi İdeolojisi*, *Kapitalist İdeoloji* başlıklı kitapları bu çalışmanın ürünleri olarak peş peşe yayımlandı.

Özellikle bu son konu, ülkemizde son yüzyıldır, ama esas itibarıyla çağdaş dünyada son üç yüzyıldır hukuksal deformasyonu anlamak bakımından çok önemli olmasına rağmen, maalesef çok az tartışılmış, daha az bilimsel inceleme konusu yapılmış, hele de hocam Adnan Güriz’in ele aldığı tarz ve boyutta hiç kimse tarafından çalışılmamıştır. Özetle, bizi öksüz bıraktığı güne kadar, hala “tüm insanlığa” faydası dokunacak bilimsel konularda çalışmakta, bu çetrefil konuları dikkatimize sunmaktaydı.

Onu, çalıştığı konuların önem ve ciddiyetini bugün bile anlamayan akademisyenlerin bulunduğu bir ülkede, hocamın bilimsel vasfını, ileri görüşlülüğünü kelimelerle anlatmaya çalışmanın ne kadar zor olabileceğini, sanırım, sadece arif olanlara söyleme gereği yok...

Düşünürdü...

Hem de, çok iyi “düşünürdü”; asla önyargılar ve peşin hükümlerle hareket etmezdi. Sürekli rasyonel analizler yapar, düşüncelerini yazılı hale getirmeden ya da geniş kitlelerle paylaşmadan önce, mutlaka konunun ilgilileri ve özellikle de uzmanları ile müzakere ederek, test ederdi.

Bilgilerini paylaşmaktan geri durduğuna asla şahit olmadım. Çağdaş felsefi düşünceye ve pozitif bilimlere yönelik ilgisi sürekli canlı ve dinamikti. Okuduklarını ve duyduklarını hemen paylaşır, kim tarafından olursa olsun, yapılan analizleri dikkatle takip eder, okur, dinler, kendi çıkarımlarını da açıklıkla ifade ederdi...

Ülkemizdeki, o günlerdeki hızlı siyasal değişim ve dönüşümü anlamaya çalışırdı.

Ülke gündemini de dikkatle ve çok iyi takip ederdi. Şüphesiz onu üzecek, sinirlendirebilecek pek çok gelişme de olurdu. Ancak bir kez olsun infiale kapıldığına şahit olmadım, ağzını bozduğunu, sesini yükselttiğini görmedim. Onun bütün derdi, içinde yaşadığı toplumun ve özellikle rol aldığı akademik sürecin, ülke geleceğinde söz sahibi olacak aydınlık zihinli gençler yetiştirebilmesiydi. Mesleki yaşamını buna vakfetmişti demek, sanırım, abartı olmaz.

Gençler, ne kadar aykırı, ne kadar şımarık ve ne kadar boş sözlerle çıkarsa çıksınlar karşısına, hep sonuna kadar dinler, asla incitmeden, kırmadan, üzmeden bilgece sözlerle yatıştırırdı onları...

Duyarlıydı, hiçbir zaman nemelazımcı olmadı...

Anadolu'nun küçük il ve ilçelerinden gelip, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hasbelkader asistan olmayı başarabilen bizlerin, *gözde* kolejli meslektaşları kadar itibar görmediği, dezavantajları dolayısıyla fazlaca yıpratıldığı bir dönemde, çok sevgili hocam, benim bile sonradan fark edebildiğim bir zarafet ve incelikle, bu dönemi en az hasarla atlatmamı sağlamıştır. Örneğin, yabancı dil eksikliğini gidermeme zaman tanımak için, yabancı dile hâkimiyet gerektirmeyen bir tez konusu önermek, Fakülte kütüphanesinin nasıl kullanılacağından, hukuk felsefesinin temel kaynaklarına nasıl ulaşılabileceğine kadar teknik düzeydeki konularla bile bizzat ilgilenmek gibi fedakâr ve alicenap tavır ve yaklaşımlarıyla hem yolumu açmış, hem de ufkumu aydınlatmıştır.

Yine, haksızlığa uğradığımı düşündüğüm için, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden çokça kırgın, evde çocuk bakmak üzere, ayrılıp

gittiğimde de, akademisyenliğe dönmem için olağanüstü çaba harcamış, Karadenizli inadımı kırarak, bin bir çabayla Selçuk Üniversitesi'nde ilan edilmesini sağladığı bir araştırma görevliliği kadrosuna başvurmam konusunda beni de ikna etmiştir. Böylece kariyerime devam etmemde en önemli paya sahip olmuştur. Özetle, eğer bugün hala akademideysem, bu kesinlikle sayın hocam Adnan Güriz sayesinde.

Minnettarım. Hatırasına, altında ezilecek denli, borçluyum...

Vefanın sadece küçüklere özgü bir haslet olmadığını öğretti...

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, o zamanın tabiriyle, asistan olduğumda benimle irtibatını kesmemiş, resmi / akademik çerçevede danışmanlığımı üstlenmiş, ama daha önemlisi, kişisel düzeyde, her zaman aile sıcaklığı hissetmemi sağlayan yakın ilgi ve desteğini hiçbir zaman esirgememiştir. Yurtdışına gitmiş olmam, diğer bazı şartlar ve çalışma konuları değişikliği gibi sebeplerle, doktora tezini kendisi ile tamamlama imkânı bulamamışsam da, kişisel ilişkilerimizde herhangi bir kopuş ya da aksama olmamıştır.

Eğer, olur da, ben kendisini ziyaret etmeyi ya da aramayı geciktirmişsem, mutlaka aramış, asla sitem etmeksizin, hatırımı sormuş ve birlikte yemek ve sohbet için davet etmiştir. Bunun üzerine, o günün şartlarında her seferinde mümkün olmamışsa da imkânlar elverdikçe, başka sebep aramaksızın, Konya'dan günübürlük Ankara seyahatleri yaparak, Fakülte'de ya da evinde kendisiyle buluşup doyumsuz sohbetine tanıklık etmiş, çok yararlı tavsiyelerini alarak, her seferinde biraz daha tamamlanmış olarak dönmüşümdür Konya'ya...

Demokrasiye inanırdı, çoğulcuydu, hoşgörülüydü...

Özellikle evine yaptığım ziyaretlerde, akademik konular dışında, güncel siyasete ilişkin ne düşündüğümü ısrarla sorgular, bazı yeni siyasi oluşumlara ilişkin, "sen onları daha iyi biliyorsun" taltifiyle düşüncelerimi öğrenmek isterdi. Her fikir onun için değerliydi. Milliyetçi, muhafazakâr, liberal ya da sosyalist diye insanları damgalamaz, toplum iyiliğine gördüğü her türlü fikri hoşgörüsüyle karşılar ve desteklerdi.

Bununla birlikte, ülke insanının giderek kapitalistleşmesinden, kendi tabiriyle, "kısa yoldan köşeyi dönme" felsefesine sarılmakta olmasından rahatsızlık duyar, bunun insan kalitesini olumsuz yönde etkilediğine, durumun giderek daha da vahim bir hal alacağına ilişkin endişelerini dile getirirdi.

Aydınlık bir zihne sahipti, akademinin gidişatından kaygılıydı...

Özellikle akademik camiadaki yozlaşmayı bir türlü içine sindiremiyordu. Rahmetli Özal'ın politikalarını en çok bu açıdan eleştirirdi. Kolay unvanlar verilmesinden, niteliksiz kimselerin akademisyen olarak atanmasından hoşnut değildi. Kendi zamanında üniversite mezunlarının en niteliklileri bu mesleği tercih ederken, şimdilerde, tabir caizse başka yoldan köşeyi dönemeyecek olanların akademisyenliği tercih etmesine anlam veremiyordu.¹

Onun temel meselesi, nereden gelmiş, hangi liseyi bitirmiş olursa olsun, akademisyenliğin hakkını verebilecek nitelikleri haiz kimselerin bu mesleğe atanmasıyla ilgiliydi. Tek ve en önemli kaygısı, Modern Türkiye Cumhuriyetinin geleceğini inşa edecek nitelikli gençler yetiştirebilecek kalitede akademisyenlerin yetişmesiydi.²

Ve Veda...

Şimdi tam olarak tarihi ve içeriğini hatırlamıyorum ama çok muhtemeldir ki, merhum hocamız Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'nu Anma Toplantısı ya da sonraki başka bir bilimsel etkinlikti. Türkiye'nin farklı il ve üniversitelerinden ağırlıklı hukuk felsefesi ve sosyolojisi anabilim dalı öğretim üyeleri olarak Ankara'da toplanmıştık. Etkinlik Ankara Hukuk Fakültesi'nde gün boyu sürecekti. Sabah oturumu yapıldı. Adnan Hocam son zamanlarda geçirmiş olduğu ağır bir sağlık probleminden sonra, eskiden kaçırmak istemediği bu tür etkinliklere daha seyrek katılıyor, fazla kalamıyordu. O gün sabah erken sayılabilecek saatte oradaydı. "Biliyorsunuz artık, çok çıkamıyorum" dedi. Ancak belli ki, o da meslektaşlarından ziyade evlatları olarak gördüğü bizleri özlemişti. Her zamanki nezaketiyle, sık görüşemez oluşumuzu da kendi mazeretine bağlıyordu.

Öğlen oldu, yorulmuştu, gitmekten bahsediyordu. Öğle yemeği, tüm katılımcılarla birlikte Fakülte'de yenecekti. Hep birlikte Hukuk Fakülte'sini,

¹ Ancak bilinmelidir ki, bütün bunları, Anadolu'nun küçük bir ilçesinden çıkıp gelerek, yarım yamalak bir yabancı dil bilgisiyle asistan atanmış bana anlatırken, asla, o dönemde pek çok diğerlerinin açıkça yaptığı gibi, sınıfsal, etnik ya da siyasal kimlikler üzerinden bir ayırım yapmadığımı da ortaya koymuş oluyordu.

² Burada kısa bir parantez açarsak, aslında Rahmetli Özal da, Anadolu'nun çeşitli il ve ilçelerinden merkezdeki üniversitelere pek çok zorluk ve dezavantajlara rağmen gelebilmiş, fakültelerini başarıyla bitirebilmiş milli ve manevi değerlerine düşkün idealist gençlere akademisyenliğin kapılarını açarken, farklı bir dünya görüşü çerçevesinde, ama nitelik bakımından, aynı kaygıları taşımıştır. Ancak, maalesef aradan geçen zaman rahmetli Özal'ın ideallerinin gerçekleşmesine imkân vermedi, dolayısıyla, sayın hocam Adnan Güriz'in kaygılarını haklı çıkardı...

Adalet Meslek Yüksekokulu'na bağlayan koridorda yürüyorduk. Bana “yanımdan ayrılma” dedi. Yemekten önce Fakülte'nin bu alanındaki yeni düzenlemelere ilişkin bazı tanıtımlar yapıldı. Sıra, hep beraber yemek salonuna inmeye gelmişti. Merdivenin başına geldiğimizde duraksadı. İnme niyeti yoktu. Etrafına bakındı ve “Ahmet Ulvi'yi (Türkbağ) görebiliyor musun?” dedi. Fazla uzağımızda değildi. Ekledi, “Sizi yemek için başka yere götüreceğim. Buraya inmek, çıkmak benim için zor olacak, hem aşağısı kalabalık, konuşamayız.” Ahmet Ulvi Türkbağ'ın gelişini beklerken koridorda Cahit Can Hoca belirdi, yemek salonuna inmek üzereydi. Selamlaştık, ayaküstü hal hatır soruldu. Adnan Hoca, ona da bize katılmasını teklif etti. Cahit Hoca da memnuniyetle kabul etti. Birlikte Fakülte'den ayrıldık ve bir taksile şimdi ismini hatırlayamadığım Kızılay'a yakın meşhur eski Ankara lokallerinden birisinin ikinci katındaki yemek salonuna asansörle çıktık. Salon oldukça tenhaydı. Pencere kenarında bir masaya oturduk. Yemeklerimizi sipariş ettik, keyifli bir sohbet daldık. O arada kim akıl etti hiç hatırlamıyorum ama bir garson dördümüzün fotoğrafını çekti. Resimlere pek girmeyen, bilemiyorum belki de resim çekirtmeyi sevmeyen Adnan Hocam, itiraz etmediği gibi, bu anın belgelenmesinden hoşnut gibiydi. Aylar sonrasında o resmi telefonumda bulunca hazine bulmuş gibi hissettiğimi hatırlıyorum.



Aradan çok zaman geçti. Hocamla tekrar yüz yüze görüşme imkânı bulup bulamadığımızı çok iyi hatırlayamıyorum. Ama telefonla görüşmüştük. Belki de, en son, kendisi beni, yeni baskılarını yaptığı kitaplarını gönderdiğini haber vermek üzere aramış, vesileyle hatırımı sormuştu. Sonraki aramalarım da, kendisi bizzat telefona gelememişti.³ Sadece giderek sağlık durumunun kötüleştiğine dair birbirimizden haberler alabiliyorduk. Hemen her birimiz, kötü haber almaktan korktuğumuz için, sağlığını sormak üzere evini aramaktan çekinir olmuştuk...

Zaten kısa bir zaman sonra evinden hiç çıkamaz oldu...

Ankara'da, Hukuk Fakültesindeki arkadaşlarımız, sağlık durumunu yakinen takip ediyor ve uygun olan ilk fırsatta tüm Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi öğretim üyelerinin (hiç kuşku yok ki her birimiz üzerindeki emeği yadsınamaz) katılımıyla emekliliği vesilesiyle hocamıza bir veda yemeği düzenlemeyi planlıyorlardı. Ancak, aradan aylar geçti, maalesef olmadı.

Adnan Hocam bir daha evinden çıkamadı. Onun yerine, kötü haber geldi. Bir çınarı, hocamızı, ailemizin en büyüğünü ama en önemlisi çok değerli bir insanı kaybetmiştik...

Özlüyoruz... Hiç dinmeyecek... Ruhu şad, mekânı cennet olsun...

³ Hocam hayatının sonuna kadar cep telefonu kullanmayı hep reddetti. Ancak buna rağmen kendisine en kolay ulaşılabilir akademisyen unvanını ise hiç yitirmedi.

HALK SOSYOLOJİSİ *

Ali Acar**

GİRİŞ

Bu çalışmada, detayları sosyolog Michael Burawoy tarafından 2004 yılı Amerika Sosyoloji Derneğinin açılış konuşmasında ortaya konulan ve daha sonra sosyoloji disiplininde uluslararası düzeyde yeni bir gündem oluşturan *halk sosyolojisi*¹ kavramı ele alınacaktır.

Sosyolojinin araştırma ve inceleme alanlarından biri de sosyal/ toplumsal hareketlerdir. Peki, bir sosyal bilim dalı olarak sosyolojinin kendi içinde böyle hareketler var mı? Halk sosyolojisi olarak ortaya atılan kavram etrafında ve onun savunucuları tarafından teorinin uygulamaya konulması noktasında böyle bir sosyal hareketin ortaya çıkmakta olduğu söylenebilir. Ya da denilebilir ki, adeta bir manifesto niteliğinde olan halk sosyolojisinin temel tezleri, sosyologları toplumsal sorunlarla farklı bir şekilde meşgul olmaya yönlendirmekte ve bazı noktalarda da kitleleri yönlendirmeye dönük bir çağrı yapmaktadır.²

Halk sosyolojisi, sosyoloji bilimine getirilen yeni bakış açısı ya da bir başka ifadeyle söylenirse, yeni bir sosyoloji pratiği önerisidir.³ Nitekim aynı

* Değerli Hocam Adnan Güriz'in aziz anısına, saygıyla.

** Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Makalede "public sociology"nin Türkçe karşılığı *halk sosyolojisi* olarak çevrilmiştir. Ancak terimi Türkçeye, *kamusal sosyoloji* ya da *halk için sosyoloji* olarak çevirmek de mümkündür.

² Michael Burawoy, "For Public Sociology-2004 Presidential Address" *American Sociological Review* 70 (2005a), s. 25.

³ Andrew Abbott, "For Humanist Sociology" *Public Sociology-Fifteen Eminent Sociologists Debate Politics and the Profession in the Twenty-First Century*, içinde (ed. Dan Clawson, et al.) University of California, Berkeley 2007, s. 208. Tam da bu noktada bir hususa işaret etmek gerekli ve faydalı olabilir. Halk sosyolojisinin bir sosyal hareket olarak değerlendirilmesi, onun bir sosyoloji yapma pratiği olarak incelenmesinden farklı bir duruma vurgu yapmaktır. Bu noktada şu örneği vermek, belki denilmek isteneni daha anlaşılır kılacaktır. Örneğin feminizm, genel bir sosyal teori olmasının yanında sosyoloji

ada sahip internet sitesinde, halk sosyolojisi bir sosyolojik reform hareketi olarak nitelendirilmiştir.⁴ Burawoy'un ortaya koyduğu bu projeden hareketle belirtilebilir ki halk sosyolojisi, giderek artan özelleştirme ve piyasalaştırma olgusu karşısında, sivil toplumu koruma ve onu ön plana çıkarma hedefinde olan bir harekettir. Halk sosyolojisinin temel iddiası, piyasayı ve piyasanın gereklerini öne çıkaran ekonomi karşısında ve devleti ve siyasi istikrarı öne çıkaran siyaset bilimi karşısında sosyolojinin tek dayanak noktası ve savunma aracının sivil toplum olduğudur.⁵

Bir kavram olarak halk sosyolojisi, 1980'li yılların sonundan itibaren Amerikan sosyoloji literatüründe yerini almaya başlamış, ancak geniş bir kitleye yayılması 2000'li yıllara rastlamıştır. İlk olarak 1988 yılında, dönemin Amerikan Sosyoloji Derneği (ASA) Başkanı Herbert J. Gans kavrama ilham vermiştir.⁶ Onu geniş bir kitleye yayan ise, yukarıda belirtildiği üzere, yine dönemin (2004) Amerikan Sosyoloji Derneği Başkanı Michael Burawoy olmuştur.

Kavram, sosyolojiye normatif bir bakış açısıyla yaklaşarak, yeni bir sosyoloji yapma pratiği önermektedir. Sosyolojide reform hareketi olarak adlandırılmasının bir sebebi de bu normatif bakış açısıdır. Bu anlamda, halk sosyolojisi kavramı, Amerika'nın tanındık üniversitelerinden biri olan Kaliforniya Berkeley Üniversitesi Sosyoloji Bölümü'nde kurumsal ve sistematik bir şekilde uygulamaya konulmuştur. Günümüzde teori, destekçisi⁷ olduğu kadar eleştireni ve karşı çıkkanı⁸ da olan bir teori olarak karşımızda durmaktadır. Ayrıca Burawoy'un ortaya koyduğu kimi unsurları düzeltmeye tabi tutup projenin bütününe savunanlar da vardır.⁹

içinde bir sosyal harekettir de ve bu bakımından yukarıda işaret edilen hususun en güçlü temsilcisi de feminizm akımıdır denilebilir. Benzer bir örneği hukuk alanından da verebiliriz. Örneğin, Amerika menşeli olan eleştirel hukuk okulu, yeni bir hukuk öğretisi getirmesi yanında, yeni bir hukuk pratiği de ortaya koyarak adeta bir sosyal hareket olarak kendini göstermiştir.

⁴ www.publicsociology.com Ayrıca bkzn. Robert Zussman and Joya Misra, "Introduction" *Public Sociology-Fifteen Eminent Sociologists Debate Politics and the Profession in the Twenty-First Century*, içinde (ed. Dan Clawson, et al.) University of California, Berkeley 2007, s. 4.

⁵ Burawoy, 2005a, s. 24-25.

⁶ Herbert J. Gans, "Sociology in America: The Discipline and the Public American Sociological Association, 1988 Presidential Address" *American Sociological Review* 54 (1989), s. 1-16.

⁷ Destekçiler için bkzn. Vincent Jeffries (ed.), *Handbook of Public Sociology* (Lanham; Boulder; New York: Rowman & Littlefield 2009a).

⁸ Kavrama karşı olanlar bakımından en şiddetli duruşu Mathieu Deflem, <http://www.savesociology.org/> adlı internet sitesinde sergilemiştir.

⁹ Raymond A. Morrow, "Rethinking Burawoy's Public Sociology: A Post-Empiricist Reconstruction" *Handbook of Public Sociology*, içinde (ed. Vincent Jeffries), Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York 2009, s. 51 vd.

A. Halk Sosyolojisi Kavramının Arka Planı

Öncelikle Burawoy'u halk sosyolojisi kavramını ortaya atmaya sevk eden etkenlerin ne olduğuna bakalım. Böylelikle, kavram daha bütüncül bir şekilde ele alınıp anlaşılır kılınabilecektir.

Burawoy'a göre günümüzdeki sosyolojiyi yeniden inşa etmenin, onu değiştirmenin en temel nedeni, sosyoloji disiplininin özellikle Amerika'da ve genel olarak dünyada hak ettiği önemi görmemiş olmasıdır. Bu da esasen, sosyolojinin, ontosu olan halktan uzaklaşmış olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁰ Bunun bir sonucu olarak da sosyoloji, üretilen toplumsal politikalar veya toplumsal sorunları çözme adına ortaya atılan önerilere müdahil olmaktan uzak kalmıştır. Bu işlevi daha çok ekonomi ve siyaset bilimi üstlenmiş ve üstlenmektedir.

Burawoy, yeni bir sosyoloji yapma pratiği geliştirmenin bir diğer önemli nedeni olarak küreselleşmeyi görmektedir. Ona göre bugünkü küreselleşme eksik veya tamamlanmamış bir küreselleşmedir. Bununla kastedilen, bugünkü küreselleşmenin temel dinamiğinin daha çok, ekonomi temelli olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, bugünkü küreselleşmenin yürüngesi, neo-liberal ekonomi politikaları tarafından belirlenmektedir. Sonuç olarak, küreselleşme sürecinde Burawoy'un halk (veya küresel sivil toplum) dediği unsur, bu süreçte olmadığı gibi, bu süreç tarafından ezilmiş ve yok edilmek üzeredir.¹¹ Dolayısıyla, bu süreç karşısında sosyoloğun benimseyeceği tavır, halkı savunmak, onun yanında yer almak olmalıdır, çünkü halk veya sivil toplum alanı, sosyolojiye terk edilmiş tek alandır. Bu gerçek, iktisadın neo-liberal politikaların destekçisi olması veya siyaset biliminin devlet alanının ve istikrarın savunuculuğu yapması göz önünde bulundurulduğunda son derece aşikârdır.

Hal böyle olmakla birlikte, yani küresel boyutta halk veya kitle hâlâ küreselleşme sürecinde yer almamakla birlikte, Burawoy'a göre günümüzde insanlık, ulus devletlerin sınırını aşan küresel ölçekli sorunlarla karşı karşıyadır. Örneğin iklim değişikliği, enerji krizi, hastalıklar vb. Buna rağmen bu sorunlara çözümler, hâlâ ulus devlet sınırları içinde aranmaktadır.¹² Bu tespitlerin doğal bir uzantısı olarak şu soru karşımıza

¹⁰ Bu husus, kavramın ilk fikir babası olarak kabul edilen Herbert Gans'ın da özel olarak vurgu yaptığı bir husustur. Gans, 1989, s. 1.

¹¹ Burawoy, 2005a, s. 7.

¹² Michael Burawoy, "Facing an Unequal World- Challenges for a Global Sociology" *Facing an Unequal World-Challenges for a Global Sociology Volume One*, içinde (ed. Michael Burawoy, Mau-kuei Chang, and Michelle Fei-yu Hsieh), Institute of Sociology, Academia Sinica, Taipei 2010, s. 3.

çıkılmaktadır: Peki bu ve buna benzer küresel ölçekli sorunlar karşısında sosyolojinin konumu ne olmalıdır? Burawoy'un bu soruya verdiği cevap şöyledir: Eksik olarak karşımızda duran ve neo-liberal politikalarla yönlendirilen küreselleşmenin ötesine geçecek, küresel süreçte sivil toplumu ön plana çıkaracak ve onu savunacak yerel ve küresel ölçekli yeni bir sosyoloji pratiği geliştirilmelidir. Yani sosyoloji, küresel (ve yerel düzeydeki) problemlere çözüm üretmede (bir şekilde) bir rol üstlenmelidir. Bunu yaparken, her şeyden önce sosyoloji camiasının kendine, diyalog ve hesap verilebilirlik ışığı altında, küresel bir nitelik atfetmesi gerekmektedir.¹³

Fakat Burawoy, neo-liberalizmle çevrelenmiş ve eşitsizlikler¹⁴ üreten küresel sistemle mücadele etme adına, bazı sosyal bilimcilerin ve/veya sosyologların, sosyoloji veya sosyal bilimlerin yeni bir biçim kazanmasına yönelik çağrılarının aksine, sosyolojinin, ulusal ölçekteki farklılıklara duyarlı, ancak ortak paydaları da olan bir disiplin olarak kalmasını önermektedir. Ve bu ortak paydalar, öyle dışarıdan dayatılabilecek paydalar değil, tabandan gelen ve ortaklaşa üretilecek paydalar olmalıdır. Bu bakımdan Burawoy'a göre, örneğin Wallerstein'in, sosyal bilimlerin tarihle birlikte ortak bir disiplin olarak ele alınması ve sosyolojinin bu disiplin içine yerleştirilmesi veya Ulrich Beck'in küresel kozmopolitizm çağrılarını gerçekçi öneriler olmadığı gibi, hali hazırdaki sosyoloji pratiğini yakalamaktan da uzaktır.¹⁵ Bu nedenle Burawoy, daha gerçekçi¹⁶ bir proje olarak gördüğü *halk sosyolojisi* projesini, bu önerinin merkezine yerleştirmektedir. Bu projede her ülke, kendi farklılıklarına duyarlı halk sosyolojisi pratikleri geliştirecektir. Kavramın detaylarına geçmeden önce, küresel düzeyde gözlemlenen ve pratik edilen, sosyoloji disiplini içindeki eşitsizliğe ilişkin biraz daha detaylı bilgi vermek faydalı olacaktır.

Günümüzde sosyoloji disiplini içindeki küresel eşitsizlik, hem kurumsal düzeyde hem teori boyutunda yaşanmaktadır. Burawoy'un gösterdiği üzere, Uluslararası Sosyoloji Derneği (ISA) üyelerinin % 68.7'si gelişmiş ülkelerden gelmektedir. Aynı şekilde, derneğin başkanlığı da genelde zengin ülke üyeleri arasından seçilmektedir.¹⁷ Bu durum, hem zaman hem de

¹³ A.g.e..

¹⁴ Buradaki eşitsizliği sosyoloji özelinde düşünürsek denilebilir ki bugün sosyoloji daha çok kuzey ve batı hakimiyeti veya hegemonyası altındadır. Daha özeldir belirtirsek, özellikle Amerikan sosyolojisi, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülke sosyolojileri üzerinde, çeşitli yollarla hegemonya kurmakta ve bunu sürdürmektedir.

¹⁵ Burawoy, 2010, s. 3-4.

¹⁶ A.g.e., s. 15-16.

¹⁷ A.g.e., s. 5.

mobilité imkânlarını göstermesi bakımından eşitsizliğin yalnızca sembolik göstergeleridir. Bir de bunun ötesinde, teori düzeyindeki eşitsizlikten bahsetmek gerekir ki bu, birinciye oranla daha önemlidir. Bu manada, sosyoloji disiplininde genel olarak bir batı hegemonyası ve özelde ise Amerikan sosyolojisi hegemonyası açıkça görülmektedir. Burawoy'un işaret ettiği üzere bu hegemonyadan ötürü, disiplin içindeki eşitsiz durum, akademik bağımlılık veya entelektüel emperyalizm olarak nitelendirilebilir.¹⁸ Ancak bu genel belirleme, sanılanın aksine resmi bütün yönleriyle ve karmaşıklığıyla aydınlatmamaktadır.¹⁹ Zira, eşitsizlik yalnızca küresel düzeyde değil, aynı zamanda bölgesel ve yerel ölçekte de gözlemlenmektedir. Bu anlamda denilebilir ki, küresel ölçekte gelişmekte olan veya az gelişmiş kategorisine sokulabilecek kimi ülkelerin kendi içinde de (sosyolojik) bilgi üretimi açısından eşitsizlikler vardır.

Bunu görebilmek için, merkez-çevre ayrımına başvurulabilir ve bu durumda bölgeler arası eşitsizlik düzeyi daha net ortaya konulabilir. Buradan hareketle Türkiye özelinde de merkez-çevre (üniversite) ayrımı yapılabilir. Bu ayrımında, İstanbul ve Ankara gibi bazı illerdeki üniversiteler bilgi üretimi açısından Türkiye'nin merkezinde olarak değerlendirilebilirken, küresel düzeyde bu, Türkiye'nin çevrede olması gerçeğini değiştirmemektedir. Bunu daha ileri götürüp sosyolog ölçeğine indirdiğimizde, çevrede yer alan bazı sosyologların küresel düzeyde merkeze yakın ya da merkez olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.²⁰

BURAWOY'UN HALK SOSYOLOJİSİ TEORİSİ

A. Genel Olarak Teori

Yukarıda da belirtildiği üzere teorinin temel tezleri, Burawoy tarafından 2004 yılındaki Amerika Sosyoloji Derneği'nin açılış konuşmasında ortaya atılmıştır.²¹ Aşağıda detaylı olarak anlatılacak olan Burawoy'un fikirlerinden hareketle denilebilir ki, o bu kavramla, yeni bir sosyoloji yapma pratiği

¹⁸ A.g.e., s. 6.

¹⁹ A.g.e., s. 10.

²⁰ Bu yönde bir değerlendirmeyi destekleyen çalışma için bkz. Aytül Kasapoğlu, Nilay Çabuk Kaya, and Mehmet Ecevit, "The Center-Periphery Relationship between Turkish and Western Sociologies" *Facing an Unequal World-Challenges for a Global Sociology – Volume Two Asia* içinde (ed. Michael Burawoy, Mau-kuei Chang, and Michelle Fei-yu Hsieh) Institute of Sociology, Academia Sinica, Taipei, 2010, s. 97-117.

²¹ Aslında bu tarihten önce çeşitli yerlerde Burawoy, halk sosyolojisini anlatmaya ve tezlerini geliştirmeye başlamış; ancak sistematik ve bütüncül bir biçimde tezler 2004 yılındaki ASA konuşmasında ortaya konmuştur.

önermenin yanında bir sosyoloji tarihi okuma ve inşa etmeye de çalışmaktadır.²² Bir başka ifadeyle, Burawoy, sosyoloji tarihini halk sosyolojisi kavramı çevresinde geliştirdiği bir takım sınıflandırmalar ışığında yeniden kurmaktadır. Böylelikle sosyologlar, ileride detayları verilecek olan, birbiriyle bağlantılı olduğu değerlendirilen dört tür sosyoloji yapma biçimiyle veya bunların değişik türevleriyle ilişkilendirilmektedir.²³

Burawoy geliştirdiği halk sosyolojisi teorisi altında sosyolojiyi, birbirine bağlı olan dört model üzerine inşa etmektedir. Buna göre sosyoloji, *halk sosyolojisi*, *eleştirel sosyoloji*, *mesleki sosyoloji* ve *uygulamalı* (policy) *sosyoloji* olarak sınıflandırılmaktadır. Onun, dörtlü bir model altında yaptığı sosyoloji tarihi okumasına göre, sosyoloji disiplini, bu dörtlü model üzerine inşa edilerek ortaya çıkmış, ancak zamanla bu modelde yer alan bazı kategoriler (örneğin mesleki sosyoloji, uygulamalı sosyoloji) öne çıkarken, bazıları ise (halk sosyolojisi) geri plana itilmiş veya unutulmuştur. Burawoy, bu unutulmanın disiplin açısından bir patoloji oluşturduğunu söylemektedir.²⁴ Dolayısıyla, sosyolojiyi özüne geri döndürmek gerekmektedir. Ancak bu dörtlü model, birbirinden ayrı ayrı değil, bir bütünün parçaları olarak düşünülmelidir. Bu manada Burawoy'un halk sosyolojisi projesi bütüncül (holistic) bir bakış açısını yansıtmaktadır.²⁵

Her ne kadar bu dörtlü sosyoloji tipolojisi, Amerikan sosyolojisinin genel karakteristiğini temsil etse de, Burawoy, bu tipolojinin diğer bölge ve ülke sosyolojilerine de uygulanabileceğini savunmaktadır.²⁶ Güney Afrika²⁷ ve perestroyka sonrası Sovyetler Birliği sosyolojileri²⁸ buna en iyi örnek olarak gösterilir. Ona göre, özellikle ırkçı rejim karşıtı hareket içinde aktif rol üstlenen sosyologlar göz önünde bulundurulduğunda, Güney Afrika'daki sosyologların halk sosyolojisinin temsilcileri olduğu pekâlâ söylenebilir, dolayısıyla bu model yalnızca Amerika sosyoloji pratiğini yansıtmamaktadır.

Bu sınıflandırmadan hareketle sosyolog düzeyinde örnek vermek gerekirse, C. Wirght Mills aynı zamanda hem (geleneksel) halk sosyolojisiyle hem eleştirel sosyolojiyle ilişkilendirilmektedir ve elbette ki o,

²² Burawoy, 2005a, s. 19.

²³ Michael Burawoy, "Public Sociology: South African Dilemmas in a Global Context" *Society in Transition* 35, No. 1 (2004a), s. 18.

²⁴ Burawoy, 2005a, s. 15-17.

²⁵ Vincent Jeffries, "Redefining the Nature and Future of Sociology: Toward a Holistic Sociology" *Handbook of Public Sociology* içinde (ed. Vincent Jeffries) Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York 2009b, s. 2.

²⁶ Michael Burawoy, "Response: Public Sociology: Populist Fad or Path to Renewal?" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005b), s. 419.

²⁷ Burawoy, 2004a.

²⁸ Burawoy, 2005b, s. 419.

meslekten bir sosyolog olarak mesleki sosyolojiyle tabii olarak ilişkilidir.²⁹ Mills'in bu modellerle ilişkilendirilmesi onun çalışmalarına bakılarak yapılmış bir değerlendirmedir. Benzer bir değerlendirme, diğer sosyologlar bakımından da yapılabilir. Bir sosyolog, hayatı boyunca sadece bir kategoride yer alabileceği gibi, hayatının belli kesitleri veya çalışmaları bakımından birden fazla model altında da yer alabilir. Bu dörtlü modelden bir sosyoloğun hangi kategoriye gireceği, öncelikle hem genel olarak disiplinin yapısına, üniversite kurumunun örgütlenme biçimine, genel olarak ekonomik koşullara ve nihai olarak her bir sosyoloğun bireysel mesleki yönelimleriyle ilgilidir. Bir sosyolog, hayatının değişik dönemlerinde, belirtilen faktörlere bağlı olarak, bu dört modelden biriyle ve bir kaçıyla ilişkilendirilebilir.³⁰

Burawoy'un halk sosyolojisiyle ne kastettiği yukarıda bahsi geçen konuşmada ele alınan on bir tez altında ortaya konmuştur. Ancak, bu makale kapsamında, Burawoy'un on bir tezine ayrı ayrı değinmektense, hepsinin ortak noktası olan ve onun görüşlerinin temelini teşkil eden ve yukarıda kısaca bahsedilen dörtlü sosyoloji tipolojisini incelemek daha faydalı olacaktır. Çünkü bu modelleme, onun görüşlerinin temel karakteristiğidir ya da bir sosyoloğun söylediği gibi onun sosyolojiye "en temel entelektüel katkısıdır."³¹ Öte yandan bu tezlerden bazıları bu modelin ortaya çıkış nedenlerini göstermekte, diğerleri de belirtilen nedenleri kanıtlanmak için ortaya atılmaktadır.

Burawoy'a göre, hem bu sınıflamanın hem de genel olarak sosyolojinin merkezinde³² veya bir sosyoloğun dediği gibi merkez üssünde³³ mesleki sosyoloji yer alır. Mesleki sosyoloji olmadan diğer türleri tasavvur etmek neredeyse imkânsızdır.³⁴ Şimdi Burawoy'un bu modellerden her biriyle ne kastettiğine yakından bakalım. Hemen belirtelim ki, Burawoy'un görüşlerinde bu dörtlü ayrım, daha önce de belirtildiği gibi bir bütünün (sosyoloji disiplininin) parçalarıdır; onlar karşılıklı olarak birbirlerine bağlıdır.³⁵

²⁹ Burawoy, 2005a, s. 9 ve s. 19.

³⁰ A.g.e., s. 13-14.

³¹ Abbott, 2007, s. 195.

³² Burawoy, 2004a, s. 19 ; Burawoy, 2005a, s. 15 ; Burawoy, 2010, s. 15.

³³ Lawrence T. Nichols, "Burawoy's Holistic Sociology and Sorokin's "Integralism": A Conversation of Ideas" *Handbook of Public Sociology* içinde (ed. Vincent Jeffries) Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York 2009, s. 28.

³⁴ Burawoy, 2005b, s. 424.

³⁵ Burawoy, 2005a, s. 15.

1) Mesleki Sosyoloji

Mesleki sosyoloji, temel olarak üniversitelerde, meslekten (akademisyen) sosyologların icra ettiği sosyolojidir. Mesleki sosyolojiyle, doğru ve test edilmiş sosyolojik metot ortaya konur ve birikimsel bilgiyi kullanan mesleki sosyologlar daha geniş araştırma konuları için kavramsal çerçeveyi veya bir başka deyişle teoriyi kurar ve sunarlar.³⁶ Daha önce yukarıda da değinildiği üzere mesleki sosyoloji, hem genel olarak sosyolojinin hem de Burawoy'un tipolojisinin merkezinde yer alan modeldir. O, sosyolojinin olmazsa olmasıdır. Dolayısıyla o, hem aşağıda değinilecek olan uygulamalı ve halk sosyolojilerinin dayanak noktası hem de onların meşruiyet zeminidir.

Mesleki sosyoloji konusuna ilişkin olarak Burawoy, bir hususa özellikle işaret eder. Buna göre, bir ülkede mesleki sosyolojiden bahsedebilmek için onun biçimsel değil gerçekte bir mesleki sosyoloji olması gerekmektedir. Biçimselle kastedilen şudur: Eğer bir ülkede, kısıtlı kaynaklar vb. gibi sebeplerle, o ülke kaynakları dışından, adeta sosyolog ithal eder gibi mesleki sosyologlar varsa bu durumda o ülkede sadece biçimsel anlamda mesleki sosyolojiden bahsedilebilir. Bununla birlikte, eğer kendi kapsamlı araştırma gündemini, özellikle (aşağıda değinilecek) olan uygulamalı sosyolojinin yörüngesini geliştirebilen özerk bir mesleki sosyolog grubu varsa bu durumda o ülkede gerçek anlamda mesleki sosyolojiden söz edilebilir.

2) Eleştirel Sosyoloji

Bu model sosyolojide, mesleki sosyolojiyle ortaya konan bilgi birikimi, kavramsal çerçeve, araştırma metodu vb. gibi açılardan, çoğunlukla normatif, ama aynı zamanda betimsel açıdan da ele alınıp incelenir; daha doğru bir ifadeyle eleştirilir. Adından anlaşılacağı üzere, eleştirel sosyoloji, mesleki sosyolojiyi eleştiriye tabi tutar; onun açık veya gizli temellerini, varsayımlarını, önyargılarını, vb. ortaya koymaya çalışır ve mesleki sosyolojiyi bunlardan haberdar eder.³⁷

Eleştirel sosyoloji, meslekten sosyologlar tarafından yapılabileceği gibi, sosyoloji disiplini dışından da yapılabilir. Özellikle sosyolojiye yakın, diğer sosyal disiplinlerden bu yönde bir katkı gelmesi muhtemel ve vâkidir.

Bu modelde, temel olarak 'kim için bilgi?' ve 'ne için bilgi?' soruları üzerinde düşünülür.³⁸ Bu bakımdan eleştirel sosyoloji Burawoy'a göre,

³⁶ A.g.e., s. 10.

³⁷ A.g.e., s. 10.

³⁸ A.g.e.

mesleki sosyolojinin vicdanıdır.³⁹ Bunlardan ilk soru, sosyolojinin sadece kendisi için veya dar bir sosyolog kesimi için bilgi üretemeyeceği fikrini doğrudan ortaya koymaktadır. İkinci soru da, daha çok amaç-yöntem meselesi üzerine odaklanmaktadır. Buna göre, sosyolog toplumun nihai hedefleri/amaçları/değerleriyle mi ilgilenmelidir yoksa o hedeflere götüreceği yöntemle mi ilgilenmelidir? Burawoy, bu noktada işaret edilenin, Weber'in araçsal ve amaçsal rasyonalite ayrımıyla yakından ilgili olduğunu belirtmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla, bu iki soruya verilecek cevap, iki tür bilgi üretmek anlamına gelecektir. Yöntem veya araçsal akıl üzerine odaklanan bilgi, araçsal bilgi; amaç ve değerler üzerine odaklanan bilgi refleksif bilgi olarak karşımıza çıkacaktır.⁴¹ Burawoy'un bu ayrımı gösteren tablosu aşağıdaki gibidir.

Tablo 1: Sosyolojik İşbölümü:⁴²

	Akademik Kitle	Akademi Dışı Kitle
Araçsal Bilgi	Mesleki Sosyoloji	Uygulamalı Sosyoloji
Refleksif Bilgi	Eleştirel Sosyoloji	Halk Sosyolojisi

Dolayısıyla yukarıdan belirtilen ayırmadan hareketle, eleştirel sosyolojinin bir diğer işlevi, sosyoloji disiplini refleksif düşünmeye iterek, hem disiplinin kendisine karşı hem de dışarıya karşı sorumlu bir sosyolog topluluğu yaratmaktır.

3) Uygulamalı (Policy) Sosyoloji

Uygulamalı sosyoloji olarak çevirebileceğimiz (policy) sosyoloji, genel olarak müşterisi veya sponsoru tarafından belirlenen somut bir hedef (sorun) doğrultusunda çözüm önerileri sunmak ya da hâlihazırda uygulanmakta olan çözümleri/politikaları meşrulaştırmak amacıyla yapılan sosyolojidir.⁴³ Bu genel anlamın dışında uygulamalı sosyoloji için denilebilir ki Burawoy onunla, sosyolojik bilginin pratikte nasıl kullanılabilmesine, sosyal sorunları çözüme nasıl araçsallaştırılabileceğine yönelik bir perspektifi kastetmektedir. Bu da daha önce ifade edilen “ne için (sosyolojik) bilgi?” sorusuyla yakından ilgilidir.

³⁹ Michael Burawoy, “Public Sociologies: Contradictions, Dilemmas, and Possibilities” *Social Forces* 82, No. 4 (2004b), s. 1609.

⁴⁰ Burawoy, 2005a, s. 10.

⁴¹ A.g.e., s. 10.

⁴² A.g.e., s. 11.

⁴³ A.g.e., s. 9.

Bu sosyoloji, sadece danışmanlık biçiminde yapılabileceği gibi, belli bir konuyla sınırlı olarak meslekten sosyologlar veya meslekten olmayan sosyologlar tarafından da yapılabilir.

4) Halk Sosyolojisi

Nihayet son kategori olan halk sosyolojisiyle Burawoy, sosyologla halkın bir araya gelerek, karşılıklı diyalog ve etkileşim içinde ortaya konan sosyolojiyi kastetmektedir. Açmak gerekirse halk sosyolojisi, hem sosyoloğun hem de halkın bir diyalog süreci içinde kendi gündemlerini belirleyebildiği, diyalogun değerler ve amaçlar üzerine odaklandığı, ancak bu değer ve amaçların süreç içinde belirlendiği bir sosyoloji yapma biçiminin adıdır.⁴⁴

Burawoy, halk sosyolojisini iki alt kategoride ele almaktadır. Birinci alt kategoride *geleneksel* halk sosyolojisi yer alır. Geleneksel halk sosyolojisinde sosyolog ile araştırma konusu yapılan kitle (halk) arasında doğrudan bir etkileşim yoktur. Sosyolog, toplumsal bir meseleyi ele alarak gündeme taşımakta veya bir başka ifadeyle sosyolojik araştırma konusu yapmakta ve sonuçları geniş bir kesime sunmaktadır. Ancak o, bunu yaparken doğrudan halkın veya bir sosyal hareketin içinde yer almamakta, kitleyle etkileşim içinde bulunmamaktadır. Aslında burada sosyolog, kitleyle bir diyalog içine girer, ancak kendileri halkın içine katılmazlar.⁴⁵ Bu manada diyalog suni bir nitelemedir; aslında var olan sosyolog tarafından yapılan bir monologdur.⁴⁶

Bu nedenledir ki Burawoy daha çok, ikinci alt kategori olan *organik* halk sosyolojisiyle ilgilenmektedir. Daha doğru bir ifadeyle, onun halk sosyolojisi kavramıyla gündeme taşımak istediği, çağrı yaptığı asıl sosyoloji türü, organik halk sosyolojisidir. Bu (ikinci alt) kategoride sosyologlar, “görünür, aktif, yerel ve çoğunlukla muhalif bir kitleyle”⁴⁷ doğrudan etkileşim içindedir. Burada, sosyologla halk arasında karşılıklı öğrenmeye dayanan bir diyalog süreci vardır.⁴⁸ Organik halk sosyolojisini gelenekselden ayıran temel faktör, sosyoloğun halkla arasında olan diyalogun niteliği ve onun kitlenin içinde aktif yer alıp almaması ve ayrıca kitlenin de niteliğidir.

⁴⁴ Michael Burawoy and Jonathan VanAntwerpen, “Berkeley Sociology: Past, Present and Future” (University of California, 2001), s. 2 ; Burawoy, 2005a, s. 9

⁴⁵ Burawoy, 2005a, s. 7 ; Burawoy, 2010, s. 16-17.

⁴⁶ Nichols, 2009, s. 29.

⁴⁷ Burawoy, 2005a, s. 7.

⁴⁸ A.g.e., s. 8.

Burada kitle genel olarak aktif, bölgesel ve muhalif bir kitle biçiminde belirmektedir. Burawoy'un verdiği örnekler işçi hareketi, mahalle dernekleri, inanç örgütleri, göçmen hakları grupları, insan hakları örgütleri vb. bu yöndedir.⁴⁹

Bu bakımdan örneğin, bir baraj projesine karşıt olan veya bir çevre meselesiyle hakkında muhalif olan bölge halkıyla karşılıklı etkileşim içinde olup, bu halkın muhalif duruşunu veya kitlenin bu noktadaki bilinç düzeyini destekleyip pekiştiren bir sosyolog, organik halk sosyoloji kategorisi altında değerlendirilecektir. Benzer şekilde, bir sendika hareketini araştırma konusu yapan ve çalışanların bilinç düzeyini pekiştiren, derinleştiren bir sosyolog, yine organik halk sosyolojisi kategorisine konulacaktır.

Burawoy, halk sosyolojisi içinde bu şekilde ikili bir ayırım yapmasına rağmen, bu ikisinin birbirini dışlamadığını, aksine birbirini tamamladıklarını ve birlikte var olup etkileşim içinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan “geleneksel halk sosyolojisi, organik halk sosyolojisine yön verirken, geleneksel halk sosyolojisi de farklı kitlelerin karşılaştığı sorunlar bakımından daha geniş bir kamuoyu gündemi oluşturur.”⁵⁰

Diyalog veya iletişim unsurunun öne çıkması sebebiyle, bazı sosyologların da belirttiği üzere Burawoy'un halk sosyolojisi kavramı ile Habermas'ın iletişimsel eylem kavramı arasında yakın bir benzerlik vardır.⁵¹ Gerçekten de Burawoy, diyalog (veya iletişim) unsurunu halk sosyolojisinin temel unsuru olarak ele almaktadır. Bu anlamda, halk sosyolojisiyle ilgilenen bir sosyologun, diyaloga olan taahhüdü dışında bir taahhüdü yoktur.⁵² Yani sosyolog, bu taahhüt dışında her türlü değer yargısıyla yüklü olabilir. Daha açık bir ifadeyle, halk sosyolojisi illaki sosyal adalet ve eşitsizlik gibi belli politik yönelimlere işaret eden bir algıyla yapılmak zorunda değildir. Dolayısıyla, halk sosyolojisinde verili olan, içsel bir değer yoktur.⁵³

Bu belirlemeyi yapmakla birlikte Burawoy, halk sosyolojisinin ve özellikle onun organik türünün pratiğe aktarılmasının kolay olmadığını farkındadır. Bunun hem sosyologlardan hem de genel olarak toplumdaki veya

⁴⁹ A.g.e., s. 8.

⁵⁰ Burawoy, 2010, s. 17.

⁵¹ David Boyns and Jesse Fletcher, “Reflections on Public Sociology: Public Relations, Disciplinary Identity, and the Strong Program in Professional Sociology” *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 21 ; Nichols, 2009, s. 29 ; Behrooz Ghamari-Tabrizi, “Can Burawoy Make Everybody Happy? Comments on Public Sociology” *Critical Sociology* 31, No. 3 (2005), s. 362.

⁵² Burawoy, 2005a, s. 8.

⁵³ Bu anlamda halk sosyolojisi, Hıristiyan köktenciliği için kullanılabileceği gibi özgürlükler veya insan hakları savunması için de kullanılabilir. A.g.e., s. 8-9.

sosyoloğun ilgilendiği kitleden kaynaklanan çeşitli sebepleri olabilir. Kaynak ve zaman sıkıntısı, kitlenin sosyoloğa yaklaşımı, medya aracılığıyla gündem oluşturma çabalarında karşılaşılabilecek zorluklar vb.⁵⁴ Bu zorluklar, sosyologları çoğunlukla uygulamalı sosyoloji yapmaya yöneltebilir. Burawoy, yukarıda belirtilen uygulamalı sosyoloji türlerinden, danışmanlık biçiminde yapılan uygulamalı sosyolojinin, çeşitli politika tavsiyeleri gerçekleştirecek olan sosyolog tarafından, pekâlâ halk sosyolojisi yapmada kullanılabileceğini belirtmektedir.⁵⁵

B. Modelin Bütünlüğü: Farklı Sosyoloji Modelleri Arasındaki İlişki ve Modellerin Patolojileri

Burawoy yukarıda ana hatları gösterilen modelin bir bütünü oluşturduğunu söylemektedir. Buna göre, her bir model, birbiriyle ilişkili bir bütünün parçalarıdır. Bu manada örneğin mesleki sosyolojinin, hem eleştirel hem halk ve hem de uygulamalı sosyoloji boyutları vardır. Uygulamalıdır, çünkü mesleki sosyoloji araştırma faaliyetlerini sürdürmek için maddi destek arar. Halk sosyolojisi boyutu vardır çünkü yapılan çalışmadan elde edilen sonuçlar geniş bir kitleye sunulur. Bu kitle, yalnız meslekten sosyologları değil aynı zamanda geniş halk kitlesini de kapsar. Öte yandan, mesleki sosyolojinin eleştirel sosyoloji boyutu da vardır, zira daha önce de değinildiği üzere eleştirel sosyoloji, mesleki sosyologlar tarafından da yapılmaktadır. Halk sosyolojisini ele aldığımızda da benzer bir değerlendirme yapılabilir. Halk sosyoloji öncelikle, mesleki sosyolojinin ürettiği sosyolojik bilgiye bağlıdır. Bununla birlikte, bir uygulama boyutu da kaçınılmaz olarak vardır, çünkü halk sosyolojisi zaten bir değişiklik isteyen veya muhalif bir kitleyle ilgilenen sosyoloji olmak hasebiyle, uygulama boyutunu zaten içsel olarak taşımaktadır.

Aynı yönde değerlendirme, uygulamalı sosyoloji için de söz konusudur. Burada da görüleceği üzere, uygulamalı sosyolojinin temeli mesleki sosyolojidir. Onun halk sosyolojisi boyutu, önerilecek olan politika veya programın doğrudan halkla ilgili olmasıyla alakalıdır. Dolayısıyla, yine bir karşılıklı ilişki ve hatta bağlılık söz konusudur.⁵⁶

Yukarıda çizilen tabloya önemli bir ekleme yapılması gerekmektedir. Buna göre, bu dört model arasında karşılıklı bağlılığı gerektiren bir diğer faktör olarak Burawoy, her bir modelin değişik patolojiler üretebilme

⁵⁴ Burawoy, 2010, s. 18.

⁵⁵ A.g.e., s. 18.

⁵⁶ Burawoy, 2005a, s. 15-16.

potansiyelini göstermektedir. Buna göre, hitap ettikleri kesime aşırı duyarlı olup diğer modellerle bağını koparan her bir model, çeşitli patolojiler üretebilmektedir. Örneğin mesleki sosyoloji, yalnızca sosyoloji camiasına hitap ederse içe dönük veya ürettiği bilginin geçerliliği ve değeri bakımından sadece kendini referans alan bir niteliğe bürünebilecektir. Eleştirel sosyoloji açısından ortaya çıkabilecek patoloji ise dogmatizmdir. Uygulamalı sosyolojide aşırı müşteri/sponsor bağımlılığı, halk sosyolojisinde ise gelip geçicilik (veya moda özentisi) ya da ilgilenilen kitlenin pophohlanmasıyla sonuçlanabilecek bir popülizm tuzağı ortaya çıkabilecek patolojilerdir.⁵⁷ Dolayısıyla, bu patolojileri önleyebilmek için, bu tipolojinin bir bütün olarak düşünülmesi, bir modelle uğraşan sosyoloğun dört modeli göz önünde bulundurması gerekmektedir.

C. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Yukarıda aktarılan model şüphesiz ki sorunsuz değildir. Bu nedenle 2004 yılından beri kavram etrafında ciddi tartışmalar yapılmakta ve bu anlamda Burawoy'un projesine ciddi eleştiri ve itirazlar yöneltilmektedir.

Öncelikle akademik olmayan eleştirilerden başlayalım. Bunların başında, Craig Calhoun'un Burawoy'a yönelttiği eleştiriye belirtebiliriz. Calhoun, Burawoy'un genel projesini desteklediğini ve genel amacı paylaştığını söylemekle birlikte, ona göre Burawoy'un projesi 'kendini iyi hissetme' popülizminin ötesine geç(e)memektedir.⁵⁸

Burawoy'a yöneltilen akademik nitelikli eleştirilerin başında, onun projesinin sosyolojiye yarar getirmekten çok zarar vereceği hususu yer almaktadır. Buna göre, Burawoy'un sosyolojinin halk nezdinde görünür kılınması amacı kabul edilebilir olmasına rağmen, buna ulaşmak için öngördüğü yöntem yanlıştır. Çünkü Burawoy, disiplini ve sosyoloğu bilimsel karakterinden uzaklaştırmakta ve bu da disiplinin (zaten az olan) güvenilirliğini sarsmaktadır. Bu nedenle, asıl yapılması gereken, zaten bir kimlik krizi içinde olan sosyoloğu bu krizden kurtaracak ve halka yaklaştıracak olan güçlü, *bilimsel* bir mesleki sosyolojinin benimsenmesidir.⁵⁹ Aynı sebeple, kendini sol çizgide görmekle birlikte yine de Burawoy'un halk sosyolojisi kavramını eleştiren, Jonathan H. Turner'a göre, eğer Burawoy'un çizdiği sosyoloji uygulamaya konulacak olursa, bu

⁵⁷ A.g.e., s. 16-17.

⁵⁸ Craig Calhoun, "The Promise of Public Sociology" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 355, s. 362.

⁵⁹ Boyns and Fletcher, 2005, s. 21.

disipline zarar verecektir, zira belli bir gündemle yüklüdür bu teori.⁶⁰ Bir başka eleştiriye göre bu teori, disiplin içinde uzlaşmadan çok ayrışma ve dağılma getirecektir.⁶¹

Diğer taraftan Calhoun, Burawoy'un, halk sosyolojisi kavramı arkasında Marksist sosyolojiye yeni bir ivme kazandırma niyeti olduğunu belirterek onu eleştirmektedir.⁶² Bu manada en şiddetli eleştiriye yöneltenlerden biri olan Mathieu Deflem'e göre, "halk sosyolojisinin gerçek yüzü Marx'tır."⁶³ Hatta bir diğer eleştiriye göre, Burawoy'un adeta halk sosyolojisinin manifestosu niteliğinde olan 2004 Amerikan Sosyoloji Derneği metnini on bir tez altında yazması tesadüf değil, bilakis Marx'ın, "Feurbach Üzerine On Bir Tez"inden esinlendiğini göstermektedir.⁶⁴ Benzerlik yalnızca bu hususa ilişkin olarak değil, ayrıca on birinci tezde yer alan, "değiştirme" (Marx için sosyal pratiğin, Burawoy için de sosyoloji pratiğinin) çağrısına yönelik olarak gözlemlenebilir.

Bir diğer eleştiriye göre, Burawoy'un belirttiği her bir sosyoloji modeli, sosyolojik bir çalışmada zaten (içkin olarak) yer almaktadır. Onları ayrı kategoriler altında göstermek hem tarihsel hem de fiili olarak pratik edilen sosyolojiyi yansıtmamaktadır.⁶⁵ Sosyolojik faaliyet bu anlamda bir bütündür ve bu bütün, Burawoy'un tasavvur ettiğinden daha fazla öyledir. Kaldı ki eleştirel sosyolojinin mesleki sosyoloji olmadığı hiçbir şekilde iddia edilemez. Bakıldığında görülecektir ki, Burawoy'un eleştirel sosyoloji altında örnek verdiği isimler aynı zamanda mesleki sosyologlardır.⁶⁶

Bir diğer eleştiri, Burawoy'un eksik küreselleşme karşısında halkın çıkarlarının savunulması için sivil toplum bakış açısını öne çıkarmaya yönelik olarak sosyologlara yaptığı çağrıyla ilgilidir. Bu noktada Calhoun, Burawoy'un adeta bir sivil toplum fetişizmi yaptığını, devlet, ekonomi ve sivil toplum arasında anlamlı farklılıklar olmasına rağmen bunun

⁶⁰ Jonathan H. Turner, "Is Public Sociology Such a Good Idea?" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 29.

⁶¹ Steven Brint, "Guide for the Perplexed: On Michael Burawoy's "Public Sociology"" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 60.

⁶² Calhoun, 2005, s. 357 ; François Nielsen, "The Vacant "We": Remarks on Public Sociology" *Social Forces* 82, No. 4 (2004), s. 1621. Marksist tabiri yerine sol kavramını kullanan diğer eleştirmenler için bknz. Brint, 2005, s. 50-51; Abbott, 2007 s. 195.

⁶³ www.savesociology.org

⁶⁴ Boyns and Fletcher, 2005, s. 10

⁶⁵ Richard Ericson, "Publicizing Sociology" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 365

⁶⁶ Neil McLaughlin, Lisa Kowalchuk, and Kerry Turcotte, "Why Sociology Does Not Need to Be Saved: Analytical Reflections on Public Sociologies" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 144.

Burawoy'un iddia ettiği ölçüde abartılmaması gerektiğini söylemektedir.⁶⁷ Sivil toplum alanına bakıp, sosyoloğa onu desteklemek yönünde ahlaki bir sorumluluk yüklenmesi, birbirinden çok farklı değer yargılarına sahip olan sosyologlar dikkate alındığında mümkün olmayacaktır. Üstelik bir de bunu objektif gerçeklik olarak tasavvur etmek sosyolojik gerçeklikle ters düşen bir değerlendirmedir.⁶⁸ Üstelik Burawoy'un tasavvurunda, devletin despot ve piyasanın zorba (tiran) olarak nitelendirilmesi ve bunun karşısında sivil toplumun insanlığın çıkarlarının savunulabileceği en iyi (veya tek) alternatif alan olarak durduğu tespiti, sadece iyimser bir bakışı yansıtmaktadır. Ancak bu iyimserliğin gerçeklikte tekabülü yoktur; zira sivil toplum alanı da güç ve çıkar ilişkilerinin geçerli olduğu bir alandır.⁶⁹

Joan Acker, halk sosyolojisi kavramına genel bir feminist eleştiri yöneltmesi yanında, Burawoy'un sivil toplum anlayışında da feminist bir bakış açısının eksikliğinden yakınmaktadır. Bu anlamda, özel alan - kamusal alan ayrımının Burawoy'un sivil toplum anlayışında olup olmadığının belirsiz olmasından yakınan Acker, bu hataya düşülmemesi gerektiğini söylemektedir. Ayrıca Acker'e göre, Burawoy'un, feminizm kendi kamusunu, yani kadını yaratmıştır değerlendirmesi yanlıştır; zira feminizm kendine yönelik bilinç düzeyi değişen ve gelişen kadın hareketinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır, yoksa feminist hareket kadını özne olarak veya Burawoy'un tabiriyle feminizmin kamusu (kitle) olarak yaratmamıştır. Dolayısıyla, Burawoy'un sivil toplumun desteklenmesini yanında ayrıca halk sosyolojisinin kendi kitlelerini oluşturması veya dönüştürmesine yönelik çağrısı sosyolojik bakış açısıyla zıttır.⁷⁰ Üstelik bu görüşe göre, sosyoloji var olan sosyal olgular üzerine inşa edilir yoksa o olguları yaratmaz.

Burawoy'un sivil toplum kavramını kullanım biçimiyle ilgili olarak yapılan bir diğer eleştiride şu husus vurgulanmıştır: Sosyolog, sivil toplumla veya genel olarak halkla bir diyalog kurmak istese bile bunu nasıl gerçekleştirecektir? Yani bu diyalogun oluşması için, sosyolog kadar halkın da bu yönde bir istekte bulunması gerekmez mi? Bununla birlikte bu koşul sağlansa bile sosyolog, sosyolojik bilgiyi halka nasıl iletecektir? Halkın anlayacağı bir dil kullanma kaygısıyla, sosyolojik bilgi tam ve doğru bir şekilde kullanılabilir mi? Bu sorular John Scott'un yönelttiği ve üzerinde düşünülmesi gereken sorulardır.⁷¹

⁶⁷ Calhoun, 2005, s. 361.

⁶⁸ Nielsen, 2005, s. 1620-21.

⁶⁹ Brint, 2005, s. 54.

⁷⁰ Joan Acker, "Comments on Burawoy on Public Sociology" *Critical Sociology* 31, No. 3 (2005).

⁷¹ John Scott, "Who Will Speak, and Who Will Listen? Comments on Burawoy and Public Sociology" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005).

Benzer şekilde, Burawoy'un sol eğilimli sosyolojisiyle, genel olarak muhafazakâr olan halkın tutumu tam da örtüşmeyebilir ve bu öneri halk nezdinde de pek de karşılık bulmayabilir. Bu noktada Burawoy'un kullandığı bir örnek üzerinden Jonathan Turner şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Irak işgali esnasında ASA üyelerinin savaş (işgal) karşıtı tavır alması durumu karşısında, Amerikan halkı büyük oranda bu savaşı desteklemiştir. İşte bu gerçeklik karşısında Burawoy'un teorisi/önerisi, daha sonra sosyoloğa olan güveni sarsabilecek ve ona duyulan güveni azaltabilecektir.⁷² Dolayısıyla, Burawoy'un salık verdiği yönde bir sosyoloji pratiği benimserken dikkatli olunması gerekmektedir.⁷³

Bunun yanında Ulrich Beck, 80'li yıllarda yürüttüğü kendi araştırma projesinden hareketle belirtmektedir ki sosyolojik bilginin üretilmesi ile onun uygulamaya konulması süreci arasında ve bu süreçte geçerli olan rasyonaliteler arasında hiçbir korelasyon yoktur. Sosyolojik bilgiyi üreten sosyologla onu uygulamaya koyacak olan ya da onu göz ardı edecek olan karar vericiler farklı rasyonalitelere dayanmaktadırlar, dolayısıyla Beck sosyolojinin karşı karşıya olduğu asıl sorunun, yapılan sosyolojik çalışmaların adeta birer müze eserine dönüşmesi tehlikesi olduğunu söylemektedir.⁷⁴

Öte yandan, iletişim denilen faaliyet alanının kendine özgü kurallarıyla veya kendine özgü rasyonalitesiyle, sosyoloğun sosyolojik bilgisini kamuyla paylaşması sanıldığı kadar kolay olmayabilir.⁷⁵ Nitekim, Türkiye özelinde de her gün karşılaşılan bu sorun ortaya koymaktadır ki ne zaman sosyolojik bir araştırmanın bulguları medya tarafından gündeme taşınsa, genelde konu, en iyi değerlendirmeyle haber değeri taşıyacak, en kötüsündense sansasyon yaratacak noktalara odaklanmaktadır. Bunun ötesinde, eğer konu edilen araştırmanın haber değeri ya da sansasyon boyutu çok önemli görülmemişse, araştırma genel olarak anlık haberler veya tartışma programı seviyesinde kalmakta, dolayısıyla tam bir kamuoyu oluşturma noktasına hiçbir zaman gelememektedir. Oysaki araştırmanın sosyolojik değeri, disiplin içinde daha farklı (daha önemli ya da önemsiz) olarak algılanabilir. Özetle, farklı rasyonalitelerden hareket eden bu iki alanın bu farklılığı dikkate alınmalıdır.

Öte yandan, Burawoy'un görüşlerindeki en büyük eksikliklerden biri de halk (public) tanımının olmamasıdır. Burawoy'un kavramı açıklamak için verdiği örnekler bir fikir vermekle birlikte, bunlar genel bir tip altında

⁷² Turner, 2005, s. 31.

⁷³ A.g.e., s. 28.

⁷⁴ Ulrich Beck, "How Not to Become a Museum Piece" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 336.

⁷⁵ A.g.e., s. 336 ; Ericson, 2005.

değerlendirmeye imkân vermemektedir. Örneğin teoride kastedilen halkın örgütlü olup olmayacağı, yerelin dışında ulusal veya küreseli kapsayıp kapsamayacağı hususları açık değildir.⁷⁶

Bir başkasına göre, halk sosyolojisi kavramıyla Burawoy, savunmak veya korumak istediği sosyal adalet kavramına yönelik adeta üzerinde herkesin anlaştığı veya anlaşabileceği bir tanım olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysaki organik halk sosyolojisi ile uğraşan bir sosyoloğun, politik moral değerler açısından neyin daha doğru neyin daha adil olduğuna dair benimseyeceği ve savunacağı yönelim, herkesin üzerinde her zaman uzlaşacağı bir yönelim olmayabilir. Bu durumu, kavramın fikir babalarından Herbert Gans da açıkça belirtmiştir.⁷⁷ Ve esasen moral veya politik değer yargıları söz konusu olduğunda, neyin daha doğru veya adil olacağı, insanlık tarihi boyunca görülmüştür ki, her zaman tartışmalı olagelmıştır. Dolayısıyla, bu yönde benimsenecek bir yönelim, sosyoloğu partizan olmaya veya çıkar grubuna dönüşmeye itecek ve bu da netice itibarıyla genel olarak disiplinin meşruiyetine ve özelde de sosyoloğun güvenilirliğine zarar verecektir.⁷⁸ Bu partizan olma durumu nedeniyle, Abbott, Burawoy'un organik halk sosyolojisini, *taraf(tar) sosyolojisi* olarak nitelemektedir.⁷⁹

Diğer taraftan bazıları, Burawoy'un teorisini, onun refleksif - araçsal bilgi ayrımı ve bu ayrımı dört sosyoloji modeliyle ilişkilendirmesi üzerinden eleştirmektedir. Örneğin Raymond Morrow, Burawoy'un dörtlü modeline karşı çıkmamakla birlikte, onun bu ayrımı yaparken Weber'in araçsal-amaçsal rasyonaliteye dayanmasını eleştirmektedir. Araçsallık, belirlenen hedefe etkili araçlarla ulaşmayı hesaplama anlamında kullanılmaktadır. Bu bakımından, her ne kadar Weber'in araçsal rasyonalitesi ile uygulamalı sosyoloji arasında doğrudan bir ilişki kurmak yanlış değilse de, aynı ilişkiyi mesleki sosyoloji için kurmak hatalıdır.⁸⁰

Burawoy'un sınıflandırmasında, uygulamalı ve mesleki sosyoloji alanları araçsal bilgiyle ilişkilendirilirken, eleştirel ve halk sosyolojileri ise refleksif bilgiyle ilişkilendirilmiştir.⁸¹ Burada araçsal bilgiyle kastedilen; uygulamalı sosyoloji olduğunda somut bir sorunun çözümü, mesleki sosyoloji olduğunda ise daha genel (kamusal sosyolojik) sorunların çözümüne yönelik bilgi kastedilmektedir. Diğer taraftan, refleksif bilgiyle kastedilense toplumsal ve/veya sosyoloji disiplinine özgü amaçlara ve

⁷⁶ Boyns and Fletcher, 2005, s. 11.

⁷⁷ Gans, 1989, s. 5.

⁷⁸ Charles R. Tittle, "The Arrogance of Public Sociology" *Social Forces* 82, No. 4 (2004), s. 1640-41 ; Turner, 2005, s. 30 ; Boyns and Fletcher, 2005, s. 15-16.

⁷⁹ Abbott, 2007, s. 201.

⁸⁰ Morrow, 2009, s. 54.

⁸¹ Burawoy, 2005a, s. 11.

değerlere odaklanmış ya akademisyenler arasında (eleştirel sosyoloji) ya da akademisyenler ve halk arasında (halk sosyolojisi) gerçekleşen bir diyalog veya refleksif düşünmedir. Burawoy'un tasavvur ettiği şekilde refleksif olma, tanımı itibarıyla, sosyolojinin, bir toplumun yönelimine ve değer yargılarına sorgulayıcı bir şekilde yaklaşmasıdır. Böyle anlaşıldığında, halk sosyolojisi için gerçekten refleksif denebilir.⁸² Ancak, refleksife metodolojik bir yöntem olarak bakıldığında, onun Burawoy'un kastettiği şey olmadığı görülecektir. Metodolojik refleksivizmle kastedilen, yineleyen bir biçimde geriye veya kendine bakmak veya düşündürmektir. Böyle anlaşıldığında, bu sürecin verili olarak eleştirel bir süreç olmadığı görülecektir. Bu anlamda, halk sosyolojisini verili olarak refleksif bir model olarak düşünmek doğru olmayacaktır.⁸³

Bir diğer eleştiri yine Morrow tarafından yöneltilmektedir. Buna göre, Burawoy'un eleştirel sosyoloji dediği sosyolojiyle uğraşanlara ve onların yazdıklarına bakıldığında, bunun aslında değer ve güç gibi sorunları öne çıkaran mesleki sosyoloji türlerinden başka bir şey olmadığı görülecektir. Dolayısıyla Burawoy'un, sosyolojik iş bölümünde ayrı bir yer atfettiği eleştirel sosyoloji, genel olarak *sosyal teori* olarak adlandırılmalıdır.⁸⁴ Öte yandan Andrew Abbott'a göre, Burawoy eleştirel sosyolojiyi genel olarak sol politika ile ilintili olarak düşünmektedir ve verdiği örnekler de genelde bu yöndedir. Oysaki eleştirel sosyoloji ya da eleştirel sosyal teori yalnız sol siyasi bakış açısıyla değil sağ ya da liberal bakış açısıyla da yapılabilir. Tocquville'in *Amerika'da Demokrasi*, Schumpeter'in *Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi*'si buna en iyi örnektir Abbott'a göre.⁸⁵

Burawoy'un halk sosyolojine yönelik açılımları arzu ve kabul edilebilir olsa bile, onu kurumsallaştırmaya çalışmak yöneltilen eleştirilerden bir diğeridir.⁸⁶ Bu kurumsallaştırma çabalarıyla ilgili olarak, dörtlü sosyoloji sınıflandırmasını sosyolojik iş bölümü olarak görmesi, disiplin içinde hiyerarşik bir durumu ortaya çıkaracağından eleştirilmektedir. Buna göre, disiplinin olmazsa olmazı veya merkez üssü olarak görülen mesleki sosyoloji bu hiyerarşinin en tepesinde yer alacak, diğer alanlar ise bu ana üse tabi olarak, görece daha alt seviyede değerlendirilecektir.⁸⁷ Bu noktada Burawoy'un sosyolojik iş bölümü vurgusu, bu dört tipin birbirini tamamladığı yönündeki diğer tespitiyle çelişmektedir.⁸⁸

⁸² Bu yönde bir değerlendirme için bkzn. Marinus Ossewaarde, "Sociology Back to the Publics" *Sociology* 41, No. 5 (2007), s. 806.

⁸³ McLaughlin, Kowalchuk, and Turcotte, 2005, s. 141-142.

⁸⁴ Morrow, 2009, s. 57.

⁸⁵ Abbott, 2007, s. 196.

⁸⁶ Ghamari-Tabrizi, 2005, s. 362.

⁸⁷ A.g.e., s. 363.

⁸⁸ Ericson, 2005, s. 366.

Burawoy'un genel projesini ve perspektifini desteklemekle birlikte, Alain Touraine, birkaç hususa işaret etmektedir. Bunların başında, projenin çoğunlukla Amerikan sosyoloji tarihi dikkate alınarak tasarlanmış olmasıdır. Oysaki Avrupa ve özelde Fransa'da durum daha farklıdır. Ona göre Fransa'da özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan 70'lere kadar, Burawoy'un halk sosyolojisi dediğine yakın bir sosyoloji, özellikle elit okullarda yetiştirilen üst düzey bürokratlar aracılığıyla uygulamaya konulmaktaydı.⁸⁹

D. Eleştirilere Cevaplar ve Değerlendirme

Burawoy yukarıda aktarılan eleştirilerin bazılarını zaten projenin orijinalinde, bazılarını da sonradan cevap vermiştir. Burawoy'un projesine yöneltilen eleştiriler yanında bazı sosyologlardan destek de gelmiştir.

Bunlardan ikincisiyle başlamak gerekirse, Burawoy'a bir destek Stephen Turner'den gelmiştir. Ona göre, liberal demokrasilerde devlet desteğiyle yapılan faaliyetlerle, buna eğitim, din vb. dâhildir, serbestçe oluşması gereken kamuoyu bozulmamalı ve çarpıtılmamalıdır. Bu manada, Turner, çeşitli düşünürlerin, bilimsel niteliği tartışmalı olan sosyal bilimlerin, devlet (maddi) desteğiyle üniversitelerde öğretim programına alınmasına karşı çıktıklarını aktarmaktadır, çünkü sosyal bilimler ürettikleri bilimsel niteliği olmayan bilgiyle, daha sonra kamuoyu oluşumuna müdahil olmakta, bu da liberal anlayışla çelişmektedir. İşte bu noktada Stephen Turner, Burawoy'un halk sosyolojisi kavramını; öncelikli olarak bir diyalog sürecini öne çıkarması ve özellikle de Burawoy'un, sürecin için olarak belirli bir değer yargısıyla ilişkili olmadığını söylemesi⁹⁰ sebebiyle liberal teoriyle uzlaşabilir bulunmaktadır.⁹¹ Özellikle organik halk sosyolojisi, demokratik kamuoyu oluşum sürecine, öne çıkardığı diyalog unsuruyla katkıda bulunabilir.

Bir diğer sosyolog ise, yeni sosyoloji olarak nitelediği halk sosyolojisinin temellerini, C. Wright Mills'e ve Alvin Gouldner'e dayandırarak, onu vatandaş odaklı sosyoloji olarak tanımlamıştır. Bunun karşısında yer alan eski sosyoloji ise (genel olarak Talcott Parsons, James Coleman, William Ogburn gibi sosyologlarla ilişkilendirilmektedir) (bireysel) özerklik, araçsal rasyonalite, teknokrasi, fayda gibi burjuva değerleri üzerine

⁸⁹ Alain Touraine, "Public Sociology and the End of Society" in *Public Sociology- Fifteen Eminent Sociologists Debate Politics and the Profession in the Twenty-First Century*, ed. Dan Clawson, et al. (Berkeley: University of California, 2007), s. 76.

⁹⁰ Burawoy, 2005a, s. 8.

⁹¹ Stephen Turner, "Public Sociology and Democratic Theory" *Sociology* 41, No. 5 (2007), s. 792.

odaklanmış ve onları ön plana çıkarma hedefinde olan burjuva sosyolojisi olarak nitelendirilmiştir. Böylelikle yeni sosyoloji ya da halk sosyolojisi, vatandaşlık, özgürlük, insan onuru, demokrasi ve erdem gibi farklı değer yargılarına önem verip onları ön plana çıkarma hedefindedir.⁹² Ancak, Ossewaarde, bunu söylemekle birlikte, Burawoy'un, Gouldner ve Mills'ten birkaç noktada farklılaştığını, Burawoy'un sosyolojisinin hala liberal etiketler taşıdığını, bunun en açık örneğinin de eleştirel olmayan sivil toplum kavramında görüldüğünü ifade etmektedir.⁹³

Burawoy'un eleştirilere verdiği yanıtta gelince, örneğin sivil toplum görüşüne yöneltilen eleştirilere ilişkin olarak, Burawoy, 2004 yılındaki konuşmasında belirttiği üzere, o eleştirilerde belirtilen hususların farkında olduğunu göstermiştir. Ona göre, elbette ki sivil toplum homojen, sorunsuz bir alan değildir, elbette ki orada güç ilişkileri, çıkar çatışmaları vardır. Buna rağmen, ekonominin ve siyaset biliminin işgal ettikleri alanlar ve ekonomi (neo-liberalizm) ve devletin (siyaset bilimi) ortak hareket ederek sivil toplum alanını yok etmeye yönelik çabaları dikkate alındığında,⁹⁴ sosyolojiye kalan en iyi alternatif alan sivil toplumdur. Burawoy yalnızca bu hususun altını çizdiğini belirtmektedir.⁹⁵ Sivil toplum söz konusu olduğunda da buna eklenmesi gereken bir başka kavram bugün artık insan haklarıdır ve esasen mücadele, insan hakları tanımını üzerinde gerçekleşecektir. Bu nedenle insan hakları, sadece siyasi liberalizmin dar kalıplarıyla tanımlanmamalı, özellikle sosyal haklar kapsamını genişletmek için adeta bir tanım mücadelesine girilmelidir.⁹⁶

En temel eleştiri noktalarından biri olan ve yukarıda aktarılan, Burawoy'un projesiyle sosyolojinin bilimsellik özelliğini yitirecek olmasına Burawoy karşı çıkmaktadır. Ona göre, günümüzde artık sosyal bilimlerin değer yargısından bağımsız olamaz, dolayısıyla önemli olan, hangi değer yargısının ön plana çıkarılacağıdır.⁹⁷ Üstelik saf bilimselliği savunanların yönelttiği eleştiriler, aslında tarihselliği de dikkate almayan eleştirilerdir. Amerika'da sosyolojinin tarihine bakıldığında, bilimsel sosyoloji modelinin, bu tarihin sadece bir dönemi bakımından (Birinci Dünya Savaşı ile 1960'lara kadar olan dönem) geçerli (muteber) sosyoloji yapma modeli olduğu

⁹² Ossewaarde, 2007, s. 800.

⁹³ A.g.e., s. 810.

⁹⁴ Michael Burawoy, "Third-Wave Sociology and the End of Pure Science" *The American Sociologist* Fall/Winter (2005c), s. 157.

⁹⁵ Burawoy, 2005a, s. 25.

⁹⁶ Burawoy, 2005c, s. 158. Ayrıca bknz. Michael Burawoy, "A Public Sociology for Human Rights" (2006), <http://burawoy.berkeley.edu/PS/Public%20Sociology%20for%20Human%20Rights.pdf> (Erişim tarihi: 18.07.2014)

⁹⁷ Burawoy, 2005c, s. 254.

görülecektir. Ama artık bu pratik değişmektedir. Bu nedenle artık günümüzde, hayatının giderek artan oranda özelleştirilmesi pratiğiyle, devlet ve ekonomi alanının giderek ortak hareket etme durumu karşısında, bütün eksikliklerine ve sorunlarına rağmen öne çıkarılması ve savunulması gereken alan, sivil toplum alanıdır. Bu nedenle, bunu ortaya çıkaracak yeni bir sosyoloji pratiğine ihtiyaç vardır ve bu da halk sosyolojisidir.⁹⁸

Öte yandan, sosyolojiye halk sosyolojisi kavramıyla gizli Marksist doku eklemekle eleştirilen Burawoy, Marksist bir gelenekten geldiğini ve bunu asla gizlemediğini belirtmektedir. Ancak halk sosyolojisi kavramı bundan ibaret değildir. Daha önce de kavram açıklanırken ifade edildiği üzere, halk sosyolojisi içsel bir değerle (buna Marksizm diyelim) yüklü değildir, aksine, halk sosyolojisi çoğulcu bir gündeme ve araştırma programına sahiptir.⁹⁹ O, sosyoloğun özel ilgi alanına göre farklı politik yönelimler için kullanılabilir. Sonuçta ortaya çıkacak ise, yine bir çatışma ya da güç savaşı olacaktır. Nitekim sosyoloji de zaten çatışma alanı ve pratiğine ilişkindir. Pierre Bourdieu'yü anlatan belgesel filmin adında da geçtiği üzere *la sociologie est un sport de combat/sosyoloji bir dövüş sporudur*.

KAYNAKÇA

- Abbott, Andrew, "For Humanist Sociology" *Public Sociology- Fifteen Eminent Sociologists Debate Politics and the Profession in the Twenty-First Century*, içinde (edited by Dan Clawson, Robert Zussman, Joya Misra, Naomi Gerstel, Randall Stokes, Douglas L. Anderton and Michael Burawoy), University of California, Berkeley 2007, s. 195-209.
- Acker, Joan, "Comments on Burawoy on Public Sociology" *Critical Sociology* 31, No. 3 (2005), s. 327-31.
- Beck, Ulrich, "How Not to Become a Museum Piece" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 335-43.
- Boyns, David, and Fletcher, Jesse, "Reflections on Public Sociology: Public Relations, Disciplinary Identity, and the Strong Program in Professional Sociology" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 5-26.
- Brint, Steven, "Guide for the Perplexed: On Michael Burawoy's "Public Sociology"" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 46-65.
- Burawoy, Michael "Public Sociology: South African Dilemmas in a Global Context" *Society in Transition* 35, No. 1 (2004a), s. 11-26.

⁹⁸ A.g.e., s. 155.

⁹⁹ Burawoy, 2006.

- , “Public Sociologies: Contradictions, Dilemmas, and Possibilities” *Social Forces* 82, No. 4 (2004b), s. 1603-18.
- , “For Public Sociology- 2004 Presidential Address” *American Sociological Review* 70 (2005a), s. 4-28.
- , “Response: Public Sociology: Populist Fad or Path to Renewal?” *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005b), s. 417-32.
- , “Third-Wave Sociology and the End of Pure Science” *The American Sociologist* Fall/Winter (2005c), s. 152-65.
- , “A Public Sociology for Human Rights” (2006), <http://burawoy.berkeley.edu/PS/Public%20Sociology%20for%20Human%20Rights.pdf>
- , “Facing an Unequal World- Challenges for a Global Sociology” *Facing an Unequal World- Challenges for a Global Sociology Volume One*, içinde (edited by Michael Burawoy, Mau-kuei Chang and Michelle Fei-yu Hsieh), Institute of Sociology, Academia Sinica, Taipei 2010, s. 3-27.
- Burawoy, Michael, and VanAntwerpen, Jonathan “Berkeley Sociology: Past, Present and Future” University of California, 2001.
- Calhoun, Craig, “The Promise of Public Sociology” *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 355-63.
- Ericson, Richard, “Publicizing Sociology” *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 365-72.
- Gans, Herbert J., “Sociology in America: The Discipline and the Public American Sociological Association, 1988 Presidential Address” *American Sociological Review* 54 (1989), s. 1-16.
- Ghamari-Tabrizi, Behrooz, “Can Burawoy Make Everybody Happy? Comments on Public Sociology” *Critical Sociology* 31, No. 3 (2005), s. 361-69.
- Jeffries, Vincent, (ed.) *Handbook of Public Sociology*. Lanham; Boulder; New York: Rowman & Littlefield 2009a.
- , “Redefining the Nature and Future of Sociology: Toward a Holistic Sociology” *Handbook of Public Sociology*, içinde (edited by Vincent Jeffries), Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York, 2009b.
- Kasapoğlu, Aytül; Çabuk Kaya, Nilay, and Ecevit, Mehmet, “The Center-Periphery Relationship between Turkish and Western Sociologies” *Facing an Unequal World- Challenges for a Global Sociology –Volume Two Asia* içinde (ed. Michael Burawoy, Mau-kuei Chang, and Michelle Fei-yu Hsieh) Institute of Sociology, Academia Sinica, Taipei, 2010, s. 97-117.

- McLaughlin, Neil, Kowalchuk, Lisa, and Turcotte, Kerry, "Why Sociology Does Not Need to Be Saved: Analytical Reflections on Public Sociologies" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 133-51.
- Morrow, Raymond A., "Rethinking Burawoy's Public Sociology: A Post-Empiricist Reconstruction" *Handbook of Public Sociology*, (edited by Vincent Jeffries), Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York, 2009, s. 47-70.
- Nichols, Lawrence T., "Burawoy's Holistic Sociology and Sorokin's "Integralism": A Conversation of Ideas" *Handbook of Public Sociology*, (edited by Vincent Jeffries), Rowman & Littlefield, Lanham; Boulder; New York, 2009.
- Nielsen, François, "The Vacant "We": Remarks on Public Sociology" *Social Forces* 82, No. 4 (2004), s. 1619-27.
- Ossewaarde, Marinus, "Sociology Back to the Publics" *Sociology* 41, No. 5 (2007), s. 799-812.
- Scott, John, "Who Will Speak, and Who Will Listen? Comments on Burawoy and Public Sociology" *The British Journal of Sociology* 56, No. 3 (2005), s. 405-09.
- Tittle, Charles R., "The Arrogance of Public Sociology" *Social Forces* 82, No. 4 (2004), s. 1639-43.
- Turner, Jonathan H., "Is Public Sociology Such a Good Idea?" *The American Sociologist*, No. Fall/Winter (2005), s. 27-45.
- Turner, Stephen, "Public Sociology and Democratic Theory" *Sociology* 41, No. 5 (2007), s. 785-98.

HUKUKA UYMAK YA DA UYMAMAK İŞTE TÜM MESELE BU: PSİKOLOJİK HUKUK YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE HUKUKA UYMA VE MEŞRULUK İLİŞKİSİ*

Fehmiye Ceren Akçabay**

“Asıl açıklanması gereken, neden aç insanın çaldığı ya da sömürülen adamın grev yaptığı değil, neden aç insanların çoğunun çalmadığı ve sömürülenlerin çoğunun greve gitmediğidir.”

Wilhelm Reich

Özet

Hukuka ilişkin tartışmalar, insan doğasına ilişkin varsayımlar ve davranış teorileri ile başlar. Her şeyden önce davranış düzenleyen bir norm sistemi olan hukukun anlaşılması bakımından hukuka uyma oldukça önemli bir konu başlığını oluşturmaktadır. Hukuka uyma, gitgide artan şekilde, insanları kriminal davranışlardan uzaklaştırmak için kullanılan yaptırım tehdidi üzerinden tartışılrsa da, psikoloji bilimi tarafından ortaya konan veriler, insanın basit faydacı saiklerle davranışlarını belirlemediğini ortaya koymuştur. Bu nedenle; çalışmada, psikolojik hukuk yaklaşımı çerçevesinde oluşturulan değere dayalı hukuka uyma modeli ile hukuka uyma ve meşruluk ilişkisi tartışmaya açılmıştır.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Hukuk, davranışları düzenleyen kodifiye edilmiş bir kural sistemidir. Hukukçular tarafından çoğu zaman göz ardı edilen ise hukukun davranışları düzenleyebilmesi için hukuka uyulması gerektiğidir. Hukukun önemi, toplumu belirleme gücünde yatar. Hukuka uyma davranışının gerçekleşmemesi hukuk uygulayıcılarını toplumun sıradan üyelerine, kanun ve mahkeme kararlarını da basit birer metine dönüştürebilir. Şüphesiz, modern toplumlar büyük ölçüde hukuk sistemleri çerçevesinde işlemektedir. Bu durum, insanların büyük bir yoğunluğunun çoğu zaman hukuka uyduğu anlamına gelmekle birlikte, ceza infaz kurumlarındaki yoğunluk, hukuka uyma davranışının kendiliğinden gerçekleşmediğinin ve hukuk kurallarının küçümsenemeyecek oranda dirençle karşılaştığının en temel göstergesidir.

Hukukçuların hukuk uygulaması içinde gözden kaçırdıkları diğer bir husus, hukuk kuralının davranışı düzenleyebilmesi için davranış şekillerine dolayısıyla insan doğasına ilişkin bilgiye ihtiyaç duyduğudur. Psikolojinin yıllardır farklı teoriler ve araştırmalar ekseninde ortaya koymaya çalıştığı karmaşık insan doğası, modern hukuk sistemi içinde basit bir varsayım doğrultusunda açıklanır. Liberal hukuk sisteminin kökeninde yatan ve faydacı ahlak felsefesi doğrultusunda oluşturulan bu varsayım göre, insan kendi faydasının peşinde koşan bencil bir varlıktır. İnsan doğasının faydacı açıklaması, davranışların da bu ekseninde düzenlenmeye çalışılmasına neden olur. Buna göre; kendi hazzı peşinde koşan ve acıdan kaçınan insanın davranışları ancak yaptırım korkusu ile yönlendirilebilir. Hukuka uymayı caydırıcılıkla açıklayan bu model, modern devletin şiddet tekeli ile birlikte, hukuk uygulamasının büyük ölçüde ceza uygulamasına dönüşmesine sebebiyet vermiş, hukuku diğer işlev ve amaçlarından kopararak basit bir toplumsal kontrol vasıtasına dönüştürmüştür.

Hukuka hakim olan geleneksel pozitivist yaklaşım açısından düşünüldüğünde, yaptırım aracılığıyla sağlanan hukuka uyma davranışı hukukun etkililiği ve geçerliliği açısından yeterli görülebilirse de, hukuki gerçekliğinin anlaşılması ve hukukun, karmaşık modern toplumlar açısından giderek daha fazla önem kazanan, uyumsuzluk çözümü ve toplumsal değişme gibi işlevlerini sürdürebilmesi için oldukça sınırlıdır¹.

Hukuk kurallarının, davranış belirlemede caydırıcılık yerine, insan onurunu ön plana alan bir uygulama benimseyebilmesi için, varsayımlar yerine psikolojide ortaya konan verilerinden yararlanılarak insan doğasının

¹ Hukuki gerçekliğe ilişkin sosyolojik bir tartışma için bkz. Fehmiye Ceren Akçabay, "Hukukun Gerçeği'ne Sosyolojik bir Bakış", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.63-77.

gerçek bilgisine ulaşılması gerekmektedir. Hukuk toplumuyla dolayısıyla insanla iç içe bir yapıdır. Bu nedenle, hukuki gerçekliği bir bütün olarak algılayabilmek için, sosyoloji ve psikoloji gibi alanlarda ortaya konan veriler ve teoriler özellikle önem taşır. Gerçekten de, hukuka uyma davranışına ilişkin en kayda değer tartışmalar psikoloji verilerinden hareketle geliştirilmeye çalışılan psikolojik hukuk yaklaşımında ortaya konmuştur. Yaklaşımın kısa tarihinde ön plana çıkan değer ve insan onuru gibi kavramlar etrafında geliştirilen alternatif hukuka uyma modeli, hukuki gerçekliğe ve hukuk uygulamasına ilişkin yeni tartışmaları beraberinde getirebilecek niteliktedir.

II. PSİKOLOJİK HUKUK YAKLAŞIMI

Sosyal bilimler ve hukuk ilişkisi çerçevesinde yapılan çok sayıda çalışma, hukuka ilişkin disiplinler arası yaklaşımların hukuki uslamlamadaki önemini ortaya koyacak niteliktedir². Bu konuda en önemli literatür, sosyolojik bir hukuk yaklaşımı oluşturma çabası içinde ortaya çıkmış olmasına rağmen, daha sınırlı ancak hukuku anlama ve yorumlama bakımından oldukça değerli diğer bir disiplinler arası yaklaşım, hukuk davranışını psikoloji ile ilişkisi içinde ele alan psikolojik hukuk yaklaşımıdır³. Hukuka ilişkin belli bir yaklaşımın oluşturulması için hukukun ne olduğuna ve ne olması gerektiğine ilişkin sorulara yanıtlar bulunmalıdır. Hukuk felsefesi içindeki geleneksel hukuk yaklaşımları hukuku, dogmatik bir bütünlük arayışı içinde tartışarak hukuk davranışını kutuplaştırılmış hukuki ilkeler çerçevesinde açıklar. Psikolojinin de içinde yer aldığı sosyal bilimler çerçevesinde oluşturulan hukuk yaklaşımlarında ise; hukuk içeriden değil, dışarıdan teorilerle açıklanmaya çalışılır. Hukuku hukuk ile açıklama çabası totolojik bulunarak reddedilir; hukuki gerçeklik, davranış ya da toplumsal güçlerle ilişkisi çerçevesinde ortaya konmaya çalışılır⁴.

² Hukuk felsefesi tarihi, hukuki uslamlamadaki değişimlerin farklı bakış açıları ile üretilen hukuk yaklaşımları çerçevesinde gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, psikolojik hukuk yaklaşımını oluşturma yönündeki çaba aynı zamanda hukuk uygulamasını belirleme yönünde bir çaba olarak da görülebilir. Bkz. Mark A., "Advancing Psychological Jurisprudence", *Behavioral Sciences and Law*, Vol. 11, No. 3-16, 1993, s. 3.

³ Psikolojik hukuk yaklaşımının öncülerinden Mark A. Small ve Gary B. Melton'ın, hukukta sosyal bilimler araştırmalarının epistemolojisine ilişkin tartışmaları psikolojik hukuk yaklaşımı açısından kurucu nitelikte tartışmalardan birini oluşturmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gary B. Melton, "Law, science and humanity: The normative foundation of social science in law", *Law and Human Behaviour*, 1990, Vol.14, ss. 315-332; Mark A. Small, "The Normative Foundation of Social Science in Law Revisited: A Reply to Melton", *Law and Human Behaviour*, 1991, Vol. 15, ss. 325-328; Gary B. Melton, "Psikology in the law: Why We Do What We Do", *Law and Human Behaviour*, 1991, Vol. 15, ss. 328-330.

⁴ Small, 1993, s. 4-5.

Hukuku oluşturan ve uygulayan hukuk otoriteleri insan davranışını anlamak, tahmin etmek ve kontrol etmek için mümkün olduğunca fazla kaynaktan yararlanır. Bu kaynaklardan bazıları, belirli geleneklerdeki bilgi aktarımını yansıtan kültürel kaynaklardır. Belli bir uygarlığa ilişkin, felsefi veya politik gelenekler bu bağlamda ele alınabilir. Bu gelenekler şüphesiz insan davranışını anlamak ve düzenlemek için genel bir çerçeve oluşturur. Psikoloji içinde, halk psikolojisi olarak da nitelendirilen ve davranış bireysel inanç, arzu ve amaçlara bağlayan bu yaklaşımın doğruluğu, felsefeciler ve psikoloji çalışmaları yapanlar tarafından belli bir sürekliliğe ilişkin görülürken, halk psikolojisinin genelde hukuk ve diğer toplumsal kurumlar açısından yaygın ve etkili olduğu kabul edilmektedir⁵. Ancak, insan davranışına ilişkin varsayımlar oluşturmak için hukukçular da bilginin kültürel kaynakları yanında bir takım bilimsel kaynaklara başvurmaktadır. Dolayısıyla, insan doğası hakkındaki olgusal gerçeklere ilişkin mevcut bilimsel yaklaşımın hukuk sistemini etkileme olasılığı mevcuttur⁶. Bir bilim olarak psikoloji, davranışın neden ve sonuçlarına ilişkin daha doğru tespitler yapma imkânına sahiptir⁷. Elbette interdisipliner çalışmanın getirdiği zorluklar ile toplumsal bir kurum olarak hukukun sahip olduğu tutuculuk nedeniyle bu çalışma alanı oldukça yavaş ilerleyen bir gelişme sergilemektedir⁸.

Hukuk ve psikoloji ilişkisi denildiğinde ilk akla gelenin; görgü tanığının ifadesi, suçlu teşhisinin tarafsızlığı, jüri kararları ve ölüm cezasına ilişkin tutumlar gibi ceza yargısındaki hususlara ilişkin psikolojik çalışmalar olduğu söylenebilir⁹. Hukukun davranışsal temellerine dair bu tür ampirik araştırmalar hukuk psikolojisi adı altında ele alınmaktadır. Hukuk psikolojisi, psikolojinin bir alt disiplini olarak psikolojiyi hukuka uygular. Hukuk ve hukuk sistemine ilişkin davranışları ve zihinsel süreçleri, sistematik gözlem, tanımlama ve ölçme gibi bilimsel metotlar aracılığıyla inceleyerek hukuktaki davranış kabullerini sorgular. Hukuk psikolojisini “hukuk”a dair kılan ele aldığı davranışların hukuki oluşudur¹⁰. Hukuk

⁵ Daniel Dennet ve John C. Haugeland, “Intentionality”, *Oxford Compain to the Mind*, Richard L. Gregory (ed.) New York: Oxford University Press, 2004, ss. 383-386.

⁶ Bertram F. Malle, *How the Mind Explains Behavior: Folk Explanations, Meaning and Social Interaction*, MIT Press, Cambridge 2004, s. 159-160.

⁷ Gary Blasi ve John T. Lost, “System Justification Theory and Research: Implications for Law, Legal Advocacy and Social Justice”, *California Law Review*, 2006, Vol. 94, No. 4, s. 1119-1124.

⁸ Tom R. Tyler, John T. Jost, “Psychology and the Law, Reconciling Normative and Descriptive Accounts of Social Justice and System Legitimacy”, *Social Psychology, Handbook of Basic Principles*, Arie W. Krukanski, E. Tory Higgins (ed.), 2007, s. 807.

⁹ Adalet psikolojisi olarak da bilinen bu alanda yapılan çalışmalara dair ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin Işıktaç, *Adalet Psikolojisi*, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 55-326.

¹⁰ Mark Small, “Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence”, *Saint Louis University Law Journal*, 1992-1993, Vol. 37, s. 686-688.

psikolojisi, psikolojik hukuk yaklaşımından farklı olarak hukuk uygulamasının temelinde yer alan davranışlara ilişkin kabulleri sorgular. Psikolojik hukuk yaklaşımı, insan davranışına referansla hukuku açıklamaya çalışırken, hukuk psikolojisinde hukuk uygulamasından yola çıkılarak insan davranışı araştırılır. Kuşkusuz, hukukun kullandığı davranış kabullerine ilişkin ampirik araştırmalar, gerçeklikle örtüşen bir hukuk yaklaşımı ortaya koymak adına önemli ipuçları barındırmaktadır. Ancak, davranış kabullerine ilişkin araştırmalar, teorik bir çerçeve olmaksızın psikolojik bir hukuk yaklaşımı ortaya çıkaramaz. Psikolojik hukuk yaklaşımı ile asıl hedeflenen ise, sosyal bilimler ile ilişki içinde geliştirilen diğer disiplinler arası hukuk yaklaşımlarında olduğu gibi, sosyal bilimlerde ortaya konan verilerden yararlanarak gerçekliği tespit etmek ve bu gerçekliğe uygun bir hukuk yaratmaktır¹¹.

Psikoloji, hukuk sistemi ile ilişki içindeki çalışma başlıklarında elde edilen en güncel ve doğru bilgiyi hukukçulara aktararak hukuk alanına katkı sağlayabilir. Gerçekte, hukuk davranış teorilerini içermektedir. Hukuk kuralları, doktrinleri ve uygulamaları da büyük ölçüde insan doğası hakkındaki bu temel kabulleri yansıtır¹². Ancak, insan davranışının gerçeklikten uzak şekilde ele alınması adalete ulaşma şansını azaltır¹³. Hukuka psikolojik bir yaklaşım söz konusu olduğunda ise, hukukta görülen problemler üzerine belirgin bir ampirik bakış açısı oluşturulmaya çalışılır. Bu çerçevede, insan eylemi ve sorumluluğuna ilişkin hukuki kavramlar; bilinç, koşullanma ve davranışa işaret eden bilimsel bir araştırmaya dayandırılır¹⁴. Hukuk çalışmaları içinde psikolojik hukuk yaklaşımı olarak da anılan bu çaba hukuki realizm yaklaşımına benzer şekilde, geçerli hukuk teorisinin köklerini toplumsal yaşamın doğasına ilişkin gerçekçi bir kavrayışta arar. Hukuka ilişkin tespitler, hukuk teorilerinin güçlü bir ampirik temele sahip oldukları ve insan doğasının ilkelerine ilişkin bilimsel kanıtları kullandıkları sürece geçerli olabilir¹⁵. Psikolojik hukuk yaklaşımı içinde, bu temel önerme, deney de dahil olmak üzere psikolojinin metodolojik araçları kullanılarak ileri taşınmaya ve davranışsal realizme ulaşılmaya çalışılır¹⁶.

¹¹ “Olan”dan “olması gereken” çıkarmak olarak da özetlenebilecek bu çaba bütün disiplinler arası hukuk yaklaşımların ortak özelliğidir. Bkz. Small, 1993, s. 11-12.

¹² Craig Haney, “Criminal Justice and the Nineteenth-Century Paradigm: The Triumph of Psychological Individualism in the ‘Formative Era’ ”, *Law and Human Behavior*, Vol. 6, No. 3/4, 1982, s. 191.

¹³ Craig Haney, “Psychology and Legal Change: On the Limits of a Factual Jurisprudence”, *Law and Human Behavior*, Vol. 4, No. 3, 1980, s. 193-194.

¹⁴ John Darley ve diğerleri, “Psychological Jurisprudence, Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century”, *Perspectives in Law and Psychology*, Vol. 14, 2002, s. 36-37.

¹⁵ Tyler ve Jost, 2007, s. 807-808.

¹⁶ Blasi ve Lost, 2006, s. 1120-1121.

III. PSİKOLOJİK HUKUK YAKLAŞIMINDA “DEĞER”

Psikolojik hukuk yaklaşımının amacı, daha önce de belirtildiği gibi, psikolojiden yararlanarak hukuk alanının gerçekliğini elde etmek ve bu gerçekliğe uygun bir hukuk yaratmaktır. Bu nedenle, mümkün olduğunca güncel psikoloji bilgisi ile örtüşecek şekilde hukuki varsayımlarda bulunularak insana ilişkin bilimsel bilgi ile halk psikolojisine dayalı halk bilgisi arasındaki uçurum azaltılmaya çalışılır. Elbette ki, psikoloji, yeni araştırmaların ortaya çıkardığı veriler ışığında gelişen ve değişen bir bilimdir. Bu doğrultuda, hukukun insan davranışına ilişkin bilgisi ve birikimi de değişmektedir¹⁷. Psikolojik hukuk yaklaşımının gelişimi incelendiğinde, psikoloji bilimindeki değişimin hukuk tartışmalarına da yansıdığı, görece yeni bu yaklaşımın hukuka ilişkin bütünsel ve kavramsal bir çerçeve oluşturma çabası içinde farklı bakış açıları ortaya çıkardığı görülecektir¹⁸. Örneğin, bilişsel bilimin insan bilincini anlamak yolundaki çabaları aracılığıyla insan rasyonalitesine dayalı bilişsel bir hukuk anlayışı ortaya konmaya çalışıldığı gibi, hukuk ve akıl sağlığı arasında ilişki gözetilerek hukuku akıl sağlığını tedavi edebilecek bir araç olarak ele alan tedavisel (terapötik) bir hukuk yaklaşımı da oluşturulmuştur¹⁹. Ancak kanımızca hukuki gerçekliği bir bütün olarak açıklamak bakımından en önemli çaba, değere dayalı psikolojik hukuk yaklaşımı geliştirme çabasıdır.

Geleneksel pozitivist hukuk yaklaşımlarının hukuk incelemesi dışına çıkardığı değer kavramı, psikolojik hukuk yaklaşımı çerçevesinde yeniden hukuk alanına dahil edilmiştir. Görüşleri aynı zamanda sosyolojik hukuk yaklaşımının ve hukuk sosyolojisinin gelişimine kaynaklık eden Petrazycki²⁰ değere dayalı psikolojik hukuk yaklaşımını ilk ortaya koyan hukukçudur. Geleneksel hukuk yaklaşımlarını dogmatik olarak nitelendirerek hukuku sosyal bilimlerin özellikle de psikolojinin yardımı ile açıklamaya gayret etmiştir. 20. yüzyılın başında yaşayan bir düşünür olan Petrazycki, hem

¹⁷ Darley ve diğerleri, 2002, s.55-56.

¹⁸ Bruce A. Arrigo, “De/reconstructing Critical Psychological Jurisprudence: Strategies of Resistance and Struggles for Justice”, *International Law in Context*, Vol. 6, No. 4, 2010, s. 363.

¹⁹ Small, 1993, s. 9-11.

²⁰ Kısa süre tıp eğitimi de alan Polonyalı hukukçu Leon Petrazycki, (1867-1931), önceleri Kant ve Hegel’in hukuk yaklaşımlarından etkilense de, daha sonra bu yaklaşımları dogmatik bularak reddetmiş ve psikolojideki gelişmeleri temel alan bir hukuk yaklaşımı geliştirme çabası içinde olmuştur. Bkz. F. S. C. Northrop, “Petrazycki’s Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series Paper*. Paper no. 4372, 19565, s.651-652. St Petersburg Üniversitesi’nde Timasheff ve Gurvich’e ders veren Petrazycki, görüşleri ile dönemin önde gelen pek çok hukukçusunu etkilemiş; sosyolojik hukuk yaklaşımının ve hukuk sosyolojisinin “tartışmasız dolaylı kurucusu” olarak anılmıştır. Bkz. A. Javier Travino, “Introduction to Transaction Edition”, Leon Petrazycki, *Law and Morality*, Transaction Publishers, New Jersey 2011, s. ix.

hukuku hem de psikolojiyi ele alış tarzı itibariyle dönemin pozitivist bakış açısından kurtulmayı başararak çağını aşan bir yaklaşım ortaya koymuştur. Petrazycki'nin yararlandığı psikoloji davranışçı değil, deneye daha az dayalı, içebakışçı bir psikolojidir²¹. Bu sayede Petrazycki, değeri tartışma dışına çıkarmak yerine psikolojinin insan doğasına ilişkin olarak ortaya koyduğu verilerinden hareketle hukuk ile ilişkilendirir²².

Petrazycki'ye göre, hukuk her şeyden önce bizlerin yaşadığı belirli bir deneyimdir. Hukuku açıklamak ya da hukuku öngörebilmek için hukukun toplumsal bir yapı olarak günlük deneyimde nasıl işlev gördüğünün ve bu deneyimi ne şekilde düzenlediğinin açıklanması gerekir²³. Petrazycki'ye göre, hukukun öznel deneyimi, hem pozitif hem de sezgisel hukuka dayanır. Petrazycki, pozitif hukuku, kanun ya da yargı kararı gibi hukuk kaynaklarını imgesel olarak içine alan hukuki bir dürtü olarak görür. Sezgisel hukuk ise herhangi bir hukuk kaynağından bağımsız olarak gerçekleşen ve kendi kendisini bağlayacak şekilde deneyimlenen özerk bir dürtüdür. Farklı hukuk deneyimlerinin, etkileşim içinde gerçekleşmesi toplumsal değişme üretir ve hukuka bir epistemoloji sağlar. Sezgisel dürtüler, norm setleri ve hukuk kaynakları yaratarak pozitif hukuk dürtüsü yaratır²⁴. Deneyimlenen dürtüler giderek döngüsel şekilde değişir ve gelişir. Petrazycki'nin etik dürtülerin doğal seleksiyonunu sağladığını düşündüğü bu süreç aynı zamanda toplumsallaşma yaratır ve toplumsal grubu bir arada tutar. Petrazycki'nin psikolojik hukuk yaklaşımı, toplumda değerlerin ne şekilde geliştiğini ve içselleştirdiğini ortaya koyarak hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkiyi açıklar²⁵. Petrazycki'ye göre; hukuki deneyimler, koşullanma sağlayıp eğitici bir işlev görerek insanların davranış ve tutumlarını toplumsal grubun iyiliğine yöneltir. Hukuku bağlayıcı hale getiren de dürtüler doğrultusunda gelişen hukuki deneyimin ortaya çıkardığı insanlar arasındaki bağlılıktır²⁶.

Petrazycki'nin değere dayalı psikolojik hukuk yaklaşımını Melton²⁷ sürdürmüştür. Melton'a göre de, psikolojik hukuk yaklaşımı insanların

²¹ Petrazycki'ye göre, içe bakışçı metod, zihinsel fenomene deneyimlendiği süreçte içsel bir dikkatle yaklaşılması; düşüncelerin, imgelerin ve daha önceden deneyimlenmiş davranışların verili kategoriler dahilinde içsel bir gözleme tabi tutulmasıdır. Petrazycki, 2011, s. 13.

²² Northrop, "Petrazycki's Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance", s. 652-653.

²³ Small, 1993, s. 6.

²⁴ Petrazycki, 2011, s. 225-228.

²⁵ Small, 1993, s. 6.

²⁶ Petrazycki, 2011, s. 131-133, 301.

²⁷ Pediatri alanında uzman bir tıp profesörü olan Gary B. Melton'un çocuk ceza hukuku alanında yaptığı psikolojik çalışmalar ve psikolojik veriler doğrultusunda getirdiği hukuk reformu önerileri Amerika Birleşik Devletleri'nde psikolojik hukuk yaklaşımının gelişiminde önemli rol oynamıştır. Melton, aynı zamanda Nebraska Üniversitesi'nde hukuk

günlük yaşamındaki öznel hukuk deneyimine dayanmaktadır²⁸. Melton, Petrazycki'nin yaklaşımının, insanların neyi hukuk olarak gördüğünü anlamak bakımından en iyi kavramsallaştırma olduğu görüşündedir²⁹. Hukuk sisteminde yer alan değerlerin fenomenolojisine ilişkin ampirik çalışmaların, psikolojik hukuk yaklaşımının temelini oluşturması gerektiğini savunur. Melton'a göre; psikoloji, hukuku ve hukuki uslamlamayı belirleyen etmenleri, hukukun psikolojik olarak anlamını ve hukukun davranış belirleme şekilleri ortaya koyarak bu çerçevede bir hukuk yaklaşımı geliştirilmesini sağlayabilir. Psikolojik hukuk yaklaşımının amacı hukukun psikolojik tanımına uygun hukuk politikaları geliştirmektir. Olandan olması gereken çıkarma çabası sorunlu olmakla birlikte, hukukun gerçekliğine ilişkin bilgiler doğru bir hukuk politikası oluşturulmasını kolaylaştırabilir. Melton'a göre, psikolojik veriler çerçevesinde değerlendirildiğinde, hukukun içerdiği en önemli değer "insan onuru"dur. Hukukun amacı insan onurunu desteklemektir³⁰. İnsan onurunun desteklenmesini sağlayacak şartların aydınlatılması ise psikoloji alanında yapılacak ampirik çalışmalarla mümkün olacaktır³¹. Dolayısıyla, Melton'ın ortaya koyduğu psikolojik hukuk yaklaşımı, hukuka ve hukuk sistemine ilişkin gerçekliği ortaya koymaktan çok gerçekliğe uygun bir hukuk politikası yaratarak insan onurunun hukuk içindeki önemini artırmaya yöneliktir. Bu anlamda betimleyici olmaktan çok normatif bir epistemolojiye sahiptir³².

Melton'a göre, psikolojik hukuk yaklaşımı hukuk fenomenolojisini tanımlayıp açıklayarak hukukun ne şekilde oluştuğunu ve toplumsallaşma sağladığını ortaya koyar. Hukuk ve toplumsal normlar arasında ikili bir ilişki söz konusudur. Hukuk, toplumsal normları etkilediği gibi; aynı zamanda onlardan etkilendirir. Kültürel konuları ve mitleri ritüelleştiren, yeniden yapılandıran ve duyuran hukuk toplumdaki kişilerin toplumsal normlara uymasını sağlar. Hukukun toplum içindeki önemi caydırıcılığından değil, bu sayede üstlendiği eğitici işlevden ileri gelir. Hukukun bu işlevini en doğru şekilde gerçekleştirmesi için ise pozitif ve sezgisel hukukların birbiri ile

ve psikoloji programının başkanlığını yapmış ve psikolojik hukuk yaklaşımı tartışmalarına ev sahipliği yapan Nebraska sempozyumunun düzenleyicileri arasında yer almıştır. Bkz. Gary B. Melton, "Introduction: The Law and the Motivation", *Law as a Behavioral Instrument (Nebraska Symposium of Motivation, 1985)*, Lincon: University of Nebraska Press, 1986, s. i-xi; Gary B. Melton, "Award for Distinguish Career Contributions to Psychology in the Public Interest", *American Psychologist*, Vol 69, No.8, 2014, s. 759-761.

²⁸ Gary B. Melton, "The Significance of Law in the Everyday Lives of Children and Families", *Georgia Law Review*, 1998, Vol. 22, s. 854.

²⁹ Melton, 1998, s. 887.

³⁰ Melton, 1998, s. 854, 871, 894-895.

³¹ Melton, "Realism in Psychology and Humanism in Law: Psycholegal Studies at Nebraska", *Nebraska Law Review*, 1990, Vol. 69, No. 2, s. 262, n. 43.

³² Small, 1993, s. 7.

uyumlu olması gerekmektedir. Davranışsal kabullere ilişkin çalışmalar, toplumdaki değerlerin yönlendirilmesini ve toplumsal düzenin hukuki idealler çerçevesinde oluşturulmasını sağlayabilir. Psikolojinin katkısı ile toplumda, insan onuru ve demokrasi gibi Batı hukukunun ve ahlak felsefesinin kökeninde yer alan değerlerin geliştirilmesi sağlanabilir. Psikolojik hukuk yaklaşımı bu anlamda psikolojiye gerçekçilik hukuka ise hümanizm katacaktır³³.

Petryzki ve Melton'un hukuk yaklaşımları bir araya getirildiğinde ortaya değere dayalı bütünlüklü bir psikolojik hukuk yaklaşımı çıkmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, hukuku tanımlamak ve açıklamak için kullanılacak veriler, psikolojik araştırmalar yoluyla öznel hukuk deneyimlerinden elde edilmektedir. Psikolojik hukuk yaklaşımının geliştirilmesi için yapılan çalışmalarda, öznel hukuk deneyimi genel olarak hukuk bilinci³⁴ çerçevesinde ortaya konmaya çalışılmaktadır³⁵. Hukukun günlük yaşamdaki yerinin anlaşılması, norm koyucu ve toplumsal düzeni oluşturucu işlevlerini sürdürmesi bakımından önemlidir. Hukukun araçsallığı öznel anlamından dolayıyla hukuk deneyiminden bağımsız değildir. Toplumsal değişme ve dengenin sağlanması için geliştirilen hukuki stratejiler, hukukun davranışı yönlendirme ve değeri belirleme gücüne dayanmaktadır. Dolayısıyla, bunlara ilişkin olarak yapılan psikolojik araştırmalar, hukukun toplumsal bir kurum olarak anlamının ortaya konulması ve bu çerçevede bir hukuk yaklaşımı geliştirilmesi için ön açıcı niteliktedir³⁶.

Hukukla ilişkili toplumsal davranışları anlamak bakımından yapılan en kapsamlı çalışmalar insan davranışının biçimlendirilmesine ilişkin sosyal psikoloji³⁷ araştırmalarıdır³⁸. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Petryzki ve

³³ Melton'a göre, ölçme ve değerlendirmeye elverişli bir kavram olmayan insan onurunun çeşitli yönleri ile hukuk sistemlerinde insan onuruna verilen önem; mahremiyet, adalet, özgürlük gibi kavramlar etrafında yapılan araştırmalarla açığa çıkarılabilir. Bkz. Melton, 1990, s. 262-263, n. 42.

³⁴ Hukuk bilinci çalışmaları, hukuk kültür ilişkisi üzerinden hukuku açıklar. Bu çerçevede, özellikle, toplumsal imgeler bütünü olarak kabul edilen popüler kültürün hukuk ile ilişkisini incelenmekte ve hukukun popüler kültürdeki görünüm biçimlerinin üzerinden açıklamaktadır. Profesyonel bir uğraş olarak hukuk ile toplumsal olarak hukuk arasındaki büyük farkı gözler önüne sermektedir. Hukuk bilinci çalışmaları, kişilerin hukuk uygulamasından yola çıkarak hukuka ve hukuki kurumlara biçtikleri anlam ve değerleri ortaya koyan kültürel süreçleri açıklamak bakımından önemli veriler ortaya çıkarmıştır. Bkz. F. Ceren Akçabay "Hukukun Kültür ile İmtihani", *Nur Centel'e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel sayı, 2013, Vol. 19, No. 2, s. 1333-1334.

³⁵ Small, 1993, s. 8.

³⁶ Melton, 1998, s.895.

³⁷ Psikolojinin bir alt dalı olan sosyal psikoloji, bireylerin davranışlarını toplumsal ve kültürel bir ortam içinde inceler. Toplumsal etki ve uyuma davranışı sosyal psikolojinin en önemli başlıklarından birini oluşturmaktadır. Çiğdem Kağıtçıbaşı, *İnsan ve İnsanlar*, Cam

Melton'un değere dayalı psikolojik hukuk yaklaşımını geliştirebilecek yeni verilerin özellikle hukuka uyma davranışı etrafında ortaya konduğu söylenebilir. Hukuka uyma davranışından yola çıkarak hukuk deneyiminin, kişilerin demokratik kurumlara bakışı ve adalet kavrayışı üzerindeki etkisini açığa çıkaran bu ampirik araştırmalar, değere dayalı bir hukuka uyma modeli oluşturulmasına katkıda bulunduğu gibi değer ve meşruluk ilişkisi çerçevesinde psikolojik hukuk yaklaşımı tartışmalarının derinleştirilmesini sağlamıştır³⁹.

Bu konuda en bilinen çalışmalardan biri, Tyler'in 1990 yılında yayınladığı "Why People Obey the Law" (İnsanlar Neden Hukuka Uyar?) adlı eserdir. Bu çalışma; Chicago, Illinois'de trafik mahkemelerinde yargılanan sanıklarla yapılan görüşmelere dayanak kişilerin, adil gördükleri usuller çerçevesinde yargıldıklarında kişisel zarara uğramalarına neden olacak yaptırımları daha kolay kabullendiklerini ortaya koymuştur. Araştırmaya göre; görüşülen sanıklar, kendilerine verilen cezadan çok, yargılama esnasında kişilere katılım fırsatı tanınmasını, saygı, dürüstlük ve insan onuru çerçevesinde yaklaşımda bulunulmasını ve prosedürlerin tarafsız olarak uygulanmasını önemsemektedir⁴⁰. Tyler'in araştırması, hukuka uyma davranışını belirleyen etmenlerin yeniden ele alınmasını sağlayarak, özellikle bireysel düzeyde, hukuk ve değer ilişkisinin hukuka uyma davranışını ne şekilde belirlediğinin tekrar düşünülmesini sağlamıştır. Kuşkusuz, hukuka uyma davranışını belirleyen etmenlerin toplumsal düzeyde anlaşılabilmesi için farklı kültürel ayrımlarında hesaba katıldığı yeni araştırmalara gereksinim bulunmaktadır⁴¹. Ancak, modern liberal hukuk düzeninin bireyi merkeze alan yaklaşımı düşünüldüğünde, bireysel düzeyin psikolojik veriler ekseninde gerçeğe uygun şekilde ele alınması bu tartışma açısından önemli bir başlangıç noktası oluşturmaktadır.

Psikolojik hukuk yaklaşımının ampirik araştırmalar yoluyla ulaşmaya çalıştığı davranışsal realizm; ilk kez faydacı düşünce ile başlayıp hukuk ve ekonomi yaklaşımı ile süren önemli bir gelenek aracılığıyla hukuk tartışmalarına dahil edilmiştir⁴². Hukuk ve ekonomi yaklaşımı, insan davranışlarının tamamını piyasa davranışına indirgeyerek rasyonel seçim teorisi ile açıklar. Hukuka uyma davranışı ile ilgili baskın görüşü temsil eden

Ofset Matbaacılık, İstanbul 1979, s. 1 ve 51-53. Bu nedenle hukuka uyma davranışı söz konusu olduğunda özellikle sosyal psikolojinin verilerinden yararlanılmaktadır.

³⁸ Darley ve diğerleri, 2002, s. 37."

³⁹ Tom R. Tyler, *Why People Obey The Law*, New Haven: Yale University Press, 1990, s. 19-40; E. Alan Lind ve Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press, 1988, s. 30-34; 64-92.

⁴⁰ Tyler, 1990, s. 8-15, 40-50.

⁴¹ Amir N. Licht, "Social Norms and Law: Why Peoples Obey The Law", *Review of Law and Economics*, 4:3, 2008, s. 717.

⁴² Blasi ve Lost, 2006, s. 1120.

bu bakışa göre, davranışa ilişkin koşullanma fayda maksimizasyonu çerçevesinde oluşur. İnsanlar bencil bir doğaya sahiptir, sadece kendi bireysel faydalarını gözeterek davranışta bulunurlar. Dolayısıyla, toplumsal normların ve hukuk kurallarının bağlayıcı olabilmesi için caydırıcı yaptırımlar içermelidir⁴³. Bu bakış, hukuku fayda dışında her tür değerden dışlayarak yaptırıma dayalı bir araca indirgemek anlamına gelse de; ekonomi biliminin kullandığı matematiksel modellemelerin kesinliği bu teorinin gerçekliğine kanıt olarak görülmektedir. Ancak, liberal hukuk yaklaşımının da gerisinde yatan, günümüzde hukukun oluşumunu ve uygulamasını büyük ölçüde belirleyen bu kabul, psikolojik araştırmalar çerçevesinde ortaya konan bazı ampirik verilerle yanlışlanmıştır⁴⁴.

Daha önce de belirtildiği gibi hukuka ilişkin tartışmalar insan doğasına ilişkin varsayımlar ve davranış teorileri ile başlar. Bu nedenle, her şeyden önce davranış düzenleyen bir norm sistemi olan hukukun anlaşılması bakımından hukuka uyma oldukça önemli bir konu başlığını oluşturmaktadır. Hukuk ve ekonomi yaklaşımı da, psikoloji gibi, sosyal bilimlerin bir parçasıdır ve hukuku dışarıdan teorilerle, matematiksel modellemeler yardımı ile açıklamaya çalışmaktadır. Bu yaklaşım ekseninde hukuka uymaya ilişkin olarak geliştirilen rasyonel seçim ve caydırıcılık modelinin davranışsal realizme yönelik iddiası, değere dayalı psikolojik hukuk yaklaşımına varsayımlar ile toplumsal/bireysel gerçeklik arasındaki farkı ortaya koyma bakımından bir fırsat yaratmıştır. Bu nedenle, çalışmanın devamında, genel olarak, insan koşullanmasını ve insanı hukuka uymaya iten farklı koşullanmaları anlamımızı sağlayacak psikoloji araştırmaları ve bunları hukuk teorisi açısından sonuçları üzerinde yoğunlaşılacaktır. Kanımızca bu konu başlığı bizlere; hukuki deneyimler, hukukun öznel anlamı ve meşru otorite tarafından desteklenen ahlaki ilkeler gibi pek çok farklı tartışmayı yeniden gözden geçirme imkanı da sunacaktır.

⁴³ Licht, 2008, s. 718-719.

⁴⁴ İnsanlar ve genetik olarak insanlara en fazla benzeyen hayvanlar olan şempanzeler üzerinde yapılan çeşitli psikolojik araştırmada, ekonomi bilminde kullanılan rasyonel seçim teorisinde ileri sürdüğünün aksine insanların kendi faydasına ancak adaletsiz olarak yapılan teklifleri reddederek hakkaniyet düşüncesi ile hareket ettiği; şempanzelerin ise doğrudan kendi faydalarına göre seçimde bulunduğu ortaya konmuştur. Ancak süren araştırmalar şempanzelerin de zaman içinde bencil seçimlerden daha adil seçimlere doğru bir yönelim gösterdiğini sergilemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. J. Heinrich S. J. Heine ve A. Norenzayan, "The Weirdest People in the World", *Behavioral and Brain Sciences*, 2010, Vol. 33, No. 2-3, s. 61-83; K. Jensen, J. Call ve M. Tomasello, "Chimpanzees as Rational Maximizers in an Ultimatum Game", *Science*, 2007, vol. 318, No. 5847, s. 107-109; M. Milinski, "Chimps Play Fair in the Ultimatum Game", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2010, Vol. 10, No. 6, s. 1978-1979.

IV. HUKUKA UYMA DAVRANIŞI

Hukukun en temel işlevlerinden biri normatif davranış standartlarına uyma yönelimini artıracak şekilde vatandaşların davranışlarını düzenlemektir. Kabul edilebilir davranışların toplumsal olarak benimsenen tanımları hukuk kuralları içinde yer alır. Hukukun bu önemli işlevi yerine getirebilmesi için kişilerin büyük bir bölümünün çoğu zaman hukuka uygun davranması gerekmektedir. Bu nedenle, hukuka uyma davranışını güvence altına alan hukuk otoritelerinin varlığına duyulan ihtiyaç, hukukçular ve toplum bilimciler tarafından sıklıkla vurgulanmaktadır. Polisler ya da hakimler tarafından verilen kararlar, insanlar onları ciddiye almadığı sürece oldukça önemsizdir. Hukuk toplumsal davranışı belirleyemezse değerini yitirir⁴⁵.

Hukuk sistemine temel teşkil eden kabul, uyma davranışının istenen bir toplumsal durum olduğudur. Bu kabul “anlaşmaya dayalı” toplum görüşü yani Weber ve ardıllarının ortaya koyduğu denge teorisi ile örtüşür⁴⁶. Bu yaklaşıma göre, toplumun bütün üyeleri, toplumsal düzen ve istikrardan yanadır. Bu nedenle, insanların hukuka uyması yarar içerir. Dolayısıyla, önemli olan uyma davranışının hukuk kurumları ve otoriteleri aracılığıyla kolaylaştırılmasıdır. Bu bakış açısının karşıtı ise, Marksizm ile ilişkilendirilen “çatışmacı” toplum görüşüdür⁴⁷. Marksizme göre, toplum çatışma içindeki gruplardan oluşur. Toplumsal kurallar, belli grupların çıkarına uygun şekilde oluşturulup uygulanır ve haklarından mahrum edilen gruplar için adalet yaratma ihtimalini ender şekilde içinde barındırır. Topluma ilişkin böyle bir bakış açısı benimsendiğinde toplumsal düzenin sağlanması gerekli görülmez. Hatta, insanların sistem içindeki adaletsizliklere daha duyarlı hale gelerek statükoya karşı daha direngen olmaları ve hukuka aykırı davranışları istenir. Hukuka aykırı davranış mevcut toplumsal düzenin bozulmasına ve toplumsal değişme yaratma potansiyellerinin ortaya çıkmasına yol açabilir⁴⁸.

Yaygın uyma davranışı, hukuk sistemi açısından önemli olmakla birlikte, uyma davranışı kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Pek çok hukuk

⁴⁵ Tyler, 1990, s. 19-22.

⁴⁶ Tom R. Tyler, “Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation”, *Annual Review of Psychology*, Vol. 57, s. 375-400.

⁴⁷ Marksist yaklaşım dışında, realist grup çatışması teorisi, toplumsal kimlik teorisi ve toplumsal egemenlik teorisi gibi görüşler tarafından da desteklenen çatışmacı yaklaşımda, grup ayrımları ekonomik sınıflara, etnik ya da ulusal grup üyeliklerine dayanabilir. Belli bir toplumda, kültürel ve ekonomik kurumları kontrol ederek egemenliklerini sağlayan gruplar, kendi çıkarlarına uygun kurallar koyar ve bu kuralları uygulayacak otoriteler oluşturur. Tyler ve Jost, 2007, s. 809.

⁴⁸ Richard P. Appelbaum, *Toplumsal Değişim Kuramları*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1981, s. 102-104.

kuralı insanların davranışlarına sınırlar getirdiği için hukuk uygulaması zaman zaman dirençle karşılaşabilmektedir. Hukuka uyma kural olmakla birlikte, her toplumda azımsanamayacak ölçüde itaatsizlik⁴⁹ gerçekleşir. Oysa hukuk sistemi uyma davranışına dayanır, hukuk uygulayıcıları da toplumsal uyma davranışı beklentisi içindedir. Şüphesiz bu beklentinin karşılanması insan koşullanmasının daha doğru şekilde anlaşılabilmesine bağlıdır⁵⁰.

A. Hukuka Uyma Davranışı Oluşturmada Baskın Görüş: Caydırıcılık Modeli

Hukuk uygulaması gitgide artan şekilde, insanları kriminal davranışlardan uzaklaştırmak için kullanılan yaptırım tehdidi üzerinden tartışılmaktadır. Bu yaklaşım açısından önemli olan, hukuka aykırılık için öngörülen yaptırımlar ve davranışı şekillendirecek olan hukuk otoritelerinin gücüdür. Hukuk otoritelerinin zor kullanma gücü ile toplumdaki kişiler arasında kurulan bu ilişki hukukta caydırma ya da toplumsal kontrol modeli olarak adlandırılmaktadır. İnsan davranışın yönlendirilmesine ilişkin bu model, günümüzde hukuk politikasını büyük ölçüde belirleyen yaklaşımı oluşturur⁵¹.

Caydırma modeli daha önce de açıklanmaya çalışıldığı gibi, insanların davranışlarını fayda ve zarar hesabı üzerinden belirlediği varsayımına ve ekonomiden devralınmış rasyonel seçim teorisine dayanır. Buna göre, çoğu insan faydayı, ihtimal ve sonucu bir arada değerlendirerek hesaplar ve seçimlerini faydasını maksimize edecek şekilde oluşturur. Dolayısıyla, caydırıcılık ya da toplumsal kontrol modelinin gerisindeki esas düşünce, rasyonel birey çıkarıdır. Sonuç olarak bu modele göre, davranışın düzenlenmesi için kuralların yeterli seviyeye kadar ceza içermesi ve hukuka uymama davranışının ardından karşılaşılabilecek kayıpların insanları uyma davranışına sevk etmesi gerekmektedir⁵².

Caydırıcılık modeli de insan koşullanmasına ilişkin davranışsal tespitlere dayanma iddiasındadır. Sosyal psikolojinin en önemli isimlerinden

⁴⁹ Sosyal psikolojide itaat, uymanın türlerinden biri olarak açıklanmaktadır. Özdeşleşme ve benimseme olarak adlandırılan diğer uyma davranışlarından farklı olarak itaatte kişinin toplumsal nitelikteki bir uyarıcıya-etkiye, incelemeyen, soruşturmadan, sorgulamadan ve tartışmadan, eleştirmeden kesin kez bir uyma davranışı göstermesi söz konusudur. Uyma davranışı gösterenin, uyulan kaynağın üstünlüğünü, gücünü ve denetimini kabul etmesi anlamına gelir. Bkz. Çiğdem Kağıtçıbaşı, *İnsan ve İnsanlar*, Cam Ofset Matbaacılık, İstanbul 1979, s. 68-71.

⁵⁰ Tyler ve Jost, 2007, s.807-808.

⁵¹ Tyler ve Jost, 2007, s. 809.

⁵² Tyler ve Jost, 2007, s. 809-810.

Kurt Lewin'in denkleminde hareketle davranış, insan ve çevrenin bir fonksiyonu olarak kabul edilir. Lewin'in ünlü tanımlamasına göre, davranış (B), insan (P) ve çevrenin (E) bir fonksiyonudur: $B=f(P,E)$ ⁵³. Rasyonel seçimlerin ürünü olarak kabul edilen insan davranışlarının yönlendirilmesi için çevresel şartların değiştirilmesi gerekmektedir. Bu noktadan en elverişli görülen araç ise, fayda maksimizasyonuna odaklı bireyi zarar ile yüz yüze bırakacak yaptırımlardır⁵⁴.

Caydırıcılık modelinin uygulanması için hukuk kurallarına aykırılık yaptırıma bağlandığı gibi, kolluk güçleri de itaatsizlik eden kişiyi etkisiz hale getirmek ve darp tehdidini yaratmak için silahla donatılır. Burada amaç, üstünlüğün sağlanması ve üniforma, rozet, cop benzeri silahlarla otoritenin vurgulanmasıdır. Bu vurgu, insanların düşünceleri manipüle ederek hiçbir suçun cezasız kalmayacağı yönünde bir algı oluşturmaya yarar⁵⁵. Hukuk uygulayıcıları çevresel etmenleri belirleyerek kişilere, kriminal davranışlarda bulunmaları durumunda karşılaşacakları ağır kayıpları hatırlatmaya çalışır. Mahkemelerde, tazminat ve hapis cezaları verilerek hukuk kurallarının vatandaşlar tarafından kabul edilmesini sağlar. Caydırma modelinde kanun koyucunun sorumluluğu ise hangi davranışların engellemesi gerektiğini belirlemek ve yasaklanan davranışın engellenmesi için etkili ve kesin yaptırımlar oluşturmaktır. Hukuka aykırı davranışı yapan kişinin bencil yaratılışa sahip bir birey olarak kabul edilmesi, suça neden olan toplumsal şartların, örneğin yoksulluğun ve işsizliğin önlenmesi gibi olumlu çevresel müdahaleler yoluyla uyma davranışı üretilmesinin de önüne geçer⁵⁶.

Alınan tedbirlere ve uygulanan yaptırımlara rağmen hukuka aykırı davranışların sürmesi halinde ise, caydırıcı model yaptırımın güçlendirilmesi yani cezanın artırılmasını gerektiğini savunur⁵⁷. Araştırmalar, en azından belli bir dereceye kadar, cezanın kesinliğin ve şiddetinin hukuka uyma davranışı üzerinde etkili olduğunu göstermiştir⁵⁸. Ancak gerçekte, davranış sadece zaman zaman ceza ile karşılaşma ihtimaline ve bu cezanın şiddetine göre şekillenir⁵⁹. Bu nedenle, toplumsal kontrol stratejilerinin insan davranışı

⁵³ Kurt Lewin, "Defining the 'Field at a Given Time' ", *Psychological Review*, Vol. 50, ss. 292-310.

⁵⁴ Darley ve diğerleri, 2002, s.37-38.

⁵⁵ Tracey L. Meares, "Norms, Legitimacy, and Law Enforcement", *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000, s. 396-398.

⁵⁶ Darley ve diğerleri, 2002, s. 40-41.

⁵⁷ Darley ve diğerleri, 2002, s. 38.

⁵⁸ Daniel S. Nagin ve Raymond Paternoster, "The Preventive Effects of the Perceived Risk of Arrest", *Criminology*, 2006, Vol. 29, No. 4, s.579-583.

⁵⁹ Paul H. Robinson ve John M. Darley, "The Utility of Desert", *Northwestern University Law Review*, Vol. 91, 1997, s. 458-468.

üzerinde başarı şansı oldukça sınırlıdır⁶⁰. Üstelik caydırıcılık modeli toplum açısından dışarıdan kolayca gözlemlenebilecek olumsuz sonuçlar doğurmakta; suçun ceza tehdidi veya uygulaması ile önleneyeğine dair yaygın kanı nedeniyle çok fazla sayıda kişi hapis cezasına mahkum edilmektedir⁶¹.

(1) Caydırma Modelinin Sınırları

Kişinin davranışının yönlendirilebilmesi için psikolojik olarak onun üzerinde etki doğurabilecek bir risk düzeyine ihtiyaç vardır. Belli bir suçla ilişkin nesnel risk genelde oldukça düşük olmakla birlikte, psikologlara göre kişi üzerinde asıl belirleyici olan öznel risk yani kişinin yakalanma ve cezalandırılma riski konusundaki tahminidir. Yine de öznel risk nesnel riskten de düşük olabileceği gibi, öznel risk tahmininde önyargılar ve zarar verilememe illüzyonu gibi farklı etmenler de devreye girebilmektedir⁶². Caydırma, bazı adam öldürme suçları söz konusu olduğunda iyi çalışan bir modeldir. Bunun nedeni, adam öldürme halinde cezalandırılma ihtimalinin azımsanamayacak kadar yüksek oluşudur. Ancak yine de suçlular cezanın ne olduğundan çok yakalanma ihtimali üzerinde durur. Bu nedenle, idam cezası adam öldürme suçlarının önlenmesinde ömür boyu hapis cezasına göre daha fazla etkili değildir⁶³. Daha hafif suçlar söz konusu olduğunda ise caydırma modeli oldukça etkisizdir. Örneğin, dünya çapında uyuşturucu kullanımını önleme konusunda gösterilen yoğun çabaya rağmen bu konuda hukuka uyma oranı oldukça düşük seviyede kalmaktadır. Çoğu insan için, özellikle uyuşturucu bağımlıları için, yasak maddeleri edinmek ve kullanmak rasyonel bir kar zarar hesabına bağlı olmadığından cezalandırılma ihtimali davranış oluşumunu belirlemez⁶⁴.

Gerçekte, suça neden olan davranışlara farklı koşullanmalar neden olabilmektedir. Caydırıcılık modeli; hırsızlık, dolandırıcılık gibi araçsal kaygılar nedeniyle işlenen suçlarda daha iyi etki doğururken; geçici duygusal durumlar nedeniyle işlenen suçlarda oldukça etkisizdir. Örneğin; tecavüz, hakaret ve bazı adam öldürme suçları tutku nedeniyle veya anlık bir öfke

⁶⁰ Tom R. Tyler, "Public Mistrust of the Law: A Political Perspective", *University of Cincinnati Law Review*, 1998, Vol. 66, s. 847-876.

⁶¹ Tyler ve Jost, 2007, s. 810.

⁶² Daniel S. Nagin, "Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, 1998, Vol. 23, s. 5, 15-18.

⁶³ Harold J. Brumm ve Dale O. Cloninger, "Perceived Risk of Punishment and the Commission of Homocides: A Covariance Structure Analysis", *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 1996, Vol. 31, s. 1-11.

⁶⁴ Robert J. MacCoun, "Drugs and the Law: The Psychological Analysis of Drug Prohibition", *Psychological Bulletin*, 1993, Vol. 113, s. 497-512.

nöbeti içinde işlenebilmektedir. Bu hallerde, rasyonel bir karar zarar hesabının kişinin suç işlemediğini belirlemede etkili olduğu söylenemez. Dolayısıyla tutku suçları ya da uyuşturucu madde tesiri altında işlenen suçlar, caydırma modeli ile yani kişinin yakalanma ve cezalandırılma ihtimalinin artırılması ile önlenilecek nitelikte değildir⁶⁵.

Caydırma modeline ilişkin temel problemlerden biri, bu sistemin daimi bir davranış gözetimini gerektirmesidir. İnsanlar cezalandırılma korkusu ile davranışlarını yetkililerden gizler. Bu nedenle, yetkililerin hukuka aykırı davranışları tespit için bir denetim sistemi geliştirmeleri gerekmektedir. Denetiminin zorluğu ise durumun yapısal özelliklerine göre değişir. Örneğin, maaşlı çalışanların gelirlerini denetlemek yetkililer açısından oldukça kolaydır. Bu nedenle, bu gruptaki insanların vergi konusunda herhangi bir hukuka aykırı davranış gerçekleştirme oldukça zordur. Oysa kolluk gücünün uyuşturucu madde kullanımını tespit etmesi ya da sokak satıcılarının ya da küçük ölçekli işletme sahiplerinin vergi denetimini sağlamak güçtür⁶⁶.

Bu nedenle, uyma davranışı yaratmanın sınırını daha çok kaynak oluşturmaktadır⁶⁷. Yetkililerin suçla mücadelede kullandığı finansal ve diğer kaynaklar ile kişilerin yetkililerin hayatlarına müdahale etmesine ne derecede izin verdiği caydırıcı model açısından önem taşıyan sorulardır. Bu nedenle, kaynaklar etkin bir maliyetle ve stratejik olarak kullanılmalıdır. Oysa genelde, toplumsal kontrol stratejilerinin gerektirdiği etkin uygulama politik beklentilerle ters düştüğü için polis suçun yoğun olduğu bölgeleri yeterince denetleyememekte ve suçla mücadelede oldukça yetersiz kalınmaktadır. Kolluk gücünün kaynakları ise suçla mücadeleden daha çok politik beklentiler doğrultusunda kullanılmaktadır⁶⁸.

(2) Geçici Koşullanmanın Toplumsal Etkisi

Caydırma modelinin hukuka aykırı davranışı önlemedeki etkisi başka yanlış kabullere de dayandırılmaktadır. Pek çok suç söz konusu olduğunda hukuk uygulamasına ayrılan kaynak oldukça sınırlı olduğu gibi, hukuk uygulamasından kaçma alternatifleri de oldukça fazladır. Buna, beyaz yaka suçları ya da kurumsal kabahatler örnek gösterilebilir⁶⁹. Ayrıca tazminat cezaları hukuka uyma oranlarında artmadan çok azalmaya neden

⁶⁵ Tyler ve Jost, 2007, s. 810.

⁶⁶ Tyler ve Jost, 2007, s. 810-811; Darley ve diğerleri, 2002, s. 40-41.

⁶⁷ Meares, "Norms, Legitimacy, and Law Enforcement", s. 401.

⁶⁸ Tyler ve Jost, 2007, s. 810.

⁶⁹ Don A. Moore ve George Loewenstein, "Self-interest, Automaticity, and the Psychology of Conflict of Interest", *Social Justice Research*, 2004, Vol. 17, s. 189-202.

olabilmektedir. Tazminat cezasının hukuka aykırılığın bedeli olarak görülmesi, bedel ödendikten sonra istenen davranışın gerçekleştirilebileceği gibi bir algı yaratabilmektedir⁷⁰.

İnsan koşullanmasının genel ilkelerine ilişkin çalışmalar insanın zor nedeniyle uyma davranışı göstermesinin ileride içsel belirlemeden koparak dışsal etkilerle davranışlarını belirlemesine ve uzun vadede daha az hukuka uyma eğilimi göstermesine neden olacağını belirtmektedir. İçgüdü ve dışsal belirlenim hakkında sosyal psikolojide var olan ayırım üzerinden yapılan bu çalışmalara göre, sadece ödül ve ceza gibi dışsal saiklerle belirli bir davranış izlemeye yönelen insan, bu dışsal saiklerin yokluğu durumunda istenen davranışı göstermemektedir. Diğer yandan içgüdüsel olarak ya da içten gelen saiklerle belli bir davranışın gerçekleştirilmesi halinde, ortaya çıkan daha güvenilir ve bağımsız bir davranıştır. Davranışların düzenlenmesine ilişkin olarak yapılan çalışmalar gerçekten de ceza tehdidinin insanların kural ve otorite bağlılığını azalttığını ortaya koyar⁷¹. Koşullanmayı sağlayan güdülerden hareket edildiğinde ise bu yaklaşım kendi kendine sürdürülebilir değildir; sürekli olarak davranış denetimi gerçekleştirerek uyma davranışını dışsal mekanizmalarla koşullayacak kurum ve yetkililere ihtiyaç duyar. Zaman içinde; dışsal sınırlar, içsel belirlemelere yer bırakmayacak ölçüde genişleyerek daha da önemli hale gelir⁷².

Denetim sistemleri grupların toplumsal ortamına da oldukça zararlıdır. Denetim; insanların kendilerine, içinde yaşadıkları grup ve sisteme olan olumlu yaklaşımı yitirerek güvensizliğe sürüklenmelerine neden olur. Üstelik insanların hayatlarına yapılan usulsüz müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan olumsuz düşünceler adaletsizlikle ilişkilendirilir. Denetim sistemi işlese de işlemese de, insanların şevkini kırarak toplumsal ilişkilerde güvensizliğe hatta paranoyaya neden olur. Denetim sisteminin neden olduğu tüm bu bedeller, insanların içinde buldukları ilişki, kurum ve toplumlarda dayanışmaya olan inancı azaltır. Yapılan araştırmalar, denetim sisteminin ve toplumsal kontrol uygulamalarının toplumlar üzerinde olumsuz bir etki yaratarak farklı toplumsal gruplar ile hukuk otoriteleri arasında düşmanca bir ilişki doğurduğunu belirtmektedir. Bu durum ise uyma davranışını ve suçla mücadelede yetkililerle işbirliğini azaltmaktadır⁷³.

⁷⁰ Uri Gneezy ve Aldo Rustichini, "A Fine is a Price", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, s. 15-16.

⁷¹ Bruno S. Frey, "How Intrinsic Motivation is Crowded In and Out", *Rationality and Society*, Vol. 6, s. 334-352.

⁷² Tyler ve Jost, 2007, s. 811-812.

⁷³ Jason Sunshine ve Tom R. Tyler, "The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Support for Policing", *Law and Society Review*, Vol. 37, 2003, s. 537.

İnsan koşullanmasına ilişkin daha doğru bir yaklaşım oluşturmak için; hukuk otoritelerinin, hukukçuların ve hukuk kurumlarında yer alan kişilerin –hakim, polis, gardiyan vb.– tutum ve davranışları üzerinde de durulması gerekmektedir. Denetim sisteminin eksikliklerinin yanında hukuk uygulamasında ortaya çıkan problemler de etkili bir hukuk sisteminin oluşumunu engeller. Bu bakımdan ampirik bir temel taşıyan ve birey ile toplum arasındaki ilişkiyi toplumsal kurallar bakımından ele alan psikolojik hukuk yaklaşımının kullanılması insan güdülerinin ve hukukun toplumsal etkilerinin birey psikolojisi ile ilişkilendirilmesi açısından özellikle önemlidir⁷⁴.

B. Psikolojik Araştırmalara Dayanan Alternatif Bir Model

Koşullanma ve uyma davranışı; hukukta genel itibariyle, ceza tehdidi oluşturulan çevresel sınırlar açısından ele alınmalarına rağmen, sosyal psikoloji araştırmalarının verileri bu hususlarda daha gerçekçi ve gelişkin bir yaklaşımı mümkün kılacaktır seviyededir. Hukuka uyma davranışını değere dayalı olarak açıklayıp yönlendirmeyi hedefleyen bu alternatif model, sosyal psikolojide insan davranışına ilişkin olarak tespit edilen iki temel ilke ile uyumludur. Bunlardan ilki; genel bir kural olarak, insanların adalet beklentisi içinde olmaları yani adalet tarafından koşullanmalarıdır. Lerner, bu durumu adalet güdüsü olarak adlandırarak bu güdünün çıkar hesabına indirgenemeyeceğini belirtir. Bulgular, insanların adil olmayan avantaj ve dezavantajlara sahip oldukları durumlarda psikolojik olarak huzursuz olduklarını, adaletin sağlandığı hallerde ise daha mutlu hissettiklerini göstermektedir. Aynı şekilde; insanların, hukukun adil ve eşit olduğuna inanmaları durumunda hukuka uydukları gibi, diğer insanlardan da bunu bekledikleri söylenebilir⁷⁵. Adalet güdüsü hukuka uyma açısından bir kaynak olarak düşünüldüğünde, bu kaynağın kullanılması için otoritelerin toplumdaki insanların değer yargıları doğrultusunda politikalar uygulaması gerekmektedir⁷⁶.

İnsan davranışı ile ilgili ikinci ilke, insan davranışının dışsal belirlemelerden çok içsel belirlemelere açık olduğudur. Toplumsal değerlerin, toplumsallaşma sürecinde kişinin bir parçası haline gelmesi ve onun davranışlarını belirlemesi, kişilerin davranışlarının onları tanımlayan ilke ve değerler ile uyumlu olmasını sağlar. Bu şartlar altında insanların hukuka uyma davranışı göstermesi geçici bir ceza tehdidi nedeniyle değil,

⁷⁴ Melton, “Introduction : The Law and the Motivation”, *Law as a Behavioral Instrument*, s. xiii-xxiv.

⁷⁵ Melvin J. Lerner, “The Justice Motive: Where Social Psychologists Found It, How They Lost It, and Why They May Not Find It Again”, *Personality and Social Psychology Review*, 2003, Vol. 7, ss. 388-399.

⁷⁶ Tyler ve Jost, 2007, s. 814.

hukuk sistemi tarafından kapsanmış değerlerin içselleştirmesinin bir sonucudur. Dolayısıyla uyma, toplumda bir bedel olarak değil, ahlâki olarak doğru olarak görülen şeyi yapma olarak deneyimlenir⁷⁷.

Daha önce değinildiği gibi Lewin'in gerçekleştirdiği alan çalışmasından bu yana sosyal psikologlar davranışın iki ana güç tarafından belirlendiğini düşünmektedir. Bunlardan ilki; çevre etkisi, ikinci ise kişidir. Hukuka uyma davranışı tartışılırken rasyonel seçim teorisinin etkisi ile sadece çevresel etmenlerin üzerinde durularak kişi sadece bencil yaratılışa sahip ve fayda maksimizasyonu ile koşullanan bir varlık olarak ele alınmıştır. Oysa kişi aynı zamanda güdü ve algıları da içermektedir. Sosyal psikolojide toplumsal dolayısıyla çevresel etmenler göz önünde bulundurulmakla birlikte sosyal psikoloji psikolojinin bir alt dalı olarak bireysel düzeyi de önemser. Sosyal psikolojik verilere göre kişi, kendi faydası ile ilişkilendirmediği içsel ahlâki değerler de oluşturmaktadır. Bu değerler kişiye neyin etik veya ahlâki olarak doğru olduğunu gösterir⁷⁸.

Ahlâki değerler, belli ilkelere bağlı hareket etmek konusunda içselleşmiş sorumluluklara karşılık geldiği için davranışı belirlemede oldukça etkilidir. Ahlâki değerlere ilişkin temel özellik, insanların bu değerlere bağlılık konusunda kişisel sorumluluk duymalarından ve bu sorumluluğu yerine getiremediklerinde kendilerini suçlu hissetmelerinden ileri gelmektedir. Dolayısıyla, ahlâki değerler bir kez ortaya çıktıktan sonra, doğası gereği kendi kendini düzenler; bu değerleri benimseyen insanlar davranışlarını normatif standartlara uydurmak için koşullanmış durumdadır.

Bilindiği gibi; Weber, Freud ve Durkheim'in çalışmalarında da ahlâk duygusunun içselleştirilmesi özellikle vurgulanan konulardandır. Örneğin, Hoffman'a göre:

“Hem Sigmund Freud'un hem de Emile Durkheim'in asıl mirası toplumdaki insanların büyük çoğunluğunun toplumun ahlâki normlarını dışsal ve zora dayalı bir baskı nedeniyle izlemedikleri konusunda sosyal bilimcilerin ittifak yapmalarını sağlamaları olmuştur. Normlar başlangıçta dışsal olmakla ve büyük ölçüde insan arzuları ile çatışmakla beraber, zaman içinde insanın koşullanma sistemine dahil olmakta, dışsal otoritenin yokluğunda dahi davranışı belirlemeyi sürdürmektedirler. Dolayısıyla başkaları tarafından kontrol toplumsallaşma adı verilen süreç sonrasında yerini kendini kontrol etmeye yani iradeye bırakmaktadır⁷⁹.”

Gerçekten de, değerlerin davranış üzerindeki etkisi, çevrenin davranış açısından yarattığı dış etkiden farklıdır. Kişinin bir parçası olan değerler,

⁷⁷ Darley ve diğerleri, 2002, s. 42; Tyler ve Jost, 2007, s. 814.

⁷⁸ Darley ve diğerleri, 2002, s. 41.

⁷⁹ Martin L. Hoffman, “Moral Internalization: Current Theory and Research”, *Advances in Experimental Social Psychology*, 1977, Vol. 10, s. 85-86.

davranışa kendiliğinden etki eder⁸⁰. Kişinin varlığının bir parçası olarak görülebilecek bu ahlâki değerlerden ikisi hukuka uyma davranışına yönelik değere dayalı bir model oluşturmak için özellikle önemlidir. Bunlar; (1) toplumdaki kuralları izlemenin ahlâki olarak doğru olduğuna ilişkin kabul ile (2) meşru kurallara uymanın zorunlu olduğuna yönelik inançtır⁸¹.

Ahlâki değerler, kişiyi toplumsal kurallara uymaya ve toplumun bir parçası olmaya sevk eder. Hukuk, toplumsal normlardan biridir. Dolayısıyla, hukuka uyma davranışını sağlamak için yaptırım tehdidinde gerek yoktur. Kişi, ahlâki değerleri doğrultusunda geliştirdiği sorumlulukların bir sonucu olarak hukuka uyma davranışı gösterebilmektedir. Örneğin, adam öldürme sadece hukuk tarafından yasaklanan bir davranış değildir. Toplumdaki bütün norm sistemleri adam öldürmeyi yasaklar. Bu nedenle, toplumda yaşayan insanların neredeyse tamamı bu davranışın yanlış olduğunu düşünmektedir. Hukukun bu davranışı suç olmaktan çıkarması halinde bile, kişiler bu davranıştan kaçınacaktır⁸².

Hukukun meşru olması halinde ise; kişi, gönüllü olarak hukuk tarafından yönlendirilmeyi kabul eder. Hukuk otoritelerinin meşru kabul edilmesi, onlara itaatin kabulü ve oluşturdukları hukuk kurallarının ahlâki değerlere uygun davranış kuralları olarak görülmesi anlamına gelir. Trafikte, polis kontrol için bazı araçları durduruyorsa, sürücüler herhangi bir açıklama beklemeksizin polisin direktifleri doğrultusunda hareket edip arabalarını sağa çeker. Bunun nedeni, polisin trafikteki davranışları yönlendirmesini uygun bulmalarıdır. Kolluk gücünün meşruluğu, zaman içinde direktiflerin herhangi bir yaptırım korkusu olmaksızın alışkanlıkla yerine getirilmesini sağlar⁸³.

(1) Toplumsal Kurallara Uyma

Sosyal psikolojide yapılan araştırmaların çok büyük bir bölümü, insanların doğru ve yanlışla ilgili olarak kendi görüşlerine paralel bir bakış taşıdığını düşündükleri oranda, hukuka ilişkin ahlâki bir sorumluluk oluşturduklarını ve hatta hukuka uyma yükümlülüğü hissettiklerini göstermektedir. İçselleştirilmiş değerler kişinin kendini kontrol etmesini sağlayarak; toplumsal kurumlar, otoriteler ve kurallar temelinde davranış

⁸⁰ Darley ve diğerleri, 2002, s. 41.

⁸¹ Tyler ve Jost, 2007, s. 812.

⁸² Darley ve diğerleri, 2002, s. 42-43.

⁸³ Örnek araştırmalar için bkz. H. G. Grasmik ve R. J. Bursik, "Conscience, Significant Others and Rational Choice", *Law and Society Review*, Vol. 24, 1990, ss. 837-861.; H. G. Grasmik ve D. E. Green "Legal Punishment, Social Disapproval, and Internalization of Inhibitors of Illegal Behavior", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1980, Vol. 71, ss. 325-335.

gelişimi sağlar. Normatif davranış standartları, özel değerler olarak ele alınır. Bu özel değerler, doğru ve yanlış belirleyen etik yargılara paralel şekilde oluşan ahlâki sorumluluğa ilişkindir⁸⁴.

Gelişimsel psikoloğlara göre, toplumsal kurallara dolayısıyla topluma aile içinde ve okulda uyum gösterilmektedir. Ahlâki gelişim, çocukluk ve yetişkinlik süreci boyunca adalet, paylaşım ve suçlama gibi kavramlar etrafında sürmekte ve zaman içinde bütüncül bir ahlâk sistemi haline gelmektedir⁸⁵. Kendi kültürlerine özgü ahlâki değerlerle donatılarak toplumun bir parçası haline getirilen kişiler, içinde yaşadıkları toplumsal grubun onayını almak ve kendilerini ahlâki bir varlık olarak görebilmek için mevcut standartlara uygun davranırlar. Toplumsallaşma sürecinde kişiye benimsetilen toplumsal kurallar ve içsel ahlâki değerler birbiri ile uyumludur ve zaman içinde bir bütün haline gelerek kişinin ahlâki değer sistemini oluşturur. Bu nedenle, kişi kimi zaman toplu tarafından dışlanma ve kınanma gibi yaptırımlardan kaçınmak için kimi zaman da içsel ahlâki değerlerine uygun davranabilmek için toplumsal kurallara uygun davranır⁸⁶.

Ahlâki değerlerin davranış üzerindeki etkisi, ceza üzerine yapılan çalışmalarda açıkça görülmektedir. Yapılan çalışmalar; insanların, ceza davalarında verilen hapis cezalarının uygunluğunu, gelecekte ceza gerektiren başka davranışların önlemesi açısından değil; sanığın o cezayı hak edip etmediğine dair ahlâki yargılar doğrultusunda belirlediğini göstermektedir. Buna göre; bir cezanın uygunluğu, insanların ahlâki algıları çerçevesinde tespit edilen yanlış çeşidi ve düzeyi ile ilişkilidir. Daha genel olarak, söz konusu çalışmalarda insanların hukuka kendi ahlâki değerleri ile örtüştüğü sürece uymaya istekli olduğunun ortaya koyulduğu söylenebilir. Bu noktada önemli olan soru, hukukun bu değerlerle hangi derecede örtüşmesi gerektiğidir. Çünkü bu tespit, içselleştirilmiş ahlâk anlayışının, toplumun ahlâki değerlerini doğru şekilde yansıtan ve insanlar tarafından doğru şekilde anlaşılan bir hukuk sisteminin bağlayıcılığını sağlamada önemli katkısı olacağı sonucunu beraberinde getirmektedir⁸⁷. Ancak, bu veriler çerçevesinde elde edilen diğer bir sonuç, insanların ahlâki değerleri ile çelişen hukuk kurallarına taşıdıkları yaptırımlara rağmen uymayabileceğidir. Hukukun ahlâki değerlere ilişkin alanlarda toplumsal değişme aracı olarak kullanılması söz konusu olduğunda yaşanan başarısızlık bunun en önemli

⁸⁴ Tyler ve Jost, 2007, s. 814.

⁸⁵ John M. Darley ve Thomas R. Schultz, "Moral Rules: Their Content and Acquisition", *Annual Review of Psychology*, 1990, Vol. 41, s. 525-556.

⁸⁶ Paul H. Robinson ve John M. Darley, "The Utility of Desert", *Northwestern University Law Review*, 1997, Vol. 91, No. 2, s. 468-470.

⁸⁷ Tyler ve Jost, 2007, s. 814.

kanıtını oluşturmaktadır. Hukuk nötr ve araçsal alanlarda doğrudan düzenlemeler yaparak toplumsal değişme sağlama başarısı elde edebilirken; evlilik, boşanma ve aile gibi önemli ölçüde hukuk dışı toplumsal kurullarla düzenlen temel toplumsal kurullarda hukukun doğrudan değişme aracı olarak kullanılma şansı oldukça düşüktür. Mevcut ahlâki değerlerle örtüşmeyen hukuk kuralları aracılığıyla sağlanmaya çalışılan değişim, toplum tarafından çoğu zaman bir dayatma olarak algılanmakta ve tepki ile karşılanmaktadır. Bu tepkiler, yaptırımların artırılması ile giderilmeye çalışıldığında dahi hukuk kuralları görmezden gelinerek toplumsal yapı korunmaya çalışılmakta ve hukuk kurallarının içerdiği yeni değerler içselleştirilmemektedir⁸⁸.

Ahlâki değerler ile çelişmeyen hukuk, uyma davranışına yönelik bir koşullanma yaratmakla beraber, günümüz modern toplumunun çoklu değer yapısı düşünüldüğünde hukukun varlığını anlamsız hale getirebilir. Zina, farklı cinsel yönelimler, kürtaj, kadına yönelik şiddet gibi hukukun düzenlediği kimi konuların ahlâki değerlere paralel şekilde düzenlenmeye çalışılması, toplumdaki pek çok farklı grubunun tepkisini çekerek toplumsal düzen sağlamayı imkansız hale getirebilir. Ahlâki değerlere ilişkin toplumdaki mevcut farklılıklar, sadece çoğunluğun yönelimine bakılarak aşılamayacak kadar karmaşıktır. Bu nedenle, hukuka uyma davranışına ilişkin değere dayalı bir model sadece toplumdaki kuralları izlemenin ahlâki olarak doğru olduğuna ilişkin kabul doğrultusunda oluşturulamaz.

(2) Meşruluk

Hukuki düzenlemelerin dayandırılabilceği ahlâki bir uzlaşmanın yokluğu, hukukun bağlayıcılığı için meşruluk arayışını beraberinde getirmektedir⁸⁹. Hukukun ve hukuk otoritelerinin meşruluğuna yönelik inanç, hukuka uyma davranışının herhangi bir zorlama olmaksızın gerçekleşmesini sağlar. Toplumsallaşma ile birlikte içselleştirilen ahlâki değerler, kişileri hukuk kurallarına uymaya koşullamaktadır. Bununla birlikte, sosyal psikoloji alanında yapılan çalışmalar, kişilerin meşru otoritelere ve onlar tarafından konulan meşru hukuk kurallarına uymada daha istekli olduğunu ortaya koymuştur⁹⁰. Otoritelerin meşruluğu, toplum için doğru kararlar alabileceklerine

⁸⁸ Hukukun doğrudan değişme aracı olarak kullanımında ortaya çıkan bu sınır, toplumsal kurumların hukuk tarafından belirlenmesi ile yani hukukun dolaylı değişme aracı olarak kullanılması ile aşılmaya çalışılmaktadır. Bkz. Fehmiye Ceren Akçabay, Hukuk Eliyle Talim ve Terbiye, Toplumsal Değişme ve Hukuk İlişkisi Çerçevesinde Zorunlu Eğitim, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 147-157.

⁸⁹ Darley ve diğerleri, 2002, s. 51.

⁹⁰ Tyler, 1990, s. 22-27.

ilişkin kabulü içerir, bu nedenle ahlâki değerlerin çatışması halinde, meşru otoritenin koyduğu hukuk kurallarının başarı şansı oldukça yüksektir⁹¹.

Meşruluğa ilişkin modern tartışmalar genelde, Weber'in otorite ve otoritenin toplumsal dinamiklerine ilişkin belirlemelerine kadar uzanmaktadır. Weber de, Machiavelli ve ondan öncekiler gibi başarılı liderlerin ve kurumların iradelerini gerçekleştirmek için kaba güçten daha fazlasına başvurduğu görüşündedir. Emirlerin gönüllü olarak yerine getirilmesi için yönetilenlerin onayının kazanılması gerekmektedir. Devlet ve toplumsal sistemle yaygın ve gönüllü işbirliği, otoritelerin kaynaklarını toplumun uzun vadeli amaçlarına sevk edebilmelerini sağlar. Bu sayede her zaman kişilerin değerleri doğrultusunda iş görmesine gerek kalmadığı gibi, her kuralı ya da politikayı takip etmelerini sağlamak için ödül ya da cezaya başvurmaya ihtiyaç olmaz⁹².

Meşruluk, toplumun emirlerine uyma zorunluluğu hissettiği otorite, hukuk veya kurumun bir niteliği olarak kabul edilir. Otorite meşruluğunu, toplumda geçerli olan değer sisteminde alır. Hukuka meşruluğunu veren de onu ortaya çıkaran otoritenin meşruluğudur⁹³. Diğer bir deyişle, “topluluk tarafından bir rejime atfedilen nitelik”tir. İnsanlar kendilerini yöneten otoriteyi ve hukuku meşru olarak tarif ediyorlarsa, davranışları bunların emirleri çerçevesinde düzenleyen gönüllü bir tebaaya dönüşürler. Bu kişiler aynı zamanda sistemin amaçları ile örtüşen belli bir ahlâki değerler bütününe içselleştirerek sistemi ve onun unsurlarını meşrulaştırma görevini ideolojik olarak üstlenirler⁹⁴.

Meşruluk, hukuka uyma davranışına ilişkin olarak yapılan tartışmalarda fazla yer verilmeyen bir kavram olsa da; kültürel, politik ve hukuki otoriteler tarafından pozitif ahlâki değerlerin geliştirilmesi ve sürdürülmesinde bu kavramın önemini vurgulayan güçlü bir entelektüel gelenek de mevcuttur. Daha önce de değindiğimiz gibi, denge teorisi olarak bilinen ve Weber'den üreyen sosyolojik geleneğe yaslanan bu anlayış, toplumun düzgün olarak işlemesini toplum üyelerinin destekleyici değer ve tutumlarına bağlar⁹⁵. Toplumsal sistemi destekleyen değer ve tutumların, çocukluk ve yetişkinlik döneminde gerçekleşen toplumsallaşma sürecinde oluştuğunu varsayar. Otoriteler güçlerini doğrudan ödül vaadi veya ceza tehdidi ile de uygulayabilir ancak; denetime ilişkin bu tür yaklaşımlar, caydırıcılık modeli ekseninde

⁹¹ Darley ve diğerleri, 2002, s. 51-52.

⁹² Tyler ve Jost, 2007.

⁹³ Carl Joachim Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 1963, s.202-205.

⁹⁴ Richard M. Merelman, “Learning and Legitimacy”, *The American Political Science Review*, 1966, Vol. & 0, No. 3, s. 548, 557-561.

⁹⁵ Appelbaum, 1981, s. 104.

tartışıldığı gibi, pahalı, etkisiz ve psikolojik olarak düşünüldüğünde gelişmemiştir. Bu yaklaşımlar özellikle otoritelerin kaynaklar üzerindeki güçlerini kaybettiği ve toplumun desteğine ihtiyaç duyduğu kriz dönemlerinde problemlili olabilir. Yönetimi sadece teşvik ve cezalarla sağlanan bir kurum ya da toplum istikrarın sağlanamadığı dönemlerde veya değişim süreçlerinde uyum güçlüğü çeker. Aksine; bir sistem yaygın şekilde meşru kabul ediliyorsa, otoriteler ortak amaç ve değerlere dayanarak toplum üyelerini istikrar doğrultusunda yönlendirebilir. Bu bakış açısına göre; meşruluk, toplumsal sistemin en çok ihtiyaç duyulan özelliklerinden biridir⁹⁶.

Meşruluk ve ahlâki değerlerin toplum içindeki dayanışmayı sağlamadaki rolü üzerine yapılan bu vurgu denge teorilerinin temel prensibidir. Bu bakış açısına göre toplumsal sistemin meşru ve toplumdaki insanların değerleri ile örtüşür nitelikte olduğuna dair yaygın ortak inanç, istikrarlı bir toplumsal düzenin oluşumuna katkıda bulunur. Meşruluğun ve istikrarın, düzenin oluşumunu yani kişilerin davranışlarının hukuk kuralları ile paralel hale getirilmesini kolaylaştırdığı açıktır. Bilindiği gibi, yargısal ve idari hukuk uygulamaları önemli ölçüde, insanların büyük kısmının gönüllü olarak ve çoğu zaman hukuka uyma davranışı gösterdiği varsayımına dayalı olarak işler. Bu durum otoritelerin dikkatlerini sadece ceza tehdidine dayalı olarak uyma davranışı gösteren kişi ve gruplara yoğunlaştırmasını sağlamaktadır⁹⁷. Oysa meşruluk hukuk düzeninin oluşumunu sağlayan asıl zemindir. Toplumsal dayanışmanın oluşumu bakımından çok elverişli bir mekanizma olan meşruluk, şimdiki kadar insanların otoritelerin verdiği bütün karar ve kurallara uyma konusunda kendilerini yükümlü hissetmelerini sağlamıştır.

Hukuku, sosyal psikoloji verileri ışında ele alan kimi araştırmacılar ise, yaptıkları çalışmalarda, meşruluk sisteminin doğrudan hukuka uyma davranışı üzerindeki etkisini ele almaktadır. Tyler'a göre, meşruluk ve prosedürel adalet arasında hukuka uyma davranışının oluşması bakımından zorunlu bir ilişki söz konusudur⁹⁸. Hukuk otoritelerinin güçlerini adil usuller çerçevesinde ortaya koyması toplumda bu otoritelerin meşru olduğuna yönelik bir bakış açısı yaratmaktadır. Kişiler, hukuk otoritelerinden insan onuruna layık bir yaklaşım ve saygı gördükleri ölçüde hukuku ve hukuk otoritelerini meşru kabul etmektedir⁹⁹. Prosedürel adalet ile meşruluk arasındaki bu doğrudan ilişki hem geniş ölçekte bütün bir hukuk sistemi için

⁹⁶ Tyler, 1990, s. 25-27.

⁹⁷ Tyler ve Jost, 2007, s. 813.

⁹⁸ Tom R. Tyler, "Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law", *Crime and Justice*, 2003, Vol. 30, 2003, s. 306.

⁹⁹ Lind ve Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, s. 239.

hem de gündelik hayatta kişilerin hukuk deneyimleri için aynı şekilde geçerlidir. Dolayısıyla prosedürel adaletin varlığı, hukuka uyma davranışı açısından önemli bir etmen işlevi görmektedir¹⁰⁰.

Psikolojik hukuk yaklaşımı çerçevesinde oluşturulan değere dayalı hukuka uyma modeli, hukuk uygulamasının yarattığı toplumsal rızaya dayanmaktadır. Bu çerçevede, davranış koşullanması, toplumdaki kişilerin hukuku ve hukuki otoriteleri gönüllü şekilde kabul etmesine ve onlarla işbirliği içinde olmasına bağlıdır. Rıza ve işbirliği, toplumdaki kuralları izlemenin ahlâki olarak doğru olduğuna ilişkin kabule dayanabileceği gibi meşru kurallara uymanın zorunlu olduğuna yönelik inançtan da kaynaklanabilir. Bu model, ampirik verilerden hareketle, hukukun etkinliğinin zor yoluyla değil, toplumsal beklenti ve ihtiyaçlar doğrultusunda oluşturulabileceğini göstermektedir.

Değere dayalı model, caydırıcılık modelinin taşıdığı pek çok güçlüğün önüne geçer. Gözetime ilişkin büyük çabalar gerektirmediği gibi, insan davranışının nedenlerine ilişkin daha gelişkin bir bakış açısını bünyesinde barındırarak dışsal koşullanma yerine içsel koşullanma üzerinde durmakta; şüphe ve güvensizlik üzerine kurulu olumsuz bir toplumsal ortam yerine, ahlaki değerlere ortak bağlılığa dayalı olumlu bir toplumsal ortamın önünü açmaktadır. Dolayısıyla bu bakış aynı zamanda, otoritelerin vatandaşlar tarafından içselleştirilecek destekleyici toplumsal değerlere dayalı bir kültür oluşturup bunu koruyarak vatandaşların davranışlarının ne şekilde düzenleneceğini, toplumsal düzenin nasıl sağlanacağını ve iyi işleyen bir toplumun nasıl oluşturulacağını gösteren sosyal psikolojik bir bakış açısı sağlamaktadır¹⁰¹.

C. Haklı Bir Endişe: Meşruluk ve Yanlış Bilinç Problemi

Değere dayalı hukuka uyma modeli, sistemin meşruluğunu sağlayarak toplumsal düzen oluşturmada önemli bir katkı sağlamakla beraber, sorunsuz değildir. Model, toplumsal düzeni kolaylaştırıcı yapısı gereği, otoriteler tarafından da desteklenebilecek bir yaklaşım içermektedir. Bu noktada ortaya çıkan asıl endişe ise, meşruluğun kötüye kullanılma ihtimalidir. Machiavelli'nin yüzyıllar önce öne sürdüğü gibi, otorite ahlâki olmayan nedenler çerçevesinde de meşruluk geliştirebilmekte ve toplum kolayca çıkara dayalı ya da baskıcı bir sistemi destekleyebilmektedir¹⁰².

¹⁰⁰ Tyler, "Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law", s. 287-301.

¹⁰¹ Tyler ve Jost, 2007, s. 815.

¹⁰² Machiavelli, *Prens*, Leyla Tonguç Basmacı (çev.), Remzi Kitabevi, İstanbul 2014, s. 81-85, 107-112.

Daha önce de belirtildiği gibi, çatışmacı toplum görüşünü savunanlar, toplum içindeki kimi grupların ya da sınıfların kendi çıkarlarını korumak ve sağlamak için toplumdaki güç ve meşruluklarını kullanabileceklerini ileri sürer. Bu düşünce etrafında ele alındığında; değere dayalı uyma modeli, ahlâki açıdan belirsizlikler barındırdığı için suiistimale açıktır. Bu nedenle, otoritelerin ve sistemin sahip olduğu meşruluk iki ucu keskin bir bıçak olarak görülebilir. Meşruluk sayesinde toplumdaki kişiler, hukuk kurallarına uyma davranışı göstererek otoriteye ve hukuka sadakat gösterecekleri gibi, adil olmayan kurallara ve otoritenin acımasız yönlerine de boyun eğler. Otoriterleşme olarak adlandırılan bu süreçte, meşru görülen ama ahlâki olmayan nedenlere dayanan otorite, insanların kendi yargıları ve seçimleri doğrultusunda değil, emirlere uyma olarak adlandırılan yeni bir ahlâki ödev çerçevesinde hareket etmesini ister¹⁰³. Milgram deneyi olarak bilinen ünlü sosyal psikoloji çalışmasında ortaya koyduğu gibi, belirli ve kurulu bir otorite tarafından istendiği takdirde pek çok insan kendi ahlâki normlarını çiğneyerek başkalarına ahlâki olmayan davranışlarda bulunabilmekte hatta acı çektirebilmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla, meşru otorite ve sistemin gösterdiği değerlerin içselleştirilmesi kimi zaman son derece olumsuz sonuçları beraberinde getirebilmektedir.

Marksist yaklaşım çerçevesinde tartışıldığı gibi, içselleştirilmiş toplumsal değerler baskın ideoloji çerçevesinde geliştirilmiş, gerçekliği yansıtmayan yanlış bir bilincin ürünü olabilir. Hukuki otorite ve kurumların sahip olduğu meşruluğun da belli bir derecede yanlış bilinç içerdiği Marksist bakış açısı doğrultusunda geliştirilen sistem meşrulaştırma teorisi tarafından öne sürülmektedir¹⁰⁵. Örneğin, hukuki eşitlik herkesin adil ve eşit bir toplumda yaşadığı kanısını oluşturmaktadır. Oysa hukuki eşitlik bir kurgudan ibarettir ve asıl gerçekliğin yasa koyucu tarafından belirlenmesini

¹⁰³ Tyler ve Jost, 2007, s. 815.

¹⁰⁴ Yale Üniversitesi sosyal psikoloji profesörü Stanley Milgram tarafından 1961'de yapılan ve otoritenin insan psikolojisi üzerindeki etkilerini ölçmeye çalışan bu deneyde, farklı meslek ve yaş gruplarından bir grup insanın, belli bir otoritenin emri ile tanımadıkları bir kişiye ne derece ceza verebileceklerini ölçülmüştür. Deneyde, deneklerin çok büyük bir bölümü "mağdurlar"ın acı içinde bağırmasını, sahte kalp krizleri geçirmeleri ya da deneyin bitirilmesi için yalvarmalarını karşısında bile otoritenin emirlerine uyarak yüksek elektrik şoku olduğunu düşündükleri uygulamayı gerçekleştirmeye devam etmişlerdir. Bkz. Stanley Milgram, *Obedience to Authority, An Experimental View*, New York: Harper's & Row, 1974, s. 21-23 ve 31-35.

¹⁰⁵ Sistem meşrulaştırma teorisi olarak bilinen bu yaklaşım, insanların ideolojik kabuller çerçevesinde statükoyu rasyonalize ederek meşrulaştırdığını ve savunduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Blasi ve Lost, "System Justification Theory and Research: Implications for Law", s. 1126-1128 ve 1142.

kolaylaştırır. Toplumdaki alt sınıflar ya da diğer dezavantajlı gruplar yargılama sürecinde hukuki eşitlik sayesinde sembolik bir tatmin yaşamakta ve maddi adalete ulaşmaksızın mevcut toplumsal durumlarını kabul etmektedirler. Dolayısıyla, prosedürel adalet, hukuka uyma davranışı üreterek statükonun korunmasına hizmet etmekte, toplumsal eşitliğin ve maddi adaletin sağlanmasının önünde bir engel oluşturmaktadır¹⁰⁶.

Prosedürel adalet savunucularına göre ise, psikoloji alanında yapılan çalışmalar, hukuka uymayı sağlayan temel koşulların sistemin meşruluğuna dayandığını ve meşruluğun asıl olarak prosedürel adaletin varlığına bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Prosedürel adalet ortadan kalktıkça sistem meşruluğunu kaybeder ve hukuka uyma davranışı sonlanır. Bu da bir bütün olarak hukukun geçersiz hale gelmesine neden olur. Her ne kadar meşruluk çoğu zaman bir illüzyondan ibaret görülse de, hukukun varlığı için büyük önem taşır. Üstelik mevcut ekonomik sistemin yapısı gereği, hukuk sistemi içinde maddi adaleti sağlamak oldukça zordur. Bu nedenle, prosedürel adalete ilişkin normatif standartların oluşturulması nesnel olarak adil sonuçlar alınmasını da kolaylaştırabilir. Meşruluğu illüzyon olmaktan çıkaracak maddi adaleti sağlayacak standartların oluşturulup korunmasıdır. Bu noktada prosedürel adaletin önemi ise yadsınamaz¹⁰⁷.

Meşruluk ve yanlış bilinç tartışması, psikolojik hukuk yaklaşımı içinde yeni anlayışların gelişmesine de yol açmıştır. Eleştirel psikolojik hukuk yaklaşımı savunucularına göre, psikolojik hukuk yaklaşımı başlangıçta sahip olduğu hukukun baskıcı yapısını ortaya çıkarma ve hukuku insan özgürlüğü ve eşitliğinin bir aracı haline getirme amacından sapmış, yanlış bilincin meşruluk yaratmadaki önemi üzerinde durmak yerine statükonun devamı için uğraş vermiştir. Mevcut çalışmalarla, psikolojik açıdan otoritenin kararlarına uyma yolunda bir zorunluluk duygusu olarak tarif edilebilecek meşruluğun, hukuki bir mite dönüşerek toplumsal eşitsizliğin devamını sağlamasına müsaade edilmiştir¹⁰⁸. Oysa sosyal psikologlar Marksist terminolojide yanlış bilinç olarak nitelendirilen yanlış halini bu terminolojiye başvurmaksızın pek çok kez saptamıştır. Buna göre, insanların çoğu içinde yaşadıkları eşitsizliklerin sürdürülmesini sağlayan yanlış

¹⁰⁶ Craig Haney, "The Fourteenth Amendment and Symbolic Legality: Let Them Eat Due Process", *Law and Human Behavior*, 1991, Vol. 15, No. 2, s. 183-204.

¹⁰⁷ Tyler ve Jost, 2007, s. 816-818.

¹⁰⁸ Dennis Fox, "A Critical-Psychology Approach to Law's Legitimacy", *Legal Studies Forum*, 2001, Vol. 25, s. 519- 524.

inançlara sahiptir¹⁰⁹. Üstelik psikolojik hukuk yaklaşımı içinde savunulan prosedürel adaletin gerçekleşmesinin maddi adaletin sağlaması ile ilişkisi yoktur. Adil olmayan hukuki ilkeler adil prosedürler çerçevesinde uygulanırsa da dahi adil olmayan sonuçlar verir. Prosedürel adaletin varlığı ise hukuk sisteminin çalıştığına dair bir kanının yaratılmasını sağlar¹¹⁰.

V. SONUÇ

Hukuki gerçeklik, farklı toplumsal şartların ve bireysel deneyimlerin bir ürünüdür. Hukuku kapalı bir sistem olarak algılayan geleneksel pozitivist yaklaşımların hukuki gerçekliği yadsıyan açıklamaları, toplumsal bir kurum olarak hukukun tutuculuğunu arttırmakta ve hukuk uygulamasını otoritenin elinde basit bir yaptırım aracına dönüştürmektedir. Sosyolojik araştırmalar, hukuk ve toplum arasındaki çok yönlü ilişkiyi ortaya koymuş; hukukun bir yandan toplumu belirlerken diğer yandan da büyük ölçüde toplum tarafından belirlendiğini göstermiştir. Psikolojik veriler ise liberal hukuk sisteminin dayandığı bencil birey varsayımının davranışsal realizmden uzak olduğunu ve kişileri hukuka uyma davranışına koşullayanın yaptırımdan çok, ahlâki değerler ekseninde oluşan toplumsal kurallar ve meşruluk olduğu ortaya konmuştur. Bu nedenle, artık hukuku kerameti kendinden menkul bir yapı olarak açıklayabilmek ya da tek yönlü basit bir toplumsal kontrol mekanizmasına indirgemek ancak bilimsellik iddialarını bir tarafa bırakmakla mümkündür.

Pozitivizmin etkisi ile hukuku bir bilim haline getirebilmek için değerler hukuk tartışmasının dışına çıkarılması, toplumsal ve bireysel düzeyde hukukun anlaşılmasını zorlaştırmış; hukukun insan ve topluma ilişkin bilgisinin sadece ideolojik etkilerle şekillenen varsayımlarla oluşturulmasına neden olmuştur. Oysaki sosyolojik ve psikolojik araştırmalarda ortaya konduğu gibi, değerler insan ve toplumun bir parçasıdır. Normatif bir sistem olan hukuktan dışlanamayacağı gibi, hukuk deneyimleri toplumsal olarak değerlerle ilişki içinde oluşmaktadır. Bu nedenle özellikle, karmaşık toplumlar açısından giderek daha fazla önem kazanan hukukun uyumsuzluk çözümü, toplumsal değişim sağlama gibi işlevlerini yerine getirebilmesi için hukuk tartışmalarının da güncel bilimsel verilere daha fazla yer verilmeli ve sadece göreceli kavramlardan uzak durularak bilimselliğe ulaşılacağı fark edilmelidir. Kaldı ki, sadece varsayımlar çerçevesinde oluşturulan yaklaşımlarla hukuk toplumsal kontrol sağlama işlevini de gerektiği şekilde

¹⁰⁹ J. T. Jost, "Negative Illusions: Conceptual Clarification and Psychological Evidence Concerning False Consciousness", *Political Psychology*, Vol. 16, s. 400-401.

¹¹⁰ Jost, Vol. 16, s. 526-530.

yerine getirememektedir. Örneğin, hukuka uymada caydırıcılık modeli insan koşullanmasının gerçek bilgisine dayanmadığı için büyük uğraşlara rağmen sadece yaptırıma dayanan bir hukuk uygulaması ile töre cinayeti, kadına yönelik şiddet, uyuşturucu kullanımı gibi davranışların önüne geçilememektedir.

Psikolojik hukuk yaklaşımı çerçevesinde ortaya konan değere dayalı hukuka uyma modeli hem liberal hukuk sisteminin dayandığı bencil birey varsayımını, hem de geleneksel pozitivist yaklaşımın değer tartışmasını hukuk dışına iten bilim anlayışını yanlışlamıştır. Psikoloji alanında ortaya konan veriler çerçevesinde geliştirilen bu modele göre, davranışı belirleyen yaptırım değil, adalet güdüsü ve içsel koşullanmadır. İnsanlar toplumsallaşma sırasında belirli ahlâki değerleri içselleştirmekte; bu değerler doğrultusunda toplumsal kuralları izlemenin ahlâki, meşru kurallara uymanın ise zorunlu olduğunu hissetmektedirler. Günümüz toplumlarının çoğulcu yapısı toplumsal kuralların içerdiği ahlâki değerlerin çeşitlenmesine neden olarak hukuka uyma davranışı konusunda meşruluğun öne çıkmasına neden olmaktadır. Hukukun meşruluğuna yönelik inanç, ahlâki uzlaşmanın yokluğunda dahi, insanların herhangi bir zorlama olmaksızın hukuka uymalarını sağlar.

Hukuka uyma konusunda caydırıcılık modelinin yerini değere dayalı modele bırakması, hukukun etkinliğinde yaptırımdan çok meşruluğun öne çıkması anlamına gelmektedir. Psikolojik hukuk yaklaşımının; değere dayalı model ile hukuku havuç ve sopa ile iş gören basit bir kontrol mekanizmasından, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda ve insan onuru çerçevesinde işleyen bir yapıya dönüştürme çabası, hukuki gerçekliğin toplumsal ve bireysel yönlerinin hukuk tartışmasına yapabileceği katkıya ilişkin önemli bir örnek teşkil etmektedir. Şüphesiz, insan koşullanmasına ilişkin bilgiler kullanılarak hukuk uygulamasında önemli bir aşama kat edilebilir. Hukuka uymanın değere dayalı model doğrultusunda yönlendirilmesi ile korkuya değil, ortak ahlâki değerlere bağlılığa dayanan barışçıl bir toplumsal düzenin ortaya çıkması sağlanabilir; kadına yönelik şiddet, namus cinayetleri ve ensest gibi davranışların önüne geçilebilir; farklı toplumsal grupların sahip olduğu çeşitli ahlâki değerleri bir arada barındıran bir hukuk kültürü ortaya çıkarılabilir. Ancak, meşruluğun insanlarda yarattığı zorunluluk duygusunun kötüye kullanıma ihtimali de mevcuttur.

Psikoloji alanında yapılan çalışmalara göre, ahlâki olmayan nedenler çerçevesinde meşruluk geliştiren bir otoritede kolayca toplum tarafından desteklenebilmektedir. Otoriterleşme ile emirlere uyma ahlâki bir ödev haline getirilebilmekte yahut içselleştirilmiş toplumsal değerler baskın ideoloji tarafından belirlenen yanlış bir bilincin ürünü olabilmektedir.

Otoriterliğin ve yanlış bilincin, hukuki eşitlik ve prosedürel adaletin arkasına gizlenerek meşruluk üretmeye devam etmesi durumunda da hukuka uyma davranışı sürmektedir. Bu noktada, değere dayalı hukuka uyma modelinde kullanılan koşullanmanın statükonun devamına hizmet ettiği düşünülebilir. Ancak, bu model aynı zamanda ahlâki olmayan nedenlere dayalı otoritenin meşruluğunun sarsılması için gerekli ipuçlarını da içinde barındırmaktadır. Örneğin, yapılan çalışmalar, dış koşullanmanın süreklilik gerektiğini ve prosedürel adaletin yokluğunda hukuka uyma davranışının meşruluğa dayalı olarak üretilmesinin zorluğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, hukukun baskıcı yapısının tamamen ortadan kalkması ve insan onuruna dayalı bir hukukun oluşturulabilmesi için, psikolojik hukuk yaklaşımı otorite ve yanlış bilinç konusunda yapılan çalışmalardan yararlanarak geliştirilmeli, hukuki mitler ve varsayımlar psikolojik veriler ile sınanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akçabay, Fehmiye Ceren . “Hukukun Gerçeği’ne Sosyolojik bir Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan*, İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Akçabay F. Ceren. “ Hukukun Kültür ile İmtihani”, *Nur Centel’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel sayı, Vol. 19, No. 2, 2013.
- Akçabay, Fehmiye Ceren. *Hukuk Eliyle Talim ve Terbiye, Toplumsal Değişme ve Hukuk İlişkisi Çerçevesinde Zorunlu Eğitim*, On İki Levha Yayınları, İstanbul: 2013.
- Appelbaum, Richard P. *Toplumsal Değişim Kuramları*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1981.
- Arrigo, Bruce A. “De/reconstructing Critical Psychological Jurisprudence: Strategies of Resistance and Struggles for Justice”, *International Law in Context*, Vol. 6, No. 4, 2010.
- Blasi, Gary ve John T. Lost,” System Justification Theory and Research: Implications for Law, Legal Advocacy and Social Justice”, *California Law Review*, Vol. 94, No. 4, 2006.
- Brumm, Harold J. ve Dale O. Cloninger, “Perceived Risk of Punishment and the Commision of Homocides: A Covariance Structure Analysis”, *Journal of Economic Behaviour and Organization*, Vol. 31, 1996.
- Darley, John ve diğerleri, “Psychological Jurisprudence, Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century”, *Perspectives in Law and Psychology*, Vol. 14, 2002.

- Darley, John M. ve Thomas R. Schultz, “Moral Rules: Their Content and Acquisition”, *Annual Review of Psychology*, Vol. 41, 1990.
- Dennet, Daniel ve John C. Haugeland, “Intentionality”, *Oxford Complain to the Mind*, Richard L. Gregory (ed.) New York: Oxford University Press, 2004.
- Friedrich, Carl Joachim. *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago&London: The University of Chicago Press, 1963.
- Frey, Bruno S. “How Intrinsic Motivation is Crowded In and Out”, *Rationality and Society*, Vol. 6.
- Fox, Dennis. “A Critical-Psychology Approach to Law’s Legitimacy”, *Legal Studies Forum*, Vol. 25, 2001.
- Gneezy, Uri ve Aldo Rustichini, “A Fine is a Price”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 29.
- Grasmik, H. G. ve R. J. Bursik, “Conscience, Significant Others and Rational Choice”, *Law and Society Review*, Vol. 24, 1990.
- Grasmik, H. G. ve D. E. Green “Legal Punishment, Social Disapproval, and Internalization of Inhibitors of Illegal Behavior”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 71, 1980.
- Haney, Craig. “Criminal Justice and the Nineteenth-Century Paradigm: The Triumph of Psychological Individualism in the ‘Formative Era’ ”, *Law and Human Behavior*, Vol. 6, No.3-4, 1982.
- Haney, Craig. “ Psychology and Legal Change: On the Limits of a Factual Jurisprudence”, *Law and Human Behavior*, Vol. 4, No. 3, 1980.
- Haney, Craig. “The Fourteenth Amendment and Symbolic Legality: Let Them Eat Due Process”, *Law and Human Behavior*, Vol. 15, No. 2, 1991.
- Heinrich, J. , S. J. Heine ve A. Norenzayan, “The Weirdest People in the World”, *Behavioral and Brain Sciences*, Vol. 33, No. 2-3, 2010.
- Hoffman, Martin L. “Moral Internalization: *Current Theory and Research*”, *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 10, 1977.
- İşıktaç, Yasemin. *Adalet Psikolojisi*, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Jensen, K. J. Call ve M. Tomasello, “Chimpanzees ar Rational Maximizers in an Ultimatum Game”, *Science*, vol. 318, No. 5847, 2007.
- Jost, J. T. “Negative Illusions: Conceptual Clarification and Psychological Evidence Concerning False Consciousness”, *Political Psychology*, Vol. 16.
- Kağıtçıbaşı, Çiğdem. *İnsan ve İnsanlar*, İstanbul: Cam Ofset Matbaacılık, 1979.
- Lerner, Melvin J. “The Justice Motive: Where Social Psychologists Found It, How They Lost It, and Why They May Not Find It Again”, *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 7, 2003.

- Lewin, Kurt. "Defining the 'Field at a Given Time' ", *Psychological Review*, Vol. 50.
- Licht, Amir N. "Social Norms and Law: Why Peoples Obey The Law", *Review of Law and Economics*, 4:3, 2008.
- Lind, E. Alan ve Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press, 1988.
- Machiavelli. *Prens*, Leyla Tonguç Basmacı (çev.), İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014.
- Malle, Bertram F. *How the Mind Explains Behavior: Folk Explanations, Meaning and Social Interaction*, Cambridge: MIT Press, 2004.
- MacCoun, Robert J. "Drugs and the Law: The Psychological Analysis of Drug Prohibition", *Psychological Bulletin*, Vol.113, 1993.
- Meares, Tracey L. "Norms, Legitimacy, and Law Enforcement" *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000.
- Melton, Gary B. "Introduction : The Law and the Motivation", *Law as a Behavioral Instrument (Nebraska Symposium of Motivation, 1985)*, Lincon: University of Nebraska Press, 1986.
- Melton, Gary B. "Award for Distinguish Career Contributions to Psychology in the Public Interest", *American Psychologist*, Vol. 69, No. 8, 2014.
- Melton, Gary B. "The Significance of Law in the Everyday Lives of Children and Families", *Georgia Law Review*, Vol. 22, 1988.
- Melton, Gary B. "Realism in Psychology and Humanism in Law: Psycholegal Studies at Nebraska", *Nebraska Law Review*, Vol. 69, No. 2, 1990.
- Melton, Gary B. "Law, science and humanity: The normative foundation of social science in law", *Law and Human Behaviour*, Vol.14, 1990.
- Melton, Gary B. "Psychology in the law: Why We Do What We Do", *Law and Human Behaviour*, Vol. 15, 1991.
- Merelman, Richard M. "Learning and Legitimacy", *The American Political Science Review*, Vol. &0, No. 3, 1966.
- Milinski, M. "Chimps Play Fair in the Ultimatum Game", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 10, No. 6, 2010.
- Milgram, Stanley. *Obedience to Authority, An Experimental View*, New York: Harper's & Row, 1974.
- Moore, Don A. ve George Loewenstein, "Self-interest, Automaticity, and the Psychology of Conflict of Interest", *Social Justice Research*, Vol. 17, 2004.
- Nagin, Daniel S. "Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, Vol. 23, 1998.

- Nagin, Daniel S. ve Raymond Paternoster, “The Preventive Effects of the Perceived Risk of Arrest”, *Criminology*, Vol. 29, No. 4, 2006.
- Northrop, F. S. C. “ Petrazycki’s Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper. Paper no. 4372, 1965.
- Petrazycki, Leon. *Law and Morality*, New Jersey: Transaction Publishers, 2011.
- Robinson , Paul H. ve John M. Darley, “The Utility of Desert”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 91, No. 2, 1997.
- Small, Mark A. “Legal Pyschology and Therapeutic Jurisprudence”, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 37, 1992-1993.
- Small, Mark A. “The Normative Foundation of Social Science in Law Revisited: A Reply to Melton”, *Law and Human Behaviour*, Vol. 15, 1991.
- Small, Mark A. “Advancing Psychological Jurisprudence”, *Behavioral Sciences and Law*, Vol. 11, No. 3-16, 1993.
- Sunshine, Jason ve Tom R. Tyler “The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Support for Policing”, *Law and Society Review*, Vol. 37, 2003.
- Travino, A. Javier “Introduction to Transaction Edition”, Leon Petrazycki, *Law and Morality*, New Jersey: Transaction Publishers, 2011, ss. iv - xxviii.
- Tyler, Tom R. Ve John T. Jost “Psychology and the Law, Reconciling Normative and Descriptive Accounts of Social Justice and System Legitimacy”, *Social Psychology, Handbook of Basic Principles*, Arie W. Kruklanski, E. Tory Higgins (ed.), 2007.
- Tyler, Tom R. *Why People Obey The Law*, New Haven: Yale University Press, 1990.
- Tyler, Tom R. “Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation”, *Annual Review of Psychology*, Vol. 57.
- Tyler, Tom R. “Public Mistrust of the Law: A Political Perspective”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 66, 1998.
- Tyler, Tom R. “Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law”, *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003.

BİR HUKUKSUZLUK ÖRNEĞİ OLARAK BEKÇİ *MURTAZA**

E. İrem Akı**

Özet

Orhan Kemal'in tanınmış karakteri olan Murtaza, ilk bakışta kurallara sıkı sıkıya bağlı bir görev ve disiplin insanı olduğu izlenimi veren bir karakterdir. Bu yazıda amaçlanan, Murtaza karakterinin kurallara bağlı bir görev insanı olmasının aksine, keyfi hareket eden bir memur olduğunu ortaya koymaktır. Zira Murtaza kurallar yerine, belirli değer yargılarına göre hareket etmekte ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Değer yargılarına göre hareket ederken de sıkı bir görev insanı olduğunu sanmaktadır. Bu doğrultuda, Murtaza'nın kendi değer yargılarına göre değerlendirmelerde bulunmasının, her zaman kurala uygun hareket etmesi anlamına gelmediği ortaya konulacaktır. Sonuç bölümünde de değer yargılarına göre hareket eden, ancak bunun hukuka uygun olduğunu düşünen hukuk uygulayıcılarının bir Türkiye temsili olarak düşünülebileceği ileri sürülecektir.

Anahtar Kelimeler: Değer yargısı, hukuk kuralı, keyfilik, hukuksuzluk, takdir yetkisi

Abstract

Orhan Kemal's well-known protagonist Murtaza is a character who, at first glance, gives the impression that he is a martinet. The aim of this paper is to show that Murtaza is not a martinet but rather an official who behaves arbitrarily, since he acts and not in accordance with rules but his own value-judgments. When he acts according to his value judgments he supposes that

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

he is a martinet. Accordingly, this article will show that Murtaza's acting according to his own value-judgments does not mean that he acts in accordance with rules. In conclusion, this article argues that we can view the legal authorities that, although acting according to their own value-judgments, consider their behavior to be legal, as a representation of Turkey.

Key words: Value judgement, legal rule, arbitrariness, lawlessness, discretion.

GİRİŞ

Orhan Kemal'in Murtaza romanı, totaliter rejimlerde vatandaşın konumu, ataerkillik, işçi-işveren ilişkisi, sosyal devlet gibi pek çok açıdan incelenebilmeye olanak sağlayan bir romandır.¹ Bunun yanında Murtaza'nın "gerçekliğin ironik bir temsili" olduğu da iddia edilmektedir.² Bu çalışmada ironisi yapılan gerçekliğin ne olduğu ve bunun hukukla ve hukuk devletiyle nasıl ilişkilendirilmesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Buna göre öncelikle Murtaza'nın "asker olmak iyidir" ve "şehit olmak iyidir" değer yargılarına sahip olduğu ileri sürülecektir. Bunu yapabilmek için değer yargısının ne anlama geldiği ve eylemde bulunan ve eyleme muhatap olan kişi için ne ifade ettiği açıklanacaktır. Ardından, Murtaza'nın değer yargılarına göre hareket etmesinin aslında kurallara sıkı sıkıya bağlılıktan ziyade bir keyfiliğe dönüştüğü ortaya konulacaktır. Sonuç bölümünde Murtaza'nın bu keyfilik ve hukuksuzluk halinin bir Türkiye temsili olarak düşünülebileceği ileri sürülecektir.

1. Değer Yargısı Kavramı

Ioanna Kuçuradi'ye göre değer yargıları, "yüklemleri iyi-kötü, güzel-cirkin, faydalı-zararlı, doğru-yanlış, günah-sevap ve bu gibi sıfatlar olan," normlardır.³ Örneğin, "büyüklerin önünde sigara içmek kötüdür", "içki içmek kötüdür", "büyüklerin elini öpmek iyidir" gibi. Bununla birlikte

¹ Orhan Kemal ve Murtaza için bkz. Mehmet Narlı, "30. Ölüm Yıldönümünde Orhan Kemal ve 'Murtaza'", *Varlık*, 1126, 2001, s.69-74; Mehmet Nuri Gültekin, *Orhan Kemal'in Romanlarında Modernleşme Birey ve Gündelik Hayat*, Everest Yayınları, İstanbul, 2010, s.88-130; Mehmet Nuri Gültekin, "Orhan Kemal'in Eserlerinde Modernleşme, Birey ve Gündelik Hayat", *Sosyoloji Dergisi*, 15, 2006, s.119-127; Adnan Binyazar, "Orhan Kemal Öldü Murtaza Yaşayacak", *Türk Dili*, 22, 1970, s.278-284; Asım Bezirci, Hikmet Altınkaynak, *Orhan Kemal*, Cem Yayınevi, İstanbul, 1977, s.67-75; Şükran Kurdakul, "Orhan Kemal'in Romanlarına Bakışlar", *Bilim ve Sanat*, 18, s.30-33.

² Gültekin, 2006, s.126.

³ Ioanna Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1998, s.29.

Kuçuradi iki tür değer yargısı olduğunu belirtmektedir. Yukarıda örnekleri verilmiş olan türden değer yargılarının özelliği kişiden kişiye, toplumdan topluma veya zaman içinde değişiklik göstermesidir.⁴ Zira Türkiye’de içki içmek, kötü bir davranış olarak kabul edilirken, Almanya’da bu değer yargısı geçerli değildir. İkinci tür değer yargılarının “*her yerde geçerli bir yargı olduğu söylenebilir.*”⁵ Örneğin “yalan söylemek kötüdür”, “işkence kötüdür”, “eşitsiz muamele kötüdür” değer yargıları gibi. İkinci tür değer yargılarının birinci türden değer yargılarından farkı her zaman - her yerde iyi veya kötü sayılmalarıdır.⁶

Burada önemli olan nokta, insanların her iki türden değer yargılarına da uymalarının bekleniyor olması ve bu değer yargılarına göre kişi eylemlerinin değerlendiriliyor olmasıdır.⁷ Dolayısıyla kişiler değer yargılarına göre hareket edip, değer biçmelere göre hareket edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle kişiler “*insanların yapıp ettiklerine, eserlerine, hatta kendi kendilerine bu değer yargıları tablolarına göre*” değer biçebiliyorlar.⁸ Bazen bu değer biçmeler zararsız olabileceken, bazen de değer harcamaya olabiliyor. Hatta Murtaza örneğinde olduğu gibi, değer harcamalara kadar götürüyor, dolayısıyla, Murtaza’nın kızı Firdevs’i öldürmesine kadar gidebiliyor.⁹

2. Murtaza ve Değer Yargıları

Murtaza’nın değer yargılarına geçmeden önce onun hakkında bilgi vermek faydalı olabilir. Murtaza bütün bir memleketi disipline sokmak isteyen¹⁰ bir bekçidir.

“Yunanistan’ın Alasonya kasabasından olan Murtaza, 1925’lerden sonraki mübadelede annesi, erkek kardeşiyle Türkiye’ye göç etti. Yirmisindeydi. ... Allah için çalıştıklarını ileri süren yerli simsarların hile

⁴ Ioanna Kuçuradi, “Ahlâk ve Kavramları”, *Uludağ Konuşmaları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1988, s.22.

⁵ Kuçuradi, 1988, s.23.

⁶ Kuçuradi, 1988, s.22.

⁷ Kuçuradi, 1988, s.22.

⁸ Kuçuradi, 1998, s.29.

⁹ Murtaza görev başında gözlerinin kimseyi görmediğini, evladını, ciğerparesini görmediğini sıklıkla yinelemektedir. Bir gün ciğer paresini, vazifesinin arslanlarını, yani kızları Firdevs ile Cemile’yi fabrikada iş başında uyurken görür. “*Görünce de kıl diplerine kadar kıpkırmızı kesilerek sarsıldı. Sonra tüm kanı çekilmişçesine sarardı. Ve hiç beklenmedik biçimde, bir atmacayı hatırlatarak koştu. Cemile, babasının yıldırım gibi geldiğini görünce makinesinden atlayıp kaçtı. Firdevs hala uyuklamaktaydı. Murtaza kızı saçlarından desteleyip havaya kaldırdı, sonra da yere çarptı...*” Orhan Kemal, *Murtaza*, Everest Yayınları, İstanbul, s.304. Başına aldığı darbe sonucu Firdevs ölür.

¹⁰ Kemal, s.4.

dolu öğütlerine uyan hemşerilerinden pek çoğu gibi memleketlerindeki barakalarına karşılık koca koca konaklar, üç buçuk arşın bahçelerine karşılık da binlerce dönüm tarla almayı kendine, daha çok da damarlarında dolaşan şehit Kolağası Hasan Bey'in kanına yakıştırmayan Murtaza, ne annesinin, ne de hemşerilerinin öğütlerine uydu. Hele gizliden gizliye para desteleri gösteren yerli simsarlara hiç! Tam tersi, iskân dairesine gitti:

'Biz fakir insanlar idik memlekette,' dedi.

İskân dairesindeki memurlardan biri bıyık altından güldü: 'Namus dediğin böyle olur.'"¹¹

Görüldüğü gibi Murtaza iskân dairesinde yalan söylememiştir. Zira “*Yakışık alır mıydı? Çevresinde dolaşıp durduğuna inandığı dayısının ruhu ne derdi bu yalancılığa?*”¹² Bu örnek Murtaza'nın değer yargılarını ortaya koyabilmek açısından açıklayıcıdır. Zira Murtaza'nın hem bütün bir ülkeyi disipline sokma arayışında hem de iskân dairesine gidip mal varlığı hakkında doğruyu söylemesinin altında yatan şey dayısı, Kolağası Hasan Bey'e atfettiği değerdir. Murtaza, romanda bize sunulduğu kadarıyla, dayısı Kolağası Hasan Bey'e, savaşırken şehit düştüğü için bir değer atfetmektedir. Bir başka ifadeyle, Murtaza için dayısı Kolağası Hasan Bey şehit düştüğü için önemlidir.¹³ Dayısı Kolağası Hasan Bey'in şehit düşmesi, sadece Murtaza için önemlidir, Murtaza'nın annesi, kardeşi, eşi, çocukları için bu durum bir önem taşımamaktadır. Kuçuradi'ye göre “...bir şeyin önemli olması veya görülmesi, kişilerin en başta real durumlarına sıkı sıkıya bağlıdır; bu özel durum için şeylerin sübjektif olduğu kadar objektif önem taşımaları mümkündür.”¹⁴

Murtaza için dayısı Kolağası Hasan Bey'in sübjektif bir önem taşıdığı iddia edilebilir. Zira Murtaza “asker olmak ve şehit olmak iyidir” değer yargıları çerçevesinde dayısı Kolağası Hasan Bey'i önemli, hatta çok önemli görmektedir. Dolayısıyla Murtaza'nın değer yargısı birinci türden değer yargılarındanır. Bu değer yargısı dayısını, annesi ve kardeşini, eşini, çocuğunu, mahalleliyi, fabrikadaki işçileri ve eylemlerini değerlendirmelerini belirlemektedir. İskân dairesine gittiğinde, memlekette sahip olduğu malın miktarını doğru söylemesinin nedeni de, “dürüstlük değeri” değil, “damarlarında dolaşan şehit Kolağası Hasan Bey'in kanına”

¹¹ Kemal, s.10-11.

¹² Kemal, s.15.

¹³ Değer atfetme için bkz. Kuçuradi, 1998, s.25-26.

¹⁴ Kuçuradi, 1998, s.26.

yakıştıramamaktır. Murtaza'nın, annesinin ölümüne karşı vereceği duygusal tepkiyi dahi, dayısı Kolağası Hasan Bey'in şehit olması belirlemektedir:

“Kardeşi çok ağladı. Ağabeyinin taş kalpliliğine çıldırdı adeta:

‘Abe hiç mi yok sende kalp? Yok mu yürek? Ölür annemiz, yaşarmaz kirpiklerin bile!’

Murtaza omuz silkti:

‘Acımam rahat döşeğinde ölene. Olsun isterse annem. Çünkü akıttı mübarek kanımı dayımız kutsal vatan topraklarına, boğuşarak düşmanla. Ölmedi yatağında rahat rahat!’

‘Bu kafayla olursun inşallah Atina’ya vali!’

‘İstemem valiliğini bile Atina’nın. İsterim ölmek dayım gibi boğuşarak. Hem da tıpkı dayım gibi içmek şahadet şerbetini!’¹⁵

Bu romanda önemli olan nokta ve hukuk kavramıyla ilgili olan mesele, Murtaza'nın “asker olmak iyidir” veya “şehit olmak iyidir” değer yargısının mesleğini icra ederken yaptığı değerlendirmeleri belirliyor olmasıdır. Murtaza'nın ve Murtaza gibilerin **en tehlikeli yanı** ise değer yargılarıyla değerlendirmelerde bulunurken, aslında bunu kurallara, kanuna veya kendilerine verilen yetkiye dayanarak yaptığını iddia etmesi veya öyle sanmasıdır.

3. Murtaza'nın Değer Yargılarının Neden Olduğu Hukuksuzluk veya Keyfilik

Murtaza'nın değer yargılarına göre hareket etmesinin nasıl bir hukuksuzluğa yol açtığını görebilmek için, öncelikle Murtaza'nın tabi olduğu hukuk kuralını dikkate almak gerekmektedir. Buna göre 772 sayılı ve 1966 tarihli Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 3.maddesinin A bendi çarşı ve mahalle bekçilerinin görevlerinden ilkinin “*Bir kimsenin can, mal ve ırzına saldırma ve tehditleri önlemek, saldıranları yakalamak...*” olarak düzenlemiştir. Murtaza'nın davranışları veya verdiği emirlerin dayanağı da bu kanun maddesi olabilir. Bu madde bekçilerin tek tek hangi önlemleri alması gerektiğini belirlememiş, hangi olguların tehdit kapsamında değerlendirileceği konusunda bekçiye takdir yetkisi vermiştir. Zira can, mal ve ırza karşı tehditleri önlemek konusunda neler yapılabileceğine bekçilerin, dolayısıyla da Murtaza'nın karar vermesi gerekmektedir. İl Han Özay'ın da belirttiği gibi “*Bazı hallerde özel olarak hiçbir hüküm öngörmeyip ‘halin*

¹⁵ Kemal, s.14.

icaplarını takdir ederek bunlara uygun faaliyette' bulunması için İdareyi serbest bırakırlar. İdare bazı güçlükleri yenebilmek için hukuk kuralları içinde serbest davranabilme özgürlüğüne gereksinim duymaktadır.”¹⁶ Şüphesiz ki idare takdir yetkisini hukuk kuralları ve ilkeleri çerçevesinde kullanmalıdır.¹⁷

Ancak Murtaza'nın durumunda açık yasal dayanaklara göre hareket etme söz konusu olmayıp, değer yargılarına göre keyfi hareket etme ve keyfi emir verme söz konusudur.¹⁸ Murtaza erken yatmayan vatandaşları uyardı¹⁹, evli olmayan kadınlarla (kitapta “dul kadınlar” denilmektedir) ilişkisi olanlara karışmakta, zenginlerin mahallesinde şık bir bavulla dolaşan bir adamı yaka paça karakola sürüklemekte²⁰, kahvede gördüğü kişiye

¹⁶ İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.457.

¹⁷ Özay, s.457.

¹⁸ Ancak takdir yetkisinin keyfi olarak kullanılıp kullanılmadığının her zaman bu kadar açık bir şekilde tespit edilemediğini belirtmek gerekmektedir. Özay, s.457.

¹⁹ “Murtaza'nın gözleri yerden adama kalktı:

'Sen misin evin reisi?'

Adam şaşkınlıkla iki yanına baktıktan sonra, 'Evet, dedi. 'Benim.'

'Ne için yatmazsınız gecenin bu saatına kadar? Ha? Ne için?'

Evin reisi büsbütün şaşırmişti. Laf mıydı bu da yani? Ev kendi mülkleri değilse de, aydan aya şakır şakır kirasını ödüyorlardı. Aslında pek öyle şakır şakır değilse de, gene de bekçiyi ilgilendirmezdi. Kirasını ödediği evinde de ister yatar, ister otururdu ailesiyle, sabaha kadar!

Murtaza ellerini arkasına bağlayarak yeniden sordu:

'Ha? Ne için?'

Karşılık alamayınca şahadet parmağını ayakkabı tamircisine tehditle salladı:

'Değilsiniz siz vatandaş?'

Merakla kapıya gelmiş çocukları işaret etti:

'Devletin malıdır bu çocuklar, hem da milletin! Yok hakkın uyutmamaya ciğerparelerini vatanın! Haçan büyüyecek, kurşun atacaklar düşmana kurşun!'

'?..'

'?..'

'Fişkurmalıdır gözlerinden mertlik, civanmertlik hem da!'

Başta baba, gülmek için ev halkı kendini zor tutuyordu.” Kemal, s.7-8.

²⁰ *Tam bir kıyıya gizlenecekken dikkatine bir adam çarptı: Ufak tefek, kara kuru, kılıksızın biriydi ama, elinde beyler, beyefendilere mahsus yepyeni bir valiz.*

...

Murtaza ellerini arkasına koyarak sordu:

'Nereden gelip, gidersin nereye?'

Adam esnedi, sonra uykulu uykulu, 'Sana ne?' dedi.

'Banaa? Bana ha? Devletin memuruna? Bilir misin kimim ben'

'Kim olursan ol!'

Ve parladı: (Murtaza)

'Yukarıda Allah, Ankara'da Devlet hem da Hükümet, burada da ben!'

'?..'

'Derler bana Mürteza!'

vaziyetini almasını ve künyesini saymasını söylemekte²¹ ve bu şekilde mahallelinin tepkisini çekmektedir. Zira kimin kaçta yatıp yatmayacağı, evli olmayan kadınların kiminle olup olmayacağı Murtaza'nın veya bir mahalle bekçisinin yetkisi dâhilinde değildir. Diğer bir ifadeyle, Murtaza ve vatandaş arasındaki ilişkiyi hukuk kuralları belirlemektedir. Murtaza'nın verdiği "emir" hukuk kurallarına, hukuka aykırıdır. Dolayısıyla Murtaza keyfi davranmaktadır. Murtaza'nın keyfi davranışlarının nedeni ise askerliğe ilişkin değer yargılarıdır. Eserde Murtaza'nın keyfi davranışlarından şikâyet etmek üzere mahalleli Emniyet Müdürü'ne gider:

"Emniyet Müdürü şikâyetçileri uzun uzun dinledi. Hayretler içinde kalmış, gülmek için kendini zor tutmuştu. Vay anasını, demek adam, 'Yukarda Allah, Ankara'da Devlet hem de Hükümet, burda da ben,' diyebiliyordu?"

Sordu:

'Peki bu geniş yetkiyi ona kim vermiş?'

Zinnur Amca, 'Deli, beyim,' dedi. 'Aklından zoru var!'

Dul karı tavgısı sözü aldı:

'Balkan Harbi'nde şehit düşmüş bir dayısı varmış. Aklını ona takmış...'

Kalabalık sağdan, soldan pekiştirmeye başladı:

'Kız halaya, oğlan dayıya çeker ya beyim?'

'Kolağası Hasan Bey aşağı, Kolağası Hasan Bey yukarı...'

'Damarlarımda Hasan Bey'in kanı dolaşiyor. O madem şahadet şerbetini içti, ben de içeceğim inşallah, diyor.'

Emniyet Müdürü ciddi ciddi sordu:

'Bekçilikle şahadet şerbetinin ne ilgisi var?'

'?...'

...

Yakasından çekti:

'Götüreceğim karakola, polis karakolu. Yürü!'

'Ne karakolu?'

'Karakol, basbayağı karakol, polis karakolu. Yürü!'

...

'Anlamadım?'

'Abe ne gezer elinde beyler, beyefendiler bavulu?'

'Hoppalaa...'

*'Helbet. Hem yoktur taşımaya yetkin beyefendi bavulunu, hem da dolaşamazsın bu tertemiz caddede bu pis kılıkla!'*²⁰ Kemal, s.29-31.

²¹ Kemal, s.128.

'Aman beyim öyle deme. 'Subay olamadımsa bekçi oldum şükür,' diyor. Kendisini görerseniz...'

...

Müdür ellerini çekti:

'...Hiçbir bekçi kendini böylesine kanunun üstünde göremez, yetkisi yoktur. Ama öte yandan hırsız, yankesici, uğursuzlarla savaşması mahalleniz için... ne bileyim, devlet kuşu!'

...

Emniyet Müdürü masasından kalkmış, şikâyetçilerin meraklı bakışları önünde dolaşmaya başlamıştı. Şayet adam tıpatıp böyleyse tadı yoktu, ama gerçek payı ne kadardı? Anlattıkları tıpatıp doğruysa herifin aklından zoru vardı ki, aklından zoru olan bir bekçiyi de kadroda tutamazdı.²²

Emniyet Müdürü, Murtaza hakkında ne yapacağına o anda karar vermez. Murtaza'nın da mahallelinin şikâyeti hakkında ne düşündüğünü öğrenmek ister.

" 'Evet Murtaza Efendi. Ne dersin Mahallelinin şikâyetlerine?'

Murtaza esas duruşunu bozmamakla birlikte yerinde, daha doğrusu kırk beş numara postallarının üzerinde sağa sola sallandı, sonra çakı gibi toparlanarak, 'Yok bir diyeceğim,' dedi. 'Söylerler doğru!'

...

'Yaa... demek doğru söylüyorlar?'

'Doğru amirim.'

'Peki ne karışıyorsun istedikleri saatte yatıp kalkmalarına?'

Murtaza sertçe, 'Yaparım vazifemi,' dedi.

'İyi ama, herkesin şu ya da bu saatte yatıp kalkması senin vazifen değil ki. Senin vazifen, sana verilmiş bölge dahilinde geceleri dolaşmak, mahalleye göz kulak olmak. Sense...'

Murtaza hindi gibi kabardı:

'Ben gördüm kurs, aldım çok sıkı terbiye, hem da disiplin amirlerimden'

'Amirlerin sana vatandaşı kendinden şikâyet ettirecek kadar rahatsız et mi dediler?'

²² Kemal, s.97-99.

Murtaza yutkundu. Tanıklara gözücüyla, ama nefretle baktı. Sonra Emniyet Müdürü'ne döndü:

*'Bu vatandaşlar amirim, bilmezler öz çıkarlarını.'*²³

'Allah Allaaah...'

'Evet. Erken yatmayan bir vatandaş, kalkamaz erken. Kalkar ise alamamış olur uykusunu! Ne zaman bir vatandaş alamaz uykusunu tam, zayıflar gözleri. Bakamaz düşmanlarına çelik yıldırım, hem da olamaz hiçbir zaman nümüne-i imtisâl!'

...

Emniyet Müdürü, 'Yaa!' dedi.

'Helbet. Bakamayan düşmana çelik yıldırım, değildir layık vatandaşlığa. Haçan her Türk bakmalıdır düşmanlara çelik yıldırım, kurşun bilek, taş yürek. Ve vazife bir sırasında sakınmamalıdır gözünü budaktan, dememelidir evladım, ciğerparem. Demedim hiçbir zaman, vazife bir sırasında evladım, ciğerparem. Neden? Çünkü var idi bir dayım Hasan Bey, kolağası, dolaşır idi damarlarında halis kan, Türk kanı. Döktü bu kanı Balkan Harbi'nde kutsal vatan topraklarına, demedi, ne bana vatandan. İsterim bütün vatandaşlarım olsun Kolağası Hasan Bey gibi. Sakınmasınlar gözlerini budaktan, hem da akıtsınlar kanları kutsal vatan toprakları için.'

...

'Bütün bunlar bir mahalle bekçisinin vazifesi mi?'

Murtaza hayretler içinde sordu:

*'Ya kimin vazifesi amirim?'*²⁴

Bu diyalog göstermektedir ki Murtaza vatandaş ve kendisi arasındaki ilişkiyi, hukuk kuralları çerçevesinde şekillenmiş bir ilişki olarak görmekten çok, bir emir-komuta ilişkisi olarak görmektedir. Murtaza bir bekçidir, hukuk kurallarıyla bağlıdır. Murtaza vatandaşlar ve kendisi arasında hukuk kurallarına dayalı bir ilişki olduğunu reddetmekte, vatandaşın “özçıkır”ını kendisinin düşündüğünü söyleyerek, vatandaşlara keyfi emirler vermektedir. Bu durum ise bir hukuksuzluk örneği oluşturmaktadır.

Netice olarak vatandaşların şikâyetleri amacına ulaşır ve Murtaza bir fabrika Fen Müdürünün, Emniyet Müdüründen talep etmesiyle bir fabrikaya kontrol yardımcısı olur. Murtaza'nın, Murtaza'lığı fabrikada da devam eder.

²³ Koyultma bana ait.

²⁴ Kemal, s.109-110.

Özetle Murtaza değer yargılarına sıkı sıkıya bağlı yaşayan bir bekçidir. “Asker olmak iyidir” ve “şehit olmak iyidir” değer yargıları hem özel hayatındaki hem de meslek yaşamındaki değerlendirmelerini belirlemektedir. Murtaza’nın bekçi oluşu ve vatandaşla olan ilişkisi hukuk kavramı açısından önem taşımaktadır. Zira Murtaza bahsedilen değer yargılarına göre değerlendirmelerde bulunurken, aslında keyfi davranmaktadır. Murtaza’nın değer yargıları, onun vatandaşa keyfi emir vermesine neden olmaktadır. Oysaki Murtaza’nın hukuk kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Murtaza’nın bunun aksine değer yargılarına göre hareket etmesi ve vatandaşın “özçıkarcını” kendisinin düşündüğünü söylemesi keyfiliğe, hukuksuzluğa yol açtığı gibi, vatandaş ve kendisi arasında da bir gerilime neden olmaktadır.

SONUÇ

Girişte de belirtildiği gibi Murtaza gerçekliğin ironik bir temsilcisi olarak görülmektedir.²⁵ Murtaza’nın temsil ettiği gerçeklik ise Türkiye’nin “hukuksuzluk” gerçeği olarak görülebilir. Hâkimlere ait olan aşağıdaki cümleler Murtaza’nın ifadelerinden ne kadar uzaktadır?:

“...Devlet mesela, DGM’lerde mesela, bizim mahkememizde devlet önceliklidir, devletin çıkarları öncelikli. Bizim mahkememizde devlet her zaman ön plandadır, devletin birliği, bütünlüğü ön plandadır, gerekirse bu anlamda insan hakları ihlalleri de olabiliyor...”²⁶

“...Geçenlerde iki hâkim önümde yürüyorlardı, biri diyor ki ötekine, ‘Benim ülkem söz konusu olduğunda, vatan ve millet söz konusu olduğunda, ben hukuk mukuk dinlemem’ diyor. ‘Sayın hâkimim sizi kutluyorum’ dedim, ‘hukuk dediğin nedir ki!’ ‘Tabii,’ dedi, ‘nedir yani?’ (Görüşme 1)”²⁷

“Son zamanlarda [...] deyim var, ‘bireyin özgürlüğü her şeyin üzerindedir.’ Katılmıyorum. Bireyin özgürlüğünü önde tutan flaş görüşler var, katılmıyorum. Niye katılmıyorum? Devletim, evvela devletim! Bu yadırganabilir de bazı yazarlar, düşünürlerin fikirleri tarafından, devletim olmadıktan sonra benim bireysel özgürlüğüm hiçbir şeye yaramaz. Benim bireysel özgürlüğümün devletimle çatışmaması lazım...”²⁸

²⁵ Gültekin, s.126.

²⁶ Mithat Sancar, Eylem Ümit Atılğan, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...” *Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar*, Tesev Yayınları, İstanbul, s.133.

²⁷ Sancar, Ümit Atılğan, s.135.

²⁸ Sancar, Ümit Atılğan, s.137.

Yukarıdaki ifadelerde görüldüğü gibi, belki Murtaza'nın sahip olduğu “asker ve şehit” olmaya ilişkin değer yargıları egemen olmasa da Devletin güçlü olması gerektiğine ilişkin değer yargısı, çoğu zaman idare ve vatandaş arasındaki “hukuki” olması beklenen ilişkinin temeli olabiliyor ve bir hukuksuzluğa dönüşebiliyor.

Dahası Türkiye’de, “hukuksuzluk” denildiğinde özel yetkili mahkeme (eski DGM), yasama ve yargı arasındaki çekişme, yüksek mahkeme kararları gibi hususlar akla gelse de, sıradan vatandaş olarak bizlerin okulda, adliyede, tapu dairesinde, karakolda karşılaştığı hukuka aykırılıkları veya Murtazaları düşünelim. Bir de *kendimizin* yaptığı hukuka aykırı davranışları düşünelim. Elbette bunun ardından bazen bu hukuka aykırı davranışların meşru olduğunu iddia edebiliriz. Bu makalenin ilgilendiği mesele hukuka uygun veya hukuka aykırı davranışın nedenleri değil, nedeni her ne olursa olsun devlet ve vatandaş arasında ve vatandaşların kendi aralarında ve de devlet yetkililerinin kendi aralarındaki ilişkilerde “hukuksuzluğun” egemen olduğu iddiasının, idare ve vatandaş arasındaki ilişkinin en alt kademesinden başladığıdır. Bu nedenle bu “hukuksuzluğa” ilişkin çözümü yükseklerde değil, her gün yürüdüğümüz koridorlarda saklı olduğunu düşünmek gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle Murtaza çok uzaklarda, komik veya trajikomik bir kahraman değil, her gün karşılaştığımız ve değer yargıları çerçevesinde değerlendirmelerde bulunan biridir. Bu nedenle “*Vatandaş olmak zor bu ülkede. Bir hâkim abimiz hep öyle derdi: ‘Bu ülkede vatandaş olmak çok zor.’ (Görüşme 1)*”²⁹

KAYNAKÇA

- Asım Bezirci, Hikmet Altınkaynak, *Orhan Kemal*, Cem Yayınevi, İstanbul, 1977.
- Binyazar, Adnan, “Orhan Kemal Öldü Murtazalar Yaşayacak”, *Türk Dili*, 22, 1970, s.278-284.
- Gültekin, Mehmet Nuri, “Orhan Kemal’in Eserlerinde Modernleşme, Birey ve Gündelik Hayat”, *Sosyoloji Dergisi*, 15, 2006, s.119-127.
- Gültekin, Mehmet Nuri, *Orhan Kemal’in Romanlarında Modernleşme Birey ve Gündelik Hayat*, Everest Yayınları, İstanbul, 2010.
- Kemal, Orhan, *Murtaza*, Everest Yayınları, İstanbul, 2003.
- Kurdakul, Şükran, “Orhan Kemal’in Romanlarına Bakışlar”, *Bilim ve Sanat*, 18, 1982, s.30- 33.

²⁹ Sancar, Ümit Atılğan, s.136.

Kuçuradi, İoanna, “Ahlâk ve Kavramları”, *Uludağ Konuşmaları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1988, s.20-36.

Kuçuradi, İoanna, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1998.

Narlı, Mehmet, “30. Ölüm Yıldönümünde Orhan Kemal ve ‘Murtaza’”, *Varlık*, 1126, 2001, s.69-74.

Özay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Sancar, Mithat. Atılgan, Eylem Ümit, “*Adalet Biraz Es Geçiliyor...*” *Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar*, Tesev Yayınları, İstanbul, 2009.

TOPLUMSAL BİR GERÇEKLİK: İNTİHAR*

Şeyda Altuntaş**

GİRİŞ

“Benim için üzülmeysin. Sinirlerim alt üst oldu ve son bir yıldır – uyku hapıyla uyuduğum zamanlar hariç- gece gündüz ıstırap içindeyim ve gündüz de sadece ilaçla uyutulduğum zamanlar huzur buluyorum. Harika bir yaşam geçirdim ama şimdi sonuna geldim ve sinirlerim gittikçe kötüleşiyor. Bu yüzden tüm sevdiklerim, beni affedin, Tanrı da beni bağışlasın, ama bu ıstıraba dayanamıyorum ve bu herkes için en iyisi olacaktır... Kimse suçlu değil, harika arkadaşlarım var ve benim için ellerinden geleni yaptılar. Bir yıldır bildiğim her şeyi denedim ve içimdeki şey daha da kötüleşti. Bu nedenle artık acı çekmeyeceğimi bilerek teselli bulun, lütfen.”

Bu sözler ünlü yönetmen James Whale aitti ve sudan ölesiye korktuğu halde kendisini yüzme havuzuna atarak intihar eden Whale, havuzun yanına *Don't Go Near The Water* kitabını bırakarak kara mizaha olan ilgisini hayattan ayırırken bile dile getirdi.¹

Etrafımızda Whale gibi örneklerin yanında, başka örnekler de var. Ancak bunlar yüzümüzde buruk bir tebessüm yerine acının ifadesini çiziyor. Nitekim, Rusya'nın Çekoslovakya'yı işgal ettiği 1969 yılının Ocak ayında olayı hiçbir şeyin daha iyi protesto edemeyeceği inancıyla kendini yakan John Plach'ın trajik sonu da bunlardan biridir. Bu olaydan yaklaşık bir yıl sonra da Plach'ın ölüm yıldönümünün, Biafra yardımının kesildiği güne rastlaması sonucunda Fransa'da on gün içinde yine aynı şekilde kendilerini

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Ceza ve Ceza Usul Hukuku).

¹ Kay Redfield JAMISON, *Erken Çöken Karanlık-İntiharı Anlamak*, Çev.: Emine BADEMCİ, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 90.

yakan yedi kişiden biri olan on dokuz yaşındaki bir öğrenci, “savaşa, şiddete ve yıkıcı budalalara...” karşı olduğunu belirten mesajda “*Ölürsem ağlama. Bunu yaptım çünkü böyle bir dünyada yaşayamazdım. Bunu şiddeti protesto ettiğim için ve dünyanın küçük bir parçasının burada kendi yaptıklarına gözlerini çevirmesi için yapıyorum. Ölüm kişinin kendi isteğiyle gerçekleşiyorsa bir protesto biçimidir. Tabii ki bunu kabul etmek zorunda değilsiniz.*” demiş ve geride bıraktığı küllerle amacına ulaşmıştır.²

Böyle manzaraları Türkiye’de de görmek mümkün. Basında yer alan intihar haberleri sıradanlaştı bizim için, sosyal medyadaki intihar haberleri eğer ilginç gelmemişse, şöyle bir bakıp geçer olduk. İnsanlığın mirası arasında yer alan intiharın bu kadar çok tercih edilme sebeplerinin birçoğu bilinmiyor. İntiharı seçenler mi yanlış yolda yoksa hayatta kalıp yaşamaya devam edenler mi cevabı bilinmez. Belki de *Quetelet*’in söylediği gibi “*intihar, toplumun korkunç bir düzenle ödediği bir borç, bir vergi*”³ dir kim bilir... Cevaplar ne olursa olsun intiharın yaşamımızın bir parçası haline geldiği de bir gerçektir.

Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ) 2012 yılında yayınladığı kapsamlı bir çalışmaya göre, dünyada her kırk saniyede, bir kişi intihar ederek yaşamına son vermekte ve her üç saniyede ise bir kişi intihar girişiminde bulunmaktadır.⁴

İnsanlık tarihinin istisnasız her döneminde görülen intihar olgusu, çağımızda gün geçtikçe artmakta ve önemli bir toplumsal sorun haline gelmektedir. DSÖ’nün çalışmalarına göre, son kırk beş yılda, tüm dünyada, intihar oranlarının yüzde altmış civarında arttığı ve intiharların ilk on ölüm nedeni arasında yer aldığı görülmektedir.⁵

İntihar olgusu, tarihi süreç içinde olduğu gibi, günümüzde de tüm bilinmezliği ve gizemini koruyarak, bireylerin ve toplumların yaşamının bir parçası olmaya devam ediyor. İntiharın hazırlayıcıları arasında yer alan psikolojik etmenler açısından veya dinlerin ya da toplumların bakış açısından intihar incelendiğinde, bu olgunun karmaşık bir süreci içinde barındırdığı görülür. Tanrı’nın insana verdiği hayatı kendi isteğiyle terk etmesi, kültür ve inanç sistemlerine bağlı olarak değişik şekillerde yorumlanmış; çoğunlukla bu hareket, genel kabul gören ahlâk anlayışına göre günahkâr sayılmıştır. Aslında intihar eden bireyin günahkâr mı yoksa

² AI ALVAREZ, *İntihar; Kan Dökücü Tanrı*, Çev.: Zuhal Çil SARIKAYA, Öteki Yayınları, Ankara 1999, s. 57.

³ İrfan ÖZEN, *İntihar*, Ozan Yayıncılık, Ankara 1997, s. 12.

⁴ www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/, E.T.: 18.09.2014.

⁵ Kamil ALPTEKİN / Veli DUYAN, *İntihar ve İntiharı Önleme*, Yeni İnsan Yayınları, İstanbul 2012, s. 19.

sahip olduğu seçim hakkını özgürce kullanan kimse mi olduğu uzun yıllardır süregelen bir tartışma konusudur. Bir başka tartışmaysa, intiharın kesin yokluğa giden ilk adım mı yoksa ebediyetin seçilmesi mi olduğu konusundadır.

Bu makalenin amacı, intihar olgusunu anlamak ve bireylerin istemli ölüm karşısında sergiledikleri tutumu nedenleri ile birlikte ele almaktır. Bu çalışma, dünyanın hemen tüm toplumlarında tabu olarak kabul edilen intihar davranışına insani bir bakış açısıyla yaklaşarak, intihar eden bireyi yargılamak yerine onun geçirdiği içsel süreci anlamaya çalışmak üzerine şekillenmiştir.

I. İNTİHAR KELİMESİNİN DİLSEL AÇIDAN İNCELENMESİ VE İNTİHARIN TANIMI

A. İntihar Kelimesinin Dilsel Açıdan İncelenmesi

Dünyanın en eski zamanlarından beri kendini öldüren bireyler olmasına rağmen “*intihar*” kelimesi oldukça yakın bir zamanda dile girmiştir ve bu kelime, farklılaşan dönemlerin ve içinde yaşanan kültürün özelliğine göre farklı anlamlar taşımıştır. İngilizce’de “*suicide*” kelimesi dilsel açıdan Batı’nın tarihsel değişimini yansıtırken, Türkçe’deki “*intihar*” kelimesi Batı dillerindeki “*suicide*” kelimesi karşılığında kullanılır ve farklı bir anlamsal içeriği bünyesinde barındırır.⁶ Türkçe’ye Tanzimat döneminde yapılan roman çevirileriyle birlikte giren bu kelime, Arapça’da “*göğüs*”, “*göğse vurma*”, “*boğazdan asılma*”, “*gırtlaklı bıçakla kesme*” anlamlarına gelen “*nahir*” kökünden türetilip dilimize yerleşmiştir.⁷ İntihar, Arapça’da boğazla veya boğazdan asılmayla ilgili bir kelime olması sebebiyle belki de, Türkiye’de en yaygın intihar yöntemi asıdır.⁸

Bugün İngilizce’de kullanılan *suicide* kelimesi gerek anlam gerekse biçim yönünden 17. yüzyılın ürünüdür ve “*kendini öldürmek*” anlamına gelen Latince kökenli “*suicidum*” kelimesinden türetilmiştir. Bu kelimenin ilk hangi kaynakta kullanıldığına ilişkin tartışmalar yaşanmışsa da çoğunluk Thomas Browne’un 1642 tarihli *Religio Medici*’sini işaret eder.⁹ Kökeni Latinceye dayanan *suicide* sözcüğü bugün tüm Avrupa dillerinde kullanılmaktadır ve ilk kez isim olarak kullanılışı 17. yüzyılın ortalarına

⁶ Nezahat ARKUN, *İntiharın Psikodinamikleri*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 25.

⁷ Mehmet ESKİN, *İntihar: Açıklama, Değerlendirme, Tedavi, Önleme*, Çizgi Yayınları, Ankara 2003, s. 3.

⁸ Saliha Demirel ÖZSOY / Ertuğrul EŞEL, “İntihar (Özkiyim)”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, Y. 2003, S. 4, s. 177.

⁹ ALVAREZ, 1999, s. 57.

dayanır. Cinayet ve intiharın aynı anlamda kullanıldığı 17. yüzyılın ardından, intihar kelimesi kendi anlamında kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰

Suicide kelimesi 17. yüzyılda ortaya çıkmasına rağmen, intihar tarih boyunca var olan bir eylem olduğundan bu eylem, başka kelimelerle de olsa ifade edilmekteydi. Mevcut kaynaklara göre Eski Yunan'da, intihar kelimesine karşılık gelen pek çok kavram bulunmaktaydı; kendi eliyle ölmek, ölümü yakalamak, kendini yaşamdan mahrum etmek, gönüllü ölüm, ölümü sahiplenmek...¹¹ Tüm bu ifadelere dikkat edildiğinde Eski Yunan toplumunda “öldürmek” fiili yerine “ölmek” fiilinin kullanıldığı görülür. Bu durum toplumda intihara önyargıyla yaklaşılmadığının bir göstergesidir.

Eski Yunan'da bu eylemi anlatmak için kullanılan tüm bu ifadelerin, intiharı tanımlamaktan çok betimleme çabası içinde olduğu akla gelmektedir. *Suicide* kelimesi, tüm bu ifadelerin karşısında tek başına, sınırlayıcı ve yargılayıcıdır. Hâlbuki Eski Yunanlılar kullandıkları ifadelerle intiharı kavramsallaştırmaktan, yargılamaktan ya da açıklamaktan öte felsefi bir problem olarak görmüşlerdir. Ancak bu değerlendirmelere bakarak Eski Yunan toplumunda intihara yönelik koşulsuz bir hoşgörü bulunduğunu söylemek de mümkün değildir.¹²

Yunan felsefesinden oldukça etkilenen Antik Roma'da da intiharı karşılamak için, kendini yok etmek, kendi eliyle canına kıymak, yaşamdan çıkmak, ruhunu dışarı çıkarmak, kendine ölüm sunmak gibi ifadeler kullanılarak intihar gibi kapsayıcı bir ifadenin varlığından kaçınılmıştır. Bunun nedeni, Romalılar için intihar eyleminin hoş görülebilir olması bir yana özendirilen bir nitelik taşımasıdır. Böyle bir algının temel unsuru, Roma felsefesinde yer alan diğer felsefelerin yanı sıra Stoacıların etkisidir. Çünkü Stoacılığın bireyselliği öne çıkaran felsefeleri sayesinde birey, yaşamı ya da ölümü seçme konusunda özgür kılınmıştır.¹³

Ortaçağ'a gelindiğinde, intiharı ifade etmek için daha çok kişinin kendini katli anlamına gelen Latince kelimeler kullanılmaya başlamıştır. İntihara ilişkin dilsel anlamda bu değişikliğin temelinde, Ortaçağ'da intiharın günah ve suç olarak algılanması yatar. Dolayısıyla bu dönemde, intihar anlamında kullanılan kelimeler de bu yasaklayıcı ve baskıcı tutumu yansıtır niteliktedir.¹⁴

¹⁰ Cemile SÜMEYRA, *Kendi Kalemimi Kıranlar-Türk Edebiyatında İntihar*, Şule Yayınları, İstanbul 2007, s. 17.

¹¹ JAMISON, 2004, s. 41.

¹² Neslihan ŞEN, *Toplumsal Anlam Dünyası ve İntiharın Toplumsal Algısı: Bursa Örneği*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2008, s. 8.

¹³ ŞEN, 2008, s. 9.

¹⁴ ŞEN, 2008, s. 9.

İntihara karşılık gelen suicide kelimesinin ilk kullanıldığı yıllar Rönesans dönemine rastlar. Bu yıllar Rönesans’la birlikte intihar da dahil pek çok ifadenin geçmişte taşıdıkları anlamlarla birlikte yeniden kavramsallaştığı yıllardır. “*Suicide*” kelimesinin de, bu tür bir kavramsallaştırma yoluyla günümüzdeki anlamını kazanan bir ifade olduğu söylenebilir.¹⁵

B. İntiharın Tanımı

İntihar, insanların yüzyıllardır anlamaya ve çözmeye çalıştığı en ilginç ölüm şekillerinden biridir. Bu eylem tarih boyunca; kahramanlık, cesaret, acizlik, günah, öç, hastalık, korkaklık, delilik ve suç gibi oldukça farklı kavramlarla birlikte değerlendirilmiştir. Bu farklılığın sebebi, insanın isteyerek kendi canına kıymasının bir suç, günah veya cesur bir davranış olarak kabul edilip edilmeyeceği gibi sorulara verilecek cevapların, toplumlara, dinlere, hukuk sistemlerine veya kültürlere göre değişiklik arz etmesidir.

İntihar, bireylere dayalı bir eylem olduğu için tanımlanması zor bir kavramdır. İntihar kavramını açıklamak istediğimizde farklı tanımlarla karşılaşırız. Bunun nedeni, intiharın tek bir etkiye bağlı bir eylem olmamasıdır.

Bu nedenle, intihar konusunda birden fazla tanımdan bahsedilir. İntiharla ilgilenen herkes, kendi bakış açısından hareketle intiharı yorumlamış ve bir tanım yapmaya çalışmıştır. Bu tanımların çoğunda kişinin sahip olduğu meslek ve anlayışı etkili olmuştur. Ne var ki, intiharın değişik türleri, intihar olgusunun karmaşıklığı, intihara etki eden çoğul etmenli sebeplerin bulunması genel bir tanım yapılmasına ve intihar davranışının sınırlarının çizilmesine engel olmaktadır. Sınırları ne kadar kolay değiştirilebilir olursa olsun Henry Romilly Fedden’in dediği gibi “*İntiharın anlaşılması zor sınırlarını ortaya çıkarmak önemlidir.*”¹⁶

Her dönemin kendine özgü koşulları içinde değerlendirilmesi gereken intihar eylemi; sosyoloji, psikoloji gibi bilimlerin yanında hukuk, sanat ve edebiyatı da uzun süredir meşgul etmektedir. Bilimsel veya entelektüel disiplinlerin hepsi intihara kendi bakış açıları ve sınırları içinde bir tanım getirmeye, bu davranışın nedenlerini kavramaya çalışmış ve hemen hepsi intiharın önlenmesi gereken bir sorun olduğu düşüncesiyle intihar davranışına ve bu davranışın sonuçlarına çözüm bulmak için çabalamıştır. Fakat uzun yıllar sürdürülen bu çabaya rağmen intihar günümüzde önemli

¹⁵ ŞEN, 2008, s. 10.

¹⁶ JAMISON, 2004, s.. 40.

bir insani gerçeklik olarak varlığını devam ettirmektedir. Yani Freud'un yüzyıl önce söylediği söz hala geçerliliğini kaybetmemiştir: “*Bilim açısından intihar çözümlenmemiş bir sorundur.*”¹⁷

Tom L. Beauchamp ve Seymour Perlin'e göre, intihara getirilen tanımlar kültürlere göre değişmektedir. Bir edim ya da bir vazgeçmenin intihar olarak kabul edilmesi için, bunların belli bir geleneğe kıyasla değerlendirilmesi gerekir.¹⁸

İntiharın farklı zamanlarda farklı kişilerce tanımı yapılmış olmasına rağmen henüz üzerinde uzlaşılan bir tanım çıkmamıştır. Bu nedenle intihar olgusuyla ilgilenenler tarafından yapılan tanımlara bütünsel olarak yaklaşip her birini ayrı ayrı irdelemek gerekecektir.

Genel olarak, kabul görmüş intihar tanımlarına bakıldığında, bunların birçoğunun ya çok dar ya da tanım olamayacak kadar geniş kapsamlı olduğu görülür.

Malapert intiharı; “*hemen daima egoizmin ürünüdür.*” diye tarif etmiştir.¹⁹ Ancak bu düşünce tanım olmaktan uzaktır.

Altavilla'nın “*intihar, bir insanın kendisini isteyerek öldürmesidir.*” tanımını Faruk Erem de kabul etmiştir.²⁰ Bu tanıma göre bireyin içki, sigara, uyuşturucu gibi maddeler kullanması durumunda da intihar etmiş sayılması gerekir. Fakat madde kullanan bireylerin çoğunda intihar etme niyeti bulunmaz. Bu durum tanımın eksik yönünü oluşturur.

“*Bir kimsenin yakın ve kaçınılmaz olan veya öyle zannedilen bir acıyı (utanılacak bir durum, mahkûmiyet, sefalet, çok sevilen birini kaybetme vb.) bertaraf etmek niyetiyle hayatına son vermesi intihardır.*” tanımını yapan Ferri, intiharın kendisinin acı verici bir olay olduğunu göz ardı etmiş ve tanımında intiharı sınırlı sebeplere bağlamıştır.²¹

Littre'ye göre ise “*İntihar, kendini öldüren insanın davranışdır.*” Bu tanıma göre kaza ile zehir içen bireyin ölümü de intihar sayılacaktır.²²

İntihar konusunda tartışmasız uzman sayılan kişilerden biri olan Durkheim, Littre'nin tanımını eleştirerek bu tanıma bir şart koyar ve kaza ile olan intihar şeklini tanım dışı bırakır. Buna göre Durkheim intiharı;

¹⁷ SÜMEYRA, 2007, s. 15.

¹⁸ Esra Huri BULDUK, *Türkiye'de İntihar Olgusunun Çözümlemesi: Batman İli Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 21. www.yoktez.index.com, E.T.: 07. 12. 2014.

¹⁹ Muhtar ÇAĞLAYAN, “Ötanazi ve İntihar”, *Adalet Dergisi*, C. 57 (1996 Ocak), S. 1, s. 17.

²⁰ Erdal SARIÇAM, *İntihar Eden Ünlüler*, Panama Yayınları, İstanbul 2008, s.11.

²¹ SARIÇAM, 2008, s. 11.

²² Bkz. Tunç BORAN, *1993-2002 Yılları Arasında Türkiye'deki İntihar Olaylarının Sosyolojik Açından İncelenmesi*, Beta Yayınları, Ankara 2006, s. 6.

“Kurbanın kendisi tarafından gerçekleştirilmiş, olumlu ya da olumsuz bir edimin, dolaylı ya da dolaysız sonucu olan her ölüm.” şeklinde tanımlamış ve ardından bu tanımlamanın da eksik olduğunu belirtmiştir.²³ Ona göre bu tanım birbirinden çok farklı iki ölüm çeşidini ayırmaz. Ünlü sosyolog, hayal görerek odasının bahçe katında sanıp yüksek bir yerden atlayan kişiyle, aklında herhangi bir bozukluk olmamasına rağmen yaptığı fiilin farkında olarak kendini vuran kişiyi aynı sınıfa koyamayacağımızı savunmuştur. *Durkheim*’e göre ölümün nedenleri içimizden çok dışımızdadır ve ancak biz onların, yani dışımızdaki o nedenlerin çevresine girdiğimizde bunlar bizi etkiler. Bu sebeple yeni bir tanımlama yaparak intiharı; “*Nasıl bir sonuç vereceği bilinen, kurbanın kendisi tarafından gerçekleştirilen, olumlu ya da olumsuz bir edimin dolaylı ya da dolaysız sonucu olan her ölüm edimi.*” olarak tanımlar.²⁴ Böylece kaza sonucu ölümler tanım kapsamına alınmamıştır.

Bu tanımın eksik noktaları bulunmaktadır. *Durkheim*, bu tanımlama ile intihar edenin ölüm niyetinden, ölme kararı vermesinden hiç söz etmez. Fakat intihar, rastgele bir davranıştan ziyade üzerinde düşünülüp plan yapılan bir eylemdir. Ayrıca, *Durkheim*’in *İntihar* adlı eserinde de belirttiği gibi, çoğu zaman intihar olumlu ve şiddetli bir eylemin sonucu sayılmakla beraber, yemek yememek gibi devamlı olumsuz bir davranış da aynı sonuca götüreceğinden, bu “*olumsuz eylemin*” belirtilmesi yerindedir. Olay kahramanının bu sonucu meydana getireceğini bildiği halde bu işi yapmış olması tanımda ayrıca belirtilmiştir. Bu koşulla, kaza ile meydana gelen ölümlerle, bazı hastaların sonu ölüm olduğunu kestirmeksizin yapmış oldukları hareketler tanım dışı bırakılmıştır. Bunun yanında, doğrudan doğruya ya da dolaylı şekillere işaret eden *Durkheim*, doğrudan doğruya kendini öldürmeye cesaret edemeyip de –bu çoğunlukla din korkusu sebebiyle ortaya çıkan bir durum olmaktadır– ölüm cezasını gerektiren bir davranışta bulunanları da intihar etmiş sayar.²⁵

Halbwachs ile *Delmas*, *Durkheim*’in tanımını geniş bularak eleştirirler. Zira *Durkheim*, intiharı tanımlarken müntehirin, ölüm niyetinden, ölüm kararından söz etmez. *Halbwachs*, *Durkheim*’in tanımına şunu ekler;²⁶ “*Kendisini öldürme niyetiyle olay kurbanı tarafından yapılan bir hareketin sonucu olan her ölüm intihardır.*”

Delmas’ın *Durkheim*’i eleştirdiği ve ondan ayrıldığı nokta; risk getirici ölümlerin intihar olamayacağını söylemesidir. *Delmas*’a göre intihar; “*Aklı başında bir insanın, yaşamakla ölmek arasında bir seçim yapabileceği*

²³ Emile DURKHEIM, *İntihar*, Çev.: Zühre İLKGELLEN, Pozitif Yayınları, İstanbul 2013, s. 3.

²⁴ Bkz. DURKHEIM, 2013, s. 5.

²⁵ Bkz. DURKHEIM, 2013, s. 9.

²⁶ Nihat KAYA, *Neden İntihar Ediyorlar?*, Nesil Yayınları, İstanbul 1999, s. 14.

halde, her türlü ahlâk baskısı dışında ölümü seçip kendini öldürmesidir."²⁷ Ancak *Delmas*'ın bu tanımına bakıldığında ahlâkî sebeplerle intihar eden kişilerin intiharlarının hangi kapsamda yer alacağı sorunu ortaya çıkacaktır.

Öte yandan *Delmas*, "asıl intihar" ve "sözde intihar" ayrımı yaparak, kişinin yaşamak yerine bilinçli olarak ölümü seçmesini asıl intihar olarak değerlendirmiş ve yalnızca asıl intiharın sosyolojik açıdan değerlendirilebileceğini savunmuştur. Asıl intiharda kişi yaşamak isteyeceği yerde aynı şiddetle ölümü ister, bu bir çeşit ölüme susamışlık olarak adlandırılabilir. *Delmas*, intiharın bir "seçim/ölüm iradesi" sonucunda gerçekleşebileceğini söyler. Mesela ona göre Sokrates'in ölümü bir intihar değildir; zira Sokrates, ölümle yaşam arasında özgür bir iradeye sahip değildir.²⁸

Edwin Shneidman'a göre, "intihar, dayanılmaz acıları, ağır sorunları olan, şaşırılmış, bozulmuş gücü azalmış bir benliğin çözüm arayıcı bir eylemidir."²⁹

Psikoloji alanında söz sahibi olan *Sigmund Freud* teorilerini daha çok saldırganlık kavramı üzerinde yoğunlaştırarak, intiharı, önceleri "özdeşleştirilmiş bir sevgi nesnesine yöneltilmiş saldırganlık sonucu meydana gelen bir depresyon füli" olarak yorumlamış; daha sonra da "ölüm içgüdüsünün etkinlik kazanarak bu saldırganlığın kişinin kendi üzerine çevrilmesi" şeklinde tanımlamıştır.³⁰

Richman'ın yaptığı değişik bir tanımda; "İntihar bir iletişimdir; yardım için ağlamaktır; başkalarından yardım istemektir; tehdit veya intikam metodudur, pişmanlık ve bir itiraftır. İntihar anlamında kullanılan iletişim sözlü veya sözsüz olsun, dolaylı ya da dolaysız bir mesajdır." Yapılan araştırmaların çoğu, intihar edenlerin yaklaşık yüzde yetmiş beşinin intihar niyetlerini eylemlerinden çok az bir zaman önce çevrelerindeki şahıslara tekrar tekrar anlattıklarını göstermiştir.³¹ Bu sonuçlar *Richman*'ın tanımını destekler niteliktedir.

Son olarak değinmek istediğimiz tanım, DSÖ'nün yaptığı çalışmalarda intihar tanımıdır. Uluslararası intihar çalışmalarının pek çoğunun temelinde yatan bu tanıma göre intihar; "İntihara yönelik ve ölümcül bir sonucu olan eylem.", intihara yönelik eylem ise "Çeşitli derecelerde öldürücü amaç içeren kendini yaralama."dır.³²

²⁷ ARKUN, 1978, s. 27.

²⁸ ARKUN, 1978, s. 27.

²⁹ ÖZSOY / EŞEL, 2003, s. 175.

³⁰ SÜMEYRA, 2007, s. 19.

³¹ SARIÇAM, 2008, s. 14.

³² JAMISON, 2004, s. 25.

Bütün bu tanımları bir araya getirsek de yine eksiksiz bir tanımlama yapmak mümkün olmayacaktır. İntihar hakkında söyleyebileceğimiz şey, bir davranışın intihar olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce, kişinin yaşamak istemek yerine aynı oranda ölmek istemesi ve bu tercihi bilinçli bir şekilde yapmış olması gerektiğidir.

II. İNTİHARIN TARİHÇESİ

İnsanlık tarihinde intiharı ilk kimin denediğini, kadın mı yoksa erkek mi olduğunu, başarılı olup olmadığını, neden yaptığını ya da bu davranışı ne şekilde gerçekleştirdiğini henüz bilmiyoruz. İntiharla ilgili bilinenler kaçınılmaz olarak ilk intiharlardan oldukça sonraki bir zamana rastlar. Ancak, “*Seneca'nın dediği gibi, ölüm her zaman yakınımızda olmuştur, ama kendini ilk öldürenin bunu neden yaptığı hala bir sırdır. Ani bir dürtü ya da uzun süren bir hastalık mıydı? Ölümü emreden bir iç ses miydi? Düşman kabile tarafından yakalanma korkusu ya da utancı mıydı? Umutsuzluk muydu? Ortak yiyecek kaynaklarını ya da toprağı kendine saklamaya çalışan diğerlerinin baskısı mıydı? Hiç kimse bilmiyor.*”³³ Bilinen gerçek, intiharın insanlık tarihiyle paralel bir tarihi sürece sahip olmasına rağmen, intihar hakkındaki kayıtların sonraki dönemlerden başladığıdır.

İntihar anlayışı çağdan çağa değiştiği gibi, kültürler arasında da farklıdır. İlk çağlarda savaşçı topluluklarda “*kahramanlığın ve cesaretin sembolü*” olarak görülmüştür intihar. Vikingler’de cennetleri *Valhalla*’ya sadece savaşta ölenlerin ve intihar edenlerin girebileceği inancı yaygındı. Danimarkalı savaşçılar da yaşlılık nedeniyle yatakta ölmeyi büyük bir utanç saymış ve bu durumdan kurtulmanın tek yolunun intihar olduğuna inanmışlardır.³⁴ Bazı toplumlar ortak yiyecek stoklarından tasarruf etmek için ya da göçebe topluluklar daha rahat yer değiştirebilmek için, hasta ve yaşlıların intihar etmesini onaylamışlardır. Anlaşılacağı üzere antik çağlardaki intihar sebepleri daha çok hastalık, yaşlılık ya da utanç gibi sebeplerdir. Bunun nedeni bu çağlarda yaşayan insanların intiharlarının yaşadıkları kültürün değerleriyle örtüşür biçimde toplumsal bir nitelik taşımasıdır. Bu dönemde birey toplumun içinde erimiş vaziyettedir. Arkaik toplumlarda hasta ve yaşlılık içinde ölümü bekleyenler kınanmış ve hatta bu kişiler onursuz sayılarak cezalandırılmışlardır.³⁵

Antikçağ, diğer bir deyişle arkaik toplumların yaşadığı dönem, intiharın meşruiyetinin ilk defa tartışıldığı zamandır. Bu dönemde toplumun dayattığı zorunluluklar sebebiyle daha çok kurumsal nitelikli –toplumun ihtiyaçlarının

³³ JAMISON, 2004, s. 23.

³⁴ ÖZEN, 1997, s. 14.

³⁵ ŞEN, 2008, s. 12.

gerektirdiği, yaşlılık, kıtlık tehlikesi gibi sebeplere dayanan– intihara rastlanırken az da olsa bireysel nitelikteki –aşk acısı, özlem, umutsuzluk gibi nedenlerden kaynaklı– intiharlara rastlanmıştır. Bu dönemde, hastalık ve acılardan kurtulmak için ya da yaşlılık nedeniyle intihar, kişisel kararların sonucu olarak karşımıza çıksa da aslında bu kararların temelinde yatan, toplumun bireye dayattığı değerlerdir. Ayrıca bireyi bu kararları vermeye iten bir diğer düşünce, soylu insanın kendini hastalıklı bir beden içinde görmekten ve görülmekten kaçınma ya da yaşlılığın getirdiği titreklik ve bunaklıktan kurtulma isteğidir.³⁶

Antik Yunan dönemindeyse, intihar hakkındaki düşünceler oldukça çeşitli hale gelmiş ve bireyin verdiği intihar kararının meşruluğu Antikçağ düşünürü için tartışma konusu olmuştur. Antikçağ'daki başlıca düşünce akımlarının –*Pitagoras, Platon, Aristoteles, Stoa ve Epikuros*– temel tartışma konularından biri, kişinin ölme hakkına sahip olup olmadığıdır. Bu düşünce akımlarından bir kısmı yaşamın kutsal olduğu ve insanın tanrıya ya da topluma karşı sorumluluk sahibi olduğu tezine dayanarak intihara karşı çıkarken, diğer bir kısmıysa intiharı mutlak bir kötülükten kaçış olarak yorumlamış ve bireyin intiharı seçerek özgürleşeceğini savunmuştur.³⁷

Tüm bu tartışmaların toplum yaşamına bir yansıması olarak, Atina'da intihara ilişkin nötr bir tavır geliştirilmiştir. Hâkimler, ölmek isteyenler için baldıran zehri bulundurmuşlar ve ölmek için senatoya geçerli bir neden gösterip izin belgesi alanlara bu zehirle ölüm hakkı tanınmıştır.³⁸

*“Eğer varlığın sana kötülük ediyorsa öl; keder boynunu büktüyse hayatı terk et. Dinleyelim mutsuz adamın bahtsızlığını, dindirsin yarasını, sorgucu ve bezgileri bir son bulsun.”*³⁹ söylemi bu döneme aittir.

Antik Yunan felsefesinin etkisiyle, Romalılarda da intihara gerek felsefi gerekse dinsel anlamda hiçbir yasak getirilmemiş, hukuk da bazı istisnalar dışında rasyonel bir şekilde gerekçelendirilen intiharlara izin vermiştir. Bahsedilen istisnaları ise kölelerin ve askerlerin intiharları oluşturmaktadır.⁴⁰ Ayrıca Romalılarda intiharın nedensiz olması ceza sebebi olarak görülmekte ve gerekçe göstermeden intihar edenlerin ailesine ekonomik cezalar verilmektedir. Ancak dinsel ya da ahlâksal herhangi bir yaptırım söz konusu olmamıştır.

³⁶ Sibel İNCEOĞLU, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 17.

³⁷ Bkz. İNCEOĞLU, 1999, s. 17-28.

³⁸ İNCEOĞLU, 1999, s. 28.

³⁹ ALVAREZ, 1999, s. 67.

⁴⁰ Erkut Regaip BULUT / Hüdaverdi KÜÇÜKER / Necati Serkut BULUT, “İntiharın Kısa Tarihçesinden Sebep ve Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, Y. 2012, S. 34, s. 129.

Roma toplumunda askerlere ve kölelere intihar hakkı tanınmamıştır, bu hak sadece hür insanlara aittir. Hür insanların intiharını incelediğimizde; savaşlarla geçen Roma İmparatorluğu'nun ilk dönemlerinde intihar nadiren rastlanan eylemlerden biri olmuştur. Aile bağlarının kuvvetli olduğu bu toplumda, insan hayatı çok kıymetli olduğundan, kişilerin hayatlarına gereksiz yere son vermeleri kabul edilmemiş ancak, buna rağmen intihar edenler ağır bir şekilde cezalandırılmışlardır. Bu cezalar cesedi hayvanlara teslim etme, darağacında teşhir etme ya da kabirden mahrumiyet şeklindedir. Fetihlerden elde edilen ganimetlerle zenginleşen Roma toplumunda, Cumhuriyetin sonlarına doğru intihar olaylarında artış yaşanmıştır. Bu dönemde kolay yaşama alışan ve Yunan felsefesini öğrenen Romalılarda intihar, yaşama son vermenin hoş bir şekli kabul edilmiştir.⁴¹ Ancak filozofların meşru kabul ettikleri intiharı yasaklayıp cezalandıran Roma yasalarının durumunun ne olacağı belirsizlik göstermiştir. Artış gösteren intihar vakalarına karşı hukukçular, hoş görülmesi veya cezalandırılması gereken intihar olaylarını ayırmaya çalışmışlardır. Bunun için kast ve hile kavramlarına başvurulmuş ve ayrıca herkesin kendi hayatı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edildikten sonra, ölümden sonra da devletin ve üçüncü şahısların haklarının korunması gerektiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte şerefsizlik veya işkenceden kurtulmak için hayatına son verenin cesedine ve mallarına ceza uygulanmasına devam edilmiştir.⁴²

Antik Yunan ve Roma dönemlerinden farklı olarak bütünüyle dini bir dünya görüşüne sahip Ortaçağ'da katı dini kurallar beraberinde intihara ilişkin yasakları da getirmiştir. Her ne kadar ilk Hristiyanlıkta insanın bedeninden ve günahlarından kurtuluşu olarak görülen intihar hoşgörülle karşılanmış ve intihar edenlere şehitlik mertebesini layık görmüş olsa da zamanla bu tavır değişmiş, *St. Augustinus'* un Hristiyanlığı sistematikleştiren düşünceleri ve Kilise doktrinini güçlendirici fikirleri bu hoşgörünün yok edilmesini sağlamıştır. Böylece intihar her koşulda yasaklanmış ve Kilise'ye göre en büyük günah intihar kabul edilmiştir. *Aquinalı Thomas* döneminde ise intihar suç sayılmış,⁴³ intihar edenlerin bedenleri kilise mezarlığına alınmamıştır.⁴⁴

Rönesans dönemiyle birlikte Batı'da yeni bir felsefe, yeni bir bilim, yeni keşifler, yeni bir siyaset anlayışı ve hepsinden önemlisi yeni bir insan ortaya çıkmıştır. Bu insan; düşünen, anlayan, kavramları yeniden değerlendiren

⁴¹ Mehmet Emin ARTUK, "İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 (1994), S. 1-2, s. 114.

⁴² ARTUK, 1994, s. 115.

⁴³ ŞEN, 2008, s. 33.

⁴⁴ George MINOIS, *İntiharın Tarihi-İstemli Ölüm Karşısında Batı Toplumunu*, Çev.: Nermin ACAR, Ankara 2008, s. 26.

ve Ortaçağ'ın sınırlarını kırmış, aklıyla doğaya ve yaşama hükmetmek isteyen insandır. Bu dönemde insan yaşamına hâkim olanın inanç değil; akıl ve bilim olacağı düşüncesi egemendir. Rönesans döneminde değişen pek çok anlayış ve kavramın içinde intihar da vardır ve artık intihar savunulacak, reddedilecek ya da yargılanacak bir eylem olmaktan çıkmış, anlaşılması gereken 'kavramsal bir form' haline bürünmüştür. İntiharın günah olduğu algısının yıkılması ve yine bu dönemde ortaya çıkan Protestanlık mezhebinin bireyselleştirilmiş dinsel etkisiyle birlikte, Tanrıyla daha içsel bir iletişimde bulunan birey yalnız kalmış ve intihara daha eğilimli hale gelmiştir. Dolayısıyla bu dönemde intihar oranlarında artışlar yaşanmıştır.⁴⁵

19. yüzyılda bilimsel gelişmelerle birlikte, intiharla ilgili çalışmalar da farklılaşmış, intihar açıklanması gerekli bir olgu olarak nitelenmiştir. İntihar çalışmalarında temel gaye intiharı anlayıp sebeplerini tartışmaktan ziyade, intiharın öznesi olan bireyi ve toplumu anlamak olmuştur. Yani bu dönemde geliştirilen bilimsel perspektifle beraber, intihar yorumlanmaktan vazgeçilmiş, yapılan çalışmalar insan üzerinde yoğunlaştırılmıştır. Ayrıca bu yüzyılda intiharın sınıflandırması yapılmış, intihar eylemi, intihar teşebbüsü ve düşüncesinden ayrılmıştır. Psikoloji bilimi intiharı, bireyin normal dışı davranışı olarak bir hastalık durumu diye nitelerken, sosyoloji bilimiyse toplumun içinde bulunduğu durumun yarattığı bir anomi olarak nitelemiştir.⁴⁶ Bilimsel dönemin intihara yönelik en büyük başarısı intihara yönelik cezaların ortadan kaldırılması olmuştur. Ancak bu durum intihara yönelik yargıların da ortadan kalktığı anlamına gelmemiş, çünkü intihar girişiminde bulunanların hasta olduğu varsayılarak bu kişiler hastanelere kapatılmıştır.⁴⁷

Schopenhauer ve *Nietzsche*'nin etkileriyle, 20. yüzyıl, entelektüel ve felsefi açıdan bir hesaplaşma yüzyılıdır denilebilir. 20. yüzyıl felsefesi, önceki iki yüzyılın akılcı, ilerlemeci ve bilimi temel alan düşüncelerine eleştirerek yanıt verir. Eleştiri, bu yüzyılda toplumsal, siyasal ve ekonomik alanlarda yaşanan kaostan doğar. Yaşam gerçekleşen toplumsal krizler sonucu bireye mutsuzluk getirir anlayışı ortaya çıkmıştır. Bahsedilen düşünürlere ek olarak yine aynı yüzyılda yaşayan *A. Camus*'le birlikte; rasyonalist ve iyimser gelenekten oldukça uzakta, karamsar, bireyi bedensel ve fikirsel açıdan özgür ilan eden düşüncülerine rağmen intiharı bir çözüm olarak sunmazlar, intiharı intihar edenlerin bedenleri ve hisleri üzerinden tartışmaya açarlar. Bu tartışmalar sırasında intihar özendirilmek ya da

⁴⁵ ŞEN, 2008, s. 41.

⁴⁶ ŞEN, 2008, s. 54.

⁴⁷ ŞEN, 2008, s. 56.

açıklanmaktan ziyade, yaşanan dünyanın anlamsızlığına dem vurularak, intihar bir kaçış yolu olarak görülür. Fakat bu kaçış düşüncesinin kaynağı antik çağlarda olduğu gibi ödev duygusu değildir; aksine yaşamak bedeni ve hisleriyle bireyin olumsuz duygularla baş etmesi sayıldığından intiharın yaşamı olumlu hale getirmesi olmuştur.⁴⁸

İntiharın Türkiye'deki tarihî değişimine bakıldığında Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı Devleti'ne ait yeterli veri olmamasına rağmen, Osmanlı toplumunda intihar olaylarının nadiren görüldüğü söylenebilir. Bunun nedeni toplum yapısına egemen olan ve hayatın her alanını düzenleyen İslamiyet'in intihar olayları karşısındaki tutumudur. Ancak diğer dinlerin çoğunun intiharı yasakladığı düşünüldüğünde İslam'ın, Osmanlı toplumundaki seyrek intihar olaylarının tek açıklaması olmadığı anlaşılır; ayrıca, Osmanlı toplumundaki dayanışma ve kültürel değerlerin birey yaşamında önemli bir etken olması, enflasyon gibi ekonomik sorunların seyrekliği intihar olgusunun ortaya çıkmasını sınırlayan diğer etmenlerdir.⁴⁹

İntiharın Türkiye'deki tarihinde *Beşir Fuat* adı hem başlangıç hem de zirve olarak görülür. Öyle ki natüralist yazarın intiharının basında yer almasının ardından toplumda deyim yerindeyse intihar salgını ortaya çıkmış ve bu salgın basına sansür konulmasıyla durdurulmaya çalışılmıştır.⁵⁰ Türkiye'de, edebiyata Tanzimat döneminde giren ve kısa zamanda yayılıp sarsıntılar yaratan intihar, Batı'nın uzun zamandır ilgilendiği bir konu haline gelmiş ve "*bilim*" in inceleme alanına giren, çözüm arayışı içinde olduğu bir mevzudur.

Cumhuriyet dönemine geçildiğindeyse intihara ilişkin önyargılar varlığını sürdürmekte olduğundan, bunları yıkmak için Fransız sosyolog *Max Bonnafous* bir araştırma yapmış ve bu araştırmada İstanbul'da 1924-1926 yılları arasında intihar olaylarının ilgi çekecek ölçüde arttığı ve önlem alınması gerektiği belirtilmiştir.⁵¹ Ayrıca sosyolog Hayat Mecmuası'nda yayınlanan bir yazısında bu konudaki yanlışları düzeltmek için intiharın delilikle alakası olmadığını ispat etmeye çalışmıştır.⁵²

1929 yılında yaşanan Dünya Ekonomik Bunalımı'ndan nasibini alan Türkiye'de intihar olayları hatırı sayılır miktarda yükselmiş, bunalımın etkisini yitirmesiyle birlikte olağan seyrine dönerek 1955 yılına kadar intihar

⁴⁸ BORAN, 2006, s. 11.

⁴⁹ Faruk GÜÇLÜ, *İntihar; Umutsuzluğun Tirmanı*, SABEV Yayınları, Ankara 2009, s. 6.

⁵⁰ GÜÇLÜ, 2009, s. 6.

⁵¹ ÖZEN, 1997, s. 41.

⁵² Bkz. ÖZEN, 1997, s. 42.

olaylarının çok fazla değişim göstermediği kaydedilmiştir. 1955'ten sonra zaman zaman işçi, öğrenci ve aydın intiharlarına rastlanmaya başlanmış ve bu durum 1962 yılına dek sürerek 1962 yılından 1980 yılına dek intihar olayları tekrar normal seyrinde devam etmiştir.⁵³

Devlet İstatistik Enstitüsü 1962'den bu yana intihar olaylarının istatistiğini tutmaktadır. Bu istatistiklere göre 1980 sonrası intihar olaylarında sayısal bir artış yaşanmıştır. Hatta 1977 yılıyla 1984 yılı karşılaştırıldığında neredeyse yüzde yüzlük bir artışın olduğu gözlemlenmiştir. Bu dönemde yaşanan siyasal olaylar ve 24 Ocak Kararları olarak bilinen kararların getirdiği ekonomik bunalım ve toplumun geneline yayılan huzursuzluk, dönemin intihar oranlarındaki artışın sebebi olarak gösterilmektedir.⁵⁴ 1980'li yılların sonlarına kadar inişli çıkışlı seyreden intihar oranları 1990'lı yıllarda normal seyrine dönmüş ve 1990'lı yılların sonlarında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle bu oranlarda gözle görülür bir artış yaşanmış olsa da 2001 yılından günümüze değin olağan artışlar dışında herhangi bir değişiklik olmamıştır.⁵⁵

Türk tarihinde intiharın dönemsel değişimlerine bakıldığında dikkati çeken ilk şey, Osmanlı Devleti'nin tüm dönemlerinden 1980 yılına kadar ortaya çıkan intihar olaylarının toplam sayısı 1980 yılından bugüne dek yaşananlardan daha azdır. Bu durum, Türk toplumunun son 34 yıldır ekonomik, sosyal ve kültürel konularda yaşadığı değişimin göstergesidir.⁵⁶

III. İNTİHARIN SEBEP VE YÖNTEMLERİ

A. Bireyi İntihara Götüren Sebepler

İntihar, esasında ölümün korkunç bir şeklidir. Çünkü insanın kendini öldürmesine genel olarak, uzun süren, şiddetli ve umutsuzluk içinde geçen bir süreç sebep olmaktadır. İntihar edenlerin yaşadıkları acı kişiye özel ve tarif edilemez nitelik taşıdığından, çoğu kez kişinin ailesi arkadaşları veya çevresi bu sonucu tahmin edilemez bulmakta ve intihar eylemi gerçekleştiğinde derin bir suçluluk duygusu ve şokla karşılaşmaktadırlar. Bu nedenle, intihar, içindeki muhtemel sonuçlarla tarifsiz bir şaşkınlık ve yıkımı barındırır.⁵⁷ İntihar, kişinin yaşadığı psikolojik ve sosyal süreç açısından ya da toplumun veya sahip olduğu inancın/inançsızlığın intihara bakış açısından değerlendirildiğinde, her zaman bir tarafı bilinmeyen, çözülmesi mümkün

⁵³ GÜÇLÜ, 2009, s. 8.

⁵⁴ GÜÇLÜ, 2009, s. 11.

⁵⁵ <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>, E.T.: 16.09.2014.

⁵⁶ GÜÇLÜ, 2009, s. 12.

⁵⁷ JAMISON, 2004, s. 39.

olmayan bir problemdir. Özellikle intihar eden kişinin geride bir not bırakmadan gittiği ve yapılan incelemelerin net cevaplara ulaşamadığı durumlarda, kişiyi intihara götüren nedenler de karanlıkta kalır. Bu nedenleri anlayabilmek ve kişiye bu seçimi yaptıran etkenleri ortaya çıkarabilmek için, intihar nedenleri detaylı bir incelemeye tâbi tutulmalıdır. Genel olarak bu nedenler iç ve dış etkenler şeklinde kategorize edilir. İntihar eyleminin arka planında kalan ve bireyi alt üst eden karmaşık süreç, ancak bireyin hayatında intiharı nasıl değerlendirdiği incelenerek anlaşılabilir.

Bireyin kendini niçin öldürmek isteyebileceğini *Al Alvarez* kadar iyi anlatabilen olmamıştır henüz: “*İntiharın mazeretleri çoğunlukla tesadüflere bağlıdır. Olsa olsa geride kalanların suçluluk hissini hafifletir, muhafazakârları yatıştırır. İnandırıcı kategoriler ve kuramlar bulmak için sonsuz araştırmalar yapan sosyologları yüreklendirir. Bunlar büyük bir savaşı tetikleyen önemsiz bir sınır hadisesi gibidir. Bir insanı hayatına son vermeye iten gerçek güdüler başka yerdedir; onlar iç dünyaya aittir, dolambaçlı, çelişkili ve çoğunlukla gözden irak.*”⁵⁸ *Alvarez*’ in bu tespitlerine katılmakla birlikte intiharın sadece bireyin iç dünyasında yatan sebeplere bağlanamayacağı da bir gerçektir. Çünkü böyle bir durumda bireyin toplumsal bir varlık olduğu göz ardı edilmiş olur.

Psikolojik durum ve ruhsal yapı, insan yaşantısının her alanında olduğu gibi intihar düşüncesi üzerinde de önemli rol oynar. İnsan psikolojisinin, kişiyi intihar girişimine iten etkilerini psikiyatri bilimi inceler.

*“Davranışın altında yatan sebeplerini sorgulamayı bir disiplin itti haz eden psikodinamik psikiyatri de, kişiyi intihara sürükleyen ruhsal çatışma ve dürtülerin nedenleri üzerine dikkat çekici açıklamalar getirmektedir... İntihara yol açan başlıca ruhsal bozukluklar; duygulanım bozuklukları, özellikle depresyon, alkol bağımlılığı, şizofreni, psikonevrozlar ve kişilik bozuklukları olarak sıralanabilir.”*⁵⁹

Kişinin tek çıkar yolu intihar olarak görmesinde, onun umudunun kırılmasına neden olan etkilerin başında dışlanma yer alır. Toplum kendi yasalarına uymadığı, beklentileri karşılayacak biçimde davranmadığı, özgürlük sınırlarına müdahale edemediği, herhangi bir sebepten ötürü onda endişe uyandıran bu çeşitli toplum tabakalarını yaşamdan dışlamayı seçerek, görmezden gelme odaklı bir “öteki” temizliği gerçekleştirebileceğini düşünür. Bu düşünceden hareketle bireyi veya grubu dışlayarak onu intihar davranışına yaklaştırır. “*İntihar, aşırı bir ruh çöküntüsünün sonucudur.*”⁶⁰ Dışlanmışlık kadar başarısızlık da bu ruh çöküntüsünü yaratan psikolojik

⁵⁸ ALVAREZ, 1999, s. 97.

⁵⁹ SÜMEYRA, 2007, s. 26.

⁶⁰ DURKHEIM, 2013, s. 54.

nedenlerdendir. Yaşamın herhangi bir alanında başarısız olmuş bir insan, sorumluluklarını yerine getiremediği için, yaşamdaki varoluş amacını sorgulamaya başlar ve sonunda tüm araştırmacıların üzerinde birleştikleri, ruhsal sıkıntıların intihar yönünde en büyük etki olduğu söylemini doğrular.⁶¹ Genelde boşanmayla, toplumsal statünün yitirilmesiyle, iş kaybı ya da iflasla ortaya çıkan başarısızlık, ilişkilerde yaşanan başarısızlık olarak da yansiyabilir ve böylece aşk intiharlarına yol açabilir. “*İntihara eğilimli kişilerin düşünme yetenekleri felce uğrar, seçenekleri yetersiz ya da yokmuş gibi görünür, ruhsal durumları umutsuzdur ve umutsuzlukları bütün zihin bölgelerine nüfuz eder. Gelecek şimdiden ayrılamaz ve şimdi teselli sınırları ötesinde üzücüdür.*”⁶² İntiharın psikolojik nedenleri, toplumsal alanın birer yansıması biçiminde incelenirken ortaya çıkan bir takım psikolojik olgular haricinde, mental bozukluklar da ruhsal sorunlardan kaynaklanan intiharlara temel hazırlamaktadır.

Görüldüğü gibi intiharın arkasında yatan psikolojik sebepler, genellikle toplumsal sıkıntıların iç dünyaya yansıması biçiminde yaşanır. Psikolojik yardım alma şansı olan kişilerde, intiharın önleneme ihtimali, tamamen yalnız kalan kişilere göre daha yüksek olsa da bireylerin ruhsal yaralanmalarının iyileşmesi hiç de kolay bir süreç değildir. İntiharı anlayabilmek ve değerlendirebilmek açısından, içsel nedenlerin araştırılmasında büyük fayda vardır. İntihar eden bireyleri bu edime götüren süreç, temelinde bahsedilen psikolojik açmazları barındırır. Ancak bunlar tek başlarına intihar nedeni olmayabilirler, bu durumda mental bozuklukların⁶³ yahut intiharın dış etkilerinin tartışılması gerekir.⁶⁴

İntihara etki eden dışsal nedenlere bakıldığında göze ilk çarpan neden, toplumsal baskı olacaktır. İntihar-toplum ilişkisi değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç, *Durkheim*'in de eserinde belirttiği gibi⁶⁵ intihar olgusunun sıklığının kişinin toplumla bağına göre değişiklik gösterdiğiidir. Örnek vermek gerekirse, kadınların erkeklere oranla daha az kendini öldürme davranışı içinde olmaları, onların erkekler kadar toplumsal faaliyette bulunmamalarından kaynaklanmaktadır.⁶⁶

⁶¹ ÖZEN, 1997, s. 87.

⁶² JAMISON, 2004, s. 119.

⁶³ İntihara sebep olan mental bozukluklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. JAMISON, 2004, s. 149. vd.

⁶⁴ Sultan Tuna GÜR, *Acil Servise İntihar Girişimi Nedeniyle Yapılan Başvuruların Demografik ve Klinik Özellikleri*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2012, s. 43.

⁶⁵ DURKHEIM, 2013, s. 205, 206.

⁶⁶ ÖZEN, 1997, s. 49.

Elbette ki bu durum, metropol şehirlerde yaşayan ve iş hayatına entegre olmuş kadınlardan ziyade, daha çok taşrada yaşayan ve erkeklerin geri planında kalmış kadınlar için geçerlilik arz eder.

İntihar olgusunun toplumsal nedenlerinin temelinde, içine doğduğu ve yaşadığı toplumun bireyin kararlarını etkilemesi ve toplumun bireyi o davranışa itmesi yer alır. Yani birey, yaşamını sonlandırmayı seçerken, içinde bulunduğu toplumun değerleriyle sınırlandırıldığından, bu her ne kadar özgür verilmiş bir karar gibi görünse de intihar bireye toplumca dayatılan yargıların bir sonucudur. Çünkü bireyin yaşadığı yer, kişiliğini biçimlendiren ve belli oranda tercihlerini belirleyen bir etkiye sahiptir. Bu nedenle intihar toplumdaki bağımsız olarak sadece birey eksenli düşünülmemesi gereken bir davranıştır.

İntiharın toplumsal sebepleri, ekonomik krizler, işsizlik ve buna bağlı olarak düşen yaşam kalitesi, aile içi sorunlar, toplumun baskıcı kuralları, ahlâk kurallarının insan yaşantısına getirdiği kısıtlamalar ve bireyin toplum içinde kendini var edebilmesi, toplumla uyum sağlayabilmesi gibi sorunlardır.⁶⁷ Yukarıda da belirtildiği gibi, intiharların temelinde toplumsal nedenler yatar. Psikolojik nedenlerin pek çoğu toplumdaki kaynaklı tetikleyicilerin yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle intiharı hazırlayan süreçte yer alan dış etkiler değerlendirilirken, intiharın aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu unutulmamalıdır.

B. İntihar Yöntemleri

İntihar, birçok yönden olduğu gibi seçilen yöntem konusunda da özgünlük isteyen bir olgudur. Bu nedenle her müntehirin intiharı ona özgüdür. İntihar yöntemi seçilirken, bu yöntemin verdiği acının azlığı, kolay uygulanabilir olması veya moda olup olmaması önem taşır. İntihar etmek isteyenler için yöntem çeşitleri anlatan kitaplar da yazılmıştır, Amerikalı Derek Humphry'nin *Final Exit* adlı eseri bu eserlerden biridir.⁶⁸ İntihar konusunda yapılan araştırmalara göre istatistikler 160 çeşit intihar yöntemi tespit edildiğini göstermektedir.⁶⁹

İntihar yöntemleri dönemden döneme farklılıklar göstermiştir. Bu farklılıklar dönemin hukuk kuralları, din baskısı, kültür, siyasal ortam ve yaşanılan coğrafyaya göre şekillenir. Örneğin, Japonlarda çok uzun yıllardır

⁶⁷ Nurullah ULUTAŞ, *İntihar ve Roman*, Akçağ Yayınları, Ankara 2011, s. 49-53.

⁶⁸ ÖZEN, 1997, s. 98.

⁶⁹ ULUTAŞ, 2011, s. 44.

yaşayan bir gelenek olan Harakiri,⁷⁰ intihar eden kişilerin sıklıkla tercih ettiği bir metottur. Bu yöntemde göre ölüm, evren ve insanın mistik bir birleşmesidir ve bu şekilde intihar eden kişi, ölümden sonra şerefini tekrar kazanacağına inanır.⁷¹ Ayrıca kişinin seçtiği intihar yöntemi, onun sosyal statüsü, psikolojik durumu ve intihar girişimini ölümlerle sonlandırma konusundaki kararlılığını da gösterir.

Toplumun, geleneğin ve kültürün etkisi intiharın yöntemini belirlemede de birey açısından en az psikolojik etkenler kadar önemlidir. İntihar şekilleri, yaş, meslek, cinsiyet, coğrafi koşullar gibi etkenlere göre farklılık gösterebilirler. Ancak genel bulgulara göre, insanlar kendilerince en yakın buldukları ve en kolay uygulayabilecekleri intihar yöntemlerini seçmektedir. Genel olarak hemşireler ilaca, polisler silaha sarılmaktadırlar.⁷²

İntihar yöntemleri ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceği gibi aynı ülkenin bölgeleri arasında da değişiklik gösterir. Örneğin, Belçika'nın güney bölgelerinde kendini zehirleme yaygınken, ormanlık bölgelerde avcılık kültürünün de etkisiyle ateşli silahlar daha yaygın bir intihar aracıdır.⁷³

İntihar yöntemi seçilirken şüphesiz müntehirin cinsiyeti de etkilidir. Erkekler tarafından seçilen yöntemler potansiyel olarak daha öldürücü niteliktedir. Erkekler genel olarak silah, ası, yüksekten atlama gibi yöntemler tercih ederlerken; kadınlar daha çok yüksek dozda ilaç alma, zehirlenme, bileklerini kesme gibi yöntemleri tercih etmektedirler.⁷⁴

Amerika'da intiharların %60'ı ateşli silahlar kullanılarak gerçekleştirilirken, asma-boğulma, ve yüksek doz uyuşturucu veya zehirlenme sonucu ölümler intiharların %25'ine karşılık gelir. Kalan %15'lik kısım ise duman soluma, yüksekten atlama, damarları kesme gibi yöntemlerdir.⁷⁵ Türkiye'de tamamlanmış intiharlarda en sık kullanılan yöntem asıdır.⁷⁶ İntihar girişimlerinde genel olarak kadınların ve erkeklerin en sık kullandıkları yöntem ise ilaç içmedir. Türkiye'de intiharların %51'i kendini asma, %17'si ateşli silah kullanma, %13'ü de kendini yüksekten atma şeklindedir. İntihar yöntemleri okur-yazarlık durumuna göre değerlendirildiğinde, eğitim

⁷⁰ “Harakiri, karın deşmek manasına gelen bir intihar ritüeli anlamına gelir. Harakiri erkekler tarafından gerçekleştirilen ritüelin ismidir. Kadınların intihar ritüeli Jigai olarak adlandırılır ve kadının kendi şah damarını kesmesi şeklinde gerçekleştirilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, 2008, s. 84-87.

⁷¹ ÖZEN, 1997, s. 79.

⁷² GÜÇLÜ, 2009, s. 50.

⁷³ JAMISON, 2004, s. 169, 170.

⁷⁴ EŞEL/ ÖZSOY, 2003, s. 177.

⁷⁵ JAMISON, 2004, s. 170.

⁷⁶ EŞEL/ ÖZSOY, 2003, s. 177.

durumu yüksek kişilerde daha çok kimyevi madde ve havagazıyla intiharlar görülürken, kendini yakma ya da araç altına atma gibi yöntemler eğitim durumu düşük kişilerce tercih edilmektedir. Eğitim durumuyla diğer intihar yöntemleri arasında bir ilişki tespit edilememiştir.⁷⁷

İntihar yöntemi tercih edilirken önem taşıyan bir diğer etmen de müntehirin yaşıdır. Antikçağlardan günümüze değişiklik arz etmeden asi yöntemi genç yaştaki müntehirlerin önde gelen tercihleri arasındadır. Gençlerin tercih ettikleri diğer yöntemlerden yüksek bir yerden atlamak ve kendini hareket halindeki trenin önüne atmak listenin ilk sıralarında yer alır. Ateşli silahları genel olarak yaşlılar kullansa da bu yöntem özellikle genç erkekler arasında gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bu yöntemlerin tercihinde elbette ki kişinin bir ruhsal rahatsızlığının mevcut olup olmadığı ve mevcutsa derecesi de etkilidir. Ağır derecede ruhsal rahatsızlığa sahip kişilerin kendilerini kesme, trenlerin veya diğer araçların önüne atma ya da özellikle acayip ve sakat bırakma olasılığı yüksek yöntemleri daha çok tercih ettikleri bir gerçektir.⁷⁸

İntihar yöntemlerinin seçiminde önem arz eden hususlardan biri de intihar edilen yerin ya da yöntemin o dönemde moda olup olmadığıdır. Örneğin 1840 yılına kadar, Londra'daki intiharların neredeyse %15'ini Waterloo Köprüsü'nden atlayarak ölenler oluştururken, 19. yüzyılda Paris'te boğulma oldukça popüler bir ölüm şekli olduğundan o dönemde balıkçılara kurtardıkları her insan için ödül verilmekteydi. San Francisco'daki Golden Gate köprüsü ve Japonya'daki Mihara Dağı da bir dönem oldukça popüler intihar mekânları olmuştur. Hatta 1926 yılında Mihara Dağı'nda intihar etmek isteyenler için turlar düzenlenmiş; bölgeye hayatlarının son eğlencesini yaşamak isteyenler için turistik bir park havası verilmiştir.⁷⁹

İntihar yönteminin seçiminde ve dönem dönem moda olmasında medya kuşkusuz önemli bir etkidir. Örneğin 1987 yılında Türkiye'de yayınlanan "Saat Sabahın Dokuzu" adlı dizideki kadın kahramanın kendini damdan atması görüntüsünden sonra, damdan atlayarak intihar edenlerin ya da girişimde bulunanların sayısı bir ayda on sekize ulaşmıştır. Aynı şekilde, 1981 yılında Almanya'da yayınlanan "Bir Öğrencinin Ölümü" adlı dizideki bir gencin kendini trenin altına attığı görüntünün ardından tren altına atlayarak kendini öldürenlerin sayısında artış yaşanmıştır.⁸⁰ Medya ile intihar olgusu arasındaki ilişkiye bilinen en eski örnek Goethe'nin *Genç Werther'in*

⁷⁷ Muhammet Ali İNCE, *İntihar Üzerinde Din-Psikolojik Bir İnceleme (Van İli Örneği)*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2007, s. 86-90.

⁷⁸ JAMISON, 2004, s. 175.

⁷⁹ JAMISON, 2004, s. 179-182.

⁸⁰ ÖZEN, 1997, s. 48,49.

Acıları (1996) kitabının yayımlanışından sonra romanın kahramanının intihar şeklini harfîyen uygulayarak kendini öldüren genç insanların sayısındaki dikkati çeken artışın ardından Avrupa'da pek çok yerde romanının yasaklanmış oluşudur. Werther etkisinin ekonomik koşullardan bağımsız olarak intihar oranlarını etkilediği saptamıştır. Medya faktörü en az işsizlik faktörü kadar intiharlar üzerinde etkilidir.⁸¹

IV. İNTİHAR EYLEMİNİN SINIFLANDIRILMASI

İntihar genel olarak insanın kendini öldürmesi şeklinde düşünüldüğü için sadece intihar davranışı sonucu ortaya çıkan durumla ilgilenilmekte ve kişiyi o sonuca götüren süreç göz ardı edilmektedir. Bu durum intihar sürecini başlatan olay veya durumlar hakkında fikir sahibi olmayı engellediğinden hemen herkesin yakındığı artan intihar oranlarını azaltacak bir çözüm bulunamamaktadır.⁸²

Öncelikli olarak belirtilmesi gereken husus, intihar olgusunu açıklamaya ya da sınıflamaya çalışan birçok teori bulunmasına karşın, bütün bu teorilerin doğruluğunu ya da yanlışlığını kanıtlayacak bilimsel verilere henüz sahip değiliz.⁸³

İntihar olgusuyla ilgilenen tüm kuramcıların üzerinde görüş birliğine vardıkları nokta, intiharın her durumda kültürden bağımsız olarak açıklanamaz oluşudur. Temelde toplum, hukuk ve din olmak üzere üç alan kapsamında değerlendirilen intihar eylemi, etkileri ve oluşum dinamikleri açısından mutlaka bir kültüre, bir geleneğe bağlı kalınarak incelenmelidir. İntihar yalnızca insanla ilişkilendirebileceğimiz, temelinde psikolojik etkiler barındıran bir olgudur. İntiharın çözülmesi güç sınırlarını, etkilerini ve nedenlerini anlayabilmek için Eski Yunanlılardan bugüne, tarih içinde pek çok düşünür ve kuramcı bu konuya eğilmiştir. Tarih boyunca her dönemde ve her kültürde intihar farklı açılardan ele alınmıştır, dolayısıyla intiharın bir gelenek içinde değerlendirilmesi gerekliliği bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Psikolojik, kalıtsal ve toplumsal etkenlerin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, intihar olayları sosyologlar tarafından kategorize edilerek sınıflandırılmıştır:

⁸¹ ÖZEN, 1997, s. 25.

⁸² ESKİN, 2003, s. 3-5.

⁸³ Alper HASANOĞLU, *İntihar*, Radikal Gazetesi, http://www.radikal.com.tr/yazarlar7alper_hasanoglu/intihar-1219741, E.T.: 16.12.2014.

“Köylü ve zanaatçı, yoksulluk ve acıdan kurtulmak için kendini asar; şövalye ve papazlar aşağılanmaktan kurtulmak ve düşmanı zaferden yoksun bırakmak için kendilerini öldürtürler. İlk durumda dolaysız ve toplumbilimin kategorilerine uygun olarak bencil intihar tipi, ikinci durumda ise dolaylı ve özgeci intihar tipi söz konusudur. Araçlar ve nedenler farklı olsa da amaç aynıdır.”⁸⁴

İntihar sürecinin, içinde hangi davranışları barındırdığını belirlemek için pek çok yazar ve araştırmacı değişik sınıflamalar yapmıştır. Bu sınıflamalardan çıkan ortak sonuç, intihar sürecinin intihar düşüncesi, intihar girişimi ve tamamlanmış intihar şeklinde üç ana davranışı kapsadığıdır.⁸⁵

Bireyin bilinçli olarak ve kendi isteğiyle yaşamına son vermesi şeklinde tanımlanabilen intihar davranışı, esasen dört farklı unsuru bünyesinde barındırır. Bu unsurlardan ilki, kişinin daha önceki intihar düşüncesi ve girişimlerini kapsayan, intihar girişimidir. İkincisi, intihar düşüncesi ile ilgili olup son bir yıl içinde kişinin yaşamına son verme düşüncesinin ve planının sıklığıdır. Üçüncü unsur, intihar tehdididir ve kişinin intihar konusunda çevresindeki insanlara bir mesaj verip vermemesiyle alakalıdır. Son unsur ise, intiharın tekrar edilebilir bir davranış olmasından kaynaklanan, kişinin gelecekte yaşamını sona erdirmeye davranışına nasıl baktığıdır.⁸⁶

İntihar düşüncesine tamamlanmış intihar eyleminden daha sık rastlanır. Bu düşünce, önceleri, “*hayat yaşamaya değmez*”, “*keşke ölsem*” benzeri cümlelerle görülür, daha sonra spesifik ve ciddi bir anlam kazanmaya başlar. Bu dönemde intihara eğilim artar ve intihar planı yapılır. Bunu girişim ve tamamlanmış intihar davranışı izler. Tamamlanmış intiharlar bilinçli, planlı, amaca yönelik ve sonuca ulaşıcıdır. İntihar girişimleri ise çoğunlukla çevreden yardım, hoşgörü ve affedilme arzusu taşıyan davranışlardır. Farklı içeriklere sahip olsalar da bu iki davranış birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaz. İntiharla ilgili öğelerin iç içe, karmaşık bir yapıda olmasının yanında, intihara ilişkin bilinmeyen etkenlerin çok olması, intiharı tanımlamayı ve bu davranışa yönelik kesinlik içeren açıklamalar yapmayı imkânsız kılmaktadır.

İntihara ilişkin Uluslararası Ruh Sağlığı Enstitüsü tarafından yapılan sınıflamaya göre, intihar “*Başarılı İntihar*”, “*İntihar Girişimi*” ve “*İntihar Fikri*” şeklinde üç başlık altında değerlendirilmektedir. Bu sınıflamaya göre *başarılı intihar*, bireyin içindeki saldırganlık içgüdülerinin etkisiyle ölümü araması sonucu ölümle sonuçlanan bir eylemi ifade ederken; *intihar girişimi*, hayatı tehdit edici niteliği olan ve bireyin yaşamına son vermeye yönelik her

⁸⁴ MINOIS, 2008, s. 21.

⁸⁵ DUYAN / ALPTEKİN, 2012, s. 20.

⁸⁶ İNCE, 2007, s. 32.

hareketi kapsayan ancak ölümle sonuçlanmayan davranışları anlatır.⁸⁷ DSÖ'nün çalışmalarına göre, intihar girişimleri, başarılı intiharlardan yaklaşık on kat fazladır. Her intihara karşılık tahminen on ile yirmi beş arasında intihar teşebbüsü vardır. Bunun altında yatan neden, kendini öldürmeye kalkışan insanların hepsi değilse de pek çoğunun bunu bir kereden fazla yapmasıdır.⁸⁸ Son olarak *intihar fikri*, intihar etmeye yönelik olarak kişinin zihnine takılan veya kişinin intihara yöneliminde etkili olan tüm düşünceleri ifade eder.⁸⁹

Bu sınıflamaların yanında, tamamlanmış intihar davranışlarını sınıflandırmaya çalışan çok fazla yaklaşım vardır. Bu yaklaşımlardan genel kabul görmüş üçü incelenecektir.

A. Durkheim Sınıflaması

"*İntihar*" adlı yapıtıyla intihar bilimine damga vuran *Durkheim*'in yaptığı intihar sınıflaması elbette en bilinen sınıflamalardan biridir.

Durkheim'in sosyolojik görüşüne göre, intiharlar sosyal bütünleşme ile ters orantılıdır. Yani toplumdaki sosyal bağlar ne kadar zayıfsa o toplumdaki intihar oranları aynı derecede yükseklik arz etmektedir. Toplumsal bütünleşmişlik ve toplumsal düzenlemeye bağlı olarak *Durkheim* intiharı üç ana grupta toplamıştır.⁹⁰

Bencil intiharlar, bireyin içinde yaşadığı toplumla bütünleşmemesinden kaynaklanmaktadır. Ferdin bağlı bulunduğu din, aile, politik sınıf vb. tarafından korunmamış olması nedeniyle bencil intiharlar ortaya çıkar. Yani bencil intiharlar, toplumsal bağların gevşek olduğu, bireyin kendini yalnız hissettiği zamanlarda belirir. *Durkheim*, Protestan toplumlarda Katolik toplumlara göre daha fazla intihar olgusuna rastlanmasını, Katolikliğin bütünleştirici özelliklerinin Protestanlığa göre daha fazla olmasıyla açıklamaktadır.⁹¹

Elcil intiharlar, toplumsal normların ve ahlâki değerlerin çok güçlü olduğu toplumsal koşullarda kendini göstermektedir. Bazı koşullarda bireyin intihar etmesini bağlı bulunduğu toplumun değerleri gerekli kılmaktadır ve birey bu eylemi kendisi istediği için değil içinde bulunduğu toplumun ahlâki değerleri istediği için gerçekleştirmektedir. Japon kültüründe görülen

⁸⁷ KAYA, 1999, s. 36.

⁸⁸ JAMISON, 2004, s. 64.

⁸⁹ DUYAN / ALPTEKİN, 2012, s. 31.

⁹⁰ DURKHEIM, 2013, s. 136-285.

⁹¹ DURKHEIM, 2013, s. 142.

harakiri veya Hint toplumunda bir dönem var olan *suttee*⁹² türü ölümler⁹³ ya da ülkemizin daha çok Doğu bölgelerinde yaşanan töreler yüzünden genç kızların kendi canlarına kıyması elcil intiharlara örnektir.

Kuralsızlık intiharı ise bireyin toplum tarafından yeterince kontrol edilmediği durumlarda ortaya çıkar. Böyle dönemlerde birey, davranışlarında uyacak, ona yol gösterecek ölçüleri bulamaz ve bu durum bireyi bir tür bunalıma iterek intihar etmesine neden olur. Ani toplumsal değişmeler, toplumsal kriz dönemleri ya da bireyin aniden çok zengin veya fakir hale gelmesi bu duruma örnek teşkil eder.⁹⁴

B. Shneidman Sınıflaması

Shneidman'a göre ölümlerle sonuçlanan intiharlar üç ana gruba ayrılırlar. Bunlar *Bencil (egotic) intiharlar*, *çiftli (dyadic) intiharlar* ve *soyutlanma (ageneratic) intiharlarıdır*.⁹⁵ *Shneidman*'ın sınıflaması nedenlere bağlı bir sınıflamadır.

Bencil intiharlar, psikolojik intiharlardır, yani kişiye özgü ruhsal yapıdan kaynaklanırlar. Bilinçsel daralma, sabit düşünme, dünyaya at gözlüğüyle bakma gibi işlevsel olmayan özelliklerden kaynaklandığı gibi; kişinin depresyonda kendisini aşağılaması, sadece kendi mutsuzluğu, sıkıntıları ve çektiği acılar üzerinde yoğunlaşması, ruhsal süreçlerden de kaynaklanabildiği vurgulanmaktadır.⁹⁶

Çiftli intiharlar temel olarak sosyaldır. Bu intihar türünde bireyin yakınları ve çevresindeki insanlar tarafından doyurulmayan gereksinimleri belirleyici rol oynar. Kişinin ilişkileri sırasında yaşadığı hayal kırıklıkları, öfkesi, mutsuzlukları ve karşılanmayan istekleri kişinin kendi canına kıymasına neden olmaktadır.⁹⁷

Soyutlanma intiharları da tıpkı çiftli intiharlarda olduğu gibi sosyal nitelik taşır. Bu tür intiharlarda kişi, etrafındakilerden, kendi neslinden ve hatta tüm insanlıktan kendini soyutlayarak yalnız kalır ve bu yalnızlık sonucu intihar eder.⁹⁸

⁹² “*Suttee, kocası ölen kadının kocasının cesedi ile yakılması şeklinde gerçekleştirilen bir ritüeldir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, 2008, s. 84-87.

⁹³ DURKHEIM, 2013, s. 212- 216.

⁹⁴ ESKİN, 2003, s. 126; DURKHEIM, 2013, s. 241-248.

⁹⁵ ESKİN, 2003, s. 9.

⁹⁶ GÜR, 2012, s. 9.

⁹⁷ GÜR, 2012, s. 9.

⁹⁸ GÜR, 2012, s. 9.

C. Beck Komitesi Sınıflaması

İntiharla ilgili bir diğer sınıflama, yetmişli yılların başında A.B.D. Ulusal Akıl Sağlığı Enstitüsü ve İntiharı Önleme Merkezince düzenlenen toplantılarda yapılmıştır. Başkanlığını *Aeron Beck*'in yaptığı bir komitenin önerdiği sınıflama esasında sınıflamadan çok intiharın aşamalarının belirtilmesidir ve intihar davranışının çeşitli aşamalara ayrıldığı bu sınıflama günümüzde birçok intihar bilimci tarafından kabul edilmektedir.

Buna göre, intihar, üç ana davranıştan oluşmaktadır: Bu davranışlardan ilki ölümle sonuçlanan intihar manasına gelen *tamamlanmış intihar*dır. Bir ölümün intihar olduğunu anlamak için gerekli olan ölçüt bu ölümün gerçekten intihar olup olmadığı hususunda diğer kişilerin varacağı yargının yanında yapılan eylemin öldürücülük derecesi, kişinin ölme niyetinin kuvveti ve kişinin kendini öldürmek için seçtiği yöntemin niteliği gibi unsurlardır.⁹⁹

Beck komitesinin sınıflamasındaki ikinci grup intihar davranışı *intihar girişimidir*. Bu davranışta birey kendini öldürmek için hareket etmiş ancak kendini öldürmemiştir. Bir davranışın gerçek bir girişim olup olmadığını anlayabilmek için kişinin eyleminin kesinliğinin değerlendirilmesi gerekir. Kişinin niyetinin derecesi, geçmişte girişimde bulunup bulunmadığı ve bulunduysa bu girişimlerin özellikleri, girişimde bulunmadan önce kullandığı ifadelerin yorumundan anlaşılabilir. Ayrıca kişinin girişimde bulunduğu sırada alkol, uyuşturucu gibi maddelerin etkisi altında olup olmadığı ve kişinin seçtiği yöntem bize bu hususta ipucu verecek bilgilerdir.¹⁰⁰

Son olarak kişinin kafasını intihara takması, kendini öldürmeye yönelik tehditleri veya açıkça ifade ettiği ölme istekleri *intihar düşüncelerini* oluşturur. Diğer iki grup davranışta olduğu gibi burada da düşüncenin kesinliği yani kişinin bu yöndeki kararlılığı önem taşır. Kişinin niyeti, bu düşüncenin eyleme dökülüp dökülmeyeceğinin belirleyicisi durumundadır. Kişinin kendini öldürme niyeti, tıpkı intihar girişimlerinde olduğu gibi, konuyla ilgili sözleri, geçmişteki davranışlarından çıkarılabilir. Yine burada da kişinin intiharı düşündüğü sırada alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olup olmadığı veya kendini hangi yöntemle öldürmeyi düşündüğü önem taşıyan etmenlerdir.¹⁰¹

⁹⁹ ESKİN, 2003, s. 10.

¹⁰⁰ ESKİN, 2003, s. 10.

¹⁰¹ ESKİN, 2003, s. 11.

V. İNTİHAR OLGUSUYLA İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

İntiharın yakın ilişkide olduğu olayların başında ötanazi gelir. Dışardan bakıldığında birbirinden farklı gibi gözükse de aslında son derece yakın iki konudur. İntihar kaba bir tabirle kişinin yaşamına bilerek ve isteyerek son vermesi olarak tanımlanırken; ötanazi (Yunanca *eu*, "iyi, güzel"; *thanatos*, "ölüm"), bir kişinin veya bir hayvanın yaşamını, yaşamlarının dayanılmayacak durumda olarak algılanması sebebiyle, acısız veya çok az acıtan bir ölümcül enjeksiyon yaparak, yüksek dozda ilaç vererek veya kişiyi yaşam destek ünitesinden ayırarak sonlandırmak şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰² Bireyin özgür iradesiyle isteyerek yaşamını sona erdirmeye karar vermesine *isteğe bağlı ötanazi*, bireyin isteği ve iradesi dışında yakınlarının veyahut yasal merciin kararı doğrultusunda gerçekleştirilen ötanazi ise *isteğe bağlı olmayan ötanazi* olarak adlandırılmaktadır.¹⁰³ Hekimin bireyin yaşamını sonlandırmadaki rolüne göre de ötanazi ikiye ayrılır; *aktif ve pasif* ötanazi. *Pasif ötanazi*, genel anlamda, hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi sunmayarak veya yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirerek ölümü hızlandırmak olarak kabul edilmektedir. *Aktif ötanazi* ise, ani ölüme neden olan ölümcül dozda ilacı enjekte etmek olarak görülmektedir.¹⁰⁴

Bu ayrım gerek dünyada gerekse ülkemizde önemsenmekte ve hekimlerin çoğu pasif ötanaziye, aktif ötanaziden daha sıcak bakmaktadırlar. Aktif-pasif ayrımının korunması ve pasif ötanaziye daha fazla destek verilmesinin nedeni genel olarak iki nedene dayandırılabilir. Birincisi, hastanın, pasif ötanazide ölme hakkının yanı sıra beden bütünlüğünü koruma hakkını da öne sürüyor olması; ikincisi, ölümcül dozda iğne yapılmasının, tedavinin kesilmesinden çok daha fazla intihara yakın görünmesidir. ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, pasif ötanaziyi kabul etmesinin nedeni olarak, beden bütünlüğünü göstermekte ve bu hakkın Amerikan geleneklerine yerleşmiş bir hak olduğu için korunması gerektiğini vurgulamaktadır. Fakat aktif ötanazinin –Yüksek Mahkemenin deyimiyle intihara yardımın– böyle bir hak doğurmadığını söylemektedir.¹⁰⁵ Bizce her ikisinde de birey bilerek ve isteyerek yaşamına son vermektedir. Bunu kimin yaptığı hususu ise işin teknik ayrıntı boyutudur.

¹⁰² <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ötanazi>, E. T.: 11.09.2014.

¹⁰³ Ömer ÖMEROĞLU, “Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8 (2009), S. 3–4, s. 86, http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2009%20XIII_25.pdf, E. T.: 02.12.2014.

¹⁰⁴ İNCEOĞLU, 1999, s. 135.

¹⁰⁵ İNCEOĞLU, 1999, s. 154.

İntiharın yakın ilişkili olduğu ikinci konu açlık grevleridir. *Açlık grevi, belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakma esasına dayanan bir yöntemdir.* Japonya, Hindistan gibi Uzak Doğu ülkelerinde, bireylerin özel amaçlarla açlık grevine başvurdukları bilinmekle beraber, bu yöntem özellikle siyasi mahkûmlar ve onların dışardaki destekleyicileri tarafından uygulanmaktadır.¹⁰⁶ Türkiye’de yakın tarihte ceza evlerinde bazı hükümlüler birtakım istekler ile infaz rejimi ve idarenin tutumunu protesto, kamuoyunun dikkatini cezaevleri ve hükümlüler üzerine çekmek için ölüm tehlikesini göze alarak açlık grevi yapmışlardır. Açlık grevi bugünün demokratik liberal dünyasında kişi hak ve özgürlüklerin korunması için başvuru ve intihar olgusunu yakından ilgilendiren yollardan biridir.¹⁰⁷

İntihar ile açlık grevlerinin farklı davranışlar olduğunu ileri sürenler olmasına rağmen aslında bu iki davranış yakın ilişki içindedir. Zira, açlık grevlerine ölüm niyeti ile başlanmasa da birey kasıtlı bir şekilde yiyecek almayı reddederek pasif bir edimle ölüme doğru ilerlemektedir. Bu durum esasında intihar davranışının uzun soluklu biçimde gerçekleşmesinden başka bir şey değildir. Her ne kadar açlık grevlerinin tamamı ölümle sonuçlanmıyor olsa da bu durum intihar davranışına benzerdir; çünkü yukarıda belirtildiği üzere intihar davranışlarının tamamı ölümle sonuçlanan davranışlar değildir. Bireyin boynuna ip takıp veya zehir içip intihar etmesi ile yemek yemeyi reddederek bir iki ay içinde ölmesi arasında fark bulunmamaktadır. Açlık grevlerini intihar olarak kabul etmeyenlerin ileri sürdüğü gibi, kuşkusuz açlık grevlerinin ideolojik bir boyutu vardır ve kişinin kendince yüce saydığı bir değer uğruna kendini öldürdüğü bir gerçektir. Ancak bu noktada, II. Dünya Savaşı çıktığı esnada Latin Amerika’da olmasına rağmen insanlar birbirini öldürdüğü için karısıyla birlikte intihar eden Stefan Zweig acaba daha az yüce bir değer için mi intihar etmişti sorusu akla gelmektedir.

Açlık greviyle intiharın birbirinden farklı davranışlar olduğunu ileri sürenlerin bir diğer savı da intihar eden kimselerin aslında ruh hastası oldukları ve bu hastalık nedeniyle kendilerini öldürdükleri görüşüdür.¹⁰⁸ İntihar eylemini gerçekleştirenler arasında psikolojik rahatsızlığı olanların çok olduğu bilinmekle birlikte intihar eden herkese ruh hastası etiketi

¹⁰⁶ Metin FEYZİOĞLU, “Açlık Grevi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43 (1993), S. 1-2, s. 157.

¹⁰⁷ Doğan SOYASLAN, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, Y. 16, S. 61-62, s. 269.

¹⁰⁸ ESKİN, 2003, s. 15.

yapıştırmak, intiharla ilgili yapılan araştırmalara aykırılık teşkil edecektir. İntihar davranışında bulunan bireylerin yaşamla baş etmekte zorlanan kimseler olduğu doğrudur; fakat insanların herhangi bir ruh sağlığı olmadan da intihar ettikleri örnekleriyle bilinen bir gerçektir.

Bununla birlikte, açlık grevi yapan herkesin intihar etme amacı taşıdığı elbette ki söylenemez. Çünkü açlık grevi yapan kişi, genel olarak daha iyi koşullarda yaşamak gibi bir talepte bulunur ve bu talebin kabul edilmesi için grev yapar. Kişi yaşamak için ölümünü bir tehdit aracı olarak kullanır ve eğer talebi kabul edilirse grev sona erer. İntiharda durum farklıdır. Kişi kendinde yaşama isteği bulamadığı için yaşamını sonlandırır ve çoğu zaman başkalarının herhangi bir müdahalede bulunmasını istemez.

Açlık greviyle intiharın ortak tartışma konularından birisi de açlık grevi yapan ya da intihar eylemini gerçekleştirmekte olan bireye müdahale edilmesi gerekip gerekmediğidir. Bu durum esasında kişinin bedeni üzerinde tasarruf yetkisi ve devletin birey üzerinde hakkı olup olmadığıyla alakalı bir konudur. Açlık grevi yapan bireye –ki bu birey; içinde bulunduğu şartların iyileştirilmesi, siyasi protesto ya da savundukları görüşleri topluma duyurarak taraftar toplama gibi amaçlarla açlık grevi yapmaktadır–devlet müdahale edip 1909 senesinde İngiliz Sufragistlerine yapıldığı gibi¹⁰⁹ zorla beslendiğinde bireyin vücut bütünlüğüne ve protesto hakkına müdahale edildiği söylenemez mi? Aynı durum intihar eylemi için de söz konusudur: birey artık yaşamamaya karar verip kendi ölümünü seçtiğinde bu seçimin yanlış olduğunu ve bireyin kurtarılması gerektiğini söylemek diğer bireylerin ya da devletin hakkı mıdır? Bu soruların cevabını verebilmek için bireyin yaşam hakkını, bu hakkın sınırlarını ve en önemlisi bireyin bu hakkına devletin ya da diğer bireylerin müdahale edip edemeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Sonuç olarak açlık grevi de intihar da aslında birer iletişim kurma yöntemidir, çözümsüz olduğu düşünülen konularda kişinin yardım ve anlaşılma çığıdır. Toplumda intiharın bireysel sebeplerle yapılan bir hareket olduğu görüşü vardır. Öte yandan açlık grevlerinin ideolojik bir söylem üzerine inşa edildiği ve toplumsal bir alt yapısı olduğu kabul edilmektedir. Belki de bu sebepten dolayı açlık grevini ayrı bir eylem olarak görmek isteyenler intiharla ilgili önyargılarını da işin içine karıştırarak intiharı ayrı bir tarafa itmek istiyor olabilirler.

İntihar olgusuyla yakın ilişkide olan bir diğer kavram da intihar saldırılarıdır. İntihar saldırıları denildiğinde akla genellikle İslam dini ve Ortadoğu'da yaşananlar gelir. Esasında bu saldırılar İslam dinine özgü

¹⁰⁹ FEYZİOĞLU, 1993, s. 159.

değildir. Her ne kadar 11 Eylül'den sonra dikkatimizi çeken bir kavram olsa da tarihte birçok dine mensup kişilerin bu saldırıları gerçekleştirdiği bilinmektedir. İntihar saldırısı genel olarak, bir erkeğin ya da kadının, gönüllü olarak başkalarına saldırmak, onları öldürmek ya da sakat bırakmak amacıyla bedenini patlayıcı materyallerle doldurarak işlediği siyasi motivasyonlu saldıdır.¹¹⁰ Buradaki ölme ve öldürme eylemi sıradan intiharlardan veya savaşta birini öldürmekten farklıdır, çünkü intihar eylemcisi bu eylemiyle kendisinin şehit olacağına inanmaktadır. İntihar eylemleri üzerinde çalışan birçok uzman intihar saldırılarının da tıpkı intihar davranışında olduğu gibi bir tür iletişim biçimi olduğunu kabul etmektedir. İntihar eylemcisi, bu saldırıyı yaparken hem ülkesinin ya da sahip olduğu inancın içinde bulunduğu durumu protesto etmek hem de ölümünden çevresini sorumlu tuttuğu için diğer insanlara zarar vererek intikam almak istemektedir. Kişide mevcut olan intikam hissi ve aşağılanmanın yanında eylemlerinde güçsüzlük hissi ve meydan okuma söz konusudur. Kişinin içinde bulunduğu durumda kendisini kurban olarak görmekte ve bu duruma duyarsız kalan kişilere cevap olarak kendi ölümünü ve başkalarının ölümünü gerçekleştirerek meydan okumaktadır.¹¹¹ Şüphesiz intihar davranışının intihar saldırılarıyla birden fazla ortak yönü vardır. Ancak önem arz eden husus intihar davranışında kişi içsel ya da çevresel kaynaklı nedenlerle bu hayatı sürdürmek istememektedir. İntihar saldırıları ise daha çok siyasi ve dini bir kimlik taşır; kişi dinini ya da ülkesini kurtarma gayesiyle ve şehit olacağı inancıyla hareket ederek hem kendisinin hem de başkalarının hayatını sona erdirmek ister. Yani intihar saldırılarında birden fazla yaşamın sona ermesinden bahsedilir.

VI. DİNLERİN İNTİHAR DAVRANIŞI KARŞISINDAKİ TUTUMU

“Din”in intihar olgusu üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Birey toplumun devamlılığı için önemlidir savıyla hareket edilmiş ve insanlık tarihi boyunca toplumsal kurumlar intihara karşı bir tutum sergilemişlerdir. İlkel toplumlarda tabularla gösterilen bu tutum, tek tanrılı dinlerin ortaya çıkmasıyla kökleşmiştir. Doğu uygarlıkları bu duruma istisna sayılabilir çünkü bu uygarlıklar, intihara karşı daha ılımlı yaklaşmış ve intiharı onurlu bir davranış olarak görme eğiliminde olmuşlardır.¹¹²

¹¹⁰ Halil AYDINALP, *İntihar Eylemleri Ekseninde Din ve Terör İlişkisi*, İthaki Yayınları, İstanbul 2008, s. 162.

¹¹¹ AYDINALP, 2008, s. 210-214.

¹¹² İNCEOĞLU, 1999, s. 46.

Dinlerin bu tutumları intihar olaylarını engelleyememiş ve bu sebeple intihar davranışına karşı birtakım yaptırımlar uygulanmıştır. Toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde dinsel kuralların egemen olduğu dönemlerde intihar, bir suç ve günah olarak değerlendirilmiştir. Bu, o dönemlerde intihar olaylarını engelleyememiş, fakat düşük seviyelerde kalmasında büyük ölçüde rol oynamıştır. Tek tanrılı dinlerin intihar edenlere ve ailelerine ağır yaptırımlar uygulamaları, bu dinlerin ortaya çıktığı dönemlerde intihar olaylarının oldukça yaygın olduğunu göstermeleri açısından ilgi çekicidir.¹¹³

Yahudilik, Hristiyanlık ve İslamiyet gibi tek tanrılı dinlere göre insan hayatı Tanrı'ya aittir, canı Tanrı verir ve geri alır. İnsanın kendini öldürmesi, Tanrı'ya karşı gelmedir ve bu kişi sonsuzluk içinde devamlı ıstırap çekecektir.

İntihar ilk başta Hristiyanların ilgi alanına giren bir eylem değildi; çünkü o dönemde intiharın suç olmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktaydı. Esasında Hristiyanlık dininde, ne Eski Ahitte ne de Yeni Ahitte intiharı doğrudan yasaklayan bir ifade bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle Hristiyanlık ortaya çıktığı ilk yıllarda intihara karşı nötr bir tutum sergilemiştir.¹¹⁴

İntihara ilişkin muhalefet, daha sonra ortaya çıkmış ve bu davranış Tanrı'nın lütfundan ümit kesme olarak anlaşılmış ve intihar edenlerin imanlarının eksik olduğu vurgulanmıştır. Hristiyanlık dinine sonradan giren intiharın suç olduğu anlayışının temelinde; Hristiyanlığın ölümsüz ruhun sadece bir aracı olan bedenin bu dünyada değil öbür dünyada yargılanacağı anlayışı yatar ve bu anlayışa göre her bir ruh ölümsüz olduğu için aynı ölçüde değerlidir.¹¹⁵ Yani bireyin yaşamının toplumla ilişkili olarak değil, ilahiliği ile ilişkili olarak kendi içinde bir değere sahip olduğu savunulmuştur. Bu sebepten, Hristiyanlıkta insan, yaşamını ne kadar faydasız veya katlanılmaz bulsa da bu yaşamı sona erdiremez. Hayat insana Tanrı'nın bağışı olduğu için onu reddetmek, Tanrı'yı reddetmek, yani sonsuza dek lanetlenmek anlamını taşır.¹¹⁶

Yahudilerin kanun ve tefsir kitabı olan Zalmut, intiharı bir günah saymakta ve intihar eden kişi için geleneksel cenaze merasimini kabul etmemektedir. İntihar eden kişinin cesedi, adam öldürenlerin ve serserilerinki gibi cenaze merasimi yapılmaksızın ayrı bir yere gömülmektedir.¹¹⁷ Günümüzde de Yahudilik ilke olarak intiharı tasvip eden

¹¹³ <http://www.intihar.de.com>, E.T.: 30. 11. 2014.

¹¹⁴ İNCEOĞLU, 1999, s. 47.

¹¹⁵ <http://www.hristiyanforum.com/forum/showthread.php?t=82928>, E.T.: 30.11.2014

¹¹⁶ ALVAREZ, 1999, s. 58.

¹¹⁷ KAYA, 1999, s. 63.

bir din değildir. Ancak, intihar edenin akli başında iken bu fiili işlemiş olamayacağına ilişkin genel bir inanış vardır. Dolayısıyla intihar eden kişilere, normal Yahudi defin merasimi uygulanır.¹¹⁸

Müslüman toplumlarda da intihar resmen yasaktır. İslam dini insanın kendi hayatı üzerinde herhangi bir tasarruf hakkına sahip olmadığı; çünkü onun sahibinin Allah olduğu inancına sahiptir. Kutsal kitabı Kur'an'da bir kimseye hayat vermenin bütün insanlara hayat verme gibi yüce bir davranış, bir cana kıymanın ise adeta tüm insanlığın hayatını yok etme gibi ağır bir günah olduğu belirtilir (Maide 32).¹¹⁹ İslam dinine göre Allah her şey üzerinde hakim olduğu için, insanın yaşamı da Allah'ın hakimiyeti altındadır, Allah insanın ne zaman yaşayacağına ve ne zaman öleceğine karar verir. İnsan Allah'ın kurallarıyla oynama hakkına sahip değildir, bir yaşamı almak, insanın ne kadar yaşayacağına karar vermek Allah'ın hâkimiyetini hiçe saymak olacağından yasaktır. İslam Dinindeki Allah'ın hâkimiyeti tezi iki temel sonuç ortaya çıkarmıştır: birincisi *öldürme yasağı*, ikincisi de *intihar yasağıdır*.¹²⁰

İslam Hukuku'na göre acıdan kurtulmak için kendini öldürmenin cezası, intihar edenin, intihar etmek için kullandığı araç veya yolların yol açtığı acıya cehennemde katlanmasıdır (kılıç kullanmışsa kılıcın, zehir içmişse zehrin acısına katlanacaktır). Acı çekmek İslam Hukuku'na göre intihar için meşru bir sebep değildir. Bu nedenle acı çeken ölümcül hastanın acılarını dindirmek için ölmesine yardım etmek de, herhangi bir cinayete eşdeğerdir.¹²¹

Doğu halkınca kabul edilen dini yaklaşımlar birçok konuda olduğu gibi intiharda da Batı dinleri ve İslam dininden farklılık gösterir. Doğu ülkelerinde yaygın inanışa sahip dinlerden Şintoizm ümitsiz hastalık halinde kişinin intihar etmesine izin verir. Brahman ve Budist dinlerine göre, beden değersizdir ve her an terkedilebilir. Çin'de Konfüçyüs ahlâkı da aynı hoşgörüyü sahiptir. *Buda Diyalogları*'nda iki kişinin çaresi olmayan hastalıktan kurtulmak için intihar etmelerinin Nirvana'ya ulaşmak için engel bir durum olmadığı yer alır. Yine Hint toplumunda uzun yıllar yaygın olarak kullanılan "*Suttee*" geleneği ve Japonların onurları uğruna yaptıkları "*Harakiri*" gibi davranışlar sınırlı da olsa, intiharın bu toplumlar tarafından hoşgörüyü karşılandığının göstergesidir.¹²²

¹¹⁸ Şükrü ÖZBUĞDAY, *Cana Kıyma, Kan Davası ve İntihar*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2005, s. 27.

¹¹⁹ <http://www.risaleara.com/rnkisakisa.asp?id=72&i=oku>, E.T.: 01. 12. 2014.

¹²⁰ İNCEOĞLU, 1999, s. 38.

¹²¹ ULUTAŞ, 2011, s. 35.

¹²² İNCEOĞLU, 1999, s. 56.

VII. İNTİHARIN HUKUKSAL AÇIDAN İNCELENMESİ

İntiharın tarihçesinde ayrıntılı olarak incelendiği üzere Avrupa Hukuku'nda kilise uzun süre egemen güç olmuş ve bu durum 20. yüzyıla kadar intiharın suç sayılması sonucunu doğurmuştur.

İngiltere'de 19. yüzyılın sonlarına doğru, intiharın hukuken adam öldürme olarak kabul edilmesinden vazgeçilerek müntehirin bedenine ceza uygulanması kaldırılmış ve intihar edenlerin gündüz saatlerinde gömülmesine izin verilmiştir. Fakat bu dönemde intihara teşebbüs suç sayılmaya devam edilmiştir. Fransa'da intihar konusundaki değişim 1870'den sonraki döneme rastlar. Bu dönemde özgürlükçü ve demokratik ideallerin canlanması, basın özgürlüğünün sağlanması toplumun ve hukukun intihara bakışını değiştirmeye başlamıştır. 1880'li yıllarda müntehirlere ilişkin gömülme işlemlerinin diğer cenazeler gibi yapılabilmesi sağlanmış ve Fransız Devrimi'nin de etkisiyle ceza hukuku alanında intihar, intihara teşebbüs ve de intihara yardım suç olmaktan çıkarılmıştır.¹²³

Bu örneklerin yanında Avrupa'da, 19. yüzyılda bile, intihar davranışını yasaklayan hukuk sistemleri görülmüştür. 1803 tarihli Avusturya Ceza Kanunu bu duruma örnektir. Bu yasa, intihar edenin mezarlık dışına gömülmesini emrederken, intihara teşebbüs fiilini de cezalandırmayı ihmal etmemiştir. Bu ceza kanunu, 1850 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.¹²⁴

İntihar, İngiltere ve Galler'de 1961'e, İrlanda'da ise 1993 yılına kadar suç olarak kabul edilmesine rağmen esasında birçok Avrupa ülkesi intiharı 18. ve 19. yüzyıllarda suç olmaktan çıkarmıştır.¹²⁵ Ancak günümüzde hala ABD gibi gelişmiş bir ülkenin bazı eyaletlerinde intihar girişiminde bulunup da başaramayanlar adam öldürme suçu ile yargılanmaktadırlar.

İntihar hususunda, kanunları, kabul ettikleri sistemler bakımından iki büyük gruba ayırmak mümkündür: İntiharı suç saymayan ve yardımda bulunanı cezalandırmayan kanunlar (Fransa ve İsveç Ceza Kanunları) ve intihar fiilini suç saymayan ancak bu fiile yardımda bulunanları cezalandıran kanunlar. Genel olarak birçok ülkenin ceza kanunları ve Türk Ceza Kanunu ikinci gruba girer.

Bugünkü ceza kanunlarının tamamı olmasa da çoğunluğu intihara teşebbüs edenı cezalandırmamaktadır. Buna karşılık başkasının intiharına yardım fiili –kişinin hayatından başka bir hayata son verildiği gerekçesiyle– cezalandırılmaktadır. Bu anlayışla ceza kanunları genellikle, intihara ikna,

¹²³ İNCEOĞLU, 1999, s. 59.

¹²⁴ ARTUK, 1994, s. 128.

¹²⁵ JAMISON, 2004, s. 31.

teşvik veya fiilin icrasına yardım biçiminde gerçekleşen fiilleri cezalandırmaktadır. Bunun yanında, “*intihara yardım*” isimli bağımsız bir suç tipine mevzuatlarında yer vermeyen Belçika ve Fransa gibi hukuk sistemleri, intihara yardım fiilini de cezalandırmazlar.¹²⁶

İntiharın suç olmaktan çıkarılmasında genel anlayış, intihar ederek öleni cezalandırmanın imkânsız, buna teşebbüs edeni cezalandırmanın ise zararlı ve mantık dışı olmasındandır. Gerçekten de intiharın suç sayılmasını ve bu fiili işleyen kişinin cezalandırılmasını açıklamak mantık dışıdır. İntihar eden kişi öldüğü takdirde, fail bulunmadığı için ya cesedi cezalandırmak gerekecektir ki bu Ortaçağ uygulamasıdır ya da ailesine ceza vermek gerekecektir bu da “cezaların şahsiliği” ilkesiyle bağdaşmaz. İntihara teşebbüs edeni cezalandırma durumundaysa adeta kişiyi hayatta kaldığı için cezalandırmak söz konusu olacaktır, bu durum da kişinin yaşama hakkını korumaktan ziyade ortadan kaldırılmasıdır;¹²⁷ fakat, intihara teşebbüs eden kişinin cezalandırılmaması, kişinin hareketini hukuka uygun kılmadığı için bu fiile iştirak eden kişiler cezalandırılmaktadır. Yine bu sebeple, bir kimsenin intihar davranışına engel olmak amacıyla güç kullanan kişinin meşru müdafaa halinde bulunduğu kabul edilmektedir.¹²⁸

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, İsviçre’de intihara yardım etmek, yönlendirmek yasaktır, bu fiiller suç sayılmakta ve ceza gerektirmektedir. Bununla birlikte İsviçre’de intihar eden ya da intihara teşebbüs edenlere yardım edenler, yönlendiren kişiler hakkında *de facto* olarak soruşturma yapılmamaktadır. Yine İsveç’te intihara yardım suç sayılmakta, bununla birlikte savcılar dava açmayabileceği gibi, mahkeme ceza indirimine gidebilmekte veya ceza vermemek yolunu seçebilmektedir. Norveç’te de intihara yardım suç sayılmakta ancak cezada indirim nedeni olmaktadır. Almanya’da ise intiharı teşvik ve yardım eylemleri suç sayılmamaktadır.¹²⁹

Türkiye’de intiharın hukuki gelişimine bakıldığında, Cumhuriyetin ilanından sonra, intiharın suç olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. İntihara ikna ve yardım 765 sayılı, mülga Türk Ceza Kanunu’nun 454. maddesinde ve 5237 sayılı, yürürlükte bulunan Ceza Kanunu’nun 84. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. 454. md. “*Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.*” şeklinde bir düzenleme öngörmüştü.

¹²⁶ ARTUK, 1978, s. 129.

¹²⁷ Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 113.

¹²⁸ İNCEOĞLU, 1999, s. 72.

¹²⁹ ÖMEROĞLU, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2009%20XIII_25.pdf, E.T.: 02.12.2014, s. 91.

Doktrindeki yerinde bir görüşe göre bu düzenleme aslında İtalyan Ceza Kanunu'ndaki “*birini intihara yardım veya ikna*” düzenlemesinin hatalı çevirisi sonucu “*birini intihara ikna ve yardım*” şeklinde kanuna eklenmiş ve bu suçu işleyecek kişinin hem ikna hem de yardım etmiş olması aranarak İtalya'dan farklı bir uygulama izlenmiştir.¹³⁰ 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesine göre, intihar girişiminde bulunan kişi, ölümden kurtulursa bir cezaya çarptırılmaz. Ancak, intihar için uyuşturucu madde kullanan veya ruhsatsız silahla intihar girişiminde bulunanlar uyuşturucu madde kullanmaktan veya ruhsatsız silah taşıma suçundan yargılanırlar. Ayrıca Kanun'un “*İntihara yönlendirme*” başlıklı 84. maddesi gereği “*başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, veya başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi....hapis cezasıyla cezalandırılır.*” denilmek suretiyle intihara azmettirme, teşvik etme ya da yardım etme davranışlarının suç kabul edildiği ifade edilmiştir.¹³¹

İntiharın normatif açıdan düzenlenişi bu şekildedir. Uygulamaya bakıldığında iç açıcı bir görüntüden bahsedilemeyecektir. İntihar olayının hukuki sürecinde ölenin yakınlarının ve varsa olaya tanık olanların ifadesine başvurulmakta, olayın intihar olup olmadığını kesinleştirmek için adli tabip müntehiri muayene etmekte ve bu esnada ölen kişinin yaşı, cinsiyeti, sosyal durumu, mesleği gibi özellikleri dikkate alınmaktadır. Ölüm teşhisi konmasının ardından cesedin adli tıba götürülerek otopsi yapılması ve adli tıp raporu ile polis kayıtlarına dayanarak karar veren savcının son sözü söylemesi ile süreç tamamlanır.¹³² Bu noktaya kadar her şey yolunda gibi gözükse de devletin intihar olgusunu ele alırken gözden kaçırdığı husus, intiharı hazırlayan psikolojik etmenler ve mental bozukluklardır. 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan ‘*sosyal devlet*’ olgusu, intiharın değerlendirilmesi konusunda pek yeterli değildir. Bu yetersizlik, devletin intihar olaylarına da tıpkı bir cinayet gibi yaklaşarak, olayı savcılık ve polis arasında çözmeye kalkışmasından kaynaklanır. Kişiyi intihara mecbur bırakan süreç, yalnızca suç ve ceza bağlamında incelenerek cumhuriyet savcılarınca değerlendirilir. Oysa intihar psikolojik etmenlerin sonucunda gerçekleştirilen bir davranıştır ve olayın psikolojik yönünün göz ardı edilmesi çok şikayet edilen yüksek intihar oranlarının daha da artmasına neden olmaktadır. Her intihar olayı, devletin savcı ve polislerinin yanında; bir sosyal hizmet uzmanıyla, bir iktisatçıyla, bir psikologla ve bir sosyologla ele alınmalıdır. İntiharın özünde bir isyan olduğu göz önünde bulundurulursa, psikolojik açıdan değerlendirilmesinin birden çok yararı olacağı açıktır.¹³³

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, 1994, s. 135,136.

¹³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI / Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayınevi, Ankara 2013, s. 64- 71.

¹³² ARKUN, 1978, s. 32-34.

¹³³ GÜÇLÜ, 2009, s. 106.

VIII. İNTİHAR NOTLARI

“Genç adam bir not çiziktirdi ve gömleğine iliştirdi. Ardından Noel ağacından uzak bir yere yöneldi ve kendini bir kirişe astı. Not kısaydı – “Mutlu Noeller” – anne babası bunu hiç unutmadı ve anlamadı.”¹³⁴

İntihara giden her yolun müntehire özgü olması gibi, müntehirlerin geride bıraktıkları her not, her veda da kendine özgüdür. Çok sık olmasa da intihar eden geride bıraktığı kişilere ölümüyle ilgili mesaj vermek ya da özür dilemek istediği için not bırakma ihtiyacı duyar. İntihara ilişkin yazılanlardan ve intihar notlarından çıkardığımız anlam hayatından memnun olan hiç kimsenin kendini öldürmeyeceğidir. Bu, intiharın bilinmezliğinden çıkardığımız çok açık bir gerçekliktir.¹³⁵ Çoğunlukla olayın asıl anlamı kaçırılmaktadır: İntihar eden biri geride kalanlara her şeyin nasıl kötü gittiğini anlatmak ister. Bunu bir mektup, açık bir kitabın altı çizili satırları ya da bilgisayar ekranına yazdığı bir iki kelimelik intihar notuyla yapar ve deyim yerindeyse artık düşünme sırası sizin der.

Aslında intihar eden kişilerin küçük bir bölümü intihar notu bırakır. Bu notlar etkileyici, can yakan ya da mizahi nitelikte olabilir ancak tipik olmazlar. Bırakılan not, nadir de olsa intikamının aracı ve bir anlamda kişinin intiharının şahidi olur; *“Ses öteki alemde gelmektedir, çünkü mesajı veren kişi, edimiyle birlikte bir anlamlılığı da devreye sokmakta, ölümünü dünyaya ilişkin kişisel ya da kolektif bir anlayışın içine yerleştirmektedir. Giden kişinin tanıdığı ya da emaneti olan bu mektup bu anlamlılığa tanıklık etmektedir.”¹³⁶*

İntihar notuyla ilgili tarihi sürece bakıldığında ilk intihar mektubunun bir Mısırlı tarafından yaklaşık dört bin yıl önce yazıldığı görülür. Bu notun bir kısmı;

“Ölüm önümde bugün

Mür kokusu gibi,

Rüzgarlı bir günde yelken altına oturmuş gibi.

Ölüm önümde bugün

Yıllarını tutsaklıkla geçirmiş bir adamın,

Evini özlemesi gibi.”

¹³⁴ JAMISON, 2004, s. 95.

¹³⁵ ALVAREZ, 1999, s. 95.

¹³⁶ Bkz. ULUTAŞ, 2011, s. 54.

şeklindedir.¹³⁷ Bu dizelerin yazılmasından itibaren intihar notları mürekkep, boya ya da Fransız ressam Jules Pascin'in yaptığı gibi kanla yazılmıştır. Yine Rus şair Sergey Yesenin de, kanıyla bir şiir yazıp gitmiştir. İstisnaları olsa da intihar notları genellikle edebi nitelik taşımazlar, çoğunlukla intihardan kısa bir süre önce yazılan ve geride bir şey bırakmak veya veda etmek ya da cesedi bulması muhtemel kişileri uyarmak için yazılmış notlardır; *“Dikkat bu odada siyanür gazı var.”* gibi. Bazen de intihar notlarında cesede uygulanması istenen işlem, kıymetli eşyaların nasıl dağıtılacağı veya kedi ya da köpeğin ne yapılması gerektiğini anlatan açıklamalar ve ricalar yer alır. Bu notlarda yazılan intihar sebepleri – *“yaşamaktan yoruldum”, “buna daha fazla dayanamayacağım”* gibi– çoğunlukla belirsiz anlamlar taşır ve genellikle keder içerir.¹³⁸

Genç yaşta intihar edenlerin not bırakma olasılığı yetişkinlere kıyasla daha düşüktür ve not bırakanlar bu notlarda anne-babalarının ya da kardeşlerinin suçluluk hissetmelerini önlemeye yönelik ifadeler kullanırlar. Sözgelimi, bir binadan atlayan yirmi bir yaşındaki genç kadının intihar notu şu şekildedir;

*“Bu yaptığımdan kimse sorumlu değildir. Bu sadece benim hayatın kendisiyle hiçbir zaman barışık olamayışımdandır. Tanrı ruhuma merhamet etsin.”*¹³⁹

İnsanın kendi yaşamını sonlandırmasına ilişkin birçok hususta olduğu gibi intihar notlarının uzunluğu konusunda da kesin bir ölçü belirlenememiştir. Üç kelimelik intihar notuna –Lucy, beni affedin– rastlandığı gibi, Cesare Pavese'nin hayatının son yıllarında tuttuğu intihar güncesini de intihar notu saymak mümkündür:

*“İntihar notlarının uzunlukları oldukça farklıdır. Oxford Üniversitesinden Ian O'Donnel ve meslektaşları Londra Metrosunda kendini öldürenlerin yazdıkları notları incelediler notların uzunluklarına göre bir tren biletinin arkasına yazılmış sadece on yedi kelimelik bir notla tren istasyonundaki bir bankta geçirilen bir saati anlatan sekiz yüz kelimelik bir bilinç akışı denemesi arasında değiştiğini saptadılar. İntihar notlarındaki kelimelerin ortalama sayısı hemen hemen bu paragraftaki kelimelerin sayısı kadardır.”*¹⁴⁰

İntihar notları geride kalanlara yönelik olumlu sözlerin bulunduğu, mülk dağıtımı ve sigorta poliçeleri ile ilgili daha kesin direktifler içeren, yaptıkları davranışın yol açacağı acıyla daha alakalı ve genellikle teselli edici sözlerin ve *“sevgi”* sözcüğünün sıklıkla kullanıldığı metinlerdir. Ancak

¹³⁷ JAMISON, 2004, s. 98.

¹³⁸ JAMISON, 2004, s. 100.

¹³⁹ Bkz. JAMISON, 2004, s. 101.

¹⁴⁰ Bkz. ULUTAŞ, 2011, s. 56.

bu notların ortak temaları uzun süren ruhsal ıstırapların sonucu meydana gelen sinir, heyecan ve umutsuzluktur.¹⁴¹

İntihar notlarından bahsederken yakın zamanda özellikle sosyal medyanın da etkisiyle çok fazla konuşulan Mehmet Pişkin adlı kişinin intihar videosunu es geçmek meseleyi eksik bırakmak sayılır. Mehmet Pişkin 16 Ekim 2014 tarihinde Facebook'ta paylaştığı videoyla kendi deyimiyle yaşam defterinin sonuna geldiğini hepimize duyurdu. Bu videoyla, intihar notlarına, sebeplerine, intihara bakış açımıza dair birçok şey değişti. Çünkü Mehmet otuzlu yaşlarda gayet sağlıklı ve toplumun başarılı olarak kabul ettiği biriydi ve birçoklarına göre intihar etmesi mantıksız bir durum oluşturmaktaydı. Mehmet yayınladığı bu videoda “...herhangi bir alkol ya da uyuşturucu maddenin etkisi altında değilim. Konuyu serbest irademle uzun süre düşündüm, araştırdım. Bu süreçte birçok arkadaşım ile konuştum, okudum hatta doktora gittim. Ama sonunda bu kararı aldım... çok uzun zamandır mutsuzum aslında... ve intihar benim için yeni bir şey değil, dönemsel bir depresyon vesaireyle olan bir patlama da değil. Hayatımın geri kalanına devam etmek için bir istek duymuyorum. İçinde bulunduğum kısır döngüyü kırmak adına umudumu kaybettim. Bu işin asıl sebebi bu...” şeklinde bir açıklamada bulundu. Mehmet'in intihar videosunda dikkati çeken husus birçok yerde gülümsemesine rağmen içinde taşıdığı garip mutsuzluk; toplumun başarılı olarak kabul ettiği birinin yaşadığı, içinde hayal kırıklıkları, aldatılmışlık ve boş vermişlik olan mutsuzluk... Daha sonra birçok sitede bu videoya erişim uygunsuz bir içeriğe sahip olduğu gerekçesiyle yasaklandı. Aslında bu yasağın temel sebebi, toplumda Mehmet Pişkin'in intihar notuna olan ilginin artmasıdır. Çünkü birçoğumuzun hayatı Mehmet'inkine benziyor ve bu videoda anlattıkları çok yakın, çok tanıdık. Benzer hayatlar yaşamış olmamız ya da benzer bir hayat yaşamayı istediğimizden olsa gerek, onun intiharı birçoğumuzu dehşete düşürdü. Herkes sosyal hesaplarla fikrini bildirdi, Mehmet'i kimi övdü kimi aşağıladı, korkak olmakla suçladı...

İntihar çok netameli bir konu olduğu için, bu konuda yazıp çizerken dikkatli olmak gerekiyor elbette. Buradaki amacım birilerinin ölümü üzerinden nemalanmak değil, toplumda genel kabul gören bir algının o kadar da genel olmaması gerektiğini düşünmemdir. Ancak, intiharın insanın bütün umudunu tükettikten sonra başvurduğu bir eylem olduğunu bildiğimden Mehmet'in ne yaşadığını, ona “benden bu kadar” dedirten süreci bilmeden yorum yapılmaması gerektiği taraftarıyım. Bu nedenle şapkamızı önümüze koyup bir hesap yapmamız ve Mehmet'in aldığı karara saygı duymamız gerektiğine inanıyorum.

¹⁴¹ JAMISON, 2004, s. 106.

SONUÇ

İntihar hakkında yüzlerce eser, binlerce sayfa yazılmış olmasına rağmen esasında kendimize dönüp baktığımızda, bu konuda hem birçok şey bildiğimizi hem de hiçbir şey bilmediğimizi görürüz. İntiharı tanımlamak, açıklamak ve sınıflandırmak kolay bir iş değildir. Zannediyorum bunun sebebi her intihar olayının ya da girişiminin kişiye özel olmasıdır. Aslında, çağlar boyu hep çok merak edilmiş ve asla modası geçmemiş konulardan biri olan intiharı, herkes kendi açısından anlatmış, en azından anlatmayı denemiştir. İntihar hakkında bu kadar çok şeyin yazılıp-çizilmesi nedeniyle konuya ilişkin her şeyi bildiğimizi zannediyoruz belki de...

İntihar olgusu her bir müntehir için kendine has özellikler taşır, farklı sebeplere dayanır, her bir intihar olayında farklı yöntemlerle ve amaçlarla hareket edilir. Tüm bu iç içe geçmiş durumlar karşısında akla intiharın önlenmesi gereken bir fiil olup olmadığı sorusu takılır. Ve diğer sorular da gelir peşinden. Gerçekten intihar eylemini önlemeli miyiz? Ya da intiharı önlemeye hakkımız var mı? Hakkımızın olduğunu varsaysak bile nasıl önleyeceğiz? Mutsuzluktan intihar edeni mutlu edip, aşk acısını dindirecek miyiz? Yoksa intihara meyilli kişileri akıl hastanesinde toplayıp, lityum depolarından mı medet umacağız?... O kutsal “yaşam”ı korumak uğruna neler yapmaya gücümüz yeter, duracağımız sınır ne, hiçbir fikrimiz yok aslında.

Madem herkes mutlaka ölecek, insan nasıl öleceğine kendisi karar vermeli, en azından ölürken insan kendisi gibi olmalı. Toplumun her konuda karşımıza çıkan huzurunu bir kenara bırakıp biraz da birey huzur bulsun denemez mi? Bu savunmanın karşısına yaşam hakkı kutsaldır ve korunması gerekir, toplum sağlığı ve düzeni kavramı ne için var, gibi söylemler koyduk diyelim. İntihara karar vermiş birini bu kararından caydırmaya yeter mi bu söylemler? Ya da nefes almasına engel olan huzursuzluğu yok eder mi, günlerce süren uykusuzluğa çare olur mu? Çare olsaydı herhalde onca insan intiharı bir kurtuluş olarak görmez, huzuru ölümden aramazdı diye düşünüyorum. Ancak önemli olan nokta, intihar olgusu karşısında nerede durmamız gerektiğidir. Bu eylemin yasaklanamayacağı ya da cezalandırılmayacağı hususunda hem fikir olsak da insanların ölümü seçmelerine seyirci mi kalınmalı yoksa bunu önlemek için harekete mi geçilmeli? Tüm bu sorular karşısında insan yine başladığı yere dönüyor: İntihar hakkında hem çok şey bilip hem hiçbir şey bilmediğimiz gerçeğine...

KAYNAKÇA

- Al ALVAREZ, *İntihar; Kan Dökücü Tanrı*, Çev.: Zuhâl Çil SARIKAYA ,Öteki Yayınları, Ankara 1999.
- Cemile SÜMEYRA, *Kendi Kalemini Kıranlar- Türk Edebiyatında İntihar*, Şule Yayınları, İstanbul 2007.
- Doğân SOYASLAN, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, Y. 16, S. 61-62, s. 269-280.
- Emile DURKHEIM, *İntihar*, Çev.: Zühre İLKGELLEN, Pozitif Yayınları, İstanbul 2013.
- Erdal SARIÇAM, *İntihar Eden Ünlüler*, Panama Yayınları, İstanbul 2008.
- Erkut Regaip BULUT / Hüda verdi KÜÇÜKER, / Necati Serkut BULUT, “İntiharın Kısa Tarihçesinden Sebep ve Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 2012, s. 128- 137.
- Esra Huri BULDUK, *Türkiye’de İntihar Olgusunun Çözümlemesi: Batman İli Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, www.yoktez.index.com E.T.: 07. 12. 2014.
- Faruk GÜÇLÜ, *İntihar; Umutsuzluğun Tırmanışı*, SABEV Yayınları, Ankara 2009.
- George MINOIS, *İntiharın Tarihi-İstemli Ölüm Karşısında Batı Toplumunu*, Çev.: Nermin ACAR, Ankara 2008.
- Halil AYDINALP, *İntihar Eylemleri Ekseninde Din ve Terör İlişkisi*, İthaki Yayınları, İstanbul 2008.
- İrfan ÖZEN, *İntihar*, Ozan Yayıncılık, Ankara 1997.
- Kamil ALPTEKİN / Veli DUYAN, *İntihar ve İntiharı Önleme*, Yeni İnsan Yayınları, İstanbul 2012.
- Kay Redfield JAMISON, *Erken Çöken Karanlık- İntiharı Anlamak*, Çev.: Emine BADEMCİ , Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.
- Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Mehmet Emin ARTUK, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 (1994), S.1-2, s. 113- 142.
- Mehmet ESKİN, *İntihar: Açıklama, Değerlendirme, Tedavi, Önleme*, Çizgi Yayınları, Ankara 2003.
- Metin FEYZİOĞLU, “Açlık Grevi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43 (1993), S.1-4, s. 157-168.

- Muhammet Ali İNCE, *İntihar Üzerinde Din-Psikolojik Bir İnceleme (Van İli Örneği)*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2007.
- Muhtar ÇAĞLAYAN, Ötanazi ve İntihar, *Adalet Dergisi*, C. 57 (1996 Ocak), s. 1-33.
- Neslihan ŞEN, *Toplumsal Anlam Dünyası ve İntiharın Toplumsal Algısı: Bursa Örneği*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2008.
- Nezahat ARKUN, *İntiharın Psikodinamikleri*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Nihat KAYA, *Neden İntihar Ediyorlar?*, Nesil Yayınları, İstanbul 1999.
- Nurullah ULUTAŞ, *İntihar ve Roman*, Akçağ Yayınları, Ankara 2011.
- Ömer ÖMEROĞLU, “Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8 (2009), S. 3-4, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2009%20XIII_25.pdf E. T. 02.12. 2014, s. 1-22.
- Saliha Demirel ÖZSOY / Ertuğrul EŞEL, “İntihar (Özkıyım)”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, Y. 2003, S. 4, s. 175- 186.
- Sibel İNCEOĞLU, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.
- Sultan Tuna GÜR, *Acil Servise İntihar Girişimi Nedeniyle Yapılan Başvuruların Demografik ve Klinik Özellikleri*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2012.
- Şükrü ÖZBUĞDAY, *Cana Kıyma, Kan Davası ve İntihar*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2005.
- Tunç BORAN, *1993-2002 Yılları Arasında Türkiye’deki İntihar Olaylarının Sosyolojik Açısından İncelenmesi*, Beta Yayınları, Ankara 2006.
- Zeki HAFIZOĞULLARI / Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayınevi, Ankara 2013.

HUKUK ÖĞRETİMİ VE PROF. DR. ADNAN GÜRİZ

Tuğrul Ansay*

GENEL GİRİŞ

Adnan Güriz ile tanışıklığımız ve dostluğumuz geçen yüzyılın ortalarında başladı. O tarihlerde ülkemizde İstanbul ve Ankara'da olmak üzere sadece iki hukuk fakültesi vardı. Aralarındaki rekabet zaman zaman körüklenir, ülke içinde ve dışında öne geçmek için çaba sarf edilirdi. Hukukun temeli olarak kabul edilen medeni hukuk alanında *Esat Arsebük*, ve onun yetiştirdiği genç bilimciler *Tandoğan* ve *Esener*, ceza hukukunda *Baha Kantar*, gene medeni hukukta *Hüseyin Avni Göktürk* ve gür sesiyle de öğrencilerin takdirini toplayan *Hüseyin Cahit Oğuzoğlu*, Hukuk Yargılama Usulü ve hukuka giriş alanının ustalarından *Sabri Şakir Ansay* ve İstanbul'dan Ankara'ya transfer olan *Hırş*, gençlerin Ankara Hukuk Fakültesi'ne gelmelerine kucak açıyordu. Zamanın Başbakanlarından Şükrü Saraçoğlu'nun oğlu, Adnan Menderes'in oğlu ve daha pek çok önemli kişinin çocukları Ankara Hukuk Fakültesi'nde okumaktaydılar. *Adnan Güriz* ve ben işte o tarihlerde hukuk fakültesi öğrenciliğinin ayrıcalığını yaşarken birbirimizi tanıdık. *Adnan Güriz*, belki de değerli bilim adamı *Hırş*'in etkisiyle, onun alanlarından olan Hukuk Felsefesine merak sarmıştı. Çok okuyor, bilgi dağarcığını geliştiriyordu. Ciddiyeti, vazifesine düşkünlüğü, çalışkanlığı, tevazusu, hoşgörülülüğü gibi meziyetleri ile öğrencilerine ve yeni kuşaklara hepimizin takdirini kazanan bir örnek oluyordu.

İlerideki yıllarda Orta Doğu Teknik Üniversitesi'nde hukukçu olmayan öğrencilere Hukuka Giriş derslerini farklı şubelerde birlikte vermiştik. Bu derslerde öğrenciler için, o zamanki teknik terimle, teksir derlemesini

* Prof. Dr. Tuğrul Ansay, M.C.L., LL.M. (Columbia), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

birlikte hazırlamıştık. Bu derlemede hukukun temelleri hakkında çeşitli yabancı hukukçuların yazdıklarından alıntılar bulunmaktaydı. Bu metinler daha sonra başka üniversitelerde de kullanıldı. *Adnan Güriz* benim yayınladığım *Introduction to Turkish Law* kitabında Giriş kısmını yazdı.¹

Kendi asıl çalışma alanına giren Hukuk Felsefesi ve Hukuka Giriş kitaplarının yanında, kadın hakları, sosyal demokrasi, kapitalist ideoloji gibi güncel sorunları irdeleyen eserlerini ve uzun çalışmalarının ürünü olarak Atasözleri ve Halk Deyimleri ile Çağımızda Türk İnsanı (2006) kitabını yayınladı. Bu arada *Güriz*'in, son dönemlerde hukuk öğretimine de önem verdiğini görüyoruz. Bu alanda 13-14 Mayıs 1993'de düzenlediği seminer ve ardından yayınladığı kitap² konuyu ne denli benimsediğinin belgeleridir. *Güriz*'in hukuk öğretimi konusunda düzenlediği seminer ile açtığı çığır bir süre sonra yankısını buldu: Türkiye Barolar Birliği'nin önderlik ettiği Hukuk Öğretimi konulu Seminerde *Güriz* bir konuşma yaptı.³ Ayrıca YÖK de, hukuk öğretimi ile ilgili seminerler, toplantılar düzenledi. Bir süreden beri de üniversitelerin hukuk fakülteleri hukuk öğretimi konusunun önemini daha da öne çıkarıyorlar. 2013 yılında Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin⁴, 2014'de ise Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin önderliğinde kongre adı altında hukuk öğretimi haftaları düzenlenmiş bulunuyor.

I. HUKUK ÖĞRETİMİNDE ÜLKEMİZDE YAŞANAN AŞAMALAR

Geriye baktığımız zaman Türkiye'deki hukuk öğretiminin iki ayrı aşamadan geçtiğini görebiliriz. Şimdilerde bunlara ek olarak yeni bir üçüncü aşamadan söz edilebilir.

1. İlk aşama, Atatürk'ün unutulmaz sözleri ile açılan Ankara Hukuk Mektebi ile başlamıştı. O zamanki yakın amaç yeni hukuk sistemini öğrenip uygulayacak genç hukukçular yetiştirmektir. Gerçi Osmanlı Devleti'nin son yıllarında bir hukuk mektebi açılmış⁵ ve hukuk öğretimi alanında Alman bilim adamları ile ilişkiye girilmiş bulunuluyordu. Bu amaçla Almanya'ya staj için Türk yargıçlar da gönderilmişti. Ancak yeni hukuku anlayacak ve

¹ Adnan Güriz, *Introduction*, in: *Introduction to Turkish Law* (Editörler: Ansay / Wallace, Jr.), 6.baskı, 2011, S. 1-19.

² *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara 1993 ve *Güriz*'in sonuç değerlendirmesi, S. 115-122.

³ Türkiye Barolar Birliği, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2004, S. 21-27

⁴ Kongre tebliğleri yayımlanmış bulunuyor. Bkz.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Hukuk Öğretimi Kongresi, Antalya, 2013; T. Ansay, *Hukuk Öğretimi Konulu bir Kongrenin Düşündürdükleri*, *Güncel Hukuk*, 2014, Sayı 2, S.35 vd.

⁵ Gülnihal Bozkurt, *Türkiye'de Hukuku Eğitiminin Tarihçesi*, *Hukuk Öğretimi Sempozyumu* (Ed.: A.Güriz) Ankara 1993, S. 51-70

uygulayacak hukukçuların sayısı hemen hemen yok denecek kadar azdı. Özellikle yeni hukuku uygulayabilecek yargıç ve savcılar yetiştirilmesi için, ilk olarak Ankara'da Adalet Bakanlığı'na bağlı bir Adliye Hukuk Mektebi 1925'de açıldı. Bu mektebin ismi 1927'de Ankara Hukuk Fakültesi olarak değiştirdi. Hukuk okuma düşüncesi hiç bulunmayan gençler mektebe öğrenci olarak alındılar. Sonradan yurt dışında da öğrenim gören değerli Profesör *Oğuzoğlu*'nun aslında hukuk okumayı hiç istemediği söylenir. Bu mektepte okutulacak derslerin Fransız ve İsviçre modellerine göre hazırlandığı anlaşılıyor. Ancak, o tarihlerde derse göre hoca değil, hocaya göre ders konulması, ders verebilecek kişilerin sınırlı sayıda olması nedeniyle, bir zorunluluktu.⁶

Öğretim üyeleri de genellikle *part-time* görevlendirilen kişilerdi. Bir kısmı, milletvekilliği yaparken derslere giriyorlardı. Bunlardan biri *Sadri Maksudi Arsal*'dı. *Mahmut Esat Bozkurt* da o zamanki Adalet Bakanı olarak ders verenlerdendi. Hukuk Yargılama Usulü dersini veren *Sabri Şakir Ansay* aynı zamanda Adalet Bakanlığı'nda Hukuk İşleri Müdürlüğü görevini yürütüyordu.

Derslerin içerikleri konusunda ise öğretim üyelerini bağlayan bir müfredat çalışmasının bulunması o günlerde pek beklenemezdi, ki buna Almanya'da akademik özgürlük adı verilmektedir. Ancak bize intikal eden ders notlarından, hiç olmazsa bazı öğretim üyeleri bakımından derslerin içerik çalışması yapıldığını göstermektedir.⁷

Gerçi ilk kurulduğunda Ankara Hukuk Mektebinin öğrencisi azdı. Ancak, sonradan politik hayatta önemli roller üstlenen bazı mümtaz kişilerin o tarihlerde hukuk öğrenimi gördüklerini biliyoruz. Bunlar arasında uzun süre başbakanlık yapan Adnan Menderes'in ismini belirtmem, o zamanlar hukukun ne denli önem verilen bir alan olduğunu göstermesi bakımından ibret vericidir.

2. 1940'da Ankara Hukuk Fakültesi Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlandı, ardından da üniversitenin bir parçası olarak özerkliğe kavuştu. 1941 yılında öğretim 3 yıldan 4 yıla yükseltildi.⁸ Buna rağmen hükümetler hukuk öğrenimini, gittikçe sayıları artan lise mezunlarının yüksek öğretime

⁶ 1938 tarihli bir kitap, o tarihte kimlerin Ankara Hukuk Fakültesi'nde ders verdiğini göstermektedir. Bkz.: Minerva. Jahrbuch der gelehrten Welt (Ed.: Lüdtke), Berlin 1938, S. 21 vd.

⁷ Bkz.: Sadri Maksudi Arsal, Türk Hukuk Tarihi. Talebe notları, Ankara Hukuk Fakültesi, 1940-41.

⁸ T. Ansay, Hukuk Öğretimi ve Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt I, Ankara 1977, S. 3.

devam edebilecekleri bir alan olarak görmüşler ve hukuk okuyacak öğrencilerin sayısını, üniversitelere malî ek olanaklar sağlayarak gittikçe artırabilmişlerdir. Bu aşamada Cumhuriyet'in ilk kuruluş yıllarındaki yargıç ve savcı ihtiyacını kapatma sorunu sona ermiş, bunun yerini hukuk fakültelerinin yüksek öğretim yapılacak bir temel kuruluş oldukları fikri almıştı. Bu gelişmeye paralel olarak aynı yıllarda Ankara Hukuk Fakültesi yeni ve büyük, modern bir binaya taşındı. Bizim hukuk öğrenimi gördüğümüz yıllarda büyük sınıflarda dersler verilir,⁹ kayıtlı öğrencilerin önemli bir kısmı derslere hiç gelmezler veya arada bir gelirlerdi.¹⁰

Yüksek öğrenci sayısının ve kalabalık sınıfların doğurduğu sorunlar bu safhada belirginleşmiştir. Dersler takrir şeklinde yürütülürdü. Öğretim üyeleri bir önceki yıl için hazırladıkları ders notlarını bizlere adeta tekrar ederek okurlardı. Hatta bir öğretim üyesinin nüfus siciline tescili anlatırken, sayfa atladığı ve tescilin tapu siciline yapılacağını söylediği bile espri olarak anlatılmıştı.

İlk başlarda yayımlanmış ders kitapları bulunmadığından devamlı ve çalışkan öğrencilerin derslerde tuttukları notlardan taş basması denilen yöntemle çoğaltılan metinler kullanılarak sınavlara hazırlanırdı.¹¹ Derslerde değil tartışma yapabilmek, hocalara soru bile sorulmazdı, sorulamazdı.

Ders programlarında bu aşamada büyük bir değişiklik yapıldığı görülmemektedir. Derslerin içeriği bakımından da olumlu bir gelişme vardır denemez. Bir bransa ayrılan ders saatlerinin çok olması, ilgili ders kürsüsünün dış görünüşünde önem artırdığından, kürsü başkanları kendilerine öngörülen ders saatlerinin yetmediğinden yakınlardı, bunu belgelemek için de her yıl sayfaları gittikçe çoğalıp kalınlaşan ders kitapları yayımlanmaya başlandı. Genel olarak Batı üniversitelerinde okutulan konuların bizde de hemen hemen aynı içerikle okutulduğu söylenebilir. Bunun en güzel örnekleri medeni hukuk derslerinde görülmekteydi. Prof. *H. Avni Göktürk*, İsviçre'de yaygın olan *Tuor*'un ve *Guhl*'ün ders kitaplarını küçük değişikliklerle öğrencilerine veriyordu. Benzer bir biçimde Prof. *Esat Arsebük* de İsviçre'de adeta klasikleşen *v. Tuhr*'un Borçlar Hukuku kitabının içeriğini izleyerek, onun Türkçeleştirilmiş bir şeklini ders kitabı olarak kullanıyordu.

İki yarım yıl devam eden derslerin sınavları da ikinci yarım yılın sonunda yapılır, çok sayıda öğrencinin sınavının yapılması sorun doğururdu.

⁹ 1974/75 ders yılında Ankara Hukuk Fakültesi'nde öğrenci sayısı 4500 dolaylarında bulunuyordu, T. Ansay, Hukuk Öğretimi ve Ankara Hukuk Fakültesi, S. 3.

¹⁰ Hollanda'daki benzer durum için bkz.: A.W. Heringa, Legal Education, Metro, 2013, S. 71.

¹¹ Bkz. Yuk. dn. 7

Bu nedenle önce iki dersten yazılı bir eleme sınavı yapıldı. Bu yazılı sınavlarda öğrencilere cevapları yazabilmeleri için sınırlı sayıda sınav kâğıdı verildi. Yazılı sınavları geçebilenlerin geri kalan sınavları ise sözlü olarak yapıldı. Sınavlarda geçerli not almak yetmez, ayrıca ‘üssü mizan’ denilen ortalamayı da tutturmak gerekirdi. Bir aralık bütün sözlü sınavlara aynı günde girilmesi sistemi de benimsenmişti. Sanırım, belirtmeye çalıştığım bu aşamada hukuk öğretimi alanında yapılan değişiklikler esas itibarıyla sınavlarla sınırlı kalmıştır. Sınav kâğıdı okumanın güçlüğü, soruların ezber esasına dayandırılmasına da olumsuz yönden etki yapmıştır.

3. Yüksek Öğretim Yasasının 1982 yılında yürürlüğe girmesi (K.No. 2547) ve bununla, paralı öğretim yapabilecek vakıf üniversitelerinin kurulmasına olanak sağlanması ile Türk hukuk öğretimi konusunda yeni bir çığır açılmıştır, diyebiliriz. Bu son devirde, dışımızda gelişen evrenselleşmenin de bizde hukuk öğretimi konusunda iz bıraktığı söylenebilir.

a) Vakıf üniversitelerine yasal kapı açılmasıyla kısa zamanda, paralı öğretim veren pek çok hukuk fakültesi kurulabilmiştir; bunların sayısı, yenilerin hayata geçirilmesiyle artmaya devam etmektedir. Aradan yaklaşık altmış yıl geçtikten sonra ülkemizde hukuk öğretimi konusunda en kökten değişikliğin paralı vakıf hukuk fakültelerinin kurulabilmesiyle gerçekleşmekte olduğu bir devir yaşanıyor. Uzun süre ülkemizde sadece sınırlı sayıdaki hukuk fakültesinde hukuk öğrenimi görülebiliyordu. Vakıf üniversitelerinin kurulmasına olanak sağlanınca, pek çok vakıf üniversitesi hukuk fakültesi hayata geçti. Hükümetler de bir süreden beri yeni hukuk fakülteleri açma politikası gütmekteler. 2014 yılında ülkemizdeki hukuk fakültelerinin sayısı 82’ye erişmiş bulunuyor.¹² Bunun 32 tanesi devlet üniversitelerinin, 45 tanesi ise vakıf üniversitelerinin hukuk fakülteleridir (Kuzey Kıbrıs’taki 5 hukuk fakültesi de bu sayının içindedir). Aslında Üniversiteler Kanunu tek başına hukuk fakültelerini hedef almamaktadır. Ancak, bu yeni yasal ortamın doğrudan veya dolaylı olarak hukuk öğretimine de etkileri bulunmaktadır. Bu etkilerin bir kısmı olumlu, diğer bir kısmı ise olumsuz yönde gerçekleşmiştir.

Yüksek Öğretim Kurumu’na (YÖK) verilen merkezî bir gözlemleme, denetleme ve düzenleme yetkisi hukuk fakültelerinin de bir ölçüde bu kuruluşun oluşturduğu kararlara bağımlı kılmıştır. YÖK’ün hukuk öğretimi konusundaki en önemli katkısının hukuk fakültelerinde öğretim üyesi sayısı

¹² Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi internet sitesine bkz. 2013 yılında 34 hukuk fakültesi bulunmaktaydı. Bunların büyük bir kısmı Ankara ve İstanbul’da faaliyet gösteriyorlardı. Bu fakültelerde yaklaşık 47.500 kişi öğrenim görmekteydi. Durmuş Günay’ın konuşması, 1. Hukuk Öğretimi Kongresi, Antalya 2013, S. 13 vd.

ile öğrenci sayısı arasında bir oranın kurulmasına önem vermiş olmasıdır, denebilir. Çok sayıda paralı özel hukuk fakültelerinin faaliyette bulunduğu ABD’de, avukatlık mesleğinin bir ölçüde kamu hizmeti olması ve tüketicinin korunabilmesi bakımından barolar bir denetim sistemi oluşturmuşlar ve hukuk fakültelerini değerlendirme kıstasları getirmişlerdir. Bu kıstaslardan önemli bir tanesi öğretim üyesi ile öğrenci sayısı arasındaki orantıdır. Hukuk fakültelerinin değerlendirilmesinde kullanılan kıstaslardan biri, her öğretim üyesine isabet eden öğrenci sayısıdır.¹³ Bu oran ABD’de bir öğretim üyesine 15-35 öğrenci olarak düşünülmektedir.¹⁴

YÖK de, hukuk fakülteleri için benzer bir kıstas kabul etmekte ve belli minimum öğretim üyesi yanında, alınacak öğrenci bakımından da asgari sayıyı ve öğretim üyesi olarak görev yapabileceklerin yaş sınırını belirlemektedir. Öngörülen bu siyaset nedeniyle, hem de çok öğrencili devlet üniversitelerine karşı bir rekabet üstünlüğü sağlayabilmek öngörüsüyle, vakıf üniversitelerinin hukuk fakülteleri küçük ölçekli ve az öğrencili olmayı yeğlemektedirler. Bu yeni sistemde az ve çok öğrencili hukuk fakülteleri yan yana faaliyet göstermektedirler.

Yeni aşamada nispeten az sayıda öğrenci ile öğretim yapılabilmesi sayesinde, monolog biçimindeki taktır sistemi yerine, öğrencileri aktif duruma özendiren tartışmalı öğretim sistemine geçilebilmiştir. Özellikle uygulamalı derslerde daha çok öğrencinin tartışmalara katılımı mümkün olabilmektedir. Az sayıda öğrencinin bulunması artık devam kontrolünü de mümkün kılabilir. Bunların yanında, küçük sınıflar öğretim üyesi ile öğrenci arasındaki ilişkinin canlanmasına da neden olmuştur diyebiliriz.

Az öğrenci alan hukuk fakülteleri küçük sınıflarda ders yapılabilmesinin sınavlar üzerinde de etki yaptığı görülüyor. Gerçi sınav sayısı yeni sistemde artmaktadır, ancak azalan öğrenci sayısına bağlı olarak sınav soruları öğrencileri robotlaştırıp ezberciliğe yönlendiren bir biçimden uzaklaştırarak, elde edilen bilgilerin yaratıcı bir biçimde kullanılabilmesine olanak sağladığından, hukuk öğreniminin daha zevkli ve sevilir bir hale gelmesine önayak olmuştur. Sınav soruları ezberciliğe değil, yaratıcı düşünmeye ağırlık veren bir yönde hazırlanmağa başlanmış, cevaplar için pek çok kez sayfa sınırlaması bile getirilmemiş, hatta sınava girenlerin ellerindeki kanunlara bakabilmelerine dahi izin verilebilmiştir. Daha sık yapılan sınavlarda öğrencilerin gelişmelerinin devamlı değerlendirilmelerine de artık olanak

¹³ Amerikada kullanılan diğer kıstaslar ve bunların eleştirisi için bkz.: Ronald G. Ehrenberg, American Law Schools in a Time of Transition, Journal of Legal Education, 2013, S. 98 vd.,102 vd.

¹⁴ T. Ansay, Ellinci Yıl, yuk. dn. 8, S. 14. Bu oran bazı üniversitelerde 75 öğrenciye kadar çıkmaktadır (S. 14).

sağlanmaktadır. Öğrenci bakımından düşünüldüğünde, bunun onların kendilerini denetleyebilmeleri bakımından da yararlı bir rol oynadığı söylenebilir.

Yarıyıl sistemi artık ülkemizde de pek çok hukuk fakültesi için olağan bir hal almış durumda. Dersler bir yarıyıl sürmekte ve yarıyılın sonunda sınavlar yapılmaktadır. Bu konuda dünyadaki gelişmelere ayak uydurulmuştur. Ancak yarı yıl sistemi bazı sorunlara da neden olabilmektedir. En önemli sakıncası, aynı ders her iki yarı yılda verilmiyorsa, sınavda (veya bütünleme sınavında) başarısız öğrencinin ertesi yıla kadar bekleyerek o dersi yeniden alması gereğidir. Bu, öğrencinin bir üst devredeki ders veya dersleri de almasını engelleyebilmektedir.

b) Pek çok yeni hukuk fakültesinin hayata geçmesi beraberinde bazı başka önemli sorunları da getirmektedir. Hukuk fakültesi sayısının bu kadar çabuk artması, özellikle kısa sürede öğretim üyesi sıkıntısı yaratmıştır ve bu sıkıntı bugün de devam etmektedir. Öğretim üyesi açığını kapatmak için devlet üniversitelerinin elemanlarına başvurulunca, devlet üniversitelerinin içi adeta boşaltılmış izlenimini doğuruyor. Sadece yaş sınırı ile devlet üniversitelerinden emekli olmuş olan profesörlerle vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerinde kadrolar doldurulamadığından, aktif öğretim üyeleri de erken emekli olarak vakıf üniversitelerine geçmekte. Ayrıca pek çok devlet üniversitesi öğretim üyesi *part-time* olarak vakıf üniversitelerinde ders vermeğe başlamışlardır. Devlet üniversitelerinde haftada 4 saat ders vermeyi çok görenler, şimdi haftada 12-13 saat ders verebilmektedirler. Bunu, atıl kapasitenin çalışır bir hale gelmiş olması biçiminde görenler, sevinilecek bir gelişme biçiminde yorumlayabilirler. Ancak, devlet üniversitelerinden gelenler oralandaki klasik davranış biçimlerini, hukuk öğretim hakkındaki görüşlerini ve alışkanlıklarını da genellikle beraberlerinde getirmekteler. Bunların en başında ders alanları ve ders içerikleri hakkındaki görüşlerin, ders verme biçimlerinin, sınavlarla ilgili uygulamaların büyük ölçüde yeni çalışma ortamlarına da hemen hemen aynen yansımadır, diyebiliriz. Derslerin genç asistanlara yüklenmesi de bir kısım deneyimli öğretim üyelerini sembolik isimler haline indirgemıştır. Diğer taraftan öğretim üyeleri arasında akışkanlık da artabilmektedir. Her yeni kurulan fakülte başka mevcut hukuk fakültelerinden adeta öğretim üyesi kapmaktalar. Buna karşın klasik asistanlık sistemi de vakıf üniversitelerinde büyük bir destek görememektedir.

Vakıf üniversitelerinde güvenceli emeklilik (*tenure*) sistemi uygulanmadığından devlet üniversitesinden öğretim üyesinin transfer edilmesi, oralarda emeklilik yaşı gelmemiş olan öğretim üyeleri bakımından pek de kolay olmamaktadır. Vakıf üniversitelerinde *tenure* sisteminin

uygulanmaması öğretim üyesi elemanlarının kalitesine kuşkusuz etki yapacak, yarınından emin olmayan öğretim üyeleri çalıştıkları müesseselerde sıkı bir bağ kuramayacaklardır.

Hukuk öğretiminde YÖK ile belirginleştiğini ifade ettiğimiz üçüncü aşamada avukatlık mesleğindeki bir yeni gelişmenin etkisinin giderek kuvvetlenmekte olduğuna da değinmek gerekir. Ticaret hayatında ortaya çıkan ilerlemeler avukatları birlikte çalışmaya zorluyor. Çok ortaklı avukatlık bürolarında müşteriler çok boyutlu karmaşık sorunlarına cevabı artık tek bir avukatlık kuruluşu üzerinden çözüme kavuşturmak istiyorlar. Bu, avukatları, bir yandan uzmanlaşmaya yönlendirirken, diğer yünden avukatlar arasında bir üst-alt ilişkisinin yaygınlaşarak bağımlı bir avukatlık sisteminin büyümesine neden oluyor. Ceza veya aile hukuku gibi alanlarda bilinen klasik mahkeme avukatlığı yanında büro avukatlığının gereksinmelerini karşılayacak, son zamanlarda gelişen hakemlik alanında da çalışabilecek, başka ülkelerdeki hukuk sistemleri hakkında bilgi sahibi, yabancı dil bilen hukukçulara yönelik hukuk öğretiminin yapılması önem kazanmaya başlıyor.

II. HUKUK ÖĞRETİMİNDE GÜNCEL SORUNLAR

A. Dersler konusuna, çekirdek, temel hukuk ve seçimlik dersler olarak yakından bakmamız gereklidir.

1. Çekirdek dersler: Ülkemizde çağdaş hukuk öğretiminin başladığı ilk günlerden beri hukuk öğrencilerine, hukukçuya gerekli olabilecek ve onun genel kültürünü geliştirecek çekirdek derslerin verilmekte olduğunu görüyoruz. Örneğin Ankara Hukuk Fakültesinde iktisat, siyasal bilim dersleri verilmekteydi. Son yıllarda bu çekirdek derslerin hukukçu için önemi katlanarak ders programlarına yansımıştır. Hukukçunun mesleğinde derinlik kazanabilmesi için salt hukukun dışındaki alanlarda bilgi sahibi olması, düşünen ve yaratıcılığı bulunan hukukçu için önem kazanmaktadır. Bu dersler genellikle hukuk fakültelerinin birinci sınıflarında okutuluyor. Bu çekirdek derslerin ayrıca, Türkiye'nin çeşitli yerlerindeki liselerden gelen öğrencilerin eş-düzeye getirilmesi bakımından da yararlı oldukları söylenebilir. Kampüs üniversitelerinde bu çekirdek derslere hukuk öğrencileri diğer fakültelerin öğrencileri ile birlikte katılıyorlar. Deneyimler, hukuk öğrencilerinin bu tür dersleri daha kolay öğrenebildiklerini, bu nedenle ortaya çıkan bir öz güvenle tembelliğe itildiklerini göstermektedir.

2. Temel hukuk dersleri: Özel hukukun Roma hukukundan bugüne kadar gelen ve Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nda yankısını bulan bölümleri temel hukuk dersleri olarak, Kara Avrupası sisteminde bir

dereceye kadar Anglo-Amerikan ülkelerinde geçerliliğini sürdürmektedir. Hukukun anayasa, idare hukuku, ceza hukuku, yargılama hukuku, ticaret hukuku gibi diğer alanlarında da bazı dersler temel hukuk dersi olma özelliklerini devam ettiriyorlar. Bu, YÖK düzeninde kürsüler şeklinde yankısını buluyor. Bu da tartışmalara neden oluyor. Diğer taraftan, bu derslere ayrılan haftalık ders saatleri ve derslerin içerikleri farklılıkları yanıltıcı sonuçların doğmasına neden olabilir. Örneğin ticaret hukuku bugün çoğu kez, “ticaret hukuku eşittir Ticaret Kanunu” şeklinde algılanmakta ve ticaret hukukunun temel disiplin olma özelliği ile bağdaşmayan pek çok konu ticaret hukuku derslerine konu olarak dahil edilmektedir. Oysa ticaret kanunları 19. yüzyılda belirginleşen ve tacirleri ilgilendiren konuları kapsarken, bugün bu konuların bir kısmı tacir (ticari işletmesi) olmayanlara da uygulanmakta, daha da önemlisi bu konuların bir kısmı başka ülkelerde ticaret kanunlarından çıkarılmaktadırlar. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bazı konuların da içerik bakımından temel derslerin bir parçası olmaması gerekebilir. Borçlar hukukunun özel kısmında, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bütün akit türlerinin okutulması da gerekemeyebilir. Bunların yerine örneğin satım ve vekâlet akitlerinin konu yapılması daha gerçekçi olacaktır. Bunun gibi, “Haksız Fiiller”in de önemi, Borçlar Kanunu’nda da yer verilen yaklaşık 20 maddeden daha fazladır ve ayrı bir disiplin olarak okutulmasında yarar bulunabilir. Nitekim ABD’ndeki hukuk fakültelerinde “Haksız Fiiller” ayrı bir temel ders olarak okutulmaktadır. Roma hukukunun da artık Batı ülkelerinin hukuk fakültelerinde bir temel ders olarak görülmediğine sadece değinmekle yetineceğim. Buna karşın yaşayan yabancı hukukun da hukuk fakültelerinde yararlı olacağı, bunun öğrencinin bir adada yaşıyormuş gibi sadece kendi çevresinin hukukunu bilmekle yetinmemesinin ufkunu açacağı belirtilmektedir.¹⁵ Gelişmeler, temel dersler konusunda tarafsız hukukçuların tartışma yaparak bir değerlendirmeye varmalarının yararlı olacağını göstermektedir.¹⁶

3. Bir süreden beri hukuk fakülteleri temel hukuk derslerinin yanında seçimlik derslere ağırlık veriyorlar.¹⁷ Bu derslerin bir amacı, temel derslerde yansıtılan görüşlerin, özel bir hukuk müessesesinin incelenmesi sırasında yeniden ele alınarak değişmesine olanak sağlamaktır. Böylece seçimlik dersler, temel dersler için bir destek görevini yerine getirebileceklerdir.

¹⁵ Wenzler / Kwietniewska, Educating Global Lawyer: The German Experience, J. of Legal Education, 2012, S. 462 vd., S. 463.

¹⁶ Konunun Hukuk Felsefesi bakımından tartışması için bkz., Ayşe Odman Boztosun, Hukuk Eğitiminde Felsefe Dersinin Gereği ve Önemi, Erciyes Üniv. H.F. Der., 2006, C: 1, Sa. 1, S. 393 vd.

¹⁷ Adnan Güriz’in görüşü için bkz. Türkiye Barolar Birliği, yuk. dn. 3, S. 24/25.

Seçimlik derslerin başkaca yararlarının bulunduğu söylenebilir. Bir kere seçimlik dersler öğrencilerin sevdikleri konulara yönlendirmelerini ve derslerden daha fazla zevk almalarını sağlayacaktır. Ayrıca mezuniyet sonrası ihtisaslaşmanın ilk tohumlarının da seçimlik derslerle atıldığı söylenebilir. Ancak seçimlik derslerin öğrenciler tarafından kötüye kullanılması, bu amaçla az çalışma ile yüksek not alınabilecek derslerin seçilmesi imkânı doğmaktadır. Bundan dolayı, Amerika gibi seçimlik ders uygulamasının yaygın bulunduğu ülkelerde seçimlik derslerin seçiminde öğretim üyeleri danışman olarak görev yapmaktadırlar.

B. Ders isimlerinin benzer olması, bunların içeriklerinin de benzer olmasını gerektirmiyor. Örnek olarak hukuka giriş dersini gösterebiliriz. Bu dersin çeşitli biçimlerde ele alındığı biliniyor. Hukuka giriş dersinin amacı eğer öğrencileri hukukun bazı temel kavram ve kuruluşlarına, sorunlarına hazırlamak olarak görülürse, bunun içine adalet, hakkaniyet gibi hukuk felsefesi derslerinin konuları da girebilir. Oysa bazı hukuka giriş derslerinde, dört yıl içinde okutulacak konuların bir özeti verilmektedir.

Ders içeriklerinin somut olarak belli olması tedahülleri de önleyebilecektir. Örneğin hukuka giriş derslerinde yargıcın hukuk yaratması, yorum yapılması gibi konular ele alınmaktadır. Aynı konuların, Medeni Kanun'umuzun başlangıç hükümleri vesilesiyle medeni hukuk derslerinde de işlendiğini biliyoruz.

Derslerin içeriği konusunda köklü bir anlayış değişikliği sağlanmış değildir. Ancak bazı üniversiteler bireysel olarak bu konuda duyarlı davranıyorlar. Bunun nedenlerinden birinin vakıf üniversitelerinde özel hukuk hükümlerine göre yapılan öğretim üyesi anlaşmalarında ders içeriğinin ve ders yükünün belli edilmesi gerektiğidir, diyebiliriz. Erasmus programından öğrenci alan veya dış ülkelere kısa süreli öğrenci gönderen hukuk fakültelerinin Batı Avrupa ortak standartlarını kabul etmeleri de ders programlarının gözden geçirilmesinde bir zorlama nedeni olabilmektedir.

C. Evrensellikte en geride kalan alanlardan biridir hukuk. Ancak, toplumsal yaşamda temel bir alan olan aile hukukunda bile ülke hukukları arasında benzerlikler bulunmaktadır. Evrenselliğe en yakın alanlar ise borçlar ve ticaret hukukudur. Bu hususta Batı'daki gelişmelerin Türkiye'ye yansması 19. yüzyıla ve hatta daha öncelerine kadar uzanır. Fakat bu gelişmeler öğretimin biçimine ait olmamıştır. Bugün ise bir yandan dünya genelindeki bütünleşme akımlarının etkisiyle, diğer yandan da *Bologna Sürecine* katılmamız sonucu *Erasmus* zincirinin de uygulanmaya başlaması ile evrenselleşme daha etkili bir hal almıştır. Bütünleşme, bir kere yarıyıl ve kredi sisteminin oluşmasına katkıda bulunmuştur (Yarıyıl sistemi, Master

programları uygulamaya konması ile ülkemizde çok daha önce 1977'de Ankara Hukuk Fakültesi'nde başlamıştı). Diğer taraftan, bu sistemde derslerin ve içeriklerinin de belli olmasına ihtiyaç vardır. Sınavlarda veya ev ödevlerinde not vererek değerlendirme konusunda da, hiç olmazsa *Erasmus* sistemine dahil olan ülkelerin hukuk fakültelerinde bir yakınlaşmanın sağlanması gerekmektedir.¹⁸ Bunlardan başka yurt dışına kısa veya uzun süreli giden, ya da oradan bize gelen öğrencilerin genel görgülerinin artacağı, ufuklarının genişleyeceği, yabancı bir dil öğrenme heyecanlarının da kuvvetleneceği unutulmaması gereken yararlıdır.¹⁹ Öğretim üyelerinin de katıldığı bu gidiş gelişlerin bir rekabet havası yaratarak, konuların yansız bir biçimde değerlendirilmesine katkıda bulunacağı söylenebilir. İnsanların, tüzel kişilerin (şirketlerin) ve ticaretin ülkeler ötesi hareketliliği, başka hukukları da öğrenmek isteyen ve yabancı bir dil bilen kişilerin sayısını da artıracaktır.

Son yıllarda bazı hukuk fakülteleri başka ülkelerdeki hukuk fakülteleri ile birlikte dersler vermekte, çifte diploma alabilme olanakları sağlamaktadırlar.

D. Teknolojik gelişmeler: Son yıllarda gelişen öğretimde kullanılabilecek teknolojinin hukuk öğretimine de, hem sınıflarda dersler verilirken, hem de öğrencilerin çalışmalarında kısa ve uzun vadeli olarak olumlu etkiler yapması beklenmelidir. Artık derslerde kara tahta ve tebeşir kullanma yöntemi hemen tamamen terk edilmiş durumda. Bunun yerini şimdilik beyaz levhalar, tepegözler ve göze hitap eden bilgisayar özet yazıları ile şemaları almış durumda.²⁰ Öğrenciler çoktan beri cep telefonlarını öğrenim amacı ile kullanmaktalar; cep telefonuna kanunları yüklemek suretiyle, çok yer tutan ve ağırlık veren yazılı metinleri taşımaktan kurtuluyorlar ve her an ve her hangi bir yerde kanun metinlerine ulaşabiliyorlar. Ders notlarının bilgisayara yüklenmesi sayesinde okula gidiş geliş sırasında trafikte yol alırken bile çalışmak ve öğrenmek mümkün olabiliyor. Bundan çok seneler önce Amerika Birleşik Devletleri'nde öğrencilerin artık bantlardan dinleyerek ve ekranda izleyerek dersleri öğrendiklerini, sınavlara hazırlandıklarını görmüştüm. İlerleyen teknolojilerin artık bilgisayar ekranı üzerinden derslerin evde

¹⁸ Bolonya Süreci'ne Türkiye 2001 yılında dahil olmuştur. Genel olarak bkz.: Basedow, *Breeding Lawyers for the Global Village: The Internationalisation of Law and Legal Education*, in: *Juristen in Europa* (Ed. Filippo Ronieri, 2014, S. 69).

¹⁹ Sınır ötesi hukuk öğretimi konusunda bkz.: Jan De Groof, *On Transnational Education*, in: *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law*, Liber Amicorum Paul Demaret (Editörler: Govere / Hanf, S. 31 vd. Bu makalede ortak programlardan ve yavru kampüslerden söz ediliyor, S. 32 vd.

²⁰ Şemaların, diyagramların veya diğer görüntülerin mahkemelerde de avukatlar tarafından kullanılması hakkında bkz. Adam L. Rosman, *Visualizing the Law: Using Charts, Diagrams and Other Images to Improve Lega Briefs*, *J. of Legal Education*, 2013, 70 vd.

izlenmesine, izleyenlerin istedikleri zaman öğretim üyesine ve birbirlerine soru sormalarına ve cevapları almalarına, konuları tartışmalarına olanak sağladığını biliyoruz. Sınavların da artık bilgisayar üzerinden verilen soruları evde cevaplandırılması mümkün olabilecektir.

E. Neler öğretilmeli? Derslerde öğrencilere aktarılan pek çok bilginin ayıklanabileceği, bu suretle kazanılan zamanın daha verimli bir biçimde kullanılabilmesi de söylenebilir. Hukuk öğretiminin amacı her ayrıntının derslerde anlatılması olmamalıdır.²¹ Hitap ettiği okuyucu kitlesine göre öğrencilere tavsiye edilen kitapların içeriklerinin de değişmesi doğru olacaktır.²² Derslerde ele alınacak konuların değişmeyen esasları olduğu gibi, değişken kısımları da bulunmaktadır. Bir kısım konular zamanla önemlerini yitirmekte, bunların yerini yeni konular almaktadır. Örneğin Roma hukukunun bugünkü hukuka olan etkisi gittikçe azalmıştır. Medeni hukuk ve borçlar hukuku alanında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bazı konular uygulamada ya hiç karşımıza çıkmamakta veya eskimiş bulunmaktadır. Bunların yerini tüketici hukuku denilen, taraflarının tüketici ve işletmeci olduğu hukuki ilişkiler almıştır.

Diğer taraftan toplumdaki gelişmeler, ekonomik faaliyetlerdeki yenilikler, yeni değerlerin ortaya çıkmasına ve bunların hukuk düzenine yansımaya neden olmaktadır. Globalleşme adı verilen süreçte devletler eski egemenlik alanlarını terk ederken, ülkelerin hukukları evrenselleşen yeni değerlerin eşliğinde birbirlerine yaklaşıyorlar; devletler üstünde yepyeni bir hukuk, uluslararası hukuk alanı, ortaya çıkıyor. Devlet mahkemelerinin yanında özel mahkemeler olarak hakem mahkemeleri gittikçe önem kazanıyor.

Öğretilecek konuların yeniden süzgeçten geçirilmesi ders saatlerinde bir tasarrufa olanak sağlayarak, pratik çalışmalara ve takım çalışmalarına daha fazla zaman ayrılmasını mümkün kılacaktır. Esasen devlet üniversitelerinde hukuk öğrencilerine anlatılan konuların ders saatlerinde bir farklılık da bulunmaktadır. Genellikle devlet üniversiteleri, bütün yıl süren ders programlarını terk etmek istememekte, buna karşın vakıf üniversitelerinin bir

²¹ Ne yazık ki, ders kitaplarının hacmi, öğretim üyesinin öğrendiği her bilgiyi kitabına geçirme güdüsü ile ve dersin önemini gösterebilmek düşüncesi ile her geçen yıl büyümektedir. Buna karşın, S.Ş. Ansay mesleğinin ileri günlerinde 4 ciltlik Hukuk Yargılama Usulleri kitabını kısaltarak tek bir kitap haline getirebilmişti. Baki Kuru'nun yargılama hukuku hakkındaki eserlerini de örnek olarak gösterebiliriz.

²² Kemal Gözler'in genel hukuk hakkında dört farklı okuyucu için yayınlanmış ayrı kitaplarının bulunduğunu belirtiyim: "Hukukun Genel Kavramları"; "Hukukun Genel Teorisine Giriş"; "Hukuka Giriş"; "Genel Hukuk Bilgisi". Bankacılık Enstitüsü (Ankara Hukuk Fakültesi) de bir süreden beri bankacılar için hukuk kitapları yayınlamaktadır.

kısımında 14 haftalık 2 yarıyıl esaslı uygulanmaktadır. Yeni öğretim teknolojileri uygulandığında bu sürenin daha da kısalabileceği olanaklıdır. Ayrıca, uzun süren yaz tatillerinin de avukatların yanında veya mahkemelerde değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Amerika'daki hukuk fakültelerinde 1 kredi saati için öğrencinin, ders saati dışında 2 saat çalışması öngörülmektedir. Bir yarıyıldaki kredi sayısı 15 üzerinden hesap edildiğine göre, öğrencilerden haftada ortalama 45 saat öğrenmeye zaman ayırmaları beklenmektedir. Ders saatleri bakımından genellikle vakıf üniversitelerinde verilen sosyoloji, psikoloji, tarih, ekonomi gibi genel kültür derslerinin saatlerini indirdiğimizde vakıf üniversitelerinde salt hukuk öğrenimine ayrılan ders saatlerini daha da az olacağı görülecektir.²³

Bundan şu sonuç çıkarılabilir: Daha az ders saati ile hukuk öğretimi yapılabilirse, hukuk fakültelerini ders programlarını gözden geçirmeleri gerekecektir. Eğer bulduğum rakamlar doğru ise, ortaya çıkan bu israfın daha yararlı bir yönde giderilmesi gerekir mi sorusu sorulabilir. Bazı hukuk fakültelerinde başlanan “çifte diploma” uygulamalarının da hukuk öğretiminin daha kısa zamanda sağlanabileceğini acaba bize göstermiyor mu?

Çoğalan hukuk fakülteleri arasındaki rekabet, yayınların artmasına sağlamıştır. Bugün artık her konuda birden çok ders kitabı bulunmaktadır. Öğrenciye yönelik ders kitabıyla, uygulamanın ihtiyacını karşılamak için çıkarılan el kitaplarının zamanla birbirlerinden iyice ayrılması mümkün olacaktır. Ders kitaplarının yanında örnek olay kitaplarının sayısı da gittikçe artmaktadır. Bu gelişmeler öğrencilere, kendilerine en uygun kitabı seçebilmek olanağını sağlamaktadır. Hitap ettikleri öğrenci profiline göre konuları farklı bir düzende ele alan kitapların sayısı da artmaktadır.

Artan hukuk fakültesi sayısının hiç olmazsa büyük şehirlerde bir ağırlık iş bölümüne yönlendirmesi kanımca gereklidir. Bu suretle öğrenciler hukuk fakültesine girerken yöre ve fakültelerde verilen konu ağırlıklarına göre seçimlerini yapabileceklerdir.

Hukuk öğretiminin amacının ne olması gerektiği de tartışmalıdır.²⁴ İlk başlarda ülkemizde amaç yargıç ve savcı yetiştirmektir. Daha sonra bu yelpaze genişlemiştir. Mezunların avukat olmaları ve diğer mesleklere girmeleri, siyasete atılmaları, devlet memuru olmaları (dış işlerinde görev)

²³ Öğrenim süresi hakkında bkz.: A.W.Heringa, Legal Education. Reflections and Recommendations, Metro 2013, S. 71 vd.

²⁴ Bu hususta bkz.: A.W.Heringa, Legal Education. Reflections and Recommendations, 2013, S. 13 vd..

amacın tartışılmasına neden olmuştur. Bugün danışmanlık da avukatlığın bir yeni dalı olmakta ve büroda çalışmaya yönelmeyi sağlamaktadır. Hukuk eğitimi, bugün dahi, ayrıca genel bir üniversite formasyonu vermesi ve çeşitli alanlarda başarılı olunabilmesi bakımından tercih edilmektedir. Demokratik toplumlarda hukuk tahsili karşıt görüşleri de düşünmek zorunda olmayı, farklı bakış açılarının bulunacağını görmeyi öğreten²⁵ bir yüksek öğretim alanıdır.

Ülkemizde uzun süre yeterli hukukçu bulunmadığından ve sadece iki hukuk fakültesinde hukuk eğitimi yapıldığından, hukuk fakültesi mezunlarının yargıçlık veya avukatlık mesleğine girebilmeleri için bir sınav yapılması zorunluluğu doğmamıştı. Buna rağmen bir süreden beri yargıçlık ve savcılık için staj şartı aranmakta ve ardından sınavlar açılmaktadır. Avukat olmak isteyenler için bir baro sınavının yapılması kanunla düzenlenmiş olmasına rağmen sınavlar hep ertelenmiştir. Oysa, hukuk mezunlarının ve avukatlık mesleğine girenlerin sayısı hızla artmaktadır. YÖK, ülkemizdeki bütün üniversiteler ve öğretim dalları için var olan merkezi bir kuruluş olduğundan, sadece çeşitli dalların mesleki bakımdan önemli bir parçası olan hukuk fakültelerinin gözetim ve denetiminde başarılı olabilmesinin engelleri bulunmaktadır.²⁶ Denetim ve gözetim altındaki hukuk fakültelerinin arasında da bir farklılık olduğu gerçektir. Öncelikle, devlet ve vakıf üniversitelerinin beklentileri farklıdır. Kampüs üniversiteleri ile kent üniversitelerinin de sorunları farklıdır. Kampüs üniversitelerinde bütün öğretim birimleri aynı yerde olduğundan genel temel derslerin verilmesi ve bunlar arasından öğrenciler tarafından bir seçim yapılması önemli ölçüde kolaylaşmaktadır. Büyük kentlerin uzak köşelerinde veya taşra üniversitelerinde öğretim üyesi bulmanın güçlüklerine ayrıca değinilmelidir.

Artan fakülte sayısı da göze alındığında, hukuk öğretimini YÖK'ün tek başına denetlemesi, gözlemlemesi mümkün görünmüyor. Özellikle öğretim üyelerinin kalitesi ancak onları yakından izlemekle mümkün olabilir. Diğer taraftan hukuk eğitimi, YÖK'ün dışında baroları ve Adalet Bakanlığını yakından ilgilendiriyor. Bu ve diğer konularda ilgililerin temsilcilerinden oluşan ayrı bir kuruluşun yol gösterici standartları belirleyip öğrencilerin ve ilgililerin bilgisine sunması yöntemi uygulanabilir.

²⁵ Bkz: Sherman J. Clark, Law Schools and Liberal Education, J of Legal Edu., 2013, S. 235 vd., özellikle S. 245.

²⁶ Başka ülkelerde hukuk doktorası yapılırken, Türkiye'de gençler Sosyal Bilimler Doktorası yapmaktadırlar. Bunun nedenini hukukçu olarak anlamakta güçlük çekiyorum.

III. SONUÇ:

Hayatın ve bununla yan yana ilerleyen ekonominin hastalıklarına adil çözümler getirmekle görevli hukukçunun yetiştirilmesi, toplumdaki gelişmelere ayak uydurmak zorundadır. Hukuk fakültelerinde hukuk öğretimi de statik kalamaz. Ülkemizde hukuk öğretimi devlet üniversitelerinin yanında paralı vakıf üniversitelerinin kurulabilmesi ile çok boyutlu bir hal almıştır. Her iki türün sorunlarında farklılık olduğu gibi, öğrenci sayılarına, büyük kent, taşra veya kampüs üniversitelerinin parçası olmalarına, eskilik veya yenilikleri gibi diğer kıstaslara göre birbirlerinden farklılık göstermektedirler. Sorunların bir kısmı yenilenen teknolojilerle ilgilidir. Fakat toplumda gelişen değerler ve hukuk düzeninin temelinde ortaya çıkan gelişmeler nedeni ile hukuk öğretimi çağdaş bir süzgeçten geçirilmek zorundadır. Bu sorunları, esas itibariyle üniversite düzeyinde çözümlenmek için yaratılan YÖK'ün tek başına gidermesini beklememeliyiz. Artan hukuk fakültesi sayısı bir otokontrol düzenin kurulmasını gerektiriyor. Bu hususta, kongre biçiminde başlatılan çalışmaların devam etmesi ve bu devamı sağlayacak bir kurulun oluşturulması yararlı olacaktır.²⁷ Ancak hukukçuların ve uzman eğitimcilerin birlikte çalışmaları ve gelişmeleri yakından izlemeleri ile hukuk öğretimi daha iyiye doğru götürülebilir. YÖK gibi üniversitelerden sorumlu bir devlet kuruluşunun yanında, ayrıca, hukuk öğretimi yapan fakültelerin de bu öğretime bilimsel katkıda bulunmalarını beklemeliyiz. Merhum *Güriz* bu konuda öncülük yapanlardan biri olmuştur. Son zamanlarda her yıl başka bir hukuk fakültesinin önderliğinde hukuk öğretimi kongreleri yapılmaktadır. Her seferinde somut konuların ele alınıp tartışmalarının sağlanması suretiyle bunların devam etmesi, oralarda YÖK, Adalet Bakanlığı, Baroların temsilcilerinin ve hukuk fakültelerinden gelen bilimcilerin de katkısı ile hukuk öğretimi konusunda yeni görüşleri ortaya koymalarının çok yararlı olacağını çizerek belirtmeliyim.

²⁷ Japonya'da YÖK'ün benzeri bir kuruluş olan National Educational Advisory Council yol gösterici nitelikteki minimum kuralları oluşturmaktadır. Bkz: Matsu, Turbulence Ahead, The Future of Law Schools in Japan, Journal of Legal Education, 2012, S. 3 vd., 12.

BİR İNSAN HAKKI OLARAK İNTERNET*

Duygu Hatıpoğlu Aydın**

I. GİRİŞ

İnternet ve İnternet'e erişim hakkı son yılların önemli konularındandır. İnternetin yurttaşları güçlendirme ve eşitliği ve demokrasiyi geliştirme potansiyeline rağmen, hükümetler İnternet'i içerik ve erişim engelleme ya da gözetim için DPI (Deep Package Inspection- Derin Veri Analizi) uygulamalarıyla denetlemektedir. İnternet aynı zamanda ticareti ve fikri mülkiyet haklarını koruyan düzenlemeler yoluyla ve İnternet'e erişim için gerekli teknik altyapının mülkiyet ve sahiplik hakları aracılığıyla şirketlerin kuşatması altındadır.

Birleşmiş Milletler, İnternet erişimini bir insan hakkı olarak kabul etmiştir. Ancak İnternet haklarının kullanılması, mülkiyet ilişkilerinin sorgulanması açısından hayattır ve İnternet kullanıcıları, tüketici olmak yerine hak sahipleri olarak İnternet yönetimine katılmak için çaba sarf etmek zorunda kalmaktadır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde Birleşmiş Milletler'in İnternet'e erişim hakkını bir insan hakkı olarak kabul etmesi değerlendirilecek, devam eden bölümlerde hegemonik insan hakları söylemi bağlamında güvenliğin ve mülkiyetin korunmasının İnternet ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılacak ve İnternet'in insan hakları çerçevesinde nasıl belirlendiğine değinilecektir.

* Bu metin, 3-6 Eylül 2013 tarihleri arasında Fransa/Toulouse'da gerçekleştirilen International Sociological Association/Research Committee on Sociology of Law Congress 2013 Sociology of Law and Political Action etkinliğinde İngilizce olarak sunulmuştur.

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

II. İNTERNET'E ERİŞİM HAKKI

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin 29 Haziran 2012 tarih ve A/HRC/20/L.13 sayılı “*İnternet'teki insan haklarının desteklenmesi, korunması ve haktan faydalanma*” başlıklı kararı ile, İnternet bir “insan hakkı” olarak tanımlanmıştır. Bu karara göre, “insanların *offline* durumda sahip oldukları, özellikle ifade özgürlüğü alanındaki hakların aynısına *online* durumda da sahip oldukları, burada sınırlara bakılmayacağı ve kişinin sececeği herhangi bir medya aracılığı ile uygulanabileceği, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddeleri uyarınca” onaylanmıştır.¹

Birleşmiş Milletler'in kararı ile her ne kadar İnternet erişimi bir insan hakkı olarak kabul edilmişse de, İnternet'in bir hak olarak tanımlanıp tanımlanmayacağına dair tartışmalar devam etmektedir. Örneğin Vinton G. Cerf, “teknoloji, haklara olanak sağlar, kendisi bir hak değildir” diyerek, İnternet'in bir insan hakkı olamayacağını söylemiştir.² Ona göre, örneğin, bir zamanlar geçinmek için at sahibi olmak gerekir ama “insan hakkı” olan geinmektir, at sahibi olmak değil. Ancak İnternet'in sadece bir teknolojik araç olduğunu söylemek çok da kolay görünmemektedir. Bu konuda zgr Uçkan Şunları söyler:³

İnternet teknolojiden ibaret değil, teknoloji(ler) aracılığıyla yaratılmış bir ortam ve en önemlisi, etkileŐimli, sosyal ve kamusal bir ortam. Kamusal bir ortam, çünkü hepimize ait, sadece teknolojiyi geliŐtirenlere değil.

Birleşmiş Milletler sözü geçen kararına dayanak olarak zel Raportör Frank Le Rue'nn, İnsan Hakları Konseyi'nin 17. oturumuna ve Genel Kurul'un 66. oturumuna sunduğu raporları⁴ göstermektedir. Özel Raportörün raporlarında, İnternet bağlamında insan haklarının iki yönüne vurgu yapılmaktadır; içeriğe erişim ve İnternet'e erişim için gereken fiziksel ve teknik altyapıya erişim.

¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, “A/HCR/20/L.13, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the internet”, http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/20/8, E.T.: 22 Aralık 2014.

² Vinton G. CERF, “Internet Access Is Not a Human Right.”, <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>, E.T.: 24 Aralık 2014.

³ zgr UÇKAN, “İnternet Erişimi Anayasada Korunan Bir Hak Olmalı Mı?”, <http://www.sendika.org/2012/01/internet-erisimi-anayasada-korunan-bir-hak-olmalı-mi-dr-ozgur-uckan-emek-dunyasi/>. E.T.: 24 Aralık 2014.

⁴ Frank La RUE, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 16 Mayıs 2011, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, E.T.: 21 Aralık 2014.

Bu vurgularla paralel olarak raporda, temel tartışmalar iki ana başlıkta toplanmıştır; içeriğe erişim ve İnternet'e erişmek için gereken teknik altyapıya erişim. İçerik engellenmesi, farklı biçimlerde gerçekleşir. Örneğin "keyfi kısıtlamalar ya da içeriğin filtrelenmesi" başlığı altında, farklı ülkelerdeki YouTube yasağından, İnternet'in tamamen kesilmesine kadar örnekler verilmiş ve özellikle devletlerin yaptıkları kısıtlamaların yükümlülükleri ihlal ettiği belirtilmiştir. Yine "ifadenin suç sayılması" başlığı altında, online ifade özgürlüğünün kısıtlanma pratiklerinden örnekler verilmiş, blog yazarlarının yazılarından dolayı cezaevine gönderilmelerinden söz edilmiştir. İçeriğin kısıtlanması başlığı altında bir diğer pratik, "aracılarda yükümlülükleri"dir. Bu başlık altında özellikle Türkiye'de yürürlükteki 5651 sayılı Yasa'nın, yasadışı sayılan içeriği filtrelememeleri, kaldırmamaları ya da engellenmemeleri durumunda içerik sağlayıcılara, İnternet Servis Sağlayıcılara (İSS) ve yer sağlayıcılara yüklediği sorumluluklara değinilmiştir. Gizlilik ve veri koruma yasalarıyla da araçlara sorumluluk yüklenebilmektedir. Bir diğer içerik erişimine müdahale biçimi fikri mülkiyet haklarının ihlali sebebiyle kullanıcıların İnternet erişiminin kesilmesidir; ACTA (Sahtekarlık Karşısı Ticaret Anlaşması) bu pratiğin örneği olarak verilmiştir. Siber saldırılar, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasındaki yetersizlikler, içeriğe erişimin engellenmesinin diğer biçimleridir.

Raporda ikinci ana tartışma başlığı olarak "İnternet'e erişmek için gerekli altyapıya erişim" başlığı altında özellikle "sayısal uçurum" (digital divide) kavramıyla, dijital teknolojilere, bilgi ve haberleşme teknolojilerine etkili şekilde erişenler ile az ya da hiç erişemeyenler arasındaki boşluk tanımlanmaktadır. Kısaca bilgi teknolojilerine erişimdeki eşitsizlik olarak tariflenebilecek sayısal uçurumun ortadan kalkması için yapılan çeşitli çalışmalar da raporda yer almaktadır. İnternet'e erişim için gereken fiziksel ve teknik altyapıya erişim, içeriğe erişim kadar önemlidir; çünkü hakkın kullanımı için hakkın kullanım aracına ulaşılabilmesi şarttır.⁵

Bu tartışmalar etrafında çalışmada, öncelikli olarak otoriter devlet sistemini ve mülkiyeti korumayı amaçlayan bir hukuk sisteminde, insan hakları bağlamında İnternet hakkının potansiyeli ve sınırlılıkları ele alınmaktadır. Bir sonraki bölümde İnternet hakkına dair mevcut hukuki yaklaşımlarda liberal insan hakları söyleminin etkisine bakılacaktır. İnternet önemli bir mücadele alanı olarak bir insan hakkına konu olduğunda, hakkın içeriği, bu mücadelenin sonuçlarına göre şekillenecektir.

⁵ Duygu HATIPOĞLU AYDIN, "Piyasa İlişkilerinde İnsan Hakkı: Türkiye'de Bir İnsan Hakkı Olarak İnternete Erişim Hakkının Olanakları ve Sınırları", *Yeni Medya Çalışmaları 1. Ulusal Kongresi-Kongre Kitabı* içinde, (Derleyenler: Burak Özçetin, Gamze Göker, Günseli Bayraktutan, İdil Sayımer, Tuğrul Çomu), Alternatif Bilişim Derneği, Aralık 2013, s. 454.

III. İNSAN HAKLARI SÖYLEMİNE BAKIŞ

İnsan hakları, geniş bir alana yayılır, anlamsal değeri ve referans alanı, farklı pek çok ve hatta çelişen eylemleri ve söylemleri kapsar. Michel Villey, bu durumu, insan haklarının “gerçek dışı ve hatta aciz”, “belirsiz” ve hatta “temelsiz ve tutarsız” olmalarıyla açıklar.⁶ Costas Douzinas ise insan haklarını “farklı anayasal, yasal, yargısal, akademik ve popüler metinler ve yorumları; insan haklarını kendi örgütlenme ilkeleri olarak kullanan uluslararası, bölgesel ve yerel, politik, hukuksal ve kültürel kuruluşlar ve eylemleri; insan hakları üzerinde çalışan hükümet kuruluşlarını ve hükümet dışı kuruluşları; bu kurumlarda çalışan personeli; çeşitli düzeylerde farklı kampanyaları, gruplar ve örgütler; bunlara dahil olan insanları; çok yönlü durumları, olayları ve bu durumları tarif etmek ya da değerlendirmek için terimi kullanan insanları kapsayan bir kavram” olarak tarifler.⁷ Douzinas’a göre, insan haklarına dair farklı bakış açıları ve karmaşa, kavramın gösterge bilim açısından anlamsal değerlendirilmesiyle giderilebilir ve haklardaki “insan”⁸ “floating signifier” (değişken imleyen)dir ve insan hakları da eksik belirtilmiş bir kavramdır⁹

Boaventura De Sousa Santos, insan haklarının “Batı yerelliğinin bir küreselleşmesi olarak evrenselleştirildiğini” vurgular. Ona göre, insan hakları politikaları, hegemonik kapitalist devletlerin ekonomik ve jeo-politik çıkarlarına hizmet etmektedir, bunun en somut örneği de Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannamesi’nin, dünya halklarının çoğunluğu dışarıda bırakılarak hazırlanmış olmasıdır. Beyannamenin özelliği bireysel hakların özellikle tanınması; medeni ve siyasi haklara, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan daha fazla öncelik tanınması; mülkiyet hakkının ise, ekonomik hakların anası olarak uzun yıllar tek başına beynamede yer almasıdır.¹⁰ İnsan haklarının ihlalinin egemen devletler (Birinci Dünya) bakımından anlamı genellikle medeni hakların ihlali iken, Üçüncü Dünya bakımından somut bir

⁶ Michel VILLEY, *Il Diritto E I Diritti Dell'uomo*, Cantagalli, 2009, s. 23–24. Ayrıntılı bir tartışma için bkz. Duygu HATIPOĞLU AYDIN, “Santos’un Teorisinde Karşı-Hegemonik Hukuk Arayışları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 126-7.

⁷ Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, 2007, s. 8–9., HATIPOĞLU AYDIN, 2013, S. 127.

⁸ 'Man' of *droits de l'homme* ya da 'human' of 'human rights'

⁹ Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights*, Hart Publishing, 2000, s. 255., HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 126.

¹⁰ Boaventura De SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2. baskı, Butterworths, UK 2002, S. 271., HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 129.

şiddet söz konusudur. İnsan hakları söylemi, Üçüncü Dünya'yı, evrensel emirlerinin konuşlandırılması için bir etki alanı olarak görür ve onu nesneleştirir.¹¹

Günümüzde egemen insan hakları anlayışı “*liberal demokrasi*”den bağımsız değildir. Liberal söylem açısından, “*medeni ve politik haklar, sosyal ve ekonomik haklar üzerinde mutlak bir güce sahiptir. Serbest seçimler ve serbest piyasa yazıt-tura gibidir: en az devlet müdahalesiyle, rekabetçi değişime bulaşan faydacı bireylerin eylemleri yoluyla ortak iyiye ulaşmak*”.¹² Cees J. Hamelink siber alanda insan haklarının yeriyile ilgili tartışmasında benzer bir noktayı vurgular:¹³

'Yeni düzen'in özünde, temiz bir toplumun gerçekleştirilmesinde piyasa güçlerinin oynadığı kurucu role olan inanç vardır. Ortak akıl böyle gider. İnsan haklarının savunulmasına saygı gösteren bir toplum demokratik bir toplumdur. Demokrasi, insanların ihtiyaçlarının ve isteklerinin özgürce ifade edildiği politik bir tertiptir. Piyasa insanların ihtiyaçlarının ve isteklerinin tatmin edildiği ekonomik bir tertiptir. Cennette yapılmış bir evlilik!

Ana akım insan hakları tartışmasına en ciddi eleştiriler, eleştirel kuramcılar tarafından getirilmiştir, bunların çoğu da liberal anlamda hak kavramını kabul etmemektedirler.¹⁴ Eleştirel kuramcılardan biri olarak Douzinas, liberal hukuk biliminin hakları ve insan haklarının tarihsel, yapısal ve politik olarak ayrılmaz olduklarını iddia ettikleri, insan haklarına dair liberal söylemin oldukça yaygın olduğu, insan haklarının pozitif hukuka dahil olmasının ve küreselleşmesinin politik modernitenin sonuna işaret ettiğini, küresel ekonominin aynı şeyi Leviathan'a yaptığı sonuçlarına varır¹⁵

Bir taraftan da BM ve ilgili kuruluşlar güdümünde küresel bir yasal insan hakları yapısı, çok uluslu şirketlerin korunması için uluslararası bir mevzuata sahip olunabileceğine dair fikri beraberinde getirir. Şirketler için bir tür “insan hakları” mevzuatının başlıca kurumları MIA (Multilateral Investment Agreement- Çok Taraflı Yatırım Anlaşması) ve Dünya Ticaret Örgütü'dür. Santos, bu “*küresel anayasallaştırma*” fikrinin ana hedefinin

¹¹ Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, 2003, s. 171., HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 130.

¹² Boaventura De SOUSA SANTOS, “Globalizations”, *Theory, Culture & Society*, 23 (2006), 2–3, s. 394., HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 130.

¹³ Cees J. HAMELINK, *The ethics of cyberspace*. London; Thousand Oaks, Calif.: SAGE Publications, 2000, s. 72–73.

¹⁴ Gary MINDA, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, *Ohio State Law Journal*, 50 (1989), s. 649. HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 130.

¹⁵ DOUZINAS, 2000, s. 373–374. HATIPOĞLU AYDIN, 2013, s. 131.

“*insan haklarının ve hatta temsili demokrasinin katılımcı demokrasi ile yan yana geldiği bir demokrasinin devrimci potansiyelini nötralize etmek*” olduğunu belirtir.¹⁶

Doğrusu, kurallar toplumsal ya da politik yapıdan bağımsız değildir. Uluslararası hukukun ağırlıklı olarak bir liberal politik proje anlamına geldiği yerde, “*insan hakları uluslararası hukukun etik yüzüdür*”.¹⁷ Kate Schick' göre, “*insan hakları liberalizmin etik yüzüdür; günümüzün politik söylemine nüfuz etmiştir ve olağanüstü bir çekiciliğe sahiptir. Kural-temelli karakteri bu çekiciliğe katkı sağlar, aynı zamanda zayıflığına da*”.¹⁸

Hegemonik olarak insan hakları söylemi, teknokratlar tarafından metalaşmış ve profesyonelleştirilmiş ve bazen güçlü gruplar tarafından gasp edilmiştir, böylece insan haklarına asıl ihtiyacı olanlar yani yoksullar ve ezilenlerden, onların mağduriyet deneyimlerinden uzaklaşma tehlikesine girmiştir.¹⁹ Bu halde, İnternet'e erişim hakkına kolektif anlamını kazandıracak olan, İnternet alanında hükümetlerin ve şirketlerin faaliyetlerinin, güvenlik ve özel mülkiyetin korunması hedeflerinin alanı nasıl belirlediğini ortaya koymaktır.

IV. İNTERNET VE GÜVENLİĞİN VE MÜLKİYETİN KORUNMASI

İnternet'e erişim hakkının bir insan hakkı olarak kabulünün anlam ve netice ifade edebilmesi İnternet alanının nasıl bir alan olduğunun anlaşılmasına bağlıdır. Ağların ağı olarak İnternet'i bir iletişim aracı olarak kavramak, onun ortaya koyduğu kapasiteyi tam olarak yansıtamayacaktır. İnternet bu anlamda bir araç olmaktan ziyade, pek çok amacın aynı anda gerçekleştiği bileşik bir ağ yapısıdır. Bu yapı sürekli gelişmekte ve değişmektedir.

Birleşmiş Milletler “The World Summit on the Information Society” (WSIS) “İnternet yönetişimini” (*internet governance*) şöyle tanımlamaktadır: “*Hükümetler, özel sektör ve sivil toplum tarafından, herkesin kendi durduğu noktadan, ilkeler, normlar, kurallar ve karar alma süreçlerinde paylaşılan*

¹⁶ Roger DALEA ve Susan ROBERTSON, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, *Globalisation, Societies and Education*, 2 (2008), 2, s. 152.

¹⁷ Kate SCHICK, “Beyond Rules: A Critique of the Liberal Human Rights Regime.” *International Relations*, 20 (2006), 3, s. 321.

¹⁸ SCHICK, 2006, s. 326.

¹⁹ William TWINING, *Human Rights, Southern Voices: Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai ve Upendra Baxi*, (Derleyen William TWINING), Cambridge University Press, 2009, s. 2.

uygulamalar ve gelişimler ve İnternet'in kullanımını ve dönüşümünü şekillendiren programlardır".²⁰ Bu koşullarda, İnternet, yönetiminde kullanıcıların, devletlerin, şirketlerin, derneklerin vb. olmasının beklendiği çok taraflı bir alandır. Bu tanımı idealden uzaklaştıranın, İnternet alanında, devletleri, kullanıcıları ve şirketleri, sürecin aktif ve en önemlisi eşit unsurları olarak görme eğilimiyle, İnternet alanının bu unsurlar tarafından özgür ve eşit bir şekilde biçimlendirildiğine olan kapalı inanç olduğu söylenebilir. Oysa gündelik hayatımızda görebiliriz ki, İnternet, kullanıcılar, devletler ve şirketler arasında bir "iktidar" alanına dönüşmüş durumdadır. Herkes, tüm taraflar, bu oldukça popüler ve diğer yandan eşitlikçi ve demokratik zeminler kurma potansiyeli olan İnternet alanını, kendi beklentileri ve çıkarları doğrultusunda şekillendirmeye çalışmaktadır. Bu noktada güvenlik ve mülkiyet, İnternet'in düzenlenmesi ve yönetişimini belirleyen iki kilit kavramdır.

Güvenlik ve mülkiyetin korunması tartışmaları ışığında İnternet'in regülasyonu modern devletin "polis" kurumuyla da doğrudan ilişkilidir. Neocleous liberalizmin güvenliği özgürlükle az çok eş anlamlı kullandığını ileri sürer. Bu iddiasına dayanak olarak da Adam Smith'in kişilerin özgürlüğüne ve güvenliğine aynı anda referans vermesinde, Montesquieu'nun "siyasi özgürlük güvenliğe dayalıdır" iddiasında ve Bentham'ın "özgürlük hakkında berraklaşmış bir düşünce bizi, onu güvenliğin bir kolu olarak addetmeye sevk edecektir" önermesinde bulur.²¹ Güvenlik, "güven içinde sahip olma özgürlüğü" yani mülkiyet özgürlüğü anlamına gelmiştir; "*böylelikle güvenlik kavramı, burjuva toplum içerisinde, bağımsız ve öz-çıkar güdümlü bir biçimde mülkiyet peşinde koşma egoizminin ideolojik garantisi olmuştur. Bu haliyle de burjuva toplumunun en muteber kavramı haline gelmiştir.*"²²

İnternet düzenlemelerinde "güvenlik", özellikle sansüre meyleden/meyledecek uygulamaların meşruluğunun sağlanması bakımından oldukça kullanılan bir söylemdir. İnternet'te güvenlik söyleminin bir bölümünün, yurttaşların güvenliğini sağlamak amacıyla denetleme mekanizmalarının sağlamaştırılması olduğu söylenebilir. Güvenliği sağlayan polis araçlarından biri de "gözetim"dir. Modern gözetimin tarihi de kapitalizmin tarihiyle eş zamanlıdır. Gözetim, iktidarın bu işleyiş biçiminde vazgeçilmez bir yer tutar. İnternet'in de bu gözetimin gerçekleşeceği alanların başını çektiği söylenebilir. İnternet üzerinden iletişim "paket" adı

²⁰ Jovan KURBALIJA, *An Introduction to Internet Governance*. DiploFoundation, 2010, s. 5.

²¹ Mark NEOCLEOUS, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*. Sterling, VA, Pluto Press, 2000, s. 74.

²² NEOCLEOUS, 2000, s. 76.

verilen küçük veri kümeleri aracılığıyla gerçekleşir. Bu paketler başlıca iki kısma ayrılır: Adres ve içerik. Adres kısmında paketin nereden nereye gittiği bilgisi yer alır. Normal olarak İnternet'e erişim sağlayan servis sağlayıcıların paketleri sadece hedef adreslerine iletmeleri, içeriğini gözetlememeleri gerekir. Bu, postanede mektupların içeriğinin okunmayarak sadece zarf üzerindeki adreslere iletilmesine benzer. Ancak son zamanlarda “**Deep Packet Inspection (DPI)**”²³ ismiyle anılan sistemler veri paketlerinin içeriklerinin de okunabilmesini mümkün kılmıştır. Bu sayede kimin kimle, hangi içerikle haberleştiği ve herkesin ziyaret ettiği İnternet siteleri devlet ve İnternet Servis Sağlayıcılar tarafından takip edilebilmektedir.²⁴

Benzer şekilde, NSA (National Security Agency), PRISM isimli bir gözetleme programı ile, dünya çapına yayılmış geniş bir gözetimin baş aktörü olmuştur.²⁵ NSA Google, Facebook, Apple ve benzeri sistemlere doğrudan erişim temin etmiş²⁶ ve buralardan ses kayıtlarını, video görüşmelerini, fotoğrafları, e-postaları, belgeleri ve bağlantı logları (kütükleri) kaydetmiştir.²⁷ Kitlesel gözetim, mahremiyet hakkını ihlal eder. NSA, çeşitli ülkelerden kişisel verileri toplamış ve kitlesel gözetim yoluyla mahremiyet hakkını ihlal etmiştir.

Mülkiyetin korunması amacı, İnternet'te paylaşımları engelleyen düzenlemelerle sonuçlanmıştır. Şirketler telif ya da fikri mülkiyet haklarını korumak için davalar açmaktadır ve hukuk kuralları da özel mülkiyeti koruma eğilimindedir. Örneğin 400,000 ile bir milyon arası ücretsiz dijital kitap barındıran “library.nu” (eski Gigapedia) 2012'de , uluslararası akademik yayıncıların bir araya gelip telif haklarının çalındığı suçlamasıyla açılan davada Münih'te bir mahkeme tarafından kapatılmıştır.²⁸ Ayrıca ulus devletler İnternet

²³ Melih KIRLIDOĞ, Özgür UÇKAN ve Işık Barış FİDANER, “Deep Packet Inspection: Privacy and Communication Rights Violations.” *Deep Packet Inspection: Privacy and Communication Rights Violations* içinde, İzmir, 2011.

²⁴ “Türkiye'de İnternetin Durumu 2012”, https://www.alternatifbilisim.org/wiki/T%C3%9CRK%C4%B0YE%E2%80%99DE_%C4%B0NTERNET%E2%80%99%C4%B0N_DURUMU, E.T.: 24 Aralık 2014.

²⁵ “Global surveillance disclosures (2013–present)”, http://en.wikipedia.org/wiki/Global_surveillance_disclosures_%282013%E2%80%93present%29, E.T.: 20 Nisan 2015.

²⁶ Glenn GREENWALD ve Ewen MacASKILL, “NSA Prism Program Taps in to User Data of Apple, Google and Others.” *The Guardian*, June 7, 2013, sec. World news. <http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>, E.T.: 4 Mart 2015.

²⁷ Barton GELLMAN ve Laura POITRAS, “U.S., British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program.” *The Washington Post*, June 7, 2013. http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, E.T.: 17 Aralık 2014.

²⁸ “The Disappearing Virtual Library.”, <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/02/2012227143813304790.html>. E.T.: 15 Aralık 2014.

düzenlemeleri konusunda etkisiz kalabilmektedirler. Bu konudaki örnekler olarak SOPA (Stop Online Piracy Act) ve PIPA (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act) gibi ABD'de gündeme gelmiş yasa tasarıları ya da ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) gibi, bir yandan uygulanması tüm İnternet kullanıcılarını doğrudan etkileyecek, diğer yandan devletlerin şirketlerin amaçlarına adeta tabi kılındığı ve bu yolla fikri mülkiyet hakları için uluslararası standartlar oluşturmayı amaçlayan çok uluslu anlaşmalar uzun süre gündemi meşgul etmiştir.

İnternetin ağ yapısı, bilgi paylaşımının esnekliği ve olanaklılığı, diğer kitle iletişim araçlarına oranla “daha eşitlikçi ve daha demokratik olma potansiyeli” İnternet’i cazibe merkezi haline getirmektedir. Bu aynı anda İnternet’in menfaatlerin çatıştığı bir alan olması sonucunu doğurmaktadır. Bu çatışmanın bir tarafında İnternet, hükümetler ve şirketler tarafından güvenlik söylemi ve mülkiyeti koruma amacıyla düzenlenmektedir. Diğer tarafta ise özgür yazılım topluluğunu, hackerları, halkları, İnternet’in iletişim, örgütlenme, bir araya gelme olanaklarını kullananları ve bilgi akışına istedikleri şekilde müdahale edenleri kapsayan geniş İnternet kullanıcıları yer almaktadır. Bu iki taraf arasındaki mücadele aynı zamanda İnternet’in eşitlikçi ve demokratik doğası ile verili yönetim biçimleri arasındaki bir mücadele olarak da okunabilir.

Bu bağlamda İnternet’te insan hakları konusunda, liberal insan hakları söyleminin İnternet’i bir insan hakkı olarak somut bir temele oturtmak konusunda başarısız olduğu söylenebilir. Örnek vermek gerekirse BM’nin “İnternet’teki insan haklarının desteklenmesi, korunması ve haktan faydalanma” kararının özünü ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Jonathan W. Penney, İnternet’e erişim hakkının modern düşüncesinde iki entelektüel fikir akımının etkisi olduğunu belirtir; siber-libertaryanizm (*cyber-libertarianism*) ve uluslararası iletişim hakkı.²⁹ BM kararına dayanak teşkil eden Frank La Rue’ün raporunda temel vurgu Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 19/2 maddesine atıfla, “her çeşit bilgiyi ve fikri araştırma, edinme ve iletme hakkı”dır.³⁰ Bu vurgunun kökeninde ise ABD ve Batı etkisinde, 1940 ve 50’lerde ortaya çıkan “serbest akış doktrini” (*free flow doctrine*) ile yakından bağlantılı “serbest bilgi akışı paradigması” (*free flow of information paradigm*) vardır. Bu paradigmada ABD ve Batı etkisinin yanında savaş sonrası dönemin ve bu dönemde öne çıkan bilginin ve söylemin uluslararası

²⁹ Jonathan W. PENNEY, “Contemporary Issues in Cyberlaw: Internet Access Rights: A Brief History and Intellectual Origins.” *William Mitchell Law Review* 38 (2011), 10, s. 16.

³⁰ PENNEY, 2011, s. 21.

sınırlanmamış şekilde akışına ilişkin vurgunun etkisinin de büyük olduğunu belirtir. Ona göre:

(Bu paradigmada) uluslararası hukuk ve siyasette, bilgi özgürlüğü sadece bir savaş propagandası ve sansür olarak değil, aynı zamanda özgür ifade, ilerleme ve barış gibi diğer önemli haklar, özgürlükler ve menfaatlerle bağlantılı kurucu nitelikte bir hak olarak desteklenmiştir.³¹

Penney, raporu bu paradigma ışığında okur ve bu paradigmanın üç ilkesinin, BM'nin İnternet'e erişim hakkı kararına temel teşkil eden raporu ve dolayısıyla hakkın içeriğini belirlediğini açıklar. Penney'in bahsettiği ilkeler; "ifadeye bağlı temel ya da kurucu özgürlükler olarak bilgi özgürlüğü(nün kavramsallaştırılması)", "bilginin 'serbest akışı'" ve "bilgi ve ifade özgürlüğü için kitle medyasının ücretsiz ve erişilebilir olmasının önemi"dir.³²

Diğer yandan, tek başına ifade özgürlüğü tartışması, İnternet'i ve İnternet temelli hakları açıklamaya yetmemektedir. Örneğin, İnternet erişimine dair tartışmalarda altyapı üzerindeki sahiplik hakları sorgulanmalıdır. Türkiye'de, telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesinden sonra, ana ve en yaygın İnternet altyapısı tek bir özel şirkete devredilmiş, böylece şirket 'fiili' tekel haline gelmiştir. İnternet kullanıcıları da bu durum karşısında hak sahibi değil, ancak tüketici olabilmektedirler.

İnternet'in karmaşık yapısı ve etki alanları itibariyle, İnternet'e erişim hakkının bireysel bir hak olarak kavranması da hakkı tam karşılayamamaktadır. İnternete erişim hakkının temelinde ifade özgürlüğü gibi bir bireysel hakkı yerleştirmek, bir yandan "burjuva hukuk ideolojisinin liberal versiyonunun kavramsal dizinine özgür irade mitosundan girmek"tir. Özgür irade mitosuna göre "gelişmiş bir meta ekonomisinde taraflar, piyasa işlemlerini özgür iradeleriyle içine girdikleri varsayılan sözleşme ilişkisi üzerinden yürütürler", bireysel hakların temelinde bu düşünce yatar.³³ Ancak, özellikle İnternet alanında, tarafların eşit veya denk olmadıkları ortadadır.

V. SONUÇ

İnternet, ağ yapısıyla, bilgi paylaşımını olanaklı kılma ve kolaylaştırma, potansiyel olarak demokratik olma gibi özelliklere sahiptir. Yine İnternet'in bir insan hakkı olarak tanımlanmasının mevcut kısıtlamaları aşmak bakımından

³¹ PENNEY, 2011, s. 23.

³² PENNEY, 2011, s. 38-39.

³³ Ali Murat ÖZDEMİR ve Ebubekir AYKUT, "Liberalizm ve Haklar." *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri* içinde, (Der: Yalçın BÜRKEV, Metin ÖZUĞURLU, Yasemin ÖZDEK ve Ersin Vedat ELGÜR, Ankara, NotaBene Yayınları, 2011, s. 299.

ve İnternet'in regülasyonu açısından özgürlükler lehine bir avantaj sağladığı söylenebilir. İnternet erişimi, mevcut pek çok uluslararası sözleşme ile korunan temel ve insan haklarını kesen bir alandır. Yalnızca Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi bağlamında bile, başta ifade özgürlüğü (md 19) ve örgütlenme özgürlüğü (md 20) olmak üzere, yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkı (md3), gizlilik hakkı (md 12), kamu hizmetlerine erişimde eşitlik (md 21), karalamaya karşı korunma (md 12), din ve vicdan özgürlüğü (md 18), başkalarının haklarının korunması (md 29), yönetime katılma hakkı (md 21) haklarıyla bağlantılıdır. Ancak hegemonik insan hakları söylemi İnternet'in potansiyellerini demokrasi ve eşitlik bağlamında ortaya çıkaramamaktadır. İnsan hakları mücadelelerden doğmasına rağmen, liberal söylem insan haklarını mülkiyet sistemini ve otoriter yönetim biçimlerini korumak için kullanır.

“Mülkiyetin ve güvenliğin korunması” amacı, İnternet düzenlemelerini belirler ve dahası İnternet'e ilişkin tüm devlet düzenlemeleri “güvenliği sağlamayı” ya da “güvenlik açığını gidermeyi” hedeflerken, kişisel verilerin toplanmasını da amaçlar. Bir yanda devletler vatandaşları kontrol eder, diğer yanda vatandaşların “güvenlikleri” için veri bankaları oluşturur. Böylece bu düzenlemeler bireylerin ya da grupların insan haklarını ihlal eder hale gelir. Bu düzenlemelerin bir diğer özelliği “özel mülkiyeti korumak”tır. Burada amaç mülkiyetin güvenliğini korumaktır. Özel mülkiyetin korunması kendini telif hakları olarak gösterir. SOPA-PIPA-ACTA gibi uluslararası düzenlemeler İnternet'te şirket-hükümet ilişkilerini ortaya koyar. Güvenlik ihtiyacıyla bir yandan devlet güvenliği aleyhine faaliyetler fişlenirken, öte yandan özel mülkiyeti (özellikle fikri mülkiyet haklarını) ihlal edenler de tespit edilmektedir. Böylece gerçek hayatta hegemonik devletlerin insan hakları söylemi, sanal gerçeklikte hakların ihlalinin meşrulaştırılması haline gelir.

“Modern insan haklarının tarih içindeki izini sürmek, insan haklarının yekpare bir bütün olmadığını, haklar arasında çelişkiler ve çatışmalar olduğunu ortaya koyar. İnsan haklarının bu devingen niteliği, özel mülkiyete dayalı haklar ile toplumsal yarara dayalı hakların çatışmasından ileri gelir.”³⁴ Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler'in “İnternet'teki insan haklarının desteklenmesi, korunması ve haktan faydalanma” kararı, ifade özgürlüğünü vurgulaması bakımından zayıf bir hak olarak eleştirilebilir. İnternet hakkı, tek başına bireysel bir hak olarak değil, kolektif bir hak olarak kabul edilmeli ve şirketlerin dışında bir altyapı mülkiyeti temin edilmelidir. Sonuç olarak, İnternet'e dair bir insan hakkı, İnternet'in eşitlikçi ve demokratik potansiyellerini tüm dünya için açığa çıkarabilmelidir.

³⁴ Yasemin ÖZDEK, “Marksizm ve Haklar”, *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri* içinde, (Der: Yalçın BÜRKEV, Metin ÖZUĞURLU, Yasemin ÖZDEK ve Ersin Vedat ELGÜR, Ankara, NotaBene Yayınları, 2011, s. 92.

KAYNAKÇA

- “Global surveillance disclosures (2013–present)”, http://en.wikipedia.org/wiki/Global_surveillance_disclosures_%282013%E2%80%93present%29, E.T.: 20 Nisan 2015.
- “The Disappearing Virtual Library.”, <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/02/2012227143813304790.html>. E.T.: 15 Aralık 2014.
- “Türkiye’de İnternetin Durumu 2012”, https://www.alternatifbilisim.org/wiki/T%C3%9CRK%C4%B0YE%E2%80%99DE_%C4%B0NTERNET%E2%80%99%C4%B0N_DURUMU, E.T.: 24 Aralık 2014.
- Ali Murat ÖZDEMİR ve Ebubekir AYKUT, “Liberalizm ve Haklar.” *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri* içinde, (Der: Yalçın BÜRKEV, Metin ÖZUĞURLU, Yasemin ÖZDEK ve Ersin Vedat ELGÜR, Ankara, NotaBene Yayınları, 2011.
- Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, 2003.
- Barton GELLMAN ve Laura POITRAS, “U.S., British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program.” *The Washington Post*, June 7, 2013.
- http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, E.T.: 17 Aralık 2014.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, “A/HCR/20/L.13, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”, http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/20/8, E.T.: 22 Aralık 2014.
- Boaventura De SOUSA SANTOS, “Globalizations”, *Theory, Culture & Society*, 23 (2006), 2–3.
- Boaventura De SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2. baskı, Butterworths, UK 2002.
- Cees J. HAMELINK, *The Ethics of Cyberspace*. London; Thousand Oaks, Calif.: SAGE Publications, 2000.
- Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, 2007.
- Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights*, Hart Publishing, 2000.

- Duygu HATIPOĞLU AYDIN, “Piyasa İlişkilerinde İnsan Hakkı: Türkiye’de Bir İnsan Hakkı Olarak İnternete Erişim Hakkının Olanakları ve Sınırları”, *Yeni Medya Çalışmaları 1. Ulusal Kongresi- Kongre Kitabı* içinde, (Derleyenler: Burak ÖZÇETİN, Gamze GÖKER, Günseli BAYRAKTUTAN, İdil SAYIMER, Tuğrul ÇOMU, Alternatif Bilişim Derneği, Aralık 2013.
- Duygu HATIPOĞLU AYDIN, “*Santos’un Teorisinde Karşı-Hegemonik Hukuk Arayışları*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Frank La RUE, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, *Birleşmiş Milletler Genel Kurulu*, 16 Mayıs 2011, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, E.T.: 21 Aralık 2014.
- Gary MINDA, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, *Ohio State Law Journal*, 50 (1989).
- Glenn GREENWALD ve Ewen MacASKILL, “NSA Prism Program Taps in to User Data of Apple, Google and Others.” *The Guardian*, June 7, 2013, sec. World news. <http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>, E.T.: 4 Mart 2015.
- Jonathan W. PENNEY, “Contemporary Issues in Cyberlaw: Internet Access Rights: A Brief History and Intellectual Origins.” *William Mitchell Law Review* 38 (2011), 10.
- Jovan KURBALIJA, *An Introduction to Internet Governance*. DiploFoundation, 2010.
- Kate SCHICK, “Beyond Rules: A Critique of the Liberal Human Rights Regime.” *International Relations*, 20 (2006), 3.
- Mark NEOCLEOUS, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*. Sterling, VA, Pluto Press, 2000.
- Melih KIRLIDOĞ, Özgür UÇKAN ve Işık Barış FİDANER, “Deep Packet Inspection: Privacy and Communication Rights Violations.” *Deep Packet Inspection: Privacy and Communication Rights Violations* içinde, İzmir, 2011.
- Michel VILLEY, *Il Diritto E I Diritti Dell’uomo*, Cantagalli, 2009.
- Özgür UÇKAN, “İnternet Erişimi Anayasada Korunan Bir Hak Olmalı Mı?”, <http://www.sendika.org/2012/01/internet-erisimi-anayasada-korunan-bir-hak-olmalı-mi-dr-ozgur-ucan-emek-dunyasi/>. E.T.: 24 Aralık 2014.

Roger DALEA ve Susan ROBERTSON, “Interview with Boaventura de Sousa Santos”, *Globalisation Societies and Education*, 2 (2008), 2.

Vinton G. CERF, “Internet Access Is Not a Human Right.”, <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>, E.T.: 24 Aralık 2014.

William TWINING, *Human Rights, Southern Voices: Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, YashGhai ve Upendra Baxi*, (Derleyen William TWINING), Cambridge University Press, 2009.

Yasemin ÖZDEK, “Marksizm ve Haklar”, *Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri* içinde, (Der: Yalçın BÜRKEV, Metin ÖZUĞURLU, Yasemin ÖZDEK ve Ersin Vedat ELGÜR, Ankara, NotaBene Yayınları, 2011.

JAPONYA'DA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ, TÜRKİYE'DE ARABULUCULUK VE YAŞAYAN HUKUK*

Murat Burak Aydın**

A. GİRİŞ

Günümüz Japonya'sı, benzer oranda sanayileşmiş toplumlar arasında davalasma oranı düşük, sulhe ve arabuluculuğa başvuru oranı yüksek olarak bilinen bir ülkedir. Bu nedenle, davalasma davranışını açıklamak için üzerinde fazlaca çalışma yapılan bir ülke olmuştur. Bu çalışmanın amacı da Türkiye'de uyuşmazlık çözme davranışını anlamlandırabilmek ve buradan hareketle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun getirdiği arabuluculuk yolunun işlevselliğini tartışmaktır. Bunu yapabilmek için öncelikle Japonya'nın incelenmesi tercih edilmiştir, çünkü Japonya'da uyuşmazlık çözümüne dair anlamlı çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların izlediği yollardan yararlanarak ülkemizdeki yüksek davalasma oranlarına ve düşük sulh sayılarına bir açıklama getirilebilir. Bundan elde edilen sonuçla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun getirdiği arabuluculuk yolunun ne kadar verimli olacağı ve bu yolun nasıl daha işlevsel hale getirilebileceği üzerine bazı düşünceler ileri sürülecektir.

Çalışmada Japonya'nın ve Türkiye'nin adli verilerinden önemli miktarda faydalanılacak ve kıyaslama yapılacaktır. Ancak adli verilerin kıyaslanmasında bazı zorluklar vardır. İki farklı hukuk sistemine ait verilerin kıyaslanması bazı durumlarda anlamsız olabilir. Örneğin her iki ülkenin de istatistiklerinde hukuk davaları ve idari davalar biçiminde bir ayırım yapılmıştır. Fakat her iki ülkenin hukukları bu kategorilerin içeriklerini farklı

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

Bu çalışma, 2013-2014 akademik yılında, Yrd. Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan tarafından yürütülen Hukuk Sosyolojisi yüksek lisans semineri kapsamında hazırlanmıştır. Yazar, Eylem Ümit Atılğan'a yol göstericiliği için teşekkür eder.

** Arş. Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

doldurmuş olabilir. Başka bir örnek boşanma davaları üzerinden verilebilir. Japonya’da boşanma talepleri mahkemelerce görülmez, tarafların rızası üzerine sadece belediye'deki aile kaydı değiştirilir.¹ 2008’de boşanan 251.000 çiftin sadece %12’si mahkemeye başvurmuş ve %1’i için duruşma yapılmıştır.² Yani, Japonya ve Türkiye arasında boşanma davaları bakımından yapılacak bir karşılaştırma anlamlı olmaz. İşte bu farklılığı en aza indirebilmek için genel kavramlardan hareket edilecektir. Örneğin ayrı ayrı dava tiplerini incelemek yerine mahkemelere toplam başvuruya, genel olarak hukuk davalarına ve açılan davalarda verilen sulh kararlarına ilişkin verilerin karşılaştırılması bu karmaşayı ve anlamsızlaşmayı bir derece önleyebilir.

Açıklanması gereken diğer bir nokta neden iki farklı ülkenin ve bunların kültürlerinin aynı çalışmada ele alındığıdır. Öncelikle, bu çalışma bu iki ülkenin kültürlerini karşılaştırıp, bir kültüre ait unsurların diğer kültürdeki karşılığını bağlamdan kopararak göstermeyi amaçlamamaktadır. Böyle salt bir karşılaştırma yerine o ülkedeki kültür ile yine o ülkedeki uyumsuzluk çözüme davranışı ilişkisi ortaya konmaya çalışılacaktır. Ayrıca, çalışmada iki kültürdeki farklılıklara ve benzerliklere de yeri geldiğinde değinilecektir. Ancak bunu yaparken her iki bağlama da bakılacaktır ve her ikisinin de kendilerine özgü oldukları unutulmayacaktır. Japonya’nın seçilmesinin nedeni, bu ülke kültürünün uyumsuzluk çözümü üzerindeki etkilerinin yoğun bir şekilde tartışma konusu olmuş olmasıdır. Bu tartışmalar da bahsedilen kültür ve uyumsuzluk çözümü ilişkisini anlamada önemli sonuçlar doğurmuştur. Bu tartışmadan doğan literatür, başka bir ülkenin kendi kültürü ile o ülkedeki uyumsuzluk çözüm davranışı arasındaki ilişkiye ışık tutmada kullanılabilir. İşte, Japonya da bu ilişkiye dair tartışmaların zenginliği ve canlılığı nedeniyle çalışmaya dâhil edilmiştir.

Çalışmada öncelikle günümüz Japonya’sının ve Türkiye’sinin adli verilerine bakılacaktır. Bunu takiben, Japonya’da hukukun ve uyumsuzluk çözümünün geçmişine bakılacak ve günümüz uyumsuzluk çözüm metodları incelenecektir. Ortaya çıkan tabloyu açıklamak için de Japon uyumsuzluk çözüm davranışını anlamlandırmaya çalışan literatüre yer verilecektir. Takip eden kısımda Osmanlı Devleti’nde ve Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarındaki adalet anlayışı ve bundan yola çıkarak uyumsuzluk çözüme geçmişi incelenmeye çalışılacaktır. Bunu yaparken, Japonya örneği incelenirken kullanılan yöntemlerden de faydalanılacaktır. Son bölümde ise bu verilerden yararlanarak 6325 sayılı Kanun’un işlevselliğine dair bir tartışma yürütülmeye çalışılacaktır.

¹ J. Mark RAMSEYER & Eric B. RASMUSEN, “Comparative Litigation Rates (Harvard Law School Faculty Discussion Paper No. 681, 2010)”, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf, s.10. Erişim Tarihi: 06. 07. 2014.

² RAMSEYER & RASMUSEN, 2010, s.10.

B. GÜNÜMÜZ JAPONYA’SININ VE TÜRKİYE’SİNİN ADLİ VERİLERİ³

Japonya’da ve Türkiye’de uyuşmazlık çözme davranışını anlamlandırmaya geçmeden önce bu çalışmanın sorduğu soruları ortaya çıkaran adli verilere göz atmak konu hakkında fikir vericidir.

Tablo 1: Japonya’da Mahkemelere Başvuru Türleri Ve Sayıları

YIL	Mahkemelere Toplam Başvuru (Adli, İdari, Diğer, Uzlaşma)	Dava		Diğer ⁴	Uzlaşma Başvurusu
		Hukuk Davası	İdari Dava		
2009	2.409.000	968.000	6.200	1.326.000	109.000
2010	2.179.000	904.000	6.500	1.181.000	88.000
2011	1.985.000	814.000	6.500	1.090.000	75.000

Tablo 1, Japonya’da mahkemelere yapılan başvuruların türlerini kabaca göstermektedir. Burada ilgi çekici olan mahkemelere yapılan uzlaşma başvurularıdır. Bu başvurularda taraflar dava açmayı seçmeyip mahkemelere kendilerini uzlaştırmaları için başvurmuşlardır. Bu yöntem ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

Tablo 2: Mahkemelere Başvuru Oranları – Japonya Türkiye Kıyaslaması

Yıl	Toplam Başvuru (Hukuk ve İdari Davalar)		Nüfus		1000 Kişide Mahkemeye Başvuru Oranı
	Türkiye	Japonya	Türkiye	Japonya	
2009	1.995.000	2.409.000	74.223.628	128.057.352	26.8 – 18.8
2010	2.068.000	2.179.000			27.8 – 17
2011	2.053.000	1.985.000			27.6 – 15.5

Tablo 2’de Japonya’da ve Türkiye’de hukuk ve idare mahkemelerine toplam başvuru sayıları ve nüfusa göre 1000 kişide kaç kişinin mahkemeye başvurduğu gösterilmektedir.

³ Bu başlık altındaki tüm adli veriler Japonya için Japon İstatistik Yıllığından alınmıştır: <http://www.stat.go.jp/english/data/nenkan/1431-25.htm>. Türkiye için Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nden alınmıştır: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/>.

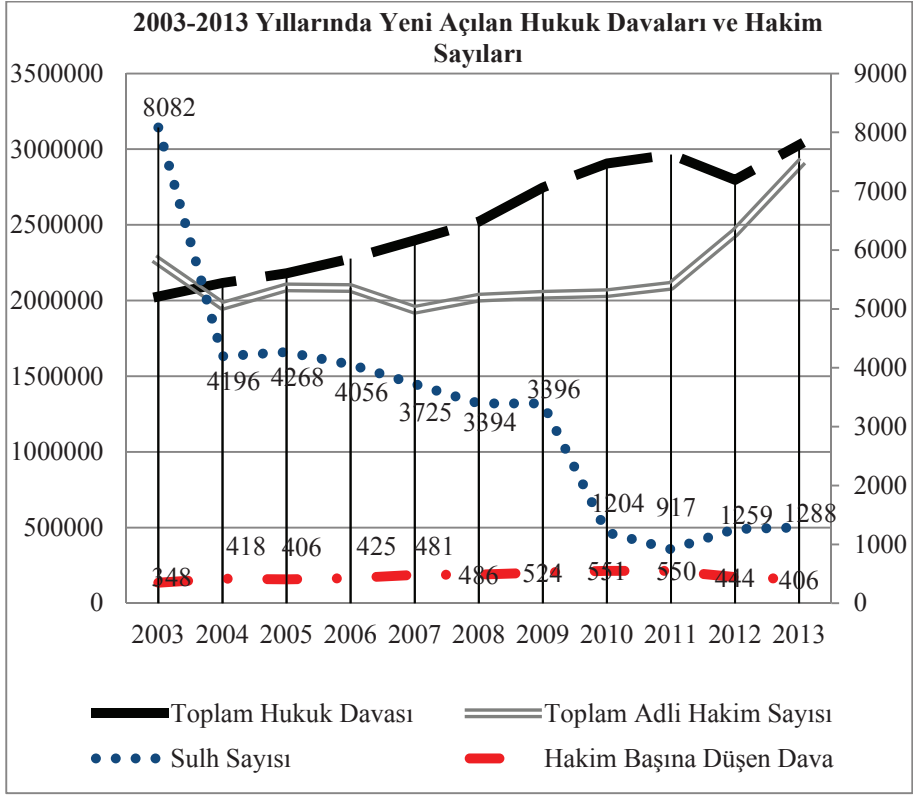
⁴ Giriş kısmında yapılan uyarıyı burada tekrarlamak gerekir. RAMSEYER & RASMUSEN, 2010, s.8’den anlaşıldığı üzere “Diğer” sayısı iflas ve buna benzer özel prosedürler için yapılan başvuruları göstermektedir. Ayrıca, yayınlanan Japon adli istatistiklerinde “litigation cases” ve “other cases” ifadesi ayrı ayrı kullanılmışlardır. *Litigation cases* ifadesinin bildiğimiz anlamda dava açmak, davalasmak anlamını verdiği, *other cases* ifadesinin ise dava biçiminde olmayan başvurular anlamını verdiği söylenebilir.

Tablo 3: Sulh Sayıları

Yıl	Hukuk Mahkemelerinde Sulh Sayıları	
	Türkiye	Japonya
2010	1204	164.000
2011	917	142.000

Her iki ülkenin hukuk sistemi ne kadar farklı olursa olsun, bunları karşılaştırmak ne kadar zor olursa olsun bu son tablo (**Tablo 3**) oldukça anlamlıdır. Çünkü görüleceği gibi, verili iki yılda, Japonya’da açılan hukuk davalarından sulh ile sonuçlanan dava sayısı oldukça fazladır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nca sulh kurumu hukukumuzda tanınmış olsa da yukarıdaki tablo bunun hiç de başvurulmayan bir yol olduğunu gösterir. Türkiye’de sulh sayıları bu kadar düşük olsa da davadan feragat kurumu da bir çeşit sulh olarak ele alınabilir. Feragat tek taraflı bir şekilde, dava edilen şeyden vazgeçilmesidir. Bu davranışın altında tarafların mahkeme dışında anlaşmış olmaları da yatıyor olabilir. Böyle bir durumda bu veri adalet istatistikleri açısından sulh olarak ele alınmayıp feragat olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle tamamı değilse bile feragat sayısının bir kısmı sulh olarak düşünülebilir. 2010 yılında hukuk davalarında toplam feragat 62.831, 2011 yılında ise 67.468’dir. Yani her durumda Japonya’ya kıyasla düşüktür.

Türkiye’de son yıllarda adalet istatistikleri geçmişe göre daha detaylı tutulmaya başlanmıştır. En son açıklanan veriler 2013 yılına aittir. Bu verilerden yola çıkılarak yukarıda ele alınan, uyuşmazlık çözümünde sulh ile sonuçlanmaya dair bazı açıklamalar yapılabilir.



Bu tabloda ilk göze çarpan 2004 yılında, sulh sayısında önceki yıla göre yarı yarıya bir düşüştür. Ayrıca, yıl içinde toplam (yeni açılan ve geçen yıllardan devir gelen) dava sayısında 2012 yılına kadar artış görülmesi ve 2012 yılında bir miktar azalma olması göze çarpmaktadır. Aynı yıl yargıç sayısında önemli bir artış ve buna paralel olarak sulh sayısında, her ne kadar halen çok az olsa da, önceki yıla kıyasla 350 (adet) artış görünmektedir. Bu durumun bir açıklaması yargıç başına düşen dava sayısının azalması ile yargıçların tarafları sulh etmeye vakit ayırdığı şeklinde olabilir. Yargıç başına düşen dosya sayısı ile sulh sayıları arasında bir korelasyon var gibi görünse de 2009’dan 2010’a geçildiğinde sulh sayısındaki yarı yarıya düşüşe eşlik eden büyüklükte yargıç başına düşen dosya sayısında artış yoktur. Yine de genel tabloya göre, yargıç başına düşen dosya sayısı ile sulh sayısı arasında akla yatkın görünen bir ilişki var denebilir. Yani toplam dava sayısı arttıkça ve bu artışı karşılayacak yargıç istihdam edilmedikçe sulh sayısı azalmaktadır.

Son olarak Japonya’da ve Türkiye’de davalama oranları diğer ülkelerle yapılan karşılaştırmalarda uçlarda yer almamaktadır. Örneğin Ramseyer ve Rasmusen’in gösterdiği üzere farklı ülkelerde davalama oranları, aynı yıllarda değil ama yakın yıllarda ABD’de 100.000 kişide 5.806, Birleşik Krallık’ta 3.681, Fransa’da 2.461, Japonya’da 1.768, Avustralya’da 1.542 ve Kanada’da 1.450’dir.⁵ Benzer bir biçimde 90’lı yıllarda yapılan bir çalışmada, ülke nüfusuna göre dava açılma oranları sıralamasında 1.000 kişide 122 dava ile Almanya 1. sırada, 1.000 kişide 27.3 dava ile Türkiye 14. sırada, 1.000 kişide 9.3 dava ile Japonya 26. sırada ve son olarak Etiyopya 1.000 kişide 1.7 dava ile 35. sırada yer almıştır.⁶ Yani her iki ülke de davalama konusunda biricik değildir. Ancak yine de Japonya üzerinde çok tartışılan bir ülke olmuştur.

Japonya ve Türkiye’de adli veriler genel olarak bu biçimdedir. İlerleyen bölümlerde bu verileri anlamlandırmaya çalışan görüşlere yer verilecek ve bunlardan hareketle Türkiye için bu veriler yorumlanmaya çalışılacaktır.

C. JAPONYA’DA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE GEÇMİŞİ

Giriş kısmında da bahsedildiği gibi uyuşmazlık çözümü bakımından Japonya merak konusu olmuştur. Bir ülkenin uyuşmazlık çözüm davranışını incelemek için öncelikle Japonya için yapılmış incelemeleri gözden geçirmek yol gösterici olabilir. Japonya üzerinde bu konuya ilişkin tartışmalar *Takeyoshi Kawashima*’nın çalışmaları ile ortaya çıkmış ve tartışılmaya başlamıştır. Günümüz Japonya’sında neden daha az dava açılmaktadır ve açılan davalar neden fazla sayıda sulh ile sonuçlanmaktadır sorusuna verilen cevaplar kabaca iki uçta toplanır, kültürel yaklaşım ve kurumsal (ve rasyonel) yaklaşım. Ancak detayları aşağıda tartışılacağı üzere, bu yaklaşımların birbirinden izole edilemeyeceğini şimdiden söylemek gerekir.

⁵ RAMSEYER & RASMUSEN, 2010, s. 5.

⁶ Christian WOLLSCHLAGER, “Exploring Global Landscapes of Litigation Rates”, *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag* içinde (Yayına hazırlayan: Jürgen BRAND & Dieter STREMPER) Nomos, Baden-Baden, Germany, s. 587-88’den aktaran Herbert M. KRITZER, “Litigation”, *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences Vol. 13*, içinde (Derleyenler: Neil J. SMELSER and Paul B. BALTES), Elsevier, Exeter 2001, s.8992.

1. Japonya’nın Geçmişinde Uyuşmazlık Çözümü

“Uyum her şeyin üzerinde tutulmalı ve ihtilaflardan kaçınmak temel alınmalıdır. Aydınlanmış ve karakterli az sayıdaki insanın dışındakiler kendi yandaş grubunu oluşturmak ister. Bu nedenle lordlarının ve atalarının dediklerine uymaz, komşularıyla iyi geçinemezler. Fakat hem üstte hem de altta olanlar uyum, işbirliği ve dostça ilişki gibi duygularla tartışıyorlarsa, mantık doğal olarak üstün gelir. Bu şekilde üstesinden gelinemeyecek hiç bir şey yoktur.”(604 yılında yazılan Şotoku Taişi Anayasası’nın birinci maddesi.)⁷

Modern Japon hukuk sistemi uyuşmazlık çözümü için davalaşmak yerine uzlaşmayı temel alan geleneksel değerlerden köklenir.⁸ Aslında modern Japon hukuk sistemi için yaygın iddia böyle olsa da ileride değinileceği üzere buna karşı çıkan görüşler de ortaya konmuştur. Ancak bu başlık altında bu açıklamalardan ziyade Japonya’nın uyuşmazlık çözümü geçmişine dair olgulara yer verilecek, bunların anlamlandırılması takip eden bölümde yapılacaktır.

1.1. Genel Bilgiler

Japonya’da sosyal yaşam ve düzen farklı dönemlerde farklı fikirlerden etkilenmiştir:

“Üçüncü ve dördüncü yüzyıllarda, sosyal hayat ve hiyerarşik düzen yoğun bir Şintoizm etkisi altındaydı. Beşinci yüzyılda Konfüçyanizm, bu Şinto dini geleneğine eklenmiş ve politik amaçlara hizmet eden katı bir hiyerarşik sosyal düzen ortaya çıkarmıştır. Budizm altıncı yüzyılda varmış ve onun öğretileri de var olan politik amaçlara hizmet etmiştir.”⁹

Konfüçyen ve Budist öğretilerin önem kazandığı bu dönemlerde, 604 yılında Prens Şotoku, Budist geleneklere bağlı, ilk maddesi 1 numaralı başlık altında verilen, 17 maddelik Anayasa’yı ilan etmiştir.¹⁰ Aslında bu metnin hem Budist hem Konfüçyen öğretilerini taşıdığı söylenebilir. Çünkü birinci madde uyumu sağlamanın önemi üzerine Konfüçyüs’ten bir alıntı ile başlar.¹¹

⁷ Mecit Kerem UZUN, “Şotoku Taişi ve 17 Maddelik Anayasası”, <http://www.hukukkurami.net/2014/06/30/sotoku-taisi-ve-17-maddelik-anayasasi/>, Erişim Tarihi: 12.10.2014, s. 66.

⁸ Lynn BERAT, “The Role of Conciliation in the Japanese Legal System”, *American University International Law Review*, Vol. 8 (1992), No.1, s. 125.

⁹ Percy R. LUNEY, “Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 52 (1989), No. 2 & 3, s. 145.

¹⁰ BERAT, 1989, s. 126.

¹¹ Thomas P. KASULIS, “Japanese philosophy” maddesi, *Routledge Encyclopedia of Philosophy* içinde (Derleyen: Edward CRAIG), Routledge, London 1998. (Erişim Tarihi: 16 Haziran 2014, <http://www.rep.routledge.com/article/G100SECT2>)

Ayrıca ikinci maddesinin bir kısmı şöyledir: “Üç hazineye sıkı sıkıya bağlı olunmalı. Bu üç hazine Buda, öğretisi ve keşişlik müessesesidir. Bunlar yaşayanlar için her şeyden öte bir yerdedir ve bütün ülkelerde tapınılacak şeylerin en üstünde yer alırlar.”¹²

Bu nedenle bahsi geçen yıllar için, Japonya'nın politik, kültürel ve hukuki anlamlarda Çin'den, Konfüçyen ve Budist öğretilerinden etkilendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Politika alanında bu etkilenişin bir sonucu olarak *ritsuryo* ismiyle bilinen 668 yılında derlenmeye başlanan ve 700'lü yıllarda doruk noktasına çıkan yasalar ortaya çıkmıştır.¹³ Bu yasalarla Japonya, ilk defa rasyonel bir biçimde merkezileştirilmiş bürokratik bir yönetim kurmuştur.¹⁴ Konfüçyanizm'in Japon düşüncesi, yönetim sistemi ve ekonomisi üzerinde yoğun bir etkisi olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Ama bunun yanında Çin Legalistlerinin düşüncelerinin de doğrudan bu legalistlerin eserleri aracılığıyla Japonların üzerinde etkili olduğu söylenmiştir.¹⁶ Legalizm düşüncesi, milattan önce üçüncü ve dördüncü yüzyılda yoğun bir biçimde ifade edilmiş ve hükümdarın keyfiliği yerine hukuka dayalı bir yönetimi ve devletin yüceliğini sağlamak için bir araç olmuştur.¹⁷ Bu sistem, Çin'in antik geçmişinde, hukukun kodifikasyonuna, katı bir biçimde uygulanan ödül ve ceza sistemine ve zorunlu askerliğe dayalı bir idari pratik olarak gelişmiştir.¹⁸ Ancak Çin legalizminin kurumları Japon kıyılarına ulaşmadan çok önce legalizme çok ters bir biçimde Konfüçyen görüşler tarafından gölgede bırakılmıştır.¹⁹ Tersliğin sebebi, legalistlerin aksine Çin Konfüçyenlerinin doğrudan, mekanik bir yönetimine şüphe ile yaklaşmaları ve ahlâki derslerle yönetimi tercih etmeleridir.²⁰ Bu nedenle Japonya'ya 7. ve 8. yüzyıllarda aktarılan *ritsuryo* sistemi Konfüçyen ve legalist öğretilerin bir arada olduğu ancak Konfüçyen öğretilerin baskın olduğu karma bir sistemdi.²¹ *Ritsuryo* sisteminin kökenleri böyle olmakla beraber bu sistem halka haklar ve görevler sağlamamış sadece insanları Konfüçyüs öğretilerine bağlı kalarak eğitmek için işletilmiştir.²² Genel

¹² UZUN, s. 66.

¹³ Charles HOLCOMBE, “Ritsuryō Confucianism”, *Harvard Journal of Asiatic Studies*, Vol. 57 (1997), No. 2, s. 543.

¹⁴ *Ibid.*, s. 544.

¹⁵ Chang KIA-NGAU & Tsing HUA, “The Influence of Legalism Upon Japanese Government and Economy”, *Journal of Chinese Studies*, Vol. 3&4 (1963), No. 2, s. 1.

¹⁶ KIA-NGAU & HUA, 1963, s. 1.

¹⁷ *Ibid.*, s. 1.

¹⁸ HOLCOMBE, 1997, s. 543.

¹⁹ *Ibid.*, s. 544.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, s. 545.

²² BERAT, 1989, s. 127.

olarak, resmi hukuk anlamında, Japonya üzerindeki Çin etkisi, Japonya’da feodal hukuk döneminin başlangıcı olan 12. yüzyıla kadar sürmüştür.²³

On ikinci yüzyılın sonlarına doğru Japonya’da ortaya çıkan bir dizi iç savaş sonucunda, shogun olarak bilinen askeri bir lider tarafından kontrol edilen feodal bir devlet ortaya çıkmıştır.²⁴ Bu dönemlerde, büyük oranda bağımsız mülk sahipleri, uyuşmazlıklarını shogunluk temsilcileri ile uzlaşma yoluyla çözmüşlerdir.²⁵ Feodalizm 1603’ten 1868’e kadar süren Tokugawa döneminde gittikçe merkezileşmiştir.²⁶ Japonya bu dönemde kendisini dışarıya kapatmış ve Konfüçyanizmi resmi ideoloji olarak benimsemiştir.²⁷ Gelenek hukuku mevcut sosyal düzeni desteklemiş ve yasama feodal düzeni destekleyecek meselelerle ilgilenmiştir.²⁸

Bu dönemde sert bir hiyerarşik yapı mevcuttu. Örneğin samuraylar doğru davranmayan halktan kişileri öldürme hakkına sahipti.²⁹ Benzer bir biçimde, halktan bir kişinin sosyal olarak yukarıda yer alan birisine karşı dava ile bir talepte bulunması yasaktı ve cezalandırılırdı.³⁰ Ayrıca köylü sınıfın, merkezi otoritenin organlarına başvuruda bulunma gibi bir hakları yoktu bu nedenle bu sınıf kendi yerel yöneticilerinin merhametine kalmışlardı.³¹

Bu feodal yasaların ilk döneminin genel karakteri, öğüt verici, ahlâki yol göstericiler olmaları ve geleneğe dayalı hukukun yerine geçmeye çalışmayan yasalar olmalarıdır.³² Feodalizmin merkezileştiği Tokugawa döneminde ise sınıflı yapının üzerine dayandığı temel, insanların doğuştan eşitsiz olduğu ve bu nedenle onlara eşit davranılmaması gerektiği

²³ Dan F. HENDERSON, “Some Aspects Of Tokugawa Law”, *Washington Law Review and State Bar Journal*, Vol. 27 (1952), No. 1, s. 88.

²⁴ BERAT, 1989, s. 128.

²⁵ *Ibid.*, s. 129.

²⁶ HENDERSON, 1952, s. 89. Merkezileşmenin ve feodalizmin bir arada bulunması kafa karıştırıcıdır. Japonya’da feodalizm meselesi de tartışmalı bir konudur. Ancak, bu boyutta bir tartışma bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için, kısaca, Japonya’da feodalizmin Tokugawa öncesinde mevcut ve güçlü olduğu, ancak bunun Avrupa feodalizminden farklı olduğu ve merkezin feodal birimler üzerinde söz sahibi olduğu, Tokugawa döneminde ise bu merkezileşme eğiliminin arttığı söylenebilir. Bu konudaki tartışma için bkz: John Whitney HALL, “Feudalism in Japan-A Reassessment”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 5 (1962), No. 1.

²⁷ LUNEY, 1989, s. 146.

²⁸ *Ibid.*, s. 146.

²⁹ Mikiso HANE, *Modern Japan: A Historical Survey*, Westview Press, Boulder 1986, s. 31.

³⁰ Mikiso HANE, *Japan: A Historical Survey*, Charles Scribner’s Sons, New York 1972, s. 162.

³¹ HANE, 1972, s. 164.

³² HENDERSON, 1952, s. 90.

düşüncesidir.³³ Bu dönemde sınıflar hiyerarşik bir sırayla imparator ve shogun'un altında soylular, samuraylar, çiftçiler, esnaflar, tüccarlar, toplumdan dışlanmışlar ve dilenciler biçimindeydi.³⁴ Böyle bir sosyal düzende hukukun uygulanması da sınıflardan etkilenmiştir. Örneğin ilan edilen bir yasada: “Tüm cürümler sosyal statüye göre cezalandırılır” denmiştir ve yasaya göre bir saldırı halktan birisi tarafından yapılırsa “suç”, samuray tarafından yapılırsa “aşırılık” olarak tanımlanmıştır.³⁵ Maddi hukuka ilişkin eşitsizliklerin yanında mahkemelere başvurma bakımından da eşitsizlikler ve engeller mevcuttu. Bir engel olarak, önceden karar verilmiş olan konular tekrar mahkemeye getirildiğinde veya temelsiz iddialar dava edildiğinde bunu yapanlara karşı cezalar öngörülmüştü.³⁶ Mahkemeye başvuru bakımından sınıflı yapıyı temel alan başka engeller de vardır. Örneğin, tüccarların, samuraylara karşı paraya dayalı bir iddiayı mahkemeye taşıması yasaklanmıştı.³⁷ Efendi-uşak, ebeveyn-çocuk gibi Konfüçyanizm kaynaklı feodal ilişkiler ve aile ilişkileri de Tokugawa mahkemeleri tarafından dikkate alınmamıştır.³⁸

Yine bu dönemde, uyuşmazlık çözümü, köylerde, halktan oluşan bir yapı tarafından gerçekleştirilen uzlaşma girişimleri ile başlayan ve taraflar arasında bir denge kurmaya çalışan yerel halktan bir arabulucunun var olduğu iki aşamalı bir sistemdi.³⁹ Eğer uyuşmazlık burada çözülemezse, ki çoğu zaman çözüldü, ancak o zaman, köy yöneticisinin mührü ile resmi mahkemelere taşınabilirdi.⁴⁰ Bu nedenle köy yöneticileri uyuşmazlıkları köy içinde çözüp, sorunların merkezi hükümete ulaşmasını engellemek isterlerdi. Çünkü aksi durumda merkezi hükümet veya amirleri, köy yöneticisinin görevlerini yerine getiremediğini düşüneceklerdi.⁴¹ Köy yöneticileri ile ilgili başka bir unsur bu yöneticilerin çoğunlukla köylüler tarafından seçilmemesiydi,

³³ Ibid., s. 92.

³⁴ Ibid., s. 93.

³⁵ Ibid., s. 95.

³⁶ Ibid., s. 99.

³⁷ Charles D. SHELDON, *The Rise Of Merchant Class in Tokugawa Japan: 1600-1868*, J. J. Augustin Publisher, New York 1958, s. 108.

³⁸ Kingo KOBAYAKAWA, “Two or Three Problems in Civil Litigation of the Recent Era”, *Kyoto Law Review*, Vol. 39 (1938), 527-72'den aktaran BERAT, 1986, s. 135.

³⁹ HENDERSON, 1952, s. 98.

⁴⁰ Dan F. HENDERSON, “Contracts in Tokugawa Villages”, *Journal of Japanese Studies*, Vol. 1 (1974), No. 1, s. 62. Yazar bu durumun aslında resmi makamlara başvuruyu engellemek için değil, başvurucağının köyde kayıtlı olduğunu göstermeye yönelik bir mühür olduğunu kabul eder. Ancak pratikte, ona göre, uzlaştırma yükümlülüğünün varlığı kabul edildiğinde bu bahsedilen engelleyici etkiyi doğuracaktır.

⁴¹ Tony COLE, “Commercial Arbitration in Japan: Contributions to the Debate on Japanese 'Non-Litigiousness'”, *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 40 (2007), No. 1, s. 54-55.

bunun yerine yöneticilik nesillerce bir ailede kalır veya en iyi ihtimalle yönetici birkaç nitelikli aile arasından çıkardı.⁴² Bu nedenle köy yöneticisinin, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması için vereceği onayın köy içinde politik baskılardan etkileneneceği söylenebilir. *Tony Cole* şöyle özetler: “Mahkemelerin yardımına ihtiyacı olan köyün en güçsüzleri, tam da bu yardımdan en az yararlananlardır.”⁴³

Tokugawa döneminin sona ermesi ile hukuk alanında reform hareketleri başlamıştır. Japonya, uluslararası politik ve ekonomik arenada yer alabilmek ve Japon toplumunda sosyal ve politik modernleşmeyi sağlayabilmek için hukuk sistemini yeniden organize etmek zorunda kalmıştır.⁴⁴ Bunu da pratik ve hızlı bir yol olan Avrupa ülkelerinin yasalarını büyük ölçüde alarak yapmışlardır. Örneğin 1880 yılında Fransız hukukunu model alan ceza ve ceza usul yasaları benimsenmiştir.⁴⁵ 1898 yılında ise Fransız, Alman, İsveç, Avusturya ve Hollanda sistemlerini temel alan bir medeni kanun ortaya çıkmıştır.⁴⁶

Yukarıdaki olgulardan hareket edersek varacağımız sonuç Japonya’nın siyasal ve hukuki geçmişi farklı akımlardan etkilenmiş, çizgisel bir yol izlememiştir. Bu akımların altında yatan temel düşünce uzlaşmayı ve sosyal uyumu desteklemek, çatışmayı dışlamak şeklindedir. Bu akımlar kendilerine o zamanki kurumlarda yer edinmiştir. Yani yukarıda çizilen portre, bireylerin doğrudan, kendi istekleriyle bu öğretilere uymak istediklerini değil, kurumlar aracılığıyla bu öğretilere uymak zorunda bırakıldıklarını gösteren bir portredir. Böyle olması, bireylerin bu öğretileri benimsemediği veya uymak istemediğini göstermez. Ancak yukarıdaki olgulardan bunun anlaşılması mümkün değildir. Çünkü Japonya’nın hukuk geçmişini ortaya koyan çalışmalar genellikle kurumları ve düzenlemeleri ele almaktadırlar. Bunu yaparken de eski yazılı kaynaklara başvurmakta ve bunlar da bireyin davranışından çok kurumların yapısını aktarmaktadırlar.

Aslında davalaşmayı engelleyen kurumların var olması bu yönde bir kültürün varlığına işaret eder denilebilir. Ancak eğer geçmişte yaşayan Japonların resmi mekanizmalar yerine dostça ve halk tarafından işletilen mekanizmaları seçmelerinin sebebinin bu kültür ve bazı öğretiler olduğu gösterilmek isteniyorsa sadece kültürün kurumlar ve düzenlemeler üzerindeki etkisi değil ayrıca kültürün o zamanki sıradan bireylerin

⁴² Thomas C. SMITH, “The Japanese Village in the Seventeenth Century”, *Journal of Economical History*, Vol. 12 (1952), No. 1, s. 8.

⁴³ COLE, 2007, s. 55.

⁴⁴ LUNEY, 1989, s. 146.

⁴⁵ Ibid., s. 147.

⁴⁶ Ibid., s. 148.

davranışlarını etkileyip etkilemediği de ortaya konulmalıdır. Konu üzerine yapılan incelemeler genellikle birincisini temel almaktadır ve ikincisinden yola çıkmanın da zorlukları ortadadır. Bunların yanında, her ne kadar bu anlatılan geçmiş, öğretilerle ve felsefelerle yüklü olarak ele alınmış olsa da bugünkü uyuşmazlık çözme davranışı üzerinde ne kadar etkili oldukları (veya etkili olmadıkları) cevaplaması zor ve karmaşık bir sorudur. İzleyen bölümde bu soruya cevap vermeye çalışan yazarların görüşlerine yer verilecektir.

1.2. Uyuşmazlık Çözüm Davranışını Anlamlandırmak

Adli veriler başlığında ele alınan Japonya’da davalışmanın az olması olgusunu açıklamaya çalışan farklı görüşler ortaya atılmıştır. *Eric Feldman*’a göre Japon hukuku ve uyuşmazlık çözümü dört açıdan ele alınmıştır. Bunlar kültürel yaklaşım, sosyal ve politik yapıya odaklanan (kurumsal) yaklaşım, hukuk ve ekonomi (rasyonel davranış) yaklaşımı ve dördüncüsü bu üç yaklaşımı da kullanarak ve genişleterek tek tek uyuşmazlıkları inceleyen (case study) yaklaşımıdır.⁴⁷ Ancak bu tür çalışmaların ortaya çıkması Japon hukuk sosyoloğu *Takeyoshi Kawashima*’nın “*Çağdaş Japonya’da Uyuşmazlık Çözümü*” isimli çalışması ile olmuştur. *Eric Feldman; Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan* isimli makalesinde bu çalışmayı incelemiş ve onun yanlış anlaşılan noktalarını ortaya koymuştur. *Feldman*, bu çalışmanın neden çok ilgi gördüğünü açıklamak için birkaç olasılık sunar. Bunun bir sebebi, der *Feldman*, ABD’de mahkeme kullanımını dizginlemeye çalışan hukukçular ve politikacıların aklındaki ABD’ye özgü davalışma eğilime bir açıklama getirmek düşüncesi olabilir.⁴⁸ Diğer sebep de bu çalışmanın, belki Japon kültürünün biricik olduğu düşüncesi ile yetişen ve İngilizce konuşanlar arasında ortaya çıkan Japon stereotipine uygun düşmüş olmasıdır.⁴⁹ Ona göre, bu çalışma muhtemelen bir boşluğu da doldurmuştur çünkü 1960’lı yıllarda Japon hukuku üzerine İngilizce olarak ve teknik dilden uzak bir biçimde yazılan kitap pek fazla değildir.⁵⁰

Kawashima erken dönem çalışmalarında Japonya’da hukuka ilişkin idealleri, ruhu ve kavramları (yani ethosu) ele almıştır.⁵¹ Dolayısıyla onun

⁴⁷ Eric FELDMAN, “Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan (Faculty Scholarship, Paper No. 148, 2007)”, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/148, s. 58. Erişim Tarihi: 13.08.2014.

⁴⁸ Ibid., s. 50.

⁴⁹ Ibid., s. 51.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Yoshiyuki MATSUMURA, “The Works of Takeyoshi Kawashima”, *Law & Society Review*, Vol. 22 (1988), No. 5, s. 1038.

çalışmaları başlangıçta pozitivist veya empirik bir çalışma değildir. Ona göre bu hukuki ethos, hukukun etkili olabilmesi için zorunludur.⁵² Ancak Japonlar, modern sivil toplum için zorunlu bir kavram olan hukuki hak kavramına sahip değillerdi.⁵³ Yani Japonların hukuk ethosunda ve algısında böyle bir kavram yoktu. Örneğin savaş zamanında yürürlüğe konan ekonomik düzen yasalarına uyulmamasının sebebini, bu yasaların modern bir hukuk bilinci⁵⁴ gerektirdiği ve Japonların buna sahip olmadığı biçiminde açıklamıştır.⁵⁵ Yine ona göre, hukuk bilinci hukuka dair davranışın en güçlü göstergesidir ancak hukuk bilinci sosyal bir temele sahip olduğundan bu temel değiştikçe hukuk bilinci de değişecektir.⁵⁶ Örneğin, ona göre endüstriyelleşme kaynaklı sosyal değişimler, Japon hukuk bilincinde de bir dönüşüme sebep olacak ve bunu takiben davalaşmada artış olacaktır.⁵⁷ Bu iddia özetlenecek olursa, Japon halkı önceden modern anlamda hukuki bir hak anlayışına sahip olmadıkları için davalaşmayı seçmezler (bu durumda seçemezler demek daha doğru olur belki de). Çünkü davalaşmak hukuki bir hak kavgasıdır. Ancak sosyal değişimler sonunda Japonlar bu hukuki hak anlayışına kavuştukça bunu korumak için mahkemelere başvuracaklar ve davalaşmalar artacaktır.

Kawashima’nın, Japon uyuşmazlık çözüm davranışını anlamlandırmada kültürel görüşü ortaya çıkardığı genel olarak kabul edilir. Bu yazarın, genellikle, resmi hukuk sistemini kullanmayı sosyal uyuma karşı bir tehdit olarak gören ve davalaşmadan ahlâki sebeplerle kaçınan geleneksel bir hukuk bilinci ortaya koyduğu iddia edilmiştir.⁵⁸ Japonya’da davallaşmanın az olmasının sebebini Japon kültürünün, Konfüçyüs felsefesinin davalaşmaya uygun olmadığı, sosyal düzenin ve uyumun önemli olduğu, davalaşmanın bu öğretilere bir saldırı olarak görüleceği biçiminde görüşler genelde bu yazarı referans almıştır. Yazarın şu ifadeleri söz konusu olguyu açıklarken

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Bu konuya ilişkin İngilizce metinlerde bu terim “legal consciousness” olarak yer almaktadır. Ancak MURAYAMA, 2013, s.571’de (Bkz. bir sonraki dipnot.) ele alındığı üzere *Kawashima* bu ifadeyi kendi yazdığı İngilizce makalesinde kullanmamıştır çünkü bu ifade ona göre yanıltıcıdır. O aynı zamanda bilinçaltını da ifade etmek istemektedir. Aslında bu durumun kendi teorisini iyice mistifiye ettiği söylenebilir.

⁵⁵ Masayuki MURAYAMA, “Kawashima and the Changing Focus on Japanese Legal Consciousness: A Selective History of the Sociology of Law in Japan”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 9 (2013), No.4, s. 571.

⁵⁶ Ibid., s. 572.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Setsuo MIYAZAWA, “Taking Kawashima Seriously: A Review of Japanese Research on Japanese Legal Consciousness and Disputing Behavior”, *Law & Society Review*, Vol. 21 (1987), No. 2, s. 220.

kullandığı argümanlardan birini yansıtır: “Japonya’da davalasma sayılarının görece düşük olmasının sebeplerinden biri meselenin sosyo-kültürel arka planında *özellikle* geleneksel sosyal grupların doğalarında bulunabilir.”⁵⁹ “*Bu gruplar* iki karakteristik etrafında toplanabilir. İlki, bu gruplar, toplumsal statünün itaat ve otorite biçiminde ayrımlaşması anlamında hiyerarşiktir. İkincisi, toplumsal roller genel ve esnek bir biçimde tanımlanmıştır. Toplumsal rollerin böyle tanımlanması genellikle ‘uyum’ kavramı ile karakterize edilebilir.”⁶⁰

Bu alıntıdan anlaşıldığı üzere *Kawashima* söz konusu olguyu açıklarken kültüre ve sosyal düzene bir gönderme yapar. Ancak yazar meseleyi sadece bu açıdan ele almamıştır. *Kawashima* çalışmalarında, modern öncesi ve modern Japonya’da yargı dışı uyuşmazlık çözümünü inceleyen ve Japon uyuşmazlık çözümünde devletin doğrudan müdahalesi olduğunu ortaya koyan *Dan Henderson*’un görüşlerinden de yararlanmışır.⁶¹ Uyuşmazlığın taraflarının, çoğunlukla, iddialarını mahkemeye taşımadan önce uzlaşmaya yönelmeleri ve dava açmayı çok zorlaştıran bazı prosedürleri izlemeleri gerekli kılınmıştır.⁶² *Feldman*’a göre, *Kawashima*, *Henderson*’un çalışmasındaki devletin yargı dışı uyuşmazlık çözüm sürecini teşvik ediyor olması düşüncesini reddetmez aksine onu kapsar.

“1. Dünya savaşı döneminde endüstriyelleşme ve şehirleşme arttıkça geleneksel sosyal yapı dengesizleşti, davalasma arttı ve ‘alt sınıfta olanlar haklarını ortaya koymaya başladılar’. Devlet, uzlaşmayı gerekli hale getirerek, uyuşmazlıkları temizleyebilecekti. ‘Kiralayanın, oturanın ve işçinin yükselen bireyci çıkarları bu grupların üstlerindeki sınıfların rızasından bağımsız olarak kazanılmış, kesin çıkarlara dönüşmemelidir.’”⁶³

Bu son alıntıdan anlaşıldığı üzere *Kawashima*’nın, *Henderson*’un devletin, uyuşmazlık çözüm biçimine müdahalesi görüşünü benimsediği ve kültürün yanında başka açıklamalar da ortaya koyduğu kabul edilebilir. İşte *Feldman*’ın da göstermeye çalıştığı şey budur. Ona göre Japon uyuşmazlık çözüm davranışını inceleyen ve kültürel bir açıklama ortaya koymaya çalışan çalışmalar genellikle *Kawashima*’yı, hatalı bir biçimde, tek yönlü

⁵⁹ Takeyoshi KAWASHIMA, “Dispute Resolution in Contemporary Japan”, *Law in Japan: the legal order in a changing society* içinde (Derleyen: Arthur Taylor von Mehren), Harvard University Press, Cambridge 1963, s. 43’ten aktaran FELDMAN, 2007, s. 53.) İtalik kısımlar Feldman’ın *Kawashima*’dan aktardığı ifadelerle yaptığı tamamlamaları gösterir.

⁶⁰ Takeyoshi KAWASHIMA, 1963, s. 45’ten aktaran FELDMAN, 2007, s. 53.

⁶¹ FELDMAN, 2007, s. 52.

⁶² Ibid.

⁶³ KAWASHIMA, 1963, s.54’ten aktaran FELDMAN, 2007, s. 53.

okumuşlardır ve bu konuya dair neredeyse her soruya tek başına kültür cevabını vermişlerdir. Kültürel yaklaşımı temsil eden ve *Kawashima*’yı yanlış okumayan yazarlar da mevcuttur ancak bu çalışma farklı yaklaşımlara da yer vereceği için bu yaklaşımın detayına inilmeyecektir.⁶⁴

1.2.1.Haley ve Japon Miti

John Owen Haley, The Myth of Reluctant Litigant isimli makalesi ve *Authority Without Power* isimli kitabı ile Japon hukuku ve karşılaştırmalı hukuk alanında ses getiren çalışmalar yapmıştır. Makalesinin isminden de anlaşılacağı üzere Japonların kültür, gelenek ve sosyal yapı nedeniyle davalaşmaktan kaçındıkları görüşüne meydan okumuştur. Bunu yaparken temel argümanı, Japonların kültürden ziyade hukuki kurumların yetersizliği dolayısıyla davalaşmayı tercih etmedikleridir.

Haley, Japonlar’ın Amerikanlar’dan daha az davalıştığı görüşünü reddetmez; ancak farkın bazılarının iddia ettiği kadar büyük olmadığını söyler. Bu durum için kültürden başka bir açıklamanın olduğunu düşünür ve şu soruyu sorar: “Bir tarafın dava ederek elde etmeyi beklediğinden daha az fayda getirecek bir uzlaşmayı kabul etmesine sebep olacak Japonlara özgü, davalaşmadan kaçınma davranışına dair bir delil var mıdır?” ve buna olumsuz cevap verir.⁶⁵

Haley, davalaşmayı belirleyen üç temel faktör olduğunu belirtir. “Mahkemelere başvuru, adli yapının sosyal kontrol ve gelişim aracı olarak yararlılığını artıran veya engelleyen bir dizi faktör tarafından azaltılmaktadır.”⁶⁶ Bu faktörlerden birincisi, insanların genel olarak, mahkemelerin uygun bir çözüm sunduklarının bilincinde olması ve kendi durumunda davasının olası sonucu hakkında bilgilenebilecek araçlara sahip olmasıdır.⁶⁷ Yani aslında *Haley*, hukuk okuryazarlığı olarak adlandırılabilir bir kavrama işaret eder. İnsanlar bu okuryazarlığa sahip olmadıkça mahkemeye başvurmaktan uzak duracaklardır.

İkinci faktör, “mahkemelere anlamlı bir erişim”dir. Burada anlamlı erişimden kasıt, gerçek ve doğrudan bir erişimdir. Çünkü mahkemelerin yargılama yapmasını engelleyecek yargısal engeller böyle bir erişimi ortadan kaldırır.⁶⁸ Belli türde uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmasının tamamen engellenmesi veya çok zorlaştırılması bu tür bir erişimi ortadan kaldırır. Bu

⁶⁴ Bu çalışmalar için bkz.: FELDMAN, 2007, ss. 58-61.

⁶⁵ John Owen HALEY, “The Myth Of Reluctant Litigant”, *Journal of Japanese Studies* Vol. 4 (1978), No. 2, s. 366.

⁶⁶ *Ibid.*, s. 379.

⁶⁷ *Ibid.* s. 380.

⁶⁸ *Ibid.*

da mahkemelere başvuruyu engellemek için tasarlanmış bilinçli bir politikadır.⁶⁹ Ayrıca “sınırlı kurumsal kapasite” de erişimi kısıtlar.⁷⁰ Bu nedenle anlamlı erişim için, davalasma masrafları ve uzunluğu nedeniyle dava açmanın gerçekçi bir tercih olmaktan çıkmasını engelleyecek miktarda mahkeme, yargıç ve hukukçu mevcut olması gerekir.⁷¹

Üçüncü faktör, mahkemelerin yeterli çözüm sağlayabilme kapasitesi yani mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklara uygun ve geniş bir yelpazeden çözümler sunabilmesidir.⁷²

Japon mahkemeleri bu faktörler bakımından değerlendirilirse:

“Bilgi eksikliği bakımından bir problem olduğu söylenemez. Hukuk, popüler bir lisans eğitimi alanıdır. Gazeteler ve diğer medya organları mahkemelere yer verir ve yargı kararlarını aktarırlar. Ayrıca, Japonya’da, ortalama bir insana hitap eden belirli hukuki problemler için el kitapları da dâhil, etkileyici miktarda hukuk dergileri, kitapları bolluğu vardır. Ancak diğer kurumsal engellerin varlığı fazladır.”⁷³

Haley’nin işaret ettiği bu kurumsal engeller özellikle hukukçu sayısının azlığı ve dava sürelerinin uzunluğudur. 1890’da, 1531 olan yargıç sayısı 1916’larda 900’e kadar düşmüş, 1950’de ise yargı reformu ile kurulan yeni mahkemeler⁷⁴ sayesinde 2000’lere çıkmış, 1973’te 2668 olmuştur.⁷⁵ Ancak nüfus arttıkça yargıç başına düşen kişi sayısı 1890’da 21926’dan, 1969’da 56391’e artmıştır.⁷⁶ Haley, yaptığı istatistiksel analizler ile herhangi bir yılda yeni açılan dava sayısı ile kişi başına düşen hukukçu sayısı arasında bir korelasyon olduğunu göstermiştir.⁷⁷ Bu verilerden hareketle,

“Yargısal çözümün varlığı bilinir oldukça açılan davaların sayısı artmaktadır. Dava sayısı arttıkça, hukukçu sayısı da artmakta ve bu da daha büyük bilgiye ve mahkemelere erişime sebep olmaktadır. Eğer, bu artışları karşılamak için yargıçların sayısı artmazsa, yargıç başına düşen dava sayısı arttıkça [yargıda] gecikmeler artacaktır. Böyle bir gecikme de davalashmada azalmaya yol açacaktır.”⁷⁸

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Bu reform hakkında daha fazla bilgi için bkz.: Percy R. LUNEY, “The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 53 (1990), No. 1, s. 142.

⁷⁵ HALEY, 1978, s. 382.

⁷⁶ Ibid., s. 381.

⁷⁷ Ibid., s. 383.

⁷⁸ Ibid.

Yani ona göre, kurumsal kapasite geliştikçe daha çok davalasma ortaya çıkacaktır. Çünkü hukuk ve mahkemelerin getirdiği çözümler daha bilinir ve erişilebilir olacaktır. Buradan yola çıkarak, bu artışı karşılamak için yapılan kapasite geliştirmelerinin daima yetersiz kalacağı sonucunu çıkarmak yanlış olmaz, çünkü bu geliştirmeler daha çok davayı sisteme çekecektir.

Haley bundan yola çıkarak şu sonuca varır: “Japonya’nın, daha çok yargıç ve hukukçu ihtiyacını karşılamadaki başarısızlığı açıkça bir devlet politikasıdır.”⁷⁹ Bu iddiasını da, makalesinde yargıçlık mesleğini yapabilmek için geçilmesi gerekli olan Japon Ulusal Hukuk Sınavı verilerini kullanıp empirik olarak gösterir. Aynı verilerden, Japonların genel olarak avukat olmaya dair isteksizliğinin açıkça yanlış olduğunu söyler.⁸⁰ Verilere göre 1975 yılında Japonya’da ulusal hukuk sınavına girenlerin sayısının nüfusa oranı, ABD’de baro sınavına girenlerin nüfusa oranından biraz daha fazladır. Ancak ilginçtir ki ABD’de geçme oranı %74 iken Japonya’da %1.7’dir.⁸¹

Makalesinin sonuç kısmında şöyle der:

*“Makalenin başında da belirtildiği gibi davalaşmanın kınanması için denebilir ki [bu durum] Konfüçyanizm’in mirası olduğu kadar geleneksel Hıristiyanlığın da bir mirasıdır. Japonya’yı ayrı kılan, bu yasaklamayı kurumsal düzenlemeler aracılığı ile başarılı bir biçimde uygulamasıdır. Bu düşüncelerin ortak yapılarını görmezden gelirse Japon deneyiminden ders almada da başarısız oluruz. Mahkemelerde gecikmeyi azaltmak için yargıç sayısını artırarak daha çok davalaşmayı ve daha büyük sosyal parçalanmayı teşvik edebiliriz.”*⁸²

Haley’nin argümanlarını toplamak gerekirse Japonya’da az dava açılması olgusu önemli miktarda, kurumsal sebeplerden kaynaklanır. Bu kurumsal sebepler, davalaşmanın önündeki engeller veya zorluklardır. Bu engeller ve zorluklar hem zaman bakımından hem de ekonomik bakımdan bir kayba hem de dava kazanılsa bile zararın tamamen karşılanamamasına neden olduğu için insanlar davalaşmaktan uzak duracaklardır. Bunlar devlet tarafından kasıtlı olarak oluşturulurlar. Makalesinde bunun doğrudan sebebinin açıklamaz. Ama bu sebebin kültür kaynaklı olduğu halen iddia edilebilir. Çünkü yukarıda verilen tarihsel verilere bakılırsa Japon devletinin yargı üzerindeki kurumsal kontrolüne geçmişte de rastlanmaktadır. *Haley* de *Kawashima*’ya gönderme yaparak kültürel bir açıklamaya da yer verir. Ona göre, *Kawashima*’nın açıklamaları, Japon halkının tutum ve davranışları açısından değil, yöneticilerin tutum ve davranışları açısından değerlendirildiklerinde bir bakıma haklı olabilir.⁸³ Yani, son olarak, her ne kadar kurumsal

⁷⁹ Ibid., s. 385.

⁸⁰ Ibid. .

⁸¹ Ibid., ss. 385-386.

⁸² Ibid., s. 389.

⁸³ Ibid., s. 373.

bir açıklama getirilse de kurumların kendilerinin ve kurumları oluşturan yöneticilerin de kültürden etkilendiği, bu nedenle bu kurumlarda halen kültürün izlerinin olabileceği söylenebilir.

1.2.2. Ramseyer ve Rasyonel Davacı Yaklaşımı

J. Mark Ramseyer, bir çalışmasında, *Haley*'nin ortaya koyduğu görüşleri eleştirmiştir. Ona göre, *Haley*'nin analizi Japonların davalara katılmadan kaçınması olgusunun büyük bir kısmını açıklamaz bırakır.⁸⁴ Çünkü davacıların beklenen giderlerinin, beklenen kazancı aştığı durumlar Japonya'da uyuşmazlıkların küçük bir kısmını oluştururlar ve çoğu günlük uyuşmazlıklarda davacılar dava ile oldukça büyük kazanç elde edebilirler.⁸⁵ “Ancak yine de Japonlar bu uyuşmazlıkları nadiren dava ederler.”⁸⁶

Ramseyer'in *Haley*'e kökten bir itirazı yoktur. Her iki yazar da rasyonellikten hareket eder. Dolayısıyla iki yazar da birbirinden katı sınırlarla ayrılamazlar, birbirlerinin açıklamalarını kapsadıkları noktalar vardır. Ancak vurguları önemli derecede farklıdır. *Ramseyer*'in vurgusu öngörülebilirliktir. Kültür ve kurumsal yaklaşımın yanında üçüncü bir alternatif olduğunu söyler. “Japon davacı ve davalıları mahkemelerin hükmedeceği sonuç üzerinde uzlaşmayı görece kolay buluyor olabilirler. Bu da Japonların davalara katılmalarında elde edecekleri sonucun ışığında uzlaştıkları anlamına gelir.”⁸⁷

Ramseyer öngörülebilirlik ile alakalı Japonya'ya dair üç örnek verir: Birincisi Japon mahkemelerinde jüri sisteminin olmamasıdır.⁸⁸ Jüriler hukuki anlamda yeterli donanıma sahip olmadıklarından kararları yargıçlarınkinden daha büyük farklılık gösterir ve değişkendir.⁸⁹ Diğer unsur ise, Japon yargıçlarının, davaları, tarafların mahkemenin vereceği nihai karar üzerinde uzlaşmalarını sağlayacak biçimde görmeleridir.⁹⁰ Yargıç taraflara kolaylıkla nasıl bir karar vereceğini belirtebilir ve birçok yargıç bunu bir erdem olarak görür.⁹¹ Taraflar yargıcın nasıl karar vereceğini bildikten sonra davayı sonuna kadar götürmek için pek sebep kalmayacaktır.⁹² Üçüncü örnek ise yargıçların kararlarını standartlaştırmalarıdır. Örneğin yargıçlar trafik

⁸⁴ J. Mark, RAMSEYER, “Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan”, *Journal Of Japanese Studies*, Vol. 14 (1998), No:1, s. 113.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid., s. 268.

⁸⁸ Ibid. s. 116.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid., ss. 116-117.

⁹² Ibid., s. 117.

kazaları için, ayrıntılı bir biçimde hazırlanmış ve ne kadar tazminata hükmedileceğine dair formüller oluşturmuşlardır.⁹³ Böylece davaların sonuçları daha öngörülebilir olmuştur.

Bu iddiasını ispatlamak için trafik kazaları sayısı ve sigorta şirketlerinin ödediği tazminat sayılarından hareket etmiştir. Kendisi de trafik kazalarından doğan uyuşmazlıkları kullanarak diğer tüm uyuşmazlıklar için genelleme yapılamayacağını kabul eder. Ama der, “bu tür uyuşmazlıklar ilk bakışta görüldüğünden daha az kendine hastır çünkü çok yaygındırlar, basit bir hukuki meseledir ve Japon tüketiciler birçok farklı duruma karşı sigorta yaptırdıklarından, sigortacılarla çeşitli uyuşmazlıklar konusunda ilişki kurarlar”⁹⁴

Ona göre davalama oranları tek başına hangi yaklaşımın doğru olduğunu gösteremez. Bu görüşlerin doğruluğunun test edilmesi için mahkeme dışı uzlaşmaların sonucu ile mahkemeden beklenen sonuç karşılaştırılmalıdır.⁹⁵ Bu tür bir test ile kurumsal engeller yerine, tarafların mahkemeden beklenen çıktılarını ışığında hareket ettikleri gösterilebilecektir. Bu nedenle aslında *Ramseyer*’in yaklaşımı, kişilerin davalama motivasyonlarını *Haley*’den daha iyi açıklıyor görünür.

Aktardığı verilere göre, 1960-80 yılları arasında, sigorta şirketlerince, gerçekleşen kaza sayısının %80’i kadar sayıda ödeme yapılmıştır.⁹⁶ Oysa hem geleneksel hem de kurumsal (yazar bunu revizyonist olarak adlandırır) görüşlere göre bu oran çok daha düşük olmalıdır.⁹⁷ Aktardığı diğer veri ise mahkemelerin insana biçtiği ortalama değer ile sigorta şirketlerinin yaptığı ortalama ödeme miktarıdır. Buna göre sigorta şirketleri mahkemelerin hükmettiği miktarın %50 ile %80’i arasında değişen miktarda ödemeler yapmıştır.⁹⁸ Ancak yazar, bu oranları incelerken karşılıklı kusuru, değerinden düşük sigortalamayı, mahkemelerin biçtiği değer aslında kurbanların eline geçen net miktar olmadığını ve sigorta şirketlerinin ödemelerinin ise mağdurların eline geçen net miktar olduğunu da göz önünde bulundurur.⁹⁹ Bu verileri de hesaba katarak ve farklı kaynaklardan yararlanarak %50-%80 oranının aslında %80-%110 olduğunu gösterir.¹⁰⁰ Yani kısaca yazar aktardığı verileri sigorta şirketlerinin yaptığı ödemelerin

⁹³ Ibid..

⁹⁴ J. Mark RAMSEYER & Minoru NAKAZATO, “The Rational Litigant: Settlement Amounts And Verdict Rates in Japan”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1989), No. 2, s. 272.

⁹⁵ Ibid., s. 271..

⁹⁶ Ibid., s. 273’te Tablo 1.

⁹⁷ Ibid., s. 272.

⁹⁸ Ibid., s. 279’da Tablo 2.

⁹⁹ Ibid., s. 279.

¹⁰⁰ Ibid., s. 280.

mahkemelerin hükmettiğinde ele geçecek net kazanca yakın olduğu ve bazen aştığı biçiminde yorumlar. Bundan çıkan sonuç da Japonların davalarda hükmedilecek miktarın ışığında mahkeme dışında uzlaştıkları hipotezinin doğru olduğudur. Mağdurlar, sigorta şirketlerinden mahkemelerin hükmedeceği net miktarı tazmin edebileceklerini biliyorlarsa neden dava açsınlar ki? Ya da insanlar mahkemelerin hükmedeceği miktarı zaten biliyorlarsa neden bunu hüküm altına almanın daha kestirme bir yolu olan arabulucuya gitmesinler?

Ona göre “Uyuşmazlığın tarafları uzlaşır, çünkü yasalar açık ve öngörülebilirdir, çünkü yargıçlar işlerini iyi yapmaktadır.”¹⁰¹ “Japonya’da davalara azdır, bu da sistem çöktüğü için değil, sistem iyi işlediği içindir.”¹⁰²

Son olarak, *Ramseyer*, çalışmasının sonunda tek yönlü bir açıklamayı reddeder ve şöyle der:

*“Kültürle insanlar deneyimlerini anlamlandırır, neye en çok değer verdiklerine karar verir. Sonuç olarak, herhangi biri empirik dünyayı kültür algısı olmadan kavrayamaz. Ama ayrıca empirik dünya, toplumların her bireyin yüzleştiği finansal güdüleri düzenleyen kurumsal araçları göznetmeden de anlaşılabilir.”*¹⁰³

1.2.3. Bu Teorilere Güncel Bir Empirik Bakış

Tom Ginsburg ve *Glenn Hoetker*, “*The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan’s Turn to Litigation*” isimli makalelerinde Japonya’da 1990’lardaki hukuk davalarındaki artışı detaylı bir empirik incelemeye tabi tutmuşlardır. Yapılan detaylı istatistiksel incelemede 1986-2001 yılları arasında 47 bölge ele alınmıştır.

Çalışmada, artan her bir avukat sayısının yıl içinde iki yeni davaya sebep olduğu ve bu ilişkide avukat artışının en çok yaşandığı bölgelerde, yeni açılan dava sayısında da en çok artışın olduğu görülmüştür.¹⁰⁴ Yargıçlarda ise, bir bölgedeki bir yargıç artışının yılda 20 yeni davaya neden olduğu görülmüştür. Diğer bir faktör ise usul yasasında 1998 yılında yapılan reformdur. Bu reform nedeniyle 2001 yılında, reform yapılmıyaydı yeni açılacak dava sayısından 8910 fazla dava açılmıştır.¹⁰⁵ Bu çalışma ayrıca,

¹⁰¹ Ibid., s. 290.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Glenn P. HOETKER & Tom GINSBURG, “The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan’s Turn to Litigation (U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE04-009, 2004)”, s. 49-50.

¹⁰⁵ Ibid., s. 50.

davalaşmanın ekonomi ile de ilişkisine dair ekonominin gerilediği dönemlerde sözleşmelerin yerine getirilmemesi ve ilişkilerin bozulması nedeniyle daha çok davalaşıldığını da gösterir.¹⁰⁶

Bunlara ek olarak alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin ilginç bir sonuç da ortaya konmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, davalaşmayı azalttığı düşüncesi de istatistiksel olarak yanlışlanmıştır. Davalaşma ve alternatif çözüm yolları arasında beklenen ters korelasyon değil düz korelasyon vardır.¹⁰⁷ Yani alternatif uyuşmazlık çözümüne başvuru, davalaşma sayılarını düşürmemektedir.

Sonuç olarak bu çalışma *Haley*’in argümanlarını desteklemiş ve *Ramseyer*’in argümanını yanlışlamıştır. Çünkü *Ramseyer*’in iddiasının temeli olan öngörülebilirlikte büyük bir değişiklik olmamasına rağmen davalaşma artmıştır.

1.3. Ehrlich ve Yaşayan Hukuk

1.3.1. Genel Olarak

Yukarıda günümüz Japonya’sındaki uyuşmazlık çözüme davranışını anlamlandırmaya çalışan modellere yer verildi. Ancak konunun başka bir boyutu da yasalardır. Elbette Japonya’daki bu uyuşmazlık çözüm biçimleri, başvuru sebepleri farklı farklı gösterilse de, yasal bir zemine sahiptir. Alternatif uyuşmazlık çözümünü düzenleyen bu yasal zeminin varlığı ve alternatif uyuşmazlık çözümüne başvuruluyor olması arasında bir ilişki vardır. Yani, yasal düzenleme olmasına rağmen başvurulmayabilirdi veya tam tersine yasal düzenleme olmamasına rağmen gayriresmi biçimde uyuşmazlıklar çözülebilirdi. Bu başlıkta aktarılan *Eugen Ehrlich*’in yaşayan hukuk düşüncesi bize, alternatif uyuşmazlık çözümünün resmi olarak düzenlenmiş olmasını ve bu resmi düzenlemelere başvuruluyor olmasını, yani yasal düzenlemenin neden işlevsel olduğunu açıklayabilecek teorik bir temel sunar.

Ehrlich temel olarak, hukukun resmi ve biçimsel kaynaklarının, bize hukukun gerçekte ne olduğunu (yani yaşayan hukukun) bilgisini sağlamada yetersiz olduğunu iddia eder.¹⁰⁸ Ona göre, “Yaşayan hukuk, yasalarla emredilmemiş olsa bile hayatta kendi hâkimiyetini kuran hukuktur.”¹⁰⁹ Yani

¹⁰⁶ Ibid., s. 51 ve s. 56’da Grafik 3.

¹⁰⁷ Ibid., s. 54.

¹⁰⁸ Raymond WACKS, *Understanding Jurisprudence*, Oxford University Press, New York 2005, s. 202.

¹⁰⁹ Eugen EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, çev. Walter L. Moll, Harvard University Press, Cambridge 1936, s. 493.

örnek vermek gerekirse, sözleşmeler hukuku, kitap veya yargı kararları okumaktansa empirik gözlemlerle daha iyi anlaşılacaktır.¹¹⁰

Ehrlich'e göre modern hukukçular “hukuk” kelimesinden sadece hukuk önermelerini yani yasa veya hukuk kitaplarındaki bağlayıcı kuralların formülasyonunu¹¹¹, yani kitaptaki hukuku, kitap kaynaklı hukuku anlar; çünkü onların günlük hayatının büyük bir kısmını oluşturan şey hukukun bu kısmıdır.¹¹² Oysa ona göre bu hukuk önermeleri mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlığı nasıl çözmeleri gerektiğini anlatan ve idarecilerin belirli durumlarda ne yapmaları gerektiğini anlatan talimatlardır.¹¹³ Bu nedenle *Ehrlich*'in göstermeye çalıştığı şey aslında bir hukuk araştırmacısının hukuku hukuk önermelerinden ibaret görmemesi gerektiğidir. Çünkü bu tür hukuk önermeleri çok yeni bir olgudur ve hukuk bunlardan ibaret değildir. Bu hukuk önermeleri bütün hukuku kapsamaz. *Ehrlich*, yasa yapmanın yeniliği üzerine şöyle söylemiştir:

*“Yasama, genel olarak devletin en eski, en asli ve ona has görevi olarak görülmüştür. Ama aslında, devlet, varlığının son döneminde yasa yapıcı olmuştur. Gerçek devlet, gücün askeri bir merkezi olmuş ve ne hukukla ne de mahkemelerle ilgilenmiştir. Gerçek devlet, henüz Avrupalılaşmamış olan, yasama bilmez. Musa'nın, Zerdüşt'ün, Manu'nun, Hammurabi'nin yasama faaliyetinden bahsederek, doğru, ama bunlar sadece hukukçuların yazıları, yargıçların kararları ve birçok dini, ahlâki, törensel veya hijyenle ilgili toplamalardır. Doğulu bir despot, lütfederse, bir şehri yerle bir edebilir ve birkaç bin insanı mahkûm edebilir ama medeni evliliği krallığında yürürlüğe koyamaz.”*¹¹⁴

Hukuk önermelerinin orijinal hali, belli bir tür uyuşmazlık için getirilen çözümlerin, cezaların hatırlanarak daha sonradan aynı türde bir uyuşmazlığa uygulanmak için toparlanması ve yayılması ile oluşan ceza ve yaptırım tablolarından ibaretti.¹¹⁵ Ancak hayat karmaşıklaştıkça, yargıcın önüne yeni problemler geldikçe yargıçların yeni çözümler üretmesi gerekmektedir ve bu çözümlerin kaydedilmesine paralel olarak, öncekine benzer yeni bir davanın aynı hukuk önermesine göre çözülmesi talebi doğmuştur. İşte böyle bir yolla da yargı kararları, gelecek davaları karara bağlayacak normlar oldukları için hukuk önermesi haline gelmiştir.¹¹⁶ Hukukçular zaman içerisinde bu kararları toplamak ve not almakla da yetinmemiş ve genelleştirme yoluyla

¹¹⁰ WACKS, 2005, s. 203.

¹¹¹ EHRLICH, 1936, s. 38.

¹¹² Eugen EHRLICH, “The Sociology Of Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 36 (1922), No.2, s. 132.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid., s. 137.

¹¹⁵ Ibid., ss. 133-134.

¹¹⁶ Ibid., ss. 134-135.

hukuk önermeleri geliştirmişlerdir. Hukukçular daha sonra, mahkemeler tarafından henüz karar verilmemiş durumlar için hukuk önermelerini şekillendirmeyi ve zaman zaman mahkemelerin kararlarını öngörmeyi istemişlerdir. Bu durumda da yeni hukuk önermeleri, hukuk biliminin kendi içinden doğabilecektir.¹¹⁷ Ehrlich böyle, mahkemelerin kararlarına bağlı olmayan ama hukukçuların çalışmaları sonucunda ortaya çıkarılan hukuku “hukukçuların hukuku” olarak isimlendirir. Aktarıldığı üzere bu hukukçuların hukuku ilkel bir ceza/tazminat tablosu olmak ve mahkemelerin verdiği kararları derleyip genelleştirmek aşamalarından geçip artık mahkeme kararlarına yön verir ve hukuk önermeleri oluşturur hale gelmiştir. Zamanla, mahkemeler sadece hukukçuların eserlerine göre karar vermeye başlamışlardır.¹¹⁸

Ancak hukukçuların hukukunun yarattığı ciltler dolusu karmaşaya Iustinianus tarafından Corpus Iuris ile düzen getirilmiştir. İşte aynı bunun gibi, Alman Medeni Kanunu’nun, Fransız Code Napoleon’unun ve İsviçre Medeni Kanunu’nun, gerçek anlamıyla yasamanın bir eseri olduğunu söylemek yanlıştır çünkü bunlar ağırlıklı olarak zaten mevcut olan hukukçuların hukukunun toparlanmasıdır.¹¹⁹ Ehrlich’in buraya kadar ifade etmeye çalıştığı şey bugünkü modern hukuk sistemlerine yol açan sistemli düzenlemelerin aslında geçmiş yargı kararlarının ve hukukçuların çalışmalarının toparlanıp derlenmesinden ibaret olduğudur.

“Bunlardan hareketle, birçoklarının yaptığı gibi tüm hukukun devlet tarafından yasalar aracılığı ile oluşturulduğunu varsaymak yanlıştır. Hukukun büyük bir kısmı evlilik, aile birliği, mülkiyet, sözleşmeler ve halefiyet sosyal ilişkilerinin kendiliğinden ortaya çıkan düzenlemeleri şeklinde, toplumun kendisinde hemen oluşur ve bu sosyal düzenin büyük bir kısmı asla hukuk önermeleri tarafından kapsamamıştır. Öte yandan hukuk önermeleri, yargısal açıklamalarla veya yargı kararlarından ve hukukçuların eserlerinden doğan hukukla ortaya çıkarlar.”¹²⁰

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere Ehrlich hukuku tek başına hukuk önermelerinden ibaret görmez. Hatta hukuk önermelerinin de tek başına yasama organının üretimi olarak görülmemesi gerektiğini söyler. Çünkü söylediği üzere hukuk önermeleri bir dönem mahkeme kararları ve hukukçuların eserleri ile de oluşturulmuştur. Bu hukuk önermeleri de tüm hukuku kapsayamaz. Çünkü yargı kararları ve hukukçuların eserleri sadece mahkemeye taşınan uyuşmazlıklardan doğacak ve mahkemeye taşınılmadan yürütülen hukuki ilişkiler ve çözülen uyuşmazlıklar hukuk önermelerine

¹¹⁷ Ibid., s. 135.

¹¹⁸ Ibid., ss. 135-136.

¹¹⁹ Ibid., s. 136.

¹²⁰ Ibid.

konu olamayacaktır. Hukuk önermelerinin dışındaki hukuk ise kendiliğinden belirli sosyal ilişkileri takiben hemen doğar:

“... Birçoklarının yaptığı gibi evlilik, aile ilişkileri, mülkiyet, sözleşmeler ve halefiyet sosyal kurumlarının hukuk önermeleriyle veya daha kötüsü sadece yasalarla ortaya çıktığına inanmak tamamen yanlıştır. Sadece devlet kurumları yasalar aracılığı ile oluşturulmuştur. Ancak hukuk önermelerinin büyük bir kısmı yargı kararları ve hukukçuların eserlerinden doğan hukuk aracılığıyla oluşturulmuştur. [Bu hukuk önermeleri] önceden düşünülme ile değil sonradan düşünülme ile oluşturulmuştur. Çünkü yargıçların ve hukukçuların belirli bir hukuksal uyumsuzlukla ilgilenebilmeleri için söz konusu olan [sosyal] kurum hayatta zaten var olmalı ve uyumsuzluğun doğumuna sebep olmuş olmalı.”¹²¹

Görüldüğü gibi Ehrlich’in hukuk sosyolojisi, insanların bağlayıcı bulduğu ve eylemlerini onlara göre düzenlediği sosyal ilişkiler olarak tanımlanan kurumlar üzerine kuruludur. Bu sosyal kurumlar ise dört temel hukuk olgusu olan alışlagelmişlik, hâkimiyet, mülkiyet ve irade beyanları ile düzenlenirler.¹²² Ya da başka bir ifadeyle bu dört temel olgu, sosyal kurumların iç işleyişini düzenler.¹²³ Bu temel hukuk olguları herhangi bir hukuki düzenlemeyi önceler. Yani evlilik, mülkiyet veya sözleşmeye ilişkin kurumlar bu hukuk olgularıyla düzenlenmiş olmayı gerektirir.

Örneğin imam nikâhının yaygın olduğu bir yerde bu yönde bir alışlagelmişlik olgusu vardır, yani orada evlilik kurumu olgularla bu biçimde (imam nikâhına uygun) düzenlenmiştir, resmi nikâha dair bir hukuk olgusu yoktur. Bu nedenle resmi nikâha ilişkin yapılacak düzenlemeler temelsiz kalacak ve etkili olamayacaktır. Benzer biçimde mülkiyet olgusunun olmadığı bir yerde mülkiyete ilişkin düzenlemeler de ya yapılmayacak ya da yapılırsa da kolay kolay geçerli olamayacaklardır. Bu nedenle de Ehrlich hukuku sosyal mühendislik aracından çok, sosyal güçlerden ortaya çıkan bir gelişim olarak görür.¹²⁴ Ama yine de Ehrlich’e göre:

“Hukuk önermeleri, sosyal gelişimin sadece bir sonucu değil ayrıca aracıdır da; toplumun onunla, iradesine uygun olarak, etki alanı içindeki şeyleri şekillendirdiği bir araçtır. Yasalar ile insan, sınırlı da olsa, hukuk olguları üzerinde güç elde eder; hukuk önermeleri aracılığı ile istenmiş bir hukuki düzen ile toplumda kendi kendine hareket geçen hukuk düzeni karşı karşıya gelir.”¹²⁵

¹²¹ Ibid., s. 139. Köşeli parantezler eklenmiştir.

¹²² Mathieu DEFLEM, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008, s. 90.

¹²³ Neil O. LITTLEFIELD, “Eugen Ehrlich’s Fundamental Principles Of The Sociology Of Law”, *Maine Law Review*, Vol. 19 (1967), No 1, s. 4.

¹²⁴ WACKS, 2005, s. 204.

¹²⁵ EHRLICH, 1936, s. 202-203.

Tüm bunlarla beraber, *Ehrlich* devletin yaptığı hukuku da yoksa saymaz ve sosyal güvenlik, ordu, ekonomi ve benzeri kurumların devletin yaptığı hukukla düzenlediğini söyler.¹²⁶ Ortaya çıkan yeni koşullar, yeni hukuk önermeleri ve kararları gerektiren yeni çıkar çatışmaları, yeni uyuşmazlık türleri demektir. Günümüzde bu ihtiyaç yasama aracılığı ile gideriliyor olsa bile bu yasama faaliyeti sonradan düşünülen bir faaliyettir.¹²⁷ Buna göre, artık günümüzde hukuk oluşturma işi büyük oranda yasama faaliyeti ile yapılıyorsa da bu faaliyet belirli bir sosyal birikime dayanmaktadır.

O halde artık, bu başlığın girişinde sorulan soruya, Japonya’da alternatif uyuşmazlık çözümünü düzenleyen yasalar neden işlemektedir, neden kullanılmaktadır sorusuna cevap verilebilir: bu yasalar işlemektedir çünkü yaşayan hukuka uygundurlar. Bu durumun tersini *Ehrlich* şöyle ifade eder: “Bir hukuk önermesi, hiç oluşmamış koşullar ve davalar için tamamıyla kullanışsız olabilir.”¹²⁸ Yani Japonya’da, zaten oluşmuş durumlar, zaten var olan koşullar yasayla düzenlemiştir. Bu ifade ile Türkiye’de arabuluculuğun geleceğine dair çıkarımlar yapılabilir. Bu mesele aşağıda ele alınacaktır.

Şaşırtıcı olmayan bir biçimde, *Kawashima* da kariyerinin bir döneminde *Ehrlich*’in yaşayan hukuk düşüncesinden etkilenmiştir.¹²⁹ Her ikisinin de araştırmaya odaklandıkları konu, hukuk önermeleri dışındaki hukuktur. *Kawashima*’da bu hukuk ethosu veya bilinci (ve bilinçaltı) olarak ortaya çıkarken *Ehrlich*’te yaşayan hukuk olarak ortaya çıkmıştır. Her ikisinin de görüşü, hukukun parlamentolardan, meclislerden ziyade dışarıda, insanların arasında aranması yönündedir.

Bu tür fikirlerin Japonya’da hukuk alanında çalışan bilim adamları tarafından ilgi görmesinin nedeni, medeni hukukun öngördüğü uygulamalar ile sosyal pratiğin, özellikle evlilik konusundaki, farklılığıdır.¹³⁰ Ayrıca Japonya’da savaş sonrası yaşanan özellikle Avrupa ülkelerinin hukuklarından faydalanılmasına yönelik hukuksal değişim hareketleri de bu tür tartışmaları etkilemiş olabilir. Reform yanlıları, muhafazakârlar ve yaşayan hukuk araştırmasına yönelenler bu tür bir tartışmayı başlatmış olabilirler.

¹²⁶ EHRlich, 1922, s. 136-137.

¹²⁷ Ibid., s. 140.

¹²⁸ Ibid., s. 143.

¹²⁹ MATSUMURA, 1988, s. 1037.

¹³⁰ MURAYAMA, 2013, s. 567.

2. Günümüz Japonya'sında Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Japonya'da ve muhtemelen başka birçok ülkede olduğu gibi, bir uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilecek farklı resmi yollar vardır. Japonya için bunlar davalasma dışında uzlaşma (*chotei*), dava sırasında sulh (*wakai*) ve tahkimdir.¹³¹ Buna ek olarak *kankai* adı verilen başka bir yöntem daha mevcuttu. Bu yöntemde yargıç, taraflara tekliflerde bulunarak ve onları bu tekliflere ikna etmeye çalışarak aktif bir biçimde tarafları sulh etme çabası içindeydi.¹³² Bu yöntem 1875'te başlamış ve 1890'da Alman kaynaklı Medeni Usul Kanununun kabulü ile kaldırılmıştır, ancak *chotei* yöntemini de önceleyen bir kurum oluşturmuştur.¹³³ *Chotei* ile *Wakai* arasındaki temel fark, ilkinin kanunen ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve yargıcın yanında başka kişilerin de yer aldığı bir prosedür olmasıdır. İkincisi ise duruşma yargıcı tarafından gerçekleştirilir ve katı prosedürlere bağlanmamıştır.¹³⁴

2.1. Uzlaşma (Chotei – Ya da Mahkeme Bağlantılı Uzlaşma)

Bu prosedür, taraflardan herhangi birinin veya ikisinin davalasma öncesinde başvurması ile bir yargıç ve iki yargıç olmayan üyeden oluşan olağan mahkemelerde gerçekleşir.¹³⁵ Yargıç olmayan ve Anayasa Mahkemesi tarafından atanıp eğitilen bu üyeler 40 ve 70 yaş arasında olmalı, hukukçu ünvanını kazanmış olmalı veya bunun yerine hukuk uyuşmazlıklarını çözmede uzmanlığa sahip olmalıdır.¹³⁶

Bu prosedürü düzenleyen yasanın birinci maddesine göre yasanın amacı: “Bu yasanın amacı medeni hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların taraflar arasında ortak fedakârlığa dayalı, aklın kuralları ve uyuşmazlığın şartları ile uyumlu bir şekilde çözüme ulaşmasıdır.” Yasanın ikinci maddesine göre, ortaya çıkan hukuk uyuşmazlıklarında, taraflardan birisi uzlaşma için mahkemeye başvurulabilir.¹³⁷ Ancak taraflar uzlaşma için başvurmamış, dava açmayı seçmiş olsalar bile, ilgili yasaya göre mahkeme

¹³¹ Katja FUNKEN, “Alternative Dispute Resolution in Japan (Univ. of Munich School of Law Working Paper No. 24, 2003)”, <http://ssrn.com/abstract=458001>, s.6. Erişim Tarihi: 05.09.2014,

¹³² Bruce E. BARNES, *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific*, University Press of America, Maryland 2007, s.56.

¹³³ COLE, 2007, s. 60.

¹³⁴ Erik FICKS, “Models of General Court Connected Conciliation and Mediation for Commercial Disputes in Sweden, Australia, Japan”, *Zeitschrift für Japanisches Recht*, Vol. 13 (2008), No. 25, s. 142

¹³⁵ Meryll DEAN, *Japanese Legal System*, Cavendish Publishing, London 2002, s. 397

¹³⁶ Yasunobu SATO, *Commercial Dispute Processing and Japan*, Kluwer Law International, Dordrecht 2001, s. 294'te 49 numaralı dipnot.

¹³⁷ Civil Conciliation Act (CCA) m. 2.

uygun görürse davanın belirli bir aşamasına kadar dosyayı taraflar istemese bile uzlaşmaya göndermesi mümkündür.¹³⁸ Eğer taraflar uzlaşmazsa ve mahkeme uygun görürse diğer üyelerin görüşünü alarak, her iki tarafın da yararını hakkaniyetle gözeterek ve somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak kendiliğinden her iki tarafın da taleplerine ters düşmeyecek bir karar verebilir.¹³⁹ Bu karar, para ödemesi, eşyanın teslimi veya başka bir ekonomik yarar biçiminde olabilir.¹⁴⁰ Taraflar bu karara karşı itiraz haklarını iki hafta içinde kullanabilirler.¹⁴¹ İtiraz halinde, verilen karar geçersiz olur, bunun için ayrı bir yargılama yapılmaz.¹⁴² İtiraz edilmemesi halinde karar mahkeme içi bir sulh niteliği taşır (yani davalanmış ve sulh olunmuş gibi kabul edilir) ve bağlayıcıdır.¹⁴³

Eğer hem taraflar anlaşamaz hem de mahkeme böyle bir karar vermezse uzlaşma başarısız olur ve dosya kapanır.¹⁴⁴ Bu durumda tarafların dava açmak için tekrar harç ödemeleri gerekecektir. Bu, ufak da olsa tarafları dava açmaktan alıkoyup uzlaşmayı tamamlamaya itebilir. Çünkü diğer durumda, uzlaşma için ödedikleri harç boşa gitmiş olacaktır.

Bu prosedür sonunda eğer taraflar uzlaşır ve bu kayıt altına alınırsa bu sonuç mahkemenin verdiği hüküm ile aynı etkiyi doğurur.¹⁴⁵

Bazı durumlarda dava açmadan önce bu prosedüre başvurmak zorunlu kılınmıştır. Bu yasanın 24–2 maddesine göre konut veya arsa kiralalarının arttırılması veya azaltılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce mahkemeye uzlaşma için başvurulması zorunludur.¹⁴⁶

Kısaca mahkemede uzlaşma yöntemi yasayla düzenlenmiş, resmî, başlatmak için mahkemeye başvuru yapılan ve yargıcın da yer aldığı dava dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yöneme yönelik bazı eleştiriler getirilmiştir. Örneğin bir görüşe göre komisyondaki yargıç olmayan üyeler maddi hukuku yok sayarak toplumun geleneksel değer yargılarını dayatmaya çalışmaktadırlar.¹⁴⁷ Bunu da tarafları sosyal baskıya maruz bırakarak, toplumun

¹³⁸ CCA m. 20.

¹³⁹ CCA m. 17.

¹⁴⁰ CCA m. 17.

¹⁴¹ CCA m. 18.

¹⁴² CCA m. 18/2.

¹⁴³ CCA m. 18/3.

¹⁴⁴ CCA m. 14.

¹⁴⁵ CCA m. 16.

¹⁴⁶ CCA m. 24.

¹⁴⁷ Nobuaki IWAI, “Alternative Dispute Resolution in Court: The Japanese Experience”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6 (1990-1991), No. 1, s. 232. Ancak bu makalenin 1991’de yayımlandığı gözden kaçırılmamalıdır. O tarihten beri üyelerin eğitimi

benimsediği ahlâka uymaya zorlayarak otoriter bir biçimde yapmaktadırlar.¹⁴⁸ Ayrıca yasa uyarınca tüm oturumlarda bulunması gereken yargıçlar pratikte buna pek uymamaktadırlar.¹⁴⁹ Ancak bu uzlaşma yöntemi daha ucuz, hızlı ve davalaşmaya göre daha esnek bir yol olması sebebiyle halen tercih edilebilir bir yoldur. Bu tarz bir kurumun bizim hukukumuzda karşılığı yoktur.

2.2. Dava Sırasında Sulh (Wakai)

Bu mahkeme içinde sulh olma yöntemi, genel olarak, yargıçların şekil şartlarına bağlı ve kamuya açık yargılamayı durdurup daha az şekle tabi ve kamuya kapalı yargılama usulüne geçebilmelerini sağlar.¹⁵⁰ Bu prosedürün hukuki temelini oluşturan Japon Medeni Usul Yasası'nın, "Uzlaşma Girişimi" başlıklı 89. maddesine göre, "dava hangi aşamada olursa olsun mahkeme sulh etmeyi deneyebilir ya da bunun için bir yargıç görevlendirebilir". Bu prosedür, dava devam ederken bir yargıç tarafından teklif edilebilir ve nasıl yürütüleceği yargıç tarafından belirlenir.¹⁵¹ Yargıç bu süreci başlatmak istediğinde, taraflar itiraz edemezler (ancak pratikte taraflardan biri veya ikisi buna itiraz ettiklerinde yargıçlar tarafları zorlamazlar) ancak uzlaşmaya varma zorunlulukları da yoktur.¹⁵² Aynı yasanın "Davanın Hüküm Verilmeden Sonuçlanması" başlıklı kısmına göre "yargıç, tarafların ortak talepleri üzerine davayı sonlandırmak için uygun sulh hükümlerini belirler".¹⁵³ Yani taraflar, dava sürerken mahkemeye, sulh edilmeleri için ortak bir başvuru yapma imkânına da sahiptirler.

Yargıç sulh olmayı kabul eden tarafları, mahkeme salonu dışında ayrı ayrı veya beraber davet eder ve bu davetler iki üç haftada bir gerçekleştirilir.¹⁵⁴ Basit konularda iki veya üç görüşme gerekirken karmaşık konularda on ve üzeri görüşme gerekebilir.¹⁵⁵ Bu görüşmeler sonunda

ve göreve gelişleri konusunda reformlar yapılmıştır. İlgili makalenin devamında bu konu da ele alınmıştır.

¹⁴⁸ IWAI, s. 232.

¹⁴⁹ Örneğin aile hukuku ile ilgili bir çalışmada: "Özellikle şehirlerdeki mahkemelerde yargıçlar her arabulma oturumuna katılmazlar. Genellikle, sadece son oturuma katılırlar." Taimie BRYANT, "Family Models, Family Dispute Resolution and Family Law in Japan", *Pacific Basin Law Journal*, Vol. 14 (1995), No. 1, s. 9. Buna benzer bir bilgi FUNKEN, 2003'te "Hideo TANAKA & Malcolm SMITH, *The Japanese Legal System, University of Tokyo Press, Tokyo 1987*"den aktarılmıştır.

¹⁵⁰ IWAI, 1990-1991, s. 203.

¹⁵¹ FICKS, 2008, s. 145.

¹⁵² IWAI, 1990-1991, s. 205.

¹⁵³ Japon Medeni Usul Yasası m. 265.

¹⁵⁴ IWAI, 1990-1991, s. 206

¹⁵⁵ IWAI, 1990-1991, s. 206.

tarafların teklif ettiği şartlar bir nihai anlaşma oluşturmaya mümkün hale geldiğinde mahkeme bunu yazılı bir anlaşma teklifi haline getirip taraflara gönderir ve kabul edip etmeyeceklerini sorar.¹⁵⁶ Kabul etmelerini halinde sulh gerçekleşir ve o şartlar kesin hüküm niteliği taşır.¹⁵⁷ Bu anlaşma gerçekleşmezse veya yargıç bunun gerçekleşmeyeceğini anlarsa normal yargılama prosedürüne dönlür.¹⁵⁸

Bu prosedür aslında hukukumuzdaki sulh kurumuna benzemektedir; ancak hukukumuzda sulh kurumu daha katı bir biçimde düzenlenmiştir. Japon hukukundaki gibi esnek değildir. Hukukumuzda sulh, usul hukuku bürokrasinin bir unsuru haline gelmiştir. Taraflar, yargıç tarafından usulen sulh olmaya davet edilir ve taraflar da bu teklifi usulen ve belki de ne ifade ettiğini bilmeden reddederler. Çünkü bir an önce yargılamaya geçilip hüküm verilmelidir.

D. OSMANLI DEVLETİ VE ADALET ANLAYIŞI

1. Mahkemeler ve Uyuşmazlık Çözme

Osmanlı mahkemeleri ile ilgili bilgi veren kaynaklar mevcutsa da bu mahkemeleri ve uyuşmazlık çözüm pratiklerini sosyolojik veya antropolojik bir incelemeye tabi tutan kaynak sınırlıdır. Bunun bir sebebi Osmanlı mahkemelerini incelemek için temel kaynak olan sicillerin yüzeysel tutulmuş olmalarıdır. Boğaç Ergene tarafından hazırlanan ‘Local Court, Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire: Legal Practice and Dispute Resolution in Çankırı and Kastamonu (1652–1744)’ isimli çalışma Çankırı ve Kastamonu için bu boşluğu, sicillere dolaylı olarak yansıyan olayları da kullanarak doldurmaktadır.

1.1. Değer Yargıları ve Kurumlar

Ergene’ye göre, Çankırı ve Kastamonu’da yaşayan insanlar açısından, uyuşmazlık çözümünde mahkemeleri *kullanmamak* için çeşitli sebepler mevcuttur.¹⁵⁹ Temel olarak, uyuşmazlık çözümü için alternatif kanalların varlığı, davalışmanın masrafı ve yoksul ve zayıfa karşı olan ayrımcılık bu sebeplerin arasında olabilir.¹⁶⁰

¹⁵⁶ IWAI, 1990-1991, s. 207.

¹⁵⁷ IWAI, 1990-1991, s. 207-208.

¹⁵⁸ IWAI, 1990-1991, s. 208.

¹⁵⁹ Boğaç A. ERGENE, *Local Court, Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire: Legal Practice and Dispute Resolution in Cankiri and Kastamonu*, Brill, Leiden/Boston 2003, s. 170.

¹⁶⁰ *Ibid.*, s. 170.

Yerel mahkemelerin resmi alternatiflerinden birisi merkez ve eyaletlerdeki devlet organlarıdır. Ergene'nin gösterdiği üzere, sık olmasa da, buralara başvuru yapılmaktadır. Sicillerden anlaşıldığı kadarı ile çoğunlukla, merkeze veya eyalete gönderilen meseleler çözüm için, yerel mahkemelere, süreci takip edecek bir memurla geri yönlendirilmiştir. Bu da merkezde veya merkezin emriyle uyuşmazlıkların çözülebildiğini gösterir; çünkü aksi olsaydı insanlar bu talebin yerel mahkemeye geri gönderileceğini bile bile, taleplerini merkeze gönderiyor olamazlardı.¹⁶¹ Bu ilk alternatif çözüm yolu, yani şikâyeti merkeze iletebilme, yukarıda anlatılan katı Japon örneğinin aksi bir görüntüdür. Bu alternatif yolun varlığı ve merkezden bir gözlemcinin yerel mahkemede süreci gözlemlemesi uyuşmazlığı şikâyete dökebilmeyi cesaretlendirici bir uygulamadır.

Diğer bir resmi alternatif ise askeri ve idari otoritelere başvurudur. Yine Ergene'nin belirttiği üzere bazı davalar (bunlar hem hukuk hem de ceza davalarıdır) valinin makamında ve vali tarafından, kadı ve diğer üyelerin de var olduğu bir biçimde görülürdü.¹⁶² Vali ve askeri memurların suçluluğa karar vermeden bir süreliğine hapsedme, para cezasına karar verebilmeleri mümkündü.¹⁶³ Örneğin sicillerden aktarılan bir örneğe göre aralarında önceye dayanan bir husumet nedeniyle Salih, Hasan'ı haksız yere vali yardımcısına şikâyet etmiş ve vali yardımcısı da elemanlarından birisini göndererek, Hasan'ı mahkeme kararı olmadan üç gün hapsedmiş ve 60 kuruşuna el koymuştur. Hasan da bu durumu mahkemeye şikâyet etmiş, el konulan parasının *Salih'ten* geri alınmasını istemiş ve mahkeme de 60 kuruşun Salih'ten alınmasına hükmetmiştir.¹⁶⁴ Bu olay alternatif resmi çözüm yollarının varlığını göstermenin yanında bunların arasındaki bir çatışmaya da işaret edebilir. Kayıтта, 60 kuruşa kimin el koyduğu belli değildir ve bu el konulan paranın el koyandan değil de şikâyetçi Salih'ten istenmiş olması, el konulan paranın sonradan valinin elemanı tarafından Salih'e teslim edilmiş olduğu anlamına gelmez. Bunun yerine, bu durum mahkemelerin bazı askeri-resmi görevliler üzerinde hüküm vermeye yetkili olmadığını gösteriyor olabilir.¹⁶⁵ Bu durum da Japonya'daki askeri-yönetici sınıftan kişilere karşı, mahkemede bir talepte bulunmanın çok zor olması durumu ile benzer olarak görülebilir. Ancak bu durumun benzer dönemde başka birçok toplumda örneğinin bulunması olasıdır.

¹⁶¹ Ibid., s. 171.

¹⁶² Ibid., s. 172.

¹⁶³ Ibid., s. 174.

¹⁶⁴ Ibid. Vurgu eklenmiştir.

¹⁶⁵ Ibid., s. 175.

Alternatif resmi çözüm yolları bu olmakla beraber, resmi olmayan uyuşmazlık çözüm yolları da mevcuttu. Örneğin, uyuşmazlığın nasıl çözüldüğü belirtilmemişse de Çankırı’nın iki köyünden insanlar arasında çıkan bir vergi uyuşmazlığını çözmek için her iki köyden ikişer temsilci seçildiği sicillere yansımıştır.¹⁶⁶ Mahkemeye taşınan başka bir olayda babası tarafından dövülen kız, bunun üzerine imamın evine gider ve imam da kadını amcasının evine götürür ve kadın orada bir süre kalır. Olay daha sonra resmi makamlara ve mahkemeye taşınır. Kadın mahkemede verdiği ifadesinde bunu şöyle anlatır: “Bazı *gammazlar* yalan hikâyeler anlatmaya başladılar hatta vali yardımcısına, beni babamın evinden kaçmakla itham ettiler.”¹⁶⁷ Ergene’ye göre, bu olayda kadının ve imamın aslında meseleyi mahkemeye veya vali yardımcısına taşımak gibi bir niyeti yokken sözü edilen *gammazlar*, kadını kötü biri olarak gösterip aslında aile içinde çözülecek bir meselenin yerini değiştirmiş bu nedenle de topluluğun uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına müdahale etmiş ve köydeki önemli kişilerin (bu olayda imam) gayriresmi otoritesini ve yetkilerini sarsmıştır.¹⁶⁸ Yazar bu durumdan ve ifadelerden şöyle bir sonuç çıkarır, olaydaki kadın dürüst ve erdemli bir kadın olduğu (böyle olduğu mahkemece soruşturulup tescil edilmiştir) için uyuşmazlık mahkemeye hiç taşınmamalıydı, çünkü mahkemeler kötü karakterli insanlar için bir yerdi.¹⁶⁹

Bu durum aslında Japonya’ya ilişkin literatürde tartışılan ve uyuşmazlıkları resmi makamlara taşınmasından kaçınmaya yönelik bir “Japon ethosu”nun varlığına benzer. Bu tek olay, bu Japon ethosuna benzer bir Osmanlı ethosunun var olduğunu genel olarak söylemek için yeterli değildir. Ama yazar, bu tek olayda böyle bir ethosun etken olmuş olabileceği sonucuna varır. Bu ethosa dair söylenebilecek diğer şey de böyle bir ethosun benzer dönemdeki toplumlarda görülebileceğidir. Bu nedenle henüz yeterince rasyonelleşmemiş ve mekanik dayanışmanın var olduğu topluluklarda böyle bir ethosun görülmesi olağan olarak değerlendirilebilir.

1.2. Sulh

Uyuşmazlığın diğer bir alternatif çözüm yolu sulhtur. İslam öncesi Arap kabilelerinde topluluğun önemli kişileri, uyuşmazlıkları uzlaşma yolu ile çözmeye büyük rol oynamışlardır.¹⁷⁰ Ayrıca Osmanlı mahkemelerinin hukuk

¹⁶⁶ Ibid., s. 177.

¹⁶⁷ Ibid., s. 178. Vurgu eklenmiştir.

¹⁶⁸ Ibid., ss. 179-180.

¹⁶⁹ Ibid., s. 180

¹⁷⁰ Aida OTHMAN, “‘And Amicable Settlement Is Best’: Sulh And Dispute Resolution in Islamic Law”, *Arab Law Quarterly*, Vol. 21 (2007), No. 1, ss. 65-66.

kaynaklarından olan şeriat hukukunun Hanefî okulunda ve diğer kaynağı olan kanunnamelerde sulhden bahsedilmiş ve sulhe başvuru teşvik edilmiştir.¹⁷¹ Sicillere yansıdığı kadarıyla Osmanlı mahkemelerinde de sulh kurumunun var olduğu anlaşılmaktadır.

18. yüzyılın ikinci yarısında Eyüp ve Adana mahkemelerinin sicilleri, diğer siciller gibi, sulh bakımından bazı veriler sunmaktadır. İlk olarak, sulhun sicillere kaydı üç biçimde olmuştur; mahkemeye taşınan bir uyuşmazlık mahkemede sulh edilmiştir, mahkeme dışında yapılan bir sulh kayıt için mahkemeye getirilmiştir veya taraflar mahkeme dışında sulh olmayı denemiş ve başarısız olduktan sonra davalaşmak için mahkemeye gitmişlerdir.¹⁷² Sulh oranlarına bakıldığında ise Adana sicilindeki 455 kaydın 31(%7)'i, Eyüp'teki 1819 kaydın 54(%3)'ü sulhe ilişkindir.¹⁷³ Ancak bu sayılar dışında, sicillere yansımayan, yani mahkeme dışında sulh olunmuş ve daha sonra bir şekilde mahkemeye taşınmayan sulhler bu sayılara dâhil değildir.

Japonya'da sulh ve uzlaşmayı destekleyen öğretilere benzer biçimde, sicillerde, sulhu teşvik eden İslam öğretilerinin taraflarca veya mahkemece benimsendiği görülmektedir. Örneğin yaralanma sonucunda ölümle ilgili bir kayıta bu durum görülebilir:

“... Bahsi geçen Ahmed, oğlumuzu, göğsünün sol tarafından beyaz saplı bir bıçakla bıçaklayarak öldürdüğünü itiraf etti. Kısas hakkımız olmasına rağmen ‘bir insan affeder ve barışırsa onun mükâfatı Allah’a aittir’¹⁷⁴ kutsal sözüne uymayı seçiyoruz ve Ahmed’i affediyoruz. Karşılığında, temsilcisinden 100 kuruş tazminat aldık ve aramızda bölüştük. Bu nedenle Ahmed’e karşı cinayetiyle ilgili bir talebimiz yoktur.”¹⁷⁵

Sulh tamamen keyfi ve gayriresmi biçimlerde gerçekleştirilmezdi ve sulh üzerinde mahkemenin denetimi vardı, yani sulh mahkemece ret de edilebilirdi: “... Hacı Kaya tarafından yukarıda bahsedildiği şekliyle yapılan sulh meşru olmadığından, [Kaya'nın,] yukarıda bahsedilen Niyazi Mustafa'nın işlerine karışmaması hükmedildi.”¹⁷⁶ Bu verilen örnekte sulhun neden geçersiz sayıldığı açıklanmamıştır. Ancak Ergene, bu tür ret kayıtlarına

¹⁷¹ Işık TAMDOĞAN, “Sulh and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana”, *Islamic Law and Society*, Vol. 15 (2008), No.1, ss. 63-64.

¹⁷² TAMDOĞAN, s. 65.

¹⁷³ TAMDOĞAN, s. 61. Tablo 1.

¹⁷⁴ Kuran ŞÛRÂ(42):40.

¹⁷⁵ Boğaç A. ERGENE, “Why Did Ümmü Gülsüm Go to Court? Ottoman Legal Practice between History and Anthropology”, *Islamic Law and Society*, Vol. 17 (2010), No. 2, s. 230-231.

¹⁷⁶ Ibid., s. 232.

sicillerde çok sık rastlanmamasının, aslında tarafların çoğunun sulhu gerçekleştirirken hukuki yardım aldığıının göstergesi olduğunu iddia eder.¹⁷⁷ Ona göre bu yardım sayesinde sicillerde bu tür ret kayıtlarına sık rastlanmaz çünkü sulhler, az da olsa hukuki bir yardımla, doğru bir biçimde gerçekleştirilir.

Kadı’nın sulh sürecinde bir rol oynayıp oynadığına dair doğrudan bir veri yoktur. Ancak sicil kayıtlarında arabulucuların varlığına rastlanmaktadır: “... Bu yüzden aramızda bir uyuşmazlık çıktı. Sonuç olarak müminler ve arabulucular (*müslimun ve muslihun*) araya girdiler ve uyuşmazlık sulh olundu...”¹⁷⁸

Bu aktarılan meseleler dışında, mahkeme bir karar verdikten sonra tarafların aralarında sulh olduklarını gösteren örnekler de aktarılmıştır. Burada ilginç olan, Çankırı ve Kastamonu’ya ait, incelenen 140 sulh kaydının 23’ünün mahkemenin bir tarafın lehine karar verdikten sonra gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu 23 kaydın 16’sı farklı sosyal ve ekonomik durumlarda olanlar arasında ve bu 16’nın 12’si de mahkemenin daha seçkin olan taraf lehine karar verdiği durumlardır.¹⁷⁹ Yani bu şu anlama gelir, bu 12 sulh, seçkin sınıftan olanların mahkemede kazanmış olsalar bile mahkeme sonrasında kaybeden tarafla tekrar anlaşmaya çalıştığını gösterir.

Aktarılan bir örnekte kardeşi öldürülen bir kişi tarafından, kardeşini öldürenler mahkemeye şikâyet edilmiş ancak şikâyet eden iddiasını kanıtlayamamış, eylemi yaptığı iddia edilenler aklanmıştır ve daha sonra bazı arabulucuların araya girmesiyle kardeşi öldürülene bir kılıç, bir at, bir Kuran ve on kuruş verilerek mahkeme dışında bu uyuşmazlık çözülmüş ve sulh yazılı olarak kaydedilmiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid., s. 225. Yazara göre bu “müminler ve arabulucular” ifadesine sicillerde sıklıkla rastlanmaktadır. Ancak bu ifadeden kadı’nın arabulucu görevini üstlenip üstlenmediğine dair doğrudan bir sonuç çıkmamaktadır. Fakat yazar, kadıların da arabuluculuk faaliyetinde yer aldığına dair üç adet *olası* delil sunar: 1) Bazı ifadelerin çok sık kullanılması. Örneğin Kuran’dan alınan, ‘*Bir insan affeder ve barışırsa onun mükafatı Allah’a aittir*’, ‘*uzlaşma daha iyidir*’ veya bir Arap atasözü olan ‘*uzlaşma, yargulamaların en iyisidir*.’ Bu tür ifadelerin sıklıkla tekrar ettiği için toplumun benimsediği değerleri ifade edebilecekleri gibi kadıların politikalarını da yansıtabilir. 2) Çok sayıda sulh kaydına rastlanması. 18.yy Kastamonu’sunda sicillerin 1/4’ünü sulh kayıtları oluşturur. Sulh tek başına mahkeme dışı bir çözüm olsaydı bu kadar sulh kaydına rastlanmazdı. 3) Geçersiz kabul edilen sulh sayısının çok az olması, sulh için teknik bir yardım alındığının göstergesi olabilir. ERGENE, 2010, s. 231-232.

¹⁷⁹ ERGENE, 2003, ss. 184-185.

¹⁸⁰ Ibid., s. 184.

Az da olsa bu tarz durumların varlığı topluluk içindeki gayriresmi adalet sağlama mekanizmalarının varlığına bir işarettir. Bu gayriresmi yolların varlığı uyuşmazlık çözümede mahkemeye başvurmaktan kaçınmayı teşvik etmiş olabilir.

1.3. Masraflar

Ergene tarafından, Osmanlı'da uyuşmazlık çözmeye ilişkin zor bir başka konuyu daha ele alınmıştır. Mahkemeleri kullanmak ne kadar masraflıydı sorusuna, terekenin paylaşımı bakımından bir cevap vermiştir. Örneğin terekenin bölümüne dair uyuşmazlıkların çözümü için resmi olarak öngörülen ücret 17. ve 18. yüzyıllarda tereke değerinin 1000'de 15'i olarak öngörülmüştür.¹⁸¹ Enflasyon artışının varlığına rağmen bu ücret resmi olarak, sabit kalmıştır.¹⁸²

Fakat kayıtlardan anlaşıldığı kadarı ile fiilen bu ücretlere bağlı kalınmamıştır. Genel olarak 1000'de 70'lere çıkan ücretler alındığı hatta bazı uç durumlarda bu ücret 1000'de 350'lere çıktığı görülmektedir.¹⁸³ Bu artışın bir kısmı veya belki de tamamı enflasyonla açıklanabilir gibi görünse de başka ilginç bir husus vardır. Sağlanan verilere bakıldığında terekenin, borçlardan sonra kalan değerinin yüksek olduğu örneklerde alınan ücret oransal olarak, terekenin değerinin düşük olduğu örnekler göre daha düşüktür. Bir örnekte 6144 kuruş olan terekeden 1000'de 30 masraf alınmışken, 44 kuruşluk terekeden 1000'de 90 alınmıştır.¹⁸⁴ 113 adet kayıt arasında yapılan korelasyon analizine göre bu iki veri arasında negatif bir korelasyon vardır.¹⁸⁵ Yani istatistiksel olarak anlamlı bir biçimde, değerli terekeden az masraf, değersiz terekenin de çok masraf alınmıştır. Bu nedenle mahkemelerin zayıf ve güçsüzü ezme yönünde bir politika geliştirdiği iddia edilebilir.

Kısaca, en azından terekenin bölünmesi işlemi için, mahkemelerin uyguladığı fiyatların adil ve dengeli olmadığı görülmektedir. Böyle bir ayrımcılık da en azından bazı insanları mahkemeleri kullanmaktan uzak tutacaktır. Ancak bu veriler sadece Kastamonu ve Çankırı'daki sicillerde yer alan miras bölüşümü kayıtlarına ilişkindir. Başka yerler ve prosedürler için benzer bir inceleme bu iddiayı güçlendirebilir ya da zayıflatabilir.

¹⁸¹ Ibid., s. 77'de Tablo 5.1.

¹⁸² Ibid., s. 78.

¹⁸³ Ibid., s. 91'de Tablo 5.9.

¹⁸⁴ Ibid., s. 93'te Tablo 5.9.

¹⁸⁵ Ibid., s. 94.

2. Şikâyet Defterleri

Yukarıda bahsedildiği gibi Osmanlı'da isteyenlerin taleplerini, şikâyetlerini merkeze göndermeleri mümkündür. Bu şikâyetler özellikle 18. yüzyıla doğru şikâyet defteri isimli defterlere kaydedilmeye başlanmıştır.¹⁸⁶ Bu şikâyetlerin genel yapısı bireyler arasında olmaktan ziyade birey-resmi görevli arasındaki ve resmi görevlilerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklardır. Ancak yine de o dönemin davalaşma ve şikâyet davranışlarına ilişkin fikir verebilir.

Bir çalışmada incelenen, 1793 şikâyet kaydının 878'i kamu görevlilerine aittir.¹⁸⁷ Bu kamu görevlileri arasında sırasıyla en çok şikâyet edilenler, sancakbeyi, beylerbeyi, sipahi ve yeniçeriler vardır.¹⁸⁸ Buradan da anlaşıldığı üzere askerler ve idari görevliler de şikâyet edilebilmekteydi. Yapılan şikâyetlerin yoğunluğu konu bakımından sınıflandırıldığında sırasıyla görevi kötüye kullanma, ceza (yaralama, öldürme), alacak, vakıf ve vergi ile ilgili konuların şikâyet edildiği görülmekte.¹⁸⁹ Diğer bir ilginç husus kadılarınla ilgili yapılan şikâyetlerdir. Kadıların karşı yapılan şikâyetler hukuksuz bir biçimde para ve yiyecek toplamaları, vergi konusunda usulsüzlükler ve bazı kadıların eşkıya ile birlik olup ev basma, gasp ve yağma gibi eylemlere katılmaları, miras taksiminde terekeyi tamamen gasp etmeleri konularından oluşur.¹⁹⁰ Bu durum aslında halkın uyuşmazlığını kadıya götürmekten çekinmesine yol açmış olabilir. Kadı gibi resmi görevlilerin şikâyet edilebiliyor olması adaletin sağlanması için faydalı bir uygulama olsa da Japonya ile kıyaslanınca şikâyeti teşvik edici bir unsur olarak da değerlendirilebilir. Ayrıca kadıların terekeye ilişkin işlemleri yüksek masraflar ile yaptıkları yukarıda aktarılmıştı. O halde kadıların bazı hukuksuz eylemleri, özellikle tereke ile ilgili hususlarda bir pratik haline getirdikleri sonucuna bu verilerden ulaşılabilir.

Şikâyet defterlerinde her şikâyet doğrudan Divan'a havale edilmemiştir. Bazıları çözülmesi için önce yerel mahkemeye gönderilmiş ve takip edilmiş, kadıların ve diğer idareciler hakkında şikâyetler ise genellikle doğrudan Divan'da görülmüştür.¹⁹¹ Şikâyet defterlerinin varlığından hareket ederek kamu görevlilerine karşı da resmi yollara başvuru imkânının var olduğu görülebilir. Ama her tek durumda bu tür bir şikâyetin iletilmesinin önünde

¹⁸⁶ Saliha Okur GÜMRÜKÇÜÇOĞLU, "Şikâyet Defterlerine Göre Osmanlı Teb'asının Şikâyetleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61 (2012), Sayı: 1, s. 177.

¹⁸⁷ *Ibid.*, s. 185.

¹⁸⁸ *Ibid.*, s. 187'de Tablo 2.

¹⁸⁹ *Ibid.*, s. 192'de Tablo 5.

¹⁹⁰ *Ibid.*, s. 195.

¹⁹¹ *Ibid.*, s. 199.

ayrı engeller olabilir. Ayrıca yine bu defterlerden, genellikle yerel mahkemeye gönderilse de, adi uyuşmazlıklarda da merkeze başvuru imkânı olduğu görülebilir.

3. Ara Sonuç

Osmanlı'da mahkeme pratikleriyle ilgili buraya kadar anlatılanlardan kısa bir sonuç çıkarılabilir. Osmanlı'da mahkemelerin hem resmi hem de gayriresmi bazı alternatifleri vardır. Resmi mahkemeleri kullanmaktan kaçınmaya neden olacak bazı değer yargılarının, toplumsal ve ekonomik sebeplerin varlığı da gösterilmiştir. Böylece gayriresmi çözüm yollarına teşvik edici sebeplerin ve kurumların (örneğin müminler ve arabulucular) var olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Aslında bu tablo ne tam olarak baskıcı ve şikâyeti engelleyici ne de şikâyeti tam olarak teşvik eden bir görüntü verir. Çünkü bir yandan isteyenler şikâyetleri merkeze dahi iletebiliyorlarken bir yandan bazı durumlar için meselenin duyulmadan topluluk içinde çözülmesi yeğlenmektedir. Ayrıca yukarıda aktarılan bir örnekten görülebileceği gibi üst sınıftan olanlara karşı bir talebin mahkemede öne sürülebilmesi fiilen mümkün olmayabilir. Kadıların haksız uygulamaları da unutulmamalıdır.

Bu nedenle, Osmanlı'da uyuşmazlık çözme, hukuken geniş çeşitlilikte resmi yolların var olduğu ama bunlara başvurulurken güçlü bazı fiili engellerin de mevcut olduğu bir sistemdi. Ancak bunların yanında, Japonya örneğinde verilen, uzlaşmayı yücelten değer yargılarının ve ethosun varlığı da görülmektedir. Osmanlı'nın Japonya'dan farkı bunları kurumsallaştırmaması ve katı bir politika biçiminde dayatmamasıdır.

E. TÜRKİYE CUMHURİYETİ HUKUKU VE MİLİTAN ADALET SÖYLEMİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması ile yargı erkinde daha önceden başlamış olan değişim süreci yerini köklü bir değişime bırakmıştır. Bu değişimlerin ne olduğu bu çalışmanın kapsamının dışındadır. Ancak bu değişim sırasında değişimin önemli bir mimarı tarafından dile getirilenler değişimin ruhuna dair bir fikir verebilir. İlk adalet bakanlarından olan *Mahmut Esat Bozkurt*'un Cumhuriyet Savcıları için söylediği: “Meriç kıyılarında çalışan Türk köylüsünün kaybolan sabanlarından tutunuz da, bu yurttan yaşayanların uğrayacakları en ufak bir haksızlıktan, hatta Bingöl dağlarının ıssız kuytularında nafakalarını bekleyen öksüzlerin gözyaşlarından

siz sorumlusunuz.”¹⁹² ifadesi şiddetli bir adalet söylemini yansıtır. Bu adalet söyleminin nasıl doğduğunu araştırmak ilginç olabilir. Çünkü yukarıda Osmanlı ile ilgili aktarılan veriler fiili durumda aslında kutsal bir adalet anlayışının var olmadığını, onun yerine çeşitli baskıların var olduğunu gösterir. Bu tarz bir adalet söylemi içinde uzlaşma gibi bir anlayışı barındırmaz. Bu nedenle bu anlayış *militan adalet* olarak isimlendirilebilir. Adaletin kazanması için mücadele etmek, savaşmak ve gerekirse fedakârlık etmek.¹⁹³ İşte bu anlayış uzlaşmayı değil şikâyeti ve cezalandırmayı destekler.

Bu söylem günümüzde şeklini değiştirmiş olsa da ruhunu korumaktadır. Bu söylemi farklı bağlamlarda yakalamak mümkündür. İlk olarak adliye binaları üzerine yapılan tartışmalarda bu militan anlayış görülebilir. Öyle ki adliyeler görkemli, korkutucu ve de güven verici olmalıdır. Bunu, İstanbul Çağlayan Adliyesi için kullanılan *Avrupa’nın En Büyük Adalet Sarayı*¹⁹⁴ ifadesinden ve İstanbul Anadolu Adalet Sarayı için kullanılan *Dünyanın En Büyük Adalet Sarayı*¹⁹⁵ ifadesinden anlayabiliriz. Ayrıca *adalet sarayı* ifadesinin kendisi de yine bu militan adalet anlayışının bir izi olarak ele alınabilir. Buna göre adalet sarayda dağıtılmaktadır, oradan çıkacak karar kesin bir çözüm olacaktır, uyuşmazlık sonlanacaktır. Benzer şekilde yargıçların ifadelerinde de bu anlayış yakalanabilir. Bir yargıç, bir araştırma kapsamında kendisiyle yapılan röportajda adliye binalarına ve yargıçlara dair şunları söylemiştir: “Vatandaşa adliyeye karşı bir korku bir çekinme oluşmalı. Bu önce binanın ihtişamıyla, sonra hâkimin nosyonuyla sağlanır... [Akademide] hâkimin, sesi, duruşu tavrı öğretilir. Çok önemli.”¹⁹⁶ Aynı araştırma kapsamında başka bir yargıç röportajda hâkimlik mesleğine dair şunları söylemiştir: “... Örneğin ailesinde hırsız olan, ahlâksız olan adamı hâkim yapamazsın. Yetenek, bilgi, ahlâk, aile yapısı, her şeyi incelemeniz gerek! Sıradan insan hâkim olamaz!”¹⁹⁷ Yine başka bir çalışmada yargıçların

¹⁹² Genel olarak bkz, *Mahmut Esat Bozkurt Anısına Armağan*, İstanbul Barosu Yayınları 2008. Bozkurt’un bu sözleri, verilen eserde sıklıkla tekrarlanmıştır ancak dolaylı veya kaynaklı biçimlerde aktarılmıştır.

¹⁹³ Türk Dil Kurumu – Büyük Türkçe Sözlük. Militan maddesi.

¹⁹⁴ Örneğin, HSYK tarafından yapılan bir duyuruda “... Programın son günü İstanbul’da gerçekleştirilmiş olup burada Avrupa’nın en büyük adliyesi olma özelliğine sahip olan Çağlayan Adliyesi ziyaret edilmiştir” ifadesi yer almaktadır. Bu ve benzeri ifadelerle başka bir çok resmi ağızda rastlanabilir. <http://www.hsyk.gov.tr/etkinlikler/ziyaretciler/2013/ocak/cebej-heyeti/cebej.html> Erişim tarihi: 01.12.2015.

¹⁹⁵ İlgili adliyenin resmi web sayfası, arama motorlarında şöyle tanıtılmaktadır: “Yapımı 2012 yılında tamamlanan dünyanın en büyük adliyesi olan T.C. İstanbul Anadolu Adalet Sarayı’nın Resmi Web Sitesidir.”

¹⁹⁶ İdil ELVERİŞ & Galma JAHİC & Seda KALEM, *İstanbul Asliye Hukuk Mahkemelerinde Yargılama Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 92.

¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 98.

“peygamber postunda oturan kişi” olduğu şeklindeki geleneksel kabule dair bir yargıç şöyle söylemiştir:

“Bu konuda da zaman zaman kendi aramızda tartışmalar olmuştur. Evet, halk buna peygamber postu demekle bu makama, yani işte dini inançlarımıza göre, dinimizin en yüksek temsilcisi peygamberinin seviyesinde bir iş yaptığımız ortaya konulmak isteniyor; dolayısıyla kusursuz adalet bekliyor insanlar bizden, kusursuz adalet. Bunun için çalışmak ve gerçekten kusursuz olduğuna inandığımız adil bir davranışınızı da alkışlıyor ve memnuniyetini ifade ediyor. Amaç da zaten budur yani.”¹⁹⁸

Yargı çalışanlarına, vatandaşa veya sistemin mimarlarına ait bu adalet söylemi, yasa koyucuları, yargıçları, davacıları ve davalıları rasyonellikten saptırır ve artık bu aktörler bazı inançlar doğrultusunda hareket etmeye başlar. Örneğin, yargıçların sıra dışı insanlar oldukları düşüncesi benimsendiğinde yargının iş yükü sorununun önemli bir çözümünün yargıç sayısının artırmak olacağı düşünebilir. Oysa yargının iş yükünü ve mahkemelere başvuruyu azaltacak başka birçok etken vardır. Benzer şekilde davacıların da yargıçları ve mahkemeleri böyle olağanüstü çözümler sağlayan varlıklar olarak düşünmeleri, sanki tek çözüm yolunun onlara başvurmakmış gibi düşünülmesine sebep olacaktır. Böyle bir düşünce de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gölgede kalmasına yol açar.

İşte, yargıçların olağanüstü insanlar olduğu ve savcılarının *Bingöl dağlarının ıssız kuytularında nafakalarını bekleyen öksüzlerin gözyaşlarından* sorumlu oldukları inancı bu militan adalet anlayışına işaret eder. Bu anlayış, mahkemelerle ve hukukla ilgili sorunları anlayabilmenin ve çözebilmenin önünde bir engeldir. Ayrıca davalışmayı da teşvik eder, çünkü yeterli olan ve çözümler sağlayabilen bir yargısal sistem tasviri, insanları bu sistemden medet ummaya itecektir. Dahası, insanlar uyuşmazlık yaşadıkları kişileri bu militan anlayışın egemen olduğu sisteme çekerek bir anlamda cezalandırabileceklerdir. *Simon Roberts*'ın belirttiği üzere “saldırgan bir özgüven ve sesini yükseltmenin, sert cevapların önemli değerleri yansıttığı yerlerde, anlaşmazlıkların başlıca çözüme kavuşturma aracı kavga etmek olmaktadır.”¹⁹⁹ Günümüzde, kavga etmek halen bir uyuşmazlık çözüme yolu olabilse de resmi tanınırlığı yoktur. Ancak bunun yerine resmi uyuşmazlık çözüm sisteminin kendisi kavgacı bir ruh taşıyor olabilir. *Bozkurt*'un sözleri de sivil bir kavga, ses yükseltme ve sert cevap yerine yargısal bir kavga ve ses yükseltmeye önem atfeder eder. O halde, *Roberts*'ın aktarılan ifadesi bu

¹⁹⁸ Mithat SANCAR & Eylem Ümit ATILGAN, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, TESEV Yayınları, İstanbul 2009, s. 50.

¹⁹⁹ Simon ROBERTS, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, Birleşik Yayınevi, Ankara 2010, s. 13.

duruma uygulandığında çıkan sonuç, *Bozkurt*’un ifadelerinin öngördüğü şey yargısal ve resmi tanınırlığı olan bir kavga sistemi olur.

Günümüz Türkiye’inde davalasma davranışına dair *Ramseyer*’in yaptığına benzer bir gözlem, kredi dosya masraflarının geri alınması prosedürü için ilginç olabilir. Kredi masraflarının geri alınması için bankalara, masrafları geri alıma uygun olan kredi sayısına yakın bir sayıda başvuru yapılması, şikâyetten kaçınmaya sebep olan bir kültürün yokluğuna dair bir delil olacaktır. Banka tarafından reddedilen bu doğrudan taleplerin ne kadarının davaya veya tüketici hakem heyetine başvuruya dönüştüğü de böyle bir kültürün varlığına veya yokluğuna dair tekrar fikir verecektir. Mahkemelerin ve hakem heyetlerinin, tüketicilerin bu tür başvurularında kabul/ret karar oranı %50’den farklılaştıkça sonuçlar daha öngörülebilen olacaktır. Örneğin kabul oranı yüksekse ve buna rağmen bankalar, masrafların iadesi talebini doğrudan kabul etmiyorlarsa elimizde kalan sonuç ya bankaların inatçı ve davalasma eğilimli oldukları ya da davalashmanın, uzun vadede doğrudan kabulden daha az masraflı olduğudur. Çünkü bankalar, doğrudan kabulün, ileride daha çok taleple karşılaşmalarına sebep olabileceğini düşünerek de doğrudan talepleri kabul etmiyor olabilirler. Uzun vadeye dair bu öngörünün test edilmesi talepleri doğrudan kabul eden ve etmeyen bankalar arasında bir karşılaştırma ile yapılabilir. İlk türden bankaların verdikleri, masrafları geri alınmaya uygun kredi sayısı ve bunun iadesi için yapılan başvuru sayısı ile ikinci türden bankalar için aynı sayıların karşılaştırılması ile bu öngörü test edilebilir. Eğer iki durum arasında anlamlı bir fark yoksa bankaların uzun vadede daha çok şikâyetle karşılaşacakları iddiası temelsizdir, davranışları rasyonel değildir. Bu gösterilebilirse bankaların bu tür uyuşmazlıklarda davalasma ısrarının bir kültüre ve irrasyonel faktörlere bağlanmasının önünde engel kalmaz. Eğer bu iki tür banka arasında doğrudan iade yapan oransal olarak daha çok başvuru alıyorsa o zaman bankaların uzun vade öngörüsü geçerlidir ve davalashmayı tercih eden bankalar rasyonel hareket ediyor demektir.

F. TÜRKİYE VE ARABULUCULUK YASASI

1. Kısaca Türkiye’de Arabuluculuk

Türkiye’de 6352 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22/6/2013 tarihinde tam olarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın 18. maddesine göre arabuluculuk faaliyetinde tarafların anlaşması halinde, anlaşma belgesine, ilgili mahkemenin şerh vermesi ile anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge olacaktır. Yani şerh koşulu sağlandığında arabuluculuk sonucu ortaya çıkan anlaşma herhangi bir mahkeme kararı gücünde olacaktır.

Adalet Bakanlığına bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığının yayınladığı verilere göre 2013 Kasım ayından, 2014 Aralık ayına kadar, Türkiye genelinde toplam 176 adet yasal arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilmiştir.²⁰⁰ Bu sayı genel bazı çıkarımlar yapmak için henüz çok yetersizdir. Ancak yine de aynı verilere göre, bu yasa kapsamında yapılan 176 arabuluculuk girişiminin 171'inde (%97) anlaşma sağlanmıştır. Bu verilerden yapılabilecek ilk çıkarım, yasanın yürürlüğe girdikten sonraki yaklaşık iki yılda toplam 176 arabuluculuk uygulamasının çok az olduğudur. Bunun önemli bir sebebi arabuluculuğun yeterince tanıtılmaması veya kurumsal olarak çekici hale getirilememesi olabilir. Anlaşma oranları yüksek görünse de, hangi tür uyuşmazlıkların getirildiği ve uyuşmazlıkların parasal değerlere ve uzlaşılabilir miktarlara dair bir veri paylaşılmadığından, bu yolu seçenlerin davranışlarını anlamlandırmak şimdilik pek mümkün değildir.

2014 yılı resmi avukatlık tarifesine göre büroda sözlü danışmanın ilk saati 210 lira iken arabuluculuk tarifesine göre konusu para olmayan uyuşmazlığın türü ve yapısına göre ilk saati 80 ile 190 lira arasında değişmektedir.²⁰¹ Bu tarifelere göre konusu para olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk tarifesi ilk 25.000 TL için %6, sonra gelen 35.000 TL için %5 iken; avukatlık tarifesi ilk 30.000 TL için %12, sonra gelen 40.000 TL için %11 ücret öngörmüştür. Görüldüğü üzere arabuluculuk daha ucuzdur. Ancak bu durum, avukatlık asgari ücret tarifesinde belirtilen ücretlerin altında da iş görüldüğü göz önünde tutulursa doğru olmayacaktır. Eğer bu durum yaygın ise arabuluculuğun ucuz olma özelliği sadece kurumsal düzenleniş bakımından geçerli olabilir. O halde arabuluculuğun gerçekten ucuz olup olmadığının doğru olarak test edilmesi için öncelikle avukatlık fiyat tarifesiyle sapmaların boyutunun belirlenmesi de gerekir.

Ayrıca yine arabuluculuk ücret tarifesine göre, dava açılmadan önce arabuluculuk yolu tercih edilirse arabuluculuk ücreti daha düşük, eğer dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulursa ücret daha yüksektir. Bu uygulama, tarafları dava açmak yerine arabulucuya yönlendirmek için düşünülmüş olabilir. Ancak böyle olumlu bir amaç için düşünülmüşse bile, olumsuz bir tarafı da vardır. Çünkü dava açmış olan ama dava sırasında arabulucuya başvurmak isteyenler zaten masraf yapmış oldukları davayı bırakmak ve bunun üzerine daha yüksek arabuluculuk ücreti ödemek istemeyebilirler. Dava açmış olanların sonradan arabulucuya başvurmaları daha çekici hale getirilmelidir.

²⁰⁰ Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin İstatistiki Çalışma, http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygulamaları/images/adb_uygulama.pdf, Erişim tarihi: 15.12.2014.

²⁰¹ Arabuluculuk Resmi Ücret Tarifesi, 28 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/12/20131228-4.htm>, Erişim tarihi: 09.10.2014.

2. Aktarılan Veriler Işığında Türkiye’de Arabuluculuk ve İşlevsel Olabilirliği

Yukarıda Japonya ve yaşayan hukuk ile ilgili anlatılanlar aslında şu temel düşüncüyü ortaya koyar: yasaların bazı temelleri vardır. Japonya’da alternatif uyuşmazlık çözümünü ilgilendiren pozitif hukuk bu temelle uyumludur. Bu nedenle de yasalaştırılmış bu kurumlara bugün başvurulmaktadır. Bu temel, ister kültürel ister başka argümanlarla açıklansın, bir biçimde vardır. Ayrıca tek başına yasaların sorunlara çözüm olacağı veya yeni kurumları yaşama kazandırabileceği düşüncesi çok iyimserdir.

Türkiye’nin yakın geçmişine ve bugününe baktığımızda ise arabuluculuk kurumuna temel oluşturabilecek bir söylem veya kurum karşımıza çıkmamaktadır.²⁰² Bunun kanıtı mevcut sulhe, feragata ve arabuluculuğa başvuru sayılarıdır. Ancak Japon uyuşmazlık çözümünü inceleyen yazarlardan *Haley* ve *Ramseyer*’den yola çıkarsak uyuşmazlık çözüm davranışının manipüle edilebilir olduğu sonucuna varabiliriz. Her iki yazar da bu davranışın kaynağının tamamen kültürde değil, kurumsal ve rasyonel sebeplerde de yattığını iddia etmişlerdir. O halde denebilir ki Türkiye’de arabuluculuğun işlevsel hale gelmesi isteniyorsa kurumlar bu amaca uygun bir biçimde düzenlenmeli ve arabuluculuk rasyonel bir seçenek olmalıdır (ve davacılar bu seçeneğin farkında olmalıdır). Kurumların amaca uygun bir biçimde düzenlenmesi ile ifade edilmek istenen, *Haley*’den hareket edersek, bilinçli olarak, adli yargı hâkimlerinin sayısının artırılmaması, dava harçlarının yükseltilmesi gibi düzenlemeler tarafları dava açmaktan uzak tutacaktır. *Haley*’nin argümanlarını arabulucular için devam ettirebiliriz. Buna göre, arabulucuların sayısının fazla olması, erişimin kolay, ucuz ve bilinir olması (yani anlamlı erişilebilirliğin varlığı) onlara olan başvuruyu artıracaktır. Ancak *Haley*’nin gösterdiği üzere, Japonya’da 1922’de “Arazi ve Konut Kiralarında Arabuluculuk Yasası”nın ve 1924’te “Tarla Kiralarında Arabuluculuk Yasası”nın yürürlüğe girmesi açılan dava sayısını düşürmemiştir, hem dava sayısı hem de bu yasaların sağladığı arabuluculuk kurumuna başvuru 1935’lere kadar artmaya devam etmiştir.²⁰³ Paralel olarak, 1935 yıllarına kadar hukukçu sayısının nüfusa oranı da artmıştır. Dolayısıyla, Japonya’da belirtilen dönemde, mahkemeye başvurunun alternatifi olarak uzlaşma kurumun getirilmesi, taraflar yargı tarafından rızalarına aykırı olarak uzlaşmaya başvuruya zorlansa bile,

²⁰² Osmanlı’da bu söylem ve kurumlar görülse de bunların neden bugün için bir temel oluşturamayacağı sonuç kısmında açıklandı.

²⁰³ HALEY, 1978, s. 376.

davalaşmayı düşürmemiştir.²⁰⁴ Aynı başarısızlık Türkiye’de de yaşanabilir. *Haley*’in çizdiği çerçevede, mahkemelerin kurumsal kapasitesi kısılmadıkça arabuluculuğun bir alternatif olarak davalaşmayı azaltmayacağı söylenebilir.

Benzer bir biçimde *Ramseyer*’in argümanları da arabulucular için devam ettirebilir. Temel argümanı, tarafların davalaşma durumunda elde edecekleri sonuçları öngördükleri için davalaşmayı seçmedikleri yönündedir. O halde Türkiye’de mahkemelerin sonuçları bilinebilir ve öngörülebilir kılınırsa taraflar zaten öngördükleri sonucu elde etmek için daha ucuz alternatif yollar arayacaklardır. Bu öngörülebilirliği gerçekleştirebilmek ve bireylerin bu farkındalığa erişmesi bir önceki yaklaşıma göre daha zordur. Örneğin hukukçular bile yasaları ve yüksek mahkeme içtihatlarındaki değişimi takip etmekte zorlanırken bu öngörülebilirlik sivil vatandaşlar için kolay kolay gerçekleşemeyecektir. Ancak yine de belli bir ölçüde gerçekleştirilmesi mümkündür. Son yıllarda yasaların dillerinin anlaşılır hale gelmesi ve internetin yaygınlaşması önemli bir faktördür.

Kültür de göz önünde tutulması gereken unsurlar arasındadır. *Haley* ve *Ramseyer*’in hareket ettikleri veriler ağırlıklı olarak Japonya’ya ve ABD’ye aittir. Yani Japonya için öne sürülen bu kurumsal ve rasyonel yaklaşımlar başka ülkelerde geçerli olmayabilir. Geçerli olmadığı gösterilmesi uyumsuzluk çözme davranışını açıklamada kültüre daha geniş yer verme imkânı yaratabilir. Ancak her iki yazar da yukarıda değinildiği üzere kültürü yok saymaz. Kültürün manipüle edilmesi kolay olmasa gerek. Yine de kültürün de yukarıdaki iki yaklaşımın yardımıyla manipüle edilebileceği söylenebilir. Yani gerekli kurumsal düzenlemeler, engeller, teşvikler ve yargıda öngörülebilirlik ile bireylerin davalaşma davranışları değiştirilebilir. Bu değişim de uzun vadede, artık öncekine kıyasla değişmiş bir hukuk veya uyumsuzluk çözme kültürü olarak ele alınabilir. Ancak, yaşayan hukuk fikrine göre, uyumsuzluk çözme normlarındaki bu değişimin sosyal güçlerden kaynaklanması gerekecektir. Yine *Ehrlich*’e göre hukuk önermeleri sosyal değişimin bir aracı olarak kullanılabilirliği şu çıkarım hatalı olmaz: alternatif uyumsuzluk çözümü için gereken normların sosyal güçlerden kaynaklanması gerekiyorsa bu sosyal güçler, hukuk önermeleri yoluyla yaratılabilir. Yani bu bir yoktan norm var etme faaliyeti değildir. Ama bu hukuk önermeleri, gerekli sosyal değişimi gerçekleştirmeye elverişli olmalı, zorbalığa dönüşmemeli. Yani esas önemli olan bir kurum yaratmaktan ziyade o kurumu doğuracak sosyal güçleri doğuracak yasaları yapmaktır. Burada ifade edilmek istenen şey, yaşayan hukuk yaratmak veya yaşayan hukuku değiştirmektir. Örneğin meselenin sosyal yönünün unutulduğu çok

²⁰⁴ Ibid., ss. 376-378.

katı kurumsal engeller sosyal güçlerdeki böyle bir değişimin doğmasını engelleyebilir ve uyuşmazlık çözüm normlarında istenen değişim ortaya çıkmayabilir. Bu nedenle uyuşmazlık çözme normlarında değişim yaratmak, en azından yaşayan hukuk fikri açısından, ince bir işçilik gerektirecektir.

Yukarıda gösterilmeye çalışıldığı üzere adalet fikri ve ona erişim Osmanlı'da, fiili durumdan ayrı olarak, kurumların düzenlenişine yani resmi başvuru yollarının genişliğine bakıldığında, yoğun bir biçimde ve Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıcında ise militanca savunulmuştur. Benimsenen düşünce, adalete erişimin önünde engel olmaması, herkesin kolayca ona ulaşması düşüncesidir. Eğer bu bir kültür olarak kabul edilirse, bunun uzlaşmayı teşvik eden bir kültür olmadığı söylenebilir. Ancak bu düşünce Osmanlı'da, bahsedilen öğretiler ve pratiklerle bir biçimde dengelenmiştir.

Adalet ve mahkemelere başvuru her ne kadar aranır ve istenir kavramlar olsa da bunlara ulaşma talebi rasyonel bir biçimde sınırlanmadıkça dava yığınları büyüyecek ve ulaşılmak istenen hak ve adalet daha da ulaşılmaz olacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki bu kurumsal düzenlemeler ve rasyonelleştirmeler temelsiz oldukça başarısız olacak ve bireyler için bir eziyete dönüşecektir. Örneğin henüz yüksek derecede rasyonelleşmemiş ve geleneklerin varlığının önemli derecede sürdüğü bir toplumda tamamen rasyonel bir uyuşmazlık sistemi böyle sonuçlar doğuracaktır.

O halde zaman içerisinde kurumsal engellerin ve teşviklerin oluşturulduğu, bilgilendirmenin, arabuluculara anlamlı erişimin yaratıldığı, mahkeme kararlarının daha öngörülebilir hale getirildiği bir ortamda; uyuşmazlık çözüm biçiminin tepeden inme değil, bazı temellere sahip olarak, benimsenerek ve yaşayan hukukun uyuşmazlık çözümüyle olan ilişkisine uygun olarak zamanla değişebileceği söylenebilir. Ancak bu öngörünün sınanması, arabuluculuk kurumunun tüm aktörlerini de içeren ve henüz sahip olunmayan nitel araştırmaların verilerine bağlıdır.

Toparlamak gerekirse, uyuşmazlık çözme davranışının manipüle edilebilirliği kabul edildiğinde Türkiye'de arabuluculuk umutsuz değildir. Yeterli kurumsal düzenlemeler, teşvikler ve desteklerle bu kurum işlevsel hale getirilebilecektir. Bu, militan adalet anlayışının karşıtı rasyonel adalet planlaması veya yönetimidir. Ancak adalete tek başına böyle katı rasyonel bir yaklaşım etik kaygı taşımayacaktır, hukukta insanın görülmesine engel olacaktır, yargılama bir montaj hattına dönüşecektir. Akıl dışı, militan bir anlayışın da tek başına benzer sonuçları doğuracağı söylenebilir. Bu nedenle mahkeme ve uyuşmazlık çözüm süreçlerinde verimliliğin, pratikliği yanında insan da gözetilmelidir.

G. SONUÇ

Sulh ve feragat sayılarının açılan davalara oranla çok düşük kaldığı bir yerde arabuluculuk yasasının kendi başına işlevsel olacağını iddia etmek, yukarıdaki bilgiler ışığında, akıl dışıdır. Yukarıda sunulan portreyi kısaca özetlersek alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuğa dair bugünün Türkiye'si için bazı sonuçlar çıkarabiliriz.

Japonya'nın geçmişinde gördüğümüz katı sosyal yapı ve resmi uyuşmazlık çözme yollarına ulaşımın zor olması alternatif yolların oluşmasına ve davalasmaktan kaçınmaya neden olmuştur. Aslında bu durum, alternatif yollara rızaya dayalı başvurmadan çok, zorunluluktan başvurmak şeklinde ifade edilebilir. Ancak Japonya 19. yüzyılın sonlarına ve 20. yüzyılın başlarına doğru modernleştikçe hukuk sistemi de değişmiştir. Bu değişim sırasında alternatif uyuşmazlık çözme yolları da yasayla korunmuştur. Yani toplumda bir dönem var olan mekanizmalar artık yasalaşmıştır. Böylece Japonya'da geçmişte alternatif mekanizmalara başvuruluyor oluşu değer yargıları veya bir "Japon ethosu" ile açıklanabilse de bugün bunlar yasalaşmış vaziyettedir. Gösterilen verilere göre günümüz Japonya'sında bu mekanizmalara başvurulması tek başına kültüre veya değer yargılarına bağlı değildir. Bu yasalaşmış alternatif çözüm yollarına insanlar artık bu sebepler yerine ekonomik ve kurumsal sebepler nedeniyle başvurur olmuşlardır. Bunun tamamen değil ama büyük oranda böyle olduğu empirik olarak gösterilebilmiştir. Yani kısaca, bir zamanlar toplumda var olan ethos yasalaşmış ve her modern insan gibi, hesap yapan, öngörülebilirlik isteyen Japon insanı da kültürel ve toplumsal sebepler yerine daha maddesel sebeplerle bu yolları seçer olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözümü bugünkü kullanım sebepleri farklı olsa da, başarılı bir biçimde korunmuştur.

Osmanlı'nın geçmişine baktığımızda, benzer dönemdeki toplumlarda görebileceğimiz gibi, uyuşmazlık çözmede resmi ve resmi olmayan alternatif yollar vardır. Japonya'ya benzer bir biçimde bu alternatif yollar aslında bazı sebeplerden ötürü ortaya çıkmıştır. Örneğin yukarıda aktarılan uyuşmazlığın, yaşanan sorunun topluluk içinde duyulmasının istenmemesi, kadıların haksız uygulamaları buna yol açmıştır. Yine Japonya'ya benzer biçimde uzlaşmayı yücelten bir ethos Osmanlı'da da kabul görmüştür. Davalasmadan kaçınılması ve sulhun teşviki Japonya'daki gibi sistemli öğretilere ve üstten dayatılan katı politikalara dayanmaktan çok daha mahkeme kadısının kendi politikası veya tarafların kişisel ya da ait olduğu topluluktan kaynaklanan meseleler gibi görünmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, yeni hukukunu inşa ederken ya bu alternatif yolları koruyamamıştır ya da bu yollar yeterince yaygın değildir veya son zamanlarda güç kaybetmiştir. Bu nedenle de yasalaşmamışlardır. Günümüz Türkiye'sinde hesaplayan, planlayan insan için Osmanlı'daki bu alternatif

yolların varlığı bir anlam ifade etmez. Çünkü böyle bir kültürün o zamanki varlığının konuya bugün ilgi duyanlar dışındakilerce bilindiğini iddia etmek iyimser olacaktır. Bu kültürün o zamanki varlığından haberdar olan çok sayıda insan varsa bile, adalet istatistiklerinden anlaşıldığı üzere buna bağlı kalınmamaktadır. Bu alternatif yollar, Japonya’daki gibi yasayla bugüne taşınıyorsa, bugün Türkiye’de geçmiştekinden farklı motivasyonlarla da olsa bunlara başvuruluyor olabilir.

Belirtildiği gibi günümüzde, ne Japonya’da ne de Türkiye’de insanları, 200 yıl öncesinin değer yargılarıyla, uyuşmazlık çözmede mahkemeye başvurmaktan uzak tutmak mümkündür. Osmanlının bu kurumları ve değer yargıları bugün yasalaşmış olarak korunsaydı bile bunlara farklı motivasyonlarla başvuruluyor olacaktı. Bu nedenle, eskinin değil ama bugünün motivasyonları ile Türkiye’de arabuluculuğa yeni bir başlangıç yapılabilir.

Bir önceki başlıkta tartışıldığı üzere tek başına arabuluculuk yasasının yürürlüğe girmiş olması yeterli olmayacaktır. *Haley* ve *Ramseyer*’in görüşleri çerçevesinde denilebilir ki arabuluculuğa Türkiye’de işlevsellik kazandırılmak isteniyorsa militan bir adalet anlayışı yerine, rasyonel bir planlama ile kurumsal engeller ve teşvikler oluşturulmalı, arabuluculuk avantajlı hale getirilmeli, mahkemeler öngörülebilir hareket etmeli, arabuluculuğa anlamlı bir erişim olmalıdır. Son olarak, hakkın söke söke alındığı veya karşı tarafın sürüm sürüm süründürüldüğü yerler olan mahkemeler varken “neden arabulucuya başvurayım ki?” sorusuna doyurucu ve yaygın kabul gören bir cevap verilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- BARNES, Bruce E., *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific*, University Press of America Maryland, 2007.
- BERAT, Lynn, “The Role of Conciliation in the Japanese Legal System”, *American University International Law Review*, Vol. 8 (1992), No.1, ss. 125-154.
- BRYANT, Taimie, “Family Models, Family Dispute Resolution and Family Law in Japan”, *Pacific Basin Law Journal*, Vol. 14 (1995), No. 1, ss. 1-27.
- COLE, Tony, “Commercial Arbitration in Japan: Contributions to the Debate on Japanese 'Non-Litigiousness'”, *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 40 (2007), No. 1, ss. 29-114.
- DEFLEM, Mathieu, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008.
- DEAN, Meryll, *Japanese Legal System*, Cavendish Publishing, London 2002.

- EHRlich, Eugen, "The Sociology Of Law", *Harvard Law Review*, Vol. 36 (1922), No. 2, ss. 130-145.
- EHRlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, çev. Walter L. Moll., Harvard University Press, MA:USA 1936.
- ELVERİŞ, İdil & JAHIC, Galma & KALEM, Seda, *İstanbul Asliye Hukuk Mahkemelerinde Yargılama Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- ERGENE, Boğaç A., *Local Court, Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire: Legal Practice and Dispute Resolution in Cankiri and Kastamonu*, Brill, Leiden/Boston 2003.
- ERGENE, Boğaç A., "Why Did Ümmü Gülsüm Go to Court? Ottoman Legal Practice between History and Anthropology", *Islamic Law and Society*, Vol. 17 (2010), No. 2, ss. 215-244.
- FELDMAN, Eric, "Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan (Faculty Scholarship, Paper No. 148, 2007)", http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/148, Erişim Tarihi: 13.08.2014.
- FICKS, Erik, "Models of General Court Connected Conciliation and Mediation for Commercial Disputes in Sweden, Australia, Japan", *Zeitschrift für Japanisches Recht*, Vol 13 (2008), No. 25, ss. 131-152.
- FUNKEN, Katja, "Alternative Dispute Resolution in Japan (Univ. of Munich School of Law Working Paper No. 24, 2003)", <http://ssrn.com/abstract=458001>, Erişim Tarihi: 05.09.2014.
- GÜMRÜKÇÜÇOĞLU, Saliha Okur, "Şikâyet Defterlerine Göre Osmanlı Teb'asının Şikâyetleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61 (2012), Sayı: 1, ss. 175-206.
- HALEY, John Owen, "The Myth Of Reluctant Litigant", *Journal of Japanese Studies* Vol. 4 (1978), No. 2, ss. 359-390.
- HANE, Mikiso, *Modern Japan: A Historical Survey*, Westview Press, Boulder 1986.
- HANE, Mikiso, *Japan: A Historical Survey*, Charles Scribner's Sons, New York 1972.
- HENDERSON, Dan F., "Some Aspects Of Tokugawa Law", *Washington Law Review and State Bar Journal* Vol. 27 (1952), No. 1, ss. 85-109.
- HENDERSON, Dan F., "Contracts in Tokugawa Villages", *Journal of Japanese Studies*, Vol. 1 (1974), No. 1, ss. 51-90.
- HOETKER, Glenn P., & GINSBURG, Tom, "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation (U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE04-009, 2004)", <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.608582>

- HOLCOMBE, Charles, "Ritsuryō Confucianism", *Harvard Journal of Asiatic Studies*, Vol. 57 (1997), No. 2, ss. 543-573.
- IWAI, Nobuaki, "Alternative Dispute Resolution in Court: The Japanese Experience", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6 (1990-1991), No. 1, ss. 201-216.
- KASULIS, Thomas P., "Japanese philosophy" maddesi, *Routledge Encyclopedia of Philosophy* içinde (Derleyen: Edward CRAIG), Routledge, London (1998). (Erişim Tarihi: 16 Haziran 2014, <http://www.rep.routledge.com/article/G100SECT2>)
- KIA-NGAU, Chang & HUA, Tsing, "The Influence of Legalism Upon Japanese Government and Economy", *Journal of Chinese Studies*, Vol. 3&4 (1963), No. 2, ss. 1-19.
- KRITZER, Herbert M., "Litigation", *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences Vol. 13*, içinde (Derleyenler: Neil J. SMELSER and Paul B. BALTES), Elsevier, Exeter 2001.
- LITTLEFIELD, Neil O., "Eugen Ehrlich's Fundamental Principles Of The Sociology Of Law", *Maine Law Review*, Vol 19 (1967), No. 1, ss. 1-28.
- LUNEY, Percy R., "Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 52 (1989), No. 2 & 3, ss. 129-150.
- MATSUMURA, Yoshiyuki, "The Works of Takeyoshi Kawashima", *Law & Society Review*, Vol. 22 (1988), No. 5, ss. 1037-1042.
- MIYAZAWA, Setsuo, "Taking Kawashima Seriously: A Review of Japanese Research on Japanese Legal Consciousness and Disputing Behavior", *Law & Society Review*, Vol. 21 (1987), No. 2, ss. 219-242.
- MURAYAMA, Masayuki, "Kawashima and the changing focus on Japanese legal consciousness: a selective history of the sociology of law in Japan", *International Journal of Law in Context*, Vol. 9 (2013), No. 4, ss. 564-589.
- RAMSEYER, J. Mark & RASMUSEN, Eric B., "Comparative Litigation Rates (Harvard Law School Faculty Discussion Paper No. 681, 2010)", http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf, Erişim Tarihi: 06. 07. 2014.
- RAMSEYER, J. Mark, "Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan", *Journal Of Japanese Studies*, Vol 14 (1998), No. 1, ss. 111-123.
- RAMSEYER, J. Mark & NAKAZATO, Minoru, "The Rational Litigant: Settlement Amounts And Verdict Rates in Japan", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1989), No. 2, ss. 263-290.
- ROBERTS, Simon, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, Birleşik Yayınevi, Ankara 2010.

- SANCAR, Mithat & ATILGAN, Eylem Ü., “*Adalet Biraz Es Geçiliyor...*”, TESEV Yayınları, İstanbul 2009.
- SATO, Yasunobu, *Commercial Dispute Processing and Japan*, Kluwer Law International, Dordrecht 2001.
- SMITH, Thomas C., “The Japanese Village in the Seventeenth Century”, *Journal Of Economical History*, Vol.12 (1952), No. 1, ss. 1-20.
- TAMDOĞAN, Işık, “Sulh and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana”, *Islamic Law and Society*, Vol. 15 (2008), No. 1, ss. 55-83.
- OTHMAN, Aida, “‘And Amicable Settlement Is Best’: Sulh And Dispute Resolution in Islamic Law”, *Arab Law Quarterly*, Vol. 21 (2007), No. 1, ss. 64-90.
- UZUN, Mecit K., “Şotoku Taişi ve 17 Maddelik Anayasası”, *Hukuk Kuramı*, Cilt 1 (2014), Sayı 3, ss. 65-67, <http://www.hukukkurami.net/2014/06/30/sotoku-taisi-ve-17-maddelik-anayasasi/>, Erişim Tarihi: 12.10.2014
- WACKS, Raymond., *Understanding Jurisprudence*, Oxford University Press, New York 2005.

İLKSEL DÜŞÜNCE VE TOPLUM - DİN İLİŞKİLERİ*

Cahit Can**

I. DOĞA-DÜŞÜNCE İLİŞKİLERİNE "TOPLUMSAL"IN EKLEMLENMESİ

İnsan ile hayvan arasında, cinsel güdünün niteliği açısından belirleyici bir farklılık bulunmadığı görülmekte ve *cinselliğin, toplumsallaşmaya geçişin çıkış noktasını oluşturabilme özelliğini* içerdiği belirtilmektedir. Toplumsallığa açılan bu güdüyü, yalnızca insan "sosyabilite"ye dönüştürebilmekte ve kural koyamadığı için hayvan, cinsel yaşamını da doğal akışına bırakma konumunda kalmaktadır.

Cinsellik alanında insanla hayvanı ayırıştırarak çizgi belirsizliğinin, ussal etkinliklerden bir bölümü konusunda da varlığını koruduğu görülmektedir. Başka bir deyişle tümevarım, tümdengelim, deney, sentez gibi etkinlikler; daha az gelişmiş düzeyde olmakla birlikte hayvanlar tarafından da gerçekleştirilmektedir.¹ Böylece, sıradan mantıksal etkinliklerin yöntemleri konusunda, insanlarla hayvanlar arasında kesin bir farklılığın bulunmadığı, buna karşılık, yöntemlerin gelişmişlik düzeyinin birbirine eşit görünmediği sonucuna varılabilir.²

* Bu makale Cahit Can'ın *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar* kitabının bir bölümünden alınmıştır.

** Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

¹ ENGELS, Friedrich. *Doğanın Diyalektiği*, Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 1996, s. 243-244.

² Koko adını verdiği bir dişi gorile öğrettiği simgesel dil aracılığıyla, onunla tam bir ilişki kuran, tartışan, şakalaşan F. PATTERSON'un; hayvanların ussal yeteneklerine ilişkin çalışmaları, bu konudaki önyargıları derinden sarsmış bulunmaktadır. 85-95 dolaylarındaki IQ düzeyi doğrultusunda, küçük bir çocuğunkine eşit yetenekleriyle Koko, gerektiğinde kızmakta, yalan söylemekte ve espri yapabilmektedir. Bu çok ilginç çalışmanın ayrıntıları konusunda bkz. PATTERSON, Francine. *Conversations with a Gorilla*, National Geographic, vol. 154, No. 4, 1978, s. 438 vd.

Bununla birlikte, soyutlamayı zorunlu kılan diyalektik düşünce düzeyine, hayvanlar, kesinlikle ulaşamadığı gibi³ bunların yaratıcı düşünce olanakları da çok sınırlı bulunmaktadır. Ancak konumuz açısından asıl önemli olan; insanla diğer yaratıklar arasındaki ussal gelişim farklılığının saptanması değil, *insan düşüncesini yönlendiren temel etmenlerin belirlenmesidir*. Öncelikle doğa ve ardından toplumsal yaşamda gerçekleşen değişimler düşüncenin içeriğini belirlemekte ve bu doğrultuda kültür giderek belirginlik kazanmaya başlamaktadır.

Öte yandan, insan; Max Weber'in öngördüğünden⁴ farklı olarak - mantıksal, duygusal, tinsel- bir varlıktır. Daha açık bir deyişle insan, kimi zaman duygusal kimi zaman da mantıksal bir konuma girmemekte, çünkü bu nitelikler insanda eşsüremli olarak birlikte bulunmaktadır.

Sayılan bu nitelikleri eşsüremli ve sürekli olarak kullanan insanın; davranışlarından bir bölümünde mantıksallığın, diğer bir bölümündeysen duygusallık ve tinselliğin somut bir görünürlük kazandığı söylenebilir. *Karşılıklı eğilimi* ve bu eğilimin yönlendirdiği ensest yasağı kuralı, akrabalık sistemleri, ekonomik ve hukuksal düzenlemeler, insandaki mantıksal yanı; dinsel düşünce ve onu izleyen cezalandırma yaklaşımıysa, insanın tinsel-duygusal yanını somut olarak gözler önüne sermektedir.

İnsan, mantıksal davranırken duygusal, duygusal davranırken de mantıksaldır; ancak belirtildiği gibi, insan davranışlarından (ya da kurumlarından) bir bölümü mantıksallığa, diğer bir bölümü de duygusallığa görünürlük kazandırmaktadır. Bu durum belki de en belirgin biçimde, bireysel suçluluk-dinsel suçluluk ayrışmasında gözlemlenmektedir; bireysel suçluluk yaklaşımında mantıksallığın yönlendirdiği tam bir karşılıklı yaklaşımı egemen konumdayken, dine, devlete ve aileye karşı suçları içeren dinsel suçlulukta, duygusallığın açıkça gözlenebildiği bazı gizemli yaklaşımlar ön plana yükselmiş görünmektedir. Düşünce-duygu ilişkilerinin konumu⁵ bu araştırmayı; suç işlemiş bir kimseyi suç işlemeye yönelten içsel nedenin (saik), çoğu kez duygusal nitelikli olması nedeniyle ilgilendirmemektedir. Sosyolojik açıdan asıl belirlenmesi gereken, bazı eylemlerin cezalandırılmalarını öngören

³ ENGELS, Doğanın Diyalektiği, s. 244.

⁴ WEBER, Max. Sociologie du droit, P.U.F., Paris 1986, s. 17.

⁵ Bu doğrultuda Montesquieu'ye göre, insanların davranışlarını yönlendiren birçok öge bulunmakta ve; iklim, din, dil, yasalar, örf ve âdetler bunların en başında yer almaktadır. Her toplumun *genel ruhunun*, bu sayılanların bileşiminden oluştuğu söylenebilir. Başka bir deyişle, insanların düşüncelerinin olduğu kadar duygularının da zaman ve uzam içinde başkalarındankinden değişik olmasının temelinde, yukarıda sayılmış olan bu koşul farklılıkları bulunmaktadır. Bkz. CAN, Cahit. Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, s. 115.

toplumsal tepkinin (ve özellikle de bu tepkiyi dile getiren ceza yasalarının) içerdikleri duygusallık ölçüsünün belirlenebilmesidir. Çünkü bireysel bağlamda mantıksallık ve duygusallığın eşsüremliler oldukları nasıl artık biliniyorsa, toplumsal tepkilerde de çoğu kez, duygusallığın mantıksallığa tümüyle egemen olabildiği bilinmektedir.

A. Doğal Dönem İnsanında Bilinç

En eski dönemlerinde insanlık, hem doğa hem de kendi fiziksel yapısı konusunda tam bir bilgisizlik içindedir. Söz konusu dönem insanının bilgi düzeyi, büyük ölçüde *salt doğal verilerle* (iklim, toprak, güneş, anatomik yapı vb.) sınırlı bulunmakta, kısaca bilinç yalnızca bunlar tarafından belirlenmektedir.⁶

Sözgelimi, insan türünden daha farklı bir yaratık insanı öldürebilmekte (aslan) ve başka bir varlık ise göğe doğru yükselmektedir (ağaç). Dil, henüz yeterince gelişmemiş olsa bile, çevredeki diğer yaratıklara ve nesnelere öncelikle birer ad verilmiş olacağı öngörülebilir. Dış çevrenin gözleminden edinilen veriler ya da izlenim bütünü, bu aşamada doğrudan "doğal çevre"ye bağlı bulunmaktadır⁷ ve bu çevre, Durkheim'ın yaklaşımı doğrultusunda *bilincin dayanağını* oluşturmaktadır.⁸ Betimlenmiş bulunan ortamda varlık kazanan ve bireysellik yönü ağır basan bu bilgiler, duygular, sevinçler, üzüntüler, zihnin içerisinde yer aldığına göre, tüm bu içeriği görece sistemli bir bütüne dönüştüren *bilincin de, bir biçimlendirme etkinliğinden oluştuğu* söylenebilir.⁹

Salt doğal çevreden edinilen algıların beyine yansımaları sonucunda oluşan düşüncelerin içerik düzeyinin (bu bilgi kıtlığı doğrultusunda) algılanabilenlerin niteliğiyle orantılı bulanacağı öngörülebilir.

B. Toplumsal Bilincin Oluşum Süreci

Daha sonraki aşamada ve toplumsal yaşamla birlikte ortaya çıkacak olan *toplumsal tasarımlara* gelince; bunların, bireylerden oluşan bütünü, bir bakıma bireylerinkine bağımlı ama aslında onlarınkinden tümüyle bağımsız tasarımları oldukları söylenebilir. Nasıl ki toplum, bireyler toplamından oluşmasına ve parçaların birlikteliği anlamına gelmesine karşın, bireyden ayrışmaktaysa; toplumsal tasarımlar da bireylerden oluşan toplumun

⁶ CAN, Cahit. Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönünü, s. 53-55.

⁷ CORNFOTH, Maurice. Bilgi Teorisi, Yorum Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 1993, s. 33-45.

⁸ DURKHEİM, Emile. Sociologie et philosophie, P.U.F., Paris 1951, s. 43 vd.

⁹ DURKHEİM, Emile. Les règles de la méthode sociologique, P.U.F., Paris 1947, Préface, s. XI.

kendine özgü tasarımlarıdır, ancak bunlar bireysel bilinçler tarafından taşınmaktadır.¹⁰ Başka bir deyişle toplumsal bilinç yine bireylerde bulunuyor olmakla birlikte, bireysel olanın dışında, ötesinde (bireyselliği aşan) ve içeriği de bireysel olaninkinden farklı bir bilinçtir.

Toplumsal yaşam geliştikçe, insanların birbirleriyle olan ilişkileriyle birlikte filizlenen ortaklaşa korkular, sevinçler, üzüntüler de, *duyumlarla algılananlar arasına katılmaktadır*; böylece, toplumun *örgütlenme biçimi* [klanlar arası ilişkiler gibi], *sosyal yapı* [işlevler bütünü anlamında] ve *sosyal-morfolojik öğeler*¹¹ [İçinde oturan kulübelerin konumu gibi], "*algılananlar*" kapsamında yer alarak bilincin içeriğini zenginleştirmektedir.

Özetle, bilgi düzeyi salt doğal çevresiyle sınırlı ilkel insanın algı alanına, toplumsallaşma süreciyle orantılı olarak, toplumsal oluşumlar da eklenmektedir. Böylece, toplumsal yaşamla birlikte varlık kazanan toplumsal tasarımlar (örneğin Durkheim'a göre), toplumun daha ilk oluşum aşamasında ortaya çıkmaktadır. Ancak, yine Durkheim'a göre, ilk oluşum evresinde toplumun örgütlenme biçimine, yapısına ve sosyo-morfolojik öğelerine bağımlı olarak varlık kazanan bu toplumsal tasarımlar, bir kez ortaya çıktıktan sonra kimi zaman birbirlerini yadsıyarak, bazen da çağrıştırmak sentezler oluşturmak ve böylece yepyeni tasarımların doğmasını sağlamak özelliğini de içermektedirler.¹²

Ölüm- gerçeği başta olmak üzere doğa güçlerinin nedenini oluşturduğu "yıkım"lar (buzul dönemleri, kıtlıklar, depremler, seller... vb.) karşısında insanlık; düşüncesini öncelikle bu oluşumlar ve nedenleri üzerine yöneltmek zorunda kalmış ve *bilgi düzeyiyle orantılı düşünce biçimleri üretmeye başlamıştır*. Başka bir deyişle, doğanın gizemli ve görkemli varlığının ve etkinliklerinin körüklediği korku ve tansıma (hayranlık); korunma, sığınma ve tapınma duygularında yoğunlaşarak, dinsel düşünce biçimlerine dönüştürülmüştür. Bu düşünce biçimlerinin oluşturulmasında da, bir *karşıtlık anlayışının* yer aldığı gözlenmektedir. Eski dinlerde; varlık-yokluk, iyilik-kötülük, ruh-beden, tanrı-şeytan, korku-hayranlık karşıtlıklarında somutlaştırılan bir *ikicilik*, özünde bir karşıtlık bilincinin dışavurumu olarak yorumlanabilir.¹³ Dinler tarihi ve söylenler¹⁴ bu gelişim çizgisinin somut kanıtları olarak değerlendirilebilir. Mitolojik tanrılar (toprak, su, ateş, gök...

¹⁰ DURKHEİM, Sociologie et philosophie..., s. 38-41.

¹¹ DURKHEİM, Sociologie et philosophie..., s. 43.

¹² DURKHEİM, Sociologie et philosophie..., s. 43-44.

¹³ Bu yaklaşım biçiminin "Zerdüşçülük" inancındaki görünümüyle ilgili olarak bkz. CAN, Cahit. Zerdüşçülük, Zerdüş ve Hukuk (Avesta), A.Ü.H.F. Dergisi, Ankara 1968 (sayı-), s. 274-276.

¹⁴ Strauss, söylenlerin anlamlarının araştırılmasına sıklıkla başvurmakla birlikte, bu konudaki en tanınmış yapıtının "Les mythologiques" olduğu belirtilebilir.

tanrıları); *insanların yaşam biçimleri ve yaşam koşullarıyla orantılı olarak geliştirdikleri düşüncelerin*, günümüzden çok da uzak sayılamayacak bir dönemdeki konumunu gözler önüne sermekte ve özellikle söylenler; bu düşünce biçimlerinin, günümüze kadar bile varlıklarını sürdürdüklerini ortaya koymaktadır.

II. İLKSEL DÜŞÜNCENİN KONUMU VE ESKİL'E ÖZGÜ DİNSEL DÜŞÜNCE BİÇİMLERİ

Dinsel düşüncenin ve dinlerin oluşum ve gelişim nedenlerinin böyle bir çalışma içerisinde ve kısa bir özetle açıklanabilmesi olanağı bulunmasa da, bu *kendine özgü düşünce biçiminin* ana çizgilerinin belirlenebilmesi tümden olanaksız da sayılamaz. "İlkel" olarak adlandırılan insanın; düşünme duyumsama ve yapma biçimleri bu çalışmanın temel konusunu oluşturduğu için, ilkel sıfatıyla betimlenen bu insanın hangi nedenler ve eğilimler doğrultusunda kimi dinsel düşünceler üretebildiğinin de araştırılması kaçınılmaz olmaktadır. En genel anlamda din kısaca, *-insanların, insanüstü olduğuna inandıkları bir güçle ilişkileri-* olarak tanımlanabilir. Bu ilişkiler; özellikle, inanç ve tapınma kuralları, kurbanlar vb. aracılığıyla somutluk kazanmakta ve dışa vurulmaktadır.

Bütün dinlerin temelinde, insanüstü güç karşısında duyulan ve insanı titreten bir korku (*mysterium tremendum*) ile, bilinmezlikten kaynaklanarak insanı büyüleyen bir "hayranlık duygusu"nun yer aldığı belirtilebilir.¹⁵ Yukarıda yapılmış olan tanıma ek olarak, dinsel düşüncenin de, insana özgü tinsellik doğrultusunda değerlendirilebileceği belirtilmelidir.

Din tarihçelerini en çok ilgilendiren konuların başındaysa *gözlemlenebilen en eski dinin hangisi olduğu sorusu yer almaktadır*, ancak bu sorunun yanıtının bulunabilmesi din sözcüğünden ne anlaşıldığına bağlı bulunmaktadır.¹⁶ Bu soruya açık bir yanıt getirilmedikçe, dinle ilgisi bulunmayan bazı düşünce ve davranış biçimlerinin din olarak nitelendirilmesi ya da gerçekten dinsel nitelikli olayların gözden kaçırılması olasılığı ortaya çıkmaktadır.¹⁷ Freyer'in; "bireyin tüm varlığıyla katıldığı bir olgu varsa o da dindir" biçimindeki tanımı¹⁸ duygunun yoğunluğunun vurgulanması bağlamında yol gösterici sayılabilir. Ancak, tanımından önce, dinin belirleyici içerik

¹⁵ SCHIMMEL, Annemarie. *Dinler Tarihine Giriş*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, XI, Güven Matbaası, Ankara 1955, s. 3.

¹⁶ DURKHEİM, Emile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Librairie Felix Alcan, troisième édition, Paris 1937, s. 31.

¹⁷ Bkz. DURKHEİM, *Les formes...*, s. 31-33.

¹⁸ FREYER, Hans. *Din Sosyolojisi*, Çev. Turgut Kalpsüz, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları LIV, Ankara 1964, s. 29.

özelliklerinin bilinmesi gerekmektedir. Gerçekten de *doğa-doğaüstü-tanrı* kavramları, dinlerin ortaklaşa paydası konumundadır. Doğaüstü yaklaşımında, insanın kavrayışı dışındaki şeyler anlatılmak istenmektedir.¹⁹ Kısaca doğaüstü; anlaşılmayan, bilinmeyen şeyler ve gizler (mystère) alanı anlamına gelmektedir. Bu açıdan *din*, "*bilim ve genel olarak akıl dışında kalan tasarım ve teoriler toplamı*" olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Ancak böyle bir genellemeyi benimsemeden önce, dinsel düşüncenin oluşum ve gelişimi konusunda ileri sürülmüş bulunan üç belirli hipotezin daha yakından görülmesi gerekmektedir.

A. Ruhçuluk (Animisme)

1. Ölüm Gerçeğine Karşı "İkinci Ben"

Animist kurama göre, dinin temelinde "ruh" kavramı bulunmakta ve giderek ruh, tapınmanın nesnesi konumuna yükselmektedir²¹; ruh kavramının, insanın *uyku* ve *uyanıklık* biçiminde iki farklı bilinç düzeyine sahip bulunması nedeniyle varlık kazandığı düşünülmektedir.²² Eskil açısından, uyanırken görülenlerle, düşlerde görülenler arasında bir "nesnellik farkı" bulunmamaktadır. Örneğin düşte, yabancı bir ülkeye yolculuk edilmişse gerçekten de edilmiştir; başka bir deyişle, maddesel gövde yatağında uyurken, gövdede bulunan ikinci varlık bu yolculuğu yapabilmektedir. Birey düşünde, uzaklarda oturan bir tanıdığıyla konuşmuşsa, bu da nesnel bir gerçekliktir çünkü düşte görülen kişinin gövdesinde de ikinci bir varlık (ruh) bulunmakta ve o ruh da, kendisinininki gibi, gövdesinden ayrılabilir.²³ Düşlerle ilgili bu izlenimlerin ardından, bireyde, "ben" den başka ikinci bir benin bulunduğu inancı kesinlik kazanmaya başlamaktadır. Öte yandan bu ikinci "ben" in; ağız ya da burundan çıkabilmek, hızla çok uzaklara gidebilmek, olanaksız görüneni gerçekleştirmek gibi, maddesel bir gövdenin başaramayacağı özellikleri bulunmaktadır. İnsanın su üstündeki yansısının ya da güneşli havada görülebilen gölgesinin bu ruh ile bağlantılı bulunduğu tasarlanmaktadır. Ne var ki ölümün ardından soluk alıp-vermek kesilmektedir; böylece son solukla birlikte gövdeden ayrılan ruh, yaşamını bir başka yerlerde sürdürmektedir. Ölümden sonra, dostların ve yakınların ölüyü düşlerinde görebilmeleri, ölünün (ruhunun) aslında yaşamını bir başka alanda sürdürdüğünün kanıtı sayılmaktadır. Zaten gerçek yaşam, ölümlü gövdenin yaşamış olduğundan

¹⁹ TAPLAMACIOĞLU, Mehmet. *Din Sosyolojisi "Giriş"*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, XXXII, Ankara 1961, s. 40.

²⁰ TAPLAMACIOĞLU, *Din Sosyolojisi*, s. 40-41.

²¹ DURKHEİM, *Les formes élémentaires. ...*, s. 67-69.

²² SCHİMMELE, *Dinler Tarihine Giriş*, s. 11; TAPLAMACIOĞLU, *Din Sosyolojisi "Giriş"*, s. 55.

²³ DURKHEİM, *Les formes élémentaires. ...*, s. 70.

çok, ruhlar alanında sürecek olandır. M.Ö. kırkıncı yüzyılda eski Mısır'da kaleme alınmış olan aşağıdaki dizeler *insanın öz varlığını, maddesel bedeninden ayrı bir varlık olarak algılamış olduğunun* ilk tarihsel belgesini oluşturmaktadır.²⁴

Ölüm bugün önümde duruyor
Bir hastanın ilacı gibi,
Hastalığın ardından bir gezinti gibi.

.....
Ölüm bugün önümde duruyor,
Yıllarca tutsak yaşayan birinin
Evini özlemesi gibi.

Ana çizgileri Tylor tarafından belirlenmiş bulunan animist yaklaşıma göre ruh; bazı ilkel toplumlarda gövdenin bir parçası olarak düşünülmektedir. Hatta, gövdenin tüm özelliklerini ve kusurlarını (kopmuş bir kulak gibi), ruhun da taşıdığı tasarımlanmaktadır. Bazı Avustralya yerlileri düşmanlarını öldürdükten sonra başparmaklarını kesmekte ve böylece, ölenin ruhunun kendilerine ok atmasını engellemeye çalışmaktadırlar. Bununla birlikte genellikle ruhun; etinin, kemiğinin, sinirlerinin bulunmadığı ve istediği biçime girebildiği düşünülmektedir. Öte yandan baygınlık, geçici irade yitimleri, felçler, ruhun gövdeden geçici olarak uzaklaşmasının diğer örnekleri olarak yorumlanmaktadır.²⁵

Bununla birlikte, gövdeden arada bir ayrılabilen bu ruh -dinsel bir nesne- sayılmamakta, buna karşılık *ölümle gövdeden kesin olarak ayrılan ruhun ise bir dönüşüm geçirerek -ruhlar alanına yerleştiğine inanılmakta* ve ruh böylece saygın bir konuma yükselmiş olmaktadır. [L'âme-l'esprit ya da ruh-ervah ayrımı].²⁶ Özetle ruh, ancak geri dönemeyeceği biçimde ruhlar alanına göçtükten sonra dinin nesnesi niteliğini kazanabilmektedir. Burada önemli olan şudur: Yeni alanına yerleşmiş bulunan ruh, eskiden birlikte olduğu insanların yaşamlarına karışabilmekte, henüz sağ olanla eski ilişkileri doğrultusunda, ona *iyilik ya da kötülük yapabilmektedir*²⁷; bu bağlamda bir çok mutluluğun ya da mutsuzluğun, bu ruhların eylemlerinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Sözelimi, bilgece davranan birisiyle, çılgınlıklar yapan bir başkası arasındaki davranış farklılığı ya da sağlık-hastalık gibi yalnızca insanları ilgilendiren tüm olaylar; iyi-kötü ruhların eylemlerine bağlanmakta

²⁴ SCHİMMELE, Dinler Tarihine Giriş, s. 33.

²⁵ DURKHEİM, Les formes élémentaires. ..., s. 71.

²⁶ TAPLAMACIOĞLU, Din Sosyolojisi, s. 56.

²⁷ TAPLAMACIOĞLU, Din Sosyolojisi, s. 56-57; DURKHEİM, Les formes. ..., s. 73.

ve *"İnsan düşüncesi bu sanal dünyanın içinde, kendi ürününün tutsağı"*²⁸ konumuna girmeye başlamaktadır.

Tüm bu gelişmenin çıkış noktasını "ölüm" olgusu oluşturduğu için, *ölülere ve giderek ölmüş olan ataların ruhlarına tapınmanın, insanlığın ilk dinini oluşturduğu genellemesine gidilebilir.*

2. Nesnelere "Ruhu"

Öte yandan, insanları doğrudan ilgilendirmeyen, yalnızca evrene ve doğaya ilişkin oluşumları (deprem, yangın, su baskını, kıtlık, hastalıklar vd.) belirledikleri düşünülen ruhlar da bulunmaktadır. Tylor'a göre bu ruhlar, ilkel insanın canlı-cansız ayrımını yapamaması nedeniyle varlık kazanmakta ve *cansız nesnelere insanlara benzetilerek, onların da ruhlarının bulunduğu düşünülmektedir.* Ruh anlayışının kapsamının genişletilerek nesnelere de ruhlarının bulunduğu düşünülmesi Tylor'a göre doğacılığın (naturisme) filizlenmesine yol açmıştır. Böylece ruh ve beden biçiminde çift kişiliği olduğuna inanan insan²⁹, giderek nesnelere ruhlarının davranışlarını da hesaba katma konumunda kalmıştır. Nesnelere ruhlarından kaynaklanabilecek kötülüklerden korunmak için, dualar edilir, adaklar adanır, kurbanlar kesilir. Kısaca, yaşamakta olan insanın, nesnelere (bazı yerlerde hayvanların) ruhlarıyla da iyi ilişkiler kurması zorunludur. Ancak insan ruhlarının eylem alanı ile, nesne ruhlarının eylem alanları birbirlerinden ayrıştırılmaktadır. *Birinciler; sağlık, hastalık, yeteneklilik, yeteneksizlik gibi insana özgü olaylarla ilgilenirken, diğerleri fizik dünyadaki oluşumları yönlendirmektedirler.*

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, animist yaklaşım Tylor tarafından kuramsallaştırılmış olmakla birlikte Spencer, Tylor'un görüşlerinden bazılarında değişiklikler yapmıştır. Özellikle, değişik halkların uygulamalarında animist yaklaşımdan natürist yaklaşıma geçilmesini ya da *ata ruhlarına tapınmaktan vazgeçilerek, nesnelere yönelmesini Spencer şöyle açıklamaktadır.*³⁰

İlkel toplumlarda, yeni doğan çocuklara genellikle bir hayvan ya da bitki adı verilir; ancak bir süre sonra, dilin de yeterince gelişmemiş olması nedeniyle, gerçek olan ile métaphore (eğretileme) olan birbirine karışır. Sözgelimi, doğduğunda kendisine kaplan adı verilmiş eski atalardan birinin,

²⁸ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 73.

²⁹ SPENCER, Herbert. Principes de sociologie, I, s. 205, in DURKHEİM, Les Formes..., s. 72

³⁰ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 76 vd.

gerçekten de kaplan olduğu düşünölmeye başlanır. Böylece, o güne kadar ataya gösterilmekte olan saygı gerçek ata yerine, onun adını taşıdığı hayvana yöneltilir.³¹ Bitkilerin ya da doğa güçlerinin adlarını taşıyan atalar konusunda da (Spencer'e göre) durum değişmemektedir; kısaca, ata ruhlarına tapınmaktan, nesnelere tapınmaya geçişin temelinde bir *ikizanlamlılık* yer almakta ve eğretilmeli (metaforik) ad, sözcüğe bağlı kalınarak yorumlanmaktadır.

Animizm kuramı, başta Durkheim olmak üzere bir çok sosyolog tarafından eleştirilmekte ve düşlerde geçici olarak gövdeden ayrılan ruhun, ölüm ile birlikte gövdeden tümüyle uzaklaşacağı anlayışının, neden kutsallık kavramının doğmasına yol açmış olacağının anlaşılamadığı belirtilmektedir.³² Özetle, animizmi bütün dinlerin temeli olarak gören Tylor yaklaşımına sürekli yoğun eleştiriler yöneltilmiştir.³³

B. Doğacılık (Naturisme)

Çoğu kez ileri sürölmüş olduğu gibi ruhçuluk, dinsel düşünceyi ve dini; düşlerin yanılısamlara yol açan içerikleri üzerine, kısaca sanrılar üzerine temellendirmiş bulunmakta ve bu konumuyla, deneyimsel hiçbir gerçeklikle örtüşmemenin ötesinde, çürütülebilirliğini de kendi içinde taşımaktadır.³⁴ Ruhçuluk zaten etnologlar ve antropologlardan başkasını da yeterince etkilememektedir. Örneğin Durkheim'a göre, uykuda görölen ve gerçekliklere tümüyle aykırı çılgınca düşlerin, ilkeller tarafından bile kutsallığın kaynağı sayılmasına olanak yoktur. Durkheim, ruhçuluğu eleştirirken, *eski dönem insanının kutsallık atfettiği şeylerde insan özelliklerine yer vermediğini* ve bu tür bir yaklaşımın daha sonraki bir aşamada, özellikle Hıristiyanlığa yaklaşıırken benimsenmeye başlandığını belirtmektedir (tanrı, fiziksel ve duygusal nitelikleri bakımından artık insana benzetilmektedir). Ancak, daha önceki dönemlerde, kutsal şeylerin başında genellikle hayvanlar ve bitkiler yer almaktadır. *İnsan-hayvan-kutsal* kavramlarının ayrıştırılması, oldukça ileri bir aşamanın ürünüdür; insan özelliklerine sahip bir kutsal kavramı Roma'da ve Eski Yunan'da bile bulunmamaktadır. Örneğin Dyonyos'da boğalar ya da boynuzlar ön plandadır, Demeter bir at yelesiyle simgelenmektedir, Pan ve Silene yirtıcı hayvanlardır.³⁵

³¹ Böylece, mezarlıklarda dolaşan ya da evlere giren hayvanların da, aslında *ruh* oldukları düşünölmeye başlanır: SPENCER, *Principes de Sociologie*, I, s. 447 in DURKHEIM, *Les formes. ...*, s. 76.

³² DURKHEIM, *Les formes. ...*, s. 123.

³³ SCHİMMELE, *Dinler Tarihine Giriş*, s. 11.

³⁴ DURKHEIM, *Les formes. ...*, s. 96.

³⁵ Bkz. DURKHEIM, *Les formes. ...*, s. 96.

Natürizm; Almanya'da Grimm kardeşlerin dilbilimi ve mitolojik veriler üzerine yaptıkları araştırmaların ardından geliştirilmiş ve adı geçenlerin ulaştıkları sonuçlar bilim çevrelerinde olağanüstü bir etki yaratmıştır. Karşılaştırmalı yöntemle yapılan çalışmalar, birbirlerinden farklı uzamlardaki Hint-Avrupa halklarının söylenlerinde anlaşılmaz gibi görünen bir benzerlik bulunduğunu ortaya koymuştur. Kısaca, tüm söylensel kişilikler özdeşleşmekte ve bunlar, değişik adlar taşıyalar da hep aynı işlevleri yerine getirip hep aynı fikirleri simgeleştirmektedirler. Tam bu dönemde eski *Hint Vedaların*ın Avrupalılar tarafından keşfedilmesi, Homeros'un yapıtlarından bile daha eski bir yazının var olduğunu gözler önüne sermiş bulunmaktadır. Böylesine değerli bir belgenin, dinsel inançların kaynağı sorununa ışık tutabileceği düşünülmüş ve Vedalar üzerindeki çalışmalar yoğunlaştırılarak, (biri Kara Avrupası'nda diğeri de İngiltere'de) üç yıl içerisinde iki önemli yapıt kaleme alınmıştır.³⁶

1. Duyumlar, Duygular ve Dinsel Düşünce

Ayrıntılar bir kenara bırakılacak olursa bu çalışmalar içerisinde, Max Müller tarafından 1856 yılında yazılmış olanında (Oxford Essay) ilginç görüşler ileri sürülmektedir. Max Müller: "*Akl ve zihin içerisinde hiçbir şey yoktur ki, daha önce duyum şeklinde algılanmış olmasın*" (Nihil est intellectu quod non ante fuerit in sensu) ilkesini dinsel düşünceye ve dine uyarlamakta ve böylece *inancın da, edinilmiş duyumlarla bağlantılı olduğunu savlamaktadır*. Max Müller'e göre; dinin, bilincimizin meşru bir ögesi olarak zihnimizdeki yerini alabilmesi, tüm diğerleri gibi, dinsel düşüncelerimizin de bir deneyimle başlamış olmasına bağlı bulunmaktadır.

Bu bakış açısı doğrultusunda din artık, belirsiz ve karmaşık bir düşler ürünü sanılmaktan uzaklaştırılarak; *gerçeklikler üzerine temellendirilmiş sistemli bir fikirler ve uygulamalar bütünü* şeklinde anlaşılma yoluna girmiştir.³⁷ Şu halde, dinsel düşüncenin ana çizgisini oluşturan duyumlar acaba hangileridir? Hint Vedalarının araştırılması aracılığıyla bu sorunun yanıtı bulunmak istenmektedir. Gerçekten de *Vedalarda sözü edilen tanrıların adları genellikle cins adlarıdır*; büyük çoğunluğuyla doğa olaylarını dile getiren bu adlar günümüzde de kullanılmaktadır (Güneş,

³⁶ Bunlardan birincisi Müller'in 1856 tarihli Oxford Essay altı yapıtıdır. Diğeri de 1859 yılında Almanya'da Adalbert KUHN tarafından yazılmıştır ve "Ateşin ve kutsal içkinin kaynağı" (Herabkunft des Feuers und Göttertranks) adını taşımaktadır.

³⁷ DURKHEIM, Les formes. ..., s. 103.

Yıldız, Tufan, Yıldırım, Tayfun vb.). Bunun gibi, eski Hint dininin belli başlı tanrılarında biri olan *Agni*, mitolojik herhangi bir katkıdan bağımsız olarak doğrudan "ateş" anlamına gelmekte ve Lâtincede *İgnis*, Litvanyaca'da *Ugnis* eski Slavca'da *Ogny* olarak kullanılmaktadır.³⁸

Daha da önemlisi, eski Sanskritçe'de "*parlak gök*" anlamına gelen *Dyaus* sözcüğü; Yunanca'da *Zeus*, Lâtincede *Jovis*, soyluların Almancası'nda *Zio*, İtalyanca'da *Dio*, İspanyolca'da *Dios*, Fransızca'da *Dieu* (Tanrı) biçiminde kullanılmaktadır.

Özetle, natürist yaklaşıma göre, doğal çevrede yer alan güçler ve varlıklar kişiselleştirilmekte ve giderek tanrılaştırılmaktadır; sözcüğü insanları besleyen "toprak ana", saygıların en yücesinin nesnesi sayılıp, -ilâh- olarak nitelendirilmektedir.³⁹ Böylece, doğanın gizemli ve görkemli varlığının ve etkinliklerinin körüklediği hayranlık ve korku duyguları; korunma, sığınma, tapınma arayışında yoğunlaşarak, dinsel düşünce biçimine dönüşmektedir. Max Müller'e göre, insansal duyguların ortaklaşalığı ve "Tanrı" sözcüğünün farklı uzamlardaki aynılığı, din kavramının kökenindeki gerçekliği; kısaca, bir ve aynı şeye (doğaya) ilişkin hayranlık ve korkuyu dile getirmektedir.

Doğanın, dünyaya gözlerini açan insana sunduğu görüntüler, insan zihninde dinsel düşüncenin oluşmasına yol açabilecek tüm koşulları içermektedir. Bir yeni doğan için *hiçbir şey doğa kadar -doğal dışı- değildir*.

Doğa, sürekli bir "dehşet" bir "mucize" ve bir "harikalar" kaynağıdır.⁴⁰ İnsanı sarmalayan, ezen ve giderek tüm benliğine egemen olan bir sonsuzluk esrimesini, doğanın herhangi bir görünümü kadar duyumsatabilecek başka hiç bir görüntü tasarlanamaz. Bununla birlikte, bu duygular soyuttur ve yalnızca birer tohum konumundadır⁴¹; dinsel düşünce ancak, soyut duyularla yetinil-meyerek *doğa güçlerine kişisellik kazandırılmasıyla* varlık kazanmaktadır.

³⁸ TAPLAMACIOĞLU, Din Sosyolojisine Giriş, s. 61; DURKHEİM, Les formes. ..., s. 104.

³⁹ FREYER, Din Sosyolojisi, s. 66.

⁴⁰ Müller'in ardından gözler doğaya çevrilince, doğacılık da yoğun biçimde araştırılmaya başlanmış ve ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında konuya ilişkin pek çok yapıt yayımlanmıştır. Bu çalışmaların adları konusunda bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 102 (dipnot 5).

⁴¹ Müller bu duyguyu "düşünce" olarak adlandırmakta ve insanın bu evreyi henüz aşmamış olduğunu ve günümüzün dinsel düşüncesiyle, eskil insanınki arasında belirleyici bir farklılığın bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 106 (dipnot 3).

2. Dilin Gelişimi: Simge Zorunluluğu ve Sonuçları

Natürizmin kurucusu sayılan ve görüşlerini dilbiliminin verilerinden yola çıkarak oluşturan Max Müller; *tanrı ve tanrısallık* kavramlarının, *dilin kendine özgü gelişiminin doğrudan bir sonucu* olduğunu savlamaktadır. Müller'in konuya ilişkin görüşleri şöyle özetlenebilir.

Sözcük olmadan, fikir ve kavram da varlık kazanamaz; çünkü dil, düşüncenin yalnızca bir dış cilâsı değil aynı zamanda temel ve içsel bir dayanağıdır. *Dil*, oluşmuş bir düşünceyi dışa yansıtmanın aracı olmaktan çok, o *düşüncenin oluşumunu belirlemektedir*. Öte yandan dil⁴² -kendine özgü doğası- nedeniyle düşüncenininkinden farklı yasalara bağımlı bulunmaktadır. Bu konumuyla dil, düşüncenin oluşumuna katkıda bulunduğu kadar, -zor kullanarak- düşünceyi bozabilme olanağını da elinde bulundurmaktadır. Dinsel tasarımların "kendine özgü" bir konum kazanmalarının temelinde, dilin bu bozucu etkisinin bulunduğu öngörülebilir; *çünkü düşünmek*, fikirlere düzen vermek ve dolayısıyla *sınıflandırmaktır*. Örneğin Vedalar'da sürekli sözü geçen "ateş"⁴³ düşünmek, onu, şeyler arasındaki belirli bir kategorinin arasına yerleştirmektir, öyle ki, ateşin şu özellikleri vardır ama şu özellikleri de yoktur denilebilir. Şu halde *sınıflandırmak*, bir yandan da *"adlandırmak"* olmaktadır.⁴⁴

Bunun nedeni de çok açıktır; bir genel fikir, ancak kendisini dile getiren bir sözcük içinde ve o sözcük aracılığıyla *varlık ve kişilik* kazanmaktadır. Öte yandan bir halkın dili de, -fikirlerin zihinlerde sınıflandırılmasının biçimini- etkilemekte ve o halkın öğrenmeye yöneleceği yeni şeylerin çerçevesini belirlemektedir; çünkü değinilmiş olduğu gibi *düşünceler*, *dilin önceden konulmuş kalıplarına bağımlı bulunmaktadır*.

Böylece, evrene ilişkin ve görece gelişmiş bir tasarım oluşturmayı henüz öğrenmekte olan *insanların dilinin*, *o günlerin düşünme sistemine*, *silinmez biçimde damgasını vurmuş olduğu öngörülebilir*. Özellikle Hint-Avrupa halklarının eski dilleri konusunda insanlık, tümüyle de bilgisiz sayılamaz. Çok eski günlerde konulmuş olmalarına ve daha sonraları bunlardan başkaca pek çok sözcük türetilmiş bulunmasına karşın, kök-sözcükler, Hint-Avrupa *deyimlerinde*

⁴² Müller bu yaklaşıma da karşı çıkmakta ve ruhçuluğun, canlı-cansız ayrımının bilinmemesinden değil, dilin düşünce üzerindeki etkisinden kaynaklandığını savlamaktadır. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 106 vd.

⁴³ Yukarıda, "ateş" anlamına geldiği belirtilmiş bulunan Agni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BUDDA, Hilmi Ömer. Dinler Tarihi, Birinci Cilt, Dün ve Yarın Külliyyatı, İstanbul 1935, s. 31 vd.

⁴⁴ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 107.

varlıklarını hâlâ sürdürmektedirler. Bu kök-sözcüklerin geçmişi Müller'e göre, natürizmin oluşmaya başladığı günlere uzanmaktadır.⁴⁵ Hint-Avrupa dillerindeki bu kök-sözcüklerin iki önemli özelliği bulunmaktadır.

a. Öncelikle, bu kökler *simgeseldir*. Bunlar ayrıca bireyleri ya da özel şeyleri göstermekle kalmamakta, olabildiğince genel bir simge konumunda bulunmakta ve düşüncenin en geniş konularına yönelmiş görünmektedirler.⁴⁶

b. İkinci olarak, bu köklerin ilişkin buldukları *simgeler*, *nesnelere değil eylemlerin simgeleridir*.⁴⁷

İnmek, çıkmak, yürümek, vurmak, sürtmek vb. Başka bir deyişle *insanlar; doğa olaylarının adlandırılmasına ve genelleştirilmesine geçmeden önce, temel insan eylemlerinin biçimlerini adlandırmış ve genelleştirmişlerdir*. Böylece, insan eylemlerinin betimlenmesine ilişkin bulunan ve olabildiğince genellik taşıyan bu sözcükler; ilk konulmuş oldukları günlerde akla hiç gelmemiş kimi oluşumların betimlenmesinde kullanılmaya başlanmıştır.

3. Söz ve Önemi

Sonuç olarak insanlar, nesnelere de kavramaya yöneldiklerinde; - varolan dilin sınırları içinde düşünebilme zorunluluğu doğrultusunda-, dilde zaten yer almış bulunan sözcüklere başvurmak zorunda kalmışlardır. Ne var ki, aslında insan eylemlerinin anlatılmasını konu edinmiş olan *bu sözcükler*, doğanın yeterince betimlenebilmesine elverişli bulunmamaktadırlar. Ancak bu sözcükler, *doğanın anlaşılabilmesini ve anlatılabilmesini sağlayabilecek "tek kaynak" konumundadırlar*.

Böylece doğa güçleri, insan eylemlerine benzetilerek tanımlanmaktadır.⁴⁸ Örneğin; yıldırım *toprağı kazan ve yangın çıkaran bir şeydir*, rüzgar *uğuldayan ve üfleyen bir şeydir*. Doğa olayları insan eylemlerine benzetilince, doğa olaylarıyla ilişkili bulunan *bu şeyler* de (yıldırım, rüzgâr vb.) az çok insan eylemlerine benzer biçimde anlatılmış ve *bunlar giderek kişisellik kazanmaya başlamışlardır*. *Aslında burada yapılmakta olan apaçık bir eğretilemedir*

⁴⁵ Max Müller burada çok kısa olarak aktarılan görüşlerini üç ayrı yapıtta açıklamaktadır. Bunlar: Natural Religion, Londra 1889; Physical Religion, Londra 1898; Anthropological Religion 1892, adlarını taşımaktadırlar. Müller'in en bilinen yapıtının ise Comparative Mythologie olduğu söylenebilir, Müller'in ayrıca, Lectures on the Science of Language ve The Science of Thought gibi, dil ve düşünce üzerine de yapıtları bulunmaktadır. Müller'in yapıtlarının tam bir listesi için bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 102 dipnot 5.

⁴⁶ MÜLLER, Max. Physical Religion, Londra 1898, s. 133 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 108 (dn 1).

⁴⁷ MÜLLER, The Science of Thought, s. 272 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 108 (dn 2).

⁴⁸ MÜLLER, The Science of Thought, s. 327, in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 109.

(métaphore) ama dil, bunu sözcüklere bağımlı olarak anlatmak durumundadır. Kısaca dil, salt insan eylemlerine ilişkin öğelerle sınırlı bulunduğu için doğayı anlatırken onu çarpıtmış ve gerçek niteliğini değiştirmiştir.⁴⁹

Çağımız dillerinden bir bölümünde sözcüklere cinsiyet atfedilmesi (article) alışkanlığı da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bugünkü bilgilerimizin ve düşüncelerimizin gelişmişlik düzeyi, bir anlam kargaşasını engellemektedir ancak söz ve sözcük, bir karşı ağırlığın bulunmadığı eski çağlarda, anlamı en belirleyici etken olmuş olmalıdır.

4. Dil-Söz ve Dinsel Düşünce

Böylece söz, duyularımızla algıladığımız maddesel dünyaya yeni eklemeler yaparak, salt soyut varlıklardan oluşan -başlı başına bir dünya-yaratmış ve *bu varlıklar giderek fizik olayların belirleyicisi sayılmışlardır*. Ancak gelişim bu kadarla da sınırlı kalmamış ve (sözcüklerin, halk imgeleminin olaylarla ilişkilendirdiği kişiliklere yönelmesinin ardından) *düşünce bile bu sözcüklere uyarlanmaya başlamıştır*. Bu düşünce biçiminin kapıları artık; söylenler tarafından yaratılan ve anlaşılması güç olan her şeye, her gize açıktır. Bu doğrultuda herhangi bir nesneye, insan deneyimleriyle tümüyle çelişen adlar bile verilebilmektedir. Örneğin Vedalarda, gök sözcüğü yerine geçen⁵⁰ yirmiden çok sözcük bulunmaktadır.

Sözcükler böylece anlam değiştirirken; bu anlamların her birine uygun düşen kişilikler yaratılmaya başlanmakta, üstelik bu kişiliklerin her biri, diğerinin akrabası sayılmakta ve giderek bunlar bir aile oluşturmaktadırlar.

Bazen da farklı nesnelere, aynı sözcüklerle dile getirilmekte ve bu yoldan, birbirinin aynı oldukları düşünülen *nesnelere dönüşümleri* anlatılmak istenmektedir. Ne var ki, bu uzantıda başvurulmuş yeni öğretilerimizin anlaşılabilirliğinin sağlanması, yeni varsayımların üretilmesini zorunlu kılmaktadır.

Müller'e göre, kutsal ve tanrısal kavramları da işte böyle doğmuştur ve atalara tapınma yönelimi kendinden önceki *natürizmin bir yansımasından* başka bir şey değildir.⁵¹ Öte yandan, animistlerin çıkış noktası yaptıkları ruh kavramı da Max Müller'e göre, düşlerle değil ölümlerle bağlantılı olarak varlık kazanmıştır. Müller, geçici bazı koşulların, gövdeden ayrılan ruhun giderek kutsallık kazanması sonucunu doğurduğunu düşünmektedir. Bununla birlikte, Müller'e göre koşulların zorlaması doğrultusunda oluşan bu yeni din (animizm) ancak ikincil bir ürün sayılabilir çünkü insanların kutsallaştırılması

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 106-111.

⁵⁰ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 110.

⁵¹ MÜLLER, Anthropological Religion, s. 128-130 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 110 (dn 1).

aracılığıyla varlık kazanan bir din, gerçek anlamda bir din olarak algılanamaz; Müller'e göre zaten halklar da bu tür bir kutsallığı, asıl kutsal kavramından ayırabilmeyi başarmışlardır.⁵²

III. TOTEMCİLİK VE ÖZEL KONUMU

Buraya kadar yapılmış olan açıklamaların gösterdiği gibi hem animizm hem de natürizm kutsal ya da tanrısal kavramlarını, *biyolojik ya da kozmik nitelikli bazı oluşumların insanlarda uyandırdığı duygularla* açıklamaya çalışmakta; *animizm düşler, natürizm ise doğa güçleri* üzerine temellendirilmiş bulunmaktadır.⁵³

Bu nedenle Durkheim; insanların ortaklaşa yaşamış oldukları deneyimlerden yola çıkarak, bu deneyimler dünyasının dışında yer alan (ex nihilo) "kutsal" kavramına nasıl ulaşmış olduklarının anlaşılmadığını ileri sürmekte ve bu yaklaşımların her ikisine de karşı çıkmaktadır. Ona göre, düşte görüldüğü biçimiyle de olsa insan yine insandır (eskiller için bile). Öte yandan, ne kadar güçlü olurlarsa olsunlar doğa olayları, kutsal kavramını çağrıştırmaya elverişli bulunmayan birer güçtürler. Şu halde ne insan ne de doğa kendiliklerinden kutsal olmadıklarına göre, asıl araştırılması gereken, böyle bir niteliğin onlara nasıl atfedilmiş olduğudur. Bu nedenle, animizmin ve natürizmin kaynağını oluşturan ve bu adı geçenlerden daha eski ve daha köklü konumda bulunan bir temel dinin var olmuş olduğu düşünülmeli ve asıl o araştırılmalıdır. Durkheim'a göre böyle bir din gerçekten vardır ve etnograflar bu dini *totemizm* olarak adlandırmaktadırlar.

Totemizm ile insanlığın genel tarihi arasındaki ilişkiyi, bir dergide yazdığı dizi makalelerle ilk ortaya koyan Mac Lennan'dır.⁵⁴ Ancak Mac Lennan, zoolatrique (hayvanlara tapma) ve phytolatrique (bitkilere tapma) tüm dinlerin temelini totemizme bağlayarak bu yaklaşımı çok basite indirgemiş olmaktadır. Öte yandan 1877 tarihli Ancient Society adlı yapıtında Morgan da totemizmin temel özelliklerini belirlemeye yönelmiş, kuzey ve orta Amerika yerlilerinin yaygın dinlerinin totemizm olduğunu belirtmiştir. 1885 yılında Robertson Smith totemizmi: "Bir hayvan, bir bitki ya da bir nesneyle insan arasında doğal ya da edinilmiş bir sözbirliği bulunduğuna inanma"⁵⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

⁵² MÜLLER, Anthropological Religion, s. 130 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 111 (dn 2).

⁵³ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 123.

⁵⁴ LENNAN, Mac. The Worship of Animals and Plants, Totem and Totemism, Fortnightly Review, 1869-1870. in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 125 (dn 2).

⁵⁵ Smith, bu yaklaşımını ilk kez 1888 yılında Aberdeen Üniversitesinde verdiği derslerde dile getirmiş, bir yıl sonra yayımladığı kitabında da yinelemiştir. Bkz. SMITH, Robertson. The Religion of the Semites, 1889 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 127 (dn 2).

A. Totemciliğin Genel Görünümü

1. Totemci Toplumlarda Örgütlenmenin Biçimi

Ancak bu tanımın irdelenmesine girmeden önce *totemizmin*, yukarıda incelenmiş bulunan ruhçuluk ve doğacılıktan farklı olarak; inancının konusunu belirli bir nesne ya da şeyle (ruh ya da doğa olayları ve güçleri gibi) sınırlandırmadığı ve *kutsal kavramını çok daha geniş bir bağlamda ele aldığı* belirtilmelidir. Zaten bu nedenle, totemizm burada ayrı bir bölüm içinde ele alınmış bulunmaktadır. Ancak totemizmin ilk bakışta göze çarpan ve çoğu kez yanılgılara yol açan dış görünümünün öncelikle betimlenmesi ve totemizmin yaygın bulunduğu toplumların örgütlenme biçiminin kısaca özetlenmesi yararlı olacaktır.

Totemci toplumların (özellikle Avustralya yerlilerinin) en kapsamlı birimini aşiret (tribu) oluşturmaktadır. Her aşiretin iki *fratrısı* ve her fratrinin de değişen sayıda klanları bulunmaktadır.⁵⁶

Klan üyeleri birbirlerinin akrabası sayılmakla birlikte, bu akrabalığın kan bağıyla ilintisi bulunmamaktadır; hiç kimse bir diğerrinin -bu terimlere bugün verdiğimiz anlamıyla- anası, babası, kızı, amcası olarak nitelendirilmemektedir. Bununla birlikte klan üyelerinin karşılıklı ödevleri, günümüz ailesinin ödevleri gibi önceden belirlenmiştir. Birbirleriyle evlenmeme, karşılıklı yardımlaşma, yas tutma ve oç alma görevleri, bunların en başında sayılabilir. Dış görünüşüyle bu birliğe -büyük bir aile- denilebilir, klan üyeleri de kendilerini bu "aile"nin üyesi olarak görmektedirler ancak bunların birbirlerinin akrabası sayılmasının tek nedeni, *klan içinde yer alan her bireyin aynı adı taşıyor olmasıdır*. Salt bu açıdan bakıldığında Roma *gens* ile klan arasında hiç bir farklılık bulunmamaktadır, çünkü *gens* üyeleri de klan üyeleri gibi tek bir ad taşımakta ve bu doğrultuda birbirlerinin akrabası sayılmaktadırlar [*nomen gentilicium*].⁵⁷ *Gens* ile klan arasındaki en belirleyici farklılık *klan üyelerinin adının, maddesel şeylerin* (hayvan, bitki, nesne), *belirli bir türünü gösteriyor olmasıdır*. Bu tür ile klan üyeleri arasında bir soy birliği bulunduğu inanılmaktadır. Maddesel nesnelerin bu türü (örneğin kanguru), klan üyelerinin tümünü birden simgelemekte ve buna da *totem* adı verilmektedir. Klanın totemi, klanın tüm üyelerinin de totemidir.

⁵⁶ Klanlar birliği anlamını taşıyan kabile ya da aşiret, aynı klandan kopmuş bulunan klanların oluşturduğu topluluğa verilen addir. Yerleşik toplulukların, ailelerden oluşan köy toplumuna dönüşmelerine karşılık; göçebeler, klanlardan oluşan kabileler şeklinde örgütlenmektedirler. Burada sıkça kullanılmış olan "aşiret" sözcüğü, -göçer kabile- anlamına gelmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENEL, Alâeddin. İlkel Topluluktan Uygur Toplumuna A.Ü.S.B.F. Yayınları: 504, Ankara 1982, s. 153-157.

⁵⁷ Ciceron'un gentile'ye ilişkin tanımı da bu doğrultudadır: "*Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt*" in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 143 (dn 1).

İnsan ile totem sayılan (hayvan, bitki, nesne) arasında bulunduğu inanılan *töz ve soy birliği* yaklaşımına⁵⁸ koşut olarak, bunlar arasında bir *doğa birliği* de bulunduğu tasarlanmaktadır. Örneğin Narrinyeri'ler, ilk insanlardan bir bölümünün diledikleri anda hayvana dönüşebildiğine inanmaktadırlar. Bazı başka toplumlar da, insanlığın ilk günlerine gerçeklik dışı bazı hayvanları yerleştirmekte ve *insanlığın bunlardan türediğini düşünmektedirler*. Bu tür bir inancın, Avrupa toplumlarının belirli bir tarihsel dönemde üretmiş buldukları mitolojik tanrılarla benzerliği hemen göze çarpmaktadır.

Totem adının nasıl belirlendiği sorununun *totemizmle değil*, totemizmin geçerli olduğu toplumların *örgütlenme biçimiyle* bağlantılı bulunduğu öncelikle belirtilmelidir. Başka bir deyişle bu konu, din sosyolojisini değil, aile sosyolojisini ilgilendirmektedir.⁵⁹ Totemin belirlenmesine ilişkin yöntemler şöylece özetlenebilir: Totemci toplumların büyük çoğunluğunda ananın totemi -doğum hakkı- gereği olarak çocuğun da totemidir. Bu kuralın geçerli olduğu yerlerde aynı totemin üyeleri, değişik yerleşim birimlerine dağılmış durumdadırlar; çünkü kadın kocasıyla birlikte aynı yerleşim biriminde yaşamasına karşın, dışevlilik kuralı gereği kocasınınkinden farklı bir totemin üyesi konumundadır. Kısaca totem, toprağa bağlılık ilkesine göre saptanmamaktadır.⁶⁰

Avustralya'nın başka bazı bölgelerindeyse totem, baba soyuna göre belirlenmekte ve böylece bir yerleşim biriminde yaşamakta olanların tümü (evli kadınlar dışında), aynı totemin üyesi durumunda bulunmaktadırlar. Söz konusu bölgelerde, yerleşim birimi totemi de göstermektedir. Toprağa bağlılık ilkesinin geçerli görüldüğü bu alanlarda, totemin dinsel niteliğini giderek yitirdiği gözlenmektedir.⁶¹

⁵⁸ Robertson Smith'in, eski Arap toplumlarını incelediği kitabında sözünü ettiği bu yaklaşımın yaygınlığı, daha sonraki yıllarda totemizm üzerine yapılan diğer çalışmalar tarafından da doğrulanmış bulunmaktadır. Bkz. SMITH, Robertson. Kinship and Marriage in Early Arabia, Cambridge 1885, in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 127 (dn 1).

⁵⁹ Durkheim, totemizmin din kavramıyla olduğu kadar aile kavramıyla da ilintili bulunduğunu düşünmektedir, çünkü ona göre, totemizmde temel birim olan klan aslında bir ailedir. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 148 (dn 2).

⁶⁰ Burada ilginç bir noktaya daha değinilmesi gerekir; yukarıda sözü edilmiş bulunan Narrinyeri (Avustralya) totemlerinin, neredeyse hiçbir dinsel niteliğinin bulunmadığı gözlemlenmiştir. Bkz. TAPLIN V. The Narrinyeri Tribe, II, s. 244-245 in DURKHEİM Les formes. ..., s. 149 (dn 1).

⁶¹ Tüm bu gözlemlerin, Durkheim'ın, totemin niteliği konusundaki görüşlerini doğruladıkları sonucuna varılabilir. Sonraki sayfalarda görüleceği gibi Durkheim, totemin dış görünüşte dinsel ama özünde toplumsal bir simge olduğunu ileri sürmektedir.

Başka bazı yerlerde ise yeni doğan çocuk, ne anasının ne de babasının totemine bağlanmaktadır. Ananın karnına girerek çocuğun doğumuna yol açmış bulunan söylensel atanın totemi ne idiye, çocuk da o toteme bağlı sayılmaktadır. *Bu belirleme, kendine özgü bir yöntemle yapılmaktadır.*⁶²

Klanların bir üst birimi olan fratriler ise, birbirlerine -özel kardeşlik bağlarıyla- bağlı sayılan klan gruplarından oluşmaktadır. Avustralya yerlilerinin bir aşiretinde (tribu) iki fratri yer almakta ve her fratri de kendi içinde klanlara bölünmüş bulunmaktadır. Fratrilere, değişik nedenlerle üyeleri dağılmış çok eski bir klanın soyundan geldiklerine inanan ve uzak bir geçmişte kalmış bu birliği yeniden canlandırmaya çalışan değişik klan üyeleri arasındaki dayanışma (kardeşlik bağı) üzerine kurulmuş bulunmaktadır. Her fratrinin de kendine özgü bir totemi ve böylece bir de adı vardır.⁶³

Fratrilere genellikle, totemleri sayılan hayvanın adını taşırlar (Avustralya yerlileri totem olarak çoğu kez bir hayvan seçmektedirler). Araştırmacılar ve bunlardan özellikle A. Lang fratrilere; birbirine karşıt konumları simgeleyen adları yeğlediklerini⁶⁴ açıkça saptamış bulunmaktadır; örneğin fratrilere birinin adı *beyaz papağan* ise diğerkinin *siyah papağandır*⁶⁵ ya da biri *kartal* ise diğeri *kargadır* [Bu yaklaşım biçiminin nedeni aşağıda açıklanacaktır].

Fratri totemleriyle klan totemleri arasında bir ast-üst ilişkisi bulunmakta ve herhangi bir klan, aşiretin (tribu) iki fratrisinden yalnızca birine bağlı sayılmaktadır. Böylece, bir klan üyesinin hangi adı taşıyacağı bir ölçüde belirlenmiş sayılabilir çünkü fratri adının bir *cinsi*, klan adınınsa bir *türü* göstereceği önceden belirlenmiş bulunmaktadır.

2. Eskil Açısından Cins-Tür Ayrımı

Eskile özgü açıklama ve sınıflandırma biçimlerinin anlaşılabilmesi için, öncelikle onun evrene bakışının özelliklerinin bilinmesi gerekmektedir. Evrende bulunan her şey, eskilin aşiretinin parçalarını oluşturmakta, bir başka deyişle var olan her şey, aşiretin kurucu bir ögesi konumunda bulunmaktadır.⁶⁶ Zaten evren

⁶² Bu belirleme genellikle, ananın çocuğa hâmile kaldığını düşündüğü yer göz önüne alınarak yapılmaktadır; çünkü her totemin bir "merkez"i vardır ve atalar (ruhları) da çoğunlukla kendi totemlerinin merkezinin çevresinde dolaşmaktadırlar. Şu halde çocuğun totemi, ananın hâmile kaldığını düşündüğü yerleşim birimine en yakın merkezde bulunan (dolayısıyla atanın sıkça görmeye gittiği alandaki) totem olacaktır. Kısaca kadın, kocasının evinde oturduğu ve kocanın toteminin merkezi de bu bölgede olduğu için, çocuk genellikle babasının totemine bağlı sayılmaktadır. Bkz. DURKHEİM, *Les formes. ...*, s. 150 (dn 3).

⁶³ LANG, Andrew. *The Secret of Totem*, s. 159 in DURKHEİM, *Les formes. ...*, s. 151 (dn 1).

⁶⁴ LANG, *The Secret...*, s. 159 in DURKHEİM, *Les formes. ...*, s. 151.

⁶⁵ HOWITT, *Native Tribes of South Australia*, s. 124 in DURKHEİM, *Les formes. ...*, s. 151 (dn 2).

⁶⁶ FİSON-HOWITT. *Kamilaroi and Kurnai*, s. 170 in DURKHEİM, *Les formes. ...*, s. 201 (dn 1).

"büyük aşiret"tir ve bireyin bağlı bulunduğu aşiret de (fratrilere gibi) ikiye bölünmüş bulunan bu büyük aşiretin, iki parçasından birinde yer almaktadır.

Kısaca, aşiret iki parçaya (iki fratri) ayrılmış olduğu için, bilinebilen tüm varlıklar da bu iki parça arasında paylaştırılmış bulunmaktadır. Böylece tüm doğa, fratrilere adlarına göre sınıflandırılmakta; insanlar gibi tüm canlı ve cansızlar; güneş, ay, yıldızlar, kayalar, ağaçlar... fratrilere arasında bölüşürülmektedirler.⁶⁷ Ancak, fratrilere de klanlara ayrılmış olduklarından, sınıflandırma sürdürülmekte ve bu doğrultuda, fratrilere birine ait oldukları öngörülmüş şeyler, bu kez de klanlar arasında paylaştırılmaktadır. Sözgelimi, köyün üst yanındaki karaağaç, *kanguru klanının* ağacı sayılmışsa, bu ağacın da bir totemi olacaktır ve bu totem, kanguru klanının üyelerinininki gibi kangurudur. Benzer şekilde bir başka ağaç da *yılan klanına* verilmiş olabilir.

Sonuç olarak, şeyleri, bu şeylerin tanrıları (totemleri) yönetir görünmekle birlikte, aslında *bu tanrıların, şeylerin bir başka görünümünü konumunda buldukları* belirtilebilir.⁶⁸ Bu yaklaşım, Haida topluluğunun inançlarında tam bir açıklık kazanmaktadır. Bu inanca göre her hayvanın iki yüzü (konumu) bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, hayvan olağan bir yaratıktır; avlanılabilir, yenilebilir. Ancak bu varlık aynı zamanda, hayvan görünümüne bürünmüş doğaüstü bir yaratıktır. Dünyaya böylesine bir bakış açısı, etnik ve coğrafi özelliklerden bağımsız olarak ortaya çıkmakta ve aynı zamanda totemci tüm yaklaşımlar tarafından benimsenmiş bulunmaktadır.

Bu belirlemelerin ardından, tarihte rastlanılan sistematik en eski sınıflandırmanın cins ve tür ayrımı üzerinde odaklaştığı söylenebilir.⁶⁹ Durkheim'a göre bunun nedeni açıktır; *çünkü insanlar dünyaya, kendi toplumsal örgütlerini model alarak bakmaktadırlar* (İkinci örgütlenmeler, akrabalık sınıfları, klanlar, fratrilere, aşiretler şeklindeki ayırtırmalarda görüldüğü gibi). Başka bir deyişle, insanlar gruplar içinde yaşadıklarına göre şeylerin de gruplaştırılabileceği (sınıflandırılabileceği) öngörülmektedir; böylece *fratrilere cins, klanlar da tür kavramlarının oluşturulmasına yol açmışlardır*. Kısaca insanlar gruplaşmış olduğu için, şeyler de gruplaştırılmaktadır. Ne var ki şeylerin sınıflandırılması; bunların, insanlar tarafından oluşturulmuş bulunan *gruplara paylaştırılması* olarak anlaşılmaktadır. Böylece şeyler kendi varlık özelliklerine göre değil, içine yerleştirilmiş oldukları gruba

⁶⁷ SMYTH, Brough. The Aborigines of Victoria, I, s. 91; FISON-HOWITT, Kamilaroi and Kurnai, s. 168 in DURKHEIM, Les formes. ..., s. 201 (dn 3).

⁶⁸ SWANTON, V. Contributions to the Ethnology of the Haida, s. 14, 16, 25, in DURKHEIM, Les formes. ..., s. 205 (dn 3).

⁶⁹ DURKHEIM, Les formes. ..., s. 203-209.

göre anlam kazanmakta ve sanki sınıflandırılmış olmaktadırlar. Özetle, farklı şeylerin sınıfları, bunların üst üste yığılmaları biçiminde değilse de, bu şeylerin, toplumsal bölünmenin birimlerinden birine ait sayılmaları yoluyla oluşturulmakta; böylece şeyler ve toplumsal birimler birbirleriyle karıştırılarak, zihinlerde tek ve dayanışmalı bir bütün (aşiret) oluşturulmaktadır. *Bu mantıksal yapı, aslında toplumun birliğini dile getirmektedir.*

Durkheim'a göre insan zihninde ne kadar temel kavram ve kategori varsa, bunların tümü toplumsal öğelerin ürünüdür. Böylece, ikiye ayırma yoluyla belirlenen bu sınıflandırma ve araştırma yöntemi bugün bizlerde de bulunan; benzer imgelerin birbirlerini çekmesi, karşıt olanlarınsa birbirlerini itmesi eğiliminden kaynaklanmakta ancak bu eğilim eskilin sınıflandırmalarını da yönlendirmektedir. Kısaca, fratrilerin ikiye bölünmüş olması gerçekliğini model olarak seçen mantıksal yaklaşım ve sınıflandırma biçimi, ana bir ilke konumuna yükselmektedir. Bu doğrultuda, bir sınıflandırma iki farklı cins anlayışıyla yapılırken, bu cinslerin birbirlerinin karşıtını oluşturdukları sonucuna da varılmaktadır. Ayırtırmaya çelişkinin en keskin görüldüğü şeyler ya da kavramlarla başlanmakta ve cins ya da bölümlerden biri sözgelimi sağa konuluyorsa diğeri de sola yerleştirilmektedir.⁷⁰

Örneğin, birinci fratri siyah papağanla belirlenmişse ikinci fratri beyaz papağanla simgelenecek, güneş birinci fratrinin yanına konulmuşsa, ay ve yıldızlar ikinci fratriye özümlenecektir. Savaş-barış, su-toprak, dostluk-düşmanlık, gökyüzü-yeryüzü vb. karşıtlıklar konusundaki sınıflandırmalar sürüp gitmektedir. Ancak birbirlerinin karşıtını oluşturdukları düşünülen fratrilerin arasında (ve bu sınıflandırma doğrultusunda) bir "rekabet", giderek bir düşmanlık bulunduğu da varsayılmaya başlanmaktadır. Başka bir deyişle, *mantıksal olarak yaratılmış bir karşıtlık kavramına ve yaklaşımına bir de sosyal karşıtlık eklenmektedir.*⁷¹

3. Totemci Toplumların Dinsel "Dış Görünümü"

Yukarıda değinilmiş olduğu gibi klan üyesi, kutsal totemle aynı soydan (özden) geldiğine inanmaktadır çünkü *klan üyesi olan "insan" da kutsallık*

⁷⁰ Morgan'ın Ancient Society adlı yapıtında, Kuzey Amerika'nın İroquois yerlilerinin fratrileri arasında sıkça yarışmaların düzenlendiği belirtilmektedir. Swanton ise, fratrilerin açıkça birbirlerinin düşmanı sayıldıklarını yazmaktadır. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 207 (dn 5).

⁷¹ Durkheim, fratrilerin oluşumuna ilişkin görüşlerinin, bu fratrilerin birbirlerinin karşıtı olarak görülmesi olgusuyla çeliştiğine ilişkin savları yanıtlamak amacıyla, *sosyal karşıtlığın eklenmesi sürecine* başvurmakta, öte yandan bu karşıtlık yaklaşımının, dinsel olan - olmayanın niteliğinin belirlenmesi konusuna kadar uzanmadığını savlamaktadır. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 208 (dn 1).

*dışı bir varlık değildir.*⁷² Hatta klan bireyinin kutsallığı, totem sayılan hayvanınkinden (totem eğer hayvansa) bile çok aşağılarda değildir. Eskilin gözünde insan, hayvan, bitki ve nesne birbirlerinden çok da farklı bir konumda bulunmamaktadırlar. *İnsanla aynı özü paylaştığı düşünülen -totem hayvan-a karşı tinsel bir bağlılık duyulmakta* ve bundan dost, kardeş, baba, dede sözcükleri kullanılarak söz edilmektedir.⁷³ Totem hayvanın türünden yardım istenmekte ve bu hayvanların av sırasında ya da bazı tehlikeli durumlarda, istenilen yardımı esirgemeyeceklerine inanılmaktadır. Bununla birlikte, *totem iminin, totem sayılan varlıktan çok daha kutsal görüldüğü belirtilmelidir.*

Özetle, totem hayvanla insan arasındaki ilişkiler, aile bağlarının oluşturacağından daha ileri bir düzeyde bulunmakta, insan ile hayvan (yerlilerin söylediğine göre) aynı etten yapılmış bulunmaktadırlar. Bu doğrultuda hem insan hem de hayvan (bitki ya da nesne), kutsallıktan da paylarını almış bulunmaktadırlar; ancak bu kutsallık insanın bazı organlarında (kan ve saçlar gibi), diğer organlarına göre daha da yoğunlaşmış bulunmaktadır. Bu nedenle saçların kesilmesi önemli bir töreni zorunlu kılmakta, saç kesilecek olan kişi, soyun atalarının (yarı insan-yarı hayvan) yaşamış oldukları varsayılan yere doğru diz çökmekte ve ardından işlem gerçekleştirilmektedir. Bu törenin gereklerine özen gösterilmemesi, saç kesilenin "büyük felâketler"e uğramasına yol açacaktır. Bu son örneğin Avrupa mitolojisindeki Samson söyleniyle benzerliği hemen göze çarpmaktadır.⁷⁴ Eski Türklerin Kut adını verdikleri ve Ziya Gökalp'in Altın Işık olarak adlandırdığı *mana* anlayışı, aynı tür bir inancın Asya halklarında da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.⁷⁵

B. Totemciliğin Anlamsal Yapısı (İç Görünümü)

Yukarıda totemciliğin dış görünümü açıklanırken belirtildiği gibi Avustralya ve Kuzey Amerika yerlileri de içinde olmak üzere totemciliğin geçerli olduğu her yerde klan üyeleri aynı adı (totemin adı) taşımaktadırlar; bu ad, bir hayvan bir bitki ya da nesneyi göstermektedir. Ancak burada hemen, olağanüstü bir saygının nesnesi konusundaki totemin bu saygınlığını salt -kendisel niteliği- ya da kendine özgü önemi nedeniyle kazanmamış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, bu sayılanların tanrı olduğunu totemistler de düşünmemektedirler; çünkü totemizm, hayvana

⁷² SANTON, V. Social Condition, Beliefs, a Linguistic Relationship of the Tlingit Indians, XXVIth Rep., s. 415-418 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 193 (dn 2).

⁷³ HOWITT, Natives Tribes. ..., s. 146 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 197 (dn 2).

⁷⁴ SCHİMMELE, Dinler Tarihine Giriş, s. 9.

⁷⁵ TAPLAMACIOĞLU, Din Sosyolojisi, s. 66-67.

tapma (zoolatrie) ya da bitkilere tapma (phytolatrie) dinlerinden tümüyle farklı bir konumda bulunmaktadır.⁷⁶

Kısaca totem, öncelikle klanın ve onun tüm üyelerinin adını oluşturmakta, daha açık bir belirlemeyle klanın "arma"sı, simgesi (eski deyişle alâmet-i fârikası) konumunda bulunmaktadır. Zaten totem sözcüğünün aslı dodaim (dodem) sözcüğüdür ve bu da "bir aile grubunun köyü ya da yerleşim yeri" anlamına gelmektedir.⁷⁷ Ayrıca, Avrupalılar ile Avustralya yerlileri arasında tecimsel ilişkilerin başladığı ilk yıllarda, klan sözcüleri yaptıkları sözleşmelerin altına imza yerine geçmek üzere totemlerini çizmişlerdir.⁷⁸

1. Totemcilikte Kutsallık ve Üstün Güç Anlayışı

Özetle, totemciliğin kutsallığa ilişkin iç sınıflandırmasında birinci sırayı totem imi (çizilmiş biçim) ya da simge almakta, klanın adını taşıdığı yaşayan hayvanlar, bitkiler ya da var olan nesnelere ikinci sıraya yerleştirilmekte, klan üyeleri de üçüncü sırada bulunmaktadırlar. Tüm bu adı geçenler, eşit olmayan bir şekilde de olsa, kutsallıkla donatılmışlardır. Ancak bu kutsallığın, tanrısallıkla eşanlımlı olmadığı açıktır. Değnilmiş olduğu gibi kutsallık, kutsal sayılanların kendisel özelliklerinden değil, totemizmin temel ilkesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, kutsallığın kökeninde *doğüstü bir güç* anlayışı yer almaktadır; kişilik üstü, tarihsiz, isimsiz ve bu dünyada içkin (immanent) olan bu güç, duyumsanan ya da duyumsanmayan birçok şeyde varlığını ortaya koymaktadır. Bu güç tüm varlıklarda bulunmakla birlikte, hiç kimse ya da hiçbir şey onun tümüne sahip değildir. Bu güç, içinde yer aldığı varlıklardan öylesine bağımsızdır ki, bunları yaşamları boyunca izleyebildiği gibi, bunlardan önce ya da sonra da varlığını sürdürebilmektedir. İnsanlar ölmekte, kuşaklar yitip giderken yenileri onların yerini almakta ama bu güç her zaman varlığını korumakta ve *yalnızca kendine benzemektedir*. Çok geniş bir anlamda *bu gücün, totemcilerin tanrısı olduğu söylenebilir*.

Bu yaklaşımın, daha sonraki dinlerin "her zaman ve her yerde" anlayışının, henüz olgunlaşmamış bir görüntüsü konumunda bulunduğu söylenebilir.⁷⁹

⁷⁶ Ancak bazı araştırmacılar totemizmi, hayvana tapma ve bitkilere tapma dinlerinin kaynağı olarak görme yanlısına düşebilmektedirler. Bkz. LENNAN, Mac. Fortnightly Review, The Worship of Animal and Plants. ..., in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 125.

⁷⁷ Bununla birlikte totem sözcüğünün etimolojik anlamı konusunda kesin bir sonuca ulaşılabilmiş olduğu da söylenemez. Bkz. Handbook of American Indians North of Mexico (Smithsonian İnstit., Bur. of Ethnol., 2e parti, s. v, Totem, s. 787, in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 159 (dn 2).

⁷⁸ SCHOOLCRAFT, Indian Tribes, III, s. 184 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 159 (dn 4).

⁷⁹ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 269.

Bu güç öncelikle, *üstün bir fizik güç* olarak tasarılanmaktadır, ancak buna öteden beri herkesin boyun eğdiğinin bilinmesi, bundan sonra da aynı biçimde davranılması zorunluluğunu yaratmakta ve sonuçta ortaya bir *ahlâksal yükümlülük çıkmaktadır*; böylece üstün güç, klanın ahlaksal yaşamının da kaynağı konumuna yükselmektedir.⁸⁰

Totemciliğin bu yaklaşımı, totemist inancın geçerli bulunduğu tüm toplumlarda bir -genel ilke- konumundadır; örneğin Kuzey Amerika yerlilerinden Sioux'lara göre "Wakan" (büyük ruh), diğer tüm güçlerin kendisinden kaynaklandığı ve herhangi bir kişilikle özdeşleştirilemeyecek olan bir üstün güçtür. Toprak, rüzgâr, güneş, ay, yıldızlar, kısaca saygıya değer olarak görülebilecek (eskil açısından) her şey ve her bilinmez, bu gizilgücün belirtileri konumundadır. Böylece *her yaşam bir wakandır*. Totemist ilkenin çok daha belirgin olarak gerçeklik kazandığı İroquois yerlilerinde wakan yerine *orenda* kavramı kullanılmaktadır. İroquois'lara göre orenda, içinde yaşanan ortamın her yerindedir; kayalarda, akarsularda, bitkilerde, ağaçlarda insanlarda, hayvanlarda, şimşeklerdedir...⁸¹ Orenda içermeyen hiçbir varlık düşünülemez, ancak orenda eşit olarak dağılmış değildir.

Melanezya yerlilerinin, bilim adamları tarafından derinlemesine araştırılmış bulunan *mana* anlayışları da, yukarıda belirtilmiş bulunan kavramlara benzer niteliklerle donatılmış bulunmaktadır.⁸² Bununla birlikte Uzak Doğu ve Asya halklarının bu inanç biçimiyle totemist yaklaşım arasında, çok da önemli sayılmayabilecek bir farklılık bulunmaktadır. Gerçi *mana* da maddesel olmayan doğa üstü bir gücü dile getirmektedir, ancak *mana kavramı tüm evreni kapsamakta ve böylece daha yüksek bir soyutlama düzeyinde bulunmaktadır*;⁸³ totemist ilkeyse, daha sınırlı sayıda nesnelere ve şeylere yöneltilmektedir. Örneğin Kuzey Amerika'daki Omaha yerlilerinin birçok bireysel ve kolektif totemleri bulunmaktadır.⁸⁴

Durkheim'a göre, özetlenmiş bulunan bu yaklaşım biçimi, aslında genel olarak tüm dinsel düşüncenin temelini oluşturmaktadır. Bu konumuyla totemizm; ruhçuluk ve doğacılıktan farklı olarak; güneş, ay, yıldızlar, yıldırım... gibi belirli bir varlığı, nesneyi ya da oluşumu kutsallığın konusu olarak görmemekte ve bunları ancak, *üstün gücün bir parçasını içerdikleri için önemli saymaktadır*.

⁸⁰ SCHURMANN, The Aboriginal Tribes of Port Lincoln, in Woods, Nat. Tr. of 5. Australia, s. 231 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 271 (dn 4).

⁸¹ Orenda and a Definition of Religion, American Anthropologist, 1902, s. 33 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 276 (dn 3).

⁸² CODRINGTON, The Melanesians, s. 118 (dn 1) in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 278 (dn 1).

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HUBERTMAUSS, Theorie générale de la Magie, Année Sociologique, VII, s. 108.

⁸⁴ FLETCHER, Alice. A Study of the Omaha Tribes, Smithsonian Rep. for 1897, s. 581 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 278 (dn 3).

Bu inanç biçimi Eski Yunan'da ve Roma'da da görülmektedir. Zeus, yağın her yağmur damlasında, Ceres, ürünün her demetinin içinde yer almaktadır. Ancak burada, önemli bir konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: Adları belirtilmiş olanlar da içinde; tüm mitolojik ilâhlar, doğa üstü yaratıklar, doğa güçleriyle ilişkilendirilen üstün varlıklar... vd. aslında, *belirli bir bakış açısının ikincil ürünleridir*. Başka bir deyişle kişiselleştirilmiş tanrılar ve mitolojik yaratıklar, bir gizil güç yaklaşımının somutlaştırılmış anlatımlarıdır.⁸⁵ Kısaca özel kutsal parçalar, totemist genel ilkenin (üstün güç) kişilik atfedilmiş biçimlerini oluşturmakta ve *kutsala; duyumsanabilir bir somutluk kazandırılmak istenmektedir*. Bu nedenle totemist ilke, doğrudan belirli bir hayvanı, bitkiyi ya da bir şeyi tapınmanın nesnesi konumuna yükseltmemekte ve yalnızca, üstün gücün bunlardaki varlığına duyduğu saygıyı dile getirmektedir. İşte bu nedenle *Durkheim, totemizmin açıklanmasının, doğrudan dinsel düşüncenin açıklanması olacağını düşünmektedir*.

2. Toplumsallık - Din İlişkileri

a. Dinsel Düşüncenin Zorlayıcılığı ve Olağandışılığı

Bir dinsel inanç bütünü, dinsel uygulamalar (ibadet) aracılığıyla somutlaştırılması, bu uygulamaların zorunluluğu nedeniyledir. Emredici olan her şey ise bir otoritenin varlığını gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle, var olan kurallara bireyin boyun eğmesi bu kuralların üstün bir otorite tarafından konulmuş olmasına bağlı bulunmaktadır. Kısaca *emredebilen, ayrıca egemen olabilmektedir*. Şu halde belirlenmiş olan bu niteliklerle donatılmış olan bir varlığın insandan üstün konumda bulunması gerekmektedir.⁸⁶

Durkheim'a göre ampirik açıdan bakıldığında, insandan daha üstün görülebilecek tek "şey" in toplum olacağı yadsınamaz. Toplumun gücü bireyinkinin çok üstündedir. Çünkü toplumsal güç, bireysel güçlerin bir sentezi konumundadır. Bu nedenle zorlayıcı tüm inançların ve kuralların toplumdan kaynaklanmış oldukları açıktır. *Dinin kökeninde bireysel duyguların bulunduğu kabul edilirse, bu duyguların neden zorlayıcı sonuçlar yarattıkları açıklanamaz*.⁸⁷

⁸⁵ Çoğunlukla sanıldığı gibi tersine, mitolojik kişilikler dinsel düşüncenin başlangıç döneminin ürünleri değildirler. Durkheim'in bu konuya ilişkin ve yüzyıl önce yazılmış bulunan makalesi, dinsel düşüncenin oluşumuna ilişkin en aydınlatıcı çalışmalardan biri sayılmaktadır. Bkz. DURKHEİM, De la définition des phénomènes religieux, L'Année Sociologique, II, 1897-1898, s. 1-28.

⁸⁶ DURKHEİM, De la définition..., s. 23.

⁸⁷ DURKHEİM, De la définition..., s. 24.

Şu halde *dinsel olayların temeli* insanın doğasında değil başka bir yerlerde, kısaca *toplumun doğasında aranmalıdır*. Böylece Durkheim'a göre dinlerin değişmesi ve gelişmesinin, neden toplumlarinkine bağlı bulunduğu da açıklık kazanmış olmaktadır. Dinin temelinde doğa olaylarının bulunduğunu ya da ölüm karşısında duyumsanan bireysel korkunun yer aldığını öngören yaklaşımların doğru olamayacakları bir kez belirlendikten sonra asıl araştırılması gereken konu, ne tür toplumsal güçlerin böylesine bir duyguyu yaratabildiğidir.

Eğer, dinsel duyguların bireyden kaynaklandıkları kabul edilir ve şeylerin, olduklarından çok farklı biçimde tasarılanmalarının temelinde bireysel duyguların ve düşüncelerin yer aldıkları varsayılırsa; bireylerin neden (dinsel düşünce biçimini almış) bir takım sanrılar ve akıl almaz tasarımlar üretmiş oldukları sorusu da yanıtız kalır.⁸⁸ Şu halde öncelikle saptanması gereken nokta, *dinsel düşünce görünümündeki bu olağandışı tasarımları bireysel usun "icat etmediği"*dir.⁸⁹

Toplumun kendine özgü bir varoluş ve düşünüş biçimi bulunduğu için, topluma özgü tutkular, alışkanlıklar ve gereksinimler bireyinkinden tümüyle farklı bir görünüme bürünmekte, böylece de bireysel düşünce ile kolektif düşünce, birbirinden tümüyle farklı iki entelektüel olgu konumunu almaktadır.

Dinin kaynağında bireysel duygular değil *-kolektif ruhsal durum-* yer aldığı için, bu kolektif duygular bireye de alabildiğine gizemli görünmektedir; çünkü birey, dinle ilgili bulunmayan duygularının, tümüyle yaşanmış duyuları ve deneyimleri doğrultusunda oluştuklarını görmektedir, bu duygular apaçık ve çırılçıplaktırlar. Bunlar hiçbir gizem içermedikleri için ve belki de salt bu nedenle, bireyin kendi gözünde bile *ötekiler* kadar saygınlık kazanamamaktadırlar.⁹⁰ Kısaca, "kutsal" sayılan şeyler, toplum tarafından tasarlanmamış olan şeylerdir.⁹¹ Kolektif ruhsal durumlar, kolektif coşkular, gelenekler..., toplumsal usun kendine özgü kuralları doğrultusunda iç içe girerek kutsal kavramını oluşturmaktadır.

Özetle, dinsel düşüncelerinin uzantısında insanların ne tür bir yanılsama içine düştüklerinin kavranabilmesi için, dinsel düşüncenin olduğu kadar *kutsal kavramının* da *psikolojik değil sosyolojik bir açıdan araştırılması gerekmektedir*.⁹² Ancak birey, toplumuyla paylaştığı dinin salt edilgin bir

⁸⁸ DURKHEİM, De la définition..., s. 24.

⁸⁹ Durkheim burada, insanların kolektif olarak düşünmeleri sonucunda ortaya çıkan düşüncenin, tümüyle kendine özgü (sui generis) bir konumda bulunduğunu vurgulamaya çalıştığını belirtmektedir. Bkz. DURKHEİM, De la définition..., s. 25 (dn 1).

⁹⁰ DURKHEİM, De la définition..., s. 26.

⁹¹ DURKHEİM, De la définition..., s. 25.

⁹² DURKHEİM, De la définition..., s. 28.

yandaşı olmakla yetinmemekte, dinini anlamaya ve kavramaya da çalışmaktadır; bunu yaparken "ortaklaşa inanç"a bireysellik katmakta ve kamusal dinin doğasını değiştirebilmektedir. Aykırı dinsel inançlar, mezhepler çoğu kez bu yoldan varlık kazanmaktadır. *Bu özel ve kişiselleştirilmiş din, aslında kamusal dinin öznel bir görünümü konumundadır.* Nasıl ki bireysel ahlâk genel ahlâktan kaynaklanan ama bireysel uygulamada ondan farklılaşan bir yan içeriyorsa, dinin birey tarafından algılanmasında da aynı durum karşımıza çıkmaktadır. Bu oluşumun, *var olanı olduğundan da ötelere taşıyabileceği* öngörülebilir.

b. Gösteren - Gösterilen

Durkheim'a göre insanların duyularıyla algılayabildikleri gerçekliklere bakıldığında, bunların, totem adı verilen bir soyutlamaya geçişe hiç de elverişli bulunmadıkları görülür; belirtilmiş olduğu gibi totem, "soyut bir üstün güç" yaklaşımının bilinçlerde varlık kazanması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda gerek mana, gerek wakan ya da orenda sözcükleriyle belirlenen üstün güç anlayışı; çağdaş bilim ve felsefenin günümüzde üstlenmiş olduğu rolün eski çağlardaki görünümünü yansıtmaktadır. Çünkü *üstün güç yaklaşımı doğrultusunda eskil, tüm yaşamın kaynağına ilişkin evrensel bir açıklama oluşturma çabasıdır.*⁹³ Her yaşam wakandır saptaması içinde yer alan -her yaşam- belirlemesi, yerbilimin gerçekliklerinden biyolojik evrene kadar akla gelebilecek tüm diyalektik gelişmeleri, devinen ya da devinmiş olan her şeyi, tüm etki-tepki ilişkilerini açıklayabilme çabasını dile getirmektedir. Bunun gibi, *mana* sözcüğüyle de, doğanın normal akışının dışında kalan ve insan gücünü tümünden aşan nedenler anlatılmak istenmektedir.⁹⁴

Ancak, yukarıda değinilmiş olduğu gibi totem sayılan; kertenkele, kurbağa, karınca, erik ağacı, kızılkaya gibi hayvanlar, bitkiler ya da nesnelere, bilinçlerde bir "kutsallık" kavramının doğabilmesine hiç de elverişli bulunmamaktadırlar. Şu halde totemizm kutsal kavramına hangi yoldan ulaşmaktadır? Daha açık bir deyişle totem, üstün güç kavramını yansıtan bir simge oluşturduğuna göre, maddesel göstereni (simgesi) aracılığıyla acaba neyi göstermektedir ve *"gösteren" in "gösterilen" i nedir?*⁹⁵

⁹³ FLETCHER..., Smithsonian Rep, for 1897, s. 579 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 290 (dn 2).

⁹⁴ HOWITT, American Anthropologist, 1902, s. 36 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 291 (dn 1).

⁹⁵ Durkheim, totemin bir başka şeyi simgelediği düşüncesinin, Alman araştırmacı PİKLER'in SZOMLO ile birlikte yazdığı [Der Ursprung des Totemismus. Ein Beitrag zur materialistischen Geschichtstheorie, Berlin, s. 8] de zaten ileri sürülmüş bulunduğunu belirtmektedir. Aynı yaklaşıma Andrew LANG'ın The Secret of Totem adlı yapıtında da rastlanmaktadır. Ancak PİKLER, totemin yazılı (resmedilmiş) simgesinin, adından daha önemli olduğunu düşünmektedir. Bkz. DURKHEİM, Les formes. ..., s. 294 (dn 2) ve s. 263 (dn 2).

Durkheim'a göre, totem adı verilen simge, aslında bir tek şeyi değil, aynı anda iki farklı şeyi birden göstermektedir. 1) Totem, bir yandan totemizmin ana ilkesinin (*üstün güç anlayışının*) *duyumlarla algılanabilir bir biçim verilmiş görüngüsünü*, 2) diğer yandan da klan adı verilen belirli bir topluluğu simgelemektedir. Başka bir deyişle *totem toplumun bayrağıdır*, bu im aracılığıyla klan diğerlerinden ayrılmakta ve kişiliğini ortaya koymaktadır. Böylece klana ait olan her şey; insanlar hayvanlar, nesnelere bu totemin damgasını taşımaktadırlar. Durkheim burada şu önemli soruyu ortaya atarak yanıtını da kendisi vermektedir.

*Totem, hem Tanrının hem de toplumun simgesini oluşturduğuna göre, Tanrı ve toplum bir ve aynı şeyler değil midir?*⁹⁶ Eğer Tanrı ve toplum, biri diğerinden farklı iki şey olmuş olsalardı, toplumun simgesi aynı zamanda tanrısallığın da simgesi konumunda nasıl bulunabilirdi? *Kısaca klanın tanrısı ya da totemist ilke (üstün güç), aslında klanın kendisinden başka bir şey değildir* ancak bu ilke maddeselleştirilerek, duyumlarla algılanabilir bir hayvan, bitki, ya da nesne biçiminde gösterilmektedir (Maddeselleştirmenin psikolojik nedenlerine ya da sosyo-psikolojik alanda maddeselleştirme zorunluluğuna aşağıda değinilecektir).

c. Gösterilenin Gerçek Kimliği ve Bu Kimliğin Evrensel Özellikleri

Durkheim'a göre **toplum**; üyeleri tarafından tanrı olarak algılanabilmenin tüm koşullarına sahip bulunmaktadır. İnananların gözünde Tanrı neyse, üyelerinin gözünde de toplum odur. Bunun nedeni de şöylece özetlenebilir: İnsanlar, Tanrının kendilerinden çok üstün olduğunu ve insan varlığının da Tanrıya bağımlı bulunduğunu varsayılmaktadırlar; bu doğrultuda Tanrı, ister bilinçli bir kişilik şeklinde öngörülmüş olsun (Zeus ya da Yahve gibi), ister totemizmdeki gibi "soyut güç" biçiminde tasarılanmış bulunsun, her iki durumda da *insan, bu üstün varlığın emirlerine uygun davranma konumundadır. İşte toplum da üyeleri üzerinde bu izlenimleri yaratmakta ve birey toplumuna sürekli bir bağımlılık duygusu içinde yaşamaktadır.*⁹⁷ Niteliği gereği toplumun bireyinkinden farklı bir doğası olduğu gibi, bireyinkinden farklı amaçları da bulunmaktadır; ne var ki toplum kendi amaçlarına ancak birey aracılığıyla ulaşabileceği için, "şiddetle" bireyin katkılarına gereksinim duymaktadır. Bu doğrultuda toplum, bireyin kişisel çıkarlarını unutarak kendi emrine girmesini, (toplumsal yaşamın sürebilmesi için) yoksunluklara katlanmasını ve sürekli özveride bulunmasını istemektedir.⁹⁸

⁹⁶ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 295.

⁹⁷ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 295.

⁹⁸ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 295.

Üstelik toplum bu amacına, fizik bir güç kullanmaksızın ulaşabilmektedir. Topluma tanımış olduğumuz tinsel yetke (autorité morale), toplumun fizik üstünlüğünden değil, ona duyduğumuz saygıdan kaynaklanmaktadır.

Böylece her an, kendi koymuş olmadığımız⁹⁹ çoğunu da beğenmediğimiz ve hatta en temel güdülerimize ve eğilimlerimize aykırı bulunan bir takım düşünce ve davranış kurallarına boyun eğmek zorunda kalıyor, kendi yaratmadığımız bir dili konuşup, üretmediğimiz araçları kullanıyoruz.¹⁰⁰ Toplumun koymuş olduğu kurallara karşı çıkmaya yeltendiğimizde, bizi beklediğini bildiğimiz ve ortaklaşa inancı dile getirmekte olan maddesel ya da tinsel yaptırımların şiddeti; toplum adını taşıyan bu "gücü", daha da "karşı konulmaz" kılıyor.¹⁰¹

C. Toplumsal Grubun Simge Gereksinimi (Toplumsal Bilinç II)

1. Simgenin Maddeselliğinin Nedeni

Yukarıda totemin, klanın simgesini oluşturduğu belirlenmiş bulunmaktadır, ancak totemle ilgili olarak yanıtlanması gereken iki önemli soru daha, karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi şudur: *Acaba klan, hangi nedenlerle bir simge benimseme zorunluluğunu duyumsamaktadır?* İkinci olarak da, simgenin seçimi konusunda neden özellikle hayvanlar ve bitkiler dünyasına başvurulmaktadır. Birinci soruya en kısa yoldan şöylece yanıt verilebilir:

Simge, her tür insan grubu için en elverişli bağlama aracıdır. Toplumsal birlik, simge aracılığıyla somutlaştırılmakta ve simge bu birliğe, dokunulabilir ve görülebilir bir maddesellik kazandırmaktadır. İnsanların bu gerçeği kavramalarının ardından toplumsal simgecilik hızla yaygınlaşmıştır. Öte yandan simge, toplumun varlığı ve "kendiliği" duygusunun somutlaştırılmasının aracını oluşturmakla kalmamakta, daha da önemlisi, bu tür bir duygunun doğmasını da sağlamaktadır.¹⁰² Bu sürecin gelişimi konusundaysa şunlar söylenebilir:

Bilindiği gibi, kendiliği içindeki bireysel bilinçler birbirlerine kapalıdır. Bireysel bilinçler arasında iletişim kurulması ve içsel durumun dışarıya yansıtılması, imler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir: Dil, en somut birimler

⁹⁹ Sosyal olgunun zorlayıcılığını ve dışsallığını konu edinen bu açıklama, Durkheim'ın bir başka yapıtında daha ayrıntılı bir biçimde yapılmaktadır. Bkz. DURKHEİM, Emile. Les règles de la méthode sociologique, P.U.F., Paris 1947, s. 4 vd.

¹⁰⁰ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 296.

¹⁰¹ Daha geniş bilgi için bkz. DURKHEİM, Emile. De la division du travail social, 3^e édition, Paris 1911, s. 76 vd.

¹⁰² DURKHEİM, Les formes. ..., s. 329.

bütününü oluşturmaktadır. Bilinçler arası bu alışverişin bir *inanç birliğine* dönüşmesi ya da özel duyguların kaynaşmasının sağlanarak *ortaklaşa duygu* durumuna getirilebilmesi için, duyguları dile getiren imlerin de paylaşılması, kaynaşıp birleşmesi, kısaca bir *bileşkeye* dönüşmesi gerekmektedir. Bu imler (yani sözcüklerle dışa vurulan anlamlar) kaynaşıp birleşince ya da bir *bileşke* oluşturunca, bireyler de artık anlaştıklarının ve aralarında tinsel bir birliğin sağlanmış bulunduğu bilincine varırlar. Aynı konuya ilişkin tek bir davranış tek bir haykırış bu "*anlaşmışlığı*" ortaya koyabilir. Bu bireysel tasarımlar organizmada da kimi sonuçlar doğurabilir. Ancak bu tasarımlar, kendileriyle birlikte ortaya çıkan ya da kendilerini izleyen fiziksel yansımalarından bağımsız olarak ele alınıp incelenebilirler. Daha açık bir deyişle, bireysel tasarımın oluşabilmesi ve dışa vurulabilmesi için, ikinci ve ek bir araca gereksinim duyulmamaktadır.

Oysa, toplumsal tasarımlar söz konusu olduğunda durum çok daha farklı bir görünüm almakta ve bireysel tasarımın oluşum biçiminden farklı olarak, ikinci bir araca daha başvurulması gerekmektedir.¹⁰³ Gerçi toplumsal tasarımların oluşabilmesi için de bilinçlerin etki-tepki ilişkileri içine girmesi gerekmektedir, *ne var ki bu etki-tepkiler ancak maddesel araçlarla gösterilebilmekte ve aracın bulunmadığı durumlarda tasarımlar, etkinliklerini yitirerek içeriksiz gibi kalmaktadırlar*. Ayrıca, bu maddesel araçlar, ilişkin buldukları bilinç durumunu dile getirmekle yetinmemekte, üstelik (belirtilmiş olduğu gibi) bu bilinç durumunun oluşmasını da sağlamaktadırlar. Genellikle suça eğilimlilerin başvurdukları "dövme"ler de aynı işlevi yerine getirmektedir.¹⁰⁴

Özetle, özel bilinçler, bireylerden dışarı çıkmadıkça başkalarınınkiyle karşılaşp ilişkiye girememekte, ancak bunların dışa vurulmaları bir devinim gerektirmektedir. *Bu devinimlerin türdeşliği, gruba "kendiliği" ve "var olduğu" bilincini vermektedir*. Devinimlerde türdeşlik bir kez sağlandıktan ve tek-düze bir biçim oluşturulduktan sonra, *bu devinim kalıpları artık ilişkin buldukları tasarımları simgelemekte kullanılmaktadır*. Kısaca, devinimlerin tasarımları simgeleyebilmeleri; *tasarımların zaten bu devinimler tarafından oluşturulmuş bulunmalarının sonucudur*. Simgenin bulunmadığı durumlarda, toplumsal duyguların da güçlerini yitireceklerini ortaya koyan yukarıdaki açıklamalar aşağıdaki örnekle somutlaştırılabilir.

¹⁰³ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 330.

¹⁰⁴ Filistin'e giden Hristiyan hacılar uzun yıllar boyunca, yola çıkmadan önce gövdelerine peygamberlerinin adını yazdırmış ya da haç çizdirmişlerdir. Bkz. THEBENOT, V. Voyage au Levant, Paris 1689, s. 638; bunun gibi, alt kültür üyesi olanlar da çoğu kez, özellikle hapisane gibi ortaklaşa bir yaşamın sürdürüldüğü yerlerdeki birlikteliklerinin anısını canlı tutmak için, güdüsel olarak gövdelerine dövmeler yaptırmaktadırlar. Aynı yaklaşıma aynı kışlanın erleri, aynı okulun öğrencileri ya da aynı geminin denizcilerinde de rastlanmaktadır. Bkz. LOMBROSO, Cesare. L'homme criminel, I, s. 268, 285, 291-292 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 332 (dn 2-4-5).

Bayraklı, pankartlı, sloganlı (etki-tepkileri somutlaştıran maddesel araçlar) ve çok coşkulu geçmiş olan herhangi bir gösteriye katılmış ve hiç de öngörmemiş olduğu bazı taşkınlıklarda bulunmuş kişi, topluluğun dağılmasının ardından, bir boşluğa düşmüş gibi olur. Gerçekleştirilmiş eylemler hızla birer anıya dönüşmekte ve bireysel eğilimler, az önceki toplumsal duyguların üstüne çıkmaya başlamaktadır. Birey, nasıl olup da böylesine taşkınlıklara başvurabildiğini kendisine sorduğunda; aslında kendisinin bir şey yapmamış ama *bir şeyler tarafından "güdümlenmiş" olduğunu kavramaya başlar.*¹⁰⁵

Özetle, toplumsal duyguları dile getiren devinimler sürekliliği olan bir nesneye (maddesel varlığı olan bir şeye) bağlanınca, duygular da süreklilik kazanmaktadır. Bu şeyler, sanki ilk neden hala varlığını sürdürüyormuşçasına *birlikteliği anımsatıp, duygusallığı ayakta tutmaktadırlar.* Bu uzantıda simgecilik, bilincin sürekliliğini sağlamanın en yalın ve kesin aracını oluşturmaktadır. Kısaca, *maddesel simgelerin* (gözle görülebilir elle dokunulabilir türden) *-maddesel biçim kazandırılmış toplumsal tasarımlar-* oldukları belirtilebilir.

Burada son olarak, bir başka önemli oluşuma daha değinilmelidir. Açıklanmış olduğu gibi simge, *duyguların bileşkesi* konumunda bulunmakla birlikte bireyin dışındadır (salt birey tarafından oluşturulmadığı için). Bu dışsallık nedeniyle simge, ayrıca bir de nesnellik¹⁰⁶ kazanmakta ve bu doğrultuda etkinliğini güçlendirmektedir. Bu nedenle; başladığından günümüze kadar toplumsal yaşamın hep simgeler aracılığıyla pekiştirildiğinin vurgulanması gerekmektedir.

2. Totemcilikte Simgenin Seçildiği Alanın Konumu

Totemin niteliğine ilişkin olarak, yanıtını bekleyen bir soru daha bulunmaktadır. Öngörülebileceği gibi bu soru, totemin neden hayvanlar (bitkiler ya da nesnelere) arasından seçildiğini konu edinmektedir; gerçi simgenin "maddesel" olması zorunluluğunun belirlenmesiyle, totemin *somutlar alanından seçilmesinin* nedeni ortaya çıkmış bulunmaktadır. Ancak yine de akla gelen bu soru tümüyle yanıtlanmış olmamaktadır. Kısaca, totemcilikte simge; neden hayvanlar, bitkiler ya da nesnelere arasından seçilmektedir de, *somutlar dünyasında* yer almalarına karşın simge oluşturmaya çok daha elverişli görünen, sözgelimi gök cisimleri (güneş, ay, yıldızlar, bulutlar...) yeğlenmemektedir? Burada şimdilik totem iminin;

¹⁰⁵ DURKHEİM, Les règles de la methode sociologique, s. 6. Aynı konuda: DURKHEİM, Les formes. ..., s. 330.

¹⁰⁶ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 381.

üzerinde uzlaşma sağlanmış *bir anlamı gösterdiği* yoksa belirli bir nesnenin ya da şeyin önemini vurgulanmasını amaçlamadığı anımsanmalıdır. Bu im aracılığıyla, *belirli sayıda bireyin aynı tinsel yaşamı paylaştıkları gösterilmek istenmektedir.*¹⁰⁷

Öte yandan, simge seçimini etkileyen diğer bir ögenin de, klan denilen topluluğun örgütlenme biçimiyle ilintili bulunduğu söylenebilir. Durkheim'a göre "istikrarsızlığı" göz önünde bulundurulduğunda, tüm topluluklar arasında simgesinden vazgeçebilecek en sonuncu grubun klan olduğu belirtilebilir. Başka bir deyişle, *sıkça değişen şeflerin klanı simgeleyemeyecekleri açıktır.*¹⁰⁸ Öte yandan, klan örgütü genel olarak göçebe toplumlara özgü bir biçimlenmeyi dile getirdiği için *klanın "vatan"ı da bulunmamaktadır.* Üstelik klanda geçerli dışevlilik kuralı gereği eşler farklı totemlerin üyesi konumundadırlar ve totemin ana soyuna göre belirlendiği yerlerde, çocuklar babalarınınkinden farklı bir totemin üyesi durumundadırlar. *Kısaca, aynı yerleşim biriminde, dahası aynı aile içinde, farklı klan üyeleri bir arada yaşamaktadırlar.* Böylece, grubun birliğini, yalnızca ve yalnızca ortak adın ve ortak simgenin sağlayabileceği de anlaşılmış olmaktadır. Daha açık bir deyişle *adı ve simgesi kaldırıldığı zaman klan "belirlenemez" bir görünüme girmektedir.*

Öte yandan, yıldızlar, bulutsular, güneş, ay... gibi simge oluşturmaya çok elverişli görünen cisimler, dünyada yaşamakta olan insanlardan çok uzaklarda bulunmakta ve sanki başka bir dünyanın parçasıymış gibi algılanmaktadırlar.¹⁰⁹ Ayrıca gök cisimleri (bilgi eksikliği doğrultusunda) henüz kendi içlerinde sınıflandırılmamıştır. Bu nedenle gökte bulunan nesnelere, "bilme"yi sınıflandırmakla eşanlamlı gören eskilin amacına uygun düşmemektedirler. Ayrıca simgenin çizilebilir (resmedilebilir) olması da belirleyici bir önem taşımaktadır; çünkü yerlilerin, yazılı simgeyi sözlü simgeden daha üstün tuttukları araştırmacılar tarafından da gözlemlenmiştir. Totemin, hayvanlar (bitkiler-nesnelere) arasından seçilmesinin önemli bir başka nedeni daha bulunmaktadır. Totemlerine tam bir bağlılık duygusu içindeki klan üyeleri (insanlar),¹¹⁰ totem simgesinin aslıyla birlikte yaşayıp

¹⁰⁷ Totem iminin niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SPENCER-GILLEN, The Native Tribes of Central Australia, Londra, 1899. s. 181 vd. in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 178.

¹⁰⁸ Şeflerin otoritesi, konumu ve klanların vatanlarının niteliği konusunda bkz. SPENCER-GILLEN, The Native..., s. 10 vd in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 333 (dn 2).

¹⁰⁹ Gök cisimleri (ay, güneş, yıldızlar), özellikle Avustralya yerlileri tarafından, ruhlar ve mitolojik kişilikler ülkesi olarak görülmekte dolayısıyla da canlılar dünyasından çok farklı bir alan olarak tasarlanmaktadır.

¹¹⁰ Genellikle totemizmin iki belirleyici özelliğinin bulunduğu öngörülür: Bunlardan birincisi, totem sayılan hayvan ya da bitkinin öldürülmesi (yok edilmesi) ve yenilmesi yasasıdır.

onunla yakın ilişkiler kurmak istemektedirler. Bu nedenle hayvan, bitki, nesne türünden varlıkların, genellikle avcılık-balıkçılıkla yaşamlarını sürdüren göçebe toplulukların simge gereksinimlerinin karşılanmasına en uygun konumdaki şeyler oldukları söylenebilir.

3. Totemciliğin Gösterdikleri Doğrultusunda Eski-Çağdaş Düşünce İlişkileri

Eski düşünceyle çağdaş düşünce arasındaki en belirleyici farklılığın, edinilebilen bilginin içeriği ve niteliğiyle bağlantılı bulunduğu söylenebilir. Eski; insanlar, hayvanlar ve bitkiler arasında öze ilişkin bir ayrılık görmemekte, kayaların bile cinsiyetlerinin ve duygularının var olduğunu düşünmektedir. Tüm mitolojilerin temelinde, böyle bir ayrımın yapılamaması olgusu yer almakta ve belirlenen her cins, aynı anda pek çok karşıtlığı da içerebilmektedir. Bu doğrultuda *bir yandan nesnelere, insana özgü niteliklerle donatılırken diğer yandan da insan nesneleştirilmektedir.*¹¹¹ Eski, bilgisizliği nedeniyle ve belki de bu eksikliğini tamamlamak amacıyla, *dünyayı gördüğü gibi değil, yorumladığı gibi algılamaktadır.* Daha da önemlisi, önel yorumlar, deneyimler tarafından yalanlansa bile (umarsızlığın da etkisiyle) yaklaşım biçimi değiştirilememektedir. Böylece, bilmeye ve özellikle de açıklayabilmeye duyulan susuzluk, bilimsel bilginin üretilemeyeceği günlerin koşullarında gerçeküstü yorumlarla giderilmek istenmekte, sözgelimi klan üyeleriyle, totemin aslını oluşturan hayvanın aynı maddeden oluştukları varsayılabilmektedir.

Durkheim'a göre, *bu düşünsel karmaşanın milâdı olarak dinsel düşüncenin ortaya çıkması gösterilebilir.*¹¹² Totemizm başta olmak üzere dinsel düşünce uzun erimde; insanın duyu organlarıyla algıladığı dünyanın yerine, imgeleminde oluşturduğu bir dünyayı koymasına neden olmuştur. *Böyle bir dönüşümün gerçekleşmesinde belirleyici rolü, özellikle totemizmin oynamış olduğu açıktır;* çünkü totemcilikte klan üyeleriyle (insanlar), totem simgesinin aslını oluşturan varlıklar (hayvan, bitki, nesne) arasında bir öz birliğin bulunduğu inandırıldığı için, farklı evrenler (hayvanlar-insanlar-nesnelere) arasındaki köprüler atılmış bulunmaktadır. Böylece, insan bir hayvan ya da bitki olarak gösterilebildiği gibi, bitki ya da hayvan da insanı

İkinci genel yasa da, aynı totemin adını taşıyanların birbirleriyle evlenmemelerini öngörmektedir. Oysa orta Avustralya'da, bu iki yasağın da geçerlilik kazanamamış olduğu topluluklar (özellikle Arunta'lar) bulunmaktadır. Durkheim'ın totemizm üzerine 1900 yılında yazdığı makale bu konuyu da ele almaktadır. Bkz. DURKHEİM, Emile. Sur le Totemisme, L'Année Sociologique, 1900-1901, s. 83 vd.

¹¹¹ Eski toplumsal tasarımlarının çağdaş insaninkinden farklılıkları ve bu tasarımların "gizemli" konularına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. LEVY-BRUHL, Lucien. Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures, Librairie Félix Alcan, Paris 1910, s. 27 vd.

¹¹² DURKHEİM, Les formes. ..., s. 338.

"temsil" edebilmektedir; çünkü tümünün de doğaları aynıdır.¹¹³ Öte yandan *dinsel düşünceyi belirleyen asıl özellik ise bu düşünce biçiminin, belirli sosyal nedenlerin ürünü konumunda bulunmasıdır*. Dinsel düşüncenin toplumsal kökenli olması, doğrudan öngörülemez bazı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır; örneğin totemizmde klan, isimsiz ve simgesiz var olamayacağı ve *simge de her an göz önünde bulunduğu için, toplumun kendi üyeleri üzerinde yarattığı duygular* bu simgeyle ve simgenin aslını oluşturan şeylerle (hayvan-bitki vd.) ilişkilendirilmekte, kısaca *toplumsal kökenli duyguların sanki bu simge (ve türleri) tarafından yaratılmış olduğu yanılmasına düşülmektedir*.

Bir başka deyişle, toplum üyelerinin, varlığını her an duyumsadıkları kolektif gücü simge aracılığıyla maddeselleştirmeleri (nedenleri açıklanmıştı); *bu gücün* toplumun bayrağı konumundaki *bu simgeyle özdeşleştirilmesi* sonucunu yaratmakta, ne var ki bu simge (açıklanmış bulunan nedenlerle) hayvan, bitki, nesne dünyasından seçilmiş bulunduğu için, simgenin aslını oluşturan varlıklar da giderek saygınlık kazanmaktadırlar.

Kaynağını toplumun oluşturduğu üstün güç anlayışı tümüyle insana özgüdür ve zaten insan tarafından oluşturulmuştur. Bu şekilde *insan, bir yandan (simgedeki) maddesel varlığın doğasına katkıda bulunurken*¹¹⁴, *maddesel varlık da (simgedeki), insanın bir kolektif gücü somutlaştırabilmesine olanak sağlamaktadır*.

Şu halde, ilk bakışta tümüyle bağımsız gibi görünen bazı kavramların birbirleriyle karıştırılıp kaynaştırılmasının kökeninde *"toplumsal zorunlulukların"* bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. *Toplumsal yaşam, zihinlerde yarattığı çalkantılar doğrultusunda ussal bir karmaşaya yol açabilmekte* ve bu süreç bireysel bilinçlere de yansımaktadır. Ancak toplumsal yaşamın bireysel zihinlerde yansısını bulması olgusu, salt bir olumsuzluk olarak değerlendirilemez. Çünkü toplumdaki bireye yansıyan hezeyanlar kadar, bireyin sahip olduğu nitelikler de, toplumun nitelikleriyle bağlantılı bulunmaktadır. *Us, sağduyu, mantık*¹¹⁵ *vb. konularda bireyin olanakları ve yetenekleri tümüyle toplumununkine bağımlıdır çünkü sayılan bu niteliklerin konumlarını ve biçimlerini, bireye, içinde yaşadığı toplum sunmaktadır*. Önceki bölümlerde dil konusundaki düşüncelerine yer verilmiş bulunan Müller'in; *bir toplumun dilinin o toplumdaki birey düşüncesinin niteliğini belirleyeceğine ve kullanılan dilin, üretilen düşünceyi de*

¹¹³ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 338.

¹¹⁴ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 339.

¹¹⁵ Durkheim'in baş vurmuş olduğu -entendement- sözcüğüne karşılık olarak, dilimizde bu üç sözcük (us, sağduyu, mantık) ayrı ayrı olduğu gibi, birlikte de kullanılır görünmektedir.

yönlendireceğine ilişkin görüşleriyle,¹¹⁶ Durkheim'in; toplumsal-bireysel yetenek koşutluğuna ilişkin bu yaklaşımının birbirlerini tamamladıkları sonucuna varılabilir.

Özetlenecek olursa dinsel düşünce, insanın duyu organlarıyla algıladığı gerçekliğin, *gerçek*¹¹⁷ ile bir ve aynı şey olamayacağını savunarak, bu doğrultuda bir alışkanlık yaratmıştır. Bu düşünme biçiminin, biri olumsuz diğeri de olumlu iki yönünün bulunduğu söylenebilir.¹¹⁸

- Duyu organlarımız aracılığıyla gerçeğe ulaşamayacağımıza ilişkin inanç; açık seçik doğru oldukları gözlemlenebilen gerçeklerin ve gerçekliklerin de yadsınmaları sonucunu doğurmakta ve giderek "bilinemezlik"e yol açmaktadır.

- Ancak, Durkheim'in da belirttiği gibi bu yaklaşımın bir de olumlu yönü bulunmaktadır. Dinsel düşüncenin doğumundan çok daha sonraki bir aşamada ortaya çıkacak olan felsefi ve bilimsel düşünce, dinsel düşünceye özgü bulunan *algılanabilmiş olanla yetinmeme* ilkesinden yola çıkıp, *bilinebilenin de ötesine geçmeye* yönelmiştir. Ayrıca, duyu organlarının sunduğu bilginin sınırları ancak; us aracılığıyla oluşturulan kavramların katkısıyla genişleyebilmektedir. Böylece, kavramlaştırmaya ve yeni kavramların üretilmesine ilişkin etkinlikler, *şeyler arasındaki iç ilişkilerin anlaşılabilmesini* öngördüğü için, duyumsal verilerin aşılması zaten zorunlu bulunmaktadır.

Burada önemli olan şudur: Duyumların yarattığı izlenimlerin yerine bir başka *gerçekliğin* konulabilmesi; ancak ve ancak yepyeni bir tasarım türünün ortaya çıkmasına bağlı bulunmaktadır; başka bir deyişle, önlenemez zorlayıcılığıyla bireysel bilinçleri kendi varlığında eriten bir başka bilinç türünün (kolektif bilinç) varlık kazanması gerekmektedir. Çünkü *var olan gerçekliğin yüzünün tümüyle değiştirilerek ideal bir dünyanın tasarlanabilmesi, entelektüel güçlerin aşırı bir coşkusu zorunlu kılmakta ve bu coşkuyu da* (açıklanmış olduğu gibi) *ancak toplum yaratabilmektedir*.¹¹⁹

¹¹⁶ MÜLLER, Max. Physical Religion, London 1898, s. 128; ayrıca, The Science of Thought, s. 30 in DURKHEİM, Les formes. ..., s. 106.

¹¹⁷ *Gerçek* sözcüğü burada: Düşünülen tasarımılanan imgelenen şeylere karşıt olarak var olan - bilinçten bağımsız biçimde var olan anlamındadır. *Gerçeklik* ise, gerçek olan, var olan şeylerin tümü anlamına da gelmekle birlikte, *yaşantı ve deneylerde somut olarak karşılaşılan şeyler* anlamını da taşımaktadır. Yukarıda ikinci anlama yollama yapılmıştır. Bkz. AKARSU Bedia, Felsefe Terimleri Sözlüğü, İnkılap Kitabevi, (Altıncı Baskı), tarihsiz.

¹¹⁸ Durkheim'in, bilgi teorisinin (epistemoloji) kurucularından biri olduğu belirtilmelidir.

¹¹⁹ DURKHEİM, Les formes. ..., s. 340.

Strauss'un saptamalarına koşut biçimde, Durkheim da eskilin mantığını önemsemekte ve çağdaş mantığın, eskilin mantığının uzantısında yer aldığını belirtmektedir. Kuşkusuz bugünkü açıklamalarımız çok daha sağlam temellere dayanmakta ve bu doğrultuda çok daha nesnel bir konumda bulunmaktadır; ancak bunun nedeni, başvuru mantığının (ve yöntemin) farklılığından değil, edinilebilmiş olan bilginin "doğru"¹²⁰ niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sözelimi, çocuk doğumunun nedeni, ata ruhunun kadının karnına girmesi olarak biliniyorsa¹²¹ bebeğin bağlı olacağı totemin de ata ruhunun totemi olacağı sonucuna ulaşılması, doğru ve tutarlı bir yaklaşım olacaktır.

Durkheim'ın da belirttiği gibi en genel tanımıyla açıklamak; bir şeyin, bir başka şeyin oluşumuna ve bu oluşumun niteliğine ne ölçüde katkıda bulunduğunu araştırmaktır ve eskilin bunu yapmadığı da ileri sürülemez. **Öte yandan, mitolojilere ve eskilin açıklamalarına günümüzde yöneltilen eleştiriler, bunların içeriğinin, formel mantığın özdeşlik ilkesine aykırılığı noktasında yoğunlaşmaktadır.** Örneğin eskilin yaklaşımında görüldüğü gibi, insanın bir kanguru ya da güneşin bir kuş olduğunun söylenmesi, bir şeyin bir başka şeyle özdeşleştirilmesidir. Ancak, biz çağdaş insanlar da ısının bir devinim, ışığın bir titreşim ya da sesin bir dalga olduğunu söylerken aynı yaklaşımı benimsemiş olmuyor muyuz? *Ayrışık terimleri içsel bir bağla birleştirdiğimiz her durumda, kaçınılmaz olarak karşıtları özdeşleştirmiyor muyuz?*¹²². Gerçi bugün birleştirdiğimiz terimler eskilin kullandıklarının aynı değil ve bizinkiler çok daha başka ölçütlere göre *denetlenmiş, dahası kanıtlanmış nedenlere* dayanmakta ama burada önemli olan konu, belirli bir birikimin sonucunda edinilmiş bilginin, bu birikim nedeniyle doğruya daha çok yaklaşması gerçeği değil; (günümüz insanından çok daha eski bir tarihte dünyaya gelmiş olması eskilin bir kusuru

¹²⁰ Doğru: Gerçeğe uygun anlamına geldiği gibi, çoğu kez düşünce yasalarına uygun olan anlamında kullanılır. Gerçek, gerçeklik, doğru kavramları konusunda bkz. AKARSU, Felsefe Terimleri Sözlüğü.

Doğru kavramı genellikle düşünce yasalarına uygunluğu belirtmek için kullanıldığından aşağıdaki önerme -doğru-dur. "Eğer tüm insanlar ölümsüz ise, Socrates de insan ise Socrates ölümsüzdür"; ancak görüldüğü gibi buradaki doğruluk, olgusal alandaki gerçekliği değil, düşüncenin yasalarına uygunluk anlamındaki bir doğruluğu dile getirmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve rasyonalist doğal hukukçuların bu bağlamdaki yanlışları konusunda bkz. CAN, Cahit. Sosyoloji ve Tarih Açısından Resepsiyon § 2, I, C: İdeal Bilim-Tümdengelim İlişkisi ve Olgusaldan Soyutlanmış Akıl Yürütme ile Hukuk Yaratılmayacağı (basıma hazırlanıyor).

¹²¹ CAN, Cahit. Hukuk Sosyolojisinin..., s. 6.

¹²² DURKHEIM, Les formes. ..., s. 340-341.

sayılamayacağına göre),¹²³ üzerinde durulması gereken asıl konu, eskilin kullanmakta olduğu yöntemlerin günümüzde de geçerliliklerini koruyup korumadığı olmalıdır.

Öte yandan, eğer eskil bugün bizim ayrıştırdıklarımızı birbirlerine karıştırıyor ve bizim yaklaştırdıklarımızı ayrıştırıyorsa bu onun, **çelişkileri, (yine bilgi eksikliği doğrultusunda) çok keskin ve kapsamlı karşıtlıklar olarak ele almış olması nedeniyledir.** Sözelimi iki ayrı fratrinin üyesi olarak sınıflandırılmış iki varlık arasında yalnızca bir ayırım yapılmasıyla yetinilmemekte ve bunların, birbirlerinin karşıtını oluşturdukları da varsayılmaktadır.¹²⁴ Böylece, güneşle beyaz papağanı aynı yana koyan eskil, söz konusu bu beyaz papağanı, siyah olanının karşıtı biçiminde görebilmektedir. Kutsal olanla-olmayan karşıtlığında da durum aynıdır. *Bu karşıtlıklar birbirlerine öylesine bir güçle karşı çıkıp, karşıt olarak görüleni öylesine bir "şiddetle" itmektedirler ki bilinç, bunların her ikisinin birlikte düşünülmesi olanağını bile yadsımak durumunda kalmaktadır.*¹²⁵ Ancak, Durkheim'a göre eskilin mantığıyla çağdaş insanınki arasında bir uçurum da bulunmamaktadır. Temel öğeleri aynı olmakla birlikte *bunlar eşit olmayan bir gelişmişlik düzeyindedirler.* Şeyler arasında bir koşutluk kurulurken ya da bir karşıtlık oluşturulurken abartıya başvurulmakta ve şeyleri yaklaştırmak; bunları birbirlerine karıştırmak, ayrıştırmaksa; sadece karşıtlık yaratmak olarak anlaşılmaktadır.

Somut bir örnekle açıklanmak istense; siyah-beyaz karşıtlığının öncelenmesine karşılık, ara-renklerin dışlandığı söylenebilir. Kısaca eskilin, mantığın işleyiş yöntemini bilmediği değil, olsa olsa bunu acemice kullandığı sonucuna varılabilir.¹²⁶

¹²³ Durkheim burada, L. Levy-Bruhl'ün, eskili neredeyse hayvanla özdeşleştiren yaklaşımının anlamsızlığını ve yanlışlığını ortaya koymaya çalışmaktadır. Levy-Bruhl'ün bu görüşleri konusunda bkz. LEVY-BRUHL, Les fonctions mentales, s. 77 vd.

¹²⁴ HOWITT, Native Tribes. ..., s. 124.

¹²⁵ DURKHEIM, Les formes. ..., s. 342.

¹²⁶ DURKHEIM, Les formes. ..., s. 342.

MELODİ VE HUKUKUN ZAMAN FARKINDALIĞI: GERALD POSTEMA'NIN MAKALESİ ÜZERİNDEN DİSİPLİNLERARASILIĞA BAKIŞLA, MÜZİK VE HUKUK KONUSUNDA BİR ÖZET VE DEĞERLENDİRME*

Dilara Ağaoğlu Canay**

Disiplinlerarasılık Üzerine

İnsan/ insanlık, algıladığı şeylerin ne olduğunu bilme, onları anlamlandırma merakına sahip olma bakımından en eski çağlardan bugüne aynı potansiyele sahip olsa gerektir. Felsefenin ve bilimlerin ortaya çıkıp gelişme sürecine, felsefenin ve bilimin iç içe oluşundan birbirlerinden ayrılmalarının tarihine bakmak, bu merakın serüveninin anlaşılmasını sağlayabilir.

Ernst von Aster'in *Felsefe Tarihi*¹ kitabının ilk cümlesi, uygun bir çıkış noktası olabilir: "Felsefe, evreni bir bütün olarak kavramak için yapılan bir denemedir." Felsefe kelimesinin anlamı da bizi aynı noktaya ulaştırır: "Bilgi-bilgelik-hakikat sevgisi". Bu soru ilk defa sorulduğunda, modern anlamda bilimin malzemesi olan bilgi türü için henüz çok erken olduğu için insanlık, hakikatin bilgisine ulaşmak için kendi aklından, sınırlı malzemeyle iş görmek zorunda olan muhakemesinden başka bir şeye sahip değildir. Evrenin yapıtaşının, ana malzemesinin ne olduğuna ilişkin kanıtlanabilir bir veri yoktur henüz, ama bir "ilk sebep"ın kaçınılmazlığı karşısında bu yapıtaşının ne "olabileceği" tartışması ile yetinmek zorunluluğu vardır. Yani bugünün biliminin alanındaki konular, felsefenin konusu olmak zorundadır.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ ASTER, Ernst von, *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, İm Yayınevi, 3. baskı, İstanbul, 2005.

Evrenin aslının-hakikatının ne olduğu, yapısı ve biçiminin nasıl olduğu sorularını takiben, “Ben kimim” sorusu sırada beklemektedir. İnsanın aslı ve anlamı nedir sorularını cevaplayacak bilim dalları da henüz tarih sahnesine çıkmadıkları için bu boşluğu da felsefe doldurmaktadır.

Felsefe ya da bilim tarihinde görünen odur ki, felsefenin ilk “evrenin hakikati nedir” sorusunun yolu doğa bilimlerine, “insanın hakikati nedir” sorusunun yolu da sosyal bilimlere çıkmış ve felsefeyle bilimler birbirlerinden ayrılmaya başlamışlardır. İlerlemeci tarih anlayışı tartışmasının bu yazının kapsamı dışında olduğunu belirterek diyebiliriz ki, bilgi biriktikçe, bu soruların cevapları artık retorik değil; deney, gözlem, nedensellik, mantık, yöntem gibi terimlerin alanında, kısacası bilimsel bir alanda aranıp bulunur olmuştur.

Felsefe ve bilimlerin yollarının ayrılmasından sonra, zaman içinde bilimler de kendi alanlarında küçük krallıklarını oluşturmuşlar, aşırı uzmanlaşma ve geçirgen olmayan sınırlar yüzünden, felsefenin o ilk “evrenin hakikati nedir” sorusundaki “bütün”, gözden kaçırılmaya başlanmıştır. Diğer yandan bir alanın birden fazla disiplinin sınırları içinde olması, başka türden bir çekişmeye de neden olmuş, her disiplin kendi yaklaşımının “hakikati” aydınlatmaya tek ya da en uygun bakış açısının sağladığını savunur olmuştur. Bu anlamda farklı disiplinlerin bir konuyu ele alışları, o bütünün bir parçasını ele alıp bütünü paylaşmalarıyla değil o konunun bütününe bakış açılarının farklılığıyla ilgilidir.² Özellikle akademik düzeyde mesleki husumetlere vardığı görülen bu durumun artık amaca hizmet etmek yerine tam tersi bir işlev yüklediği fark edildiğinde ise sıra disiplinlerarası yaklaşımlara gelmiştir.

Disiplin sözcüğü etimolojik olarak eğitim-öğretim, bir öğretiyi benimsemek, bir mezhep sahibi olmak anlamlarını taşır.³ Miller’ın Kuhn’a atıfla yer verdiği tespitine göre, disiplinler, kendi değerlendirme yöntemlerinin farklılıklarıyla birbirlerinden ayrılırlar. Bir disiplinin bilgi birikimi, o disiplin içinde yol alan araştırmacı için “verili” durumdadır. Bu veri, her bir disipline ait dünya görüşünü belirler. Bu da “paradigma”ya yönelik eleştirilerin çıkış noktasıdır.⁴

² HEPKON, Zeliha, “İletişim Bilimleri ve Kültürel Çalışmalar: Bir Disiplinin Sınırları Sorularımızın Sınırlarını Kapsayabilecek mi?”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:5, Sayı:9, Bahar 2006/1, s.20.

³ Nişanyan Online Etimolojik Sözlük, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=disiplin>, Erişim tarihi: 11.08.2015

⁴ MILLER, Raymond C., “Varieties of Interdisciplinary Approaches In The Social Sciences: A 1981 Overview”, *Issues in Integrative Studies: An Occasional Publication of the Association for Integrative Studies*, No.1, 1982, s.4.

Farklı dallardan on bilim insanının bir araya gelerek oluşturdukları Gulbenkian Komisyonu, sosyal bilimlerin yeniden yapılanması ihtiyacıyla 1995 tarihinde bir rapor hazırlamıştır. Başkanlığını Immanuel Wallerstein'in yapmış olduğu Komisyon, 18. yüzyıldan 1945'e kadar sosyal bilimlerin tarihsel kuruluşunu ortaya koyduktan sonra, 1945'ten günümüze sosyal bilimlerdeki yapılagelen tartışmaları, sosyal bilimler arasındaki ayrımların geçerliliği üzerinden değerlendirmişlerdir. “Şimdi nasıl bir sosyal bilim kurmalıyız” sorusunun cevabını da, insan ve doğa ayırımından hareketle, devletin özneliği, evrensellik-tekillik ile nesnellik kavramları üzerinden aramışlardır. Komisyon'un çalışmamız açısından önemli olabilecek önerileri “belli temalar etrafında, belli süreli çalışmak üzere bilim insanlarını bir araya getiren kurumların yaygınlaştırılması; profesörlerin birden çok bölüme atanması zorunluluğu ile doktora öğrencileri için birden çok alanda çalışma zorunluluğu getirilmesi” şeklinde özetlenebilir.⁵

Disiplinlerarasılıkta, buraya kadar anlatılanlardan hareketle, bir konu üzerinde yapılan çalışmada birden fazla disiplinin bilgi dünyası ve metodolojisinin dahil bulunduğu anlamı çıkmış görünmektedir. Ancak sorun olabilecek nokta, bu disiplinlerin hangilerinin, nasıl ve ne şekilde bir araya gelip çalışacaklarıdır. Miller, disiplinlerarasılığın hâlihazırda kabul gören, terim olarak da kullanılan üç görünümünü yazısında ayrıntılı olarak açıklamıştır. Bunların ayrıntısı yazımızın amacının ve kapsamının dışında olmakla birlikte, değerlendirmesini yaptığımız makalenin yazarının, teknik anlamda bir disiplinlerarası çalışma yapmadığını söyleyebiliriz. Yazarın, müzikoloji, hukuk ya da felsefeye ait özel bir yöntem belirlemediği; ancak hukuk felsefesi alanından gelip, müzik alanına ait bir fenomenden hareketle değerlendirme yapmış olması, bizce tam da disiplinlerarası yaklaşımların getirmek istediği bütünsel dünya görüşüne uygun düşmektedir.

“Melodi ve Hukukun Zaman Farkındalığı”⁶

Bu makale, İsveç Lund'da gerçekleşmiş olan, 21. IVR Dünya Kongresi'nde sunulmuş olan “Hukukun Melodisi: Zaman ve Hukukun Normatifliği (Law's Melody: Time and the Normativity of Law)”nin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş bir versiyonudur. Yazımızda makale geniş bir özetle tanıtılarak, bu alanda yapılacak çalışmalara öncü bir kaynak yaratılmaya çalışılacaktır.

⁵ Sosyal Bilimleri Açın, Gulbenkian Komisyonu, Çev.: Şirin Tekeli, Metis Yay., 2. bs., İstanbul 1998, s.96.

⁶ POSTEMA, Gerald, “Melody and Law's Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 2, June 2004, ss.203–226.

Postema, hukukun normatifliğini anlayabilmek, hukuk için önem arz eden kasıtlı eylemin yapısını tanımlayabilmek ve hukukun zamanı nasıl algıladığını örnekleyebilmek için “melodi” fenomenini, insanın bir melodiyi nasıl alımladığını fark etmeyi önermektedir.

1. Giriş

Postema, normatiflik ya da zamansallığın teorik tartışmalarına girmeden önce, 1920’lerde Yargıç Oliver Wendell Holmes ile Christopher Columbus Langdell arasında geçen ironik atışmayı anarak yazısına başlamıştır:

Oliver Wendell Holmes, 1885’te, konu hukuk olunca, “tarihsel devamlılık, bir görev değil bir zorunluluktur” demişti. Saygıdeğer Yargıç’ın kelimelerindeki bu maksatlı alay, akıl karıştırıcı olmuştur. Şunu sormak istiyoruz: Acaba aklından geçen zorunluluk ve görev neydi?... İleri sürdüğü şey, hukuk ne kadar öğrenmeye bağlı ise, o kadar “yaşamın ölümlerle yönetilmesi” olduğu idi. Aynı zamanda “ideal hukuk sistemi”, geçmişe değil de bilime önem veriyordu... Holmes, konferansında, hukukun geleceğe doğru gitmekte olduğu yolu örneklemeye çalışan hukukçunun, bilimin araçlarını kullanması ve yıllıklarla mahkeme tutanaklarında kalmış geçmişin mahzenini görmezden gelmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yine de şunu kabul etmektedir ki; tarih, halen, hukukçular ve tüm vatandaşlar olarak bizleri etkisi altında tutmaktadır. Yaşamın ölümler tarafından idare edilmesi gereği kaçınılmazdır: “Geçmiş, bize sözcük dağarcığımızı ve hayal dünyamızın sınırlarını tespit eder.”⁷

Görünen o ki, Postema, Holmes’un hukukçunun tarih kavramına yaklaşırken temkinli olması gerektiğine yaptığı vurguyu önemsemiştir. Tarih, var olduğu şekliyle bugünün belirleyicisi olamaz- olmamalıdır ancak olayların gerçekleşmesinde ve ortak kültürün/kavramsal ortak dilin oluşmasında geçmişten bugüne uzanan bir akış olduğunu da görmezden gelmemek gerekir:

Hukuk, zamansız bir genel ilkeler ve normlar sistemi olarak sunulursa, bu ilkeler birbirine ne kadar iyi eklenmiş olursa olsun, anlaşılabilir. Hukuk, zaman içinde var olur ve süregider. Rasyonel ve irrasyonel güçlere tabi olarak, zaman içinde iş görür. Hukuk, kaçınılmaz bir “gereklik” olarak, bir ulusun tarihi vasıtasıyla bir yol çizer ve bu yolun idraki, zamanın herhangi bir noktasındaki hukuku anlamamız için esaslı unsurdur.⁸

⁷ POSTEMA, agm, s. 203.

⁸ POSTEMA, agm, s. 204.

Postema, Holmes'un hukukun zamandan etkilenmesi kadar zamanın da hukuktan etkilenmesi olgusuna yaptığı vurguya da değinmiştir:

Zamanın kaçınılmaz olarak içinde yer alan ve zamanın geçmekte oluşundan etkilenen, bir halkın yaşamsal akıntısına kapılmış olan, tek taraflı olarak hukuk değildir. Aynı zamanda hukuk da, halkın zamansal parçalardan oluşmuş yaşamını pratik olarak anlamlı bütünler haline getirmek suretiyle derinden etkiler. Bu durum, hukukun yüklendiği işlerden biri olmaktan ziyade, hukukun normatif kılavuzluğunun ayırt edici biçiminin esas merkezidir. Bu da, hukukun tarihsel devamlılığının "zorunluluğunun" daha derin bir anlamı olduğunu akla getirir.⁹

Postema, makalesinde ortaya koyduğu açıklamaların çok genel ve mütevazı olduğunu vurgulayarak, Holmes'un farkında olarak ya da olmayarak ortaya koymuş olduğu "zaman" tezinin/zaman hakkındaki düşünme biçiminin, hukukun işleyiş biçimi ve normatif kılavuzluğu bakımından esaslı unsur olduğunu, bu noktada zaman algımızın hukuk algımızı belirlediğini ileri sürmektedir:

Bu zaman farkındalığı hukuka ve hukuki akıl yürütmeye özgüdür demek istemiyorum. Esasen, onun profilini belirlediğimizde, gündelik hayatlarımızın birçok yerinde etkili olduğunun da farkına varacağız. Örneğin, estetik deneyimlerimizi, özellikle dans ve müzik deneyimlerimizi biçimlendirir. Bu gibi deneyimlerde de, en azından benim gördüğüm kadarıyla, zaman farkındalığının profili hemen ortaya çıkar. Buna bağlı olarak, melodiyi bir model ve metafor olarak kullanmayı öneriyorum. Zihnimizdeki bu modellerle, inanıyorum ki, zamanın, hukukun karakteristik normatifliğindeki rolünü anlayabileceğiz.¹⁰

2. Normatiflik Modelleri

Postema, normatifliğin hukukun belirleyici unsurlarından biri olduğunu kabul etmektedir. Bu kabulden sonra bir şeyi norm yapanın ne olduğu ve normların nereden temellendiği, daha da özelleştirerek hukukun sahip olduğu normatifliğin nereye dayandırıldığı sorularına cevap arayan yazar, buna dair iki modelden söz edip, yazısının temeli olan üçüncü modeli önermiştir:

Hukuk tarihi içinde, hukukun normatifliğine dair iki model egemen olmuştur: Nomos ve thesmos/ akıl ve irade. Yaklaşık olarak söylemek gerekirse, nomos, hukuku (ve hukukun içinde bulunduğu kaynakları) varsayılan rasyonel gerçeklik düzeni içinde modeller- hukuk, toplumun

⁹ POSTEMA, agm, s. 205.

¹⁰ POSTEMA, agm, s. 205.

normatif bir dzenidir ve faillere eylemleri için gerekçeler önerir. Thesmos, hukuku bir iradeler sistemi olarak modeller – hukuk, özneler için bir normatif dzenidir ve onların sahip olabilecekleri başka gerekçeleri önceleyerek, değerlendirmeleri ve eylemlerini yönlendirmeleri için yol gösterir. Burada bu modellere itiraz etmeksizin, melodi modeli (melos) adında bir inc model önermek istiyorum. nk melodi modeli, hukukun normatifliğinin diğer modellerin gölgede bıraktığı zamansal boyutlarını aydınlatır. Burada yalnızca bu modelin ve hukuk anlayışımızın bazı içeriklerinin taslağını oluşturmaya zamanımız bulunmaktadır. Bu i modelini birlikte değerlendirme ve birbiriyle bağdaştırma işi ise bir başka sefere bırakılmak zorunda kalmıştır.¹¹

3. Melodi ve Zaman Farkındalığı

Bu başlık altında Postema, zamanın müzikle ilişkisini anlatmış, bunun da hukukun zamanla ilişkisine ne kadar benzediğine dikkat çekmiştir:

...Müzik zaman alır, fakat bu, bir hastalıktan iyileşmenin ya da uyumanın zaman alması gibi değildir. Müzik zaman içinde gerçekleşir/var olur, fakat bu da bir tablonun ya da heykelin zaman içinde yer gerçekleşmesi/var olması gibi değildir. Müzik, daha özel olarak melodi, zamanın bir dzenlenişidir. Michelangelo'nun Pieta'sı zaman içinde gerçekleşirken/var olurken ve ona değer biçmek zaman alırken, mekân heykele içkindir; heykel, mekân anlamlı bir dzenlenişidir. Bir Bach Erbarne dich performansı, zaman ve mekân içinde konuşlanmış olmak zorundadır (her insan eyleminin de öyle olmak zorunda olduğu gibi), fakat ona içkin olan zamandır; müzik, zamanın anlamlı bir dzenlenişidir... Bir Bach Erbarne dich performansı, her biri belli bir sre olan, bir zamansal ses perdeleri serisidir. Ses perdelerinin her biri, kendi süreleri içinde duyulurlar, sadece seri içinde ya da bir seri olarak değil. Ancak bir melodik seri olarak, zamansal biçimde sergilenen, müzikal olarak anlamlı bir bütün şeklinde duyulurlar. Melodik rnt, bir müzikal anlam duyusuna göre, zaman boyunca seslendirilen notaları birbiriyle ilişkilendirir. Bu anlamlı müzikal bütünün şekillenip oluşması için, zaman boyunca seslendirilmesi gerekir- eserde gösterilen ya da alınan notalar tek başlarına bir melodi inşa etmez- dinleyicinin farkındalığının amacı, melodik btndir, sadece tek tek notalar değildir.¹²

Hukuk için anlam ifade eden bir olgunun, blnebiilen olaylar ya da eylemlerden oluşsa bile, ancak bütünlüğünü bozmadan, bir bağlam içinde değerlendirilebileceğini, bunun o "hukuki" olgunun esaslı özelliği olduğunu

¹¹ POSTEMA, agm, s. 207.

¹² POSTEMA, agm, s. 207.

anlatmaya çalışan yazar, bu durumu bir melodinin yapısına benzeterek devam etmektedir. Bir melodiyi kavramış sayılmak için dinleyicinin sahip olması gereken dikkat, hafıza ve beklentinin, hukuki bir olguyu kavramak için de geçerli olduğunu söylemektedir:

Melodi bir doğrultu içerir. "Müzik, sadece biçim, yani müzikal desen aracılığıyla, [...] durgunluğa, tamlığa ve anlamlı bütününe sükunetine ulaşabilir." Müzikal düşünme, bir çeşit kural takip etmektir: Bir melodiyi her şeyin ortasında (in medias res) olarak kavramak, seslendirilmiş/tınlamış ve seslendirilmekte/tınlamakta olan sesler temelinde müzikal hareketin yönünü/doğrultusunu hesaplamak/tahmin etmektir. Melodik düşünme, bütünsel düşünmedir. Yani zamansal notaların çıkarttığı ses desenleri ve melodik çizgiler içinde düşünmek; alınmış olan yolu akılda tutmak ve alınacak olan yolun nereye gideceğini tahmin etmektir...Bir melodiyi kavrayan, özellikle ilk birkaç dinlemede, algılama esnek/değişken olabilir ya da tekrar gözden geçirilebilir. Tamamlanmadan önceki orta yerlerde, dinleyici, az önce çalınmış geçmişte kalmış olan kısmın aklında kalanını esas alarak müzikal çizgiyi hesaplar/tasarlar/tahmin eder. Eğer bu tasarım, melodinin rotasına/doğrultusuna uyarsa, dinleyicinin algıladığı anlam doğrulanmış olur. Eğer melodi sürpriz bir tarafa yönelirse, o zaman dinleyici, öngördüğü geleceği yeniden düşünüp değerlendirmek, aynı zamanda o ana kadar duyduğu seriyeye alternatif bir anlam yüklemek zorunda kalacaktır. Dinleyici şimdi duyuyor olduğunu düşündüğünden daha farklı bir melodi duymaktadır -müzikal desen farklıdır, bu yüzden melodik anlamların o ana kadar seslemiş olduğu şeylerin müzikal anlamları da farklıdır artık. Şimdi ve melodinin öngörülen geleceği, o melodinin geçmişini değiştirir. ... Geçmiş, şimdiki ne kadar yönlendiriyorsa, şimdi de geçmişi değiştirir ... O halde önerim şudur: Melodi ya da bir melodiyi kavramayı da içine alan farkındalık çeşidi, hukukun karakteristik normatifliğini aydınlatmayı vaad eden bir model ortaya koyar. Hukuk tarihindeki, hukukun normatifliğini aydınlatmaya çalışan diğer imgelerle karşılaştırıldığında, melodi, dikkat çekici bir avantaja sahip bulunmaktadır...¹³

4. Kasıtlı Eylemin Zamansal Yapısı

Postema, bu başlık altında, bir melodiyi kavramanın, kasıtlı bir eylemi kavramaya ne kadar benzediğini ortaya koymaya çalışmıştır. Benzeyen unsurun zaman hakkındaki farkındalık biçimi olduğunu vurgulayan yazar, bunun için geçmiş bilinci ve hafıza kavramlarına vurgu yapmıştır. Buna göre kasıtlı eylem, deist tasavvurdaki gibi büyük makinenin çalıştırılması, ilk

¹³ POSTEMA, agm, s. 208.

itkinin verilmesinden ibaret değildir. Kasıtlı eylem bir projedir. Eylemin gerçekleştiği zamanın bütününü organize edilmesini gerektirir. Postema, bu zaman farkındalığının rolüne bakmak için iki yaklaşım getirmiştir. Bunlar, önceden tahmin edilmiş/öngörölmüş (ex ante) ve her şeyin ortasında (in medias res) halleridir. Kasıtlı bir eylemi gerçekleştirecek olan fail, kasıt planı, mevcut şartlar ve başlangıç kısımlarından oluşan değişkenleri tutarlılık normlarıyla bir araya getirir ve kasıtı rasyonel bir biçimde gerçekleştirir. Ancak mevcut şartlar faili planı yeniden düzenlemek ve hatta ortadan kaldırmak zorunda bırakabilir. Yani kasıt planının, katı ve değişmez bir şekilde sabitlenmiş olmaması gerekir. *Eylemde tutarlılık arayan akıllı bir fail, kasıtın uygulaması sürecinde tutarlı yan planları da kurabilmiş olmalıdır... Konu kasıtlı eyleme geldiğinde, geçmişten bugüne devamlılığın, bir görev değil, zorunluluk olduğunu söyleyebiliriz... Zaman farkındalığı, kişinin kasıtı derinlemesine düşünerek oluşturmak noktasında, önceden öngörölmüş olma haliyle de (ex ante) aynı derecede asıldır. Elbette, hayatlarımızı çoğu kez kasıtlarımızı kesin bir şekilde ve derinlemesine düşünerek önceden tasarlayıp öngörüde bulunmaksızın (ex ante) yaşarız. İrادی kasıtlı eylem derinlemesine düşünmeyi gerektirir ve iradi olarak gerçekleştirdiğimiz çoğu şeyin amacı davranışlarımızla açığa çıkabilir.*¹⁴

Postema, kasıtlı eylemi iyice açıklamak için; hemen unutan, her bir anın geçip gittiğini gören fakat bunu geçip gidiyormuş gibi hissetmeyen hayvanların mutluluğunu kıskandığımızı düşünen ve fakat hayvanların yaşayabildiği hayatı isteme becerisine sahip olamadığımız için bunun bir paradoks olduğunu ortaya koyan Nietzsche'den örnekle, geçmişin ve geleceğin birbirine zincirliliğinin, insan yaşantısının ve akıllı insan davranışı yapısının bir parçası olduğunu altını çizmiştir.

Yazar aynı zamanda eylemlerin tipik olarak yoğun sosyal bağlamlarda gerçekleştiğine, bireysel varlıkların paylaştığı sosyal deneyimin ortak bir zaman algısından ve farkındalığından çıkan ortak söylemden doğduğuna dikkat çekmiştir:

Birleşik eylemleri planlamak ya da gerçekleştirmek, kısım kısım da mümkün olabilir. Çünkü insanlar, müşterek planlarının tasarlanıp geliştiği zaman üzerinde bütüncül düşünmeyi öğrendiler. Söz konusu zaman içinde, kendi eylemlerini diğerlerinininkilerle birbirine geçirerek; yalnız kendi geçmişleri değil, diğerlerinin katkılarını da büyük resme ekleyip onların hikayeye katacaklarını da öngörerek spesifik yan planlarını herşeyin ortasında olarak (in medias res) kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, özel ve (potansiyel olarak çelişen) amaçların koordinasyonu

¹⁴ POSTEMA, agm, s. 210.

*sorunuyla karşı karşıya gelince; paylaştıkları geçmiş deneyimler, zaman boyunca eylemlerini açıklanabilir kulma ihtiyaçları ve bunu başarmak için birlikte geliştirdikleri teknik ve stratejiler, onlara karşılıklı eylemlerini koordine edebilecekleri bir çeşit ortak payda sunar. Böylece, pratik yaşamlarımızın zaman farkındalığı boyutları, akıllı insan eyleminin özel hayatlarımızda olduğu kadar sosyal hayatlarımızda da temel bir şartı olur.*¹⁵

5. Hukuki Hikâyeler

Makalenin bizce en yeni ve dikkat çekici yaklaşımlarından biri olan “hukuki hikâyeler” başlığı, dava dosyalarının hikâyeler olduğu konusundaki yaklaşımı ortaya koymaktadır. Yazarın tezi, melodi modeli üzerindeki zaman farkındalığının hukukun doğasının da esası olduğudur. Bu başlık altındaki açıklamalar, hukukun zaman farkındalığını somutlaştırmayı amaçlamıştır.

“Dava” olgusu, sıradan hukuk pratiğinin zamansal boyutunun gözlemlenebileceği, hukukçuların, hukuka ait özel dille anlattıkları hukuki hikâyelerdir. Biz hukuku, davanın anlatsal karakteri üzerinden algılarız:

*Tipik olarak, hukuki hikâye,... “bir zaman silsilesinde düzenlenmiş ve anlamlı bir bütünlük haline gelmiş bir vakanın anlatsısını” sunmak zorundadır. Bu halde hukuk, meslekten olmayan dinleyicilere yapay ve çarpıtılmış gibi görünecek anlam standartlarını düzenlemiş olacaktır. Gerçekten, gerçeği “hükmen bulma, aşırı şekilde hikâye” anlatma şablon ve tekniklerine dayanır. Dava dosyaları sadece zaman almaz (genellikle de çok zaman), fakat asıl meseleleri zamansal yapılarıdır ve anlatsal tutarlılık normları tarafından yönetilirler. Doğru ve gerçeği sağlam ve inandırıcı bir şekilde iddia eden hikâyeler gibi iyi hikâyeler olmalıdır... Hikâyenin bu “iyiliğinin” bir mecburi özelliği de zamansal bir algı oluşturmasıdır...Şimdiye kadar kısaca hukuki akıl yürütmeye zamanın rolüne dikkat çekmiş olduk: Duruşmada ulaşılan gerçekler, tutarlı zamansal anlatıya göre yapılandırılmalıdır. Zaman farkındalığı aynı zamanda geçmişten bakan akıl yürütme için de esaslı unsurdur.*¹⁶

6. Janus, Geçmişin Efendisi

Başlangıçların, tanrısı Janus, yılın ilk ayını, ayın ilk gününü, günün ilk saatini kutsamıştır. Aynı zamanda eşiklerin de tanrısı olmakla, mitolojide evi koruyup kolladığı, eve girip çıkanları gözetleyip denetlediği kabul edilmiştir.

¹⁵ POSTEMA, agm, s. 212.

¹⁶ POSTEMA, agm, s. 213.

Aynı anda ileri/dışa ve geri/içer bakan yüzlere sahip olan Janus, yazar için hukuki akıl yürütmenin geçmişe duyarlı efendisi olmak anlamını taşımaktadır. Postema, hiçbir davanın gerçek anlamda “yeni” olmadığını, yargıçların davaları çözüme bağlamak için az ya da çok geçmişin örneklerine başvurduğunu söylemektedir: *Geçmişe duyarlı hukuki akıl yürütme her zaman, tıpkı Janus gibi, geçmişin ve geleceğin eşiğinde, onları bir normatif anlamlı bütün olarak kaynaştırmanın peşindedir. Melodi, bu tarz bir kaynaştırmaya örnek oluşturur.*¹⁷ Yazar, geçmiş kararların bugünün davalarında ne kadar ve ne şekilde belirleyici olduğunu/olacağını tam da meselesinin merkezinde görmektedir. “Geçmişe duyarlı akıl yürütme” olarak nitelendirdiği zaman farkındalığı biçiminin, ileriye bakışı da kapsamak zorunda olduğunu belirtmektedir:

*Eğer gelecek, bizim şu anda yaptıklarımıza bağlı olarak işlemek zorundaysa, o halde bizim mevcut hüküm vericilerimiz sadece bugün için en iyi olacak şekilde değil, verecekleri karar başka ve gelecekteki benzetilebilir davaların [görece olarak benzer] kararlarını da etkileyecek şekilde hükmetmelidir. Böylece, mevcut hüküm verici aynı zamanda henüz gerçekleşmemiş, farklı fakat benzetilebilir vakalar için de en iyi olacak şeyi hesaba katmak zorundadır... Yaşayan bir hukuk sisteminde, geçmişe duyarlı karar verme, her zaman romanın ya da benim tercih ettiğim şekliyle melodinin ortasındadır. Mahkemenin kararı, sadece mahkemenin söylediği ya da yaptığı şeye bağlı değildir. Fakat aynı zamanda gelecekteki mahkemelerin (ve başka karar vericilerin) daha önceki mahkemelerin söyledikleri ve yaptıklarını nasıl anladıklarının da bir parçasıdır. Mahkemenin kararı, neyi gerekçe aldıklarına ve o anda karşı karşıya kaldıkları davayı geçmişteki benzer davanın hangi boyutuyla ilişkilendirdiklerine bağlıdır. Bunlar mahkemenin tek taraflı olarak karar verebileceği meseleler değildir. Mevcut davayı haklı şekilde hükme bağlamak, kararın gelecek tartışmalarda ve hukuk camiasında nasıl canlandırılacağını öngörmeyi gerektirir. Geçmişe karar vermek, her zaman bir ölçüde hüküm melodisinin yönünü öngörebilmeyi gerektirir.*¹⁸

7. Anayasal Yorumda Zaman Farkındalığının Rolü Üzerine Bir Not

Zaman farkındalığının hukuk alanında önem taşıdığı konulardan biri de yorum meselesidir. Yazar burada, orijinalistlere karşı düşünce geliştirmiştir. Orijinalistler, yapılan yorumu anayasa yapıcının niyeti ya da anayasanın yapıldığı zamanda konuşulan dilin o zamanki anlamında sabitlemek, kesin ilke ve içerikler belirlemek isterler. *Anayasa yapıcının niyeti ya da orijinal*

¹⁷ POSTEMA, agm, s. 214.

¹⁸ POSTEMA, agm, s. 215.

amaçlarının, politik hayatın içindeki zamansal noktalar olarak değil, politik hayatın rasyonel yapısını sabitleyen Arşimet noktaları olarak işlev görmesi umulur... Modellemeye çalıştığım zamana entegre edilmiş düşünme, politikanın dışarısında Arşimet noktasına benzer bir şey önermemektedir... Melodi modellenmiş düşünme biçimi, tanıdık bir melodi eğer yavan bir şekilde bitmişse, onu beklenen sonucuna doğru izlemeyi gerektirir. Başka zamanlarda, melodinin başlayıp gittiği yanlış yoldansa, yönünü tekrar düşünmeyi, onu yeni bir yöne sokmayı, yeni olasılıklar keşfetmeyi ya da sıkça olduğu gibi, karar verilmiş çizginin dışında daha iyi bir şeyler yapmayı gerektirir. Bu "pişmanlık" boyutu, onu anladığım şekliyle, bütünlüğün zorunluluğunun esaslı bir özelliğidir.... Bana öyle geliyor ki, bu makalede göstermiş olduğum bu tip zaman farkındalığı, temel teknik haliyle ve altında yatan amacı esas alan haliyle, her iki haliyle de orijinalizmden çok farklıdır. Ve eğer bu tip farkındalığın hukukun normatiflik talebinin temelinde yer aldığı konusunda haklıysam, o zaman bunun rededer görünen orijinalizmin makul genel hukuk sistemine entegre olması zor görünmektedir.¹⁹

8. Hukukun Tipik Yol Gösterici Modu

Buraya kadar hukukun zamansallığıyla ilgili olarak, davaların anlatsal karakteri ve geçmiş davaların bugüne etkisi üzerinde durulmuştur. Ancak hukukun zamansallığı, bunlarla sınırlı değildir. Bu zamansallık, hukukun tam da doğasında ve onun tipik/ayırt edici normatiflik modunda bulunur.

Benim bu tez için argümanım şöyle başlamaktadır: Hukuk, insan eyleminin normatif yol göstericisi olma aracıdır- insan eylemine normatif olarak kılavuzluk etmek, hukukun doğasının asli unsurudur. Hukuku nasıl anlayacağımız konusundaki tartışmalar baştan beri şiddetle sürse de, hukuk tarihi içinde, bu normatiflik durumunu reddeden hiçbir ciddi hukuk teorisi olmamıştır. Hukukun pek çok farklı şey yapmasını isteyebiliriz, fakat o bunların çoğunu kendi tipik hareket tarzı içinde (modus operandi) insan eylemine normatif olarak yol göstererek gerçekleştirmektedir.²⁰

Hukuk, normatif olmakla, faillerin davranışlarına dışsal bir müdahale gerekmeksizin kılavuzluk eder. Bu, normların büyük ölçüde genel ilkeler şeklinde olmasını gerektirir. Bu, sadece daha ucuz ve davranışla ilgili olarak her bir olay için mikro düzenleme yapma biçimindeki sosyal kontrolden daha etkili olduğu için değil; aynı zamanda hukukun bir görevinin de insanların zaman içindeki karmaşık toplumsal etkileşimlerinde onlara kılavuzluk etmek olduğu içindir. Ancak bu şekilde hukuk normu zaman

¹⁹ POSTEMA, agm, s. 218.

²⁰ POSTEMA, agm, s. 219.

içinde varlığını sürdürebilir. Bununla birlikte normlar, failerin kendilerine ve başkalarına ait davranışlara değer biçmelerini mümkün kılar. Bu karşılaştırmalı değerlendirme, sosyal hayatın zorunlu getirisidir.

Yazarın bu başlık altında ulaştığı esas sonuç, kasıtlı eylemin sadece zaman içinde gerçekleşmediği, fakat zamanın o eyleme asli olarak içkin bulunduğudur:

Melodi gibi, eylem de esas olarak zamansaldır. Bu, bizim salt özel eylemlerimizin olduğu kadar, diğer insanlarla karşılıklı eylemlerimizin de gerçeğidir... Hukuk, doğası gereği, zamana yayılmış bir sosyal formdur. Zamana yayılmıştır ve bu, bir heykelin zamana yaygınlığı değil, daha çok bir melodinin ya da arkadaşlığın zamana yaygınlığı gibidir... Hukukun tipik normatıflığı, politik olarak başta belirlenmiş olan, izlediği yola bağımlıdır (path-dependent). Rastlantısal değildir, tasarlanmıştır.²¹

9. Normatif Tutarlılık ve Momentary Hukuk Sistemi Düşüncesi

Postema, hukukun zaman farkındalığına bu başlık altında hukuk sistemleri üzerinden bakmıştır. Bunun için de çağdaş Anglo Amerikan hukuk sistemi içindeki iki görüşten hareket etmiştir. Bu görüşlerden biri, hukuk sisteminin zaman aşırılığının, o sistemin kimliğini oluşturduğudur. Diğer yaklaşım ise, zaman boyunca yaşanan her momentary bölümün-zaman diliminin hukukçular tarafından uygulanan temel bir biçimsel geçerlilik ilkesi- tanıma kuralı tarafından birbirine bağlandığıdır. Yazara göre, ilk yaklaşım doğrudur ve hukuk sisteminin zaman aşırı bir kimliğe sahip olduğu varsayılmalıdır. Buna göre bir hukuk sisteminin kimliği sadece mahkemelerin uygulamalarından kaynaklanan bir tek tanıma kuralının şartlarıyla açıklanamaz. Postema, hukukun zamansal karakterinin zihindeki anlatsal tutarlılığa bağlı olduğunu belirtmiştir. Anlatsal tutarlılığın sağlayacağı normatif tutarlılığın da sistematiklik, amaçlılık ve eşzamanlılık özelliklerine sahip olması gerektiğini ifade etmiştir. Modern hukuk, normların daha geniş bir normatif sistem içinde konuşlanmış olmalarını gerektirir. Bu sistematiklik sayesinde her bir normun geldiği kaynağa kadar izi sürülebilir. Böylece sistematiklik, normatif tutarlılık için biçimsel ilkeyi oluşturur. Amaçlılık ilkesi de, normatif tutarlılığın, normların belli değerler ya da ilkeler şemsiyesi altında birarada bulunması gerektiği anlamına gelir. Eşzamanlılık ilkesi ise hukuk sisteminin geçerli olduğu her yerde ve anda eşzamanlı olarak tutarlılık sergilemesi gerektiği anlamına gelir.

Yazara göre bu ilkeler ancak zaman aşırı sistemde mümkün olabilir. Momentary hukuk sistemleri normatif tutarlılıktan yoksundurlar:

²¹ POSTEMA, agm, s. 220, 221.

*Eğer sistemin amaçlılığını ciddiye alırsak, hemen problemler ortaya çıkacaktır. Hukukun amaçlı bir girişim olduğunu söylemek, kendine ait tipik amaçları olduğu ya da insanların veya devletlerin kabul ettiği çeşitli amaçlar, değerler ve ilkeler vaz ettiği veya savunduğu anlamına gelebilirdi. Bir başka yönden ele alacak olursak, normatif olarak tutarlı bir hukuk sistemi momentary olamaz. Çünkü amaçlar zamana yaygın olarak gelişir ve kasıtlı eylemi anlamlı olarak ancak fail için eylemi geleceğe dönük olarak tasarlaması mümkünse yapılandırabilir. Amaçlar zamana yaygındır, anlık değildir. Hukuk normları kasıtlı eylemler gibidir: Bu normları, hukuk sùjeleri ve resmi görevlilerin her şeyin ortasında olarak (in medias res) momentary unsurları amaçsal bir tutarlı bütüne nasıl bağlayacaklarını anlamadığımız sürece tutarlı olarak vaz edemeyiz. ... Sistematikliği dikkate aldığımızda problemler daha da büyür. Bir momentary hukuk sistemi olması için, onu diğer norm sistemlerinden (diğer hukuk sistemlerini de içerecek şekilde) ayırmanın ve tanımlamanın mümkün olması gerekir...*²²

Konunun müzikle ilişkisini, yazar, hukuk nasıl geçerli normlar serisinden ibaret değilse, bir melodinin de çeşitli yükseklikteki seslerin sıralanmasından ibaret olmadığı örneklemeyle kurar:

*Hukukun çalışma biçimi (modus operandi), rasyonel kendini yöneten faillerin karşılıklı etkileşimleri için bir rehberlik ve çerçeve sunmak şeklindedir. Bu, en azından zaman aşırı bir normatif tutarlılık biçimi gerektirir. Belirli bir zamandaki tutarlılık her nasıl tanımlanırsa tanımlansın, mutlaka zaman aşırı tutarlılığın sadece bir işleyişi olarak tasavvur edilmelidir... Bir momentary sistemin kimliği, ancak aynı hukuk sistemi içindeki diğer momentary sistemlere referansla belirlenebilir... Yani,... momentary hukuk sistemlerinin normatif tutarlılığının ikincil, türemiş, tamamen zamana yayılmış tutarlılığına bağlı olduğu sonucuna ulaşmak zorundayız...*²³

Peki, bütünlüğü ve süregiderliği sağlayan nedir ve böylece hukukun geçerliliği ve normatiflik iddiası neye dayanır? Postema'ya göre hukukun zaman boyunca sürekliliğini sağlayan esas unsur, normların tutarlı şekilde bir arada bulunması ve toplumca benimsenerek kamusal hayata kılavuzluk edebilme gücüdür. Bu benimseme, norma rıza gösterme değil onu adet edinme şeklinde gerçekleşmelidir:

Devamlılık, zamanın her noktasında hukukun zamansallığının farkında olan resmi görevliler ve (birçok) vatandaş tarafından kavranan bir şeydi. Bütün değişimler içinde kalıcı olan şey, bu bakışa göre, özel zaman farkındalığı ve onun pratik anlamıdır. Melodi tarafından modellenen ve hukukun sosyal etkileşime rehberlik etme iddiasının merkezinde yer alan bu farkındalık, normları bir sistem içinde bütünleştirir.

²² POSTEMA, agm, s. 222.

²³ POSTEMA, agm, s. 223.

Yani, hukukun zamana yaygın devamlılığı, deneysel bir gerçek meselesi, ya da bir parçası olduğu toplumun devamlılığınca belirlenen bir Şey, veya yargıçlarca arızı olarak kabul edilmiş bir normun kullanıma devam etmesiyle belirlenen bir durum değildir. Bu daha çok, pratik, normatif bir meseledir. Yani, hukuk, zamana yaygın olarak varolageliyorsa, bu devamlılığın doğası, uygulamalı olarak, melodi tarafından modellenmiş zaman farkındalığına sahip bir hukuki ve sosyal duiŐüne eevesinde tartıŐılarak belirlenmek zorundadır.²⁴

Zaman, hukukun tipik normatifliği için esaslı unsurdur. Hukuk, rasyonel kendi kendini yonenen ve sosyal etkileşim içinde bulunan faillere etkin bir Şekilde normatif rehberlik sunma gucüne sahiptir. Yeter ki o insanların sosyal hayatlarıyla ve eylemleriyle ve zaman içinde onları yapılandıran uygulamalarla yeterince uyum içinde bulunsun. Modern hukuk sistemleri, “hukuk öncesi sistemlerden” daha az olmamak üzere, mutlaka normların karmaşık etkileŐimlere ve topluluklar içinde bir arada yaşayan insanların kesişen hayatlarına uyum sağlayıp onlarla bütünüŐmesine dayanır. Yani, modern hukukun sistematik doğasını, basitçe resmi görevlilerin hukuk uygulamaları içinde gerçekleşen bazı biçimsel geçerlilik normu terimleriyle açıklanamayacağını duiŐünmek için bazı sebeplerimiz bulunmaktadır. Hart ve MacCormick’in önerdiği tabloda, modern hukuk sistemleri, ters piramitler gibi, tanıma kuralı noktası üzerinde dengede duran karmaşık normlar gruplarıdır. Fakat eğer hukukun tipik normatifliğinin zamansal boyutunu ciddiye alırsak, piramidi yeniden kendi sosyal ve zamana yayılmış (temporally extended) tabanına oturtmamız gerekmektedir.²⁵

Değerlendirme

Postema, yazısının tamamında, hukuka içkin olan zamansallığın tarih boyunca ortak bir yöntemle kavranamamıŐ olduğunu duiŐünüp, bunu sağlayacak, hukuk dışından bir model üretme girişiminde bulunmuştur. Melodi modeli olarak adlandırdığı bu yeni yaklaşımı, hukukun kendine özgü normatifliğini, failin kasıtlı eyleminin yapısını, hukuk sistemlerinin zamanı nasıl algıladığını, emsal davaların hukuk sistemi içindeki etkisini ve anayasal yorumda tarihselliğin rolünü anlamak için önermiştir. Her bir konu başlığı altında farklı örnek ve referanslarla anlatılmış olmakla birlikte, temel olarak bir melodik çizginin, birbirinden bağımsız farklı seslerin rastgele birbirinin ardısıra dizilmesi değil; başlangıcından bitiŐine kadar bir anlam ifade etmek üzere iradi olarak bir araya getirilmıŐ seslerin bütünlüğu olduğu anlamına

²⁴ POSTEMA, agm, s. 224.

²⁵ POSTEMA, agm, s.225.

gelmektedir. Bu tespit, melodiyi yaratan kişinin iradesinin zamana nasıl yayılmış olduğunu, bu iradenin de ancak melodi tınlamaya başladığında gerçekleşmiş sayılacağına vurgu yapmaktadır ve zaman olgusunun melodiye içkin olduğunu ifade eder. Yazar, hukukun zamansal boyutuyla ilgili tartışma alanına hukuk dışı bir referansla dahil olmuştur ancak bizce hukuk alanında, tarihi, felsefi ve teorik tartışmalar ne kadar çok ise, müzik alanında da bu tartışmaların mevcut olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Postema'nın makalesi, disiplinlerarası çalışmaların gerekliliğine ve önemine vurgu yapan bir öncü yazı sayılabilecek olmak yanında, bize göre disiplinlerarası çalışmaların yöntem ve teknikleri üzerine sosyal bilimlerin alanında daha farklı ve işlevsel çabalara da davet niteliğindedir. Bununla birlikte, müzikte beklenti kuramı, melodinin tâbi olduğu klasik armoni kurallarının tarih içindeki evrimi içinde aldığı hal ve özellikle doğaçlama gibi, müzikteki, Postema'nın anladığı şekliyle zamansallığın tartışmaya açıldığı noktaların hukuktaki zamansallıkta neye karşılık geldiğinin tartışılması da makalenin ihmal ettiği hususlar olarak dikkatimizi çekmiştir.

KAYNAKÇA

- ASTER, Ernst von, *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, İm Yayınevi, 3.baskı, İstanbul, 2005.
- BREW, Angela, "Disciplinary and Interdisciplinary Affiliations of Experienced Researchers", *High Educ.*, 56, 2008, ss.423-438.
- Sosyal Bilimleri Açın, Gulbenkian Komisyonu, Çev.: Şirin Tekeli, Metis Yay., 2. baskı, İstanbul, 1998.
- HEPKON, Zeliha, "İletişim Bilimleri ve Kültürel Çalışmalar: Bir Disiplinin Sınırları Sorularımızın Sınırlarını Kapsayabilecek mi?", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:5 Sayı:9 Bahar 2006/1, ss.19-27.
- MILLER, Raymond C., "Varieties of Interdisciplinary Approaches In The Social Sciences: A 1981 Overview", *Issues in Integrative Studies: An Occasional Publication of the Association for Integrative Studies*, 1982, No.1, ss. 1-37.

HUKUKUN GEOMETRİSİ: CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL*

Şule Şahin Ceylan**

GİRİŞ

Christopher Columbus Langdell, Amerikan tarihine Harvard Hukuk Fakültesi'nin ilk dekanı, örnek olay metodunun ilk uygulayıcısı¹, hukuk öğretimini avukat bürolarından üniversiteye taşıyan ilk isim olarak geçer. Amerikan hukukçuları arasında müstesna bir yer işgal ettiğine kuşku yoktur². Ancak bu makalenin yazılma sebebi, sayılanlar arasında yer almamakta, Langdell'in ilklerinden birine işaret etmemektedir. Kendisinden önce pek çok sosyal bilimci ve hukukçu tarafından, sosyal bilimler ve doğa bilimleri arasına gerilen ipi bir kez de o göğüslemiş, "Hukuk, bir bilimdir." önermesini o da seslendirmiştir. Şayet hukuk bir bilimse, doğa bilimlerinin

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Yrd. Doç. Dr. , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Tennessee Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. David Wolitz'e desteği için çok teşekkür ederim.

¹ Örnek olay metodunun Langdell sonrasında Harvard dışındaki Amerikan üniversitelerince benimsenmesinin kronolojik ve ayrıntılı dökümü için bkz. Bruce A. Kimball, "The Proliferation of Case Method Teaching in American Law Schools: Mr. Langdell's Emblematic 'Abonimation,' 1890-1915", *History of Education Quarterly*, Vol. 46, No. 2 (Summer, 2006), ss. 192-247.

² Görüşlerinin etkili olması, elbette ki daima onaylandığı anlamına gelmemektedir. Bilakis, yaşadığı dönemde başlamak üzere, çok fazla eleştirinin ve yaftalamanın öznesi olmuştur. Muhtemelen bunun sebeplerinden biri, teorik herhangi bir metnin bulunmaması ve ilgili çalışmaların ister istemez hakkında yazılanlara dayanmasıdır. Langdell'e yakıştırılan sıfatların ve eleştirilerin özeti için bkz. W. Burlette Carter, "Reconstructing Langdell", *Georgia Law Review*, Vol. 32, , No 1, (Fall, 1997), ss. 1-139, s. 4-11. Langdell'in bilim anlayışıyla ilgili farklı görüşler için bkz. John Henry Schlegel, "Langdell's Auto-da-fe", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 1 (Spring, 1999), ss. 149-154.

metodolojisiyle incelenebiliyor, genel ilkelere ulaşılabilir ve daha önemlisi herhangi bir histen ari, objektif ve tarafsız kriterlere göre benzer olaylarda benzer sonuçlar alınıyor olsa gerektir. Buraya kadar, hukuka bilimsel yaklaşımla ilgili fikir verse ve aynı gözlüğü takan kimi okuyucuları memnun etse bile, ondokuzuncu yüzyılın bilime tapanlar listesinden Langdell'in seçilmesinin nedeni sayılmaz. Zira, ne hukuk felsefesini sarsmakta ne de düşünsel anlamda yeni bir çığır açmaktadır. Kaldı ki ortada, incelikle işlenmiş, büyük felsefi problemlere öneriler getiren bir kuram da yoktur. Bilakis, iki temel eseri³ sözleşmeler hukuku alanındaki dava örneklerini içermekte, ona yakıştırılan görüşlere sadece hakkında yazılanlardan ulaşılabilir.

Hukukun bir bilim olduğundan hareketle, nasıl daha iyi öğretilebileceği ve politikadan ayrılmış bir yargı pratiğinin nasıl sağlanabileceği, layığıyla yanıtladığı sorulardır. Bu anlamda, Langdell'i bir hukuk felsefecisinden ziyade, devrinin koşullarını iyi kavramış bir hukukçu olarak görmekte fayda vardır. Amerikan hukuk düşüncesinin Langdell'in de dahil olduğu klasik devrinin iki temel bileşeni vardır. Bunlardan ilki, öze ilişkin ve maddi nitelikte olup, hukuki özgürlükçülük ve *laissez-faire* hukuk anlayışına denk gelir. Özel mülkiyetin ve sözleşme serbestisinin, devlet müdahalesine karşı korunması esastır⁴. Diğeri, yani hukuki formalizm ise hukukun ne olduğunu anlamaya ilişkin metodolojik bir yaklaşımdır. Aralarında zorunlu mantıksal bağ bulunmamakla beraber, ortak noktaları hukukun politik düşünceden nasıl ayrıldığıni açıklamaktır.

³ C. C. Langdell, *A Summary of the Law of Contracts*, 2. Baskı, Boston: Little, Brown, and Company, (1880). C. C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts- With References and Citations*, Boston: Little, Brown, and Company, (1871).

⁴ Ondokuzuncu yüzyılda gün yüzüne çıkan *laissez-faire* (serbest piyasa) yaklaşımı, bireyciliğin ahlâki ve ekonomik bir ideal olduğu önermesine dayanır. Piyasa serbestisi, bireylerin özel alandaki serbestisinin garantisi olarak görülmektedir. Özellikle sözleşme özgürlüğü ilkesinde ifadesini bulan ekonomik özgürlük, kişilerin yetenek, beceri ve yetilerini kullanabilmelerinin, toplumsal hayata eşit ve özgür yurttaşlar olarak katılabilmelerinin tek yoludur. Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, (1997), s. 26. Amerikan Anayasası'na şekil veren ve dolayısıyla ülkedeki bireyci anlayışın harcını oluşturan doğal haklar kuramını hatırlamak, bu yaklaşımın özel hukuk alanına çizdiği koruyucu çeperi anlamamızı kolaylaştırabilir. Bireylerin doğal yaşam halindeyken, yani henüz devlet ve hukuk yokken, sahip oldukları hak ve özgürlükler dokunulmaz niteliktedir. Hükümet, insan eylemlerini, sadece kişi haklarını korumak ve özgürce kullanılmalarını sağlamak için makul ölçüler dahilinde sınırlandırabilir. Devlet ve hukuk, özel hakları yaratmamakta, sadece koruyup geliştirmektedir. Bunu da, ülke içindeki tüm insanların yaşamlarını, mülklerini koruyarak, birbirleriyle rahatlıkla mübadelede bulunabilecekleri, sözleşme yapabilecekleri özgür ortamı sağlayarak yapar. Christopher G. Tiedeman, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States*, St. Louis: The F. H. Thomas Law Book Co., (1886), s. 1, 4.

Langdell'i, hukuki formalizme ivme kazandıran ve sadece teori düzeyinde kalmayıp, uygulamada da etkinlik kazanmasına ciddi katkı sağlayan büyük bir hukukçu olarak görmek gerekir. Hukukun bir bilim olduğu, nasıl öğretilbileceği, yargı kararlarının nasıl verilmesi ve anlaşılması gerektiği onun yaklaşımında iç içe geçmiş meselelerdir. Aralarından birini diğerlerinden bağımsızmışçasına ele almak ne mümkündür ne de düşünürün savlarının olduğu haliyle kavranmasına imkan verir. Langdell'in analiz ettiği, değiştirmek istediği ve hatta değişimini hızlandırdığı yapı, Amerikan hukuk sisteminin kendisidir. İşin mutfağından yani öğretimden temyiz sürecine dek, hukuk uygulamasına ilişkin somut öneriler getirir. Hukukun bir bilim oluşu, teori üzerine çalışanlar kadar avukatları da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bilimsellik, uygulamadan izole edilerek kavranabilecek bir özellik olmayıp, "hukukçuluk" faaliyetinin zorunlu unsurudur. Hukuk bir bilimdir, hukuk öğretimi bilimsel bilginin aktarımıdır ve nihayet yargılama, bu bilginin doğru, yerinde ve tarafsız kullanımınıdır. Bu makale Langdell üzerinedir; hukuk öğretimi, hukukun bilimselliği ve nihayet hukuk uygulamasına ilişkin tutumu betimleyici yöntemle ele alınmıştır.

LANGDELL'DE HUKUK ÖĞRETİMİ

1870 yılında Harvard Hukuk Fakültesinin ilk dekanı olarak göreve başlayan C.C. Langdell⁵, tarihe sadece işgal ettiği idari pozisyon nedeniyle geçmez. Bunu aşan gerekçelerden ilki, Sözleşmeler dersinde uyguladığı örnek olay metoduyla⁶, hukuk öğretiminin odağını soyut prensiplerden davalara kaydırmasıdır. İkincisi, dekanlığı esnasında, sonradan Amerika'nın genelinde yeknesaklaşan üç yıllık hukuk fakültesi uygulamasını başlatmış

⁵ Langdell'in Harvard Hukuk Fakültesine katkıları için bkz. C. C. A. Langdell, "The Harvard Law School (Speeches of Celebration of Harvard University)", *Law Quarterly Review*, Vol. 3, (1887), ss. 118-125, s. 124. Charles W. Eliot, "Langdell and the Law School", *Harvard Law Review*, Vol. 33, No. 4, (Feb., 1920), ss. 518-525. Derslerinde izlediği stratejiyle ilgili olarak bkz. Bruce A. Kimball, "'Warn Students that I Entertain Heretical Opinions, Which They are not to Take as Law': The Inception of Case Method Teaching in the Classrooms of the Early C. C. Langdell, 1870-1883", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 1 (Spring, 1999), ss. 57-140.

⁶ Dennis Patterson, "Langdell's Legacy", *Northwestern University Law Review*, Vol. 90, (1995-1996), ss. 196-203, s. 196-197. Langdell'in 1870 tarihli *A Selection of Cases on the Law of Contracts- With References and Citations* çalışması, sadece sözleşmeler değil tüm hukuk alanlarındaki ilk örnek olay kitabıdır. Hem bununla hem de diğer eserleriyle ilgili ayrıntılı analiz için bkz. Bruce A. Kimball, "Langdell on Contracts and Legal Reasoning: Correcting the Holmesian Caricature", *Law and History Review*, Vol. 25, No. 2 (Summer, 2007), ss. 345-399.

olması, böylece modern hukuk düşüncesinin gelişmesine katkı sağlamasıdır. Üçüncüsü ise, Grey'in "klasik ortodoksluk" dediği, farklı bir hukuk sistemi kurgulamasıdır. Bu, özellikle önemlidir. Zira, modern Amerikan hukuk düşüncesinin antitezini sunmakta; hukuku tecrübelerle değil, mantık aracılığıyla açıklamaktadır⁷.

Langdell'in hukukun temeline tecrübe yerine mantığı yerleştirmesi, onun zamanına dek egemen olan uygulamalarla yakından bağlantılıdır. Common Law kadar eski bir başka gelenek de avukatların hukuk bürolarında, teoriden uzakta ve pratiğin içinde yetişmeleridir. Langdell buna karşı çıkarak, hukuk fakültelerinin diğer bölümler kadar itibarlı olmasının yolunu, usta ile çırak arasındaki yerini profesör öğrenci ilişkisinin, büroların yerini ise kütüphane ve anfilerin alması gereğiyle izah etmiştir. Ona göre hukuk bir bilim dalı⁸, hukuki düşünce ise entelektüel bir uğraştır ve hukuk fakültelerinde verilecek eğitim bu nitelikleri karşılamalıdır⁹.

Kendi üniversite hocalığı deneyiminden yola çıkarak, bilginin öğrenciye en etkin ne şekilde aktarılacağını özetlemiştir. Ondan, bir amfi dolu öğrenciye, düzenli bir şekilde sistematik bilgi vermesi istendiğinde, bu görevi başarıyla yerine getirebilmesini üç koşula bağlamıştır:

- (1) Öğrenciler doğrudan Langdell'in dersini esas alarak çalışmalı, iki tarafın çabası birbiriyle uyumlu olmalıdır.
- (2) Öğrencilerden beklenen çalışma, onlara büyük ve kalıcı yarar sağlamalıdır.

⁷ Thomas C. Grey, "Langdell's Orthodoxy", 45 *University of Pittsburgh Law Review*, 1, (1983-1984), ss. 1-53, s. 3. Amerikan hukuk düşüncesini değiştiren ve son görünümüne yaklaştıran Holmes, Langdell'in "A Selection of Cases on the Law of Contract" eseriyle ilgili kitap değerlendirmesinde tam aksini iddia eder. Ona göre, "Hukuk yaşantısı mantık değil, tecrübeye dayanır. Oliver Wendell Holmes, Jr., "A Selection of Cases on the Law of Contract, (Book Review)", *The American Law Review* (1866-1906); Mar 1880; 1, 3, ss. 233-234, s. 234.

⁸ Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukçuları arasında hukukun bir bilim olduğunu iddia eden ilk kişi Langdell değildir. Ondan önce Timothy Dwight, James Kent, Joseph Story, Francis Hilliard, Silas Jones gibi isimler de bilim olarak nitelemişlerdir. Ancak bilimle kastettikleri, tinsel bilimlerin gelişmiş halidir. Oysa Langdell, metaforlarından, metod ve gerekçelerinden yararlanmak üzere yüzünü doğa bilimlerine çevirmiştir. Howard Schweber, "The 'Science' of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 3 (Autumn, 1999), ss. 421-466, s. 422.

⁹ Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, (1995), s. 170.

- (3) Derse katılmaları, öğrencileri tek başlarına yaptıkları bir çalışmaya kıyasla çok daha avantajlı konuma getirmelidir. Bu üç koşulu da karşılayan bir dersi işlemenin yolu, konuyla ve ders içeriğiyle uyumlu, özenle seçilmiş dava örneklerinin kullanılmasıdır¹⁰.

Langdell, kafasındaki hedeflere ulaşmak için yararlanacağı örnekleri çok sayıdaki dava arasından seçmiş ve derlemiştir. Kendi sorduğu "Böyle bir seçimin yapılabilmesinde yön gösteren, tatmin edici herhangi bir prensip var mıdır?" sorusuna verdiği yanıt, bir bilim olduğu düşünülen hukukun, belirli prensip ve doktrinler ihtiva ettiği¹¹.

Uzmanlaşma bir yanıyla, yüzyıllardır karşılaşılan davalar sonucunda yavaş yavaş oluşan hukuk doktrinlerini kavramaktır. Çok sayıdaki davanın varlığı, sanki doktrinler de aynı nicelikteymiş gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Oysa aynı doktrin farklı görünümde belirlemek ve yanlış anlaşılma sonucu birbirini tekrar eden bilimsel eserlere rastlanmaktadır. Eğer bu doktrinler, ait oldukları alana ve konuya göre sınıflandırılıp düzenlenebilirse, sayıca fazla oluşlarının yol açtığı karışıklık önlenir. Mesela sözleşmeler hukuku gibi bir alanda, davalar, temel doktrinlere yaptıkları katkı nispetinde seçilerek sınıflandırılabilir ve düzenlenebilir. Böyle bir tasnif, ilgili hukuk dalı ve kaynakları üzerine sistematik çalışmaya imkan verecektir.¹²

"..... (Ancak) biri avukat olmak, diğeri bilim olarak hukuk çalışmak isteyenler için olmak üzere iki farklı hukuk sisteminin mevcudiyeti, ne uygulanabilir ne de tercih edilir niteliktedir.....bu iki sınıf arasında ayırım yapmanın hiçbir gerekçesi yoktur... bilim ve meslek olarak hukuk çalışmalarını birbirlerinden ayırmaya yönelik herhangi bir teşebbüs başarısızlığa mahkumdur¹³."

Demek ki, hem teori hem de uygulama üzerine çalışanların meslekte uzmanlaşmasının yolu, zamanla oluşmuş hukuk doktrinlerini kavramaktan geçer. Aynı anda iki ayrı hukuk öğretimi ve hukuk düzeni mümkün veya sürdürülebilir olmadığı için, avukatlar da diğer hukukçular gibi eğitilmeli, eş kriterlere tabi olmalıdır. Hukukun gerçek bilgisine erişmek, tüm hukukçuları kapsayan bir sorumluluk ve dahi ustalık işidir.

¹⁰ C. C. Langdell, A Selection..., s. v.

¹¹ C. C. Langdell, A Selection..., s. vi.

¹² C. C. Langdell, A Selection..., s. vi-vii.

¹³ Langdell'den aktaran Carter, s. 78.

"Gerçek bir avukat, insan ilişkilerinin arapsaçına döndüğü hallere bile, bunları muntazam bir beceri ve açıklıkla uygulayabilecek ustalığa sahip olmalıdır. Dolayısıyla her azimli hukuk öğrencisinin de işi, bu ustalığa erişmektir¹⁴."

Langdell'in gözünde hukuk bir bilimdir ve ona vakıf olmak, iyi bir hukuk eğitimiyle mümkündür. Bu anlamda, bir bilim olarak hukuk, üniversitede yer işgal edebilecek kıymet ve öneme haiz entelektüel bir disiplindir.

"Eğer (hukuk) bir bilim değilse, bir üniversite onu öğretmeyi reddederek, kendi onurunu gözetmiş olacaktır. Bilim değil de bir zanaat türüyse, en iyi şekilde, pratiğini yapan birinin yanında stajla öğrenilir¹⁵."

Langdell'in, hukukun bir bilim olduğuna ilişkin iddiasını, döneminin koşulları ve üniversitenin kavranış biçimiyle birlikte düşünmek gerekir. "Bilim" veya "bilimsel" kavramları, bir yaklaşım biçimini, yani bilimsel metodu ve bazen bu metodun ürününü betimlemek için kullanılmaktadır. Her iki kullanım da hukuki süreçlere ve bunların sonucu olan maddi hukuka, doğa bilimlerinin tarafsızlığı ve objektifliğini atfetmektedir. Bu anlamda "bilim" politik bir kavrama, üniversite çevresinde değer ve liyakatın ölçüsüne dönüşmektedir. Hukuk dahil herhangi bir bilgi öbeğinin üniversitede aktarılması, bilim olmasından ve bu sebeple değer taşımasından kaynaklanır. Objektiflik, tarafsızlık ve rasyonelliği simgeleyen "bilim", teori ile pratik arasında bir araç vazifesi görmekte ve elbette bilimsel değerle kutsanan teori olmaktadır¹⁶. Langdell' in ifadesiyle,

"Eğer (hukuk) bir bilimse, en önemli ve zor bilimlerden biri olduğu ve en ileri öğrenme düzeyinde aydınlatılması gerektiği tartışma götürmez. Hukuk sadece üniversitede, basılı kitaplar aracılığıyla öğrenilip, öğretilir. Bu sebeple, eğer hukuk öğrenip öğretmenin, bir avukatın bürosunda çalışmak veya mahkeme tutanakları gibi başka ve daha iyi araçları varsa ya da basılı kitaplar diğer araçlardan ötürü faydalı şekilde kullanılabilirse, bu tip araçların üniversite tarafından sağlanamayacağını itiraf etmek gerekir. Ancak basılı kitaplar hukuk bilgisinin nihai kaynaklarıysa..... hukuk öğretip öğrenmenin tüm olası imkanlarını bir üniversite, sadece üniversite sağlayabilir..... Bir kişiye hukuk öğretme vasfını kazandıran, bir avukatın ofisinde çalışmak, insanlarla muhatap olma tecrübesi, duruşma veya davanın kanıtlanmasıyla edinilen tecrübe, kısacası hukuku kullanma tecrübesi değil, hukuk öğrenme tecrübesidir. Romalı avukatın, Romalı *praetorun*, daha da az Romalı *procuratorun* değil, Romalı hukuk danışmanının tecrübesidir¹⁷."

¹⁴ C. C. Langdell, A Selection..., s. vi.

¹⁵ Langdell, The Harvard Law School (Speeches...), s. 124.

¹⁶ Carter, s. 72-75.

¹⁷ Langdell, The Harvard Law School (Speeches...), s. 124.

Langdell hukuk öğrenme ve iyi hukukçu olma koşulunu, tecrübeye değil, akademik sürece bağlamaktadır. Bu aslında oldukça büyük bir iddiadır. Çünkü, İngiltere’de ve devamında Amerika’da yaygın olan bir geleneği kırmaya ve doğası gereği pratiğin içinde olmayı, tecrübeyle yoğrulmayı gerektiren bir mesleği üniversite sıralarına taşımaya çalışmaktadır. Ona göre bir avukatın meslekte uzmanlaşmasının asıl püf noktası, iyi bir hukuk eğitimi alması, mahkemelerde değil amfilerde dirsek çürütmesidir. Peki bu çok önemli vazifeyi üstlenen fakülte hangi niteliklere haiz olmalıdır?

“Hukuk bir bilimdir ve bu bilimi öğretip öğrenmenin doğru adresi, iyi donanımlı bir üniversitedir. Dolayısıyla hukuk kütüphanesi en büyük ve daimi ilgi alanımızdır..... kütüphane profesör ve öğrencilerin atölyesidir. Üniversite laboratuvarları kimyagerler ve fizikçiler, doğal tarih müzesi zoologlar, botanik bahçe botanistler için neyse, kütüphane de hukuk profesörleri ve öğrencileri için odur; atölyeleridir¹⁸.”

Görüldüğü üzere, hukuk fakültesinin zaruri fiziksel özelliklerini betimlerken, doğa bilimlerinin araçlarından ve lisanından yararlanmaktadır. Çağının popüler ve saygın bilimleri olan kimya, fizik, zooloji, botaniğin adını ve araştırma mekanlarını zikretmektedir. Hukuku bunlara benzeterek, bir bilim olduğu ve bu sebeple üniversiteye taşınması gerektiği vurgusunu güçlendirmektedir. Elbette diğerleri gibi hukukun da kendi atölyesi, laboratuvarı, doğal tarih müzesi, botanik bahçesi vardır: Üniversite kütüphanesi. Yine Langdell’e göre:

“Hukuk sadece bilim değil, tartışmasız şekilde en büyük ve ihtişamlı bilimdir. Kamunun ve Devletin en hayati menfaatlerini birleştiren bir bilim olduğu da tartışma götürmez. Bu bilime ait bilgiyi tüm boyutlarıyla edinmek, her hevesli avukatın amacı olmalıdır. Ancak, gerçekte çok az sayıda avukatın bir bilim olarak hukuku önemseydiği, profesyonel başarı için böyle bir bilginin gerekli olmadığı; çoğu başarılı avukatın, hukukun dayandığı gerekçe veya prensiplerle ilgili sıkıntıya girmeksizin, mahkemelerce belirlenmiş haliyle yetindiği söylenecektir. Bu ifadede bir gerçeklik payı olduğu itiraf edilmelidir¹⁹.”

Langdell’in iddia ettiği üzere, hukuk toplumun ve devletin menfaatlerinin kesişme noktasında yer aldığı için, diğer bilimlerden de önemlidir. Böylesine mühim bir disiplinin bilgisine erişmek, ayırım gözetmeksizin tüm avukatların ereği olmalıdır. Langdell gerçekçi bir yaklaşımla, çoğu avukatın böyle bir farkındalık düzeyinde olmadığını itiraf

¹⁸ Langdell, The Harvard Law School (Speeches...), s. 124.

¹⁹ Langdell’den aktaran Carter, s. 77-78.

eder. Ancak bunu kabul etmesi, aynı zamanda doğru bulduğu ve onayladığı anlamına gelmez. Daha önce değinildiği üzere, avukatlar ve akademisyen hukukçular için iki farklı eğitimden veya hukuk sisteminden bahsetmek mümkün değildir. Bu tip bir girişimin başarılı olma şansı yoktur.

HUKUKUN BİLİMSELLİĞİ

Hukukun bilimselliği iddiasını ortaya atan ilk düşünür Langdell değilse de, onunla kazandığı anlam, amprik metodolojiye uygun olduğudur. Gereklilikleri sadece düzenli bir bilgiler yumağıyla karşılanamamakta; kitaplarda yer alanlar hukuk bilimine malzeme sağlamaktadır²⁰. Bu yaklaşım, yaşadığı yüzyılın bilim algısıyla da uyumludur. Ondokuzuncu yüzyıl sonlarında baskın olan bilimsel yöntem (Darwin'in de azımsanmayacak etkisiyle) olguların gözlemlenmesi ve yerleşik prensiplerin istisnaları çevresinde yeni hipotezler kurulmasıdır. Dogmalardan sapan olgular yeni hipotezler doğurmakta ve bunların istisnaları da döngüyü yeniden başlatmaktadır. Dolayısıyla bilimin zorunlu sonuçları daima hipotetiktir; bilimsel yasaların yeniden inşası dinamik bir nitelik arzeder. İncelenen olguların kategorize edilmesi yoluyla bir takım genel prensiplere ulaşılır²¹. Nasıl biyoloji canlı organizmaları tür ve cinslerine göre ayırıyorsa, hukuk da kapsayıcı bir sınıflandırma yapmaya ve her tekil davanın mevcut bir kategoriye denk geldiği şemalar oluşturmaya müsaittir²².

Langdell'in yaklaşımı, amprizm ve rasyonalizm olmak üzere iki kaynaktan beslenir²³. Rasyonel boyutu, hukuki gerekçelendirmenin tümdengelimci bir faaliyet olarak nitelendirilmesidir. Amprik boyutu ise, örnek olay metodundan, hukukun ilk prensiplerine ulaşmak için araç olarak yararlanılmasıdır. Ona göre, doktrin hususunda etkili bir şekilde uzmanlaşmak, gömülü olduğu davalara çalışmakla mümkündür. Nitelik bilim, birileri tarafından "yapılır"; yani, araştırma ve deneye dayanır. Hukukçular da amprik araştırmacılarıdır. Yararlandıkları veriler, temyiz edilmiş davalardaki hukuki olgular, aradıkları ise fiziksel kurallar değil hukuk prensipleridir²⁴.

²⁰ Paul D. Carrington, "Hail! Langdell!", *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, No. 3 (Summer, 1995) ss. 691-760, s. 708.

²¹ Speziale, s. 23- 24.

²² Kronman, s. 171.

²³ M. H. Hoeflich, "Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, No. 2 (Apr., 1986), ss. 95-121, s. 119.

²⁴ Hoeflich, s. 120.

Langdell etkisindeki hukuk "bilimciler", geçmiş örneklere dayanan ilke ve kuralları varsayan davalarla işe başlamaktadır. Yeni davaları ele aldıkça ve istisnalarla karşılaştıkça, gerekçelendirilme biçimlerini karşılaştırmakta, ya yeni kurallar oluşturmakta ya da değişiklikler yapmaktadırlar. Bu metod, tümdengelimci, amprik²⁵ veya Langdell'in ifadesiyle bilimsel olarak nitelendirilebilir²⁶.

Bilimsel araştırmaya konu olan veriyi yine hukukun kendisi sağlamaktadır. Kütüphane öğrencilerin laboratuvarı, davalar numune veya moleküller, yargı kararları hukuki deneyler, hukukçuların yazdıkları ise kâşiflerin notları olarak görülebilir. Dolayısıyla hukuk öğrencileri, dava sonucunun ötesine, yargıcın gerekçesine yani hukuk ilkelerini arayan kâşifin düştüğü notlara bakmalıdır²⁷.

Langdell biyolojiye ilaveten, matematiksel, daha doğrusu geometrik modelden esinlenmiştir²⁸. Hukuk ve geometri iki ortak özelliği paylaşırlar. İlki, başlangıç noktalarıdır. Geometrinin üzerine inşa edildiği temel aksiyomların, mantıken ve zarureten doğru olduğu düşünülür. Örneğin paralel çizgilerin karşılaşmaması, Öklitçi geometrinin temel önermelerinden biri olup, mantık yoluyla çıkarılamamıştır. Ancak bu önermenin doğruluğu iddiası, mantıksal bakımdan zorunlu değildir; reddedilmesi, çelişmezlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Aynısı hukuk için de söylenebilir. Mesela Anglo Amerikan sözleşme hukukunun temel prensipleri, mantıksal araçlarla çıkarılamaz. Nasıl Öklitçi olmayan varsayımlarla başlayan alternatif geometriler varsa, bu prensiplerin yer almadığı başka hukuk sistemleri de bulunmaktadır²⁹.

Langdell'in hukuk bilimini geometriye benzettiği ikinci husus, başlangıç noktası kavrandıktan sonrasıyla ilgilidir. Geometrinin başlangıç noktasının mantıksal araçlarla tesis edilmediği, bu aşamadan sonra geometrinin geri kalanının türetilmesi, çıkarımlarda bulunulmasıyla ilgilidir. Aynı şekilde bir hukuk alanında da bir kez temel önermeler belirlendikten

²⁵ Yine de Langdell'in bilimsel yaklaşımında hukukun amprik metodla ele alınışı, doğa bilimlerinden farklıdır. Hukukta doğru her zaman teoriktir. İlk prensipler ve doktrin, çok sayıda örnek davadan değil, doğru bir şekilde çözümlenmiş pek az sayıdaki davadan çıkarılır. Bu tip davaların (Langdell kitaplarında yer verdiği davaları bunlardan seçmiştir.) değerlendirilmesiyle doktrin ve ilkelere ulaşılır; ki değerlendirme, Langdell'in yaklaşımında çok önemli bir yer işgal eder. Artık doktrin ve ilkeler belirlenmiştir ve yapılacak iş, yeni davaları hükme bağlarken bunlara atıf yapmaktır. Patterson, s. 196-197, 199-200.

²⁶ Speziale, s. 26-27.

²⁷ Speziale, s. 27.

²⁸ Langdell'den önce geometriyi sosyal bilimlere ve hatta hukuka uyarlayan öncülerini için bkz. Hoeflich, ss. 95-121.

²⁹ Kronman, s. 172.

sonra, yapılması gereken sadece usa vurmaktır. Herhangi bir hukuk konusunun doktrinel detayları, temel prensiplerden çıkarım yoluyla tespit edilebilir. Örneğin sözleşmeler hukukuna ilişkin tam ve kesin bir açıklama, temel kavram ve dayanak noktaları incelenerek yapılabilir. Hukuk da geometrideki gibi dikkat, zaman ve özveri gerektirmekte; ancak, her iki bilim kolunda da tecrübe bu süreçte büyük rol oynamamaktadır. Dolayısıyla, hukuk bilimi açısından, uygulamada pişmiş avukat, akademide eğitilmiş olana göre büyük avantajlara sahip değildir³⁰.

Langdell her ne kadar mantıksal simetriyi esas alsada, Common Law'ın mahkemelerce oluşturulduğunun ve duyurulduğunun farkındadır. Bu sebeple önerme olarak sunduğu ilkeleri doğrudan mahkeme kararlarına dayanarak ortaya koyar. Ona göre doğru önermelerden yapılan mantıksal çıkarımlar hukuk kurallarıdır. Mantıksal çıkarımlara ilişkin ısrarı, istisna ve değişikliklere mesafeli yaklaşmasına sebep olur³¹.

Herhangi bir hukuk alanı bilimsel yöntemle değerlendirilirken, öncelikle o alanın dayandığı temel ve ayırt edici özellikler, geçmiş davalar incelenerek belirlenir. Bunların tespit edilmesinin ardından hukukçulara düşen, analitik bakımdan titiz bir çalışmayla ikincil prensipleri ortaya koymaktır. Önerme formunda ifade edildikten ve aralarındaki ilişki açıklandıktan sonra, bu prensipler, ilgili hukuk dalının gerçekte ne olduğunu betimleyen iyi düzenlenmiş bir kurallar sistemi teşkil edecektir. Bu sistemle uyumlayan tekil davalar ise hata olarak reddedilmelidir. Çünkü hukuk, düzenli bir önermeler sistemidir ve bu sistemde herhangi bir yere oturmayan bir dava, ilgili önermenin henüz geliştirilmemiş olmasından kaynaklanır. Böyle bir durumda, analiz sürecini çözüm sağlayacak kadar ileriye taşımak gerekir³². Mantıksal tümdengelimle, hukukun doğru prensiplerine ulaşmak her aşamada mümkündür. Yine de bu faaliyetle elde edilen prensiplerle uyumlu olmayan, doğru mantık uygulandığı halde çözülemeyen davalar varsa, bunlar yanlış örneklerdir. Mahkemeler ve avukatlarca reddedilmeleri icap eder³³.

HUKUK UYGULAMASI

Langdell'in Amerikan hukuk tarihindeki öneminin bir nedeni hukuk fakültelerinin gelişmesi için sağladığı gözardı edilemez katkı ise, diğeri de mahkemelerde esen formalist rüzgarı tetiklemeştir. Aslında başlangıçta, yani İç Savaş sonrasında, yargıçların Langdell'in görüşlerini bilinçlice

³⁰ Kronman, s. 173-174.

³¹ William Schofield, "Christopher Columbus Langdell", *The American Law Register*, Vol. 55, No. 5, (1898-1907), Volume 46 New Series (May, 1907), ss. 273-296, s. 288.

³² Kronman, s. 171, 174.

³³ Carrington, s. 708-709.

benimsediği veya uyguladığı söylenemez. Langdell, İç Savaş'ın Amerika'nın politika ve hukuk tarihinde bir dönüm noktası olduğunu, hukuka başka bir açıdan yaklaşılacak yeni bir çağın başladığını farketmiştir. Onu kendi zamanının sembolü haline dönüştüren, formalizm etkisindeki yeni düzeni bilinçli ve teorik dayanaklar inşa ederek açıklamasıdır³⁴.

Klasik devrin en önemli çatışması, hukuk ve politika arasında yaşanmakta; bir tarafta kodifikasyon yanlıları, diğer tarafta ateşli Common Law savunucuları yer almaktadır. Temel sorun, yargıcın hukuku yaratması mı yoksa sadece duyurması mı gerektiğidir. Yargıcın rolünü mevcut hukukun bildirilmesi ve uygulanmasından ibaret görenler, hukukun oluşturulmasını demokratik yasakoyuculara ait "politik" bir vazife saymaktadır. Karşı cephedekiler ise hukukun "bilimsel" boyutuna vurgu yaparak, yargıçlar tarafından geliştirilip açıklanabileceğini düşünmektedir. Esasen hukuk ve politika ikilemi, derinde yatan daha büyük bir korkunun, "çoğunluğun diktası" endişesinin ürünüdür. Her ne kadar zorbalığından korkulan çoğunluk dini, kültürel veya politik olabilirse de, asıl tehlike ekonomiktir. Dünyanın politik bakımdan en demokratik ülkesinin, zoraki dayatılan ekonomik eşitlik fikrinden nasıl kaçınabileceği kaygısı, diğerlerine galebe çalmaktadır. Hukukun, demokratik politikacıların elinde bir enstrumana dönüşmeksizin, devlet ile toplum arasında politik olmayan bir tampon işlevi görmesi beklenmektedir³⁵. Bu dileğin yerindeliği, elbette ki tartışmaya açıktır. Politikadan arınmış bir hukuk düşüncesi, kimilerine gerçeğe dönüştürülebilir bir idealmiş gibi görünse bile, Amerika'da hukuk ile politika ilişkisi, varlığı reddedilemeyecek derinlikte bir tarihsel kökene dayanır³⁶.

Bu koşullarda ortaya çıkan formalizm³⁷, hukuku, apolitik, değerden bağımsız ve teknokratik bir disiplin olarak tasarlamak³⁸. Hukuk bir bilimdir;

³⁴ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven and London: Yale University Press, (1977), s. 62.

³⁵ Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York: Oxford University Press, (1992), s. 9.

³⁶ Carrington, s. 708.

³⁷ Grey, formalist çerçevede hukuktan beklenen beş amaçtan bahsetmektedir: (a) *Bütünlük*: Bir hukuk sisteminin, yargı alanındaki her davaya bir çözüm sağlayacak kurumsal mekanizmaları ihtiva etmesidir. Mahkeme bir davayı, maddi hukukta doğru ve net bir cevabı bulunmadığı için reddediyorsa, prosedürel boşluk; iki mahkemenin aynı uyumsuzlukla ilgili yargılama, birbiriyle çatışan ilamlar ilan etme yetkisi varsa ve bu çatışmayı çözecek kurumsal bir mekanizma mevcut değilse, prosedürel çakışma söz konusudur. Neredeyse tüm hukuk sistemleri bütünlük iddiasındadır ve kuramlar, hukukun uyumsuzluk çözme rolü dolayısıyla bu gerekliliğe önem atfeder. (b) *Tamlık*: Bir hukuk sisteminin tamlığı, maddi normlarının, tüm uyumsuzluk ve davalarda tek ve doğru bir cevap üretmesi anlamına gelir. Bir sistem, mevcut normların uygulanmadığı olgusal durumlardan veya normlar arasındaki tutarsızlıklardan ötürü tam olmayabilir. Çoğu çağdaş

politik saldırılardan muaf bir hukuki gerekçelendirme sistemi oluşturmak ve bütünleşik, sistematik, genel ve soyut betimlemelere ulaşmak mümkündür. Eğer hukuki kavramların tarafsızlığı sağlanabilirse, üzerinde uzlaşmaya varılmış amaçlar bulunmasa bile genel bir süreç ve ilkeler sistemi kurulabilir. Uyuşmazlıklar, her davanın kendine özgü maddi koşullarına saplanmaksızın çözülebilir³⁹. Böylece, hem davanın resmi aktörleri hem de temel kural ve prensiplerden haberdar olan uyuşmazlık tarafları, davaların nasıl karara bağlanacağını önceden kestirebilir⁴⁰.

Langdell da aynı çizgiyi sürdürerek hukuku, kavramlar aracılığıyla açıklanabilen, en zor görünen davaların bile verili şema ve kategorilere göre çözülebildiği, objektif açıdan incelenmeye ve dahası üniversitelerde öğretilmeye müsait bir bilim olarak ele alır. Ancak klasik formalizmi, kurallardan, hukuki kararların kuralların uygulanması ve tümdengelimli akıl yürütmeye verilmesinden bir adım ötesi olarak düşünmek gerekir⁴¹. Hukukun kavramsal kategorileri davalardan önce mevcuttur ve somut uyuşmazlıklar, bunların hukuki kararlara yansımalarının yolunu açar⁴².

hukuk kuramcısı, bütünlüğü erişilebilir bir özellik gibi algılarken, tamlığı böyle değerlendirmemektedir. Her davanın karara bağlanması gerekiyorsa da, sistemdeki normların çözüm üretmediği veya tutarsız cevaplar ürettiği durumlar olacaktır. Bu hallerde yargıcın yeni bir kural yaratmak veya çatışan normlar arasında bir tercihte bulunmak suretiyle takdir yetkisini kullanması gerekir. (c) *Formellik*: Bir hukuk sisteminin formel olması, sonuçlarının kanıtlayıcı (rasyonel bakımdan zorlayıcı) gerekçelendirme yoluyla dikte edilmesidir. Evrensel formellik ise, bir sistemin bütünlüğünü garanti etmek için yeterli bir koşuldur. Langdell düşüncesinin önemli amaçlarından biri formellik yoluyla bütünlüğe erişmekse de, evrensel formellik zorunlu bir koşul değildir. (d) *Kavramsal düzen*: Bir hukuk sisteminin, maddi temel düzey kurallarının, kendi içinde tutarlı bir düzeni bulunan, az sayıdaki göreceli soyut ilke ve kavramdan çıkarılabilecek şekilde düzenlenmesidir. Sistemin nihai kurallarının daha genel prensip ve kavramlardan çıkarılması kanıtlayıcıken, kavramsal düzenleme formeldir. Çıkarım titiz bir şekilde yapılmasa bile, formel olmayan ama düzenli bir sistem oluşturabilir. Düzenlenmiş bir hukuk sisteminde, maddi hukukta (örneğin haksız fiil, sözleşme) ve nihai kuralların çıkarıldığı ilkelere kullanılan kavramları (örneğin değerlendirme, en yakın sebep) ayıran sınıflandırıcı kategorileri tespit etmek mümkündür. (e) *Kabul edilebilirlik*: Bir hukuk sisteminin, dahilindeki kişilerin ideallerini ve isteklerini karşılama arzusu, kısmen resmi eylemlerin makul biçimde öngörülebilir olması ve böylece insanların yaşamlarını planlayabilmesi yönündeki pratik sosyal talebe dayanır. Grey, s. 7-10. Ayrıca bkz. Richard D. Pildes, "Forms of Formalism", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 3 (Summer, 1999), ss. 607-621, s. 609.

³⁸ Carrington, s. 708.

³⁹ Horwitz, s. 12, 16.

⁴⁰ Kimball, Warn Students..., s. 58.

⁴¹ Pildes, s. 609.

⁴² Jeffrey Malkan, "Literary Formalism, Legal Formalism", *Cardozo Law Review*, Vol.19, No.4, (1997-1998), ss. 1393-1439, s. 1438.

Sözleşmeler hukukundaki "posta kutusu kuralı", Langdell'in verdiği ve Grey'in özetleyerek aktardığı iyi bir örnektir. A kişisine, posta aracılığıyla bir sözleşmeyle ilgili icapta bulunulması halinde, sözleşme, kabulün postaya verilmesiyle mi yoksa ulaşmasıyla mı bağlayıcı hale gelir? Çoğu modern yazar, taraflara kolaylık sağlamak adına postaya verilme anını esas almakta, buna da "posta kutusu kuralı" denilmektedir. Önemli olan, sorunun bir şekilde çözülmüş olmasıdır. Ancak, Langdell'in döneminde tüm mahkemelerin uyguladığı genel bir kurala henüz dönüşmemiştir. Örneğin İngiltere ve New York mahkemeleri kuralı kabul ederken, Massachusetts reddetmektedir. Langdell'e göre bu, sadece pratik bir mesele değildir. Temel prensipler, sözleşme kurulmadan evvel kabulün ulaştırılmış olmasını gerektirir. Buna dayanak teşkil eden doktrin, bir sözün, değerlendirilmedikçe bağlayıcı olamayacağıdır. İcabın değerlendirilmesi, kendisine teklif sunulan kişinin kabulü geri dönmesidir. Bir söz, doğası gereği iletişim kurulmadan tamamlanmış sayılmaz. Kabul mektubu ulaşana dek ortada söz veya değerlendirme olmadığına göre, sözleşme de olamaz. Maddi adalet, elverişlilik, tarafların menfaatleri gibi açıklamalar konuyla ilgisizdir⁴³.

Langdell kabul mektubunun icapta bulunana ulaşmasını ararken, aslında iki tarafa da eşit mesafeye yaklaşmakta, aralarından birinin uğrayabileceği zararı veya adalet duygusunu konunun dışında tutmaktadır. Zira, adalet zamana, koşullara veya kişilere göre değişebilen bir duygu halidir ve duygusal tepkilere dayanan bir hukuk yaklaşımı ya da bu etkiyle varılan yargı, standart bir uygulamaya dönüşemeyecek kadar belirsizlik içerir. Langdell'in yaptığı, yeni kurallar oluşturmak değil, mevcut kuralların işleyebileceği standart bir zemin sunmaktır. Örneğin, posta kutusu kuralına karşı geliştirdiği argüman, neredeyse sözleşmeler kadar eski olan "karşılıklılık" prensibine dayanır. Bu prensibi, sınırları belirgin bir düzleme taşımakta ve aynı olguların, farklı insanlar tarafından aynı şekilde tanımlanmasının önünü açmaktadır. Böylece herhangi bir dava çözüldükçe, adalet hissini değil standartlaşmış doktrinel kavramların izi sürülecektir⁴⁴. Langdell hakkaniyet gibi, hukukun hakime yaratıcılık tanıdığı koşullara karşı muhafazakar bir tutum sergilemektedir. Hakkaniyet bir çareler ilmidir ve Langdell doğal adalet adı altındaki kuram veya kavramlardan hoşlanmamaktadır⁴⁵.

Langdell sonrasında da hukukun kapalı bir mantıksal sistem olduğu görüşü egemendir. Yargıçlar hukuk yaratmamakta, bilakis var olan hukuku duyurmaktadır. Yargının işlevi, hukuk kurallarını değişen koşullara

⁴³ Grey, s. 4.

⁴⁴ Catherine Pierce Wells, "Langdell and the Invention of Legal Doctrine", *Buffalo Law Review*, Volume 58, (May 2010), Number 3, ss. 661-618, s. 608-610.

⁴⁵ Schofield, s. 288.

uyarlamak veya doğru hukuk kurallarının ne olduğunu keşfetmek değildir. Geçmiş hatalar ifşa edilebilir ve bu yolla küçük değişiklikler yapılabilir ama doğru, bir kez erişildikten sonra kesin ve daimidir. Değişikliğin yolu yasama faaliyetidir, ki buna bile kuşkuyla yaklaşılmakta; Common Law'ın zararına olabilecek yasalar dikkatlice tahlil edilmektedir⁴⁶.

Bu dönemde mahkemeler, değişime karşı çıkan ve geçmişe sıkı sıkıya bağlı muhafazakar kalelere dönüşmüştür. Yargıçların istidadı, karar metinlerine de yansımaktadır. Devir, seri tebligatlar devridir. Yargıçlar yargıladıkları davadaki olgulardan veya kararın gerekçelerinden nadiren rahatsızlık duymakta, hatta neredeyse gerekçe yazmadan davaları sonuçlandırmaktadır. Uygulanan kuralların ilgili davayı çözdüğünü söylemekten fazlası yersiz ve bazen hukuk dışı görülmektedir⁴⁷.

Aşağıda yer alan örnek kararda, hem Langdell'in bakış açısını hem de onun etkisindeki hüküm verme faaliyetini net bir şekilde gözlemlememiz mümkündür. Bu karar Indiana Yüksek Mahkemesi tarafından 1901 yılında verilmiştir ve formalist yaklaşımı açıkça yansıtmaktadır.

"Indiana Yüksek Mahkemesi

HURLEY v. EDDINGFIELD

4 Nisan, 1901

156 Ind. 416, 59 N. E. 1058

Montgomery ili gezici mahkemesinin temyiziyle, Jere West, Yargıç BAKER J.

Temyiz talebinde bulunan taraf, davalıya, vasiyet bırakmadan ölen yakınının ölümüne kusurlu olarak sebebiyet vermekten ötürü 10.000 dolar tazminat talebiyle dava açmıştır. Mahkeme davalının itirazını kabul etmiş ve bu kararın hatalı olduğu kararlaştırılmıştır.

Maddi olgular şu şekilde özetlenebilir: Merhumun ölümü zamanında ve öncesinde, davalı Montgomery ilçesi, Mace'de pratisyen doktor olarak çalışmaktadır; eyalet yasaları gereğince lisans sahibidir. Kendisini kamuya genel tıp doktoru olarak sunmaktadır. Merhumun aile doktorudur. Merhum ağır hastalanır ve davalıyı çağırır. Ulak, davalıyı merhumun şiddetli hastalığıyla ilgili bilgilendirir, vereceği sağlık hizmeti için ücretini teklif eder, başka bir doktora zamanında ulaşamayacağını ve merhumun onun özen göstermeksizin merhuma yardım etmeyi reddeder. Davalının acil hizmetine ihtiyaç duyan herhangi bir hasta yoktur, eğer

⁴⁶ Gilmore, s. 62.

⁴⁷ Gilmore, s. 63.

istese merhumu kurtarabilecek durumdadır. Merhumun hatası olmaksızın ve tamamen davalının hatası sonucunda ölüm gerçekleşir.

Kusurlu olduğu iddia edilen eylem, davalının bir hizmet sözleşmesine dahil olmayı reddetmesidir. Dava vekili, tıp uygulamasını düzenleyen yasadan önce, doktorların talepte bulunan herkese profesyonel hizmet sağlamakla yükümlü olduğuna muhalefet etmemektedir. (Whart. Neg. § 731.) Tıp uygulamasını düzenleyen yasa, bir müfettişler kuruluna, yeterlilik standartlarını, sınavları, yeterli bulunanların ruhsatlarını, ruhsatsız çalışma cezalarını vazetmektedir. (Yasalar 1897, p. 255; Yasalar 1899, p. 247.) Yasa, zorlayıcı değil önleyici bir ölçüdür. Tıp muayenesi için devlet ruhsatını (iznini) alırken kişi, kendi kabul ettiklerine ilaveten tüm diğer hastaları da muayene edeceğinin garantisini vermemekte ve devlet de böyle bir hizmeti zorunlu kılmamaktadır. Dava vekilinin, hancıların, taşımacılık hizmeti verenlerin ve benzerlerinin kamuya karşı yükümlülüklerinden hareketle yaptığı benzetmeler, konu dışıdır. *Hüküm onaylanmıştır.* "

Karar, Langdell'in bilimsel metoduyla gayet uyumlu, kısa, net ve anlaşılır niteliktedir. Dava konusunun, hukuki dayanaklarının ve hükmün ifade ediliş şekli ile kullanılan dil tam olarak dönem özelliklerini yansıtmaktadır. Aynı bilimsel gözlüğü takarak analiz edecek olursak, ana hususlar şu şekilde özetlenebilir:

Davanın tarafları: Dava taraflarının soyadları sadece bir kez, o da karar başlığında geçmekte; metin içerisinde taraf, davalı ve merhum ifadeleri kullanılmaktadır. Bunlar, herhangi bir karar metninde rastlanılabilecek genel sıfatlardır ve örnek olayın benzerlerinden farklı olmadığı vurgusunu güçlendirmektedir.

Hukuki olgu: Temyiz talebinde bulunan tarafın, davalıya, vasiyet bırakmadan ölen yakınının ölümüne kusurlu olarak sebebiyet vermekten ötürü dava açması, mahkemenin davalının itirazını kabul etmesidir. Temyiz süreciyle sonuçlanan hukuki prosedür gayet açık ifadelerle özetlenmiştir.

Maddi olgu: Davalı, mesleği icra etmek için gerekli niteliklere haiz olup, merhumun aile doktorudur. Merhumun ağır bir şekilde hastalandığı, hizmetinin karşılığında ücret ödeneceği, başka bir doktora ulaşılabilecek zaman olmadığı ve kendisine güvenildiği yanlış anlamaya mahal vermeyecek şekilde açıklandığı halde, muayene ve tedavi etmeyi reddetmiş, hasta ölmüştür. Doktorun o esnada hizmet vermeyi reddetmek için özel bir gerekçesi bulunmamakta, sadece bir hizmet akdinin tarafı olmayı kabul etmemektedir. Karar metninde, herhangi bir yorum katılmaksızın ve dolaylı açıklamalara başvurulmaksızın olayın gelişim seyri açıklanmış; yine aynı tarafsızlıkla, ölümün merhumun değil davalının kusurundan kaynaklandığı belirtilmiştir.

Hukuki dayanaklar ve hüküm: Kusurlu olduğu iddia edilen eylem betimlenmiş, davalı tarafın dayanak ve iddiaları anahatlarıyla açıklanmıştır. Ardından, benzeri başka bir olaya da uyarlanması mümkün, genel hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili yasanın kapsamı dahilinde ve haricinde kalan hususlar belirlenmiş; başka bir ifadeyle, sınırları çizilmiştir. İlgili yasa, zorlayıcı değil önleyici bir ölçüttür. Doktorlar mesleğe başlar ve ruhsat alırken, kendi kabul ettikleri dışındaki hastaları da muayene edeceklerine ilişkin taahhütte bulunmamakta ve devlet böyle bir hizmeti zorunlu kılmamaktadır. Dava vekilinin, hancıların, taşımacılık hizmeti verenlerin ve benzerlerinin kamuya karşı yükümlülüklerinden hareketle yaptığı benzetmeler, konu dışıdır. Hüküm onaylanmıştır.

Dikkat edilirse, davanın unsurları kısa ve açık şekilde ifade edilmiş, objektif kriterlerle değerlendirilmiştir. Davalı ve davacının isimleri metin içinde kullanılmamakta, herhangi iki taraf arasında geçen herhangi bir dava, benzerlerine emsal teşkil edebilecek surette çözülmektedir. Bir diğer husus, karar verilirken katı yasal sınırların hiç esnetilmemesi ve insanlık onuru, yaşama hakkı, hasta hakları, hakkaniyet veya adaletin gereklerine atfı yapılmamasıdır. Hakim doğrudan mevcut hukuku uygulamakta, kanaat ya da takdir kullanmamaktadır. Davacı tarafın iddiaları, merhumun tedaviden mahrum kalmaya bağlı ölümü tamamen mevzu dışıdır. Hükme esas teşkil etmemektedir.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri'ne akademik çalışma yapma amacıyla gelen her hukukçunun karşısına çıkması muhtemel bir isimdir Langdell. Çünkü Amerika'da ilk hukuk fakültesini kuran, üç yıllık hukuk öğretimi uygulamasını başlatan ve istisnasız her derste halen etkin bir şekilde kullanılan örnek olay metodunu "icat eden" kişi odur. Ülkenin namlı, şanlı, büyük hukukçusudur. Konuya buradan yaklaşınca, "Langell ve Hukuk Öğretimi" başlıklı bir makale yazmak daha yerinde bir tercihmiş gibi görülebilir. Ancak Langdell'i Langdell yapan, sadece "Hukuk öğrenme ve öğretme süreci nasıl daha iyi hale getirilebilir?" sorusuna fiilen verdiği cevap ya da itinayla gerçeğe dönüştürdüğü "Üniversitede Hukuk!" idealidir diyemeyiz. Bunların değerinden kuşku duyulmadığı gibi, bağımsız bir çalışma içerisinde ele alınması, biyografisi eşliğinde okuyucuya sunulması gayet mümkündür. Olasılıklar bir yana, halihazırdaki metnin ateşleyicisi, Langdell'in hukuku, profesörü, öğrencisi, avukatı, yargıcı, üniversitesi,

kütüphanesi, mahkemesiyle bir bütün halinde ele almasıdır. Üniversite birinci sınıftan yargılamaya kadarki her aşamayı, birbirinden ayırlamayacak şekilde harmanlamıştır. Bu yapının harcı, mihenk taşı ya da ortak bileşeni, bilimdir. Hukuk bir bilimdir. Dolayısıyla Langdell'in ifadesiyle "en büyük ve ihtişamlı" bilim olan hukukun öğretimi, uygulaması ve yargı düzeneği de yalnızca bilimsel usullerle gerçekleştirilip kavranabilir.

Langdell'i hukuku bir bilim olarak nitelemeye sevk eden, yaşadığı çağın ve içinde bulunduğu akademik ortamın gerekleriyle yakından ilgilidir. Ondokuzuncu yüzyıl Amerika'sında herhangi bir disiplinin üniversitede öğretilecek denli önemli olduğunu kanıtlamanın yolu, "bilim" ve "bilimsel" kavramlarının koruyucu şemsiyesi altına almak, ondan ciddi bir disiplin inşa etmektir. Langdell'in mücadelesini verdiği şey ile hukukun gerçekten bilim olup olmadığı birbirlerinden farklı meselelerdir. Langdell, bir hukuk fakültesi kurmanın, hukuku doğa bilimleri kadar saygın bir konuma taşımanın uğraşı içerisindeydi. Eğer mübalağaya kaçmazsa, karşısında hangisinin daha çetin ceviz olduğunu söyleyemeyeceğimiz, iki güçlü rakip bulunmaktadır. İlki, kökleşmiş bir Common Law geleneğidir. Hukuk üniversitelerde değil bürolarda öğrenilmekte ve hukukçular, teorinin yokluğunda pratikte pişmektedir. Langdell'in bilim olarak hukuk iddiası, alaylı hukukçuluğun egemen olduğu, mektepliliğin ise bilinmediği bir coğrafya ve zaman dilimindeki mutad uygulamalara karşı gelmektedir. Bununla bağlantılı diğeri ise, ülkedeki hukuk kültürünün özetini teşkil eden "tecrübe olarak hukuk" anlayışıdır. Uygulamada gelişen, uygulamayla beslenen bir hukuk algısını, mantıkla değiştirmeyi seçmektedir. Hukuk bürolarda değil üniversitede öğrenilir, tecrübeye değil mantığa dayanır.

Fakat, Langdell'i Langdell yapan husus, tam olarak bu da değildir. Çok az düşünürün veya düşünen hukukçunun yapabileceği şekilde, sadece bilgi aktarım faaliyetini değiştirmekle kalmamış, yargılamaya da tesir etmiştir. Tabii bu, Langdell öncesi ve sonrası hükümlerde keskin bir farklılaşma olduğu anlamına gelmez. Yine de yarattığı etki hiçe sayılamayacak düzeydedir: Bilimsel gerekçelendirmeye dayanan, soyut prensiplerden çıkarsanan, tarafsız, objektif ve yeknesak yargılamaların samimi destekçisidir.

KAYNAKÇA

- Carrington, Paul D.. "Hail! Langdell!", *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, No. 3 (Summer, 1995) ss. 691-760.
- Carter, W. Burlette. "Reconstructing Langdell", *Georgia Law Review*, Vol. 32, (Fall, 1997), Number 1, ss. 1-139.
- Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, (1997).
- Eliot, Charles W.. "Langdell and the Law School", *Harvard Law Review*, Vol. 33, No. 4, (Feb., 1920), ss. 518-525.
- Gilmore, Grant. *The Ages of American Law*, New Haven and London: Yale University Press, (1977).
- Grey, Thomas C.. "Langdell's Orthodoxy", 45 *U. Pitt. Law Review*, 1, (1983-1984), ss. 1-53.
- Hoeflich, M. H.. "Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, No. 2 (Apr., 1986), ss. 95-121.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell. "A Selection of Cases on the Law of Contract, (Book Review)", *The American Law Review* (1866-1906); Mar 1880; 1, 3, ss. 233-234.
- Horwitz, Morton J.. *The Transformation of American Law, 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York: Oxford University Press, (1992).
- Kimball, Bruce A.. ""Warn Students that I Entertain Heretical Opinions, Which They are not to Take as Law": The Inception of Case Method Teaching in the Classrooms of the Early C. C. Langdell, 1870-1883", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 1 (Spring, 1999), ss. 57-140.
- Kimball, Bruce A.. "The Proliferation of Case Method Teaching in American Law Schools: Mr. Langdell's Emblematic "Abonimation," 1890-1915", *History of Education Quarterly*, Vol. 46, No. 2 (Summer, 2006), ss. 192-247.
- Kimball, Bruce A.. "Langdell on Contracts and Legal Reasoning: Correcting the Holmesian Caricature", *Law and History Review*, Vol. 25, No. 2 (Summer, 2007), ss. 345-399.
- Kronman, Anthony T.. *The Lost Lawyer- Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, (1995).
- Langdell, C. C. *A. Selection of Cases on the Law of Contracts- With References and Citations*, Boston: Little, Brown, and Company, (1871).

- Langdell, C. C. A. *Summary of the Law of Contracts*, 2. Baski, Boston: Little, Brown, and Company, (1880).
- Langdell, C. C. A. "The Harvard Law School (Speeches of Celebration of Harvard University)", 3. *L. Q. Rev.* (1887), ss. 118-125.
- Malkan, Jeffrey. "Literary Formalism, Legal Formalism", 19 *Cardozo Law Review*, (1997-1998), ss. 1393-1439.
- Patterson, Dennis. "Langdell's Legacy", 90 *Northwestern University Law Review*, (1995-1996), ss. 196-203.
- Pildes, Richard D.. "Forms of Formalism", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 3 (Summer, 1999), ss. 607-621.
- Schlegel, John Henry "Langdell's Auto-da-fe", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 1 (Spring, 1999), ss. 149-154.
- Schofield, William. "Christopher Columbus Langdell", *The American Law Register (1898-1907)*, Vol. 55, No. 5, Volume 46 New Series (May, 1907), ss. 273-296.
- Schweber, Howard. "The "Science" of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education", *Law and History Review*, Vol. 17, No. 3 (Autumn, 1999), ss. 421-466.
- Tiedeman, Christoper G. A. *Treatise on the Limitations of Police Power in the United States*, St. Louis: The F. H. Thomas Law Book Co., (1886).
- Wells, Catherine Pierce. "Langdell and the Invention of Legal Doctrine", *Buffalo Law Review*, Volume 58, (May 2010), Number 3, ss. 661-618.

“DEINDUSTRIALISATION” GELİŞMİŞ EKONOMİLERDE İMALÂT SANAYİİ SEKTÖRÜNÜN İSTİHDAM HACMİNDE ORTAYA ÇIKAN GÖRECE AZALMA

Gürgân Çelebican*

I. GİRİŞ

Ekonomik açıdan gelişmiş ve sanayileşmiş ülkelerde imalât sanayii sektöründeki istihdamın toplam istihdam hacmi içinde sahip olduğu oransal payın, özellikle 1970’li yıllardan bu yana sürekli olarak azaldığı ve sanayileşmede öne çıkmış birçok ülkede sivil istihdam toplamının giderek küçülen bir bölümünü oluşturduğu görülmekte;¹ buna karşılık üçüncü ve dördüncü sektörlerin, başka bir deyişle, hizmetler ve bilişim sektörlerinin gerek toplam istihdam gerekse gayrisafi yurtiçi millî hasıla içindeki görece önemlerini giderek arttırdığı gözlemlenmektedir. Son elli yıla yaklaşan bir süre içinde, önce yüksek gelirli ülkelerde ortaya çıkmış olan bu eğilim, giderek orta gelir grubundaki gelişmekte olan ekonomilerde, özellikle bazı Latin Amerika ve Uzak Doğu ülkelerinde de baş göstermekte ve yaygınlaşmaktadır. İmalât sanayii sektörünün belirgin olarak genel istihdam hacmi ve daha az belirgin şekilde gayrisafi yurtiçi millî hasıla içinde sahip

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

¹ Sanayileşmiş ülkeler tüm olarak ele alındığında imalât sanayii sektöründeki istihdamın toplam istihdam içindeki payı 1970 yılında %28 dolaylarında iken 1994 yılında %18 dolaylarına dek gerilemiştir. Bu gerilemenin boyutları kadar, gerilemenin ilk kez ortaya çıktığı tarihler de ülkeden ülkeye fark göstermektedir; örneğin söz konusu olgu, ABD’de 1960’lı yılların ortaları gibi erken bir tarihte görülmüşken Avrupa Birliği ülkelerinin tümünde daha geç ortaya çıkmıştır. Japonya’da ise imalât sanayii içindeki istihdamın görece gerilemesi hem çok daha sonra başlamış hem de gerileme daha ılımlı olmuştur. IMF: World Economic Outlook, May 1997, Washington 1997, s.47.

olduğu *oransal* önemin, ülkedeki ekonomik gelişmeyle ters yönde, sürekli azalış göstermesi eğilimi genel olarak *deindustrialisation* ya da *désindustrialisation* deyimıyla tanımlanmaktadır.² Bu süreç, birçok ülkede *industrialisation* ya da sanayileşme yönelimini, 19. ve 20. yüzyıllardakinden farklı olarak 21. yüzyılda ‘*yeniden sanayileşmeye*’ ya da *reindustrialisation*’a dönüştürmekte; bir başka deyişle *deindustrialisation* süreci, birçok ülkede *reindustrialisation* sürecini de peşinden sürüklemektedir.³ *Reindustrialisation* olgusu da, tıpkı *industrialisation* ve *deindustrialisation* gibi, imalât sanayii sektörünün ülkedeki toplam istihdam ve/veya gayrisafı yurtiçi hasıla içindeki payında ortaya çıkan değişmeleri ifade etmektedir. *Reindustrialisation* sürecini, imalât sanayii sektörünün ülkedeki toplam istihdam ve/veya GSYİH içindeki oransal payının sürekli artması, başka bir deyişle, “tersine *deindustrialisation*” olarak düşünmemek gerekir. *Reindustrialisation*, imalât sanayii kesiminin gerek toplam istihdam gerekse gayrisafı yurtiçi hasıla içindeki payının artmasına yol açsa da *deindustrialisation* olgusunun ya da sürecinin aynadaki görüntü gibi birebir ve tersine yansımından farklıdır; *reindustrialisation* çok daha değişik dinamiklerin etkisinde gerçekleşen bir olaydır.⁴

² Konuya ilişkin Türkçe yazında *deindustrialization*’un karşılığı olarak bazen “sanayisizleşme” deyimini kullanıldığı görülmektedir. “Sanayisizleşme olgusu, ülkelerin ekonomik gelişim süreçlerinde; üretim yapılarında ortaya çıkan ani bir değişimle, ekonomik gelişmenin doğal seyri olan tarımdan sanayiye, sanayiden hizmetlere doğru gelişme zincirinin bozulması ve sanayi sektörünün toplam hasıla içindeki payının ve sanayi sektöründeki istihdamın toplam istihdam içerisindeki payının gittikçe azalması şeklinde açıklanmaktadır.” (sic) Funda MERT: Türkiye’de Sanayisizleşme Olgusu, IGY, Genç Yönetici, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Gazetesi, 2014, sayı:36 s.9. (Erişim 30.09.2014). Bununla birlikte *deindustrialization*, imalât sanayiinin yanı sıra, madencilik ve taş ocakçılığı, elektrik-gaz-su konularındaki faaliyetleri de içeren sanayi deyiminden daha dar kapsamlı olduğu ve bir anlamda olumsuzluk algısı yarattığı için *sanayisizleşme* deyimini bu yazıda kullanmamak yeğlenmiştir. Konuya ilişkin araştırmaların birçoğunda *deindustrialisation* tanımlanırken imalât sanayii sektörünün üretiminde değil de bu sektördeki istihdamda ortaya çıkan değişmeler üzerinde yoğunlaşmasının başlıca nedeni, imalât sanayii sektöründeki istihdamın genellikle sanayileşme ve ekonomik kalkınma düzeyinin göstergesi, ayrıca, imalât sanayiinin büyüklüğünün en belirgin ölçüsü sayılmasıdır; keza, *deindustrialisation*’ı tanımlarken imalât sanayiindeki istihdamın öne çıkartılması, toplam istihdamın değişen yapısını ortaya koyma gibi bir yarar da sağlamaktadır. Bk. Steven S.SAEGGER: Globalization and Deindustrialization: Myth and Reality in the OECD, *Weltwirtschaftliches Archiv* 1997, vol.133 (4), s.582-583.

³ F.TREGENNA: Manufacturing Productivity, Deindustrialization, and Reindustrialization, United Nations University Working Paper No.2011/57, September 2011, s.5.

⁴ F.TREGENNA: y.a.g.e., s.16; Bk. Towards Knowledge-Driven Reindustrialisation, European Competitiveness Report 2013, Commission Staff Working Document, ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness, SWD (2013) 347 final, (Erişim tarihi: 16.11.2014).

Deindustrialisation deyiminin kavramsal kökeni, Nazi Almanyası’nın İkinci Dünya Savaşı’nda işgal ettiği bazı bölgeleri, buralardaki birtakım sanayi kuruluşlarına savaş ganimeti olarak el koymak ve bazılarını da bu ülkelerin dışına taşımak suretiyle sanayisizleştirme çabalarına dayanmaktadır. Bununla birlikte *deindustrialization* deyimini, savaşta yenik düşen Almanya’nın sınaî gücünü azaltmak, dolayısıyla bu ülkenin barışa yönelik olası tehditlerini önlemek amacıyla uygulanması önerilen bir misilleme siyasetini adlandırmak için ve Avrupa’daki silahlı çatışmanın bitiminde ilk kez kullanılmıştır⁵. Uluslararası konjonktürün ve siyasal koşulların değişmesi üzerine Müttefik Devletler, Almanya’nın sanayisizleştirilmesi için öngörülen plânlamanın uygulanması düşüncesinden kısa bir süre sonra vazgeçmişlerse de deyim, zaman içinde farklı yorumlara konu olarak, yaşamını günümüze dek sürdürebilmiştir.

İmalât sanayiinin toplam sivil istihdam içindeki oransal payının ülkedeki ekonomik gelişmeye karşın sürekli gerilemesi, başka bir deyişle *deindustrialisation* olgusu, aslında çok yeni bir oluşum olmasa da, özellikle gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arası ticaretin ve sermaye hareketlerinin olağanüstü arttığı, ülke ekonomilerinin ve piyasaların küresel olarak gittikçe daha fazla bütünleşme sürecine girdiği bir dönemde belirginlik kazanmıştır. Sözü edilen iki değişimin birlikte ortaya çıkışı, gelişmiş ülkelerin işgücü piyasalarında karşı karşıya kalınan sorunlar ile küreselleşme arasında nedensellik ilişkisinin var olduğu yolunda bir algı yaratmış; küreselleşme, ekonomik büyüme, uluslararası ticaret, işsizlik ile yeterli gelir elde etme konusunda önlenemeyen engeller ve nitelikli emekle niteliksiz emeğin elde ettikleri gelirler konusunda görülen büyük eşitsizlik gibi çeşitli sorunlar arasındaki karşılıklı ilişkiler sorgulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, imalât sanayiinin ekonomideki toplam istihdam ve katma değerler toplamı içinde sahip olduğu oransal payın sürekli olarak azalması dikkatleri üzerinde toplamış, *deindustrialisation*un gerek ortaya çıkış nedenleri gerekse yarattığı sonuçlar son yıllarda çeşitli araştırmalara konu olmuştur. Ne var ki, bu araştırmalarda *deindustrialisation* sürecinin, gelişmiş ekonomilerde zaman

⁵ Jefferson COWIE-Joseph HEATCOTT: The Meanings of Deindustrialization, s.1, Cornell University ILR School <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cbpubs>; ABD Hazine Sekreteri Henry Morgenthau, 1945 yılında yayınladığı ‘Germany Is Our Problem’ başlıklı kitapta Almanya’nın yeni bir savaşı başlatma gücünden yoksun kılınması için, sahip olduğu sınaî üretim tesislerinin tahrip edilerek ya da sökülüp Müttefik Devletlere taşınarak kısmen ya da tümüyle sanayisizleştirilmesini önermiştir. ABD yönetimi, Hazine Sekreterinin ‘Morgenthau Plâni’ olarak adlandırılan bu önerisini yeterince desteklememiştir. Bk.F.H.GAREAU: Disarmament in Germany, The Western Political Quarterly, vol.14, No.2 (Jan.1961), s.517.

zaman artan işsizlik, nitelikli emekle niteliksiz emeğin elde ettikleri gelirler arasındaki farkın büyümesi gibi sıkıntılara benzer bir sorun olarak ele alındığı görülmektedir; oysa, bu iki sorun ile deindustrialisation arasında kavramsal olarak fark vardır: İşsizlik ve aşırı gelir farklılığı, çözüm bekleyen ve elbette mutlaka çözülmesi gereken sorunlardır. Buna karşılık deindustrialisation, bazen istenmeyen sonuçlar yaratsa da, ilerde açıklanmaya çalışılacağı üzere, tek başına ele alındığında her zaman olumsuz bir içeriğe sahip olmayan, tam tersine, gelişmiş ekonomilerde teknolojik ilerlemenin ve emeğin verimliliğindeki artışın, kısacası, büyüme sürecinin yarattığı kaçınılmaz bir olgudur ve deindustrialisation'ın gerek gelir eşitsizliğindeki gerekse işsizlikteki artışın gelişmiş ekonomilerde ortaya çıkışına, hatta küreselleşmeye öngelen bir zamanlaması vardır. Öte yandan, konuya ilişkin yazında deindustrialisation olgusunun birbirlerinden oldukça farklı biçimlerde yorumlandığı, dolayısıyla sözü edilen deyim değişik anlamlar yüklendiği görülmektedir.⁶

Bu bağlamda birkaç örnek vermek gerekirse, *deindustrialisation* süreci ya da olgusu, a) imalât sanayii sektöründe üretimin oransal değil mutlak büyüklük olarak azalması veya istihdam düzeyinin yine mutlak anlamda düşmesi, b) üretim faaliyetlerinde ağırlığın giderek hizmet sektörüne verilmesiyle imalât sanayii sektörünün toplam üretim hacmi ve toplam istihdam içindeki oransal payının azalması, c) imalât sektörü ürünlerinin ihracat içindeki payının küçülmesi sonucu, ülke ekonomisinin dış dengesini sürdürmeye elverecek ölçüde ihracat fazlası sağlamanın gittikçe güçleşmesi ve d) buna bağlı olarak ortaya çıkan sürekli dış ticaret açığı nedeniyle bir ülkenin ya da bölgenin üretimini sürdürmek için gerekli girdi ithalatını ödemede zorlanması, böylece iktisadî daralmanın hızlanması,⁷ e) yatırım ve kaynak dağılımının giderek reel üretici sektörlerden hizmetler sektörüne

⁶ “Désindustrialisation ile ilgili tartışmalarda, çoğu kez, tanımların yeterince açık seçik olmaması ve benimsenen fikirlerden kolayca vazgeçilememesi yüzünden güçlüklerle karşılaşmaktadır. Désindustrialisation sözcüğü, bazen sanayiî istihdam ya da gayrisafi yurtiçi hasıla içindeki payının azalmasını, bazen fabrikaların topraklarımızdan yitip gitmesini, bazen de sanayi alanında var olan kendi kendimize yeterliliğimizin, başka bir deyişle, tükettiklerimizi üretme gücümüzün son bulmasını çağrıştıracak biçimde kullanılmaktadır.” ThierryWEIL: Questions naives sur la désindustrialisation, www.institut-entreprise.fr/.../societal-78-8-weil, s.41.(Erişim tarihi: 16.10.2014)

⁷ Bk.A.CAIRCROSS: What is deindustrialisation? s.5-17, F.BLACKBY (ed):Deindustrialisation,London 1982; W.F.LEVER: Deindustrialisation and the Reality of Post-industrial City, Urban Studies, Vol.28 No.6, 1991, s.983-999. (Erişim tarihi 21.10.2014); S.GÜRSEL: Yeni gündem:Sanayisizleşme, Vatan Gazetesi, 27 Şubat 2006, (Erişim tarihi: 21.10.2014).

kayması ve sanayi in ivme kaybetmesine yol açması,⁸ f) sanayi in niteliğinin yükseltilememesi,⁹ gibi farklı içerikler kazandırılarak tanımlanmaktadır.

Konuya yönelik ilgi zamanla artmış olsa da, imalât sanayii sektörünün toplam istihdam içindeki payında ortaya çıkan görece gerileme olgusu, başka bir deyişle ‘*deindustrialisation*’ süreci, 1970’li ve 1980’li yıllardaki ekonomik krizin ortalarına gelene dek yeterince dikkate alınmamış; sanayileşmiş ülkelerin karşılaştıkları ekonomik dönüşümler açıklanmağa çalışılırken, daha çok reel sektördeki sorunlar üzerinde durulmuştur. Nitekim, konuyla ilgili araştırmaların, imalât sanayii sektöründe ve birincil üretim alanlarında büyük işsizliklerin ortaya çıkmasından sonra arttığı görülmektedir; oysa, *imalât sanayii sektörünün* görece olarak gelişmemesinin ekonomik büyüme açısından yarattığı önemli sakıncalar vardır. Tarihsel olarak ele alındığında, olağanüstü geniş doğal kaynakları olan birkaç küçük ekonomi dışında kalan hemen her ülkede hızlı bir büyümenin imalât sektöründeki sanayileşmeyle at başı birlikte gerçekleştiği görülmektedir. Nitekim, *deindustrialisation* a ilişkin ilk araştırmaların yapıldığı Birleşik Krallık’ta da imalât sanayiinin toplam istihdam içinde sahip olduğu oransal önemini yitirme sorunu, daha çok, ekonomik büyümenin yavaşlaması açısından ele alınmıştır.

Bilindiği üzere imalât sanayii, ekonomik büyümenin motoru olmasını sağlayan çeşitli özelliklere sahiptir: İmalât sanayindeki dinamik ölçek ekonomisi; bu sektörün ülkedeki diğer sektörlerle olan karşılıklı bağıntıları ve ilişkileri; teknolojik ilerlemeye ve yaratıcılığa elverişli bir alan olması; üretirken öğrenmeye olanak vermesi; dış ödemeler dengesi açısından büyük önem taşıması; verimlilik artışının sektördeki üretim artışını sağlayan içsel bir değişken olması; imalât kesimindeki hızlı üretim artışı ile toplam büyüme hızı arasında var olan nedensellik ilişkisi bu özelliklerin bazılarıdır.¹⁰ İmalât sektörünün ekonomik büyümenin motoru olduğu kabullenildiği ölçüde *deindustrialisation* kaygı verici ve olumsuz bir değişim, *reindustrialisation*

⁸ “1998’den bu yana Türkiye’de tasarrufların çöküşü ile birlikte sanayiinin de milli gelir içindeki payı sürekli düşüş kaydetmekte; Türkiye, deyim yerinde ise giderek sanayisizleşmektedir.” E.YELDAN: Türkiye, Deyim Yerindeyse Giderek Sanayisizleşmektedir. www.akademikpersonel.org, (Erişim tarihi: 16.10.2014).

⁹ “Güven SAK, Türkiye’nin sanayisizleşme süreci içinde bulunduğunu ve bunun ana nedeninin de sanayi (nin) niteliğini yükseltmemesi olduğunu belirtti”, www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/3350, (Erişim tarihi: 16.10.2014).

¹⁰ “İmalât sektörü, ekonominin tüm kesimleri üzerinde çekim gücüne sahiptir. Avrupa Birliği Komisyonu’nun ortak araştırma merkezinde yapılan bir çalışma, imalât sanayinde yaratılan her bir işin ekonominin başka bir alanında iki ek işe kadar istihdam olanağı yarattığını göstermiştir.” F.C.SANZ: European manufacturing a ‘powerful engine for growth’, The Parliament Magazine, 28.09.2014.

ise olumlu bir gelişme olarak ele alınmaktadır.¹¹ Ne var ki, deindustrialisation'ın ardından reindustrialisation'ı gerçekleştirebilmek, sanayileşmenin ilk aşamalarında karşılaşılmış olanlardan daha çetin sorunlarla başa çıkmayı gerektirebilir. Günümüzde imalât sanayii sektörünün ülkedeki toplam sivil istihdam ya da GSYİH içindeki payını yeniden yükseltebilmek, sanayileşmenin başlangıcında harcanan çabadan daha fazlasını zorunlu kılabilir.

II. İMALÂT SANAYİİ KESİMİNDEKİ İSTİHDAMDAN ORTAYA ÇIKAN GÖRECE DEĞİŞMENİN NEDENLERİ

Toplumların ekonomik gelişme sürecinde hemen her ülkenin benzer aşamalardan geçtiği görülmektedir. Bilindiği gibi, ekonomik gelişme ilerledikçe gayrisafi yurtiçi hasıladan tarım kesiminin oransal payı azalırken genel olarak sanayi, özellikle imalât sektörünün payı hızla artar; tarım sektöründe var olan ve/veya verimlilik artışının açığa çıkardığı fazla işgücünün bir bölümü gittikçe artan yeni işgücü talebini karşılamak üzere imalât sektörüne aktarılır. Ekonomik gelişmenin sanayileşme aşamasında imalât sektöründeki istihdamın toplam istihdam içinde giderek daha büyük bir paya sahip olması, işgücünün büyük ölçüde tarım kesiminden sanayi sektörüne yönlmesiyle gerçekleşmiştir. Bu yönlmeye yol açan başlıca iki etkenin ilki, Engel Yasası ile açıklandığı üzere, kişi başına gelir arttıkça besin maddelerine harcanan gelir bölümünün azalması, dolayısıyla talep yapısının tarımsal ürünlerden imalât sanayi ürünlerine ve hizmetlere kayması; ötekisi ise arz cephesinde ardi ardına gerçekleştirilen yeniliklerle emek verimliliğinde ortaya çıkan hızlı artışın, aynı miktarda tarımsal ürünü daha az işgücüyle üretme olanağını sağlayarak, bir kısım işgücünü açığa çıkarmasıdır. Bu iki etkenin birleşik etkisi, işgücü gereksinmesi ve talebi gittikçe artan imalât sanayii ve hizmetler sektörlerine istihdamın geniş ölçüde kaymasıdır. Toplam istihdamın bileşimindeki bu değişim *industrialisation*, başka bir deyişle sanayileşme, olarak tanımlanmaktadır. Ne var ki, sanayileşmenin bir noktasında, tarım kesiminde gerek baştan beri varolan *fazla işgücü* gerekse, *verimlilik artışıyla açığa çıkan serbest işgücü* öteki kesimlerin artan gereksinmeleri karşılamada giderek yetersiz kalırken, hizmet sektöründe işgücü gereksinmesinin hızla büyümesi, ortaya çıkan işgücü talep fazlasının, kısmen de olsa, ancak imalât sanayii sektöründen aktarılabilecek işgücü ile karşılanabilmesine olanak tanımaktadır. Böylece, hizmetler sektöründe istihdam düzeyinin yükselmesi, imalât sektörünün toplam yurtiçi istihdam içindeki payının artış hızında önce duraksama meydana getirmekte ve bir süre sonra paydaki artış süreci tersine dönerek

¹¹ F.TREGENNA: s.6.

düşme eğilimine girmektedir; oysa emek talebini giderek arttıran hizmetler sektörünün yurtiçi istihdam içindeki payı sürekli artış göstermektedir. Bu süreç, daha önce de değinildiği üzere, *deindustrialisation* olarak adlandırılmaktadır. Burada bir kez daha vurgulamak gerekir ki, her iki sektörün toplam istihdam içinde sahip oldukları paylar mutlak değil oransal büyüklüklerdir. Eğer toplam istihdam yeterince yüksek bir hızla artmaktaysa, imalât sanayiinde çalışanların sayısı artsa da sektörün toplam içindeki oransal payında düşüş ortaya çıkabilir. Öte yandan, istihdamdaki değişme ile üretimdeki değişimin birbirleriyle birebir çakışmadığını gözden uzak tutmamak gerekir; örneğin eğer imalât sektöründe emek verimliliği hızlı bir artış göstermekteyse aynı büyüklükteki üretim daha az sayıda işçi istihdam edilerek gerçekleştirilebilir; dolayısıyla sektörün toplam istihdam içindeki payının düşmesine karşın yurtiçi toplam üretime katkısı aynı kalmış ya da artmış olabilir. Deindustrialisation, başka bir deyişle, imalât sektöründeki istihdamın toplam istihdamdaki payında ortaya çıkan görece değişme, sınaî üretimin de her zaman ve her koşulda düşüş göstereceği anlamına gelmemektedir.

İmalât sanayiinin, gerek istihdam düzeyi gerekse yarattığı katma değer bakımından ülke ekonomisindeki toplam istihdamda ve/veya GSYİH’de ortaya çıkan oransal artışların sürekli olarak gerisinde kalan bir oransal değişme eğilimine girmesi, yeni bir olgu olmasa da gittikçe hız kazandığı için, günümüzde bazı çevrelerce Avrupa Birliği’nin ekonomik ve sosyal modelini tehlikeye düşürebilecek düzeye yükselmiş bir olumsuzluk gibi algılanmakta ve kaygı doğuran bir gelişme olarak ele alınmaktadır.¹² AB ekonomisinin sürdürülebilir ve kapsamlı bir büyüme sürecine hızla dönebilmesi ve 21. yüzyıl toplumunun yapısına, işleyişine, örgütlenmesine¹³,

¹² Avrupa Birliği’nde imalât sanayii sektörünün gayrisafî katma değere olan katkısı 2000 yılında %18.5 iken 2014 yılında %15.1’e düşmüştür. “Bu oransal düşüş, Avrupa Birliği’nin rekabet gücü üzerinde önemli sonuçlar yaratmıştır. İmalât sanayii sektörü, gayrisafî katma değer’in %15’inin biraz üstünde bir katkı yapsa da Avrupa Birliği’ndeki toplam faktör verimliliği artışının yaklaşık üçte ikisini sağlamaktadır... İmalât sanayiinin üretimindeki gerilemeye ilişkin tartışmalar, deindustrialisation’ın son derecede önemli bir boyutunu, istihdam üzerinde yarattığı etkileri gölgede bırakmıştır. Deindustrialisation’ın istihdam üzerinde yarattığı sonuçlar, üretim üzerinde yarattıklarından çok daha olumsuzdur. Avrupa Birliği’nde imalât sanayii sektörünün cârî fiyatlarla hesaplanmış üretim değeri, 2000 yılındaki 1.53 trilyon €’dan, 2013 yılında 1.7 trilyon €’nun üstüne çıkmıştır. (Sabit fiyatlarla %11.1 bir artış göstermiştir) Buna karşılık aynı dönemde imalât sanayii sektöründeki istihdamın gelişimi, 7 milyon iş kaybı ile mutlak anlamda olumsuzdur. Bu değişimler, gelişmiş ekonomilerdeki seküler trendin bir parçasıdır.” F.C.SANZ: European manufacturing a ‘powerful engine for growth’, The Parliament, (Politics, Policy and People Magazine), 28.09.2014.

¹³ Bk.Daniel Calleja CRESOPO, Director General, DG Enterprise and Industry, European Competitiveness Report 2013, Önsöz.

örneğin işçi sendikalarının rolünün zaman içindeki değişimine, gelir dağılımına, nitelikli ve niteliksiz işçi ücretleri arasındaki farkın artış/azalış göstermesine ilişkin müstacel sorunlara kalıcı çözümler bulunabilmesi için daha büyük ve daha güçlü bir ‘imalât sanayii sektörünün itici etkisi’ne gereksinme duyulduğu ileri sürülmektedir.

İmalât sanayiinin ekonomiler açısından taşıdığı önem, özellikle de ekonominin toplam büyüklükleri içinde bu sektörün sahip olduğu oransal payın giderek gerilemesinin doğurduğu ekonomik sonuçlar ile yaratması olası görülen toplumsal, hatta siyasal sorunlar, deindustrialisation olayının nedenlerini ve sürecin tersine çevrilme gereğini/olasılığını sorgulama/araştırma gereksinmesini ortaya çıkarmıştır. Konuyla ilgilenen araştırmacıların bazıları, *Giriş* kesiminde verilen örneklerin bir bölümünde de ifade edildiği üzere, imalât sektöründeki istihdamın toplam istihdam içinde görece gerilemesini, ekonomik alandaki başarısızlığın belirtisi ve yaklaşan yoksullaşmanın habercisi olarak görmekte; gerileme eğiliminin durdurulmasını, eğer olanak varsa tersine çevrilmesini ekonomi siyasetinin önde gelen hedefleri arasında saymaktadırlar. Buna karşılık, diğer bazı araştırmacılar,¹⁴ imalât sanayiindeki istihdamda ortaya çıkan görece gerilemenin gelişmiş ekonomilerdeki büyümenin ve oluşan yapısal dönüşümün yarattığı normal bir sonuç ve kaçınılmaz bir özellik olduğunu; kısa ve orta vâdede ciddi sorunlara vücut verse de, uzun vâdede yararlar sağlama potansiyeline sahip bulunduğunu ileri sürmektedirler. Bu araştırmacılar, ülke ekonomisi büyüdükçe yapısal değişimin kaçınılmazlığını ve potansiyel yararlar içerdiğini kabul etmekle birlikte, düştükleri sıkıntılı durumları atatabildikleri takdirde yaşamlarını uzun vâdede sürdürebilme kabiliyetine sahip olan belirli sanayi dallarının ya da firmaların kısa vâdede çökmesine yol açmak gibi, hem istenmeyen hem de sakınılabilecek bazı gelişmelerin ortaya çıkabileceğini göz ardı etmemektedirler. Bu araştırmacılara göre ekonomi siyasetinin öncelikli hedefi yapısal değişikliğin gerçekleşmesini kolaylaştırmak ve yeni bir ekonomik yapıya sarsıntısız geçişi sağlamak olmalıdır.¹⁵

Deindustrialization konusunda yapılmış öncü bir çalışmada, yukarıda sözü edilen zıt görüşler ele alınarak *positive deindustrialisation* ve *negative deindustrialisation* ayrımı yapılmış;¹⁶ pozitif deindustrialisation, patolojik

¹⁴ Bu konuda Bk. R.E.ROWTHORN-J.R.WELLS: *Deindustrialisation and Foreign Trade*, Cambridge 1987.

¹⁵ Robert ROWTHORN-Kenneth COUTTS: *De-industrialisation and the balance of payments in advanced economies*, October 2013, Foresight, Government Office for Science, Future of Manufacturing Project:Evidence Paper 31, s.7. www.gov.uk/government, (Erişim tarihi: 25.10.2014).

¹⁶ R.E.ROWTHORN-J.R.WELLS: *y.a.g.e.*, s.5-6.

bir olgu olarak değil, uluslararası rekabet gücü olan, kişi başına düşen gelirin artış gösterdiği, kısacası, gelişmiş ve tam istihdama ulaşmış ülkelerde sınıf dinamiklerinin ve sürdürülebilir bir ekonomik gelişmenin doğal bir sonucu olarak tanımlanmıştır. Sözü edilen çalışmada, gelişmiş ekonomilerin imalât sektöründe üretimin artmasına rağmen bu sektörde gerçekleşen hızlı ve büyük oranlı verimlilik artışının, daha az sayıda işgücü çalıştırılmasına olanak vererek toplam istihdamda sektörün sahip olduğu oransal ya da mutlak payın azalmasına yol açtığı; bununla birlikte; imalât sanayiinde işini yitiren işçilerin istihdam edilmesine yetecek kadar yeni iş olanakları hizmetler sektöründe yaratıldığı için işsizliğin ortaya çıkmadığı; çelişki gibi görünse de, pozitif deindustrialisation’ın ekonomik başarısının işareti olduğu ileri sürülmüştür. Buna karşılık, sadece gelişmiş ekonomilerde ortaya çıkan pozitif deindustrialisation’ın aksine negatif deindustrialisation, sanayi kesiminin ağır güçlüklerle karşı karşıya kaldığı, imalât sanayii sektöründe azalan üretim ya da artan verimlilik yüzünden işini yitiren işçilerin hizmetler sektöründe iş bulamadığı, dolayısıyla da işsizliğin artış gösterdiği; ekonomi alanındaki başarısızlığın ürünü olan; her ülkeyi ekonomik gelişmesinin her aşamasında etkileyebilen patolojik bir olgu olarak tanımlanmıştır.

En gelişmiş ekonomilerin istatistiklerine bakıldığında, deindustrialisation sürecinde imalât sanayii kesimindeki istihdamın toplam istihdam içindeki payının küçülmesine koşut olarak bu sektörde yaratılan katma değer GSYİH’deki payının da azaldığı görülmektedir. İlk elde bu gözlem, yurtiçi harcamaların bileşiminde değişiklik olduğunu, harcamaların imalât sektörü ürünlerinden hizmet sektörü ürünlerine kaydığını,¹⁷ bir başka deyişle, imalât sanayii ürünlerine olan harcamaların toplam içindeki oransal payı azalırken hizmet sektörünün ürünlerine yapılan harcamaların oransal payının arttığını; dolayısıyla da hizmetlere olan talebin imalât sektörünün ürünlerine olan talebe göre güçlenmesinin her iki sektörde istihdamın genel istihdam içinde sahip oldukları oransal payları değiştirdiğini, kısacası, deindustrialisation sürecinin harcamalardaki kayma ile açıklanabileceğini ima eder gibidir.¹⁸ Gerçekten de, gelişmiş ekonomilerde hizmet sektörü ürünlerini satın almak için yapılan yurtiçi harcamaların câri fiyatlarla hesaplanmış hacmi, imalât sektörüne yapılan, yine câri fiyatlarla hesaplanmış harcamalar toplamından daha fazla bir büyüme göstermektedir; ancak bu büyüme, hizmet sektöründe

¹⁷ Aritmetik olarak, hizmet sektörü ürünlerini satın almak için yapılan harcamaların artış hızı, imalât sektörünün ürünlerini satın almak için yapılan harcamaların artış hızından daha büyükse, toplam harcamalarda değişiklik olmaksızın harcamaların imalât sektöründe azalıp hizmet sektöründe artmasının oransal büyüklüklerde yaratacağı sonucu meydana getirir.

¹⁸ Bu varsayıma R.E. ROWTHORN-J.R. WELLS: De-industrialisation and Foreign Trade, Cambridge 1987 ve J.BAUMOL-S.A.BLACKMAN-E.WOLFF: Productivity and American Leadership: The Long View, MITT Press, Cambridge, M.A, 1989, karşı çıkmışlardır.

emek verimliliğinin imalât sektöründekine oranla daha yavaş artması nedeniyle hizmet sektöründe nispi fiyatların imalât sektörü ürünlerine göre daha yüksek oluşmasından kaynaklanmaktadır; nispi fiyatlardaki bu değişme, cari fiyatlarla hesaplanmış katma değer toplamı içinde hizmet sektörünün yine cari fiyatlarla hesaplanmış oransal payını yükseltmektedir. Ne var ki, her iki sektörün katma değerleri cari değil de sabit fiyatlarla hesaplandığında, gelişmiş ekonomilerdeki harcamalarda istihdamın imalât sanayii sektöründen hizmet sektörüne kaymasına tekabül eden büyüklükte bir kaymanın olmadığı görülmektedir. Tam aksine, “Sanayileşmiş ülkeler grubunda, sabit fiyatlarla hesaplanmış GSYİH içinde imalât sektöründe yaratılan katma değer payı 1970 ilâ 1994 arasında kabaca aynı kalmış buna karşılık aynı dönemde cari fiyatlarla hesaplanmış payı hızlı bir düşüş, göstermiştir.”¹⁹

Daha önce de vurgulandığı üzere, 1970 yılının başlarından bu yana gelişmiş ekonomilerde imalât sanayii sektörünün toplam istihdam içindeki payının görece olarak azalmasına, başka bir deyişle, istihdamın imalât sektöründen hizmetler sektörüne kaymasına koşut olarak bu iki sektörün ürünlerine yapılan yurtiçi harcamalar arasında dikkati çeken bir kayma ortaya çıkmadığına göre, *deindustrialisation*'i salt yurtiçi harcamaların imalât sektöründen hizmetler sektörüne kayması ile açıklamak mümkün olamamaktadır. Yurtiçi harcamaların bileşimindeki değişimin *deindustrialisation*'un *başlıca* belirleyicisi olmadığı ortaya çıkınca, imalât sektöründeki istihdamın toplam istihdam içindeki oransal payının sürekli olarak azalmasının nedenlerini ortaya koymaya yönelik başka açıklamalar ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, teknolojik gelişme ve değişmeler ile küreselleşme, üretici firmalara daha fazla uzmanlaşma, üretim sürecini bölümlere ayırma, her bölümü kendi dışındaki firmalara yaptıрма olanağını sağlamaktadır. Ne var ki, vaktiyle imalât sanayii sektörü içinde gerçekleştirilmekte olan tasarım, taşıma, bakım ve onarım gibi bazı faaliyetlerin sektörce yapılmasından zamanla vazgeçilerek hizmet sektöründeki uzmanlaşmış kuruluşlara ve firmalara giderek daha geniş ölçülerde aktarılması, imalât sektörüyle hizmet sektörü arasındaki sınırı belirsizleştirmekte, imalât sektörünün istihdam istatistiklerinde gerçek olmayan fakat salt yeniden sınıflandırma yüzünden ortaya çıkan biçimsel bir daralma meydana getirmekte; buna karşılık, hizmetler sektörünün toplam istihdam içindeki payını arttırmaktadır. İmalât sanayii sektörü, nihai ürününe giren hizmet girdilerinin tümünü içerecek ölçüde geniş tanımlandığında bugünkü istatistiklerin gösterdiğinden daha büyük bir kapsama ulaşacak ve istihdamdaki oransal daralmanın da gerçekte daha az olduğu ortaya çıkacaktır.

¹⁹ IMF: Deindustrialization: Causes and Implications, IMF Working Paper, Prepared by Robert Rowthorn and Ramana Ramaswamy, Washington 1997, s.9-11.

Gelişmiş ekonomilerde toplam istihdamın bileşiminde imalât sektörü aleyhine ortaya çıkan değişimin nedenini Kuzey-Güney ticaretinde arayan bir diğer görüşe göre de, ekonomisi gelişmiş ülkeler (Kuzey), ücretlerin düşük olduğu ülkelerden (Güney) ithal ettikleri düşük katma değerli sanayi ürünlerinin bedelini, üretip ihraç ettikleri yüksek katma değerli imalât sanayii ürünlerinin geliri ile ödedikleri ölçüde yeni istihdam olanaklarını yurtiçinde yaratmış olmaktadır. Böylece, düşük ücretler ve emek-yoğun yöntemler ile üretilen, düşük maliyetli, dolayısıyla düşük fiyatlarla ithal edilen yabancı ürünlerin rekabetine dayanamayarak üretimden vazgeçen yerli firmalar yüzünden yurt içinde iş imkânlarının azalmış olmasına karşılık, yüksek katma değerler üreten alanlarda yeni iş imkânları ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, yurtiçi iş olanaklarında genellikle emek-yoğun olan düşük katma değerli üretimin azalmasından doğan kayıp, sermaye-yoğun olan yüksek katma değerli üretimin artmasının yarattığı iş olanaklarından çok daha fazladır. Sonuç olarak, ihraç edilen imalât sanayii ürünlerinin değeri ithal edilen imalât sanayii ürünlerinin değerine eşit olsa da, söz konusu sektördeki iş imkânlarında net bir kayıp, istihdamda gerileme ortaya çıkar.²⁰ Bununla birlikte, konuya ilişkin ekonometrik çözümlerlerin sonuçlarına dayanılarak, gelişmiş ekonomilerde imalât sanayiindeki istihdamın toplam istihdam içinde sahip olduğu payın büyüklüğü üzerinde Kuzey-Güney ticaretinin yaratacağı etkilerin çok küçük olduğu ileri sürülmektedir.²¹ Esasen sanayileşmiş ülkeler, imalât sanayi ürünlerini geliştirmekte olan ülkelere önemli ölçüde ithal etmekte olsalar da, üretimlerinde mukayeseli üstünlüğe sahip oldukları, genellikle yüksek katma değerli mamûl malların net ihracatçısı durumundadırlar; dolayısıyla, emek-yoğun ürün ithalâtının istihdam üzerindeki olumsuz etkilerini ihraç ettikleri ürünlerdeki artışın ortaya çıkardığı istihdam olanaklarıyla karşılama olanaklarına sahiptirler.

Ekonomisi gelişmiş ülkelerde imalât sanayiindeki istihdamın toplam istihdam hacmi içindeki oransal öneminin sürekli olarak azalmasını, ülkenin dış ticaretindeki ve sahip olduğu üretim kaynaklarındaki değişimle açıklamaya çalışan bir başka görüşün savunucuları, Heckscher-Ohlin kuramına dayanmaktadır. Bilindiği gibi bu kurama göre, ülkelerin kullanabilecekleri üretim kaynaklarının nispi önemi mukayeseli üstünlüğe sahip oldukları alanları dolayısıyla da uluslararası ticaretin nedenini, konusunu ve yönünü belirler. Doğal kaynakları yetersiz olan, ithalât karşılığında ihraç edebileceği tarımsal mallar ile ticaret konusu olabilecek cins ve nitelikte hizmetler üretemeyen ülkeler genellikle imalât sanayii

²⁰ Robert E. ROWTHORN- Kenneth COURTS: a.g.e., s.8-9.

²¹ Robert ROWTHORN- Ramana RAMASWAMY: a.g.e., s.19.

üretiminde uzmanlaşırlar ve bu ülkelerde imalât sanayii sektörü toplam istihdam içinde daha büyük bir paya sahiptir. Buna karşılık, doğal kaynaklar açısından zengin ülkeler, genellikle, imalât sanayii ürünlerini ithal edip, doğal kaynak içeriği yoğun ürünler ile ham maddelerin üretiminde ve ihracatında uzmanlaşırlar; bu gibi ülkelerde imalât sanayii toplam istihdam içinde nispeten daha küçük bir paya sahiptir.

Ülkelerin doğal kaynaklarında, yeni ve zengin petrol ya da değerli maden yataklarının bulunup işletmeye açılması gibi büyük değişikliklerin ortaya çıkması, sahip oldukları mukayeseli üstünlüklerde değişmelere; örneğin, imalât sanayii ürünlerinin üretiminde ve ihracında uzmanlaşmış ülkelerde gerek üretimin gerekse ihracatın doğal kaynak içeriği yoğun ürünlere kaymasına, dolayısıyla da imalât sektörünün toplam istihdam içindeki oransal payının gerilemesine yol açabilir. Bu görüşe göre deindustrialisation, doğal kaynaklarda ortaya çıkan ve “Hollanda Hastalığı” (Dutch Disease) olarak adlandırılan değişimin bir sonucudur.²² Ne var ki, deindustrialisation olgusunun sanayileşmiş ülkelerde ve ekonomik gelişme sürecinin ileri aşamalarında genellikle gözlemlenmesine karşılık Hollanda Hastalığına her gelişmiş ülkede rastlanılmamaktadır.

Ülkelerin imalât sanayi sektörlerindeki istihdamın payının sürekli olarak küçülmesinin nedenini ekonomilerinin giderek olgunlaşmasında, başka bir deyişle, ekonomik gelişmelerinde bulan bir başka görüşe göre, imalât sanayi sektöründeki istihdamın toplam içindeki payı zaman içinde genellikle tersine çevrilmiş U harfi biçiminde bir yol izlemekte; ekonomik gelişmenin ilk evrelerinde gözlemlenen artış, ekonomi olgunlaştıkça azalış göstermektedir. Bu görüşün yanlıları, imalât sanayii sektöründeki istihdamın payında görülen azalmayı, tıpkı tarımsal istihdamın payındaki azalma gibi ekonomik kalkınma sürecinde ortaya çıkan doğal bir olgu olarak görmektedirler. Eğer hizmetler, “üstün nitelikli mal” kabul edilmekteyse kişi başına gelir yükseldikçe tüketiciler hizmetlere olan nispî taleplerini arttırırlar; sonuçta imalât sektöründeki üretim ve istihdam hacmi azalır. Ne var ki, yurtiçi harcamaların hizmetler sektörü ile imalât sektörü arasındaki

²² “Dutch Disease” deyimi, İngiltere’de yayımlanan The Economist dergisinde (November 26, 1977) Hollanda’nın kıyılarında geniş doğal gaz rezervlerinin 1959 yılında keşfedilip işletmeye açılmasının ardından ülke ekonomisinde ortaya çıkan olumsuzlukları tanımlamak için ilk kez kullanılmıştır. İlk yıllarda ülke ihracatı hızla artmış, fakat daha sonra, kurumsal yatırımlar neredeyse dibe vurmuş, ülke parası Guilderin dış değeri yükselmiş, yurtiçine giren yabancı fonlar bu değeri daha da arttırmış; yükselen iç fiyatlar rekabet gücünü zayıflatmış; 1970’den 1977’ye kadar geçen sürede işsizlik %1,1’den %5,1’e yükselmiş; üstelik sermaye yoğun olduğu için gaz üretimi istihdamda yeterli bir artış sağlayamamıştır. Böylece, “dış ekonomik durumdaki sağlıkla” “iç ekonomik durumdaki hastalık” arasında bir ikilem oluşmuştur. Bk. The Economist, Nov 5th 2014.

dağılımında ortaya çıkan değişimin istihdamı imalâttan hizmetlere doğru kaydırıldığı görüşüne, daha önce değinildiği gibi, birçok araştırmacı karşı çıkmıştır.²³

Amerikalı sosyolog Daniel Bell’in savunduğu ve *Sanayileşme Sonrası Toplum Kuramı*²⁴ adı verilen bir başka görüşe göre, sanayileşmekte olan ülkelerde insanlar genellikle maddî ve somut malların üretimiyle bir şekilde ilgili ve ilişkilidir. Buna karşılık sanayi-sonrası toplumu ya da bilişim toplumunu bilişim, bilgi ve hizmetler yönlendirmekte ve geliştirmektedir. Siyasal, ekonomik ve sosyal alanlarda kendini güçlü biçimde hissettiren bilimsel rasyonalite, sanayileşmiş toplumu sanayileşme sonrası topluma dönüştüren belli başlı etkidir; bilimsel rasyonalite en azından sanayileşmiş toplumun “sanayileşme sonrası toplum”a dönüşümüyle birlikte ve eş zamanlı olarak ortaya çıkar. Ekonomik bakımdan en gelişmiş ülkelerde, sanayi sonrası toplumlarda kişi başına GSYİH arttıkça tüketicilerin imalât sektörü ürünlerine olan talepleri azalmakta, hizmet sektörünün ürünlerine olan talepleri artmaktadır. İnsanlar temel maddî gereksinmelerini karşıladıktan sonra tüketimlerinin giderek artan bölümünü yaşam kalitesini arttırdığını düşündükleri hizmet sektörü ürünlerine yönlendirmektedirler. Sonuç olarak imalât sektöründe istihdam gerek mutlak gerekse oransal anlamda azalmakta; sektörün nominal GSYİH içindeki payı gerilemektedir. Ülkeler ekonomik açıdan geliştikçe tüketicilerin harcama ve talep kalıplarında, imalât sektörü ürünlerinden hizmetlere doğru bir değişimin zamanla ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Daniel Bell’in talep değişikliğine dayalı Sanayi Sonrası Toplum Kuramı’na yine Amerikalı bir ekonomist olan William Baumol karşı çıkmıştır. W.Baumol, daha önce, 1967 yılında, yazdığı bir makalede²⁵ ele aldığı verimlilikte eşit olmayan artışlar olgusunu ve bunun nispi maliyetlerdeki değişme ile getireceği öteki sonuçları, 1989 yılında diğer iki ekonomistle birlikte yayınladığı kitabında²⁶ derinlemesine incelemiştir.

Baumol’a göre imalât sanayii ürünlerine olan talep gelirden bağımsızdır ve hizmetler sektörünün GSYİH içindeki payı zaman içinde aynı kalır. Deindustrialisation, verimlilik artışının farklı sektörlerde farklı olmasından kaynaklanan bir olgudur. Baumol ve kitabının ortak yazarları olan Blackman

²³ Bk.S.S.SAEGER: a.g.e., s.583-584.

²⁴ Bk.Daniel BELL: (1973) 2001.The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting. Reissue ed. New York: Basic Books

²⁵ The Macro-economics of Unbalanced Growth:The Anatomy of the Urban Crisis, American Economic Review, Vol.57 (June 1967).

²⁶ W.J.BAUMOL, S.A.B.BLACKMAN, E.N.WOLFF: Productivity and American Leadership: The Long View, MIT Press, Cambridge M.A,1989.

ve Wolff'a göre, ister emek verimliliği isterse toplam faktör verimliliği olarak ele alınsın, bazı ekonomik faaliyetlerde verimlilik artışının diğerlerine göre daima daha hızlı olduğu gözlemlenmektedir. Bu yazarlar, verimliliği sürekli ve yüksek oranlı olarak artan faaliyetlere 'teknolojik bakımdan gelişen' (*technologically progressive*), verimlilik artış oranı nispeten küçük olan faaliyetlere de 'teknolojik olarak durağan' (*technologically stagnant*) adını vermişler;²⁷ bu ikincilerde maliyetlerin zaman içinde birincilere oranla sürekli olarak yüksek kalacağını; nispî maliyetlerdeki bu değişme yüzünden talebin, dolayısıyla da üretimin bileşiminde, durağan faaliyetlerden daha ucuz olan ve daha fazla gelişen faaliyetlere doğru bir kaymanın ortaya çıkacağını; talepteki bu kaymanın, yükselen maliyetlerin etkisini telâfi etmeğe ve durağan faaliyetlerde kullanılan sermaye ve işgücü gibi toplam kaynakların miktarında sınırlamaya hizmet edeceğini ileri sürmüşlerdir. Ne var ki, ikame olanakları yoksa ya da sınırlıysa durağan faaliyetlerin kullandığı toplam kaynakların payı, nispî maliyetlerindeki yükselişe ayak uydurarak artmağa devam edecektir. Ortak yazarlar, verimlilik artışındaki yavaşlığın durağan faaliyetlerin nispî maliyetleri üzerindeki etkisini '*maliyet hastalığı*' olarak adlandırmışlar ve hizmetler sektörünün gerek istihdam gerekse carî fiyatlarla hesaplanmış GSYİH içindeki payının artmasına yol açan nedenin başlı başına bu olgu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre durağan faaliyetlerin (hizmet sektörünün) verimlilik artışında geride kalması, hizmet sektörünün hem istihdam içindeki, hem de carî fiyatlarla hesaplanmış GSYİH içindeki payını yükselten en önemli nedendir. Yazarlar, hizmetler sektörünün toplam istihdamdaki ve carî fiyatlarla hesaplanmış GSYİH'deki payının artmasını gelişmiş ekonomilerde imalât sektörünün öneminde bir azalma olarak yorumlanmasına karşı çıkmakta; ABD'de ve diğer gelişmiş ülkelerde imalât sanayi sektöründeki üretimin yıllar boyu hizmetler sektöründeki üretimle aynı oranda artmış olmasına dikkati çekmektedirler. Onlara göre gelişmiş ekonomilerde harcamaların ve üretimin hizmetlere kaymış görünmesi, verimlilik artışında hizmet sektörünün geride kalmış olması yüzünden bu sektörün ürünlerinin fiyatlarında ortaya çıkan artıştan kaynaklanan istatistiksel bir yanılsamadır.²⁸

²⁷ 'Progressive' ve 'stagnant' sözcükleri, görece niteliklere ilişkindir; 'teknolojik olarak durağan' bir faaliyette verimlilik artışının mutlak büyüklük olarak değil, başka faaliyetlerdeki verimlilik artışına kıyasla küçük olması söz konusudur.

²⁸ Daniel LIND: A Deindustrialized Europe?- Social Europe Journal, www.social-europe.eu/2011/11/a-deindustrialized-europe/(Erişim 30.11.2014); keza bk. Robert E. ROWTHORN: A Review of W.J. Baumol, S.A.B. Blackman and E.N. Wolff, Productivity and American Leadership: The Long View, MIT Press, Cambridge, M.A, 1989, Review of Income and Wealth Series 38, Number 4, December 1992, www.roi.w.org/1992/475. (Erişim tarihi: 25.10.2014).

Günümüzde genellikle benimsenen görüş, deindustrialisation’ı, imalât sanayii ile hizmet sektörlerinde gerçekleşen verimlilik artışları arasındaki nicelik farkından doğan sonucun yansımaları olarak açıklamaktadır.²⁹ Bu görüşün yandaşlarına göre, hizmetler sektöründe reel üretimin imalât sektöründeki reel üretimden sürekli olarak daha hızlı artma eğilimi yok ise, buna karşılık imalât sektöründe verimlilik, hizmetler sektöründekinden devamlı olarak daha hızlı artmaktaysa, imalât sektöründe üretim daha az girdi, bu arada daha az işgücü ile yapılabilecek; ekonomideki toplam istihdam içinde sektörün sahip olduğu pay oransal olarak gerileyecektir. Verimlilik artışının küçük olduğu hizmetler sektörünün üretimi ise imalât sektörüne göre daha fazla girdi kullanımıyla sağlanabilecektir; hizmetler sektörü üretimini imalât sektörünün üretimindeki artışa koşut olarak arttırabilmek için daha fazla girdi, bu arada daha fazla işgücü kullanmak, ekonomideki toplam istihdam içindeki payını giderek büyütmek zorunda kalacaktır. Böylece, verimlilik artışının imalât sanayii sektöründe açığa çıkardığı işgücü hizmetler sektörüne aktarılmış olacak ve ülkenin toplam istihdam tablosunun bileşiminde imalât sektöründen hizmetler üretimine doğru bir kayma meydana gelecektir.

Bir başka anlatımla deindustrialisation, imalât sanayi sektörü ile hizmetler sektöründeki nispi verimlilik artış hızları arasındaki farktan doğan bir süreçtir: Eğer uzun vâdede reel üretim, iki sektörün birinde, deyimli hizmetler sektöründe öteki sektöre, deyimli imalât sanayii sektörüne göre daha hızlı artma eğilimi göstermiyorsa, buna karşılık imalât sanayii sektöründe verimlilik hizmetler sektörüne oranla sürekli olarak daha hızlı artıyorsa toplam istihdamın bileşiminde imalât sanayiinden hizmetlere doğru bir kayma ortaya çıkar; verimlilik artış hızı daha küçük olan hizmetler sektörü, imalât sektörünün gerçekleştirdiği üretim artışını izleyebilmek için daha fazla girdi kullanmak, bu arada toplam istihdamdaki payını büyütmek zorunda kalır; böylece, verimlilik artışının imalât sanayi sektöründe açığa çıkardığı işgücü hizmetler sektörüne aktarılmış olur³⁰.

²⁹ Bu konuda M. LENGELLE (The Growing Importance of The Service Sector in Member Countries, Paris 1966, OECD Yayını), J.E.BAUMOL (Macroeconomics of Unbalanced Growth: The Anatomy of Urban Crisis, A. E.R. Vol.57, June 1967), V.R.FUCHS (The Service Economy, NBER New York 1968) tarafından yapılan ilk katkıları R.E.ROWTHORN ve J.R.Wells (Deindustrialisation and Foreign Trade Cambridge 1987) genişleterek ekonomik gelişme süreci ve dış ticaret ile ilişkilendirmişler, deindustrialisation’ın bütüncül bir çözümlemesini yapmışlardır. Baumol-Blackman- Wolff: y.a.g.e. ülkedeki toplam istihdamın bileşimi, hizmetler sektörüne ağırlıklı ölçüde kaydığına ekonomik büyüme üzerinde ortaya çıkacak sonuçları sorgulamışlardır.

³⁰ “Tanım gereği işçi başına üretimin artış oranı, üretimin artış oranından istihdamdaki artış oranının çıkarılmasıyla bulunacak sonuca eşittir. Buna göre, üretim her iki sektörde aynı

Özetlemek gerekirse denilebilir ki, talepte bir değişiklik yok iken verimlilik artışlarında ortaya çıkan nicelik farkları daha dinamik sektörlerin istihdamdaki payında bir gerileme yaratır. İmalât sektöründe verimliliğin nispeten hızlı artışı, bu sektörün toplam istihdam içindeki payını ve *câri* fiyatlarla hesaplanmış üretim değerini azaltsa da *reel* katma değer toplamı içindeki payının aynı kalması, hatta artması sonucunu doğurur. Verimlilik artışı başka faaliyet dallarına göre sürekli olarak daha büyük olan imalât sanayii, Baumol, Blackman ve Wolff'un nitelemesiyle, teknolojik olarak gelişen bir faaliyet dalıdır ve imalât sektörünün bu özelliği deindustrialisation sürecinin başlangıç noktasını oluşturur. İmalâtın teknolojik olarak gelişen bir faaliyet olmasının nedeni, bu sektörün içsel nitelikleriyle, örneğin, sektörde üretimin kolayca standartlaştırılabilmesi, dolayısıyla da üretim için gerekli bilgilerin rahatça toplanabilmesi ve uygulamaya konulması gibi ilgilidir. Buna karşılık hizmetler sektöründe, telekomünikasyon gibi kişiye yakından bağlı olmayan birtakım faaliyetler, imalâttakilere benzer özellikler taşıyalar ve bu nedenle teknolojik olarak gelişen faaliyet dalı sayılsalar da, bunların dışında kalan ve belirli bazı tıbbî hizmetler gibi kişiye özgü olma niteliği ağır basan faaliyetler verimlilik artışına elverişlilik açısından kendi aralarında büyük farklar gösterirler. Bu nedenle söz konusu faaliyetler kolayca standartlaştırılmazlar; imalât sanayiinde olduğu gibi seri ve toplu üretim yöntemlerinin konusu olamazlar; verimlilikte hızlı bir artış sağlayamazlar; dolayısıyla teknolojik bakımdan durağandır; bu yüzdendir ki, hizmetler sektöründe verimlilik artışı, içerdiği telekomünikasyon ve bilişim sanayii gibi teknolojik olarak gelişebilen alanlardaki ilerlemelere ve hizmet sektörünün içindeki rekabetçi yapıdaki değişikliklere büyük ölçüde bağlıdır. Teknolojik gelişmeler, bu sektördeki bazı hizmetlerin diğerlerinden daha hızlı büyümesine olanak vermekte ve böylece hizmetler sektörü içsel olarak önemli ölçüde yapısal değişikliklere uğramaktadır; verimlilik bu gelişmelerden olumlu yönde etkilenmektedir.

Deindustrialisation olgusunu imalât sektöründe ve hizmetler sektöründe gerçekleştirilen verimlilik artış oranları arasındaki nicelik farkı ile açıklayan

oranda artıyorsa, verimlilik artışı daha hızlı olan sektörde istihdam artışı daha yavaş, diğer sektörde daha hızlı olacaktır; en dinamik sektörün istihdamdaki oransal payı gerileyecektir; bu sadece bir matematiksel sonuçtur...İstatistikler bir çok ülkede emeğin verimlilik artışının imalât sanayii sektöründe, hizmetler sektöründekinden ve ekonominin genelindekinden daha hızlı olduğunu göstermektedir. Bu durumda, imalât sanayi sektörünün reel üretim içindeki oransal payını sürdürebilmesi toplam istihdam içindeki oransal payını azaltmasına bağlıdır. Tam tersine, hizmet sektörünün reel üretim içindeki oransal payını koruyabilmesi, daha ziyade imalât sektörü hesabına olmak üzere, istihdamdaki payını gittikçe arttırmasıyla mümkündür. ” Robert ROTHORN-Kenneth COUTTS: a.g.e., s.9-10.

ve yukarda özetlenen görüşe göre, biri *teknolojik olarak gelişen*, ötekisi *teknolojik olarak durağan* iki faaliyetin yapılmakta olduğu bir ekonomide ortalama büyüme oranını, uzun vâdede, verimlilik artışının en düşük olduğu faaliyet belirler. Baumol, Blackman ve Wolff’un *asimptotik durağanlık kuramı* olarak adlandırdıkları bu önerme bilgisayar sanayiinden seçilen basit bir örnekle somutlaştırılmaktadır.³¹ Donanım üretimi “teknolojik olarak gelişen”, yazılım üretimi “teknolojik olarak durağan” ise bilgisayar sanayii *asimptotik olarak durağan* olacak, başka bir deyişle sanayideki genel verimlilik artışı yazılım üretimindeki verimlilik artışına asimptotik olarak yakınlacaktır. Zaman içinde yazılım üreticilerinin donanım üreticilerine oranı o ölçüde büyüyecektir ki donanım üretimindeki son derecede yüksek verimlilik artışları dahi bilgisayar sanayiindeki genel verimlilik artışı üzerinde ancak göz ardı edilebilecek bir etki yaratabilecektir. Bu gözlem, ülke ekonomisinin tümü için de geçerlidir: Eğer, imalât faaliyetleri ‘teknolojik olarak gelişen’, hizmetler ‘teknolojik olarak durağan’ ise ülke ekonomisi tümüyle asimptotik olarak durağan olacaktır; başka bir deyişle büyüme oranını, uzun vâdede ve geniş ölçüde, hizmetler sektöründeki büyüme belirleyecektir.³²

‘Asimptotik olarak durağanlık’ kuramından yola çıkarak, rekabet gücü, verimlilik ve yaşama standartları arasındaki ilişkiyi açıklayabilecek çeşitli sonuçlara ulaşılmaya çalışılmaktadır; örneğin bu kuramdan hareketle, yaygın algılamanın tersine, gelişmiş ekonomilerin imalât sektörlerindeki verimlilik artışının yaşama standartlarını ve genel verimliliği yükseltmek bakımından muhtemelen eskisi kadar önemli olmadığı sonucuna ulaşılabilmekte; deindustrialisation olgusu var olduğu sürece ekonomideki genel verimlilik artışının, hizmetler sektöründe gerçekleşen ve imalât sanayii sektörüne göre daha yavaş olan verimlilik artışlarına gittikçe daha fazla bağımlı olacağı ileri sürülmektedir. Hizmetler sektöründe verimlilik artışının geleceği de, yukarda değinildiği üzere, bilişim teknolojisinde ve hizmetler sektörünün rekabetçi yapısında oluşacak değişimlere bağlı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, teknolojiye yeni gelişmelerin sektördeki bazı hizmetlerde ötekilere oranla daha büyük verimlilik artışlarına, dolayısıyla daha hızlı büyümeye olanak sağlayacağı ve böylece hizmetler sektörünün içyapısında zamanla önemli değişikliklerin ortaya çıkacağı öngörülmektedir. İmalât sektörünün kendi üretiminde gerçekleştireceği buluşlar ile yenilikler ise, hizmetler sektöründeki verimlilik artışları üzerinde yaratabileceği etkiler bakımından önemli sayılmaktadır.

³¹ Bk. IMF Working Paper, Robert ROWTHORN-Ramana RAMASWAMY: a.g.e., s.21 vd.

³² y.a.g.e., s.21.

III. GENEL DEĞERLENDİRME

1970’li yılların başından bu yana, ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerde imalât sanayiindeki istihdamın toplam istihdam içindeki oransal payında sürekli azalma, hizmetler sektöründeki istihdamın toplam istihdam içindeki oransal payında ise sürekli artış görülmektedir. Deindustrialisation olarak adlandırılan bu süreç, sanayileşmeye erken başlamış, ekonomisi gelişmiş, kişi başına düşen millî geliri yüksek olan ülkelerde olduğu gibi, sanayileşme aşamasına daha sonra geçmiş ve gelişmekte olan günümüzdeki dinamik ekonomilerde de görülebilmektedir. Ne var ki, gelişmekte olan bu ülkelerde sanayileşme, bu süreci çok daha önce başlatmış ve tamamlamış ekonomilerin izlediği yoldan oldukça farklıdır ve daha yavaş seyretmektedir; üstelik günümüzün gelişen ve dinamik ekonomilerindeki deindustrialisation olgusunun, sanayileşmeyi tamamlamış olgun ekonomilerle karşılaştırıldığında, onlardan çok daha erken bir aşamada ortaya çıktığı görülmektedir; örneğin Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya ve İsveç’de deindustrialisation, 1990 fiyatlarıyla hesaplanmış kişi başına düşen gelirin, 9.000-11.000 dolar aralığına ulaştığı tarihlerde görülmeğe başlamıştır; oysa, gelişmekte olan ülkelerde imalât sanayiindeki istihdamın görece gerilemesi, kişi başına gelirler bu düzeylerin çok daha altındayken, örneğin Brezilya’da 5.000, Çin’de 3.000, Hindistan’da 2.000 dolar iken ortaya çıkmıştır.³³ Bu yüzden, gelişmekte olan ülkelerde görülen deindustrialisation “vaktinden önce” ya da “erken” (*prématurée*) olarak nitelendirilmektedir.³⁴ Gelişmekte olan ülkelerdeki deindustrialisation’ını ortaya çıkaran nedenlerin yeterli bir çözümlemesi henüz yapılmamış olsa da, erken bir aşamada gündeme gelmesinin ülke ekonomisinin henüz “olgunlaşmadığı” bir tarihte küreselleşmenin yarattığı etkilere açık duruma gelmesinden, özellikle uluslararası ticarete ve finansal alanda liberalizasyon yolunu açan politika değişikliklerinden, Brezilya ve Hindistan gibi bazı büyük ekonomilerin ‘Doğu Asya’nın kaplanları’ olarak adlandırılan dinamik ekonomili ülkelerin rekabetiyle başa çıkabilmelerinin güçlüklerinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Bu bağlamda ilginç sayılabilecek bir gelişme de erken deindustrialisation’ın ortaya çıkmasından sorumlu tutulan Doğu Asya’daki dinamik ekonomilerin de aynı kaderi paylaşmakta olmalarıdır.

Erken deindustrialisation’ın ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlarda ortaya çıkardığı çeşitli olumsuzluklar vardır. Sanayileşmenin semereleri henüz yeterince elde edilememişken ortaya çıkan erken deindustrialisation’ın,

³³ Dani RODRIK: The Perils of Premature Deindustrialisation, <https://www.project-syndicate.org/commentary/dani-rodrik-developing-economies-missing-manufacturing>. (Erişim tarihi: 12.08.2015)

³⁴ Fiona TREGENNA: a.g.e., s.8.

uygun olmayan politikalar, kurumlar, hatta elverişsiz coğrafi koşullar ekonominin öteki sektörlerdeki ilerlemeyi yavaşlatmasına rağmen emek verimliliğinin yine de artış gösterebildiği imalât sanayii sektörünü kısıtlayarak uzun vâdede ekonomik kalkınmayı olumsuz yönde etkileyeceği; ve ülkenin gelişmiş ekonomilerin düzeyine yaklaşmasını geciktireceği; sürdürülebilir bir sanayileşmenin yan ürünleri olan örgütlü bir işçi hareketi, disiplinli siyasal partiler ve sağ-sol ekseninde örgütlenmiş siyasal rekabet gibi demokrasinin temel taşlarının oluşumunu geciktireceği ileri sürülmekte,³⁵ bu nedenlerle de erken deindustrialisation’ı politika değişikliklerinin yarattığı ya da ağırlaştırdığı durumlarda ortaya çıkan bazı sonuçların düzeltici politikalarla tersine çevrilmeğe çalışılmasının ve reindustrialisation yoluna gidilmesinin gerekli olduğu tezi savunulmaktadır.³⁶

Deindustrialisation sürecinin gelişmiş ekonomisi olan ülkelerdeki iş-ışveren ilişkileri konusunda yaratabileceği önemli sonuçlar vardır. Bu sonuçlardan biri işçi sendikalarının ekonomide oynadıkları rolün zaman içinde değişikliğe uğramasıdır. Bilindiği üzere işçi sendikaları, gerek üretimin örgütlenme ve düzenlenme biçimi gerekse yapılan işin niteliği dolayısıyla işçileri nispeten kolay örgütleyebildikleri sanayi kesiminde daha güçlüdürler; başka bir ifadeyle güçleri sanayi kesiminde işçileri örgütleyebilme olanakları ve kabiliyetleri ile orantılıdır. Buna karşılık, bir yandan yapılan işlerin tür ve nitelik bakımından birbirlerinden büyük farklar göstermesi, öte yandan üretici firmalarının büyüklükleri arasında önemli farklar bulunması nedeniyle hizmetler kesiminde sendikalaşma daha zordur ve daha az yaygındır. Bu yüzden deindustrialisation, imalât sanayii sektöründe çalışan işçi sayısının azalmasına, en azından artışında kısıtlamaya yol açarak, buna karşılık örgütlenmeye daha az elverişli hizmetler sektöründe istihdam edilenlerin sayısını arttırarak işçi sendikalarının endüstriyel ilişkiler alanında, belki siyasal arenada da, sahip oldukları etkileme gücünü zayıflatabilir. Deindustrialisationdan doğan bu sonuç, işkolu ya da ülke ölçeğinde toplu iş sözleşmelerinin yapıldığı ülkelerde daha da önem kazanmaktadır. Bilindiği üzere, toplu iş sözleşmeleriyle ya da endüstriyel ilişkilerin tek merkezden düzenlenmesiyle ulaşılmak istenen amaçlardan biri de, değişik işçi grupları arasında uygulamada görülen ücret farklarını azaltmaktır. Ne var ki bu amaca, ancak, sektördeki her faaliyet dalının işçilerde aşağı-yukarı birbirinin benzeri nitelikler aradığı ve imalât sanayiinin istihdam olanağı sağlayan başlıca kaynak olduğu zamanlarda ve bir ölçüde ulaşılabilmıştır; oysa, istihdamın ağırlığı imalât sektöründen hizmetler sektörüne giderek daha fazla kaydıkça ücret farklılığını azaltmayı

³⁵ Dani RODRIK: a.g.e., s.3.

³⁶ Fiona TREGENNA: a.g.e., s.16.

amaçlayan toplu pazarlık uygulaması ortaya çeşitli sorunlar çıkarmaktadır. Gerçekten de hizmetler sektöründe yapılan işlerin özellikleri, dolayısıyla da işçilerde aranan nitelikler bakımından faaliyet kolları arasında ciddi farklar vardır; finansal hizmetler gibi bazı işler yüksek derecede beceri ve bilgiye sahip olmayı gerektirir; perakende ticaret gibi başka bazı işler için bu denli uzmanlaşmaya ya da bilgi birikimine gereksinme duyulmayabilir. Aynı şekilde, hizmetler sektöründe iş güvencesi bakımından da büyük farklar vardır; örneğin kamu kesiminde çalışanların işini yitirme riski genellikle başka faaliyet kollarındakinden daha azdır. Bu nedenlerle, hizmetler sektöründe işlerin eğitim, deneyim, çalışma yoğunluğu, iş güvencesi ve benzeri açılardan gösterdikleri farklarla elde edilen emek gelirlerini denkleştirebilmek için ödenen ücretlerde de uygun bir farklılaştırma yapmaya gereksinme vardır. Ne var ki, hızla değişen bir ortamda işçi sendikalarına dayalı merkezîyetçi bir sistemin “ücretlerdeki uygun farklılaştırma”yı doğru ve esnek biçimde belirleyebilmesi oldukça zordur. Bu yüzden, hizmetler sektöründe merkezîleştirilmiş toplu pazarlık sisteminin ısrarla uygulanmasının, verimlilik artışı üzerinde olumsuz sonuçları olabilir.³⁷

Hiç kuşkusuz, ekonomileri gelişmiş ülkelerin hizmet sektörlerinde verimlilik artışına ilişkin olarak ortaya çıkan bu olumsuzluklar söz konusu ülkelerdeki hayat standardını da etkileyebilecek niteliktedir. Daha önce de vurgulandığı gibi, ekonomilerde verimlilikteki ortalama büyüme oranını uzun vâdede verimlilik artışının en yavaş olduğu faaliyet dalı belirlemektedir; dolayısıyla uzun vâdede ekonomi genelinde verimliliğin büyüme oranını hizmetler sektöründeki verimlilik artışı etkilemektedir. Bunun anlamı, ekonomisi gelişmiş ülkelerde imalât sanayii sektöründeki verimlilik artışının hayat standartlarını iyileştirme ve yükseltme konusunda artık eskisi kadar etkileyici olmadığını; desindustrialisation olgusu devam ettiği sürece ekonomi genelindeki verimlilik artışının, dolayısıyla ekonominin büyüme olanağının, hizmetler sektöründe gerçekleşen verimlilik artışına gittikçe daha çok bağımlı olacağıdır. Hizmetler sektöründeki verimlilik artışlarını da bilişim teknolojileri gibi alanlarda gelecekte ortaya çıkabilecek gelişmeler ve bu sektörün rekabetçi yapısında meydana gelecek değişimler belirleyecektir. Yeni teknolojik gelişmelerin, bazı hizmet türlerinde diğerlerinden daha hızlı bir büyümeye yol açacağı ve bu nedenle hizmetler sektörünün zaman içinde önemli yapısal değişimlere uğrayacağı tahmin edilmektedir. İşgücünün daha büyük bir bölümünün hizmetler sektörüne kayması, bu sektördeki verimlilik artışını ülke genelindeki hayat standardı düzeyinin belirleyicisi konumuna getirmektedir. Bununla birlikte,

³⁷ Robert ROWTHORN-Ramana RAMASWAMY: y. a.g.e., s.21-22.

daha önce de değinildiği gibi, imalât sanayii sektöründe ürün düzeyinde gerçekleştirilecek iyileştirmeler, icatlar ve yenilikler, hizmetler sektöründeki verimlilik artışı üzerinde etkili olabildiği ölçüde önemini koruyacaktır.

Deindustrialisation’a ilişkin olarak yapılan genel değerlendirmeden çıkarılabilecek ilk ve en önemli sonuç, imalât sanayii sektöründe gerçekleştirilen verimlilik artışının hizmetler sektörüne göre sistematik olarak daha büyük olma eğiliminin deindustrialisation sürecine vücut verdiğiidir. Bir araştırmaya göre, sanayileşmiş ülkelerin tümü birlikte ele alındığında, imalât sanayiindeki istihdamın toplam istihdam içindeki payında ortaya çıkan gerilemenin %60’ından fazlası sektörlerdeki nispi verimlilik artışları arasındaki farktan kaynaklanmış bulunmaktadır.³⁸

Deindustrialisation’a ilişkin olarak yapılabilen bir başka ve önemli saptama gelişmiş ekonomilerde görülen bu olgunun ne imalât sanayii sektöründe ne de ekonominin tümünde ortaya çıkan bir başarısızlığın ya da yıkımın göstergesi ya da sonucu sayılabileceği; tam tersine, genellikle başarılı bir ekonomik gelişme/büyüme sürecinin doğal sonucu ve genellikle yükselen hayat standartlarıyla ilişkili olduğudur. Bununla birlikte, gelişmiş ekonomilerde deindustrialisation sürecinin ortaya çıkış zamanı ve bu sürecin doğurduğu sonuçlar her ülkede diğerlerinden az çok farklı olabilmektedir; örneğin ABD’de 1970 yılından bu yana toplam işgücünün olağanüstü artmasına karşın imalât sanayiinde çalışanların sayısı hemen hemen hiç değişmemiştir; Avrupa Birliği’nde ise, tam tersine, toplam işgücünde marjinal sayılabilecek artışlara karşılık imalât sanayii sektöründe istihdam edilenlerin sayısı önemli ölçüde azalmıştır; ülkelerin bazılarında elde edilen gelirlerin artmadığı ya da yeterince artmadığı, bazılarında gelirler, özellikle nitelikli ve niteliksiz işçi ücretleri arasındaki farkın büyüdüğü, diğer bazılarında ise işsizlik düzeyinin yükseldiği görülmektedir. Öte yandan, ülke ekonomisinde elde edilen başarılarla rağmen deindustrialisation’ın zaman zaman imalât sanayii sektöründe ya da ekonominin genelinde ortaya çıkan sıkıntılarla aynı zamanda ya da bağlantılı olarak meydana çıktığı da görülebilmektedir; örneğin ülke parasının anı ve büyük ölçekte değer kazanması, ihraç mallarına olan yurtdışı talebin önlenemez olaylar yüzünden olağanüstü ölçüde azalması ya da işgücü piyasasında esnekliği önemli ölçüde azaltan kurumsal veya yasal değişimler gibi olumsuzluklarla karşılaşıldığı durumlarda hizmet sektörü imalât sektöründe açığa çıkarılan işgücünün tümüne istihdam sağlama olanağını kısa sürede bulamayabilmekte; yapısal bir işsizlik ortaya çıkabilmektedir. Kaldı ki, imalât sektöründe açığa çıkarılan işgücünün tamamı hizmetler sektörüne aktarılabilmiş olsa da,

³⁸ R.ROWTHORN-R.RAMASWAMY: Deindustrialisation- Causes and Implications, s.6.

işgücünün her iki sektörde yapmakta oldukları işlerin görece nitelikleri ülkedeki ücret ve istihdam koşulları ve hatta ülkenin refah düzeyi üzerinde etkiler yaratacaktır. Deindustrialisation'ın istihdam üzerinde meydana getireceği etkiler, istihdam edilecek olanlara sunulan işlerin sayısal büyüklükleri ve niteliksel özellikleriyle orantılı olacaktır. Hizmetler sektörünün istihdamındaki görece gelişme, daha çok verimlilikteki artışın düşük olduğu faaliyetlerde yoğunlaşması durumunda deindustrialisation'ın istihdam üzerindeki niteliksel etkileri sayısal etkilerinden daha olumsuz olacaktır. Böylesi durumlarda deindustrialisation, kendisi doğrudan yol açmış olmasa da, artan işsizliğin ve yavaşlayan ya da düşen hayat standardı düzeyinin sorumlusu olarak görülebilir.³⁹

Son söz olarak deindustrialisation sürecinin, ekonomiler belli bir gelişme aşamasına geldikten sonra kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıktığı, yarattığı etkiler başka alanlarda eş-zamanlı olarak meydana gelen olumsuz değişimler ile birleştiğinde negatif bir oluşum olarak algılanabileceği, verimlilik artışlarının ve ekonomik gelişmenin durdurulması söz konusu olmayacağı için istenmeyen yan etkileri hafifletecek/yok edecek politikalar izlenmesinin gerektiği söylenebilir.

³⁹ y.a.g.e., s.4.

ARİSTOTELES VE BRECHT IŞIĞINDA “İÇİMDEKİ YANGIN”

Mehmet Onur Çevik*

FİLM TANITIM

Incendies (İçimdeki Yangın) adlı film, Kanada yapımı olup Denis Villeneuve tarafından senaryosu yazılıp yönetilmiştir. Senaryo aslen Wajdi Mouawad'ın yine aynı ismi taşıyan oyunundan esinlenmiştir. Film annesinin hayatına doğru maceraya atılan iki ikiz kardeşin hikâyesini anlatmaktadır. Film ilk kez 2010 yılında Venedik ve Toronto film festivallerinde gösterilmiştir. 2011 yılında da Akademi Oscar ödüllerinde en iyi yabancı film dalında Oscar adayı olmuştur. Film 31. Gennie Ödüllerinde 8 ödül kazanmıştır. New York Times tarafından 2011 yılının en iyi 10 filmi arasında gösterilmiştir.¹

OLAY ÖRGÜSÜ

Nawal Marwan Kanada'da yaşayan bir göçmendir. Bir gün havuzda yüzerken duygusal bir travma geçirir. Ölmeden önce ikiz olan oğlu ve kızına son arzusunu noter vasıtasıyla iletir. Vasiyetini yerine getirebilmeleri için çocuklar, anneleri Nawal Marwan'ın bir Orta Doğu ülkesi olan anavatanına gitmek ve kayıp kardeşleri ve babalarını bulmak durumunda kalırlar. (Filmde kurgusal bir ülke geçmektedir ancak kurgunun Lübnan iç savaşından esinlendiği sanılmaktadır.)²

Film ikizlerin yaşadığı maceralar ve Nawal Marwan'ın hayatından kesitler ile devam eder. Hristiyan olan Nawal Marwan bir mülteceden

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ Incendies, <http://en.wikipedia.org/wiki/Incendies>, Erişim tarihi: 17 Aralık 2014, Par.1.

² Incendies (2010), <http://www.imdb.com/title/tt1255953/>, Erişim tarihi: 17 Aralık 2014.

(Filistinli Müslüman olduğu tahmin edilen) hamile kalır. Ailesinin buna karşı çıkacağından bahisle sevgilisiyle kaçmaya yeltenen Nawal, abileri tarafından yakalanır ve sevgilisi abileri tarafından katledilir. Tam onu da öldüreceklerken büyükannesi buna engel olur.

Büyük annesi, Nawal ile bir anlaşma yapar ve doğumdan hemen sonra şehirdeki (Daresh -kurgusal bir şehir-) üniversiteye okumaya gitmesi şartıyla kendisini koruma altına alır. Nawal hamileliği sürecinde evde kapalı tutulur ve doğumu gelip çatığında büyük annesi doğumu yaptırır. Bebeğin annesinden ayrılmak zorunda olmasından dolayı, büyükanne daha sonra annenin oğlunu tanıyabilmesi için çocuğun topuğuna dövme yapar. Çocuğu alır ve götürür. Nawal da doğumdan sonra büyük annesine verdiği sözden dolayı şehre üniversite okumaya gider.

Nawal şehirde hem okulunu okumaktadır hem de iç savaş öncesi gerginlikte amcasıyla çıkardıkları gazete için fotoğraf çekmektedir. Bir gün iç savaş iyice şehre sıçradığında Nawal oğlunu bulmak için yollara düşer. Öncelikle orada olduğunu düşündüğü yetimhaneye (Kfar Khout) gider ancak orası çoktan aşırı gruplar tarafından yok edilmiş ve çocuklar ya öldürülmüş ya da kaçırılmıştır.

Nawal oğlunu bulmanın umuduyla güneydeki radikal İslamcı örgütlerin bulunduğu bölgeye doğru hareket eder. Yolculuk esnasında dinini gizlemek zorunda kalır. Yine bir gün Müslümanların çoğunlukta bulunduğu bir otobüs ile seyahat ederken radikal Hristiyan gruplar otobüsün önünü keser ve şoförü öldürür. İçeridekileri de öldürmek üzereyken Nawal, Hristiyan olduğunu söyler ve son dakikada ölümden döner. Nawal otobüste bulunan kız çocuğunun kendi kızı olduğunu iddia edip onu kurtarmak istese de ne yazık ki başarılı olamaz.

Nawal o gün aşırı grupların üzerindeki t-shirtler üzerinde bir siyasi liderin fotoğrafını görür ve tüm bu çatışmaların ve aşırılığın müsebbibi olarak onu cezalandırmak ister. Aşırı İslamcı gruplarla iletişime geçer ve o kişiyi öldürmek üzere bir plan yapar. O siyasi liderin evine, kızının Fransızca hocası olarak sızar ve güven oluşturur ve bir gün çantasından çıkardığı silahla adamı öldürür.

Nawal bu ölümün ardından dönemin en korkutucu hapisanelerinden olan Kfar Ryat'a gönderilir. Bu hapisanede tam 15 yıl kendisine çeşitli işkenceler yapılır. Kendisine "72 Numara" denmektedir.

Nawal, başına ne gelirse gelsin, tüm işkencelere ve dehşete rağmen hapisanede moralini yüksek tutmaya çalışır. Devamlı şarkı söyler. Bu sebeple kendisine "şarkı söyleyen kadın" da denmektedir. Tüm bu korkunç

koşullara direnen Nawal için bir işkence uzmanı olan Abu Tareq getirilir, böylelikle Nawal’ın şarkı söylemesini kesmesi ve rencide olması beklenir. Abu Tareq, Nawal’a defalarca tecavüz eder. Nawal ikiz çocuklara hamile kalır. Hamileyken fetusları düşürmek istese de kendisine zarar vermesi engellenir. Nihayetinde Nawal çocukları doğurur ancak hapishane hemşiresi çocukların öldürülmesine göz yummaz. Onları gizlice kaçıır. 15 yıllık tutukluluktan sonra Nawal serbest kalır ve yaptıkları karşılığında savaş baronu onun ve çocuklarının Kanada’ya gitmesini sağlar.

Ölümünden sonra Nawal, ikiz çocukları Simon ve Jeanne’dan kayıp olan babalarını ve kardeşlerini bulmasını ister. Simon bu isteği ilk önce geri çevirmiş olsa da Jeanne yola koyulur. Jeanne annesinin anavatanına gittiğinde ailesinin diğer üyeleriyle karşılaşır ancak annesinin yaptıkları sebebiyle hoş karşılanmaz. Macerasına devam eden Jeanne, annesinin kaldığı hapishanenin eski çalışanlarından biriyle konuşur ve annesinin hapishanede işkenceye ve tecavüze maruz kaldığını öğrenir. Kendisine yardım eden hemşire sayesinde bugün tecavüzden doğan çocukların hayatta olduğunu öğrenir.

Büyük bir travma yaşayan Jeanne’a destek olmak için Simon, Kanada’dan annesinin anavatanına gelir. Annesine yardım eden hemşireyi bulurlar ve kendilerinin bu tecavüzden doğduklarını ve asıl isimlerinin Janaan ve Sarwan olduğunu öğrenirler. Sonrasında ise tanıdık bir noter kardeşlerini bulabilmeleri için onlara yardımcı olur ve yetimhane kayıtlarında kardeşlerinin “Nihat of May” şeklinde kaydedildiğini söyler.

Nihat yani kardeşleri yetimhaneden kaçırılmış ve aşırı İslamcı grupların elinde bir savaş militanı olmuştur. Daha sonra hayatını annesini bulmaya adanmış olan Nihat, savaş baronundan canlı bomba ile kendini patlatmak istediğini söyler. Bu vesile ile her yerde resmi gözükecek ve annesi kendisine ulaşmış olacaktır. Ancak savaş baronu bunu kabul etmez. Bir gün Nihat karşı cephenin militanları tarafından yakalanır ve eğitilir. Bu sefer işkenceci olarak hapishanede hizmet görmeye başlar ve İsmi de Abu Tareq olarak değiştirilir.

Böylelikle ikizler, annelerine hapishanede tecavüz eden babaları ile annesinin bir aşk sonucu dünyaya getirdiği kardeşlerinin aynı kişi olduğunu öğrenir. Artık annelerinin vasiyeti yerine getirilmiştir. Artık son aşama olarak annesinin oğluna ve tecavüzcüsüne yazdığı mektupların teslim edilmesi kalmıştır. Bunu da yerine getiren kardeşler annelerinin onun için yazmış olduğu mektubu okuyabilmişlerdir.

ETİK DEĞERLENDİRME

Nawal:

Nawal'ın karşı karşıya kaldığı ilk çatışma büyük annesiyle yapmış olduğu anlaşmadır. Çocuğunu bırakma şartıyla şehre okumaya gitmeyi kabul etmiştir. Burada doğru olanı yaptığı söylenebilir, çünkü eğer eğitim almazsa köyde çocuğuna ve kendisine, insani değerlerini ortaya çıkarabileceği bir atmosfer bulmakta güçlük çekecektir. Şehre giderek önce kendisinin değerini ortaya çıkaracak daha sonra da çocuğunu bularak onun için en iyiyi sağlayacaktır.

“O halde bir konuda eğitim görmüş olan, genel olarak da çok yönlü eğitim görmüş olan iyi bir insan olur.” “Çoğunluk ve kaba saba insanlar iyinin ve mutluluğun hazda olduğunu düşünürler, bundan dolayı da haz yaşamını severler. Oysa çoğunluk evcil hayvanların hayatını seçmekle büsbütün köle gibi görünürler.”³ *Aristoteles* burda haz üzerine yapmış olduğu yorumlar ile erdemli insanların, hazı erdemli eylemler ile sağlayacağı üzerine bir tez ortaya atar ve erdemli eylemden haz alınabilmesi ve mutlu olunabilmesi için doğru bir eğitim sürecinden geçilmesi gerektiği üzerine durur. “İnsansal dediğimiz erdem beden değil, ruhun erdemidir; mutluluk da ruhun bir etkinliğidir.”⁴ “Karakter erdemi hazlarla ve acılarla ilgilidir. Nitekim haz uğruna çirkin şeyler yapıyoruz, acı yüzünden de güzel şeylerden uzak duruyoruz. Bunun için Platon'un dediği gibi bir yolunu bulup **henüz çocuklukta insanları gerektiği şeylerden haz alacak ve acı duyacak biçimde eğitmek gerekir.**”⁵

Nawal aynı zamanda iç savaşın gerginliği içinde takındığı tutumla da önemli bir etik hassasiyeti hatırlatıyor. Ülke iç savaşa Hristiyan ve Müslüman aşırı gruplar sebebiyle gitmektedir. Nawal ise amcasıyla birlikte daha ılımlı bir propaganda yürütmeyi tercih etmiştir. Böylelikle aşırılardan ve eksikliklerden kaçıp ortayı bulmayı amaçladığı söylenebilir. “Karakter erdemlerinden hiçbiri bizde doğa vergisi bulunmaz. Erdemleri edinebilecek bir doğal yapımız vardır, alışkanlıkla da onları tam olarak geliştirebiliriz.”⁶

Oğlunu aramak için şehirden ayrılan ve Müslümanların yoğun yaşadığı bölgeye gitmek için bindiği otobüsten Hristiyan olduğunu söyleyerek kurtulmaya çalışan Nawal, küçük kızı kurtarmak için de onun kendi kızı

³ *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik*, Çev.: Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayınları, 2014, Birinci Kitap ss.11, 20.

⁴ *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik*, s.27.

⁵ *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik*, s.32.

⁶ *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik*, s.30.

olduğunu iddia etmiştir. Burada “doğru söylemek gerektiği” ilkesinden daha üstün bir değer ve etik davranış için vazgeçmiştir. “Duyuları edinmiş değiliz, tersine onlara sahip olarak kullandık. Erdemleri ise, öteki sanatlarda olduğu gibi, etkinlikte bulunarak ediniz, çünkü öğrenip yapmamız gereken şeyleri biz yapa yapa öğreniriz.”⁷ “Taa gençlikten beri şöyle ya da böyle alışmak arasında az değil, büyük fark oluyor, daha doğrusu her şey buna bağlı.”⁸

Nawal her ne kadar hayatında karşı karşıya kaldığı birçok değer çatışmasında ve insanlık krizinde metanetli ve etik davranma hassasiyeti göstermiş olsa da oğlunu bulmaması onu marjinalleştirmiş ve aşırı Hristiyan grup lideri siyasetçiyi öldürme kararı almıştır. “Öfke konusunda da aşırılık, eksiklik, orta olma var; bunlar hemen hemen adsız olmakla birlikte, orta olana sakin diyerek, orta olmayı sakinlik olarak adlandırılalım; uç noktalardan aşırı olan sinirli olsun -kötülük sinirliktir- eksiklik gösteren öfkesiz, eksiklik de öfkesizdir.”⁹ Nawal’ın işlediği cinayet elbette etik bir davranış olarak değerlendirilemez. İntikam duygusu ile alınmış ve enine boyuna düşünülmemiş bir karar vardır. “Herakleitos’un dediği gibi hazza karşı koymak, öfkeye karşı koymaktan daha güçtür, sanat da erdem de hep daha güçlü olanla ilgilidir.”¹⁰ Öfke konusunda orta olan sakinliktir.¹¹

“Kimileri karşılığını almanın kendi başına adalet olduğunu düşünür, nitekim onlar başkasına yaptığının aynısıyla karşılığını alma diye tanımlarlar. Oysa aynı karşılığı alma ne paylaştırıcı ne de düzeltici adalete uygun düşer.”¹² Burada Nawal’ın öfkeden ileri gelen ödetici eylemi adil bir eylem değildir.

Nawal’ın ayrıca hapisnede maruz kaldığı işkencelere ve tecavüzlere rağmen kendine olan güveninin ve inancının sarsılmaması Nawal’ın kendisi için inşa ettiği imge olan gururunun, şereften (toplumsal değer yargıları) ziyade onurdan ve insan değerinden müteşekkil olduğunu ortaya koyuyor. Çünkü işkenceye maruz kalan kendi değerinden bir şey kaybetmez ancak onu uygulayan kaybeder. Nawal da maruz kaldığı işkencelerin kendi değerinde bir eksikliğe yol açmayacağını farkındadır.

Nawal’ın tecavüz sonrası doğan çocukları öldürülecekken onları muhafaza eden hapisane hemşiresi de insan değerini koruyan bir eylemde bulunmuştur. Hem yalnızca o çocukları kurtarmakla kalmamış, Nawal

⁷ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.30.

⁸ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.31.

⁹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.39

¹⁰ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.33.

¹¹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.82.

¹² Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.99.

hapishaneden çıktıktan sonra o çocukları Nawal'a teslim etmiştir. "Her bilen kişi aşırılık ve eksiklikten kaçır, ortayı arar, onu tercih eder."¹³

Nawal'ın radikal Hristiyan liderini öldürmesi sebebiyle hapisten sonra onu Kanada'ya gönderen savaş lordu Şemseddin'in ise her şeyden önce savaş lordu olmasından dolayı etik bir tarafı bulunmamaktadır. Üzerine tartışılacak bir "düşünme nesnesi" değildir. Nawal'a ve çocuklarına Kanada'da rahat bir hayat sağlaması onu etik olarak hassas biri yapmaz. Şemseddin, Nawal ile iç savaş ortamında bir anlaşma yapmıştır ve onun karşılığını Nawal hapishaneden çıktıktan sonra vermiştir.

Simon:

Simon'un önce annesinin vasiyetini yerine getirmek istememesi ölçülü ve hakikati bulmaya dönük bir hareket olarak değerlendirilemez. Ancak ilk sahnede vasiyeti yerine getirmek istememesine rağmen, içinin rahat olmaması ve kardeşi zor durumda kaldığında ona yardım etmek üzere annesinin anavatanına gidip ona yardım etmesi ve nihayetinde birlikte hakikate ulaşmaları Simon'un içinde kısmen de olsa etik bir hassasiyet olduğunu göstermektedir.

Jeanne:

Jeanne filmin başından beri hakikate ulaşma yolunda önemli bir hassasiyet koymuştur. Bilmediği durumda bir bilene sorması ve okuldaki hocasından konuyla alakalı akıl alması akıl, ölçülü ve sağduyulu bir insanın eylemidir. "Önemli konuları kendimizin yeterince kestirebileceğimize güvenemeyerek başkalarına danışırız."¹⁴

Aynı zamanda Jeanne bu zorlu yolculukta asla önüne çıkan engellerden dolayı umudunu kesmemiştir. Yeri geldiğinde hakikate ulaşmak için hoşuna gitmeyen gerçeklerle dahi yüzleşmiştir. Özellikle annesinin hapishanesinde çalışan adamın annesinin tecavüze uğradığı gerçeğini söylemeden önceki uyarısını olgunlukla ve metanetle değerlendirmiştir. "Yiğitlik, korkular ve cüretle ilgili orta olmadır. Cüretlilikte aşırıya kaçan cüretli, korkmakta aşırıya kaçır yüreklilikte yetersiz kalan korkaktır."¹⁵

Annesinin akrabalarına gittiğinde ise onların yabani tutumundan dolayı demoralize olmamış, gerçeklerin peşinden devam etmiştir. Özellikle kardeşi destek için gelip kendisini vazgeçirmeye çalıştığında onu da ikna ederek yeri geldiğinde dirayet gösterebilmiştir.

¹³ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.36.

¹⁴ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.50.

¹⁵ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.38.

Nihad:

Nihad kendini en iyi şekilde ortaya çıkaracak olanaklara sahip bir çocuk hiç olamadı. Çocukken annesini bulmak için acımasız bir militan olmayı seçiyor. Sonunda ise bu saldırganlığı onu annesine karşı kendini ömür boyu affedemeyeceği bir eylemi gerçekleştirmesine sebep oluyor. Daha sonra ikiz çocukları-kardeşleri kendisine mektubu ulaştırdıklarında hem annesinden hem de hapisnede tecavüz ettiği kadından birer mektup alıyor ve o da sessizliğe gömülmüş oluyor.

Noter Jean:

Noterin gerçeği bilmesine karşın, meslek etiğinden ötürü sessiz kalması, taraflara yalnızca gerektiği ölçüde destek olması ve sır saklama yükümlülüğüne tam dirayet göstermesi önemli bir noktadır. Buradaki önem bu vasiyetin ve maceranın çocuklara yalnızca hakikati anlatmayacağı aynı zamanda onların olgunlaşmasını da sağlayacak olanaklar sunacak olmasından kaynaklanmaktadır. Sakin ve sağduyulu bir görüntü çiziyor.

KAFKAS TEBEŞİR DAİRESİ

Epik tiyatronun kurucusu *Bertolt Brecht*'in iddialı oyunu 'Kafkas Tebeşir Dairesi' bize bu filmle alakalı güzel ipuçları veriyor. *Brecht*'in 13. yüzyıl Çin efsanelerinden esinlenerek 1944 yılında yazdığı oyun, “Bir çocuğun menfaati onu yetiştirene verilerek mi sağlanır yoksa onu doğurana mı?” sorusuna yanıt arıyor. Oyun ayrıca, mülkiyet-emek çatışması kapsamında iyilik, dürüstlük ve özveri gibi insani değerleri de sorguluyor.

Eserin kahramanlarından biri “Groucha” adında, alt tabakadan bir kadın. İsyân sırasındaki kargaşada unutulmuş soylu bir çocuğun bakımını üstlenen Groucha, çocuğu kendisininmiş gibi sahipleniyor. Bebeğin hayatını kurtarma derdine düştükçe, kendi hayatını riske atıyor. Peşine düşen askerlerden canı pahasına kaçmayı başarıyor. Hatta bir an evvel dönmesini beklediği sevgilisi askerdeyken, bebek zarar görmesin ve aç kalmasın diye başkasıyla zorunlu evlilik yapacak kadar gözü kara davranıyor. Bunu şu sözlerle ifade ediyor: “Köylüyle çocuk yüzünden evlendim. Başımın üstünde bir çati olsun diye.”¹⁶

Ancak yıllar sonra ortaya çıkan biyolojik annesi çocuğu Groucha'dan almak ister ve iki avukatın da katılımıyla ile yargılama başlar. Groucha'nın

¹⁶ Bertolt Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, Çev.: Adalet Ağaoğlu, Ankara, Dost Yayınları, 1963, s.120.

soylu kadınla karşılaştığı sahneler sınıfsal çatışmayı sergilerken, çocuğun kimde kalacağı sıradışı yargıç Azdak'ın yargılması sonucunda belirlenir. Her ne kadar soylu kadının avukatları çocuğun velayetini alabilmek için yargıca: “Çocuk, yani Michael Abaschvili, birbirini kovalayan acı olaylar sebebiyle annesinin kaçması sonucu ortada kalmıştır.” deseler de aslında gerçek, çocuğa kalan yüksek mirastır. Ancak çocuğun velayeti ile soylu kadın bu mirastan yararlanabilecektir bu sebeple de çocuğun velayetini istemektedir.¹⁷

Oyunda, Azdak adlı alkolik bir yargıç bulunuyor. İkinci perde tamamen adalet sisteminin sorgulanmasıyla geçiyor. Mahkeme sahneleri, esere dinamizm katıyor. Okuyucu, 'Çocuk kimde kalacak?' sorusunun cevabı için bekliyor. Daha sonra Yargıç Azdak, bilgisini ve tecrübesini kullanarak hakikate ulaşmak ve çocuğun en üstün menfaatini de gözeterek bir oyun kuruyor. İki tarafa da tebeşir ile çizdiği dairenin içerisine koyduğu çocuğu çekiştirmelerini istiyor. Çekiştirme sonunda çocuk her kimde kalırsa çocuk onda kalacaktır. Nihayetinde çocuk biyolojik annesinin elinde kalsa da yargıç çocuğu, onun zarar görmesini istemeyen ve onu yetiştiren annesine veriyor. Bunun sebebi ise Groucha'nın çocuğun üstün menfaatini düşünerek ona zarar vermek istememesidir. Bunu şu sözlerle dile getirmiştir: “Onu ben büyüttüm, şimdi paralamam mı gerek? Hayır bunu yapamam.”¹⁸

Çocuğun Groucha'da kalmasının, neden çocuk için iyi olacağı ise Ozan tarafından söylenen şu ifadelerle dile getiriliyor: “Yürüseydi altın kunduralar/ Düşkünleri ezecekti/ Kötülük edecek de ard arda/ Geçip karşılarna gülecekti/ Olsaydı yüreği taştan/ Güç gelirdi taşımak/ Bir büyük eziyettir inan/ Zengin ve kalpsiz olmak/ Açlıktan kork daha iyi/ Korkacağıma açlardan/ Kolla gözünün önündeki geceyi/ Kuşkun olmasın aydınlıktan.”¹⁹

SONUÇ

Kafkas Tebeşir Dairesi oyununun yargıcı Yargıç Azdak, bilgisini ve tecrübesini kullanarak hakikate ulaşmak ve çocuğun en üstün menfaatini de gözeterek bir oyun kurgulamıştır. Bu oyunu kurgulamak ve etik bir karara varmak akla, bilgiye, düşünce ve karakter erdemlerine sahip olarak sağlanabilir.

Aristoteles'in *Nikhomakhosa*'a *Etik* kitabında da “Kendisi için istediğimiz, başka şeyleri de onun için istediğimiz bir amaç varsa iyi olan odur.” denmektedir. Burada yargıcın kendisi için istediği iyi; **çocuğun menfaati ve**

¹⁷ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.120

¹⁸ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.126

¹⁹ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.124

yargılama için adalettir. Yargıç, annelik iddiasındaki iki tarafa da tebeşir ile çizdiği dairenin içerisine koyduğu çocuğu çekiştirmelerini ister. Kurgulanan oyuna göre çekiştirme sonunda çocuk her kimde kalırsa çocuğun velayeti onun olacaktır. Nihayetinde çocuk biyolojik annesinin elinde kalsa da yargıç, çocuğu onun zarar görmesini istemeyen ve onu yetiştiren annesine verir.

Aristoteles’e göre, doğruluk ile adaletin ve doğru olan ile adaletli olan arasındaki ilişkinin nasıl olduğunu belirtmek gerekiyor. Her ne kadar ikisi de birbirinin aynı gibi gözükse de aralarında belli farklılıklar vardır. Her ikisi de erdemli şeyler olmakla birlikte, doğru olan daha iyidir. Doğru olanın adaletli olması mümkünken, yasaya uygun olanın adaletli olması mümkün olmayabilir.²⁰ Aristoteles’in adalet ile ilgili olan Beşinci Kitabının girişinde “Adalet, yasaya uygun olanda ve eşitliği gözetende olur” şeklinde bir tanım yapılmıştır. Ancak yasaya uygun olanın adaletli olması mümkün olmayabilir. **O halde yasaya uygun olsa bile adaletli olmayanı düzelteren doğru olandır ve adaletli olandır.** Bunun nedeni, her yasanın genel olmasıdır. Oysa kimi konulardan genellik düzeyinde söz etmenin olanaksızlığı söz konusu olabilir. Ancak bu durum yasayı daha az doğru yapmaz, bu hata yasada ya da yasa koyucuda değildir, konu edilenin doğal yapısındadır. Yani kuralların genel ve soyut olarak konulması gerekmektedir ancak **her somut durumun bağlamı o yasayı olduğu gibi uygulamayı zorunlu kılmaz.** Kafkas Tebeşir Dairesi kitabında olduğu gibi yasa “Çocuk, biyolojik annenindir.” şeklinde bir genel yasa ise, somut durumun bağlamında adil olan ya da çocuğun menfaatine uygun olan şey bu olmayabilir. O halde böyle bir durumda doğru ve adil olan yasayı uygulamamak, hakikati bulmak ve bu çerçevede bir karar vermek gerekecektir.

“İçimdeki Yangın” filmindeki anneyi ele aldığımızda “Kafkas Tebeşir Dairesi” oyunundaki yargıç gibi her ne kadar bazı problemleri davranışları olsa da (iç savaşta marjinalleşmesi ve çocuğunun intikamını almak için radikal siyasetçiyi öldürmesi) genel olarak akla, bilgiye, düşünce ve karakter erdemlerine sahip bir profil çizmektedir. Aristoteles’e göre, “Gerektiği zaman, gerektiği şeylere, gereken kişilere karşı, gerektiği için, gerektiği gibi bunları yapmak orta olandır ve en iyidir, bu da erdeme özgüdür.”²¹ Bu bağlamda yargıcın çocuk için en iyiyi bulmak için kurguladığı oyunun aynısını ikiz çocukları için kurgulamıştır.

Nawal’ın oyunundaki temel iyi ise, çocuklarının menfaati, adalet ve hakikattir. Çocuklarına bu oyunu oynatarak hakikati öğrenmelerini

²⁰ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.112.

²¹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.37.

sağlamayı amaçlamış ve onların iyi birer insan olmalarını istemiştir. Bu oyun sayesinde hem kendilerini doğrudan ilgilendiren bir hakikati öğrenmiş olacaklar, hem hakikate ulaşana kadar geçen süre içinde kimi zorluklarla olgunlaşacaklar hem de hayata dair çok temel bir dersi tecrübe etmiş olacaklardır. Bu süreç “Kafkas Tebeşir Dairesi”ndeki “Yürüseydi altın kunduralar/ Düşkünleri ezecekti/ Kötülük edecek de ard arda/ Geçip karşılarna gülecekti/ Olsaydı yüreği taştan/ Güç gelirdi taşımak/ Bir büyük eziyettir inan/ Zengin ve kalpsiz olmak/ Açlıktan kork daha iyi/ Korkacağına açlardan/ Kolla gözünün önündeki geceyi/ Kuşkun olmasın aydınlıktan.” dizeleriyle de ilişkilidir. Eğer ikiz kardeşler anneleri Nawal’ın kurgulamış olduğu bu oyunu başarıyla bitiremeyecek olsalardı, hayatlarının geri kalanında gerçeklerden kopuk ve “gerçek iyiliğin ve kötülüğün” ne olduğunu bilmeden yaşamış olacaklardı. Bu oyunların kurgulanması erdemlerin yanında enine boyuna düşünmeyi de gerektirir. Aristoteles, “Erdem aşırılığı yanlış olan, eksikliği yerilen, ortası övülen ve isabetli olan etkilenimlerle ve eylemlerle ilgilidir.” demektedir.²²

Her iki oyunda da ortak amaç adalet, çocukların menfaati ve hakikate ulaşmadır. Adalet kendi amacını kendi taşıyan bir erdemdir. Adalet yalnızca kendi başına değil, bir başkasıyla ilişki içinde olmayı gerektirir, bu durum adaletin erdemlerin en önemlisi olduğu söylemini kuvvetlendirir.²³

Adil olan bir orta olmalı, eşit olmalı ve bir şeyle ilgili, birileri için olmalı; orta olarak bir şeylerin ortası (ki bunlar da daha çok olan ve daha az olandır) eşit olarak, iki şeyin eşitliği, adil olan olarak da birileri için olmalıdır.²⁴ Burada kurgulanan oyunlarda Yargıç Azdak ve Nawal ortayı bulmaya çalışmakta ve çocuklar için adil olanı aramaktadırlar.

Adalet ve hakikate ulaşmanın değerini ortaya koyması açısından Groucha’nın “Oturup 30 kuruş ceza kessen de senin o adaletinin ne biçim bir adalet olduğunu söylemekten çekinmeyeceğim, koca ayyaş.”²⁵ ifadesine bakmalı. Burada Groucha yargılama esnasında belki yargıcın kendisi aleyhine karar alabilme riskine karşın hakikati söylemekten ve adaleti talep etmekten geri durmamıştır. Aşçı kadın ise ona “Adamı kendine düşman ettin, artık çocuğu sana vermez.” demektedir.²⁶

Aynı zamanda yargıcın adaletli davranmadığını düşündüğünde Groucha, Azdak için “Bir hırsız ya da eli bıçaklı bir katilden farkın yok

²² Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.37.

²³ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.92

²⁴ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.95.

²⁵ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.122.

²⁶ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.123.

benim için! Bir katil de aklına eseni yapar.”²⁷ ifadesini kullanmıştır. Burada da çok önemli bir ayrıntı vardır. Adalet ve hakikate ulaşılması ve çocukların üstün menfaatinin sağlanabilmesi “aklına estiği şekilde” değil, ancak bunun üzerine enine boyuna düşünerek mümkün olur. Bu amaçlara ulaşmak güçtür ve üzerinde yoğun şekilde düşünmeyi gerektirir.

Gerek Yargıç Azdak gerek Nawal bu oyunu kurgulayabilmesi için hem erdemlere sahip olmalı hem de bunun üzerine enine boyuna düşünmelidir. Peki “enine boyuna düşünmek” ne demektir? Her şey enine boyuna düşünülür mü; yoksa belli başlı şeyler mi enine boyuna düşünülür?

Aristoteles kitabında üzerinde enine boyuna düşünülen şeyi “düşünme nesnesi” olarak tanımlar. “Düşünce nesnesi” her nesne olmadığı gibi, aptal ya da deli birinin düşündüğü şeye de denmez. Düşünce nesnesi, usa sahip birinin düşündüğü şeye denir. Üzerine düşündüğümüz şeyler, çeşitli şekilde gerçekleşmesi mümkün olan ve bir şekilde olması elimizde olan ve bizim etkilediğimiz şeylerdir.²⁸ Demek ki biz elimizde olan ve yapılabilecek şeyler üzerine düşünürüz, çünkü bunların gerçekleşmesi mümkün ve bizim elimizdedir. Her insan kendi aracılığı ile gerçekleştirebilecek şeyleri enine boyuna düşünür. Bizim aracılığımız ile olan ama hep aynı biçimde olmayan şeyler konusunda enine boyuna düşünürüz.²⁹

Bir yargıç için önündeki dava, üzerine enine boyuna düşünme nesnesi niteliği taşır. Çünkü yargılamanın sonucu yargıcın elindedir ve enine boyuna düşünerek yargılamayı temelden etkileme kudretine haizdir. Aynı durum bir anne (baba) için çocukları üzerinde geçerlidir. Bir annenin (babanın) çocuklarını yetiştirmesi ve onlara kendi olanaklarını ortaya çıkarabilme zemini sağlaması annenin (babanın) elindedir. Annenin (babanın) çocukları üzerindeki bu etkisi, üzerine enine boyuna düşünülmesi gereken bir düşünme nesnesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Enine boyuna düşünme çoğu zaman belirli bir şekilde olanlarda, ama nasıl olacakları belirsiz olanlarda ve belirlenemeyenlerde söz konudur.”³⁰ Yani burada farklı ihtimaller vardır. Bu ihtimallerde hakkaniyete, adalet, orta olana en uygun olanının bulunması amaçlanır. Bunun için karakter ve düşünce erdemlerine sahip olmak yetmez, önemli konularda kendimizden şüphe duyduğumuzda başkalarına danışmak gerekir. Nawal bu süreçte Noter Jean’ın desteğini almıştır ama gerek yargıç Azdak gerek Nawal bu oyunu kendi potansiyelleri ve erdemleriyle kurgulamıştır.

²⁷ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.123.

²⁸ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.49.

²⁹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.50.

³⁰ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, s.50.

Hiç kimse amaçlar konusunda enine boyuna düşünmez, amacı belirleyip nasıl ve hangi araçlarla ona ulaşacağını araştırır ve birçok yoldan ulaşabilecek gibi görünürse, en kolay, en iyi şekilde nasıl gerçekleştirilebileceğini; bu yol tekse, onun aracılığıyla nasıl olabileceğini araştırır. Düşünüp taşınan kişi, sözünü ettiğimiz şekilde, sanki bir şekli araştırıp, çözümlüyor gibidir.³¹ Yargıç Azdak'ın amacı bellidir, adalete uygun, hakkaniyetli ve çocuğun menfaatini gözeten bir karara varmaktır. Nawal'ın amacı da bellidir: çocuklarının menfaatini gözeten ve onların hakikate ulaşmasını sağlayacak ve bu hakikat ile hayatlarının en önemli dersini alacak bir oyun kurgulamaktır. O halde sırada bu amaca götüreceği araçlar ve kurgu üzerine enine boyuna düşünmek gelmektedir.

Yargıç o oyun ile çocuğa daha iyi bir gelecek sunacak anneyi bulmayı hedeflemiştir. Nawal ise bu oyunla çocukları için hakikate ulaştıkları daha iyi bir gelecek sunmayı hedeflemiştir. “Her şeyde ortayı bulmak zor iştir, söz gelişi bir dairenin ortasını bulmak herkesin değil, bilen işidir. Kalypso'nun öğütlediği gibi ortayı arayanın önce ona daha karşıt olandan uzak kalması gerekiyor.”³² “Erdemler, orta olmalardır, elimizde olandır ve isteyerek edindiklerimizdir. Sağ aklın buyurdıklarıdır.”³³ Her şey onu en iyi kılanındır/ Çocuk yetişsin diye onu sevmesini bilenin/ Araba onu en ustaca sürenindir/ Yolda devrilip kalmamak için/ Kim susuz koymazsa odur sahibi düzlüğün/ Topraktan en iyisi fişkırsın diye ürünün.³⁴

Azdak'ın oyununun zorluğu, her ne kadar tarafların çocuğa sahip olana kadar çekiştirmeleri gerektiği gibi gözükse de buradaki asıl zorluk, çocuğun iyiliğini isteyen annenin çocuk için ne denli fedakârlık edebileceğini gözlemlemektir. Nawal ise çocuklarına hakikate ulaşma yolunda zorlu bir yol çizmiş ve tamamlaması güç bir oyun kurgulamıştır. Öncelikle ana vatanlarına gidip var olan deliller ile hakikati bulmaya çalışacaklardır. Belki bu yolda aile üyeleri tarafından dışlanacaklar veyahut duymak istemedikleri gerçekleri öğreneceklerdir, ancak nihayetinde ödedikleri bu bedel ile daha farkında ve kendi yaşamlarına dair en temel hakikate ulaşmış olacaklardır. Böylelikle aslında Simon ve Jeanne çok daha erdemli bir hayatı yaşayabileceklerdir. Annelerinin bu davranışı onlara sonlandırmaları gereken ve iyi kurgulanmış bir oyunu sunmaktadır.

Oyun her bir ikiz için ayrı ayrı kurgulanmıştır. Simon'un babasını bulması gerekmektedir. Oyunun kuralları annelerinin kendilerine yazdığı mektuplarda yer almaktadır. Simon öncelikle oyunu oynamayı ve hakikate

³¹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.51.

³² Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.42.

³³ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, s.56.

³⁴ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.128.

ulaşmayı reddetmiştir. Böylelikle iyiye ulaşmada yeterli sebatı göstermemiş, enine boyuna düşünmeden erdemli ve orta olmayan karara varmıştır. Simon’un bu fevriliği bu oyunda ilk aşamada başarısız olduğunu göstermektedir. Tebeşir dairesi oyunundaki uç noktalardan biri çocuğa zarar verene kadar çekiştirmekse, bir diğeri de baştan mağlubiyeti kabul edip oyunu oynamayı reddetmektir. Simon’un da baştan oyunu oynamayı reddetmesi bir eksikliğe tekabül etmektedir. Neyse ki; Simon’un daha sonra kardeşinin zor zamanında yanına gitmesi, ona destek olması ve bu macerayı sürdürmesi, Jeanne zoruyla da olsa, önemli bir adımdır.

Jeanne ise vasiyeti öğrendiği andan son ana kadar önemli bir irade ortaya koymuş ve hakikate ulaşma, oyunu başarıyla sonlandırma adına ciddi çaba sarf etmiştir. Yetersiz hissettiğinde bir bilene sormuş, umudu kırıldığında kendini toparlamış ve acı gerçeklerle yüzleşmekten geri durmamıştır. Bu yolculukta ödediği bedeller ve göstermiş olduğu fedakârlık onu hakikate ulaştırmış ve farkındalığını artırmış bir hayatı yaşamasına vesile olmuştur.

Tebeşir dairesi oyununun uç noktaları çocuğun biyolojik annesinin yaptığı gibi ona zarar vermek pahasına çocuğu çekiştirmek ya da oyunu oynamayı reddetmektir. Hâlbuki bu oyunu oynamayı kabul edip, oyunu oynarken tutduğumuz tavır bizim asıl irademizi ve niyetimizi ortaya koyacaktır. **Çocuğu isteyecek kadar oyunu oynamaya niyetli olmalı ancak çocuğa zarar verecek kadar onu çekiştirmeme bu oyunun ortası ve erdemli olan olarak kabul edilir.** Aynı uç noktalar filmde ya vasiyeti yerine getirmeyi reddetmektir ya da bu yolda hayal kırıklığına uğrayıp yarı yolda pes etmektir. Uç noktalardan biri Simon tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu oyunu ciddiye almamış ve hakikate ulaşmayı reddetmiştir.

Tebeşir dairesi oyununda ortayı benimseyen, asıl olan iyiyi yani çocuğun menfaatini gözeten annenin davranışı ise; filmde Jeanne tarafından benimsenmiştir. Asıl olan iyinin, annesinin vasiyetinin yerine getirilerek hakikate ulaşılması gerektiği olarak gören Jeanne bu yolda tüm fedakârlığı göstermiştir. **Brecht’in oyununda da büyüten ve çocuğu asıl hak eden anne çocuğu almama pahasına onu çekiştirmeye bir son vermiş ve onun menfaatini gözetmiştir:** “Onu ben büyüttüm, şimdi paralamam mı gerek? Hayır bunu yapamam.”³⁵ Ancak yargıç annenin bu hassasiyetini gözlemlemiş ve çocuğu ona verme kararını almıştır. Jeanne da hakikate ulaşmak adına ciddi bedeller ödemiş ancak nihayetinde görevi başarıyla noktalamıştır.

³⁵ Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, s.126.

Nikomakhos'a Etik kitabında da belirttiği üzere; başlangıç bütünün yarısından çoktur. Arananların birçoğu başlamakla görünür hale gelir. Böylelikle gerek yargıcın aradığı değerler, gerek ikizlerin aradığı hakikat aramaya başlamakla görünür hale gelmektedir.

Mutluluk için önemli olan erdeme uygun etkinliktir. Onun dışındaki erdeme aykırı eylemler mutluluk vermezler. Her zaman bir rahatsızlık mevcut kalır. Tabii bu içinde etik hassasiyet taşıyan kimseler için geçerlidir. Örneğin filmde, Simon önce oyunu oynamayı reddetse de içi rahat etmemiş ve mutluluğa ulaşamamıştır. Kendisini daha sonra oyunu bitirmeye mecbur hissetmiştir. Ancak Nawal, Jeanne, Groucha ya da Azdak her ne kadar bazı sorunlar ve zorluklarla karşılaşmış olsalar da nihayetinde erdemli eylemleri onları mutlu kılmıştır.

Karakter erdemi doğuştan gelmez. Doğal olan başka türlü olamaz. Karakter erdemi ise, çeşit çeşittir ve yaşayarak, yapa yapa gelişir. Erdemler etkinlikte bulunarak gelişir. Aynı yargıç, Jeanne ve Nawal'da olduğu gibi. Her etik değerlendirme eyleme bakarak gerçekleştirilmelidir. Eylemin sorumluluğu ancak o eylemin bilerek, tercih edilerek ve eylemden emin olarak yapılması durumunda söz konusu olur.

KAYNAKÇA

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev., Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayınları, 2014.

Bertolt Brecht, *Kafkas Tebeşir Dairesi*, çev., Adalet Ağaoğlu, Ankara: Dost Yayınları, 1963.

Incendies (2010), <http://www.imdb.com/title/tt1255953/>, Erişim tarihi: 17.12.2014.

ÖZEN ETİĞİ, ULUSLARARASI İLİŞKİLER VE İNSANİ MÜDAHALE: NATO'NUN KOŞOVA MÜDAHALESİNİ ÖZEN ETİĞİ BAĞLAMINDA ELE ALMA*

Gökçe Çöçel**

GİRİŞ

Özen etiğinin temeli, Carol Gilligan'ın kadınların ahlaki akıl yürütme biçiminin, erkeklerinkinden farklı olduğunu ve bu farklılığın kadınların ve erkeklerin ahlaki gelişimlerinin farklı olmasından kaynaklandığını öne süren çalışmalarına dayanmaktadır.¹ Carol Gilligan'la aynı yıllarda Sara Ruddick ve Nel Noddings'in çalışmaları da bu yeni etik yaklaşıma katkıda bulunmuş ve söz konusu yaklaşım son yıllarda ahlaki konulara, çokça tartışılan, etkili ve yeni bir bakış açısı olarak gelişmiştir.² Özen etiğinin ilk formülasyonları daha dar kapsamlı iken ve sadece annelik pratiğini, aile içi ilişkileri ve yakın çevremizdekilerle olan ilişkilerimizi ele alırken, son yıllarda bu kapsam genişlemiş ve öncelikli olarak içinde yaşanılan devletin iç politikalarında ve uygulamalarında da özen pratiklerine önem verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. İlerleyen yıllarda, Fiona Robinson, Virginia Held ve Joan Tronto gibi isimler, özenin küreselleşmesi ve küresel bağlamda özen etiği gibi söylemlerle, uluslararası ilişkiler konularında da özen pratiklerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu çalışmamız da, özen etiği konusunda öne çıkmış teorisyenler ve isimlerin, uluslararası ilişkiler alanında son yıllarda çokça gündeme gelen insani/insancıl müdahale adı

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Will KYMLİCKA, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 557-559.

² Virginia HELD, "Morality, Care and International Law", *Ethics and Global Politics*, Vol 4, No 3, 2011, s.183.

altındaki askeri müdahale konusundaki tutumunu ve bu tutum doğrultusunda Nato'nun Kosova'ya 1999 yılında yaptığı askeri müdahaleyi ele alacaktır.

ÖZEN ETİĞİ

Özen veya özen göstermek, günlük hayatta karşımıza en çok çıkan kavramlar arasındadır ve bu kavramların bu kadar çok karşımıza çıkması, Virginia Held'in de belirttiği gibi, evrensel bir deneyimden kaynaklanmaktadır. Her birimize, hayatının belli dönemlerinde, az veya çok özen gösterilmiştir veya biz birilerine özen göstermişizdir.³ İlk bakışta sıradan bir deneyim gibi dursa da, bu deneyimin insan varlığı için ve daha da ötesi bir toplumun ve kültürün geleceği için önemi büyüktür. Gençleriyle ilgilenmeyen ve özen göstermeyen bir toplum en fazla birkaç nesil daha ayakta durabilecektir. Öte yandan hastalara, yaşlılara veya engellilere aynı şekilde ilgi ve özen göstermeyen bir toplumun da sosyal bağları çürümeye başlayacaktır.⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere, özeni sadece bağımlı veya ihtiyacı olanlarla sınırlandırmamak gerekmektedir. Özeni belirli bireylerle sınırlandırmamak, tüm ilişkilerimizin temelini ona dayandırmak gerekir. Özeni temel alan ilişkilerde, karşılıklı sempati, empati, güven ve ilgi gibi duyguların yanı sıra ihtiyaçlara yanıt verebilme ve bağlamı dikkate alma gibi özellikler de söz konusudur. Bu duygu ve özellikler bir ilişkinin temelinde bulunduğu, diğer bir deyişle, ilişkinin iki tarafının da isteklerinin göz önüne alındığı özenli bir ilişki meydana geldiğinde bu isteklerin ve ilgilerin iç içe geçtiği, ortaklaştığı ve bütünleştiği görülür. Bu şekilde kişilerarası iş birliği meydana gelir ve sosyal bağlar geliştirilir. Daha net bir ifadeyle, özen etiği, bencillik ve fedakârlık gibi sadece ilişkinin bir tarafının isteklerine dayanan ilişki biçimlerini sorgular.⁵ Buradan özen etiğinin bireylere bakışıyla ilgili çıkarımlar yapılarak, bireyleri birbirinden bağımsız, kendine yetebilen ve sadece kendi kişisel çıkarını düşünen varlıklar olarak gösteren liberal bireyselcilik söyleminin aksine ilişki ve birbirine bağımlı olarak gördüğü söylenebilir. Burada belirtilmesi gereken şey, Held'in de ifade ettiği gibi, liberal bireyselciliğin üzerinde durduğu kendine yetebilme durumunu gerçekleştirmenin dahi büyük ölçüde özen gerektirdiği ve özen ilişkisinin bir parçası haline geldiğidir.⁶

³ HELD, 2011, s.183.

⁴ Daniel ENGSTER, "Introduction", *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, Oxford Scholarship Online E-book, 2007, s.2.

⁵ Bu yorum, Virginia Held'in *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global* kitabındaki "The Ethics of Care as Moral Theory" kısmının 4.sayfasına dayanılarak yapılmıştır.

⁶ Virginia HELD, "Military Intervention and the Ethics of Care", *The Southern Journal of Philosophy*, Vol 46, 2008, s.15.

Yukarıdan da anlaşıldığı üzere, özen ilişkisinin parçası olan, özen gösteren ve gösterilen bireyler vardır. Bu noktada “Bu özen temelli ilişkinin tarafları kimlerdir?” sorusu akla gelebilir. Öncelikle, özen teorisyenlerine göre, özeni temel alan ilişki, liberal bireysellik söyleminde belirtildiği gibi, eşitler arası olan ve sadece istenilen ve seçilen kişilerle girilen bir ağ değildir. Erken özen teorisyenlerine göre, bunun en güzel örneği, aile ve çocuklar arası ilişkilerdir. Bu yüzden özen etiğinin ilk formülasyonları çocuk ile aile arasındaki veya yakın çevre dâhilindeki ilişkileri ön planda tutar. Bu teorisyenlerden biri olan Nel Noddings’e göre, çocuğun özen ilişkisinin tarafı olması evde başlar. Çünkü burada çocuğa özen gösterilir ve çocuk özen gösterilmeyi burada öğrenir. Bu anlamda ev ilk eğitici ve özen gösterilen birey, aşama aşama yakınındakilere özen göstermeyi öğrenir.⁷ Burada evsiz bireyler konusu gündeme gelir ve bu durumda özen teorisinin kapsamı yeni katkılarla genişler. Bir ulusun vatandaşları veya vatandaşlar ile devlet arasındaki ilişkiler kapsama dâhil edilir. Devletin ve vatandaşların birbirlerine karşı sorumlulukları ve ülke içindeki uygulanan sosyal politikalar konusunda özen etiğinden yararlanılması gerektiği söylenir. Öncelikli olarak, bir devletin özen aktivitelerini desteklemesi gerektiği vurgulanır. Özellikle kişilerarası ilişkilerden çok daha kapsamlı ilişkilerde, kişinin gösterdiği özen yeterli ve etkili olmayabileceğinden kolektif özen kurumlarının varlığı önerilir. Engster’in belirttiği gibi, bu kolektif özen kurumları özel kuruluşlar oldukları takdirde, bazı bireylerle yeteri kadar ilgilenirken ve onlara yardımcı olurken, bazı bireyleri ihmal edebileceklerdir.⁸ Bu yüzden merkezi bir yapının olması veya en azından bu özel kolektif özen kuruluşlarına yardımcı bulunması bu konuda çok önemlidir. Bu merkezi yapı, devletin organları tarafından kurulabilir ve bir nevi özen devletleştirilmiş olur. Temel ihtiyaçları karşılama ilkesine dayanan devlet destekli özen aktiviteleriyle kendi ihtiyacını karşılayamayan vatandaşlara devletin bu konuda vatandaşlarına yardımcı olması beklenir. Noddings özen ilişkisinde, evi temel aldığından, devletin özen gösterme konusundaki ilk adımını, barınma, güvenlik, beslenme ve tıbbi bakım gibi temel ihtiyaçların çoğunu karşılayacak, evsizlere ev bulma gerekliliğini gündeme getirerek atar.⁹ Bu ilk adımda dikkat edilmesi gereken şey, bir grup insanın ihtiyacı üzerinde durulması, diğer bir deyişle, özen etiği gereği kişilerin ihtiyaçlarının belirlenmesi, bu ihtiyaçlar doğrultusunda hareket edilmesi ve bu ihtiyaçlara duyarlı olunmasıdır. Noddings’in yanı sıra, Eva Kittay da devletin özeni

⁷ Nel NODDINGS, *Starting at Home: Caring and Social Policy*, University of California Press, California, 2002, s.31.

⁸ Daniel ENGSTER, “Care Theory and Domestic Politics”, *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, Oxford Scholarship Online, 2007, s.6.

⁹ NODDINGS, 2002, s.249.

temel alan sosyal düzenlemeler yapması gerektiğini belirtmiş; ancak Noddings'ten farklı olarak, özen gösteren/özen işini yapan kişileri de sosyal düzenlemelerle desteklemek amacıyla programlar ve kurumlar meydana getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰ Yukarıda anlatılmak istenen, devletin, özen pratiklerini ve aktivitelerini, bireysellikten çıkarıp, kurumsallaştırmasıdır. Daha doğru bir ifadeyle, kurumlar aracılığıyla ve kurumların desteğiyle özenin sağlanmasıdır.

Zamanla, özen teorisi savunucuları, özeni temel alan devlet ve kişi ilişkisinden, daha kapsamlı bir ilişki biçimi olan, uluslararası ilişkiler konusuna yönelmişlerdir ve özen ilişkilerinin sadece aile ve yakın çevre veya vatandaş ile vatandaş veya vatandaş ile devlet arasındaki ilişkilerle sınırlı olmadığını öne sürmüşlerdir. Bu anlamda, bu teorisyenler, bir kişinin veya bir devletin dünyanın uzak bir yerinde, yoksul veya birçok şeyden mahrum kalan bir kişiyle veya devletle de özen ilişkisi kurabileceğini belirtmişlerdir.

ÖZEN ETİĞİ, ULUSLARARASI İLİŞKİLER VE İNSANİ MÜDAHALE

Uluslararası ilişkiler denilince akla ilk olarak iki devlet arasındaki veya devletler arasındaki ekonomik ve askeri ilişkiler gelmekte olup bu uluslararası ilişkiler arenasına devletler güçleri oranında ve sadece kendi çıkarları söz konusu olduğunda dâhil olmaktadır. Bu ulusal çıkarlar doğrultusunda devletler arasında imzalanan anlaşmalarda neyin ahlaki olduğu neyin olmadığı göz önüne alınmamaktadır. Ama son dönemde, kozmopolit siyaset kuramcıları, özen teorisini temel alarak bu durumu eleştirmişlerdir. Onlara göre, ulusal çıkarlardan daha önemli şeyler vardır ve bu da diğer insanlara, ister kendi ülkemizde ister başka ülkelerde ihtiyaç duyduğunda yardımcı olmak ve onlara özen göstermektir.¹¹ Bu özen gösterme kişiler ve devletlerin evrensel görevidir. Bu siyaset kuramcılarının yanı sıra, birçok özen kuramcısı, uluslararası ilişkilerde özen etiğinin temel alınmasıyla, yani özenin küreselleşmesiyle birlikte dünya üzerindeki birçok soruna çözüm bulunabileceğini öne sürmüşlerdir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, devletlerin vatandaşlarına karşı görevleri vardır. Ama devlet bu görevlerini yerine getirecek kapasiteye sahip değilse, mesela vatandaşlarının temel ihtiyaçlarını karşılayamıyorsa, kişilerin, yani uluslararası toplumda yaşayan bireylerin sorumlulukları devreye girer.

¹⁰ ENGSTER, 2007, s.6.

¹¹ Daniel ENGSTER, "Care Theory and International Relations", *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, Oxford Scholarship Online, 2007, s.2.

Öncelikli olarak, bu diğer ulustaki kişinin neye ihtiyacı olduğu, nasıl yardım edebileceği ve var olan kapasitelerini ihtiyaçlarını karşılamada nasıl kullanabilecekleri konusu ele alınmalıdır. Mesela yiyecek destekleri ve mülteci kampları gibi yıllarca süren yardım programları özen gösterileni gösterene bağımlı hale getirebilecek, bu bağımlılık sürekli artarak bir muhtaçlık durumu yaratabilecektir.¹² Bu durumda özen gösterilenin kendine özen gösterme konusundaki yetenekleri azalabilecektir. Fiona Robinson'un da özen etiğinin hayatiliği/önemi diye adlandırdığı şeyde belirttiği gibi, uzaktaki ötekilere, yani yardıma ihtiyacı olan başka ülke vatandaşlarına özen göstermek sadece onların ihtiyacı olanları vermek veya karşılamak anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda bu insanları dinlemek, bu kişileri bağımlı kılan ve muhtaç konuma düşüren sosyal kurumları belirlemek ve bunun değişimi için çabalamak anlamına gelmektedir.¹³ Daha da ötesi, sürekli bir devlete yardım etmek, bir devleti korumacı durumuna koyarken, diğer bir devleti muhtaç konuma düşürür ve bu var olan güç dengelerini sürdürür.

Dünya üzerinde var olan bu sorunlar, şiddet kullanmayı gerektirmeyen yollarla özen gösterilmesi gereken bireylerin temel ihtiyaçlarını karşılamalarına yardımcı olunarak çözülebilir. Ancak dünya üzerindeki her sorunun barışçıl yollarla veya ihtiyaçlar karşılanarak çözülebileceğini söylemek zordur. Örneğin, bir devlet kendi vatandaşlarını, bazı olaylardan, özellikle şiddet içeren, soykırım ve etnik temizlik gibi, insan hakları ihlallerinden koruyamaz veya korumayı reddeder ise, diğer ülkelerde yaşayan insanlar o insanları korumak için sorumluluk hissedebilir. Elbette ki bireyler, tek başına bu tarz büyük olayları sona erdirmek veya bu olaya müdahale etmek adına bir şey yapamayabilir ve bu durumda uluslararası toplumu temsil eden Birleşmiş Milletler gibi kuruluşlar devreye girebilir. Öncelikli olarak, eğer devlet vatandaşını korumak istiyorsa ve yeterli kaynağı yoksa bu devlete kaynak sağlanmalıdır. Ama bu ihlaller devlet eliyle ve devletin gücüyle gerçekleşiyorsa, uluslararası toplumu uluslararası hukuku temel alarak temsil eden Birleşmiş Milletler Antlaşmasının bazı maddeleri temel alınarak ve Güvenlik Konseyi yetkilendirilerek duruma müdahale edilebilir.¹⁴ BM antlaşmasının 39.maddesi gereğince, *Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42.maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır.* 41. maddede ise, GK'nin silahlı kuvvet kullanmadan önce başvurabileceği ekonomik ambargo ve diplomatik ilişkilerin

¹² ENGSTER, 2007, s.20.

¹³ ENGSTER, 2007, s.23.

¹⁴ ENGSTER, 2007, s.28.

kesilmesi gibi önlemler bulunmaktadır. Eğer 41. maddede belirtilen tedbirler etkili olmazsa veya etkili olacağına inanılmıyorsa, 42.maddede belirtildiği üzere, GK kara, hava veya deniz kuvvetleriyle gerekli gördüğü çeşitli operasyonlarda bulunabilir. Son yıllarda özellikle, bu maddeler dayanak gösterilerek, insani/insancıl müdahale adı altında birçok ülkeye müdahale edilmiştir. Bu maddelerin dayanak gösterilmesiyle birçok müdahale hukuken veya kamuoyu gözünde meşrulaştırılmış olsa da, bu müdahalelerle ilgili birçok tartışma yıllardır süregelmektedir. Öncelikli olarak, müdahalelerin insani veya insancıl olarak kavramsallaştırılması sorgulanmakta ve bu sorgulamalardan, insani/insancıl kavramıyla ilgili belirli bir tanımın olmadığı, söz konusu kavramın tanımının duruma göre değiştiği çıkarımı yapılmaktadır.

İnsani/insancıl müdahale hakkında kapsamlı bir tanımlamaya gidilecek olursa, kendi vatandaşlarının insan haklarını geniş çaplı, ciddi, yoğun ve sistematik bir şekilde ihlal eden ya da ülkesinin sınırları içinde bu tür ihlallerin gerçekleşmesine kayıtsız kalan ya da kayıtsız kalmasa da bunları önlemekte başarısız olan devletlere, rızalarını alarak veya rızalarını almaksızın Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesiyle ya da yetkilendirmesi olmaksızın, bir devlet, bir gönüllü devletler grubu, uluslararası organizasyon veya bölgesel kuruluşlar tarafından söz konusu devletteki vatandaşların insan haklarını korumak ve yapılan ihlalleri durdurmak amacıyla kuvvet kullanma tehdidinde bulunulması veya kuvvet kullanılmasından bahsedilebilir.¹⁵ Bu kapsamlı tanımlamadan yola çıkılırsa, birçok sorunla ve soruyla karşılaşılabilir. Öncelikle “Hangi insan hakkı ihlallerinden bahsedilmektedir?” sorusu akıllara gelebilir. Çünkü geniş çaplı ve yaygın insan hakları ihlalleri kavramının içeriği konusunda genel bir uzlaşma bulunmamaktadır. Yine de bahsedilen ihlaller genel olarak, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğü gibi temel hakların ihlalleri olarak düşünülmektedir. Öte yandan bu hakların ihlalinin gerçekleştiğine dair kanıtlar bulunması önemlidir.¹⁶ Bu kanıtlar, bazı devletlerin insani müdahale adı altında çıkarları doğrultusunda yapacakları keyfi müdahaleleri önlemek amaçlıdır. Çünkü birçok düşünürün göre, büyük ve güçlü devletler, neo-koloni çıkarlarını sürdürmek için yapacakları şiddet içerikli davranışlarını meşrulaştırmak amacıyla insani müdahale adı altında müdahalelerde bulunabilirler.¹⁷ Bu meşrulaştırma girişimini önlemek

¹⁵ Nermin YAYLAL, “İnsani Müdahale mi Dediniz? ”, <http://www.bianet.org/bianet/toplum/128773-insani-mudahale-mi-dediniz>, 2011, (erişim tarihi: 11.12.2015). J.L. HOLZGREFE , “The Humanitarian Intervention Debate”, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, Political Dilemmas*, Eds.: Robert O. Keohane- J.L. Holzgreffe, North Carolina, Duke University, 2003, s. 18.

¹⁶ Elif Burcu PEKYARDIMCI, *İnsani Müdahale Kavramı ve Kosova Sorunu*, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2255/2935.pdf, 2006, s.74., (erişim tarihi: 14.12.2014) .

¹⁷ HELD, 2011, s.175.

için, bu tarz müdahalelerde, müdahale kararının tek bir devlet tarafından alınmamış olması gerekmektedir. Bu çok taraflılık ilkesinin, diğer bir deyişle birden çok devletin müdahale kararında hemfikir olması gerekliliğinin yanı sıra, bu devletlerin veya müdahaleyi gerçekleştirecek organizasyonların yetkili veya yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda, müdahalenin nasıl gerçekleştirileceği ve hangi kriterleri temel alacağı konusu gündeme gelmektedir; zira bu kriterler doğrultusunda kuvvet kullanımı meşrulaştırılacaktır. Öncelikli olarak, tüm barışçıl yöntemlerin denenmiş olması ve bu denemeler sonucunda sonuç alınmış olmaması en önemli kriterdir. Daha net bir ifadeyle, tüm barışçıl yöntemlerin tükenmiş olması gerekmektedir. Müdahale kararı alınmasının ardından, müdahale eğer insani amaçlarla yapılıyorsa, zaman, yer ve kuvvetinin büyüklüğü bakımından sınırlı olması gerekir. Son olarak insani amaçlarla yapıldığı iddia edilen bir askeri müdahalenin ve kuvvet kullanımının ne zaman uluslararası hukuka uygun olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öncelikli olarak, insani müdahale diye bir kuvvet kullanım şekli uluslararası hukukta tanımlanmamıştır ve meşru savunma dışındaki tüm müdahaleler için Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmiş olma koşulu aranmaktadır. Yani insani müdahale kararındaki tek kriter, yetkili veya yetkilendirilmiş otorite tarafından gerçekleştirilmesidir.¹⁸

Bahsedilenler göz önüne alındığında, insani müdahale adı altındaki kuvvet kullanımlarının uluslararası ilişkiler açısından değerlendirilmesi gerektiği düşünülerek devletlerin ve o devletlerde yaşayan vatandaşların, müdahale edilen ülkedeki vatandaşlara karşı sorumlulukları gündeme gelebilir. Uluslararası ilişkilerde özeni gözeten teorisyenlerin bu konuda ne düşündüğü konusu merak uyandırmaktadır; ancak öncesinde özen teorisyenlerinin şiddet hakkında görüşlerine değinilmesi daha yerinde olacaktır. Öncelikli olarak, Held, aile içi şiddetten başlayarak, insani müdahaleye kadar uzanan şiddet olaylarını ele almıştır. Held şiddet konusunu ele alırken, özen etiğiyle, yasaları ve ilkeleri karşı karşıya getirmeye çalışan yaklaşımlara da cevap oluşturacak şekilde hukuk ve özen etiğinin iç içe geçtiği bir yaklaşım sunmuştur. Özellikle hukuki yaptırımların, ilerde oluşabilecek ev içi şiddet olaylarında azaltıcı etkisini belirtirken, bu yaptırımların tek başına şiddet uygulayanları caydırmadığına da dikkat çekmiştir. Bu yüzden, şiddetin arka planını ele almak gerektiğini ve şiddeti uygulayan ve şiddet mağdurlarına yönelik özeni temel alan sosyal politikalar ve eğitimlerin gerekliliğini de önermiştir.¹⁹ Held, ev içi şiddet konusundan başlayarak, daha fazla sayıda insanı ilgilendiren savaş ve terörizm gibi büyük çaplı şiddet olaylarına dek uzanmıştır. Bu konuda Sara Ruddick onu yalnız bırakmamıştır. Özen etiği

¹⁸ PEKYARDIMCI, 2006, ss.78-84.

¹⁹ Virginia HELD, "Can the Ethics of Care Handle Violence?", *Ethics and Social Welfare*, Vol 4, No 2, 2010, s.119.

teorisyenleri, genel olarak şiddetin bir çözüm olmadığını ve şiddetin şiddeti doğurduğu gerçeğini vurgulamaktadır. Ruddick gibi özen teorisyenleri şiddete yer verilmeyen-şiddetle alakası olmayan barış siyasetini desteklemektedir. Bu yüzden, Ruddick, kuvvet kullanımının çok etkin ve etkili olması gerekliliğinin abartıldığını her defasında vurgulamış ve bu etkililiğe odaklanılınca, kuvvet kullanımının ekonomik, psikolojik, siyasi ve fiziksel olmak üzere diğer etkilerinin ihmal edildiğine dikkat çekmiştir.²⁰ Özen teorisyenleri, güç kullanmanın zorunluluk olduğu durumlar için adil/haklı savaş teorisinin ilkelerini benimsemişler ve bu ilkeler doğrultusunda öncelikli olarak, insani müdahale konusuyla aynı doğrultuda savaşın son çare olması görüşünü yani tüm diğer çözümlerin sonuç vermemesi durumunda, güç kullanımının gerekliliğini savunmuşlardır. Yine, bu güç kullanımının meşru bir otorite tarafından saldırma değil; saldırıya cevap verme amacıyla gerçekleştirilmesini, başlanılan savaşta başarı ihtimalinin bulunmasını, asıl amacın barışı yeniden tesis etmek olmasını, uygulanan şiddetin sadece savaşanlara karşı ve sınırlı olmasını ve son olarak yıkıcılığın en az düzeyde olmasını savunmuşlardır.²¹ Yukarıda bahsedildiği üzere haklı/adil savaş teorisinin ilkeleri ve insani müdahalenin ilkeleri göz önüne alındığında, aralarında benzerlikler olduğu görülebilecektir.

NATO’NUN KOSOVA MÜDAHALESİ VE ÖZEN ETİĞİ

Kosova sorunu temeli çok eskilere dayanan ve uzun bir tarihe sahip bir mesele olduğundan bu çalışmada detaylı olarak ele alınması mümkün olmayacaktır. Bu yüzden sorundan kısaca bahsetmenin yerinde olacağı düşünülmüştür.

Yugoslavya Federal Cumhuriyeti devlet başkanı Slobodan Miloseviç, Kosova’ya Tito zamanında verilen özerkliği 1989 yılında kaldırmış ve Kosova’nın Sırplaştırılmasına yönelik bazı programlar devreye sokmuştur. Bu Sırplaştırma programları dâhilinde, birçok Kosovalı Arnavut kamu görevlisi işinden çıkarılmış ve Arnavutça eğitimin azaldığı ve Arnavutça konuşan öğrencilere ortaokula girmeden önce Sırpça dil sınavı şartı koşulan, yeni bir eğitim müfredatı hazırlanmıştır. Bu duruma Kosovalı Arnavutlar tepki vermiş ve kendince çözüm bulmuş olsalar da, etnik ve dinsel farklılıklardan kaynaklanan sorunlar devam etmiştir. Bu hususta yapılan Dayton Antlaşması gibi anlaşmalarda da Kosovalı Arnavutlar ile ilgili herhangi bir konuya değinilmeyince, Kosovalı Arnavutlar bu duruma tepki göstermiş ve bu tepkinin sonucunda Kosova Kurtuluş Ordusu (KKO) [Ushtria Çlirimtare e Kosovës (UÇK)] kurulmuştur. 1996 yılında yaptığı

²⁰ ENGSTER, 2007, s.26.

²¹ Bjorn MOLLER, “Kosova and Just War Tradition”, *18th IPRA Conference*, Tampere, 2000, ss.2-13.

açıklamalarla adını duyuran KKO, 1997'ye gelindiğinde, Sırp Karakollarına düzenlediği saldırılarla gündeme gelmiştir. 1998 yılında KKO ve Sırp ordusu arasındaki çatışmalar şiddetlenmiş ve durumun her geçen gün kötüleşmesi ve dünya kamuoyunun olaylardan haberdar olması üzerine o zamana kadar sessiz kalan BM Güvenlik Konseyi tavsiye kararları almıştır. Bu tavsiyeler dikkate alınarak ateşkes başlamış ancak 1999 yılının ilk günlerinde Racak köyüne yapılan ve 45 kişinin yaşamını yitirdiği Sırp saldırısı bu ateşkesi sona erdirmiştir. Sonraki aşamada, barışçıl çözüm bulma arayışları da sonuç vermemiş ve Miloseviç, iç mesele olarak gördüğü konuya diğer devletlerin müdahalesini önlemek için Kosovalı Arnavutları göçe zorlamıştır. Bunun sonucunda, NATO 24 Mart 1999 yılında Kosova'ya 78 gün süren bir hava harekâtı düzenlemiştir. Bu hava harekâtı kapsamında hayati öneme sahip birçok nokta ateş altına alınmış ve imha edilmiştir. Bunlar arasında, 11 adet tren yolu köprüsü, 34 otoyol köprüsü, Sırp Mühimmat depolarının %29'u, petrol rezervlerinin %57'si, 14 geçici karargâh, 100'ün üzerinde savaş uçağı, 10 adet askeri havaalanı (ABD Savunma Bakanlığından) bulunmaktadır.²² Bunların yanı sıra, YFC devlet televizyonu ve radyo verici istasyonu, Zastava otomobil fabrikası, bazı okullar ve hastaneler de vurulmuştur.²³ Bu süreçte, Makedonya, Arnavutluk ve Karadağ'a göç edenlerin sayısı toplamda 850.000 insanı geçmiş ve Sırp saldırılarının artmasıyla, 4400 Arnavut'un hayatını kaybettiği belirlenmiştir. Hayatını kaybeden Sırp'ların sayısı konusunda ise uzlaşmazlık bulunmaktadır. Sırp'lara göre 500, NATO'ya göre ise 5000 Sırp hayatını kaybetmiştir.²⁴

Yukarıdaki tüm bilgilere ve verilere bakılarak, NATO'nun kimse tarafından yetkilendirilmediğini söylemek mümkündür. Herhangi bir otorite tarafından yetkilendirilmeyen bir kuruluşun veya topluluğun kuvvet kullanımı Birleşmiş Milletler Antlaşması'na aykırıdır. Eğer NATO üyelerinden herhangi biri saldırıya uğramış olsa, bu kuvvet kullanımının meşru savunma olduğu konusunda uzlaşılabilir ama YFC ile herhangi bir NATO üyesi arasında böyle bir durum söz konusu olmamıştır. Bu müdahale öncesinde, YFC, Güvenlik Konseyine NATO'nun egemenliğine yönelik tehditte bulunduğu konusunda iki kez başvuruda bulunmuş ancak bu başvurulardan bir sonuç alınamamıştır.²⁵ Daha net bir ifadeyle, NATO müdahale edebileceğini belli

²² Ahmet ÇEVİKBAŞ, "Müttefik Güç Harekâtı İnsani Müdahalelerin Bir İstisnası mıdır? Nato'nun Kosova'ya Yönelik Harekâtının Uluslararası Hukuk ve Askeri Bakış Açılarında Değerlendirilmesi" *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2011, s.33.

²³ Caner SANCAKTAR, "Nato'nun Kosova Müdahalesi", <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-133-2014090914guvenlik-9.pdf> s.142, (erişim tarihi: 12.12.2014).

²⁴ ÇEVİKBAŞ, 2011, s.35.

²⁵ Gökçen ALPKAYA, "Nato'nun Müdahalesi Üzerine" ,1999, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/alpkaya/kosova.htm>, (erişim tarihi: 12.12.2014).

etmiş ancak bununla ilgili herhangi bir uyarı almamıştır. Dahası, müdahale başladığında, Güvenlik Konseyi, NATO'nun bu müdahalesini kınayan bir karar tasarısı hazırlamış ancak bu tasarı oylamada 3'e karşı 12 oyla reddedilmiştir. Böylelikle Güvenlik Konseyi müdahale konusunda sessiz kalmıştır. Sonrasında ise Kosova'daki Bağımsız Uluslararası Komisyon bu müdahaleyle ilgili raporda “yasal değil/illegal ama meşru” şeklinde bir ifade kullanmıştır.²⁶

Yukarıdan anlaşılabilirliği üzere, çokça akla gelen soru, bu insani amaçlarla gerçekleştirildiği iddia edilen ve ağır insan hakkı ihlallerine yol açan müdahaleye BM Güvenlik Konseyinin neden müdahale etmediği veya NATO'nun yaptığı müdahale uluslararası hukukun normlarını ihlal etmesine rağmen bu müdahalenin neden kınanmadığıdır. Güvenlik Konseyinde kuvvet kullanma konusu gündeme gelmiş ancak konseyde veto yetkisi bulunan Rusya ve Çin bu kuvvet kullanma, diğer bir ifadeyle askeri müdahale teklifine karşı çıkmışlardır. Dolayısıyla müdahale kararı çıkmamıştır. Bu yüzden NATO önceden de belirttiği gibi Kosova'ya müdahaleyi gerçekleştirmiştir. Müdahalenin hukuki herhangi bir temele dayanmadığı ve bunun ötesinde tamamıyla uluslararası hukuka aykırı olduğu açıktır. Hatta bu müdahaleden sonra yeni bir uluslararası hukuk oluşumuna doğru gidildiği konusu üzerine çokça tartışma yapılmıştır.²⁷ Diğer yandan konu başka açılardan da tartışılmış ve insani müdahale adı altında müdahalenin meşrulaştırıldığı söylemiyle gündemde kalmıştır. İnsani müdahale kriterleri açısından olaya bakılırsa, başta da belirtildiği üzere, meşru yani yetkilendirilen bir otorite bulunmamaktadır. Geniş çapta ve ağır insan hakları ihlalleri yapıldığı konusu hep kamuoyunun gündemine gelmiştir ve Kosova'da gerçekleşen olaylar insani bir kriz ve felaket olarak sunulmuştur. Bölgede çok büyük sorunlar olduğu doğru olsa da, bunun sebebinin sadece Sırp devletinin olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Zira KKO da o dönemde birçok saldırı gerçekleştirmiş ve bu durum uluslararası basında pek fazla gündeme gelmemiştir.²⁸ Buna ek olarak, insani müdahale konusunda yukarıda da bahsedildiği gibi geniş çapta ve ağır insan hakları ihlalleri eylemlerinin neler olduğu dahi tartışmalıdır. Bunun yanı sıra, müdahalenin nasıl olması gerektiği hakkında da yukarıda verilen bilgilere dayanarak, somut örnekteki imha edilen veya ateş açılan sivil hedefler ve sivillerin yaşamını sürdürmeleri için hayati öneme sahip noktaların müdahaleye uygun olmadığı söylenebilir. Buradan hareketle Kosova örneğinde orantılılık ve sınırlılık kriterlerinin ihlal edildiği çıkarımı yapılabilir. Bunun dışında, insani müdahale konusundaki, diğer temel kriterlerden biri de tüm diğer barışçıl yöntemlerin tüketilmiş olmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi BM

²⁶ HELD, 2008, s.11.

²⁷ ALPKAYA, 1999.

²⁸ SANCAKTAR, 2014, s.140.

bazı ambargolar uygulamış ve tavsiye kararlar almıştır ama bunların yeterli olmaması tüm barışçıl yolların tüketildiği anlamına gelmemektedir. Dahası, sonradan yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, KKO birçok devletten eğitim ve silah yardımı almıştır.²⁹ Yani var olan barışçıl yollar denildiği gibi tükenmişse, bunların iki taraftan birine silah vermekle ve askeri destekle tüketildiği söylenebilir. Bundan başka, Sırp hükümeti, Rambouillet Görüşmeleri adı altındaki görüşmelerde sunulan antlaşmanın, Kosova'ya özerklik verilmesi ve bölgeden çekilme şartlarının bulunduğu ilk kısmını kabul edeceklerini ve bu kısım ile ilgili sorun olmadığını belirtmişlerdir. Ancak ikinci kısımda, ülkeye NATO'nun denetleyeceği büyük bir NATO askeri gücünün gelmesi ve hareket alanı konusunda antlaşmaya varılamamıştır.³⁰ Çünkü bu kısımda doğrudan Kosova'dan, diğer bir deyişle sorunlu bölgeden bahsedilmemiştir. Tüm YFC söz konusu edilmiş ve NATO'nun YFC içerisinde serbestçe hareket edilmesi öngörülmüştür. Anlaşılabileceği üzere, YFC'nin böyle bir antlaşmayı kabul etmesi, ülkenin bağımsızlığı açısından, pek mümkün görünmemektedir. Bu antlaşmanın da, barışçıl yollardan biri olarak görülmesi başlı başına tükenen barışçıl yollar konusunda birçok insanı şüpheye düşürmüştür. Antlaşmanın üstte verilen kriterleri sağlamaması dışında, bu müdahalenin amacı Kosova'da yapılan etnik temizliğe son vermek olarak belirtilmiş olsa da, Alpkaya, müdahalenin ana aktörlerinden olan ABD'nin soykırım, insanlığa karşı suç, insani hukuk ihlalleri ve saldırı suçlarını yargılamaya yetkili sürekli nitelikteki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna karşı çıktığının unutulmaması gerektiğini vurgulamaktadır.³¹ Bu noktada, bu müdahalenin teorik ve hukuki boyutunun dışında, ahlakiliği ve etikliği konusunda da çokça tartışma olduğunu belirtmekte fayda vardır. Özen etiği teorisyenlerinin bu konuda ne aşamada olduğu ve ne yönde yorumlar yaptığı konusu merak uyandıran bir meseledir.

Held, şiddet ve özen etiği ile ilgili yazılarında savaş ve terörizm gibi konulara yer vermiş ve askeri müdahale altında gerçekleşen kuvvet kullanımı Held'in yazılarında kendine yer bulmuştur. Özellikle 2008 yılında yazdığı "Military Intervention and the Ethics of Care" makalesi bu konuyla ilgili görüşlerini ele almaktadır. Held, öncelikle özen etiğinin, mümkün olduğu kadar şiddetsiz bir düzeni arama ve o düzeni sürdürme önerisinden, özenin acılar çekerek inşa ettiği şeyi yıktığı gerekçesiyle şiddete karşı olduğundan bahsetmiştir.³² Özenin kişilerin barış ve güvenlik ihtiyaçları da

²⁹ Güvenlik Konseyi'nin 1998 yılında aldığı 1199 sayılı kararda bu yardımlardan bahsedilmiş ve yardımların kesilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

³⁰ ÇEVİKBAŞ, 2011, s.28.

³¹ ALPKAYA, 1999.

³² HELD, 2010, s.126.

dahil ihtiyaçları karşılama rehberlik ettiğinden bahsetmiş ve bunlardan yola çıkarak kişilere nasıl davranmamız gerektiği konusunu ele almıştır. Bunlara ek olarak, özen etiği rehberliğinde, uyulması gereken kurallara veya cezalandırılması gereken ihlallere yoğunlaşmak veya şiddet yanlılarını yok etmek yerine, bu ihlalleri engellemek ve cezalara olan ihtiyaçları azaltmak için önleyici tedbirler ve yapıcı bir biçimde davranarak şiddeti önlemeyi önermiştir.³³ Uluslararası düzeyde, özen ve adaletin birbirinin yerine sunulan, birbirine zıt şeylermiş gibi yansıtılması konusundaki rahatsızlığını dile getirerek özenin uluslararası hukuka saygıyı önerdiğini belirtmiştir.

Askeri müdahale konusuna geldiğinde Held'in, Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmemiş olsa da NATO'nun Kosova'ya müdahalesinin mevcut uluslararası hukuka uygun bulunarak savunulabileceğini söylediği görülmektedir. Held, aynı makalede Iris Marion Young ve Richard Miller gibi bu konuda kendinden farklı düşünen isimlerin görüşlerine de yer vermiştir. Young'a göre, NATO'nun müdahalesi meşrulaştırılmaz niteliktedir. Çünkü NATO Sırp'ı bombalamaya çalışırken, Sırp karadan Arnavutlar'ı öldürmüşlerdir. Yani Sırp kuvvetleri NATO'yu vuramamış ancak NATO'nun müdahalesini talep eden Arnavutlar'ı vurmuşlardır.³⁴ Bunun yanı sıra Kosova ve Sırbistan'daki yıkım oldukça ağır olmuştur. Held, Young'a neden katılmadığının gerekçesi olarak Young'ın bir müdahalenin meşru sayılabilmesini tamamen sonuçlarına bağlayan fikrini göstermektedir. Miller'e göre ise, yıkımın büyüklüğünden, çok sayıda insanın yaşamını yitirmesinden ve karar aşaması sürecinden dolayı NATO'nun müdahalesi oldukça kuşkuludur.³⁵ Held, Miller'in sadece yakın zamanı göz önünde bulundurduğunu ve Miloseviç'in kötü yönetiminin ilk yıllarının ve NATO müdahalesi olmasa Miloseviç'in yönetimden çekilmeyeceğinin de düşünülmesi gerektiğini vurgulamaktadır.³⁶ Ayrıca bu müdahalenin, Güvenlik Konseyi yetkilendirmesi bulunmaması dolayısıyla meşru olmadığını ve uluslararası hukuka aykırı olduğunu kabul etmiş; ancak çok doyurucu olmasa da en azından geçmişe dönük (özellikle ahlaki bir) meşrulaştırma şansı elde edebileceğini dile getirmiştir. Bununla birlikte, kendi çıkarını düşünen devletler tarafından baskı altına alınmış ve sistematik olarak terör ve savaş tehdidi altındaki bir dünyada uluslararası hukukun önemli olduğunu ve desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁷ Ancak özen ve etkileşim ağlarının oluşmasıyla, askeri müdahale ihtiyacının ve uluslararası hukuk uygulamalarının tamamıyla ortadan kalkmasa da, azalabileceğini belirtmiştir. Held'in

³³ HELD, 2008, s.14.

³⁴ HELD, 2008, s.9.

³⁵ HELD, 2008, s.11.

³⁶ HELD, 2008, s.11.

³⁷ HELD, 2008, s.13.

yaklaşımından anlaşılacağı üzere, özellikle askeri müdahale söz konusu olduğunda, özen etiğindeki tek duruma bakma olayı karşımıza çıkmakta ve Kosova örneği uluslararası hukuk açısından bir istisna olarak görülmektedir. Ancak böyle bir istisna durumu insanların akıllarında şu soruyu uyandırabilecektir: “Bu şekilde, özellikle birçok devletin karıştığı büyük çaplı olaylarda, istisna söylemiyle uluslararası hukukun temel alınmayıp ihlal edilmesi sonraki olaylarda da ‘bu da bir istisna’ söylemine sebep olmayacak mıdır?” Jess Kyle’a göre, Held bir yandan özen etiğinin uluslararası hukukun, insanları zararlardan ve tehlikelerden korumanın en iyi yolu olduğunu ve bu yüzden saygı duyulması ve desteklenmesi gerektiğini belirtirken, diğer yandan özen yaklaşımıyla ‘hukuki istisnallığı’ önermekte ve böylelikle Kosova’ya yapılan müdahaleyi meşrulaştırmaktadır.³⁸ Held’in konu ve Miloseviç hakkında söylediklerine bakıldığında Sırp yönetiminin etnik temizlik yaptığından ve müdahalenin gerekliliğinden bahsettiği görülmektedir. Ancak Kyle, insanların müdahale hakkındaki yargılarının verilen bilgilerden oluştuğuna dikkat çekerek verilen bu bilgilerin çarpıtıldığını ve kaynağının çatışmanın tek tarafını göz önünde bulunduran bir medya olduğunu belirtmiştir.³⁹ Bu yayınlarla Miloseviç’in tehlikeli ve saldırgan bir canı olduğu vurgulanarak Miloseviç’e “Balkan kasabı” lakabı takılmıştır.⁴⁰ Ancak daha önce de belirtildiği gibi, KKO’nun (UÇK) Kosovalı Sırlara yönelik saldırılarına ve gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerine aynı medyada yer verilmemiştir. Uluslararası medyanın bu tutumundan da anlaşılacağı üzere, müdahale meşrulaştırılmaya ve hatta müdahalenin gerekli olduğu benimsetilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, tek tarafın çıkarına dayanan ve bu yüzden, Kosovalı Sırların kayıplarını kayıp olarak görmeyen bir tutumun özen ile hiçbir alakası olmayacaktır.

Daha önce de belirtildiği gibi, özen etiği savunucuları, insani müdahale konusunda haklı/adil savaş teorisinin ilkelerini benimsemişler⁴¹ ve bu tarz bir müdahalede kullanılan kuvvetin oranı, vurulacak hedeflerin sivil hedefler olmaması ve savaşınla sivilin ayrımı gibi şeylerin dikkate alınması gerektiğinden bahsetmişlerdir. Çünkü bu tarz bir müdahalenin amacı, en kısa zamanda, en az kayıpla bu bölgedeki insanların normal yaşamlarına dönebilmelerini sağlamaktır. Diğer bir deyişle, amaç insanların haklarının ihlal edilmesi ve öldürülmeleri nedeniyle bir bölgeye müdahale edip, kısa vadede sorunu çözüme kavuşturup uzun vadede müdahale sonrasında daha çok insanın açlık, susuzluk ve bulaşıcı hastalıklardan ölmesine sessiz kalmak olmamalıdır.

³⁸ Jess KYLE, “Protecting the World: Military Humanitarian Intervention and the Ethics of Care”, *Hypatia*, Vol 28, No 2, 2013, s.259.

³⁹ KYLE, 2013, ss.264-265.

⁴⁰ SANCAKTAR, 2014, s.136.

⁴¹ ENGSTER, 2007, s.27.

Müdahale sırasında uygulanan stratejiler, müdahale sonrasında yeni bir insani felaket yaratmamalıdır. Bu yüzden bu tarz müdahaleler oldukça dikkatli ve iyi bir şekilde planlanmalıdır.⁴² Bu şartlar dâhilinde Kosova müdahalesine bakıldığında, daha müdahale sürerken, birçok Kosovalı Arnavut'un göç etmek durumunda kaldığı ve bu durum tahmin edilmesine rağmen bu insanların insanlık dışı koşullarda yaşamasını engelleyecek herhangi bir önlem alınmadığı göze çarpmaktadır.⁴³ Bunun yanı sıra, vurulan hedeflere bakıldığında bu hedeflerin arasında birçok sivil noktanın da bulunduğu görülmektedir. Otomobil fabrikası ve rafineri gibi hedeflerin birçoğu ülkenin ekonomik durumu için çok önemlidir, halkın bir kesimine iş imkânı sağlamaktadır. Bu yüzden müdahale sonrasında ekonomik durumun kötüleşmesinin başka çatışmalara yol açacağı düşünülmemiştir. Dolayısıyla Kosova örneğinde sadece savaşın hedef alınmadığı açıktır. Bunun ötesinde, bir ülkenin tamamen alt yapısını ve diğer yapılarını bombalamanın vatandaşların barış içinde yaşamasını ve normal yaşamlarına hızlıca dönmeleri amacını nasıl sağlayacağı tartışılır niteliktedir. Yukarıda bahsedilen olaylar ve NATO'nun tutumu, Çevikbaş'a göre, zor durumda bırakılan sivil halkın yönetime geri adım atması için baskı yapmasına yol açmak amaçlıdır.⁴⁴ Held'in, insani müdahalelere yer verdiği makalesinde yukarıda söylenenleri göz önünde bulundurmadığı muhtemeldir. Bunun yanı sıra, Held müdahalenin meşruluğunu vurgulamak amacıyla, daha önce de belirtildiği gibi, Miloseviç yönetiminin geçmişine bakılması gerektiğini söylemiştir. Yönetimin yaptığı birçok hata ve gerçekleştirdiği birçok insan hakkı ihlali söz konusu olabilir.⁴⁵ Fakat bu durum, insan hakkı ihlali yapan birine insan hakkı ihlalinde bulunarak cevap vermeyi gerektirmemektedir. Dahası bu müdahalenin ne olursa olsun, uzaktaki ötekiye özen göstermek, yiyecek yardımı ve diğer birçok yardım yoluyla en basitinden o kişileri yaşatmak şartlarını ne kadar gerçekleştirebildiği kuşkuludur.

Held, "Can the Ethics of Care Handle Violence?", makalesinde özen etiğinin, politik bir uzlaşmazlıkta şiddet içermeyen eylemlere değer verilmesi için sağlam ve güçlü temeller sağladığını ve özenin inşa ettiği şeyi, şiddetin yıktığını ve tahrip ettiğini vurgulamıştır.⁴⁶ Bu cümlelerin doğruluğu veya yerindeligi konusunda tartışmaya girmek yersizdir. Fakat bunları söyleyen ve her defasında şiddetin bir çözüm olmadığını, şiddetin şiddeti doğurduğunu vurgulayan Held, Kosova müdahalesini değerlendirirken bazı

⁴² Engster'in "Care Theory and International Relations" bölümünün 28.sayfasında Kennedy'e referans vererek aktardığı bu bölüm, tarafından çevrilmiş ve yorumlanmıştır.

⁴³ ALPKAYA, 1999.

⁴⁴ ÇEVİKBAŞ, 2011, s.36.

⁴⁵ HELD, 2008, s.11.

⁴⁶ HELD, 2010, s.126.

noktaları gözden kaçırmıştır, denebilir. Öncelikli olarak, müdahalenin öncesinde, çatışmalar sürerken, KKO'nun eğitimine Amerikan ajanlarının destek olduğu ve bu gruba silah desteği sağlandığı müdahale sonrasında ortaya çıkmıştır. Bu destek çatışmaların şiddetlenmesine ve daha çok insanın hayatını kaybetmesine sebebiyet vermiştir. Daha net bir ifadeyle, çatışmalar bu noktaya gelmeden duruma başka yollardan müdahale edilebileceği ve önlemler alınabileceği açıktır.

Held dışında, insani müdahale konusunda görüş bildiren özen teorisyenlerinden bir diğeri de Joan Tronto'dur. Ona göre özen gösterme, en genel anlamıyla, “mümkün olduğunca iyi yaşamak için dünyamızı onarmak ve devamını sağlamak için yaptığımız her şeyi içine alan bir türün aktivitesidir”⁴⁷ ve barışı korumak da bir çeşit özen işidir.⁴⁸ Tronto, insani müdahale söyleminde, “müdahale hakkında” “koruma sorumluluğu”na önemli bir geçiş görür. Tronto'ya göre bu geçiş, uluslararası ilişkilerdeki ahlak söyleminde, adalet etiğinden özen etiğine geçiş olarak yorumlanabilir.⁴⁹ Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, özen etiği ile “koruma sorumluluğu” aynı doğrultudadır ve çokça tartışmaya yol açan söz konusu koruma sorumluluğu doktrini uluslararası ilişkiler konusunda Tronto'nun yaklaşımının temelini oluşturur. Bu doktrine göre, devlet vatandaşlarının güvenliğini ve insan haklarını korumaktan sorumludur ve bu sorumluluğu uluslararası toplum karşısında da geçerlidir. Bir devlete, bunu yapamadığı takdirde müdahale edilebilir. Hatta bu doktrin, müdahale kavramının meşruluğunun kabulü için gereken otorite yetkilendirmesi kriterini, Güvenlik Konseyinin veto veya başka sebeplerle müdahale kararı veremediği durumlarda *ad hoc/geçici* koalisyonlarla verilebileceği şeklinde genişletmektedir. Bu şekilde yapılan bir müdahale hukuka uygun anlamına gelmemektedir. Ancak diğer kriterler yerine getirilir ve dünya kamuoyu ve uluslararası toplum müdahaleyi başarılı olarak görürse, en fazla meşru olabilecektir.⁵⁰ Tronto, “Koruma Sorumluluğu” doktrininin güçlü ülkelerin güçsüz ülkelere müdahalelerinde kullanabileceğinin farkında olduğunu belirtmiş olmasına rağmen, dünyayı daha güvenli bir yer yapmanın anahtarını “Koruma Sorumluluğu” doktrininin uygulamasındaki dikkat etme, sorumluluk alma, özen gösterme ve özene cevap verme durumlarının iç içe geçmesi olarak sunmuştur.⁵¹ Tronto'ya göre özen etiği, bu

⁴⁷ Joan TRONTO, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York: Routledge, 1994, s.103.

⁴⁸ HELD, 2008, s.14.

⁴⁹ HELD, 2008, s.14.

⁵⁰ ICISS Raporu, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, s.55, (erişim tarihi: 10.12.2014).

⁵¹ KYLE, 2013, s.266.

doktrinın uygulamasında rehber olmalıdır. Bu doktrinle vurgulanmak istenen, her ülkeye müdahale edilebileceği, diğer bir deyişle değişen bir egemenlik/bağımsızlık anlayışının ortaya çıktığıdır. Held'e göre, "Koruma Sorumluluğu" bir ülkenin bağımsızlığı/egemenliğinin mutlak olmadığı ve sınırlandırıldığına göstergesidir. Kyle'ın da belirttiği gibi, bu anlayış, özellikle bağımsızlık iddiası olan bazı ülkelerin bu iddiasını görmezden gelmek için temel oluşturur. Daha net bir ifadeyle, bazı ülkeler, özellikle güçlü olanlar, bağımsızken, daha güçsüz olanların bağımsızlığı tanınmayabilecektir. Bu doktrinle özen gösterme ideolojileri güçsüz ülkelere uygulanacaktır. Narayan, özen ideolojilerini ülkeler arasında koloni çağı ilişkileri ile bağlantılandırmaktadır.⁵²

Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında, özen teorisyenlerinin saygı duyulması gerektiğini söylediği uluslararası hukukun kendine nerede yer bulacağı kuşkuludur. Yukarıdaki söylemlere, dikkatli bir şekilde bakıldığında, Kyle'ın da dediği gibi, özen ve adalet birbirinden tamamen ayrılmış gibidir.⁵³ Ancak Held, özellikle şiddet konusunda hukuki yaptırımların önemini ve gerekliliğini vurgularken, özen ve adaletin iç içe geçmesi gerektiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, uzaktaki ötekilere yardım, sorumluluk alma ve özenli ilişkilerin kurulması her aşamada oldukça önemlidir. Fakat neyin özen olup olmadığı konusunda dikkatli olunmalı ve özellikle bu tarz müdahaleler sonrasında ve sırasında halka ne olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Müdahale sonrasında Kosova halkı tüm önemli ekonomik altyapısı hedef alındığından dışa bağımlı hale gelmiştir ve daha önce yan yana yaşayan halkın, birbirine olan etnik nefreti artmış ve şehirler, Kosovalı Arnavutlar ve Sırpın yaşadığı bölgeler olarak ayrılmıştır.⁵⁴ Bu kadar insan kaybının olduğu, ekonomik olarak çöküşün yaşandığı ve birbirine tahammül sınırı olmayan bir toplumun oluşmasına sebebiyet veren bir müdahalenin özen etiğinin hiçbir önerisi ve söylemiyle örtüşmediği açıktır. Held'in dediği gibi insan haklarına saygı duymak, insanın kendini gerçekleştirmesine izin vermektir ve özen etiği de bunu savunmaktadır. Ancak bunun için, izin vermek dışında, gerekli koşulları sağlamak da önemlidir. Dolayısıyla insani müdahale adı altında yapılan yıkıcı müdahalelerin müdahale edilen ülkelerdeki insanların kendini gerçekleştirme koşullarını yok etmesinin özen etiğine ne derece uygun olduğu tartışmaya açıktır.

⁵² KYLE, 2013, s.268.

⁵³ KYLE, 2013, ss.268-271.

⁵⁴ PEKYARDIMCI, 2006, s.147.

KAYNAKÇA

- ALPKAYA, Gökçen, "Nato'nun Müdahalesi Üzerine", 1999, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/alkpaya/kosova.htm>, (erişim tarihi: 12.12.2014)
- ÇEVİKBAŞ, Ahmet, "Müttefik Güç Harekâtı İnsani Müdahalelerin Bir İstisnası mıdır? Nato'nun Kosova'ya Yönelik Harekâtının Uluslararası Hukuk ve Askeri Bakış Açılarında Değerlendirilmesi " *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2011.
- ENGSTER, Daniel, "Introduction", *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, Oxford Scholarship Online/ E-book, 2007, (erişim tarihi: 14.12.2014).
- HELD, Virginia, "Military Intervention and the Ethics of Care", *The Southern Journal of Philosophy*, Vol 46, 2008.
- HELD, Virginia, "Morality, Care and International Law", *Ethics and Global Politics*, Vol 4, No 3, 2011.
- HELD, Virginia, "Can the Ethics of Care Handle Violence?", *Ethics and Social Welfare*, Vol 4, No 2, 2010.
- HOLZGREFE, J.L., "The Humanitarian Intervention Debate", *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, Political Dilemmas*, Eds. Robert O. Keohane-J.L. Holzgreffe, NorthCarolina, Duke University, 2003.
- KYLE, Jess "Protecting the World: Military Humanitarian Intervention and the Ethics of Care", *Hypatia*, Vol 28, No 2, 2013.
- KYMLICKA, Will, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- MOLLER, Bjorn, "Kosova and Just War Tradition", *18th IPRA Conference*, Tampere, 2000.
- NODDINGS, Nel, *Starting at Home: Caring and Social Policy*, University of California Press, California, 2002.
- PEKYARDIMCI, Elif Burcu, *İnsani Müdahale Kavramı ve Kosova Sorunu*, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2255/2935.pdf, 2006, (erişim tarihi: 14.12.2014).
- SANCAKTAR, Caner, "Nato'nun Kosova Müdahalesi", <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-133-2014090914guvenlik-9.pdf> , 2014, (erişim tarihi: 12.12.2014).
- TRONTO, Joan, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethics of Care*. New York: Routledge, 1994.
- UYGUR, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- YAVLAL, Nermin, "İnsani Müdahale mi Dediniz?", 2011, <http://www.bianet.org/bianet/toplum/128773-insani-mudahale-mi-dediniz>. (erişim tarihi: 30.11.2014).

ROMA'DA MADENLERE MAHKÛM EDİLME CEZASI*

Cemâl Dursun**

GİRİŞ

Madencilik, Roma yaşamının, *civitas*'in ayrılmaz bir parçasıdır.¹ Bir başka ifade ile Roma tarihi, aynı zamanda madencilik tarihidir.² Madenler ve onlara erişme/elde etme isteği, Roma genişlemesinin itici güçlerinden biri ve hatta kimi zaman yapılan savaşların yegane sebeplerinden biri olmuştur.³ Diğer yandan madenlerin işletilmesinde Romalıların ortaya koyduğu örgütlenme, başlı başına Roma'ya özgü bir kurumdur. Sadece madenlerin işletilmesi değil, üretilen cevherin imparatorluğun dört köşesinden başta Roma olmak

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Romalı filozof Cicero'ya göre, devlet, *civitas*'ların birleşmesi ile oluşan *res publica-res populi*'dir. Ancak her şeyin temelinde aile yatar. Belirli yerde yerleşen aileler, "o yerin tabii ve coğrafi şartlarından faydalanarak kendilerini savunmaya çalışırlar, zamanla gelişerek ve büyüyerek bir Civitas (Site-Medine) halini alırlar." Aktaran Recai Galip OKANDAN, *Umumî Âme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (No. 250), İstanbul, 1966, sf. 31. *Civitas* hakkında ayrıntılı bir okuma için bkz. A. H. M. JONES, *The Later Roman Empire (A Social Economic and Administrative Survey)*, Volume I, Basil Blackwell, Oxford, 1964, sf. 712 ve devamı.

² Son zamanlarda bu konuda yapılan en geniş kapsamlı araştırma için bkz. Alfred Michael HIRT, *Imperial Mines and Quarries in the Roman World: Organizational Aspects 27 BC-AD 235*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

³ Üçüncü kişi ağzıyla yazılan *Bello Gallico (Galya Savaşı)* adlı eserde Sezar'ın Britanya'yı almak için gerekçeleri sayılırken, kalay ve demirden de bahsedilmektedir. Mommsen de madenlerin fetihteki belirleyici faktör olduğundan bahsetmektedir. Theodor MOMMSEN (çev. Clare Krojzl), *A History of Rome under the Emperors*, Routledge, 1996, sf. 141.

üzere ihtiyaç duyulan diğer yerlere aktarılmasının büyük ve iyi yönetilen bir organizasyon gerektireceği aşıkardır.⁴ Fakat madenlerin her daim işler durumunda tutulması ve ihtiyaç duyulan maden ve türev ürünlerin üretiminin sağlanabilmesi için önemli miktarda işgücüne de gereksinim duyulmuştur.⁵

Civitas'a dönecek olur isek, Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru, özellikle Pön Savaşları'nın ardından diğer Latin kabilelerin de Roma'ya katılması ile birlikte ve hemen ardından İmparatorluk Dönemi başlarında *patriciler* ve *plebler* ayrımı, yerini *honestiores* ve *humiliores* olmak üzere iki ayrı katmana bırakmaya başlamıştı.⁶ Bu iki toplumsal katman arasındaki en önemli farklılıklardan biri de, işledikleri suçlar karşılığında aldıkları cezalarda görülüyordu.⁷ Örneğin, Cumhuriyet döneminde Roma vatandaşlarına ölüm cezası verilmesine çok nadiren rastlanılırdı, verilecek en ağır ceza toplumdun dışlanmaktı, ki buna ateşten ve sudan yasaklanma (*aquae et ignis interdictio*) adı veriliridi. Böylece Roma vatandaşı sürgüne gönderilir (*exilium*) ve vatansız hale gelirdi.⁸

⁴ İmparatorluk ekonomisinin ölçeğini ve iç içe geçmişliğini göstermesi bakımından önemli bir bilgi olarak şu verilebilir: Milattan önce 1. yüzyılda Britanya'da çıkarılan kurşunun bolluğu yüzünden İspanya'daki kurşun üretimi görece azalmıştır. Lesley ADKINS, Roy A. ADKINS, *Handbook to Life in Ancient Rome*, Infobase Publishing, 2004, sf. 216.

⁵ Bu işgücünü sağlayabilmek için, kimi zaman madenlerde çalışanlara Roma vatandaşlığı da verilmiştir. Bugünkü Almanya'nın jeolojik olarak Eifel olarak adlandırılan volkanik bölgesindeki Mayen basalt madeni, değirmen taşı yapımında kullanılıyordu. Değirmen taşı ise, un üretimi için çok büyük önem arz ediyordu. Volkanik lavadan kaynaklı jeolojik kalitesi nedeniyle bu madende çalışan yerlilere Roma vatandaşlığı verilmişti. Robert SHEPHERD, *Ancient Mining*, Institution of Mining and Metallurgy, 1993, sf. 157. Meinrad POHL, *Quern-Stones and Tuff as Indicators of Medieval European Trade Patterns*, Department of Mining History, German Mining Museum, Bochum, Germany (<http://www.pia-journal.co.uk/article/view/pia.348/66> erişim tarihi: 01.07.2014).

⁶ *Honestiores*, daha çok üst sınıfı teşkil eden senatörler, şövalyeler, askerler ve üst düzey yöneticilerden ibaretti. Genellikle çalışmak zorunda olmayan, yeterli gelire sahip aile mensuplarıydılar. Kimi zaman *plebeii* veya *tenuiores* de denilen *humiliores*, düşük sınıftan gelen, parasız veya az gelirli özgür Roma vatandaşları idi. Cumhuriyet devri ile birlikte sayıları belirgin şekilde artmıştı. Yukarıda bahsedildiği üzere, Roma ceza hukukunda, *honestiores* ile *humiliores* sınıflarına mensuplara verilen cezalar arasında önemli farklılıklar bulunuyordu. Başka bir ifade ile, aynı suç için *honestiores*'e verilen cezalar, *humiliores*'e verilene nazaran çok daha az eza vericiydi. Michael GRANT, *History of Rome*, Prentice Hall, 1st Edition, 1978, sf. 291. Karoly VISKY (çev. Dr. Bülent Tahiroğlu), "Roma Hukuku'nda Kölelik ve Serbest Meslekler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 40, Sayı 1-4, 1974, sf. 691.

⁷ Adam WILINSKI (çev. Belgin Erdoğan), *Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı*, Dicle Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 1983, sf. 335.

⁸ Gordon P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge University Press, New York, 2006, sf. 25-39.

SINIFSAK FARKLILIĞA DAYALI (SUÇ VE) CEZA POLİTİKASI (TİPOLOJİ)

Roma ceza hukuku sistemi, Wilinski'nin de belirttiği üzere, hiçbir zaman Roma özel hukuk sisteminin yetkinliğine ulaşamamıştı.⁹ Bu sistemde, kamuya karşı işlenen ve devletin veya hakim sınıfların güvenliğini/ menfaatini tehlikeye düşüren suçları içeren *crimina* ile haksız fiilden oluşan ve zarar görenin tazminat (para) ile tatmin edildiği *delicta (maleficia)* ayrımı mevcuttu.¹⁰

Roma ceza yargılaması sisteminde ise, Krallık döneminde işlenen suçları soruşturma yetkisi¹¹ (*coercitio imperium*) kralın kendisinde iken, Cumhuriyet döneminde bu yetkinin *magistra*'lara geçtiği görülmektedir.¹² MÖ 2. yy.'dan itibaren *quaestiones perpetuae (iudicia publica)*¹³ adı verilen bir yargılama sisteminin ortaya çıktığını ve *coercitio* modelini devre dışı bıraktığını görmekteyiz. Bir *praetor*'un başkanlığında seçilmiş elli hakimden meydana gelen bu mahkemeler, daha önceden belirlenmiş suç tipleri için görev yapıyor; yargılama sonucunda sadece kusur hakkında hüküm veriliyor, ceza için kanunda öngörülen ceza hod be hod uygulanıyordu.¹⁴

MS 2. yy.'dan sonra *quaestiones perpetuae* yerini, *cognitio extra ordinem*'e bırakmıştır. *Magistra*'nın *imperium*'una¹⁵ dayanan *coercitio*'ya benzeyen bu

⁹ WILINSKI, 1983, sf. 329.

¹⁰ *Crimina* suçunun cezası ölümdü. Cumhuriyet döneminde ölüm cezası yanında para cezasının (*multa*) da ortaya çıktığını görmekteyiz. *Ibid.*, sf. 329-330. Daha detaylı bir açıklama için bkz. Pervin SOMER, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, Derin Yayınları, İstanbul, 2006, sf. 11-14.

¹¹ Soruşturma yetkisi, koşturmayı da içerecek şekilde kullanılmaktadır.

¹² Cumhuriyet dönemi ortalarından sonra getirildiği tahmin edilen önemli bir imkân ise, *imperium*'a sahip bir *magistra*'nın verdiği karara karşı halk meclisine başvurabilmektir, ki MÖ 1. yy.'a kadar devam eden bu imkana *provocatio ad populum* deniliyordu. *Ibid.*, sf. 330.

¹³ *Quaestiones* kelimesi; sormak, araştırmak, aramak anlamlarına gelen *quaerere* fiilinden geliyordu. Bkz. Kurt LATTE, "The Origin of the Roman Quaestorship", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Vol. 67, (1936), sf. 28-29.

¹⁴ Bu suç tipleri, Cumhuriyet dönemi sonları ve Principatus döneminde *senatus* kararları ve imparator emirnameleri ile giderek genişletilmişti. Özellikle MÖ 17'de *Lex Iulia iudiciorum publicorum* ile şikayet usulü gelmiş ve böylece her Roma vatandaşı şikayet hakkına kavuşmuştur. WILINSKI, *op. cit.*, sf. 331.

¹⁵ *Imperium*'un kapsamına ve içeriğine ilişkin tartışmada Mommsen'in getirdiği yorumu tartışan Strachan-Davidson'ın Ulpian (Digest, I.18.6.§8)'dan aktardığı ibare önemlidir: *qui universas provincias regunt jus gladii habent et in metallum dandi potestas eis permissum est*. Buna göre tüm *provincia*'larda öldürme veya madenlere gönderme yetkisi, *magistra*'ya verilen *imperium*'un kapsamına dahildi. James Leigh STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law (Volume: 2)*, Oxford Clarendon Press, Oxford 1912, sf. 167. Ancak *imperium*'un bir başkasına devrinin mümkün olmadığı, hatta

sistemde soruşturma prensibi kabul edilmiş, delillerin toplanması işi *praefectus urbi, annonae, vigilum* gibi imparatorluk memurlarına bırakılmıştır. Daha da önemlisi, *quaestiones perpetuae*'den farklı olarak hakim sadece kusur tespiti ile yetinmiyor, soruşturmanın sonucuna göre cezayı da takdir ediyordu.¹⁶

Roma ceza yargılaması sisteminde “*madenlere mahkûm edilme*” adı altında ayrı bir ceza kategorisi bulunuyordu.¹⁷ *Cognitio extra ordinem* için öngörülen cezalardan biri de *damnatio in metallum (in opus metalli)* idi.¹⁸ Mahkûm hem köle olur hem de maden ocaklarında çok ağır işlerde çalıştırılırdı.¹⁹ Maden ocaklarında çalışmaya mahkûm edilme, idamın yerini tutan bir ceza olarak görülüyordu²⁰ ve ölüm cezası gibi, infaz süreci önce

Yeni Ahit'te sırf bu nedenle Hz. İsa'nın çarmıha gerilmeden önce *imperium* yetkisini haiz Romalı yönetici önüne çıkarıldığı belirtilmektedir.

¹⁶ WILINSKI, *op. cit.*, sf. 331-332.

¹⁷ IUSTINIANUS (çev. Ziya Umur), *Institutiones*, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1968, sf. 369.

¹⁸ *Pliny ile Trajan* arasındaki yazışmalardan, *Nicomedia* (bugünkü İzmit) ve *Nicaea* (bugünkü İznik) şehirlerindeki mahkûmların durumlarını tartışırken Pliny tarafından *opus* kavramının kullanıldığını ve spesifik olarak *opus metalli* dendiğini de görmekteyiz. Bkz. Fergus MILLAR (eds. Hannah M. Cotton, Guy M. Rogers), *Rome, the Greek World and the East: Government, Society and Culture in the Roman Empire (Volume 2)*, The University of North Carolina Press, 2004, sf. 134-135. Hatta Pliny, madenlere mahkûm edilenlerin (kadınların da) saçlarının bir yarısının kazıtıldığını, bunun bir nevi *opus publicum* olduğunu da anlatmaktadır. Bkz. O. F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, Routledge, 2007, sf. 126. Mommsen'e göre *metallum* ile *opus metalli* arasındaki ayırım, sadece *vincula*'dan ibaretti; yani madende çalışan kişi, aynı zamanda ellerinden de kelepçelenmiş ise *metallum* söz konusu oluyordu. Théodore MOMMSEN, “Le Droit Pénale Romain (Tome Troisième)”, *Manuel des Antiquités Romaines (Tome Dix-Neuvième)* içinde (çev. J. Duquesne), A. Fantemoing, Paris, 1907 (digitized by University of Ottawa, 2010), sf. 294.

¹⁹ Kudret AYİTER, “Roma Ceza Hukuku'nda Queastiones Perpetuae ve Cognitio Extra Ordinem”, *Ahmet Esat Ersebük'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 124, Ankara 1958, sf. 360. Bugünkü Mısır'ın Kızıldeniz kıyısındaki Mons Claudianus ve Mons Porphyrites'teki mermer ocaklarında çalışan maden işçilerinin öğünleri üzerinde yapılan yeni tarihli çalışmalar, işçilerin, ki aralarında köleler kadar özgür ve ücretli çalışanlar da vardı, Nil vadisinden ithal edilen zengin bir yemek çeşidi ile beslendiklerini göstermektedir. David MATTINGLY, “The Imperial Economy”, *A Companion to the Roman Empire* içinde (ed. David S. Potter), Blackwell Publishing, 2006, sf. 292. Hristiyanların kovuşturmaya uğradığı 4. yüzyıl başında Mons Claudianus ve Mons Porphyrites'te porfiri ve granit ocaklarında, madenlerde çalışmaya mahkûm edilen mahkûmlar çalışıyordu. JONES, Justinian döneminde dahi bu durumun devam ettiğini belirtmektedir. A. H. M. JONES, *The Later Roman Empire (A Social Economic and Administrative Survey), Volume II*, Basil Blackwell, Oxford, 1973, sf. 838.

²⁰ AYİTER, *op. cit.*, sf. 345 (dipnot 19). *The Trial of Marius Priscus and his legate* adlı başlık altında, Marcianus'un madenlere gönderilmekle cezalandırılmasını anlatan bölüm için bkz. O. F. ROBINSON 2007, *op. cit.*, sf. 83. Persli Manichean tarikatı üyelerinin madenlere gönderilişi; *Numidia legate*'nin bazı din adamlarını madene gönderilmeye

kırbaçlama ile başlıyordu.²¹ Madenlerde çalışma, askeri bir gözetim altında ve zincirlere bağlı olarak yapılıyordu.²² Başka bir ifade ile, madenlere gönderilmeye mahkûm edilen kişinin durumu, sürekli ceza çeken ve ağır çalışma koşulları nedeniyle muhtemelen ölümle sonuçlanacak bir kölelik durumuydu.²³

Mommsen, angaryanın (*les travaux forcés, forced labour*) Principatus dönemine kadar Roma'da bilinmediğini, İmparator Tiberius tarafından ve muhtemelen kadimden beri madenlerde kölelerin çalıştırıldığı Mısır'dan esinlenilerek, M.S. 28 yılında sürgüne gönderme cezası ile birlikte ortaya çıktığını belirtmektedir.²⁴

Madenlere gönderilme cezası İmparator Hadrian²⁵ zamanında getirilmişti.²⁶ Bu özel kategori cezanın İmparator Hadrian zamanında yürürlüğe konulmuş olması ile yine İmparator Hadrian'ın, oldukça düşük seviyelerde seyreden maden üretiminin artırılması hedefi arasında doğal bir bağlantı olsa gerektir. Rostovtzeff, Schönbauer'e atfen, maden işletmecisinin, çıkan madenin yarısına sahip olması şeklindeki cömert prensibin temelinde, İmparator Hadrian'ın maden üretimini artırmak amacının yattığını belirtmektedir. Buna işaret olarak da, 1907 yılında Portekiz'de keşfedilen Aljustrel madenindeki *procurator*'a *restitutor metallorum* adının verilmiş olmasını göstermektedir. Aljustrel kitabesinin M.S. 235'e tarihlendiğini düşündüğümüzde, bu devirde maden üretiminin önemli derecede düşük olduğu sonucuna ulaşmaktadır.²⁷

mahkûm edişi ve Caligula'nın, yüksek düzeyli insanları damgalanmaya ve madenlere gönderilmeye mahkûm ettiğinin anlatıldığı kısımlar için bkz. O. F. ROBINSON 2007, *op. cit.*, sf. 117 (dipnot 140), 121, 189 ve ilaveten Richard A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, 1996, sf. 66.

²¹ MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 292-293.

²² *Ibid.*, sf. 293.

²³ Robinson, Gaius'a atfla, madenlere mahkûm edilenler, sahihsiz (köle) oldukları için, onlar kendilerine verilen cezaların köleleriydiler ve hiçbir türel ehliyetleri yoktu, demektir. O. F. ROBINSON 2007, *op. cit.*, sf. 106 (dipnot 45). Madenlerde çalışan köleler ile efendileri arasındaki (fiziksel ve mental) ceza - (*manumunissio* şeklindeki) ödül dengesinin nasıl kurulduğunu anlamak için bkz. Kyle HARPER, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425*, Cambridge University Press, New York 2011, sf. 219 vd.

²⁴ Angaryanın üç değişik biçimi vardı: madenlere mahkûm edilme, ömür boyu hapis, kürek mahkûmiyeti. MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 292-293.

²⁵ MS 117-138; Nervan-Antonine hanedanı.

²⁶ MÖ 4. ve 5. yüzyıllardan Corpus Iuris Civilis'e kadar cezaların ağırlaşması eğilimi devam etmiştir. WILINSKI, *op. cit.*, sf. 335.

²⁷ M. ROSTOVITZEFF, *The Social and Economic History of the Roman Empire (Volume I)*, Clarendon Press, 2nd Edition, 1957, sf. 690 (dipnot 101). Aynı şekilde bkz. J. C.

Buna göre, özellikle gece vakti hırsızlık yapanlar veya silahla hırsızlık yapanlar, madenlere gönderilmeye mahkûm ediliyordu.²⁸ Buna ilaveten, şehir/kasabada hırsızlık amacıyla yangın çıkarma suçu ölüm cezası ile cezalandırılırken, çiftlik veya villa'da hırsızlık amacıyla yangın çıkarma suçu, madenlere gönderilmeye mahkûmiyet ile cezalandırılıyordu.²⁹

Kölelerin durumuna gelince; *Digesta*'da Ulpian'ın³⁰ Seneca'ya³¹ yaptığı atıf ile kölelerin, zaten köle olmaları sebebiyle zorunlu çalışmaya mahkûm edilemediğini, ancak sürekli veya belli süre için zincire vurulmaya, madenlere gönderilmeye veya av oyunlarına ve en nihayetinde ölüme mahkûm edilebildiklerini öğreniyoruz.³² *Cognitio*'ya göre, sahibinin bilgisi olmadan suç işleyen köleler, özellikle madenlere gönderiliyordu.³³ Özgür bir adam, başka birinin kölesinin kaçmasına yardım eder ve ardından *manumissio* ile ona özgürlüğünü verirse, eski sahibinin özgürleşen köleyi, özgürlük hırsızlığı nedeniyle tekrar köle olarak almak, ona yardım eden özgür kişiyi de hırsızlık ile şikayet etmek hakkı vardı. Ancak eğer kaçan kölenin ayağı kesilmişse (*amputatio*) veya madenlere gönderilmişse, eski sahibin geri alma hakkı bulunmuyordu.³⁴

İmparator Septimius Severus'un,³⁵ M.S. 199'da *urban prefect*'in kazai yetkisini tanımladığı *epustula* ile onlara *humiliores*'i madenlere göndermeye mahkûm etme yetkisi verdiği de anlaşılmaktadır.³⁶

EDMONSON, "Mining in the Later Roman Empire and Beyond: Continuity or Disruption?", *The Journal of Roman Studies*, Vol. 79 (1989), sf. 97.

²⁸ Paul 5, 4, 8'e göre hırsızlık yapan özgür kişiler için *exilium aut metallum aut publicum opus*; yine Paul, 3, 4, Dig 22, 1, 12, 1, 10'e göre, başkasına ağır zarar veren köleler ve sonradan özgürleşmiş kişiler için ise, madenlerde çalışma acısına hükmedilirdi. MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 123 (dipnot 5).

²⁹ O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins University, 1995, sf. 26-28, 35.

³⁰ Gnaeus Domitius Annianus Ulpianus; c. 170 – 223.

³¹ Lucius Annaeus Seneca; c. 4 BC – AD 65. Genç Seneca (Seneca, the Younger olarak da bilinir).

³² ROBINSON 2007, *op. cit.*, sf. 188 (dipnot 26); MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 84-85. Ulpian, *Stellionatus* suçu için pleblere verilecek cezanın *opus metalli*'yi aşmaması gerektiğini belirtmektedir. ROBINSON 1995, *op. cit.*, sf. 32. Ev veya şehir köleleri ile taşradaki (tarımsal işletmelerde) veya madenlerdeki köleler arasındaki en önemli ayırım, ilkinde *manumissio* ile özgür olma imkanı tanınmışken, taşra veya madenlerdeki kölelere bu imkanın tanınmamış olmasıdır. Peter GARNSEY, *The Roman Empire: Economy, Society, and Culture*, University of California Press, 1987, sf. 119-120.

³³ ROBINSON 1995, *op. cit.*, sf. 34.

³⁴ MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 184 (dipnot 4).

³⁵ Lucius Septimius Severus Augustus; 11 Nisan 145 - 4 Şubat 211.

³⁶ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 105.

Lex Fabia'da, özgür bir Romalı'yı saklayan, hapseden, satmaya veya almaya çalışanlara verilen cezalar arasında ölüm cezası yanında madenlere gönderilmeye mahkûm olmak da vardı.³⁷

Yine Paulus'a³⁸ dönecek olur isek, *Pauli Sententiae*'ye göre, eğer yüksek bir yerden herhangi bir uyarı yapmaksızın ağaç dalı atılması sonucu bir kişi ölürse, her ne kadar bu durum kanunda açıkça yazıyor olmasa da, dalı atan kişi madenlere gönderilmeye mahkûm edilirdi.³⁹ *Pauli Sententiae*'ye göre, kasten veya ihmal ile bir vasiyetname uyduran kişinin bu eyleminden *lex Cornelia testamentaria*'ya göre sorumlu olduğu; *honestiores*'in bir adaya sürgün edildiğini, *humiliores*'in ise, belirli bir süre için veya ömür boyu, madenlere gönderildiği veya çarmıha gerildiği belirtilmektedir.⁴⁰ Aynı eserin beşinci kitabının başında, İmparator'a ait olan madenleri çalanın cezasının madenlere gönderilmeye mahkûm edilmek veya sürgüne gönderilmek olduğunu belirtmektedir.⁴¹

Modestinus,⁴² Romalı askerlerin, sadece kısırlaştırma, para cezası, daha fazla görev ve sorumluluk (*munerum indictio*), nakil, tenzil-i rütbe, ordudan atılma cezalarına çarptırılabilirdiğini; madenlere gönderilmeye veya işkenceye mahkûm edilmelerinin söz konusu olmadığını söylüyor.⁴³ Ancak Ulpian, *decurion*'un⁴⁴ madenlere gönderilmeye, zorla çalıştırılmaya, çarmıha gerilmeye

³⁷ *Ibid.*, sf. 110.

³⁸ Julius Paulus Prudentissimus; M.S. 2. yy. sonu, 3. yy. başı. Corpus Iuris Civilis'in *Digesta* adlı kitabının yaklaşık altıda biri Paulus'un eserleri (*Sententiae, Filium*)'ne atıfta bulunur.

³⁹ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 119.

⁴⁰ *Ibid.*, sf. 125. Jill HARRIES, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge University Press, New York, 2007, sf. 87.

⁴¹ Samul Parsons SCOTT, *The Civil Law: Including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, The Lawbook Exchange, 1932, sf. 123. D. 48.19.38.5.

⁴² Herennius Modestinus; doğum tarihi bilinmemektedir, ancak M.S. 3. yy.'da yaşamıştır. Ulpian'ın öğrencisi olup, klasik dönemin Papinian, Paulus, Gaius ve Ulpian'dan sonra *jus respondendi*'ye sahip olan son büyük hukukçusudur. Corpus Iuris Civilis'in *Digesta*'sında yaklaşık 345 yazma ona aittir.

⁴³ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 131.

⁴⁴ *Decurion*, Roma şehir meclis üyesi olup, genellikle üst varlıklı sınıf üyelerinin tercih ettiği bir pozisyondu. Özellikle Roma dışındaki varlıklı Latin soylular *decurion* olmayı, *honestiores* sınıfına atılmanın bir yolu olarak da tercih ediyorlardı. *Decurion* tiyatrodan ve amfitiyatrodan öndeki sıralardan birine oturmaya hak kazanıyor, ayrıca *honestiores* oldukları için yargılama esnasında işkenceye maruz bırakılmıyorlardı. M.S. 4. yy.'dan sonra artan vergilerin toplanmasında yaşanan zorluklar nedeniyle çekiciliği azalan *decurion* pozisyonu zamanla ortadan kalkmıştır. Bu dönemde görevlerini ihmal eden *decuriones*'e karşı alınan önlemler, seçilme yaşının 18'e indirilmesi ve sadece yeterli imkanlara sahip olduklarını ispat edebilenlerin bu pozisyona aday olabilmelerinin

veya canlı olarak yakılmaya (*crematio*) mahkûm edilememekle birlikte *parricidium*⁴⁵ nedeniyle ölüme mahkûm edilebileceklerini belirtmektedir.⁴⁶

Hermogenian,⁴⁷ *iniura*'nın *extra ordine* ile ele alındığını, kölelerin kırbaçlandığını ve sahiplerine iade edildiğini, düşük sınıftan özgür kişilerin (*liberi humilioris loci*) çubuklar ile dövüldüğünü, bunların dışındakilerin (bir başka ifade ile *honestiores*) ise geçici sürgün veya *interdictum*'a tabi tutulduğunun altını çizmektedir.⁴⁸ Buna mukabil *Sententiae*'de, *iniura* eğer *atrox* ise kölelerin madenlere gönderildiğini, *levis* ise kölelerin kırbaçlandığını ve sahiplerine iade edildiğini söylenmektedir.

Callistratus,⁴⁹ cezaları ağırlıklarına göre derecelendirmektedir. Bu ayrıma göre:⁵⁰

sağlanmasıydı. Bozulan sisteme ilişkin şikayetler için bkz. Synesius of Cyrene, *Letter* 100. Diğer yandan, askeri bir terim olarak, on kişiden oluşan Romalı asker grubunun (*squadron*) başındaki komutana da *decurion* ismi verilmektedir. İki *decuriones*'i betimleyen bir heykel Viranşehir'de ortaya çıkmış olup Şanlıurfa müzesinde sergilenmektedir. Bkz. http://www.livius.org/a/1/romanempire/viransehir_curiales_slumus.JPG (erişim tarihi: 01.07.2014)

⁴⁵ Babayı (veya anne babayı, her ikisini) öldürme suçu, *parricide*. Krallık devrinde bu suç, kral tarafından atanan *quaestores parricidii* tarafından soruşturuluyordu. Suçun cezası *poena cullei*'nin dini bir temeli de bulunmaktaydı; ve bu kişi, yılanlar ve başka hayvanlarla birlikte bir deri çuvala konulup denizde boğulmaya bırakılırdı. WILINSKI, *op. cit.*, sf. 333.

⁴⁶ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 129. Ancak ilginçtir, Roma vatandaşlarından oluşan bir *decurion*'un işkenceye uğrayabildiği de anlaşılmaktadır. Optatus'un "*Donatistlere Karşı*" adlı eserinde, Constantine zamanında bir *decurion*'un sorgulama esnasında şüpheli cevaplar vermesi nedeniyle "daha ağır bir sorgulama"ya, muhtemelen işkenceye maruz bırakıldığını da görmekteyiz. HARRIES, *op. cit.*, sf. 34.

⁴⁷ Aurelius Hermogenianus; yaşadığı tarihler tam olarak bilinmemekte, M.S. 3. yy. sonu, 4. yy. başında, İmparator Diocletian zamanında yaşadığı sanılmaktadır.

⁴⁸ *Ibid.*, sf. 36. Kelly'ye göre sürgün, *honestiores* için daha ağır bir cezalandırmadan kaçınmanın bir yolu idi; hatta bunun *honestiores*'e tanınmış bir hak olduğuna dair klasiklerdeki emarelerden de bahsediyor (özellikle Cicero). KELLY, *op. cit.*, sf. 19. Lintott, Livy (43.2)'ye atfen aktardığı bir olayda, İspanya topluluklarının Roma senatosuna başvurdukları ve üç eski Roma valisi (M. Titinius, y. 178; M. Furius Philus, y. 174; ve M. Matienus, y. 173) tarafından soyulduklarını ve küçük düşürüldüklerini iddia etmişlerdir. Livy, yapılan yargılamada bunlardan birisinin aklandığını, ancak diğer ikisinin nihai karar verilmeden önce sürgüne gitmeleri nedeniyle yargılamanın istenen amaca ulaşmadığını belirtmektedir. Henüz bir karar olmadan gidilen bu sürgünün gönüllü olması kuvvetle muhtemeldir. Andrew LINTOTT, *Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic*, Cambridge University Press, New York, 1992, sf. 13.

⁴⁹ Yaşadığı tarihler tam olarak bilinmemekle birlikte, Septimius Severus ve Caracalla zamanında, yani M.S. 3. yy. sonu ile 4. yy. başında yaşadığı tahmin edilmektedir.

⁵⁰ Callistrate ile benzer şekilde Paul 5, 11, 2: *summa supplicia sunt crux crematio decollatio, mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum, ludus, deportatio*. MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 242-243 (dipnot 5).

A) Ölüm cezaları (*capital penalties*):

- 1) sonucu doğrudan ölüm olan cezalar: canlı olarak kazığa (*furca*) oturtulmak (*summum supplicium*); canlı olarak yakılma (*crematio*; *vivicombustion*); baş ile gövdenin ayrılması (*capitis amputatio*);
- 2) sonucu doğrudan ölüm olmayan cezalar: madenlere mahkûm edilmek (*damnatum in metallum*; veya *damnati in metallum*);⁵¹ adaya sürgün edilmek (*exilium*).⁵²

B) Ölüm dışındaki cezalar (*non-capital penalties*):

- 1) tenzil-i rütbe veya statü kaybı;
- 2) ağır çalışma;
- 3) kırbaçlanma.⁵³

Hadrian, büyükbaş hayvan hırsızları için öncelikle kılıçla öldürülme cezası verilmesi gerektiğini, ancak kişinin daha önce aynı suçtan verilmiş bir cezası var ise, madenlere gönderilmeye mahkûm edilmesi gerektiğini emretmektedir. Ulpian buna şiddetle karşı çıkmaktadır ve bu cezayı müşfik bulmaktadır. *Cognitio extra in ordinem* burada da rol oynamaktadır.⁵⁴

Özellikle Hristiyanlığın İmparator I. Constantin⁵⁵ tarafından kabul edildiği M.S. 313 yılına kadar, madenlere mahkûm edilen Hristiyan kadınların, bizzat madende değil, madende çalışanlara hizmet ile mükellef kılındığı bilinmektedir. Eğer cezası geçici ise (*ad tempus biennii*) Roma vatandaşlığını muhafaza ederdi.⁵⁶ Ulpian, madenlere gönderilen erkek ve kadın arasındaki farkı şöyle betimlemektedir:

⁵¹ Callistrate, *Dig.*, 48, 19, 28, pr.: *Deinde proxima morti poena metalli coercitio*. Peter GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Clarendon, 1970, sf. 132. Coll., 11, 2, 7; *Dig.*, 47, 14, 1, 3'e atıflar için bkz. MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 84-85, 242-243 (dipnot 5).

⁵² Callistrate, *Dig.*, 48, 19, 28, pr.: *Post deinde in insulam deportatio*. *Ibid.*, sf. 242-243 (dipnot 5).

⁵³ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 151-152.

⁵⁴ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 158.

⁵⁵ Flavius Valerius Aurelius Constantinus Augustus [Muhteşem Konstantin (Constantine the Great)]; M.S. 272-337.

⁵⁶ BAUMAN, *op. cit.*, sf. 141-142. ROBINSON 2007, *op. cit.*, sf. 125. Ancak *serva poenae* olmanın sonuçları ağırdı: cezanın şahsiliği yoktu, kişinin tüm ailesi ve evliliğine de teşmil edilir, evliliği sona ererdi. Mirasçılık sıfatı sona erer, sağlararası işlemler ile ölüme bağlı işlemleri yapamaz hale gelirdi. Bu nedenle Justinian zamanında, madenlere mahkûm edilme cezası, *servitus poenae* şeklindeki sonucunun kaldırılması ile yumuşatıldı. Bkz. MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 290 (dipnot 1).

Madenlere mahkûm edilen erkek, artık kendi cezasının bir kölesidir. Kadın ise maden idaresindekilere hizmet eden bir *serva poenae* (hizmet cezaslısı)⁵⁷’ye dönüşür (*in ministerium metallicorum feminae ... damnari solent*).⁵⁷

Sorunların bir tarafında ise, Roma’da yargılama hataları ile ceza infaz sisteminde yaşanan olumsuzluklar gösterilebilir. Modestinus, konusunda yetkin olmayan (*imperitia*) bir hakimin, madenlere mahkûm edilme cezası verdiği bir olayda, ceza için bir süre koymayı untabildiğini; bu durumda cezanın on yıllık bir süre için geçerli olacağını belirtmektedir.⁵⁸ Hadrian’ın, *opus metalli*’nin, *metallum*’a nazaran özgürlüğü ortadan kaldırmadığını ve süre ile sınırlı olduğunu özellikle belirttiği ifade edilmektedir: *in opus metalli ad tempus damnari nemo debet*.⁵⁹ Bu on yıllık süre sonunda kişi ailesine dönüyor ve her ne kadar madenlerde artık çalışmıyor olsa da, hukuki durumunda bir değişiklik olmuyordu.⁶⁰

Madenlere mahkûm edilen kişinin gönderildiği yerde hiçbir maden veya faal halde maden bulunmaz ise, bu defa cezasını çekebileceği bir yere gönderilirdi.⁶¹ Ancak bu ikinci gönderme işlemi, *imperium*’u olan *prefect* veya doğrudan imparator tarafından yapılabilirdi.⁶²

Genç Pliny,⁶³ İmparator Trajan⁶⁴ tarafından M.S. 2. yy. başında Bithynia’yı⁶⁵ “temizlemek” için gönderildiğinde, madenlere mahkûm edilen kişilerin kamu kölesi (*servus publicus*)⁶⁶ olarak çalıştığını ve yine

⁵⁷ *Ibid.*, sf. 293 (dipnot 3).

⁵⁸ D. 48.19.23: *sine praefinito tempore in Metallum dato imperilia dantis decennii praefi tempora - nita videntur*. Bkz. HARRIES 2007, *op. cit.*, sf. 38. MOMMSEN, *Ibid.*, sf. 293 (dipnot 2).

⁵⁹ *Dig.*, 48, 19, 28, 6. *Ibid.*, sf. 293 (dipnot 2). Dikkat edilecek olursa, burada *metallum* ile *opus metalli* arasında bir başka fark daha olduğu ortaya çıkıyor.

⁶⁰ *Ibid.*, sf. 294.

⁶¹ *Dig.*, 48, 19, 8, 4. Aktaran *Ibid.*, sf. 293 (dipnot 3).

⁶² *Dig.*, 48, 19, 8, 5. Aktaran *Ibid.*, sf. 293 (dipnot 3).

⁶³ Pliny, the Younger; Gaius Plinius Caecilius Secundus, M.S. 61 - c. 113.

⁶⁴ Imperator Caesar Nerva Traianus Divi Nervae filius Augustus; M.S. 18 Eylül 53 – 9 Ağustos 117.

⁶⁵ Günümüz Türkiye’sinde, doğuda Sakarya nehrinden batıda İstanbul Boğazı’na, kuzeyde Karadeniz’den güneyde Mustafakemalpaşa (Orhaneli) çayına kadar uzanan bölge. Doğu sınırının Pontus’a kadar uzadığı da söylenmektedir.

⁶⁶ *Servus publicus populi Romani*, daha çok Roma halkının hizmetinde anlamında kullanılan ve kamusal mevkileri işgal edenler için ulvi bir maksatla kullanılırken; *servus publicus municipia* ise köle statüsünde olup kamusal hizmetlerin görülmesi için belediye emrine verilen köleleri tanımlamak için kullanılmaktadır. William Warwick BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, New York, 2010 (Digital Edition), sf. 318-330.

madenlerde çalışmaya mahkûm edilen bir dolandırıcının, felsefeci olarak çalışmaya devam ettiğini, ve hatta bu konuda çalışabilmesi için İmparator Domitian⁶⁷ tarafından verilmiş bir referans mektubu olduğunu tespit etmiştir.⁶⁸

SONUÇ YERİNE

İmparator Hadrian'ın getirdiği madenlere mahkûm edilme (veya gönderilme) cezası, aslında ekonomik bir amaca da hizmet ediyordu; çünkü madenlerin işletilmeye devam edilebilmesi için gereken işgücü ucuz bir şekilde temin edilmiş ve kolay bir şekilde yenilenmiş oluyordu.⁶⁹ Strabon,⁷⁰ Coğrafya adlı eserinde, Pontus bölgesindeki Sinop'un bir madencilik merkezi olduğunu ve özellikle burada maden zenginleştirme işlemlerinin yapıldığını belirttikten sonra, Sandarakurgion Dağı (Realgar Dağı)'ndaki madenlerin kötü ününden de bahsetmektedir. Bu dağdaki madenlerden çıkarılan merkür, kurşun, sülfür, demir, kobalt, nikel ve altından zehirli gazların çıktığını, bu nedenle burada sadece madenlerde çalışmaya mahkûm edilmiş kölelerin çalıştırıldığını; hatta zehirlenmek suretiyle ölen kölelerin yerine yeni kölelerin temininde yaşanan zorluk nedeniyle, madenlerin işletilmesinin karlı bir iş olmaktan çıktığını ve bu madenlerin zamanla kapandığını belirtmektedir.⁷¹

Ceza politikası açısından bakıldığında ise şunu söyleyebiliriz: düşük sınıftan kişiler için verilen cezalar çoğunlukla küçük düşürücü ve acı verici

⁶⁷ Titus Flavius Caesar Domitianus Augustus; M.S. 24 Ekim 51 – 18 Eylül 96.

⁶⁸ HARRIES, *op. cit.*, sf. 38.

⁶⁹ *Ibid.*, sf. 36. 1891-1893 yılında ABD'nin Tennessee eyaletinin Anderson county mevkiindeki Coal Creek maden ocaklarında, maden sahiplerinin özgür maden işçilerini eyaletin hapisanelerindeki mahkûmlar ile ikame etmek istemesi nedeniyle çıkan ve iki yıl süren çatışmalara Coal Creek Savaşı adı verilmektedir. Maden sahipleri, Tennessee eyaleti ile yaptıkları sözleşme ile eyalet hapisanelerindeki mahkûmların madenlerde çalışması ve ihtiyaçlarının karşılanması karşılığında belirli bir ücreti ödemeyi kabul etmişlerdi (hatta alt kiralama dahi mümkündü). Ancak özgür işçiler, buna karşı silahlı direnişe geçmiş, Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin maden sahipleri lehine karar vermesi sonrasında General Carnes'in olaylara son verecek müdahalesine kadar mahkûmları madenlere sokmamayı başarmışlardı. Görüleceği üzere, çok yakın bir tarihte dahi, madenlerde oluşan işgücü üretimin artırılması sorunlarında, akla ilk gelen şeylerden biri mahkûmların madenlerde çalışmaya zorlanması olmuştur. Madenlerde mahkûm edilme cezasının ekonomik boyutu açısından bakıldığında Roma dönemi ile yakın dönem Amerikan tarihi arasında bir paralel çizmek mümkündür. Karin A. SHAPIRO, *A New South Rebellion: The Battle Against Convict Labor in the Tennessee Coalfields, 1871-1896*, University of North Carolina Press, Wisconsin, 2008 (digital copy), 333 sayfa.

⁷⁰ Strabo (64/63 BC - c. AD 24).

⁷¹ Adrienne MAYOR, *The Poison King: The Life and Legend of Mithradates, Rome's Deadliest Enemy*, Princeton University Press, 2011, New Jersey, sf. 70.

idi; *humiliores*'in madenlere gönderilme cezası ise, arenada öldürülme veya canavarlara yem edilme yanında görece olarak görünürlüğü daha az olmasına rağmen, en az onlar kadar küçük düşürücü ve acı vericiydi.⁷² Madenlere mahkûm edilme cezası, Roma sosyal yapısının devamı anlamında, *honestiores* ile *humiliores* arasındaki ayrımın korunması işlevini de görüyordu.⁷³

KAYNAKÇA

Lesley ADKINS, Roy A. ADKINS, *Handbook to Life in Ancient Rome*, Infobase Publishing, 2004.

Kudret AYİTER, "Roma Ceza Hukuku'nda Queastiones Perpetuae ve Cognitio Extra Ordinem", *Ahmet Esat Ersebük'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 124, Ankara 1958.

Richard A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, 1996.

William Warwick BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, New York, 2010 (Digital Edition).

J. C. EDMONSON, "Mining in the Later Roman Empire and Beyond: Continuity or Disruption?", *The Journal of Roman Studies*, Vol. 79 1989.

Peter GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Clarendon, 1970.

Peter GARNSEY, *The Roman Empire: Economy, Society, and Culture*, University of California Press, 1987.

Michael GRANT, *History of Rome*, Prentice Hall, 1st Edition, 1978.

Jill HARRIES, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge University Press, New York, 2007.

Kyle HARPER, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425*, Cambridge University Press, New York 2011.

Alfred Michael HIRT, *Imperial Mines and Quarries in the Roman World: Organizational Aspects 27 BC-AD 235*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁷² A. H. M. JONES (1964), *op. cit.*, sf. 519.

⁷³ HARRIES, *op. cit.*, sf. 36. İmparator, kendisine verilen takdir yetkisi gereğince, *honestiores*'i de madenlere mahkûm edebiliyordu; *Gai.*, 27: *multos honesti ordinis... ad metalla et munitiones viarum... condemnavit*. Aktaran MOMMSEN, *op. cit.*, sf. 295-296 (dipnot 1).

- IUSTINIANUS (çev. Ziya Umur), *Institutiones*, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1968.
- A. H. M. JONES, *The Later Roman Empire (A Social Economic and Administrative Survey), Volume I*, Basil Blackwell, Oxford, 1964.
- A. H. M. JONES, *The Later Roman Empire (A Social Economic and Administrative Survey), Volume II*, Basil Blackwell, Oxford, 1973.
- Gordon P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Kurt LATTE, "The Origin of the Roman Quaestorship", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Vol. 67, 1936.
- Andrew LINTOTT, *Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic*, Cambridge University Press, New York, 1992.
- David MATTINGLY, "The Imperial Economy", *A Companion to the Roman Empire* içinde (ed. David S. Potter), Blackwell Publishing, 2006.
- Adrienne MAYOR, *The Poison King: The Life and Legend of Mithradates, Rome's Deadliest Enemy*, Princeton University Press, 2011, New Jersey.
- Fergus MILLAR (eds. Hannah M. Cotton, Guy M. Rogers), *Rome, the Greek World and the East: Government, Society and Culture in the Roman Empire (Volume 2)*, The University of North Carolina Press, 2004.
- Théodore MOMMSEN, "Le Droit Pénale Romain (Tome Troisième)", *Manuel des Antiquités Romaines (Tome Dix-Neuvième)* içinde (çev. J. Duquesne), A. Fantemoing, Paris, 1907 (digitized by University of Ottawa, 2010).
- Theodor MOMMSEN (çev. Clare Krojzl), *A History of Rome under the Emperors*, Routledge, 1996.
- Recai Galip OKANDAN, *Umumî Âmmе Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (No. 250), İstanbul, 1966.
- Meinrad POHL, *Quern-Stones and Tuff as Indicators of Medieval European Trade Patterns*, Department of Mining History, German Mining Museum, Bochum, Germany (<http://www.pia-journal.co.uk/article/view/pia.348/66>)
- O. F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, Routledge, 2007.
- O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins University, 1995.
- M. ROSTOVITZ, *The Social and Economic History of the Roman Empire (Volume I)*, Clarendon Press, 2nd Edition, 1957.

Samul Parsons SCOTT, *The Civil Law: Including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, The Lawbook Exchange, 1932.

Karin A. SHAPIRO, *A New South Rebellion: The Battle Against Convict Labor in the Tennessee Coalfields, 1871-1896*, University of North Carolina Press, Wisconsin, 2008 (digital copy).

Robert SHEPHERD, *Ancient Mining*, Institution of Mining and Metallurgy, 1993.

Pervin SOMER, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, Derin Yayınları, İstanbul, 2006, sf. 11-14.

James Leigh STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law (Volume: 2)*, Oxford Clarendon Press, Oxford 1912.

Karoly VISKY (çev. Dr. Bülent Tahiroğlu), “Roma Hukuku’nda Kölelik ve Serbest Meslekler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 40, Sayı 1-4, 1974.

Adam WILINSKI (çev. Belgin Erdoğan), *Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı*, Dicle Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 1983.

NOT: Klasik eserler için *PERSEUS DIGITAL LIBRARY* kullanılmıştır (<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>)

KÖRLÜK ROMANININ ARİSTOTELES'İN ETİK ANLAYIŞI IŞIĞINDA İNCELENMESİ*

Kadir Eryılmaz**

*Erdem, herkesin artık bildiği gibi,
yetkinliğe giden çetin yolda her zaman engellerle karşılaşır,
günaha ve kötülüğe gelince,
şans onları her zaman öylesine sever ve kollar ki...¹*

I. GİRİŞ

1998 yılı Nobel Edebiyat Ödülü'nü kazanan *José Saramago* tarafından kaleme alınan *Körlük* romanı, özgünlüğüyle insan davranışları üzerine zengin bir bakış açısı sağlamaktadır. Romanda karakterin isimleri veya olayların nerede ve ne zaman geçtiği ile ilgili bir bilgi bulunmaz. Bu sayede olay örgüsü, genele hitap ederek her insanın içinde bulunduğu ya da bulunabileceği ikilemleri anlatmaya yardımcı olmaktadır. Zira kitaptaki karakterler, körlüğün olmadığı dünyadaki gibi her birimizin içinde olan iyi veya kötü olma ihtimallerini taşımaktadır. Bu açıdan roman, *Aristoteles*'in etik anlayışındaki erdemli olmaya götüren kriteri incelemeye olanak tanımaktadır.

Bilindiği gibi *Aristoteles* insanlar arasındaki ilişkileri değerlendirirken; gerektiği yerde, gerektiği kadar, gereken miktarda gibi kavramlarla hayatın belirsizliğine uygun bir sınıflandırma tercih etmiştir. Dolayısıyla her durumda geçerli olan, değişmez ve genel geçer bir kural koyma üzerine temellenen bir etik anlayışından söz etmek mümkün değildir. Bunun yerine, her tekil durumda ayrıntılı olarak üzerinde düşünülmesi gereken, dünyada

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ José SARAMAGO, *Körlük*, Çev.: Aykut DERMAN, Can Yayınları, 2002, İstanbul, s. 30.

herkesin karşılaşabileceği sorunlar vardır. Bu durum tüm karakterlerin kör olduğu bir senaryoda dahi etik ilişkiye uygun davranıp davranmama konusunda değerlendirme yapmaya izin verir.²

Körlük adlı eser aynı zamanda, süregelen yaşam koşullarında meydana gelen büyük bir değişim sonucunda karşılaşılan güçlükleri ve bu güçlükler karşısında nasıl bir davranış sergilendiğinin incelenmesi açısından da her tek duruma göre değerlendirme ilkesine önemli bir örnek teşkil eder. Çünkü insanların kör olana kadar varlığını bile düşünmediği görme yetilerini bir anda kaybetmeleri, onları şimdiye kadar sorgulamadıkları şeyler üzerine düşünmeye teşvik etmektedir.

Körlük distopyası, var olan insanî ilişkilerin bazı yönlerini bulanıklaştırırken diğer yönlerine ilişkin, bugüne kadar görmediğimiz ayrıntıları ortaya koyar. Bunun yanında değişen koşullarda kurulan sistem, önceden var olmayan, kendine özgü ilişki tipleri oluşturur. Dayanışma olgusunun romanda, günlük hayatta alışık olduğumuz boyutundan başka şekilde, adeta değişik bir formda karşımıza çıkıp yeni bir yapı oluşturması bunun örneğidir. Bunun da olaylara ve kişilerin davranışlarına *Saramago*'nun gözlüğüyle bakmayı sağladığı söylenebilir.

Çalışmada, *Aristoteles*'in etik anlayışı ışığında romanın başkahramanının -her ne kadar diğer karakterlere de yeri geldikçe değinilecek olsa da- düşünce ve karakter erdemlerine sahip olup olmadığı ve verdiği kararların orta olma, sağ akla uygunluk gibi kriterler açısından hangi noktaya karşılık geldiği konusu incelenecektir. Bunun yanı sıra metaforik olarak kullanılan körlüğün ne anlama geldiği de açıklanmaya çalışarak bunun kurgusal olmayan alanla benzerlikleri tartışılacaktır. Dolayısıyla çalışmanın ana eksenini *beyaz körlük* salgını ve "*doktor'un karısı*" adlı karakter oluşturacaktır.

II. ROMAN VE OLAY ÖRGÜSÜNE İLİŞKİN BİLGİLER

Roman, trafiğin yoğun olduğu bir saatte arabasıyla evine gitmekte olan bir sürücünün aniden kör olmasıyla başlar. Romanda *birinci kör* olarak geçen karakter, onu evine götürmeye gönüllü olan başka bir kişiyle birlikte evine dönüp eşini beklemeye başlar. Daha sonra karısıyla birlikte romanın ana karakterlerinden biri olacak göz doktoruna gider. Ancak doktor, gözün yapısına ilişkin herhangi bir deformasyon vb. fiziksel bozukluk tespit edemez.

Birinci kör'ün anlatımından körlüğünün olağan, karanlık körlükten farklı olduğu anlaşılır. Zira bu körlük, alışılmış olanın aksine beyaz bir perde

² İoanna KUÇURADİ, "Ahlâk ve Kavramları", *Uludağ Konuşmaları, (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2009, s. 33 vd.

olarak tasvir edilir ve "*süt denizinde yüzmek gibi*" sözüyle anlatılır. Belli bir süre sonra körlüğün bulaşıcı olduğu fark edilir. Çünkü birinci körün karısı ve onu evine getirdikten sonra arabasını çalan kişi de daha sonra kör olmuştur.

Birinci kör, doktorun muayenehanesine geldiğinde çeşitli rahatsızlıklar sebebiyle orada bulunan *gözü siyah bantlı ihtiyar, şehla gözlü çocuk ve koyu renk gözlüklü genç kız* salgından ilk etkilenenlerden olup romandaki temel karakterleri oluşturan diğer kişilerdendir.

Beyaz körlüğün bir tür salgın olduğu anlaşıldığında hükümet, kullanımda olmayan bir akıl hastanesini tedavi bulunana kadar karantina bölgesi olarak kullanmaya başlar. *Birinci kör* ve karısı ile muayene ertesinde kör olan göz doktoru başta olmak üzere bir grup insan karantina kapsamına alınır. Bunların içinde birinci körün muayeneye geldiği sırada orada bulunan kişiler de vardır. *Doktorun karısı* ise kör olmamasına rağmen görevlilere yalan söyleyerek eşiyile birlikte gelir.

Karantina bölgesi olarak kullanılan binada birden fazla koğuş bulunmaktadır. İlk getirilen grup birinci koğuşa yerleşerek küçük bir cemiyet sayılabilecek şekilde organize olur. Her gün askerler tarafından düzenli olarak getirilen yemekler eşit şekilde paylaşılır. Yapılması gereken işler ve düzenlemeler iş bölümü vasıtasıyla tamamlanır. *Doktorun karısı*'nın koğuşta gözleri gören tek kişi olarak körlere -gözlerinin gördüğünü hissettirmeden- elinden geldiğince yardım etmesinin işlerin aksamadan hallolmasında etkisi vardır.

Zamanla salgın, daha fazla kişiyi etkileyerek onların da karantina altına alınmalarına sebep olur. Akıl hastanesine daha fazla kör geldikçe boş olan koğuşlar dolduğundan yiyecek sıkıntısı baş gösterir ve yaşam koşulları gittikçe kötüleştiği için bu koğuşların arasında çekişmeler yaşanmaya başlar. Bir süre sonra üçüncü koğuşta kalan körler, yemeklerin kendileri tarafından dağıtılacağını ve karşılığında mücevher, para vb. değerli eşyaların teslim edilmesi gerektiğini söylerler.

Diğer koğuşlarda kalan körlerin sahip oldukları tüm değerli eşyalar tükendikten sonra, artık koğuşlara kadınların kendileriyle cinsel ilişkisi karşılığında yiyecek verileceği bildirilir. Bunun üzerine ilk koğuşta kadınların gidip gitmemesi konusunda büyük bir tartışma yaşanır. Koğuştaki kadınlar istemeyerek de olsa gitmeye karar verirler. Ertesi gün *doktorun karısı* ikinci koğuştaki kadınların arasına karışarak çete liderini, önceden sakladığı bir makasla öldürür.

Bir süre sonra akıl hastanesinde bir yangın çıkar ve insanlar kurtulmak için dışarı kaçarlar. Bunun üzerine hastaneyi koruyan askerlerin de kör olduğu anlaşılınca karantinayı terk ederler. Özgürlüğe kavuşan altı ana karakter, körlüğün herkesi etkilediğini ve tüm şehre kaosun hâkim olduğunu

fark eder. Kendi evlerini bulabilenler evlerinin oturulamayacak hale geldiğini anladıklarından, doktor ve karısının evinde konaklamaya karar kılarlar. Belli bir süre sonra, körler görme yetilerini kaybettikleri sırayla tekrar kazanırlar. Romanda, körlüğün meydana gelmesine neyin sebep olduğu açıklanmadığı gibi körlüğün kaybolmasının nedeninden de bahsedilmemektedir.

III. KÖRLÜK ve GÖRMEK ÜZERİNE

Körlük durumu, en basit haliyle görme yetisine sahip olmama olarak tanımlanabilir. Yani görülmesi gereken bir şeyin herhangi bir sebeple görülmemesi de bir çeşit körlük sayılmalıdır. Romandaki karakterler, gerçek anlamda kör oldukları gibi, hayatta görülmesi gereken şeyleri değerleri dikkate almadıklarından gözden kaçırmaktadırlar. *Saramago* da romanda körlüğün bu mecazî yönünü ortaya koymak için görmemeyi bir metafor olarak kullanır.

Kitapta da belirtildiği gibi körlük bir ışsızlık veya ışığı algılamama halidir, beyaz ise ışığı algılamak demektir. Dolayısıyla romandaki karakterler bildiğimiz anlamda "*kör*" değildirler. Aslında karakterler görüşlerini kaybetmeyip, yeni bir görüş haline geçtikleri için daha iyi bir sıfat bulamadıklarından kendilerine kör demişlerdir.³ Nitekim göz doktoru doğuştan "*kara kör*" olan, salgın sonucu kör olmamış bir adama "*sen körsün*" diyerek kendini farklı bir durumda görmüştür. İşte bu normal körlükten kendini ayırma tavrı, romana hâkim olan temayı belirlemektedir. Bunu da şu cümleden anlıyoruz: "*Neden kör olduk, Bilmiyorum, bunun nedeni belki bir gün keşfedilir, Ne düşündüğümü söylememi ister misin, Sonradan kör olmadığımızı düşünüyorum, biz zaten kördük. Gören körler mi, Gördüğü halde görmeyen körler...*"⁴, yani romandaki körlüğe aslında hâlihazırda gözlerimiz olmasına rağmen görmeyişimiz olarak bakmak doğru olacaktır.⁵

Gözleri olduğu halde kör olma ya da kör olduğu halde görebilme hali, bize etrafta harcayabilecek hiçbir yer yokken üçüncü koğuşun para toplamaya çalışması gibi durumlar aracılığıyla anlatılmaktadır. Romanda bu hâl, daha ziyade insanların kör olmayı umursamamalarıyla ilişkilidir. Aslında karakterlerin birçoğu kör olmaya büyük bir tepki vermemiştir. Örneğin; *birinci kör* hastaneye gitmek yerine evine dönmüş ya da doktor uyumuştur vb. Yani kör olmaları hayatlarında beklenen dramatik etkiyi yaratmamış, karakterler durumlarında fazla bir değişiklik görmemişlerdir.

³ Dinçer APAYDIN, "Bir Ahlâk Problemi Olarak Körlük", *Kurgan Edebiyat Dergisi*, sayı 9, 2012, ss. 67,68.

⁴ SARAMAGO, 2002, s. 253.

⁵ Yücel NURAL, "*Körlük*" *Üzerine Notlar*, Erişim için bkz.: <http://dipnotkitap.net/ROMAN/Korluk.htm> (Erişim tarihi: 19.01.2015).

Romandaki karakterlerin bu türden hareketleri yapmaya devam etmeleri "*zaten kör oluşları*" ile açıklanabilir. Yazar belki de bize "*Hepiniz körsünüz. Öyle ki, gözlerinizi alsam ve sizi gerçekten kör yapsam bile bunu umursamazsınız*" demek istemiş olabilir. Ani bir şok geçiren birkaç karakter dışında hepsi kör olmayı olağan karşılayıp kabullenmişlerdir. Bunların hepsi aslında bizim kör oluşumuzu anlatmak için konmuş detaylardır.⁶

Üçüncü koğuşa dönersek, "bu insanlar nasılsa bizi görmüyorlar" diye o işleri yapıyor değil onlar umursamıyorlar. Para kazanmak, seks yapmak, güçlü olmak istiyorlar. Tıpkı kör olmadan önce ne istiyorlarsa... Yani hayatlarında bir şey değişmemiş, demek ki, önceden de körlüğü. Aslında bu eylemler, tam da yazarın: "...gözlerimiz görmemeye başlamazdan önce bizler zaten kör olmuştuk..."⁷ sözüyle dile getirdiği düşüncenin yansımasıdır.

Bu bakımdan yazar, körlüğü, "*Veba*" ve "*Sineklerin Tanrısı*" kitaplarındaki gibi bir alegori yaratarak insanlığın içinde bulunduğu veya bulunabileceği çelişkileri etik açısından değerlendirmek için kullanmıştır. *Saramago*, sosyal ve kültürel normların bir anda ortadan kaldırılması durumunda insanın özüne dair ne söylenebileceğini ise kötümser bir bakış açısıyla ve tecavüz, şiddet vb. olayları tasvir ederek gerçekçi bir anlatımla ifade etmiştir. Diğer bir deyişle körlük, yazar için başka bir hikâye anlatmanın aracıdır.⁸

Algısal yanını bırakıp körlüğü etik açısından yorumlarsak, yazarın görmeyi anlamak ile eşdeğer olduğu düşüncesine bir eleştiri getirdiğini de söyleyebiliriz. Bu bakımdan kökeni *Platon*'un mağara metaforuna kadar uzanan bu kanının yanlış olduğunu, yani görmeyenin sadece bilgi eksikliğini içermediğini ve bundan fazlası olduğunu anlatmaya çalışır. Dolayısıyla yazara göre, kör bir insanın *görebilmesi* mümkün olduğu gibi görme yetisine sahip birçok insan da *kör* olabilir.⁹

Bununla birlikte *Platon*'un "*zincirleri çözmek*" olarak tanımladığı bilgilenme, insanı olduğu gibi görmeye yardımcı olur. Ama burada bahsedilen bilgilenmenin hangi konuda olacağı tartışılabilir. Görmeme durumunu değer harcama olarak kabul ettiğimiz takdirde etik ilişkide değer koruyan davranışlarda bulunursak *kör* olmadığımızı düşünebiliriz. Bunun için akla gelen ilk hareket noktası evrensel ilkelerdir. Ancak ilkelerin de

⁶ *Körlük*, Bkz. <https://cerceveligozluk.wordpress.com/2011/09/10/korluk-2/> (Erişim tarihi 11.02.2015).

⁷ SARAMAGO, 2002, s. 119.

⁸ Liat BEN-MOSHE, "Infusing Disability in the Curriculum: The Case of Saramago's Blindness", *Disability Studies Quarterly*, Vol. 26, No. 2, Spring 2006. Erişim için bkz. www.dsqrds.org (Erişim tarihi: 30.08.2015).

⁹ SİMON WEİN - LEA BAİDER, "Blindness: Looking but Not Seeing", *Journal Of Clinical Oncology*, Vol. 30, N. 25, September, 2012.

kimi durumlarda değer harcadığına şahit olmak mümkündür. Evrensel ilkeler bir başlangıç noktası olarak kabul edilse de yapılan eylemin nedenlerine ilişkin bilgi vermede eksik kalacağından her tekil durumda değerlendirme yapmaya uygun olduğu söylenemez.¹⁰

Aristoteles'in erdemli davranmayan insan anlayışı romanda gözleri gördüğü halde *kör* olan karakterlerle paralellik seyretmektedir. Zira *Aristoteles* erdemler için: "Onları edinebilecek doğal bir yapımız vardır, alışkanlıkla da onları tam olarak geliştiririz. Bunların olanaklarını daha önce taşıyoruz, daha sonra da etkinlikleri gerçekleştiriyoruz..."¹¹ diyerek erdemleri edinebileceğinizi belirtir. O'na göre bir kişinin iyi veya kötü olması isteyerek meydana gelen bilinçli bir tercihin sonucudur. "Biz şu ya da bu kaniya sahip olmakla değil, iyi ya da kötü şeyleri tercih etmekle belirli nitelikte kişiler oluruz." ifadesi de bunu belirtmektedir. Yani karakterlerin körlükleri, aslında görmemeyi tercih etmelerinden gelmektedir.

Görmek için insanın sahip olduğu potansiyele belli bir deneyimin eşlik etmesi de gerekir. Çünkü görülecek şeyin farkına varmak ancak belli bir değer bilgisi ışığında olanaklıdır. Bahsedilen bu değerler bilgisine ulaşmada amaçlar önem taşır. Kişinin eylemlerine hâkim olan amacın haz veya çıkar üzerine temellenmesi görmeyi engeller. Bu sebeple eylemlerin motivasyonu ve amacı yalnızca o şey iyi olduğu için istemek olmalıdır.

Bundan hareketle beyaz körlüğü, *Kuçuradi*'nin "insanların yüzlerinin silinmesi" ifadesiyle tanımladığı, insanların nesneleştirilmesi durumu olarak yorumlayabiliriz.¹² Karakterlerin gözlerine inerek *görmelerini* engelleyen beyaz perde aslında bizim de sahip olduğumuz, hatta bazen içselleştirdiğimiz önyargılarımızdır. Romandaki beyaz körlük, görüş açısında dalgalanmalara ve bozulmaya yol açmaktadır. Bu açıdan bakıldığında körlüğün, gerçeği farklı bir biçimde algılamaya sebep olduğu anlaşılabilir. Zira körlüğün temsil ettiği, değerlerden hareket etmeyi engelleyen önyargı gerçekten de görülecek şeyi bulanıklaştırarak sahte bir görüntü, bir illüzyon oluşturmaktadır. Aslında körlüğün beyaz olarak tasvir edilmesinin sebebi biraz da budur. Çünkü kimse olaylara önyargılı baktığını kabullenmek istemez. Önyargılar artık o kadar kanıksanmıştır ki, gören kişiye saflığın simgesi sayılan beyaz renkte görünmektedir. Önyargıların farkında olmak bu kısır döngüyü kırmakta bir başlangıç noktası olmalıdır.¹³

¹⁰ Gülriz UYGUR, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 16.

¹¹ ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik* (Çev. Saffet BABÜR), Bilgesu Yayıncılık, 5. Basım, Ankara, 2014, s.30.

¹² İoanna KUÇURADİ, "Silinmiş Yüzler Karşısında", *Çağın Olayları Arasında*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, ss.16-17.

¹³ UYGUR, 2013, s. 61-75.

İnsanların yüzlerinin silinmesinin önüne geçmek ve var olanı görmeyi engelleyen perdeyi kaldırmak için özel bir çaba gerekir. Özellikle belirtmek gerekir ki, körlüğü yenmek rastgele olan bir şey değildir. Yani görmek için, bunu istemek ve görülecek şey olan insan ile *ilgilenmek* gerekir. İlgilenmek de aslında insanı karakter erdemleriyle algılamakla bağlantılıdır ki, bu da kişiyi kendini karşısındakinin yerine koymaya yönelten bir sürece işaret eder. Bunun için, görecek olan kişinin önce önyargılarından sıyrılması gerekmektedir. Dolayısıyla özen göstererek ilgilenme çabası empatik bir sürece karşılık geldiğinden farkındalığı, yani âdil olarak görmeyi zorunlu kılar. Diğer bir ifadeyle, kişi burada uzaktan seyirci olarak değil bizzat bütünün bir parçası olarak katılmaktadır. Çünkü görmek, değerlerden ve değerler bilgisinden hareket etmeyi gerektirdikleri için sürece tarafsız kalamamayı beraberinde getirir. Dolayısıyla, görmek; değerler bilgisi, deneyimler, etik ilişki ve değer harcamama gibi kavramlarla yakından bağlantılı, çok boyutlu ve girift bir süreci ifade eder.¹⁴

Bunun yanında körlük salgını, aslında bir anlamda o ana kadar geçerli olan hukuk kuralları ve devlet gibi toplumu bir arada tuttuğu iddia edilen bir takım kurumların da çöküşünü beraberinde getirmiştir. Salgın sonrası bunların çöküşü yerini kaos ortamına bırakmıştır ki; bu da sosyal sözleşme teorisyenlerinin doğal durum (state of nature) dediği duruma geri dönüşe benzetilebilir. Aynı zamanda *Rawls*'ın orijinal pozisyon dediği varsayımsal durumla da örtüşmektedir.¹⁵

Özetle, *Saramago* karakterlerin hem iyi hem de kötü olması konusunda keskin çizgiler çizmediği için birçok davranış etik açıdan değerlendirilebilir ki, bu da gerçek dünyadakine yakın bir portre çizmektedir. Bundan dolayı son kısımda ana karakterin yapıp etmeleri üzerinden erdemli olma kriterini inceleyeceğiz.

IV. ERDEMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELER

Aristoteles'e göre, erdemli veya erdemsiz olmak insanın elindedir. Çünkü insan ne bitki gibi bir canlıdır, ne de hayvan gibi yalnızca beslenme, içgüdüyle biçimlenir. İnsan, akli ile uyumlu amaçlar ve niyetler oluşturan, seçimini yapan ve bunu gerçekleştirendir. "*Duyumlama ve harekete sahip olan bir şey imgeleme ve istemeye de sahiptir, çünkü orada duyum var, acı ve haz da var.*" ifadesi ile insanın yetileri ile duyguları arasındaki ilişkiye ve bunun eylemlerdeki etkisine dikkat çekmektedir.¹⁶

¹⁴ UYGUR, 2013, s. 27, 56-58.

¹⁵ Michael KEREN, "The Original Position in José Saramago's Blindness", *The Review of Politics*, Vol. 69, No. 3, USA, Summer 2007, s. 449 vd.

¹⁶ Hasan OCAK, "Bir Ahlak Felsefesi Problemi Olarak Erdem Kavramına Yüklenen Anlamın İlkçağ'dan Ortaçağ'a Evrimi", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011 Bahar, S. 11, s. 88.

Aynı çerçevede duyguların, durumlara karşı verilen irrasyonel ve kontrolsüz tepkiler olarak nitelendirilmesine de karşı çıkan *Aristoteles*, duygularımızın zaman zaman savunulamaz olabileceğini, ancak bunun onların irrasyonel ve kontrolsüz olduğunu söylemek için yeterli olmadığını da belirtir. Özellikle *Nikomakhos'a Etik*'te insanın eylem yaşamı ile ruhun akla uygun olan ve olmayan boyutu arasındaki ilişkiyi inceler. İnsanın işi ruhun akla uygun ya da akıldan yoksun olmayan etkinliğini, yani ruhun erdeme uygun etkinliğini gerçekleştirmektir.¹⁷ Bu etkinliğin insanî iyiyi elde etmek ile ilişkili olduğunu kabul eden *Aristoteles*, "*Ruhun akıl sahibi olmayan ama bir şekilde de akıldan pay alan bir başka doğal yanı var görünüyor. Nitekim kendine egemen olan ve egemen olmayan kişinin aklını, ruhun akıl sahibi yanını severiz; çünkü o, doğru bir şekilde en iyi şeyleri teşvik eder*" ifadesi ile ruhun akıldan yoksun olan kısmı ile akıldan pay alan kısmının bir uyum içinde olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁸

Bu uyumun göstergesi olarak kabul edilen ölçülülük, bir erdem olarak sunulmaktadır. *Aristoteles* burada tutkuların tamamıyla yatıştırılmasını istememekte, bunun yerine aklın duyguların objesine uygun olacak biçimde onları kontrol etmesini istemektedir. Çünkü o, tutkuların iyi bir yaşamın parçası olduğunu kabul etmektedir.¹⁹

Aristoteles'e göre "*iyi*", erdem esasına göre yaşam süresince insan ruhunun yaptığı faaliyetlerdir. *Aristoteles*, erdemleri karakter ve düşünce erdemleri olarak birbirinden ayırır. Karakter erdemleri, ruhun akılsal olmayan kısmının akılsal kısma uyarak gerçekleştirdiği erdemlerdir ve bunlar, yapa yapa kazanılır. Cesaret, cömertlik gibi erdemleri örnek olarak ele alan *Aristoteles*, bu erdemleri incelediğinde onların, iki aşırı uç arasında orta yolu gösteren davranış biçimleri olduğunu görür. Bu tür erdemlerle mutlu olmak mümkündür ve bunlar bize bir yaşama pratiği ile bilgeliği kazandırdıklarından asıl peşine düşülmesi gereken erdemler, bir hayat boyu mutluluk kazandıracak olan erdemler olmalıdır.²⁰

Bir hayat boyu mutluluk, aklın en iyi erdemine göre eylemde bulunmakla sağlanabilir. *Aristoteles*, etik tanımında "her şeyin amacı olan", "en üstün" ve sadece kendi kendisi için istenmesi gereken "*iyi*"nin tek amaç olduğunu ifade etmektedir. Buna en uygun kişileri; yaşamda uzun deneyimleri olmuş, üst düzeyde ve çok çeşitli konularda eğitim görmüş,

¹⁷ OCAK, 2011, s. 89.

¹⁸ ARİSTOTELES, 2014, s. 22.

¹⁹ Nurten GÖKALP, "*İradede Duygunun Etkisine Genel Bir Bakış*", Erişim için bkz. http://dusunurensozler.blogspot.com/2008/10/iradede-duygunun-etkisine-genel-bir_27.html (Erişim tarihi: 25.01.2015).

²⁰ OCAK, 2011, s. 90.

tutkularını kontrol altına alma becerisine sahip kişiler olarak görmektedir. Bu kişilerce toplanan verilerin titizlikle değerlendirildikten sonra genel prensiplere dönüştürülmesi gerektiğini yani tündengelim yönteminin kullanılmasını öngörmektedir. *Aristoteles*'e göre "*iyilik*" en üstün insanî değer olmakla birlikte, sıklıkla yapıldığı üzere haz, zenginlik, şeref gibi değerlerle karıştırılmaması gerekir. Bu sayılanlar sadece kendi erdemimizi arttırmaya yarayan değerlerdir, yani nihai son değildirlir. "*İyilik*" kendi içinde tam olan, koşulsuz "*iyi*" olan ve sadece iyi olduğu için istenen bir özelliktir. "*Erdem*" ise aynı türden alışkanlıkların ruhumuzda yarattığı akli bir "durum"dur. Örneğin, bir kişinin karakteri sürekli karakterli davrandığı için iyi olur. Yani *Aristoteles*'e göre erdem bir tür alışkanlık ya da huydur diyebiliriz.²¹

Erdemli davranmanın normla olan ilişkisine hukuksal anlamda bakıldığında ise belirtmek gerekir ki, erdemli olmak kanunda yazan ne ise onu uygulamak değildir. Zira normlar, etik değer koruyucu kararlar almaya veya eylemde bulunmaya yeterli değildir. Bunun nedeni de, *Aristoteles*'in belirttiği gibi eylemde bulunmak zorunda olduğumuz her durumun tek ve eşsiz olmasıdır. Bir durumda bir norma uygun davranmak, ama etik bakımdan değersiz davranmak mümkündür.²² Bu bilgiler ışığında, *Körlük* romanında geçen bazı kırılma noktaları hakkında *Aristoteles*'in etik anlayışında önemli yeri olan erdemlere dair bazı değerlendirmeler yapılabilir.

Daha öncede belirtildiği gibi karakter ve düşünce erdemi olmak üzere erdemler ikiye ayrılır. Bilgelik, doğru yargılama, akli başındalık gibi erdemler düşünce erdemi olarak anılırken cömertlik, ölçülülük, sakinlik gibi özellikler karakter erdemi kategorisinde değerlendirilmektedir. Düşünce erdemleri daha çok eğitimle oluşup deneyim ve zaman gerektirir, ancak karakter erdemlerinin oluşmasında alışkanlıklar daha fazla rol oynar. Diğer bir deyişle yapa yapa, deneyimler aracılığıyla erdemli ya da erdemsiz olma yolunda ilerlenir.²³

Orta olmak da karakter erdemlerinden biridir ve *doktorun karısı*'nın davranışlarında gözlemlenebilir. Yani kahraman, romanın başından sonuna kadar karakterin olaylar karşısında aşırı veya eksik sayılabilecek tepkiler vermemektedir. Çünkü *Aristoteles*'in orta olma kriterine uygun olarak davranışları ve bunların sonuçları hakkında enine boyuna düşünmekte ve isabetsiz bir karar vermekten kaçınmaktadır. Dahası körlerin arasında bulunan tek gören kişi olması onun bu eğilimini keskinleştirmiştir. Aşağıdaki paragrafta bu davranışın bir örneğini görmekteyiz:

²¹ OCAK, 2011, s. 90.

²² Etik ilişki ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. İoanna KUÇURADİ, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2002.

²³ ARİSTOTELES, 2014, s. 29.

"... Bunun dışında, ikinci yatakhane kalanlardan birkaçı, kendilerini olduklarından daha çok göstermeye yeltenmek gibi, kınanmanın da ötesinde bir ayıplanmayı hak edecek bir davranışta bulundu. Doktorun karısı, her zaman olduğu gibi bu durumun da üstesinden gelmeyi başardı. Tartışmalara yol açarak durumu daha da kötüleştirecek uzun bir konuşma yerine, zamanında ve yerinde söylenmiş birkaç sözle durum yatıştırıldı. Bu arada kötü niyetliler ve görgüsüzler, bir yerine iki pay almaya yalnızca kalkışmakla kalmayıp bunu elde ettiler. Doktorun karısı bu kınanacak davranışın farkına vardı ama onları ele vermekle tedbirli davranmış olmayacağını düşündü."²⁴

Burada doktorun karısı, aslında körlerin davranışının yanlış olduğunu ve itiraz etmesi gerektiğinin bilincindedir. Ancak bunu öfkeli bir tepkiyle ortaya koymak yerine körleri yatıştırmayı seçerek ortayı seçmiş ve sağ akla uygun davranmıştır. Çünkü *Aristoteles*'e göre öfke konusunda orta olmayı sakinlik oluşturur. Öfke ancak gereken şeylere, gerektiği zaman ve gerektiği süre yönelirse kabul edilebilir. Burada da öfkelenmeyi haklı sayacak bir durumun oluşmaması onu öfkeli bir davranıştan alıkoymuştur. Örneğin karakter, eşi ile *koyu renk gözlü kız* arasında ilişki olduğunu anladığında dahi öfkesine yenilmemektedir. Roman boyunca bu gibi durumlarda tutarlı davranması, karakterin aslında erdemlere yapa yapa sahip olduğunu gösterir. Bunun yanında kahramanın, kin tutma açısından da öfkeye benzer bir tutum sergilediği söylenebilir.

Yine doktorun karısı'nın üzerinde enine boyuna düşündüğü bir başka konu ise gördüğünü diğer körlere anlatıp anlatmaması gerektiği üzerinedir. Romanda ara ara karakterin yaşadığı bu ikileme değinilmiştir:

"Kör olmadığının anlaşılmasının yol açacağı sonuçları aklına bile getirmek istemiyordu, en azından herkesin hizmetçisi, birkaçının da kölesi olurdu. Başlangıçta ileri sürülen, her yatakhane bir sorumlu seçilmesi düşüncesi belki de bu tür sorunların, hatta daha ciddi sorunların sonuca vardırılması için bir çözüm olabilirdi, yeter ki sözü edilen sorumlu, işini hiç kimsenin hiçbir zaman en küçük bir kuşku bile duymayacağı biçimde yürütsün ve herkesçe böyle bir insan olduğu tanınsın. Bunu başaramazsak, diye düşündü, sonunda birbirimizin boğazını sıkmaya başlayacağız."²⁵

Belli bir süre bu sırrı açıklamamakta hatta yer yer bundan dolayı suçluluk duymaktadır:

"Doktorun karısı, oraya geldiğinden bu yana ilk kez, ne yaptıklarını onun gördüğünden kuşkulanmayan kişilerin davranışlarını mikroskop altında incelediği izlenimine kapıldı ve birden, bu yaptığı ona iğrenç,

²⁴ SARAMAGO, 2002, s.83.

²⁵ SARAMAGO, 2002, ss. 83, 84.

yakıksız göründü. Bakıp da beni göremeyen kişileri bakıp görmeye benim de hakkım yok, diye düşündü."²⁶

Daha sonra bu konuya sağ akılın gerektirdiği biçimde, başkalarının fikrini alarak, farklı bir açıdan bakmayı amaçlamaktadır. Bunun için, eşiyile açıklayıp açıklamaması gerektiği konusunda konuşur:

"Bunu söyleyen, tablolardan ve dünyaya özgü imgelerden söz eden o yabancı ses değil, doktorun karısıydı, başka deyişle, gecenin ortasında kocasının yanına yatmış, başını onunla aynı yastığa koyarak şunları söylüyordu, Bu dehşeti ortadan kaldırmanın bir çaresini bulmak gerek, artık katlanamıyorum, görmez gibi davranmayı sürdürmem, Bunun sonuçlarını düşünmelisin, bunu yaptığında herkes seni kendi kölesi, her şeye koşan bir hizmetçi yapmaya çalışacak, her konuda her şeyle ilgilenmek zorunda kalacaksın."²⁷

Doktorun karısı, konuşma sonrasına bir süre mevcut durumu sürdürür. Ancak akıl hastanesinin yanması üzerine asıl kahramanları oluşturan gruba görebildiğini söyler:

"... bunun üzerine doktorun karısı, kör gibi davranmayı sürdürmenin artık hiçbir anlam taşımadığını -zaten şimdiye kadar da bir anlam taşımamıştı- anlıyor, burada hiç kimse için artık bir kurtuluş şansı olmadığı açık, aslında körlük biraz da bu, hiçbir umudun kalmadığı bir dünyada yaşamak. Dolayısıyla, ölümlerin kim olduğunu söyleyebilirdi, bunlardan biri eczacı kalfası, öteki de körlerin rasgele ateş açacaklarını söylemiş olan kişiydi, bir bakıma ikisi de haklı çıkmıştı, Onların kim olduklarını nereden bildiğimi sormayın bana, çünkü bunun yanıtı basit, gözlerim görüyor... Doktorun karısının rehberliğinde ölümleri dışarı, sahanlığa çıkarıp orada ay ışığının altında, onun süt gibi beyaz aydınlığında bıraktılar, ölümler dıştan beyazdı ama içleri kapkaraydı."²⁸

Doktorun karısı'nın bu davranışında *Aristoteles*'in isteyerek yapılan ve tercih arasındaki ayrımı incelenebilir. *Aristoteles*'e göre isteme ve tercih özdeş değildir. İsteme daha çok amaca ilişkin, tercih genellikle amaca götüren araçlara ilişkindir. Yani isteyerek yapılan tercihten daha geniş bir alanı kapsar. Tercih akılla ve enine boyuna düşünme aracılığıyla yapılır ve iyi ya da kötü olmasına göre erdemli olup olmamayı belirler. Ayrıca tercih elimizde olmayan şeylerle ilgili olamaz. Çünkü yapısında tereddüt edilen bir durumu barındırır. Özetle, salt haz verdiği için bir şeyin başkasına tercih edilmesi yanlış olacak, böyle davranan bir kişi erdemli olmayacaktır. Dolayısıyla kişi isteyerek iyi veya kötü olur.²⁹

²⁶ SARAMAGO, 2002, s. 63.

²⁷ SARAMAGO, 2002, s. 122.

²⁸ SARAMAGO, 2002, s. 187.

²⁹ ARİSTOTELES, 2014, s. 49.

Bundan hareketle doktorun karısının gördüğünü söylemesi isteyerek yapılandır. Dahası bir tercihtir. Çünkü üzerinde enine boyuna düşünülmüş, bir başkasının fikri de alınmıştır. Gördüğünü söylemesiyle birlikte açıkladığı kişilere daha iyi rehberlik edebilecek ve onları başka bir yere götürebilecektir. Yani bir amaca hizmet etmektedir. Dolayısıyla böyle davranarak erdemli bir davranışta bulunduğu söylenebilir.

Doktorun karısı'nın taşıdığı bir başka erdem ise kör durumda olanlara elinden geldiği kadar yardım etmesi ve onlara rehberlik etmesidir. Ancak bu rehberlik yönetici bir buyurganlık içermemektedir. Aşağıdaki paragraflardan bunu anlamaktayız. "Körler dünyasında yaşayıp gözleri gören biri olmanın ne demek olduğunu bilmiyorsunuz siz, bilemezsiniz, ben bir kraliçe değilim, hayır, gözleri dehşeti görsün diye dünyaya gelmiş bir kadının yalnızca." Yardım etme konusunda karakter, bunu herhangi bir çıkar elde etmek için değil, sırf iyi olduğu için tercih etmiştir. Kendini körlerden üst durumda konumlandırmamış ve kendini onların artık sahip olmadığı gözler olarak tanımlamıştır.³⁰ Yazarın "...*Bu körler, onlara yardım etmeyecek olursak yakında birer hayvana dönüşecek, işin daha da kötüsü, kör hayvanlara dönüşecekler.*"³¹ cümlesinden yardımın amacının haz olmadığını anlamaktayız, yani erdemli bir davranış olarak kabul edebiliriz.

Romandaki kırılma noktalarından biri de; üçüncü koğuşun takas edecek değerli eşyaların bitmesi üzerine kadınların gönderilmesini istemesidir. Burada koğuş içinde birçok farklı düşüncenin ileri sürüldüğü görülür. Diyaloglardan bir kesit şu şekildedir:

*"Peki, kadın değil de erkek istemiş olsalardı ne yapardınız, söyleyin bakalım ne yapardınız, diyerek yangına körükle gitti. Kadınlar hep bir ağızdan, Söyleyin, söyleyin, diye bağırıyor, erkekleri kendi mantuklarının tuzağına düşürüp köşeye sıkıştırarak çaresiz bıraktıkları için ağızları kulaklarında, o kadar övündükleri erkeklere özgü tutarlılığı nereye kadar götürebileceklerini görmek istiyorlardı, İçimizde eşcinsel yok, diye çekinerek karşı çıktı bir erkek, o kışkırtıcı soruyu sormuş olan kadın, orospu da yok, diye karşılık verdi, olsaydı bile mesleklerini burada sizin çıkarınıza icra etmek istemeyebilirlerdi."*³²

³⁰ "... Grupların başlarında mutlaka bir şef vardır, onları yöneten, organize eden biri, diye anımsattı birinci kör, Belki, ama yönetenler de yönetilenler kadar kör, Sen kör değilsin, dedi koyu renk gözlüklü genç kız, onun için bizi organize edip yönetiyorsun, Yönetmiyorum, elimden geldiğince organize ediyorum, ben sizin artık görmeyen gözlerinizim yalnızca, Bir tür doğal başkan, görmezler ülkesinin gören kralı, dedi gözü siyah bantlı yaşlı adam, Mademki öyle, bırakın da gözlerim gördüğü sürece size rehberlik edeyim..." b kz. SARAMAGO, 2002, s. 195.

³¹ Selen ÇALIK, *Vision And Illusion: Perception Of Blindness In Literature* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , İstanbul, 2010, s. 70 vd.

³² SARAMAGO, 2002, s. 152.

Burada üçüncü koğuşun talebinin zaten erdemsiz olduğu aşikârdır. Zira hem haz peşinde temellenen hem de kadınları takas edilebilir obje pozisyonuna soktuğu için değer harcayan bir istektir. İlk koğuş bakımından ise yiğitlik bakımından bir değerlendirme yapılabilir. *Aristoteles'e* göre yiğitlik zorunluluktan değil güzel olduğu için yapılır. Yiğit kişiler de acılara katlandıkları için böyle değerlendirilir. Ayrıca yiğit olma da diğer erdemler gibi tercihi ve ortayı bulmayı bünyesinde bulundurur. Kitaptaki duruma bakıldığında koğuştakiler üzerinde bir baskı olduğu söylenebilir. Ancak her ne kadar bunun bazı olası sonuçları olsa da, üçüncü koğuşun isteklerini yapıp yapmama konusunda belli bir özgürlükleri vardır. Dolayısıyla, kadınların gitmeyi tercih etmeleri yiğit bir davranış olduğundan erdemli oldukları söylenebilir. Burada da *doktorun karısı'nın* rehberlik ettiği bir durum vardır. Fakat birinci koğuştaki bulunan erkeklerin kadınlar kadar sağ akla uygun davrandıkları söylenemez. Çünkü kadınlardan istenen şeyi yapmayı farazî bir durumda dahi kabul etmeyip korkak davrandıklarından yiğitlik erdemine sahip değillerdir. Bu bakımdan cüretli ve korkak olmak arasındaki ortayı bulamamaktadırlar. Ayrıca romanda kullanılan ifadelerden insan onuru ile şeref arasındaki ayrımı karıştırdıkları söylenebilir.³³

Koğuşlar arasındaki yiyecek paylaşımında oluşan dengesizlik eşitliğe açıkça aykırılık olduğundan *Aristoteles'in* adalet anlayışı açısından da değerlendirilebilir. Dağıtıcı ve denkleştirici olmak üzere ikiye ayrılıp incelenen adalet de diğer erdemler gibi bir orta olma niteliği taşır.³⁴ *Aristoteles'in* adalet tanımının temel direği eşitlik düşüncesidir. *Denkleştirici Adalet*, özellikle bireyler arası eşya, mal ve hizmetlerin değiş tokuşunda uygulanır. Mal ve ediminin değerce eşitliğini ifade eder. Eşitliğin bu biçimi herkese eşit olanın verilmesi formülünün uygulanması demektir.³⁵ Bu tür adalette veren ve alan eşit olmalı, taraflardan biri diğerine üstünlük kurmamalıdır. Aksi halde başkasına ait bir şeye sahip olunur ve bu yüzden bozulan dengeyi sağlamak gerekir. *Dağıtıcı Adalet* ise herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit işleme tabi tutulması durumunda eşitliği ortadan kaldırırsa uygulanır. Örneğin, zengin fakir ayrımı yapmadan herkesten aynı oranda vergi alınması adaletsizliğin ta kendisidir. İnsanlara yetenek ve topluma katkıları oranında dünya nimetlerinden yararlanacakları bir hukuk düzeni sağlanmalıdır.³⁶

³³ İnsan onuru ile şeref arasındaki ayrım için bkz.: İoanna KUÇURADI, "İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* içinde Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 72-74.

³⁴ ARİSTOTELES, 2014, s. 97.

³⁵ Adnan GÜRİZ, *Adalet Kavramı*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf, ss. 13-14 (Erişim tarihi 27.01.2015)

³⁶ Adnan GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007, ss. 156, 157.

Bu bilgiler ışığında karantina altındaki körlerin, yiyecek dağılımında eşitsizlik mevcut olduğundan dolayı adaletsiz bir muameleye maruz kaldıkları söylenebilir. Çünkü *Aristoteles*'in tanımındaki haksızlığa uğrama ve haksızlık etme arasında bulunan orta tercih edilmemiş, haksızlık etmeye kayan aşırı bir davranış sergilenmiştir.³⁷

Değerlendirilmesi gereken bir başka durum ise *doktorun karısı*'nın üçüncü koğuştaki çete liderini öldürmesidir. Her ne kadar burada bu davranışın tercih olma, yiğitlik vb. kavramlar bakımından tartışılması akla gelse de bunu tartışmaya gerek yoktur. Zira *Aristoteles*'in anlayışına göre bazı davranışlar doğası gereği kötüdür ve bunların erdemli olup olmadığı tartışılması gereksizdir. Öldürme de bu davranışlardan biri olduğundan erdemli davranıldığını söylemek mümkün değildir.³⁸ Ancak yine de *doktorun karısı*'nın ruh halinin ve içinde bulunduğu durumun anlaşılması açısından aşağıdaki kısım açıklayıcıdır.

"... *Doktorun karısı kendini bu adamın bir yiyecek hırsızı olduğunu, öteki insanların elinden, onların hakkı olanı zorla aldığını, bebeklerin lokmalarını ağızlarından çekip aldığını düşünmeye zorladı, bununla birlikte bu tükenmiş beden, arkaya devrilmiş bu baş, iri damarlarla kaplı bu boyun karşısında nefret duyamadığı gibi, en küçük bir kızgınlık bile duymuyor, içinde yalnızca tuhaf bir acıma duygusu uyanıyordu.*"³⁹

"... *Evet, öteki koğuşa egemen olan adamı öldürdüm, boğazına bir makas sapladım, Bizim öcümüzü almak için öldürdün onu, biz kadınların öcünü bir kadının alması gerekiyordu, dedi koyu renk gözlüklü genç kız ve öç almak doğru bir amaç uğruna yapılmışsa insanca bir davranış olur, kurbanın kendi celladı üzerinde hiçbir hakkı yoksa adalet yok demektir...*"⁴⁰

Burada *Aristoteles*'in ifade ettiği gibi öfkenin öç alma sonrası kaybolması gözlemlenmektedir.⁴¹

Kitabın ilerleyen bölümlerinde akıl hastanesinde çıkan yangından sonra asıl kahramanları oluşturan grup, karantina bölgesini terk edip evlerine dönerler. Ancak yolda ve eve vardıktan sonra *doktorun karısı* gruba rehberlik etmeye devam eder ve bunu karantina altında oldukları zamanki gibi yalnızca iyi olduğu için tercih etmektedir. Dolayısıyla kişinin erdemli davranışını sürdürmekte tutarlı davrandığı söylenebilir ki bu da *Aristoteles*'in erdemli davranmanın bir huy olduğuna ilişkin fikrini haklı çıkarmaktadır.

³⁷ ARİSTOTELES, 2014, s. 102.

³⁸ ARİSTOTELES, 2014, s. 91 vd.

³⁹ SARAMAGO, 2002, s.144.

⁴⁰ SARAMAGO, 2002, s. 227

⁴¹ ARİSTOTELES, 2014, s. 83.

Bunun yanında romanın geneline baktığımızda *doktorun karısı*'nın grup üzerinde büyük bir etkisinin olduğu söylenebilir. Karakterlerin onun rehberliği ile tercihlerinde erdemli olanı seçtikleri gözlenmektedir. Dolayısıyla burada da bazı erdemlerin eğitimle oluşup ilerlediği, deneyimlerle geliştiği fikriyle örtüşmektedir. Ayrıca karakterler, körlük süreci boyunca erdemli davranmaya dikkat ettikleri için alışkanlık vasıtasıyla artık erdemli bir karakter olma yolunda önemli mesafeler kat etmişlerdir. Yani bir anlamda körlük onlara görmeyi öğretmiştir.

Roman, körlerin görme yetilerini tekrar kazanmaları üzerine *doktorun karısı*'nın körlüğü sorguladığı şu paragrafla kapanır.

"Neden kör olduk, bilmiyorum, bunun nedeni belki bir gün keşfedilir, Ne düşündüğümü söylememi ister misin, Söyle, Sonradan kör olmadığımızı düşünüyorum, biz zaten kördük. Gören körler mi, Gördüğü halde görmeyen körler. Doktorun karısı yerinden kalkıp pencereye gitti. Aşağıda çöp yığılı sokağa, haykırıp duran, şarkılar söyleyen insanlara baktı. Sonra başını gökyüzüne kaldırdı ve gökyüzünü baştan aşağı bembeyaz gördü, Tamam, sıra bana geldi, diye düşündü. Birden kapıldığı korku, gözlerini yeniden yere indirmesine neden oldu. Kent hâlâ orada, karşısında duruyordu."⁴²

Doktorun karısı, bir an için kendinin de beyaz körlüğe yakalandığını düşünür ki, bunun tam da asıl körlüğün ne olduğunun farkına vardığı anda olması tıpkı körlüğün kendisi gibi biraz da metaforiktir.

KAYNAKÇA

- APAYDIN, Dinçer : Dinçer APAYDIN, "Bir Ahlâk Problemi Olarak Körlük", *Kurgan Edebiyat Dergisi*, sayı 9, 2012, ss. 67-68.
- ARİSTOTELES : *Nikomakhos'a Etik* (Çev. Saffet BABÜR) , Bilgesu Yayıncılık, 5. Basım, Ankara, 2014.
- BEN-MOSHE, Liat : Infusing Disability in the Curriculum: The Case of Saramago's Blindness, *Disability Studies Quarterly*, Vol. 26, No. 2, Spring 2006. <http://dsa-sds.org/article/view/688/865> (Erişim tarihi: 30.08.2015)
- ÇALIK, Selen : Vision And Illusion: Perception Of Blindness In Literature (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.
- GÖKALP, Nurten : *İradede Duygunun Etkisine Genel Bir Bakış*, <http://dusundurensozler.blogspot.com/2008/10/iradede->

⁴² SARAMAGO, 2002, s.253.

- duygunun-etkisine-genel-bir_27.html (Erişim tarihi: 25.01.2015)
- GÜRİZ, Adnan : *Adalet Kavramı*, ss.13-20., http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf (Erişim tarihi 27.01.2015)
- GÜRİZ, Adnan : *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007.
- KEREN, Michael : The Original Position in José Saramago's Blindness, *The Review of Politics*, Vol. 69, No. 3 , USA, Summer 2007, ss. 447-463.
- KUÇURADİ, İoanna : *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2002.
- KUÇURADİ, İoanna : "İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 69-76.
- KUÇURADİ, İoanna : "Silinmiş Yüzler Karşısında", *Çağın Olayları Arasında*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, ss.16-17.
- KUÇURADİ, İoanna : *Uludağ Konuşmaları (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 31-50.
- NURAL, Yücel : "*Körlük*" Üzerine Notlar, <http://dipnotkitap.net/ROMAN/Korluk.htm>, (Erişim tarihi: 19.01.2015)
- OCAK, Hasan : Bir Ahlak Felsefesi Problemi Olarak Erdem Kavramına Yüklenen Anlamın İlkçağ'dan Ortaçağ'a Evrimi, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011 Bahar, S. 11, ss. 79-101.
- SARAMAGO, José : *Körlük*, Çev.: Aykut DERMAN, Can Yayınları, İstanbul, 2002.
- UYGUR, Gülriz : *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- WEİN,
Simon-BAİDER, Lea : Blindness: Looking but Not Seeing, *Journal Of Clinical Oncology*, Vol. 30, N. 25., September 2012. *Körlük*, <https://cerceveligozluk.wordpress.com/2011/09/10/korluk-2/> (Erişim tarihi: 11.02.2015)

TÜRK HUKUKUNUN AİLE KAVRAYIŞI*

Fatma İrem Çağlar Gürgey**

Özet

Modern devletlerde aile doğal bir olgu değil, siyasi ve hukuksal olarak oluşturulan sosyal bir yapıdır. Türkiye Cumhuriyeti gerek kuruluşunda ve gerekse sonraki hukuksal reformlarında belirli bir aile tipini kabul etmiş ve bunu hukuk normları aracılığıyla meşru kılmıştır. Söz konusu aile tipinin unsurlarına bakıldığında laik, çekirdek, heteroseksüel, ataerkil, aile içi evliliği yasaklayan bir hukuksal kurum olduğu görülmektedir. Bu çalışma Türk hukuk mevzuatını ve yargı kararlarını veri olarak kullanarak Türkiye modernleşmesinde ailenin yapısını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile hukuku, aile, ataerkillik, dini nikâh, tek eşlilik, laiklik

Abstract

Family in the modern state is not a natural phenomenon. Rather it is a political and legal structure. The Republic of Turkey adopted a particular type of family, which has been legitimized by subsequent legal reforms and legal norms. On a closer look, the common elements of this family type are observed to be secular, heterosexual, patriarchal, prohibiting domestic marriage/relation. This study aims to reveal the family structure in Turkish modernization by using data from the Turkish law legislation and judicial decisions.

Key Words: Family Law, family, patriarchy, religious marriage, polygamy, laicism

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Modern devletler, hangi siyasi rejime tabi olurlarsa olsunlar, ailenin nasıl olması gerektiğine ilişkin ölçütleri pozitif hukuk düzenlemeleriyle ortaya koymaktadırlar. Böylece norma uygun olan normal aile anlayışı hukuksal düzeyde meşrulaştırılmaktadır. İnsanlar çok farklı şekillerde bir araya gelirler, birlikte yaşarlar ve isterlerse çocuk sahibi olabilirler. Ancak hangi birlikeliğin “aile” olduğu modern devletlerde siyaset ve hukuk normları tarafından belirlenmektedir (Nussbaum, 2003:505). Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde¹ normlar hiyerarşisi içerisinde aile öncelikle anayasal düzeyde ele alınmaktadır. Modern devlet hukuk sistemleri aileyle ilgili hükümlere anayasalarında yer vererek ailenin devlet yapısı içindeki önemini belirlemekte ve aile kurumunun korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda aileye ilişkin hukuksal düzenlemelerin kanun düzeyinde özellikle medeni kanunlar kapsamında yapıldığı görülmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) devleti kuruluşunda 1924 Anayasası’nda aileye ilişkin hükümlere yer vermemiştir. Aslında o dönemde hiçbir anayasada aile ile ilgili hükümlere rastlanmamaktadır (Fişek, 1984: 262). T.C. anayasalarında aileyle ilişkili maddeler 1961 Anayasası’yla başlamıştır. Bu Anayasa’nın 35. maddesi aileyi tanımlamadan, onu toplumun temeli olarak nitelendirdikten sonra, “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” hükmünü getirmiştir. 1982 Anayasası da benzer şekilde 41. maddede ailenin toplumun temeli olduğunu belirttiğinden sonra 2001 yılında yapılan değişiklikle “eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresi eklenmiştir. 41. maddenin 2. fıkrası “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimiyle uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” hükmünü içermektedir. 2010 yılında yapılan değişiklikle 41. maddeye iki yeni fıkra eklenmiştir. Bu maddelerin çocuk haklarına ilişkin olduğu görülmektedir. 2010 değişikliğiyle birlikte 41. maddenin “ailenin korunması” başlığı “ailenin korunması ve çocuk hakları” olarak değiştirilmiştir. 1982 Anayasası’nın 62. maddesi aileye ilişkin diğer bir konu olan yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarına ilişkindir. Söz konusu madde 1924 ve 1961 Anayasaları yürürlüğe girdiği anda var olmayan bir sorunu ele almıştır. Buna göre devletin yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğini, çocuklarının eğitiminin sağlanması, Türkiye ile bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alması hükme bağlanmıştır. Sonuç olarak 1982 Anayasası’nda yapılan değişiklikler kadın ve çocuk hakları mücadelesinin

¹ Anglo Sakson hukuk sistemindeki düzenlemelere ilişkin olarak bkz. Brian Bix, *Family Law*, Amerika Birleşik Devletleri: Oxford University Press, 2013.

önemli kazanımları olarak değerlendirilebilir. Ancak bütün bu anayasalara bakıldığında belirli bir aile tanımının yapılmadığı görülmektedir.

Anayasal normlar dışında ailenin nasıl olması gerektiğine ilişkin normlar Türk hukuk sisteminde Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kısmında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aile Hukukuna ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerinde de aile kavramını açıkça ortaya koyan bir tanımlayıcı norm bulunmamaktadır. T.C.'nin aile hukuku ve aile hukukuna ilişkin pozitif hukuk düzenlemeleri 1926 yılından günümüze kadar önemli değişiklikler geçirmiştir. Bu değişikliklerin arkasında tarihsel, siyasi, ekonomik ve sosyolojik koşullar bulunmaktadır. Söz konusu koşullar Türkiye coğrafyası içindeki insanların aileye bakış açısını değiştirmiş ve bu durum hukuka da yansımıştır. Aynı zamanda söz konusu hukuksal değişiklikler toplumdaki aile yapısını etkilemiştir. Türkiye'de aile hukukunun temel aldığı aile kavrayışı kamusal alandan ayrı², laik, heteroseksüel, tekeşli, aile içi evliliği dışlayan, ataerkil bir evlilik birliği ve onların çocuklarından oluşan topluluğu esas almaktadır. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu önermeyi temellendiren pozitif hukuk düzenlemelerine yer verilecektir.

I- Laik Aile Anlayışı

T.C. pozitif hukuk sisteminin öngördüğü aile tipinin gerçekleşmesi için gerekli olan hukuk normlarının, dini normlara göre temellendirilmemesi esas alınmıştır. Bu yaklaşım laik bir aile anlayışını ortaya koymaktadır. Buna göre fiili bir ailenin hukuken aile kabul edilebilmesi konusunda ölçütler herhangi bir dini norma uygun olup olmadıklarına bağlı değildir. Tam tersine dini normları esas almadan aileye ilişkin normların düzenlenmesi söz konusudur. Zira laiklik *Ioanna Kuçuradi*'nin de belirttiği gibi dini normların ve anlayışların hukuku belirlememesi talebini dile getirmektedir (Kuçuradi, 2007:83). 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdiğinde gerekçesinde(Esbabı Mucibe Lâyihası) Türkiye Cumhuriyeti'nin bir medeni kanundan yoksun olduğu belirtildikten sonra, *Mecelle-i Ahkâmı Adliye* temelinin din olduğu belirtilmiş, oysa insan hayatının sürekli biçimde değişmesi nedeniyle, dine dayanan hukuk sistemlerinin toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyeceği belirtilmiştir. Zira dinin değişmez kurallara dayandığı gerekçe gösterilmiştir. *Bozkurt*'a göre değişmek hukukun özünde var olduğu halde, değişmemek dinin temel özelliğidir. Bu nedenle dine dayanan bir hukuk

² IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması

A. Özel hayatın gizliliği

MADDE 20- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

düzenini korumakta ve uygulamakta ısrar etmek, Türk toplumunu Ortaçağ kurallarına tabi kılmayı istemekle birdir. Oysa *Bozkurt*'a göre bunun modern çağın gerekleriyle ve Türk devriminin amacıyla bağdaştırılması mümkün değildir (Güriz, 1974:111).³

Bozkurt'un ifadelerinden de anlaşıldığı üzere 1926 tarihli Medeni Kanun'la birlikte Türk pozitif hukuku laik bir karakter kazanmıştır. Bu bağlamda Medeni Kanun'un aile hukuku bölümünün de laik bir düşünceyle inşa edilmiştir. Bunun en önemli görünümü hukuken aile kurulabilmesi için gerekli olan evlenme sözleşmesinin devletin resmi kurumları aracılığıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğudur. Dini nikâh sadece resmi nikâhtan sonra ve ihtiyari olarak gerçekleştirilebilir. Boşanma kurumu da Medeni Kanun'da dini kurallara paralel şekilde düzenlenmemiştir. Medeni Kanun'da evlilik sözleşmesi yapılırken vekâlet ya da temsilin geçersizliğinin kabul edilmesi ailenin kurulmasındaki kurallardaki laikleşmeyi göstermektedir. Çok eşliliğinin yaygın bir görünümü olan çok eşlilik de Medeni Kanun'dan önce dini evliliklerde kabul edilen bir olguydu. Bu nedenle çok eşliliğin hukuken yasaklanması da Medeni Kanun'un dinsel temellendirmeden uzaklaşmasının bir görünümü olarak ele alınabilir.

Medeni Kanun'da yer alan laiklik düşüncesi muhafazakâr kesim tarafından eleştirilmiştir. Bu nedenle siyasi iktidar söz konusu ideolojisini korumak amacıyla 1961 tarihli T.C. Anayasası'nın "Devrim Kanunlarının Korunması" başlıklı 153. maddesinin 4 numaralı bendinde "Türk Medeni Kanunu ile kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru tarafından yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110. maddesi hükmünün" anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği ifade edilerek, Medeni Kanunun söz konusu hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti devrimleri arasında özel bir yere ve büyük bir manevi değere sahip olduğu Anayasa metninde de açıklanmıştır (Güriz, 1974: 115). Aynı koruma 1982 Anayasası'nın 174. maddesinin 4 numaralı bendinde tekrarlanmıştır.

A. Evlilik Sözleşmesi

Türk aile hukukuna göre dar anlamda ailenin gerçekleşmesi için bir kadın ve bir erkeğin evlilik birliğini gerçekleştirmeleri gerekmektedir (Akıntürk, Karaman, 2011:6). Bu bağlamda ailenin oluşması için başlangıçta üç öğeye ihtiyaç vardır. Bunlar bir kadın, bir erkek ve yetkili makamdır. Erkek ve kadın aile kurmak –evlenme– niyetlerini açıklar ve yetkili makam bu niyetin gerçekleşme koşullarını saptar ve erkekle kadının birleşmesine yasallık

³ http://www.belgenet.com/yasa/medenikanun/gerekce_1926.html, (Erişim tarihi: 13.12.2011).

kazandırır. Bu makam, Hristiyan hukuk sistemlerinin laikleşmesinden önce kiliseydi. Fransız Devrimiyle başlayan ve 1804 Fransız Medeni Kanunu ile güçlenen gelişmeler sonunda, bu makam çoğu yerde laik devletin kurumları olmuştur. Bazı ülkelerde ise kilise ya tek başına veya devletin yetkili kurumlarıyla ortaklaşa kadınla erkeğin birleşmesine yasallık kazandıran kurum niteliğini korumuştur (Fişek, 1984:261). Türk Medeni Kanunu'nun kabulünde önce Müslüman Osmanlı ailesi hiçbir yetkili makamın müdahale etmediği özel bir sözleşmeyle kurulmaktaydı. Erkekle kadının, ya doğrudan doğruya veya vekilleri aracılığıyla evlenmek istedikleri iki tanık önünde belirtmeleriyle evlenme akdi tamamlanmaktadır. Bir din adamının akit yapılırken hazır bulunması İslam hukukunun bir gereği olmadığı için, sadece iki tanık önünde karşılıklı irade beyanı evliliğin meydana gelmesi için yeterliydi. İslam dini esaslarına göre evlilik sadece tarafları ilgilendiren bir akit türü sayılmasının yanı sıra, erkeğin birden çok kadınla evlenebilmesi, evlilik bağının, tefvizi talâk hariç, erkeğin tek taraflı beyanıyla sona ermesi, bazı bölgelerde müt'a veya sığa usulü denilen belirli süreli geçici evlenmelerin yapılması gibi uygulamalar bulunmaktaydı (Şener, 1984: 119-126).

Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdiğinde bütün bu dini uygulamalara karşıt bir şekilde nişanlanmadan boşanmaya kadar tarafları resmi makamlarla karşı karşıya getirmiştir. Bu bağlamda dini kurallardan tamamen kopmuş Türk aile hukuku sisteminde yer alan aile yaklaşımı laik niteliktedir. Bunun en net görünümü dini kurallara göre yapılan evlilik sözleşmelerinin hukuken meşru kabul edilmemesi ve hatta Türk Ceza Kanunu sisteminde belirli hallerde suç olarak kabul edilmesidir. İkinci görünüm ise evliliğin kanunun saydığı belirli sebeplere göre sonlandırılmasıdır. Dini kurallara uygun olarak evliliğin sonlandırılmasını Türk hukuk sistemi tanımamaktadır.

Eski Türk Medeni Kanunu'nun 110. maddesi ile yeni Türk Medeni Kanunu'nun 143. maddesine göre aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Evlenmenin geçerli olmasının dini törenin yapılmasına bağlı olmadığı da belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sekizinci bölümü aile düzenine karşı suçları düzenlemiştir. Bu bölümde 230. maddenin 5. ve 6. bendinde dinsel törenle evlenmenin hangi hallerde suç olduğu belirlenmiştir. Buna göre aralarında resmi evlilik olmaksızın, dinsel tören yaptırınlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verileceğine hükmedilmiştir. Ancak Medeni Kanun'a uygun nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmaktadır. Aynı zamanda evlenme akdinin kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında da ceza öngörülmüştür. Kanunun gerekçesinde resmi nikâhı teşvik etme amacına yer verilmiştir. Dolayısıyla amaç dini nikâhları

engellemek değil, resmi nikâhları teşvik etmektir. Zira sosyolojik açıdan bakıldığında Türkiye’de resmi nikâh olmaksızın dini nikâhla birliktelik yaşanmakta ve bu durum toplumsal cinsiyetten kaynaklanan eşitsizlikleri pekiştirmektedir. Ancak ilgili ceza normunun gerekçesinde toplumsal cinsiyet sorununa yer verilememiştir. Söz konusu ceza normu 27.5.2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir.⁴ Anayasa Mahkemesi iptal kararında maddenin Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.⁵ Türk Ceza Kanunu’nun 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarının iptali Türk hukukunun laik aile anlayışını değiştirmiş ancak ortadan kaldırmamıştır. Zira laik aile yapısının temeli olan medeni kanunda yer alan normlar varlığını devam ettirmektedir. Aynı zamanda dini nikâhtan kaynaklanan herhangi bir fiili sonucu da Türk hukuku tanımamakta ve bundan kaynaklanan sorunları da çözüme bağlamamaktadır.

Olgusal anlamda resmi nikâh olmaksızın sadece dini nikâhla birlikte yaşayanlar arasında herhangi bir sorun olduğunda bu evlilikler yok hükmünde sayıldığından evliliğe bağlanan herhangi bir hukuki korumadan yararlanamamaktadırlar. Özellikle ev-içi şiddet olaylarında şiddet mağduru taraflar mülga 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun”da yer alan koruma tedbirlerinden yararlanma istediklerinde şiddet mağduru ve fail arasında yasal evlilik ilişkisi yoksa koruma tedbiri talepleri genellikle reddedilmektedir (Karınca, 2008:99).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Şerife Yiğit-Türkiye* kararında benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Karara konu olan olayda başvuran *Şerife Yiğit* 1976 yılında imam nikâhıyla eşi Ö.K’yle evlenmiştir. Eşi 2002 yılında öldükten sonra eşinin emekli maaşı ve sağlık sigortasından yararlanmak için ilgili kurumlara ve yargı yollarına başvurmuş ama talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine *Şerife Yiğit* AİHM’e başvurmuştur. AİHM, AİHS’nin 8. maddesinin taraf devletlerden resmi olmayan evlilikler için özel düzenlemeler getirmesini düzenlemediğini ve dolayısıyla sigorta mevzuatının 8. madde kapsamındaki hakları ihlal etmediğine hükmetmiştir.⁶

Dini nikâhın reddedilmesine ilişkin diğer bir sorun doğan çocukların soy bağına ilişkindir. Bu tür dini nikâha bağlı evlilikten doğan çocukların

⁴ E. 2014/36, K. 2015/51, Karar Tarihi: 27.5.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 12.6.2015.

⁵ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Kerem Altıparmak, “İmam Nikâhı İn, Ama Neler Out?”, <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/164954-imam-nikahi-in-ama-neler-out>, erişim tarihi: 13.6.2014.

⁶ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-101579#{"itemid":\["001-101579"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-101579#{), erişim tarihi: 12.11.2014.

baba ile soy bağı'nın kurulması için anne ve babanın evlenmesi gerekmektedir. Dini nikâhla evli kişilerin doğan çocukları ile annesi arasında soy bağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulmaktadır (TMK madde 282/I). Ancak dini nikâhlı eşlerden baba ile çocuk arasında soy bağı doğumla kendiliğinden kurulmamaktadır. Çocuk ile baba arasında soy bağı'nın doğumla kendiliğinden kurulması için anne ile babanın doğum sırasında resmi nikâhla evli olmaları gerekmektedir (TMK madde 282/II). Ancak kanun koyucu hem eski hem yeni medeni kanunda çocuk ile baba arasında soy bağı'nın kurulması için resmi evliliği zorunlu kılmaktadır (Kılıçoğlu, 1981:166). Bu şekilde çocuk soy bağı açısından sanki evlilik devam ederken doğmuş gibi değerlendirilmektedir (YTMK madde 292; eski TMK madde 247).

B. Boşanma

Dini nikâhla kurulan ailelerin kadın hakları açısından en çok eleştirilen tarafı boşanmadır. Özellikle İslami hukuk açısından boşanmanın gerçekleşebilmesi için kocanın iki tanık önünde boşanmaya ilişkin beyanda bulunması gerekmektedir (Şener, 1984: 124-125). Musevî hukukunda da benzer şekilde kocaya herhangi bir sebep göstermeksizin karısını boşama hakkı tanınmıştır (Akıntürk, Karaman, 2011: 236). Kısacası dini evliliklerde boşanma kural olarak kocaya tanınmaktadır. Ancak Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte boşanma usulü laik bir nitelik kazanmıştır ve eşlerden her birine boşanma talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Türk hukuk sisteminde boşanmanın sebebe ve hâkimin hükmüne dayanması gerekmektedir. Bu nedenle Medeni Kanun'da boşanma sebepleri sayıca sınırlı olarak belirlenmiştir. Örneğin yeni Türk Medeni Kanunu'nun 161 ile 166. maddelerine göre boşanma nedenleri zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Boşanmanın laikleşmesi hukuki sonuçların da kanunda belirlenmesini sağlamış ve bu bağlamda kadın ve çocuk hakları hukuksal güvenceye sahip olmuştur. Boşanmanın eşler ve çocuklar açısından maddi ve kişisel olmak üzere hukuki sonuçları kanunda açıkça belirlenmiştir.

II- Tek Eşlilik

Türk aile hukukunda tek eşlilik esas alınmıştır. Hem çok karınlık (polygamie) hem de çok kocalılık (polyandre) yasaklanmıştır (Güriz, 1974: 113). Medeni Kanun kadın erkek ayrımı yapmaksızın halen evli olan bir kimsenin aynı zamanda ikinci bir evlenme yapmasına izin vermemektedir. Önceki evliliği kesin evlenme engeli saymaktadır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 130. maddesine göre yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki

evliliğin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Benzer bir düzenleme “Evlendirme Yönetmeliği”nde de mevcuttur. Söz konusu Yönetmelik’in 15. maddesine göre nüfus kaydında evli görünen bir kimse yeniden evlenemez.⁷ Sonuç olarak Türk hukuku poligamiyi yasaklamıştır. Ancak dini kurallar ve bazı örf adet kuralları poligamiye izin vermektedir. Söz konusu toplumsal normların farkında olan yasa koyucu çok eşliliği engellemek için Türk Ceza Kanunu’nun 230. maddesinde ikinci evliliği cezalandırmaktadır.

Ancak bütün bu yaptırımlara rağmen Türkiye’de sosyolojik anlamda çok eşlilik devam etmektedir. Bunun en açık kanıtı bu tür fiili birleşmelerin bazı şartlarda evlilik olarak tescili ve bu birleşmelerden doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesi amacıyla çıkarılan kanunlarıdır. Cumhuriyetin 10. yıldönümünde ilki çıkan 26.10.1933 tarih ve 2330 sayılı Af Kanunu, daha sonra 1934⁸, 1945⁹, 1950¹⁰, 1956¹¹, 1965¹², 1974¹³, 1981¹⁴ ve en son 1991¹⁵ yıllarında yürürlüğe girmiştir (Usta, 2011: 956). Bu kanunların amacı resmi evlilik dışı olan ve genellikle dini nikâhla yapılan ikinci ya da daha fazla fiili evlilikten doğan çocukların babalarıyla arasında soy bağı kurmaktır. Türk aile hukuku resmi evlilik dışı doğan çocuğun soy bağına (neseb) düzgün olmadığını kabul etmekteydi. Böylece bir fiili evlilikten ya da birlikten doğan çocuğun nesebinin ancak anne ve babanın hukuki şekil şartlarına uygun bir şekilde evlenmeleriyle düzeleceği kabul edilmekteydi. Ancak birden fazla evlilikten doğan çocuğun bu yollardan yararlanılarak nesebinin düzeltilmesi mümkün değildi. Bu nedenle yasa koyucu yukarıda belirtilen tarihlerde özel kanunlar çıkararak evlilik dışı doğan çocukları evlilik için doğan çocuklarla aynı hukuki duruma getirmiştir (Kılıçoğlu, 1981:166, Güriz, 1974:142). Bu uygulamayla kanun koyucunun çok eşliliği onayladığı

⁷ Resmi Gazete Sayı: 18921, Resmi Gazete Tarihi 7.11.1985.

⁸ 2576 sayılı “Gizli Nüfusların Yazımı Hakkında Kanun”

⁹ 4727 sayılı “Tescil edilmeyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tesciline ve gizli kalmış nüfus vakalarının cezasız olarak kaydına dair kanun”

¹⁰ 5524 sayılı “Tescil Edilmeyen Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline ve Gizli Kalmış Nüfus Vakalarının Cezasız Olarak Kaydına Dair Kanun”

¹¹ Tescil Edilmeyen Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkındaki 6652 sayılı Kanunun Tatbik Şekli Gösterir Talimatname

¹² “Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşme”nin onaylanmasına dair kararname

¹³ 1826 sayılı “Tescil Edilmeyen Birleşmeler ve Bunlardan Doğası Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun”

¹⁴ 2526 sayılı “Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Nedenlerinin Düzeltilmesine ve Bu Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescillerine İlişkin Kanun”

¹⁵ 3716 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

anlamı çıkarılmaz. Amaç çocuklar arasındaki hukuktan kaynaklanan eşitsizliği ortadan kaldırmaktır.

T.C. Anayasa Mahkemesi benzer bir konudaki kararında “ana rahmine düştüğü sırada babası annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birine çocuğu babaya karşı nesepsiz durma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi bunun haklı nedeni olmaz” ifadelerini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi anormal kabul ettiği ilişkilerden doğan çocuklar ile normal kabul ettiği ilişkilerden doğan çocuklar arasında şekli anlamda eşitliğin sağlanmasını gereklilik olarak görürken, çok eşliliği ve resmi evlilik dışı ilişkileri anormal ilişki kabul etmiş ve toplumdaki yok edilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Yok edilmesi gerekliliğini gerekçesi olarak toplumsal değer yargıları olduğunu belirtmiştir.¹⁶ Sonuç olarak gerek yasa koyucu gerekse Anayasa Mahkemesi çok eşlilik olgusunun farkındadır ancak bunu onaylamamaktadır. *Güriz* söz konusu yaklaşımı hukukun toplumu ideal amaçlara ulaştırma fonksiyonuyla ilişkilendirmektedir.(Güriz, 1974:152)

III- Ataerki Aile Anlayışı ve Hukuksal Alandaki Görünümü

Ataerki kavramı tarihte çok çeşitli anlamlarda kullanılmıştır. Kralın egemenliği, babanın egemenliği genellikle ataerki kavramıyla ifade edilmiştir. Ataerki kavramı kadın hareketi tarafından kadınlar üzerindeki baskıyı analiz etmek için kullanılmıştır (Beechey, 1979: 66). Hukuk ataerkilliği hukuk normları aracılığıyla meşrulaştırmakta ve sürdürmektedir. Bunun en önemli görünümünden birisi aile hukukudur. Aile hukuku toplumsal cinsiyet hiyerarşilerini korumakta ve erkeği ayrıcalıklı kılmaktadır (Eisenstein, 1986:19). Cumhuriyetle birlikte Türk aile hukuku benzer şekilde kocayı ilenin reisi tayin ederek ataerki ideoloji hukuken görünür kılmıştır.

Ailenin reisliğinin ya da evlilik birliğinin başkanlığının erkek olarak hukuken düzenlenmesi ailenin ataerki yapısının hukuken meşrulaştırılmasına ve sürdürülmesine neden olmaktadır. Modern devlet hukuk sistemlerinden biri olan Eski Türk Medeni Kanunu'nun 152. maddesine bakıldığında “*Koca birliğin reisi*dir” ibaresi yer almaktadır. Ailenin reisinin erkek olmasına bağlı olarak ailenin adı, çocukların velayeti, ikametgâhın seçimi, birliğin

¹⁶ Resmi Gazete tarih/sayı: 18.8.1981/17432, Esas Sayısı : 1980/29, Karar Sayısı : 1981/22, Karar Günü : 21/5/1981, Resmi Gazete tarih/sayı: 29.03.1988/19769, Esas Sayısı: 1987/1, Karar Sayısı: 1987/18, Karar Günü: 11.9.1987

temsili vb. gibi aile hukukuna ilişkin başlıkların içeriği kadınların aleyhine hüküm doğuracak şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu madde İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 160. maddesinden aynen çevrilmiştir. Ancak kanun maddesi 1988 yılında İsviçre'de değiştirilmiştir. Maddenin yeni hali: “*Eşlerden her biri ailenin ihtiyaçları için karşılıklı görev ve sorumluluğa haizdir*” şeklindedir (Moroğlu, 1997, 75). İsviçre’de olduğu gibi Türkiye’de Medeni Kanun tasarısında “evin reisinin koca” olduğuna ilişkin hükme yer verilmemiştir. Ancak evlilik birliğinin reisinin erkek olmasına ilişkin düzenlemede yapılacak değişiklik o dönemin muhafazakâr milletvekilleri ve medya tarafından endişeyle karşılanmıştır.

“Medeni yasadaki değişikliklerle aile reisi kavramı tamamen ortadan kalkıyor, ikametgâhı kadın kendisi seçiyor, kadın erkeğin soyadını almayabiliyor. Görüldüğü gibi bu tasarı aile mevhumunu tamamen ortadan kaldırıyor. Özellikle kadının çalışması ile ilgili yeni hükümler bir felaket. Kadını bu açıdan yetkili kılan bir tasarı, Türk aile yapısını nitelik ve nicelik olarak bitirecek. (Milli Gazete 1995; aktaran Kerestecioğlu, 1999: 3)

Evde bir otorite olmalı, erkek aile reisliğinden koparsa, kadın onu aldatır...Ailede bir baş ve sorumlu gerekir. Eğer ailede erkek nefsi olmazsa, boşanmalar çoğalacaktır.” Milliyetçi Hareket Partisi Kayseri eski milletvekili Seyfi Şahin, Medeni Kanun tasarısını son derece zararlı bulduğu için Milliyetçi Hareket Partisinin bu tasarıya karşı çıkmasını istedi (Ortadoğu Gazetesi, 1999; aktaran Kerestecioğlu, 1999: 3)

Milliyetçi Hareket Partisi milletvekili Edip Özbaş, “Reisliğin el değiştirmesinden korkum yok. Ama Türk aile yapısı başsız kalacak. Bu durumda ailenin resmi makamlara karşı temsili de güç olacak. Eşler arasında çocuğun hangi okula gideceği konusunda anlaşmaya varılmazsa ne olur? (Gülbahar, 2001:2)”

Muhafazakâr kesimin tüm muhalefetine rağmen aile reisinin koca olduğuna ilişkin Medeni Kanun maddesi değiştirilmiştir. Ancak bu maddenin kaldırılması aile hukukundaki ataerkil unsurların tamamen ortadan kaldırılmasına yardımcı olmamıştır. Söz konusu zihniyeti devam ettiren düzenlemeler yer almaya devam etmektedir. Bunun en belirgin örneği kadının halen evlenmekle kocasının soyadını alması yükümlüğüne ilişkin hukuksal düzenlemedir. Ancak büyük ölçüde aile içinde erkeğin hiyerarşik üstünlüğünü meşrulaştıran hukuksal düzenlemeler yeni Medeni Kanun’da düzeltilmiştir. Eski Medeni Kanun’da yer alan düzenlemelere bakıldığında aile reisliğine bağlanan çok sayıda düzenleme olduğu görülmektedir. Bunlar:

- Eski Türk Medeni Kanunu’nun 88. maddesine göre evlenme yaşı kural olarak erkekler için 17, kadınlar için de 15 olarak belirlenmiştir. Olağanüstü

durumlarda yargıç 15 yaşını tamamlamış erkek ile 14 yaşını bitirmiş kadının evlenmesine izin verilebileceğine hükmedebilir. Fiiliyatta bu yaş sınırlamalarının çok altında, yargıç iznine gerek olmaksızın, dini nikahla çocukların evlendirildikleri görülmektedir (Fişek, 1984:265). Bu evliliklerde genel olarak kız çocuklarının kendinden yaşça büyük erkeklerle evlendirilmeleri söz konusudur (Gürkan, 1996: 174). Hukuksal anlamda kadın ve erkeğin evlilik ehliyetinin farklı düzenlenmesi ilk bakışta kadınlar için herhangi bir sorun doğurmuyor gibi gözükse de, farklı bir bakış açısıyla bakıldığında böyle bir düzenlemenin erkeğin iktidarını daha rahat sağlamasına hizmet ettiği düşünülebilir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesinde belirtildiği gibi Türkiye'de çocuk yaşta evliliklerin büyük bir problem olarak görülmesi söz konusu düzenlemenin değiştirilmesini zorunlu kılmıştır.¹⁷ Yeni Medeni Kanun'un 124. maddesinde erkek ve kadının evlenme ehliyeti koşulu olarak yaşları arasındaki farklılık ortadan kaldırılmıştır. Her iki cinsiyet için de kural olarak 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme hukuk doktrininde anayasal eşitlik ilkesine uygun kabul edilmekle beraber, kadın hareketi içerisinde de tepkiyle karşılanmamıştır. Sadece 18 yaş olsaydı daha iyi olurdu şeklinde itirazlar bulunmaktadır (Arın, 1999: 4).

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 98. maddesine göre evlenme başvurusunun erkeğin yerleşim yerinin (ikametgâhının) bulunduğu yerdeki belediyeye yapılması gereklidir. Bu madde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin hukuksal alandaki görünülerinden birisidir. Evlilikte erkeğin üstünlüğünü evlilik sözleşmesi henüz kurulmadan kadına hissettirmenin bir yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun kadın erkek eşitliğine aykırı olduğunu gören kanun koyucu yeni Türk Medeni Kanunu'nda bu eşitsizliği gidermiştir (Kılıçoğlu, 2003:23). Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 134. maddesinin 1. fıkrasında evlilik başvurusunun birbirleriyle evlenecek kadın ve erkek tarafından, içlerinden birinin oturduğu yerdeki yetkili evlendirme memurluğuna yapılabileceğini öngörülmektedir.

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 152. maddesine göre evlendikten sonra eşlerin birlikte yaşayacakları yeri seçme hakkı kocaya verilmişti. Yeni yasa ile bu hüküm "eşler oturacakları konutu birlikte seçerler" şeklinde değiştirilmiştir. Kocanın karısını onun istemediği bir yerde yaşamaya zorlaması toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir görünümüdür. Özellikle Türkiye coğrafyasında kadınların bir kısmı evlendikleri erkeklerin evine gelin olarak zorla götürülmekte ve tüm ailenin bakım hizmetlerini tek başlarına yürütmektedirler. Eski Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenleme bu

¹⁷ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor.pdf, (erişim tarihi: 12.12.2011).

toplumsal cinsiyet eşitsizliğini yasallaştırmakta ve bunun sürdürülmesini sağlamaktaydı. Maddenin değiştirilmesinin söz konusu eşitsizliğin giderilmesine yardımcı olup olmadığı sorgulanmaya değerdir. Ancak kanun koyucu, söz konusu değişiklikte olgusal anlamdaki bu eşitsizliğini onaylamadığını ortaya koymuştur.

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 159. maddesine göre kadının bir sanat ve meslekle uğraşması kocasının iznine bağlıydı. Bu madde dönemin kadın hakları savunucuları tarafından eleştirilmiştir. Örneğin *Ülker Gürkan* kadının çalışmasının aile ve ülke ekonomisindeki değerini ortaya koyarak söz konusu düzenlemenin anayasal eşitlik ilkesi ile çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne aykırı olduğunu belirterek, maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır (Gürkan, 1976: 132). Söz konusu madde 1991 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.¹⁸ Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararına paralel olarak eşlerin bir meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığı kuralını getirilmiştir.

- Yeni Türk Medeni Kanununda, Eski Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan “kocanın ikametgâhı karının ikametgâhı addolunur” hükmüne yer verilmemiştir. Yeni yasada eşlerin birlikte yaşantılarını sürdürdükleri “aile konutu” kavramına yer verilmiş ve bununla ilgili önemli hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerle aile konutu koruma altına alınmıştır. Mülga Medeni Kanun'un 21. maddesinin anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Kararda kocanın ikametgâhının karının ikametgâhı addolunacağına ilişkin itiraz konusu kural, aile birliğini tek ikametgâh edinmesini temin amacına yöneliktir. Evlilik birliğin tek ikametgâhının bulunması, evlilik birliğinin devamlılığının ve düzeninin sağlanmasındaki kamu yararı amacını gerçekleştirmesi nedeniyle Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir.¹⁹ Bu kararda neden karının ikametgâhı değil kocanın ikametgâhının temel alındığına ilişkin bir yaklaşım bulunmamaktadır. Kadınların ikincilliğine ilişkin toplumsal cinsiyet normunun doğrudan hem yasalarla hem Anayasa mahkemesi içtihadı tarafından meşrulaştırılması söz konusudur (Oder, 2010: 217). Kültürel normlar içerisinde yer alan kadın erkek eşitsizliğine ilişkin yaklaşım hukuk tarafından da hem normlarla hem uygulamayla sürdürülmüştür.

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 263. maddesinde ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip oldukları, ana ve baba velayetin

¹⁸ Resmi Gazete, 02.07.1992, R.G. sayı 21272

¹⁹ E. 1993/23, K. 1993/55, Karar Tarihi 2.12.1993. R.G. Tarih-Sayı: 25.12.1999-23917.

kullanılmasında anlaşamadıkları takdirde babanın oyunun üstün olduğunu düzenlenmiştir. Buna göre çocuğa ad verilmesinde, çocuğun nerede eğitim göreceğine, mallarının hangi yatırım araçlarında değerlendirileceğine, hastalığında nerede tedavi göreceğine, ayrı bir konut edinmesi gerektiğinde konutun nereden kiralanacağına vs. konularında ana ve baba birlikte karar verme yetkisine sahiptirler. Ancak bu konularda bir anlaşma olmadığı takdirde babanın kararı ve çocuğu temsil etmesi yeterli görülmektedir (Kılıçoğlu, 2003, s. 28-28). Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde söz konusu düzenlemede yer alan babanın oyunun üstünlüğüne ilişkin ifade kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır. Böylece evlilik sürecinde velayet konusunda ana ve babanın oyunun eşit olduğu kabul edilmiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinde çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaati göz önünde tutularak gerekli kararları anne ve babanın birlikte alması gerektiği düzenlenmiştir. Çocuk anne ve babasının aldığı kararlara uymakla yükümlüdür. Anne ve baba olgunluğu ölçüsünde çocuğun kendi hayatını düzenlemesine olanak tanınmalıdır. Önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmalıdır. Çocuğun ismini anne ve baba birlikte belirlerler. Anne ve baba yine birlikte çocuğun uygun eğitim koşullarını sağlamak ve korumakla yükümlüdürler (TMK madde 340, eski TMK madde 264/2). Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı da anne ve babaya aittir (TMK madde 341, eski TMK madde 266).

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesinin 2. fıkrasına göre evlilik birliğinin yönetiminde erkeğin başkan olması ve kadının da onun yardımcısı olması yükümlülüğü getirilmiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesine göre eşler bu birliğin mutluluğunu sağlamak konusunda birlikte yükümlüdürler. Eşler birbirlerine eşit bir şekilde yardımcı olmak zorundadırlar.

- Eski Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesinin ikinci fıkrasına göre evli kadının kocası yararına üçüncü kişilerle yaptığı borçlandırıcı işlemlerin geçerliliği sulh yargıcının onamasına bağlıdır. Evlilik birliği içinde koca tam ehliyetli sayılırken kadının sınırlı ehliyetli sayılması anayasal eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu hukuksal düzenlemenin anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. İtiraz gerekçesinde ilk bakışta kadının haklarını korur gibi görünen kuralın bütün kadınların tasarruf ehliyetini kısıtlayan aile içinde eşitliğin olmadığını kabul eden kadının eşinden çekinerek tasarrufta bulunacağını kabul eden onur kırıcı bir kural olduğu belirtilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi eski Türk Medeni

Kanunu'nun 169. maddesinin 2. fıkrasının maddesini anayasal eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre iptali istenen kuralın amacı kapsam ve sonuçlarını bilmeden karının borç altına girmesini önleyerek onu ve aile birliğini korumaktır. Kadın yönünden sınırlama getirilmesinin nedeninin aile birliğini koruyarak kamu yararını sağlamak olduğu belirtilmiştir.²⁰ Ancak bu madde Yeni Medeni Kanun'un tasarılarında yer almamıştır ve dolayısıyla yeni Türk Medeni Kanunu'nda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

A. Kadının Evlilikle Birlikte Kocasının Soyadını Alma Yükümlülüğü

Aile birliğinin reisliğine bağlanan sonuçlardan birisi kadının kocasının soyadını alması yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin hukuken görünür kılındığı alanlardan birisidir. Bireyselliğin önemli bir görünümü olan isim, ilk bakışta önemsiz bir ayrıntı olarak görülebilir. Ancak evlilikle birlikte kadının soyadının kaybettirilmesi kadının bağımsız varlığını yitirmesi ve kocasının iktidarına girmesini açıkça sembolize etmektedir (Weitzman, 1982: 9).

Eski Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde kadının evlilikle birlikte kendi soyadını bırakması ve kocasının soyadını alması yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak bu madde 1997 yılında değiştirilmiştir. Kadın bu değişiklikte birlikte eğer isterse kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilmektedir.²¹ Söz konusu değişiklik Türkiye'nin uluslararası sözleşmelere uygun hareket ettiği izlenimi yaratılmıştır. Ancak eşlerden yalnızca kocanın soyadının ortak soyadı olarak seçilebilmesi, çocuğun annenin soyadını alamaması uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki öngörülen eşitlik yaklaşımlarıyla bağdaşmamaktadır (Göztepe, 1999, s. 113).

1997 değişikliği yeni Türk Medeni Kanunu'nda aynen kabul edilmiş ve kadının evlilik süresince kocasının soyadını taşıması yükümlülüğü devam ettirilmiştir. Kadın evlilikle birlikte sadece kendi soyadını sürdürememekte ve çocuklarına kendi soyadını verememektedir. Söz konusu hukuki durum Türkiye'de kadın hareketi tarafından eleştirilmiş ve değiştirilmesi konusunda mücadele verilmiştir.²² Soyadına ilişkin madde anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne iki defa götürülmüş ve iptal talebi reddedilmiştir.²³

²⁰ E. 1997/27, K. 1998/43, Karar Tarihi 30.6.1998. R.G. Tarih-Sayı: 15.01.2000-23934

²¹ 14 Mayıs 1997 tarih ve 4248 sayılı Kanun, *Resmi Gazete*, 22.5.1997, R.G. sayı: 22996

²² http://www.kadinininsanhaklari.org/cedaw_sozlesmesi.php, erişim tarihi: 15.11.2011.

²³ Resmi Gazete tarih/sayı:15.11.2002-24937, E. 1997/61, K. 1998/59, Karar Günü: 29.9.1998; Resmi Gazete Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091,E. 2009/85, K. 2011/49, Karar Günü : 10.3.2011.

1996 yılında henüz yeni Medeni Kanun yürürlüğe girmeden soyadına ilişkin madde Ünal Tekeli tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülmüştür. Şikâyetle söz konusu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşamın korunmasına adil olmayan şekilde müdahale ettiği belirtilmiştir. Aynı zamanda evli erkeklerin evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanmaya devam edebiliyor olmalarından dolayı 14. maddeye göre de ayrımcılık yapıldığı da ifade edilmektedir. T.C. hükümeti savunmasında söz konusu düzenlemenin aile birliğini sağlayarak kamu düzenini sağlayan meşru bir vasıta olduğunu belirtmektedir. Ayrıca hükümet Anayasa Mahkemesi'nin 1998 tarihli soyadı kararına ilişkin olarak Türkiye'de toplumsal gerçekler göz önüne alındığında cinsiyete dayalı farklı muamelenin geçerli olabileceğini iddia etmektedir. Kadınların %68,8'i çok kısıtlı ekonomik özgürlüğe sahip olduğunu belirten hükümet, kocanın soyadına dayalı ortak bir soyadının kadının ailedeki konumunu güçlendirmeye yönelik olduğunu öne sürmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu savunmadan ikna olmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 16 Kasım 2004 tarihli kararında erkeklerin evlendiklerinde kendi soyadlarını devam ettirirken, kadınların sadece kendi soyadlarını devam ettirememelerini benzer durumda bulunanların arasında cinsiyete dayalı "farklı muamele" olarak kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında cinsiyetler arasında kimi durumlarda farklı muamelenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını kabul etmiştir. Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kuran farklı muameleyi yasaklamamaktadır.²⁴ Ancak taraf devletlerin farklı muameleyi haklı gerekçelerle mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Tekeli* davasında Türkiye'nin söz konusu soyadı meselesinde kadın ve erkeğe farklı muamele edilmesi konusunda ortaya koyduğu gerekçeleri ikna edici bulmamıştır. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle şikâyetçi *Ünal Tekeli*'yi haklı bulmuştur.²⁵

Türkiye hükümeti *Tekeli* davasını kaybetmesine rağmen soyadına ilişkin mevzuatta bir değişikliğe gitmemiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun soyadına ilişkin 186. maddesine ilişkin iptal talepleri ise Anayasa Mahkemesi'nin 10.3.2011 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararda bazı durumlarda kadın ve erkeğe farklı muameleyi gerektiren hukuksal düzenlemelerin anayasal eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri

²⁴ GMB ve K.M./İsviçre (karar), sayı 36797/97, 27 Eylül 2001.

²⁵ Ünal Tekeli Türkiye Davası, Başvuru Sayısı: 29865/96, Başvuru Tarihi: 16.11.2004.

uyarınca müdahale edebileceği ve bunun aile birliği ve bütünlüğü bakımından gerekli olduğu belirtilmiştir. Evlilik ve aile bağlarını yasal ve toplumsal gereklere uygun olarak göstermek için kadının kocasının soyadını taşıması zorunlu olmadığı gibi, neden erkeğin soyadının üstünlük taşıdığı ve kadının ikinci plana itildiği Anayasa Mahkemesi kararında açıklanmamıştır.²⁶ Evli kadınların soyadı konusunda doktrinde tek bir görüş bulunmamaktadır. Bir grup evli kadının yükümlülükleri arasında kocasının soyadını taşıması gerekliliğini kabul ederken, diğer bir grup evlilikte soyadı konusunda kadın ve erkeğe özgür seçim hakkı verilmesinden yanadır. (Usta, 2011: 963)

Boşanmanın kişisel sonuçlar açısından en fazla tartışmalı olan hususlarından birisi yine soyadının ataerkil yapısına ilişkindir. Kural olarak kadınlar boşandıktan sonra evlenmeden önceki soyadlarına yeniden sahip olurlar. Ancak kadının kocasının soyadını kullanmak konusunda menfaati varsa, eski kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, kadının istemi üzerine yargıç kadının eski kocasının soyadını taşımasına izin verir (YTMK madde 173, eski TMK madde 141). Örneğin boşanma durumunda velayetin anneye verilmesi durumunda kadının eski kocasının soyadını taşımakta menfaati doğmaktadır. Zira çocuk babasının soyadını taşımakta ve annesi evlilikten önceki soyadını aldığı anda, çocuk ve annenin soyadının farklı olmasına neden olmaktadır. Bu durum çocuğunun sosyal hayatında “neden annenin ve senin soyadın farklı?” sorusuna sürekli muhatap olmasına neden olmaktadır. Ayrıca çocukla annenin yurt dışı yolculukları, uçak seyahatleri gibi konularda farklı soyadlarından kaynaklanan hukuki problemler yaşanmaktadır. Bu sorunları engellemek amacıyla kadın ve çocuğunun soyadının aynı olması çocuğun menfaatinedir. Bu durumda kocanın soyadında birleşmek konusunda medeni kanun imkân sağlamaktadır. Ancak kadının evlenmeden önceki soyadını çocuğuna vermek konusunda hukuki engeller bulunmaktadır. Medeni Kanun ataerkil yapısı nedeniyle çocuğun annenin soyadını almasına ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Ancak 14.12.2011 tarihinde T.C. Anayasa Mahkemesi evliliğin boşanma veya fesih yoluyla sona ermesi halinde anneye, velayeti kendisine bırakılan çocuğa kendi soyadını verebilmesinin yolu açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun²⁷ 4. maddesinde yer alan “...evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır” hükmünü iptal etmiştir.²⁸

²⁶ Resmi Gazete 21 Ekim 2011, R.G. sayı: 28091, Esas Sayısı: 2009/85, Karar Sayısı: 2011/49, Karar Tarihi: 10.03.2011.

²⁷ http://www.nvi.gov.tr/Files/File/Mevzuat/Nufus_Mevzuati/Kanun/pdf/soyadi_kanunu.pdf (erişim tarihi: 14.12.2011).

²⁸ <http://www.sabah.com.tr/Yasam/2011/12/14/velayeti-alan-anne-cocuguna-soyadini-verecek#> (erişim tarihi: 14.12.2011).

B. Evlilik İçinde Edinilen Mallar

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun gerek taslak komisyonunda gerekse Türkiye Büyük Millet Meclisi aşamasında en çok tartışılan konularından birisi mal rejimi olmuştur. Bu tartışmaların sebebi yasal mal rejiminin ne olması gerektiğinden kaynaklanmaktadır. 1926 tarihli eski Türk Medeni Kanunu kabul edilirken, kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı olarak yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimi kabul edilmiştir (Kılıçoğlu, 2003: 87). Ancak söz konusu rejimin Türkiye'de kadınların aleyhine sonuçlanması kadın hareketinin ve özellikle feminist hukukçuların gündeme getirdikleri bir mesele olmuştur. Kadınların ev-içi emeğinin görünmez kılındığı ve sömürüldüğü bir sistem olduğu gerekçesiyle değiştirilmesi talep edilmiştir.

Mal ayrılığı rejimi evli kadın ve erkeğin kendi malları üzerindeki mülkiyet, yönetim ve yararlanma hakkına tek başına ve bağımsız olarak sahip olmasını gerektirmektedir (eski Türk Medeni Kanunu'nun 186. maddesi, yeni Türk Medeni Kanunu'nun 242. maddesi). Mal ayrılığı rejimi eşlerden her biri kendi malında malik ve yalnızca kendi borçlarından sorumlu olduğu için gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda bu rejimin kadına ekonomik bağımsızlık ve özgürlük sağladığı gerekçesiyle en uygun sistem olduğu, ayrıca diğer sistemlere nazaran daha basit ve açık bulunduğu ifade edilmektedir (Zevkliler, 1992: 734). Ancak yapılan araştırmalarda Türkiye'deki taşınmazların ancak % 8,7'sinin kadınların üzerine kayıtlı olduğu, diğer malvarlıklarında da oranların benzer düzeyde düşük kaldığı görülmüştür (aktaran Kılıçoğlu, 2003: 87). Bu nedenle mal ayrılığı rejiminde boşanma durumunda mallar tasfiye edildiğinde kadınlar evlilik içinde edinilen mallardan pay alamamaktadır. Benzer bir durum evlilik kocanın ölümüyle sonlandığında da söz konusu olmaktadır.

Bu rejim aynı zamanda evlilik içindeki emeği de görünmez kılmaktadır. Kadın hareketini de bu rejim konusunda en fazla eleştirdikleri husus burasıdır. Zira kadınlar toplumsal cinsiyet rolleri gereği ev içi alanda çalışmaya zorlanmaktadır ancak bu alanda emekleri ücretlendirilmemekte ve görünmez kılınmaktadır (Yarar, 2007: 220). Kadın hareketleri bu nedenle sakıncalı gördükleri mal ayrılığı rejimine alternatif yasal mal rejimleri düşünmüşler ve “edinilmiş mallara katılım” rejiminin yasal mal rejimi olmasını önermişlerdir. Ancak bu konuda farklı düşünenler de olmuştur. “Paylaşmalı mal ayrılığı” rejiminin yasal mal rejimi olması gerektiği de düşünülmüştür.²⁹ Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasının

²⁹ Bkz. Moroğlu, 1998 Ayrıca bu konuda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsü öğretim üyelerinin milletvekillerine hitaben yazdıkları çağrı metni için

zor olacağı ifade edilmiştir (Kılıçoğlu, 2003: 88; Yazar, 2007: 221). Meclis komisyonundaki görüşmelerde dönemin muhafazakâr parti temsilcileri Milliyetçi Hareket Partisi ve Refah Partililer ile daha reformist olan Demokratik Sol parti milletvekilleri Medeni Kanun tasarısında yer alan “edinilmiş mallara katılma” yasal mal rejimini değiştirdiler ve 7/9 oyla “paylaşmalı mal ayılığı” rejimini kabul ettiler. Edinilmiş mallara katılma rejimine karşı olan milletvekilleri söz konusu rejimin sakıncalarını şu şekilde dile getirmişlerdir:

Milliyetçi Hareket Partisi Milletvekili Salih Erbeyin: “Mallar, jigolocuya, dosta yedirilir. Tetikçiler çoğalır, zira dostlar ve jigololar evli sevgililerin eşlerini öldürtmek için katil tutmak zorunda kalırlar.”

Milliyetçi Hareket Partisi Milletvekili Müjdat Kayayerli: “Kadınlar zaten uzun zamandır arzuladıkları fırsatı yakalayarak kocalarını boşarlar. Türkiye’de boşanma oranları artar”³⁰

Ancak dönemin Adalet Bakanı ve aynı zamanda Demokratik Sol Parti milletvekili *Hikmet Sami Türk* istifa tehdidi bile yaparak edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olması konusunda ısrar etti. Bu ısrarı kadın hareketi tarafından olumlu karşılanmıştır (Gülbahar, 2001:3).

Tasarıda yer alan “paylaşmalı mal ayrılığı rejimi” Adalet Bakanlığı çalışmaları sırasında değiştirilmiştir. Evlilik süresince edinilen malların sadece bir kısmının tasfiyede paylaşımına tabi tutulması ve özellikle malların aynen paylaşımının önemli başka fiili ve hukuksal sorunlara yol açacağı; ayrıca örnek uygulamasının bulunmadığı gerekçesiyle kaynak kanundaki yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yeni Türk Medeni Kanunu’na yasal mal rejimi olarak alınmıştır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ise seçimlik rejim haline dönüştürülmüştür (Kılıçoğlu, 2003: 89).

Edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olmasıyla birlikte eşler ister bir meslek sahibi olsunlar ister olmasınlar, evlilik süresince ortaya koydukları emekleri değerlendirilmektedir. Kadınlar kamusal alanda ücretli bir işte çalışmıyorlarsa, evdeki bakım hizmetlerini ücretsiz gerçekleştirirler ve evlilik içinde edinilen mallara katkıda bulunmaktadırlar. Dolayısıyla yeni yasal mal rejimi bu görünmez emeği görünür kıldığı için tüm kadın örgütleri tarafından desteklenmiştir. Ancak yeni Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki kanun kadın örgütlerinin bu kazanımdan kaynaklanan mutluluğunu yarıda bırakmıştır. Zira 4722 sayılı “Türk Medeni

bkz. *TÜBAKKOM-Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu 2. Kitabı*, Yayına haz. Şenal Saruhan, Munise Dayı, Tülay Çelikyürek, TBB Yayın No: 11, Ankara, 2001, s. 210-212.

³⁰ <http://www.pazartesidergisi.com/pdf/73.pdf>, erişim tarihi: 2.12.2011.

Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 2002 tarihinden önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejiminin devam edeceği hükmedilmiştir. Kadın örgütleri kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi edinilmiş mallara katılma rejiminin 2002'den önce dahi kurulmuş olan evlilikleri, evliliğin başlangıcından itibaren kapsayacak şekilde değiştirilmesini talep etmişlerdir.³¹ Bu bağlamda söz konusu maddenin anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurular olmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi başvuruları reddetmiştir.³²

C. Boşanan Kadının Bekleme Süresi

Boşanan kadın, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yüz gün geçmeden tekrar evlenemez (TMK madde 132/I, eski TMK madde 95). Taraflardan sadece kadın hakkında söz konusu olan bu süreye iddet süresi veya yasal bekleme süresi denilmektedir. Ancak boşanmış olan kadın bu sürenin sona ermesinden önce doğum yaparsa, artık üç yüz günlük sürenini geçmesini beklemek gerekmektedir (MK 132/II). Eski Medeni Kanun'da boşanan kadın için bir de cezai bekleme süresi öngörülmüştü. Bu süre 3444 sayılı kanunla kaldırılmış, boşanan kadın için cezai bekleme süresi kaldırılmıştır. Söz konusu madde sadece tek bir bekleme süresiyle sınırlandırılmıştır. Bu sürenin öngörülmesinin nedeni soy karışıklığını engellemektir. Ancak soyadı meselesinde olduğu gibi soy bağına korumak amaçlı öngörülen bu düzenleme teknolojik ilerlemeler nedeniyle savunulamaz. Bugün soy bağına tespiti konusunda tıp bilimi oldukça ilerlemiştir. Söz konusu düzenleme kadınlar aleyhine açık bir ayrımcılık olarak Medeni Kanun'da yer almaktadır. Bu nedenle düzenleme Türkiye'de kadın hareketi tarafından eleştirilmektedir.³³

³¹ http://www.kadinininsanhaklari.org/cedaw_sozlesmesi.php, erişim tarihi: 15.11.2011.

³² Esas Sayısı: 2006/6, Karar Sayısı: 2008/142, Karar Tarihi: 18.9.2008, R.G. Tarih-Sayı: 23.12.2008-27089.

³³ Türkiye'nin, Kadına Karşı Ayrımcılığını Önleme Komitesi'ne sunduğu "Altıncı Periyodik Rapor" için bkz. "STK Gölge Raporu-CEDAW Komitesi'nin 46. Oturumu", Temmuz 2010, Hazırlayanlar: CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulu ve TCK Kadın Platformu, Destekleyenler: Anayasa Kadın Platformu, Avrupa Kadın Lobisi-Türkiye Koordinasyonu, CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulu Ön Çalışma Grubu, Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi- KEİG, Kadın Koalisyonu-Türkiye, Kadınların Medya İzleme Grubu-MEDİZ. Bu gölge rapor; CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulu-Türkiye ve Türk Ceza Kanunu Kadın Platformu üye örgütlerinden oluşan ülke çapındaki CEDAWSTK Çalışma Grubu tarafından hazırlanmıştır. Bunlar: AMARGİ, Ankara Kadın Dayanışma Vakfı, Başkent Kadın Platformu, Çanakkale Kadın İstihdamını Destekleme Derneği, Cumhuriyetçi Kadınlar Birliği,

IV- Çekirdek Aile

Türk hukukunda kural olarak kadın, erkek ve onların çocuklarından oluşan çekirdek aile tipi esas alınmaktadır. Çekirdek aile sosyolojik ve antropolojik bir kavram olarak bir evde kendi çocukları ya da evlât edinilmiş çocuklarıyla yaşayan iki yetişkini ifade etmektedir (Giddens, 2000:148). Anne baba ve çocuk ya da çocuklardan oluşan bu küçük topluluğun hukuki olabilmesi için öncelikle pozitif hukuk kurallarına uygun şekillerde kadın ve erkeğin evlenmesi gerekmektedir. Bu evlilik birliği içinde doğan biyolojik çocuklarla doğrudan velayet ilişkisi kurulmaktadır. Velayet kurumu uyarınca anne ve babanın çocuklar karşısında hak ve yükümlülükleri ile çocukların anne ve babalarına karşı olan hak ve ödevleri doğmaktadır(Akıntürk, Karaman, 2011: 6).

A. Evlâtlık ilişkisi

Türk aile hukuku biyolojik olmayıp, hukuken kurulan anne baba ilişkilerini de düzenlemiştir. Medeni Kanunun evlâtlık kurumu bu nedenle aile kitabı içinde düzenlemiştir (Ansay, 1984:24). Evlât edinme yoluyla hukuken bir soy bağı kurulmaktadır. Ancak evlâtlık ilişkisi kan bağına dayalı olarak kurulan soy bağından farklı olarak günümüzde hukuk doktrininde “yapay soybağı” olarak nitelendirilmektedir (Akıntürk, Karaman, 2011: 369).

Evlât edinme kurumu ilk kez 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’yle gelmiştir. *Mecelle*’de evlâtlık kurumu düzenlenmiştir. Yeni Medeni Kanun’da ise evlâtlık kurumu yer almıştır. Ancak gerek esasa ilişkin şartlarda gerekse şekle ilişkin şartlarda geniş ve köklü değişiklikler yapılmıştır. Yeni Medeni Kanun’da getirilen ilk değişiklik küçüklerin evlât edinilmesi ile erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesini farklı biçimde düzenlemek olmuştur. İkinci getirilen değişiklik “birlikte evlât edinme” ve “tek başına evlât edinme” başlığı altında iki türlü edinmeye yer verilmiştir.

Yeni Medeni Kanun’a göre evlât edinmenin hukuken geçerli olabilmesi için bir takım şartlar öngörülmüştür. Evlât edinen açısından öncelikle bir yaş şartı bulunmaktadır. Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 306. maddesine evli çiftler birlikte evlât edineceklerse otuz yaşını doldurmuş olmaları

Diyarbakır Barosu Kadın Komisyonu, Ev Eksenli Çalışan Kadınlar Çalışma Grubu, Filmor Kadın Kooperatifi, İRİS Eşitlik Gözlem Grubu, Kadın Adayları Destekleme ve Eğitim Derneği, Kadınlarla Dayanışma Vakfı, Kadının İnsan Hakları-Yeni Çözümler Derneği, KAHDEM - Kadınlara Hukuki Destek Merkezi, *Kaos GL*, *Kazete*, *Lambda*, Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, Türk Kadınlar Birliği, Uluslararası Af Örgütü-Türkiye, Van Kadın Derneği... Rapor için bkz.<http://www.kadinininsanhaklari.org/files/CedawTR6.pdf>, 30.03.2011; <http://www.kahdem.org.tr/?p=275>, erişim tarihi: 12.12.2011.

gerekmektedir. Tek başına evlât edinmek isteyen kişinin otuz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir (YTMK madde 307). Yaşa ilişkin diğer bir sınırlama evlât edinen ile evlât edinilen arasındaki yaş farkına ilişkindir. YTMK madde 308'a göre yaş farkı en az on sekiz olmalıdır. Bu hükmün amacı taraflar arasındaki evlenme eğilimini azaltmaktır (Gürkan, 1974: 175).

Eski Türk Medeni Kanunu'nda evlât edinmenin gerçekleşebilmesi için evlât edinenin alt soyunun (sahih nesepli fûruunun) bulunmaması şartı aranıyordu (eski TMK madde 253/I). Bu şart yeni Medeni Kanun'da küçüklerin evlât edinilmesinde kaldırılmıştır. Ancak ergin ve kısıtlıların evlât edinilmelerinde aynen muhafaza edilmiştir (YTMK madde 253). Yeni Medeni Kanun'un erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmelerinde aynen muhafaza ettiği “alt soyun bulunmaması şartı”, 3.7.2005 tarihli ve 5399 sayılı tek maddelik bir kanunla Türk Medeni Kanunu'nun 313. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmek suretiyle kaldırıldı. Bu şartın yerine “erginlerin evlât edinebilmesi için evlât edinenin altsoyunun açık muvafakati şartı” getirildi. (Akıntürk, Karaman, 2011: 378)

Evlât edinme konusunda diğer bir asli şart “rıza”dır. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası alınmadıkça evlât edinilemez. Küçüğün anne ve babası varsa, onların rızası alınmadan evlâtlık ilişkisi kurulamaz. Küçük vesayet altındaysa, vesayet makamlarının izni gerekmektedir. Evlâtlık ilişkisini hukuken kurulabilmesi birçok ayrıntılı düzenleme mevcuttur. Yasa koyucu kurumun kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda yargıcın evlâtlık ilişkisinin kurulması için izin vermeden iyi bir araştırma yapması ve tarafları dikkatli dinlemesi gerekmektedir. Yargıçlar araştırmalarını yaparken psikologlardan, pedagoğlardan veya çocuk psikiyatrlarının görüşlerinden yararlanmaları gerekmektedir(Akıntürk, Karaman, 2011: 380-382). Yargıcın evlâtlık ilişkisinin kurulmasına izin vermesi şekli hukuki şartların gerçekleşmesine bağlanamaz. Evlâtlık ilişkisinin çok yönlü olan taraflarının her birinin dinlenmesi ve bu ilişkiye nasıl baktıklarının konunun söz konusu uzmanları tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Evlâtlık kavramı sosyal bilimler literatüründe hukuki anlamında farklı olarak “bir kimsenin küçük yaşta evlât hakkı tanıdığı ya da hukuksal hiçbir hak tanımadan yetiştirmek ve hizmetinden yararlanmak amacıyla evine aldığı kız ya da erkek çocuk anlamında kullanılmaktadır. Hukukta bu tür ilişki evlâtlık ilişkisinden farklı olarak örf ve adet normları gereği “besleme” kavramıyla açıklanmaktadır. “Beslemelik” olgusu Osmanlı İmparatorluğundan günümüze örfi bir hukuk ilişkisi olarak varlığını sürdürmektedir. (Gürkan, 1974: 197-206; Özbay,1999; Toğrul, 2012:183-184) Hukuk normlarından bu olguya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hukuk

normlarında yer almayan bu sosyal ilişki tipi yargı kararlarında tartışılmıştır. 1944 tarihli Yargıtay kararına konu olan olayda bir kimse hiçbir ücret kararlaştırmaksızın, başka birinin 9 yaşındaki kızını yanına almış ve ona 3 yıl 9 ay bakmış, bir süre okutmuş ve şüphesiz bu süre içerisinde onun hizmetinden yararlanılmıştır. Çocuk 13 yaşına gelince, bu evi terk ederek ana ve babasının yanına dönmüştür. Bunun üzerine kişi çocuğun babası aleyhine dava açarak, bu süre içerisinde çocuğa yaptığı masrafları talep etmiştir. Yargıtay “yardımla mükellef bulunmadığı bir çocuğun bakımını üzerine almanın ahlaki bir görevin ifası demek olduğunu, bu nedenle Borçlar Kanunu’nun 62. maddesinin son fıkrası gereğince borç teşkil etmeyeceğini” karara bağlamıştır (aktaran Gürkan, 1974:199-203). Yargıtay sonraki kararlarında beslemelerin ücret talep etme hakları olduğuna hükmetmiştir. Sonuç olarak halk dilinde “besleme”, “ahiretlik”, “yanaşma” ya da “evlâtlık” olarak adlandırılan bu sömürü ilişkisi hukuken aile kurumu içerisinde değerlendirilmemektedir. Yargıtay Türkiye’nin de taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk normlarına aykırı olan bu olgudan doğan zararları gidermeye yönelmiştir. Ancak söz konusu problem Türkiye coğrafyasında devam etmektedir. (Toğrul, 2012:205). Hukuk kural düzeyinde bu konuda sessizliğini sürdürmektedir.

B. Büyük Anne ve Büyük Babalar

Türk Medeni Kanunu’nda kural olarak sadece anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Bunun dışında olağanüstü hal olmadıkça kimse çocukla kişisel ilişki kurma hakkından bahsedemez. Bu konu Türk ve İsviçre yargısında tartışılmıştır. Eski Türk Medeni Kanunu’nun 148. maddesine göre boşanma halinde çocuk kendisine bırakılmamış olan eşin çocukla bundan sonraki ilişkisinin hâkimin takdirine göre şekilleneceğini belirtmekle yetinmiş; buna karşılık büyük ana büyük baba ve diğer hısımların çocukla kişisel ilişki kurmayı isteme hakkına sahip olup olmadıkları konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Bu konuda gerek İsviçre’de, gerekse Türkiye’de Medeni Kanun’da soruna ilişkin genel nitelikli başkaca herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Türk Yargıtay’ı “haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyük anne ve büyük babalarla şahsi münasebetini kesmek velayet salahiyetinin suiistimalini teşkil eder. Bunu kanun himaye edemez. Ancak büyükbaba veya büyük anasının şahsi durumları bakımından torunlarıyla şahsi münasebetin devamı torunları için zararlı olacağı veya onların maddi ve manevi menfaatlerini ihlal edeceği ispat olunursa münasebet tesisi talebi reddedilir” şeklinde karar vermiştir.³⁴ Karşı oy yazısından da anlaşıldığı üzere kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu

³⁴ Esas No: 1959/12, Karar No: 1959/29, Karar Tarihi: 18.11.1959

yapıldığı sırada büyük anne ve büyükbabaların torunlarını görme haklarının tanınmak istenmediği için kanuna bu yolda bir hüküm konulmadığı belirtilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi büyük anne ve babaların torunla kişisel ilişki kurulmasını isteme haklarının olmadığına hükmetmiştir.³⁵ (Oğuzman, Barlas, 2006: 78)

Her iki ülkede de kanun koyucunun yeni düzenlemeleriyle birlikte söz konusu mesele, hukuki bir sorun olmaktan çıkmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda gerek boşanma halinde, gerekse boşanma dışında genel olarak, velayet kendisine bırakılmamış olan eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması düzenlendikten sonra, yine bir genel hüküm olarak Türk Medeni Kanunu'nun 325. maddesinde "...olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlara da tanınabilir" hükmü getirilmiştir (İnan, 2005:43). Bu bağlamda gerek kanun koyucu gerekse hukuk uygulayıcıları çocukla kişisel ilişki kurma hakkını sadece anne ve babaya tanımaktadır. Diğer hısımların bu hakka sahip olmaları sadece olağanüstü durumlarda ve çocuğun menfaatine uygunsa gerçekleşebilecektir. Sonuç olarak Türk hukukunun benimsediği aile kavrayışı kural olarak çekirdek ailedir. Ancak geniş ailelere de kapalı olduğu söylenemez. Koşulları gerçekleştiğinde aynı çatı altında olsun ya da olmasınlar hısımlar aile kavramı içinde değerlendirilebilmektedirler.

C. Sütanneler/Nineler

Hukukun tanıdığı biyolojik anne ve baba ve çocuklardan oluşmuş çekirdek aileye alternatif diğer bir olgusal durum sütannelik ya da nineliktir. Çocuğunu emziremeyen ya da emzirmek istemeyen annelerin başvurduğu bir kurum olan sütannelik birçok toplumda ve tarihte gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk normlarında ve yargı kararların da sütannelikten bahsedilmektedir. Örneğin:

Gelir Vergisi Kanunu-Madde 23: Aşağıda yazılı ücretler Gelir Vergisinden istisna edilmiştir. 6. Hizmetçilerin ücretleri (Hizmetçiler özel fertler tarafından evlerde, bahçelerde, apartmanlarda ve ticaret mahalli olmayan sair yerlerde orta hizmetçiliği, sütannelik, dadılık, bahçıvanlık, kapıcılık gibi özel hizmetlerde çalıştırılanlardır.) (Mürebbiyelere ödenen ücretler istisna kapsamına dâhil değildir).

Bu durum sosyolojik bir olgu olan sütanneliğin hukuktaki yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Sütanne ile çocuk arasında duygusal bir ilişki

³⁵ Bkz. aykırı görüş kısmı için Esas No: 1959/12, Karar No: 1959/29, Karar Tarihi: 18.11.1959

kurulduğunda, sütannenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. Bu mesele Fransa'da 1953 yılında Amiens Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme sütanneye kendisine terkedilen çocukla kişisel ilişki kurma hakkını tanımıştır. Ancak daha sonra Fransız Yargıtay'ı 10 Mart 1958'de ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş sütannenin ziyaret hakkını tanımamıştır (Akyol, 1984:43). Türk yargısının sütannenin çocukla kişisel ilişki kurma talebine ilişkin nasıl bir yaklaşım içinde olduğunu bilinmemektedir. Ancak doktrinde çocuğun menfaati söz konusuysa, sütannenin çocukla kişisel ilişki kurmasına izin verileceği düşünülmektedir (akt. Erlüle, 2010:242). Ancak hukuk normları düzeyinde bir çocuğa süt veren kadınların çocuk üzerindeki hakları düzenlenmemiştir.

Türkiye'de sütannelik olgusu üzerine diğer bir hukuksal tartışma anne sütü bankası bağlamında ortaya çıkmıştır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) raporlarına göre annenin bebeğinin ilk altı ayında sadece anne sütüyle beslemesi öngörülmektedir.³⁶ Ancak biyolojik anne bebeği kendi sütüyle beslemek konusunda sorunlar yaşadığı zaman ne yapılması gerektiği konusunda hukuk sessiz kalmaktadır. Gönüllü sütannelik günümüzde yaygın bir olgu değildir. Bunun yerine alternatif bebek mamaları tercih edilmektedir. Annelerin üzerindeki doğal anne sütü verme konusundaki baskı 2013 yılında anne sütü bankası tartışmalarını Türkiye'de gündeme getirmiştir. Bu düşünceye paralel olarak İzmir'de Dr. Behçet Uz Çocuk Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesi bünyesinde anne sütü bankası kurulması amaçlanmıştır.³⁷ Ancak dönemin sağlık bakanı Mehmet Müezzinoğlu'nun açılışını yapmasının beklendiği merkezin açılışı ertelenmiştir. 2.8.2013 tarihinde T.C. Diyanet İşleri Başkanlığı konuya ilişkin bir açıklamada bulunmuş ve belirli şartlar altında anne sütü bankalarının İslam dini normları açısından caiz olabileceğini belirtmiştir. Söz konusu açıklamaya göre:

- “ 1. Süt verecek kadının kendi çocuğunu süttten mahrum bırakmaması
2. Başka kadının sütünü içen çocuklar arasında oluşacak mahremlik dairesini olabildiğince daraltmak için, pratik bir tedbir olarak bir kadından alınan sütün sadece erkek veya sadece kız çocuklarına verilmesi,
3. Süt veren kadın ile süt verilen çocuğun kimliklerinin, kayıt altına alınması ve bu bilginin her iki tarafa da verilmesi,
4. Bu hususun yasal düzenleme ile güvence altına alınması,

³⁶ http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2011/breastfeeding_20110115/en/, erişim tarihi: 30.03.2011.

³⁷ <http://www.europeanmilkbanking.com/turkey.html>, erişim tarihi: 7.1.2015

5. Evliliğe engel teşkil eden süt akrabalığı dairesinin daha da genişletilmesi için birden fazla anneye ait sütlerin karıştırılmaması,
6. Süt veren anneye, masrafları dışında bir ücret verilmemesi, alınan sütlerin para karşılığı satılmaması,
7. Kendi annesinin sütü ile beslenme imkânı bulunan çocukların, bu sistemden yararlandırılmaması³⁸

Yukarıdaki görüş doğrultusunda tartışmalar sonlanmış ve Avrupa Süt Bankası Birliği (EMBA)'nden izin almış iki merkez açılmamıştır. Anne sütü bankasına ilişkin hukuksal düzenleme de yapılmamıştır. Söz konusu alanda yasal bir boşluk bulunmaktadır.³⁹

Sütannelik konusunda hukukta çok fazla bir tartışma yapılmamıştır. Sosyolojik olarak da bu olgunun Türkiye coğrafyasında ne kadar yaygın olduğu belirsizdir. Ancak yukarıdaki sınırlı örnekler bağlamında ele alındığında Türk hukuk sisteminin çocuğun yetişmesi üzerinde emeği olan anne baba dışındaki üçüncü kişileri olağan durumlarda aile kavrayışı içerisine dâhil etmediği belirlenebilir.

V- Heteroseksüel Aile

Türk aile hukukunun benimsediği aile kavrayışı evlilik birliğiyle doğrudan ilişkilidir. Bu evlilik birliğinin aynı cinsiyetten değil, ayrı cinsiyetten insanların evlenmesini esas almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda aynı cinsiyetten insanların evlenmesini açıkça yasaklayan bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak dolaylı olarak aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin aynı cinsiyetten insanların evlenmesini ve hukuken aile kurmalarını engellendiği düşünülebilir. Örneğin eski Türk Medeni Kanunu'nun 97. maddesi ve yeni Türk Medeni Kanunu'nun 134. maddesine göre evlenme başvurusunun kadın ve erkek tarafından yapılması gerektiği belirtilmektedir. Yine aynı kanunun 136. maddesi evlenme başvurusu sırasında hazırlanması gereken belgelerin erkek ve kadın tarafından getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin yeni Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliği için aranan koşullar arasında kişinin evli olmaması belirlenmiştir. Maddenin gerekçesinde cinsiyet değişikliği talep eden

³⁸ <http://www.diyabet.gov.tr/tr/icerik/anne-sutu-bankasi-konusunda-diyabet%E2%80%99ten-aciklama/8019>, erişim tarihi: 7.1.2015.

³⁹ Bu konudaki bir eleştiri için bkz. Baskın Oran, "İlk Şeriat Yasamız Çıkıyor", *Radikal* 2, 10.3.2013, http://www.radikal.com.tr/radikal2/ilk_seriat_yasamiz_cikiyor-1124644, erişim tarihi: 7.01.2015.

kişinin evli olması halinde toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda kişinin bir yandan evliliğini sürdürürken, öte yandan cinsiyet değişikliğine gitmesinin eşi ve çocukları üzerinde psikolojik ve ahlâki açıdan olumsuz etkileri olabileceği belirtilmektedir.

VI- Aile İçi Evliliği Dışlayan Aile Anlayışı

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesi hangi hısımlar arasında evlenmenin yasak olduğu belirtilmiştir. Eski Medeni Kanun'un 92. maddesini karşılayan söz konusu yeni düzenlemeye göre üstsoy ve alt soy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasında evlenme yasaklanmıştır. Ayrıca 129. maddenin gerekçesinde kardeşlerin ana ve baba bir ya da ana bir baba ayrı, baba bir ana ayrı ayrımı yapılmaksızın bütün bunları kapsayan bir ifade olarak "kardeşler arasında" demek suretiyle evlenme yasağı ortaya konulmuştur. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında da evlenme engeli kanunda öngörülmektedir (TMK madde 129, eski TMK madde 92). Söz konusu evlenme engeli Türkiye'de fiili olarak yaygın olan akraba evliliğini engellemek içindir.⁴⁰ Ancak kardeş çocuklarının, yani bir kimsenin amca, hala, teyze veya dayısının çocuğuyla evlenmesi mümkündür (Fişek, 1984: 267).

SONUÇ

Hukuk toplumsal olgu boyutuyla ele alındığında, toplumsal aile kavrayışının hukuk içindeki aile kavrayışının tartışılmasına ve değiştirilmesine yol açabildiği görülmektedir. Aileye ilişkili hukuksal normların türetilmesinde ve aileye ilişkin hukuki problemlerin çözümünde hukukun ilişkili olduğu değer ve insan hakları bilgisi esas alındığında adalete uygun bir şekilde normların ve kararların ortaya çıkabilmesini sağlayacaktır (Uygur vd., 2011:156). İnsan değeri bilgisinden türetilen normlar, insan türüne ait her kişinin ve bütün kişilerin genel olarak nasıl muamele görmesi gerektiğini ve her insanın başka insanlara nasıl muamele etmesi gerekliliğini dile getiren normlardır (Kuçuradi, 2007:65-66). İnsan değeri bilgisinden türetilen bir Medeni Kanun'un ve aile hukukunun hayatımıza son derece olumlu ve doğrudan etkileri olacaktır. Bunun için insan değeri bilgisine sahip yasa koyucu ve hukuk uygulayıcılarının bulunması önemli bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin gerçekleşmesinde hukuk eğitiminin niteliği büyük önem arz etmektedir.

⁴⁰ 2006 istatistiklerine göre Türkiye'de akraba evlilikleri, toplam evliliklerinin %20'sini oluşturmaktadır. http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=41&ust_id=11 (erişim tarihi: 12.12.2011).

Değerli hocam *Prof. Dr. Adnan Güriz* söz konusu gerekliliğin yerine getirilmesinde önemli katkılarda bulunmuştur. Bu katkı elbette hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanlarında yaptığı çalışmalarla açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak kendisinin hukuk eğitime en büyük katkısı kanımca yaptığı akademik çalışmaların ötesinde pratik hayatında insana verdiği değerdir. Söyledikleri ve yazdıklarının yanı sıra davranışlarıyla da hukuk eğitime katkısı ölçülemez büyüklüktedir. Bilgisiyle hiyerarşi kurmak yerine bildiklerini paylaşmayı ve tartışmayı tercih etmiştir. Hukuk disiplini içerisindeki temel kavramların felsefi analizini yapabilmenin, eleştirel bakış açısı geliştirebilmenin kibirden uzaklaşmakla mümkün olacağını bizlere öğretmiş ve göstermiştir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, T., KARAMAN, D. A. (2011): *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- AKYOL, Ş. (1984): *Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri*, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- ALTIPARMAK, K. (2015): “İmam Nikâhı İn, Ama Neler Out?”, *Bianet*, <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/164954-imam-nikahi-in-ama-neler-out>, erişim tarihi: 13.6.2014.
- ANSAY, T. (1984): “Anayasalarda Aile Kavramı”, *Türkiye’de Ailenin Değişimi-Yasal Açıdan İncelemeler*, Ankara: Maya Matbaası Yayıncılık, s. 17-25.
- ARIN, C. (1999): “Bize, Eşitlik Mi İstiyorsunuz, Alın Eşitlik, Bu da Bedeli Deniyor”, *Pazartesi*, Sayı 56: 4.
- BEECHY, V. (1979): “On Patriarchy”, *Feminist Review*, sayı 3, s. 66-82.
- BIX, B. (2013): *Family Law Amerika Birleşik Devletleri*: Oxford University Press, 2013.
- EİSENSTEIN, Z. R. (1986): *The Radical Future of Liberal Feminism*, Boston: Northeastern University Press.
- FİŞEK, H. (1984): “Türkiye’de Ailenin Değişimi-Yasal Açıdan İncelemeler” Kitabı Sunuş Kısmı, *Türkiye’de Ailenin Değişimi* içinde, Ankara: Maya Matbaacılık Yayıncılık, s. 261-272.
- GİDDENS, A. (2000): *Sosyoloji*, Yay. Haz.: Hüseyin Özel, Cemal Güzel, Ankara: Ayraç Yayınevi
- GÖZTEPE, E. (1999): “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54/2, s. 101-131.

- GÜLBAHAR, H. (2001): “Herkesin Safi Belli Oldu”, *Pazartesi*, sayı 73, s.2-3.
- GÜRİZ, A. (1974): “Evlilik Dışı Birleşmeler ve Bu Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, *Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler* içinde, der: Adnan Güriz, Peter Benedict, Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını, s. 93-162.
- GÜRKAN, Ü. (1974): “Evlâd Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu”, *Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler* içinde, der: Adnan Güriz, Peter Benedict, Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını, s.163-226.
- GÜRKAN, Ü. (1976): “Kadın Emeğinin Değeri ve Evli Kadının Çalışmasının Kocasının İznine Bağlı Olmasının Yarattığı Sosyal ve Hukuki Sorunlar”, *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, cilt 8, Sayı 1-2, s.116- 132.
- İNAN, A. N. (2005): *Medeni Hukuk*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.
- KARINCA, E. (2008): *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri*, Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayını.
- KARINCA, E. (2010): *Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- KERESTECİOĞLU, F. (1999): “Artık Yeter-Tasarılar Değil, Gerçek Dönüşümler İstiyoruz”, *Pazartesi*, sayı 56, s. 2-3.
- KILIÇOĞLU, A. (1981): “2526 Sayılı Kanuna Göre Fiili Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 38, sayı 1, s.165-207.
- KILIÇOĞLU, A. (2003): *Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu*, Ankara: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını.
- KUÇURADİ, I. (2007): *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını.
- NUSSBAUM, M. (2003): “Rawls and Feminism”, *The Cambridge Companion to Rawls* içinde, der: Samuel Freeman, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 488- 520.
- ODER, E. B. (2010): “Anayasada Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları-Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar* içinde, der: H. Durudoğan, F. Gökşen, B.E. Oder, D.Yükseker, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları: 207-238.
- OĞUZMAN, K., BARLAS, N. (2006): *Medeni Hukuk*, İstanbul: Arıkan Yayınevi.

- ÖZBAY, F.,(1999): “Türkiye’de Evlâtlık Kurumu: Köle mi? Evlât mı?”, file:///C:/Users/iremc/Downloads/K%C3%96LE%20M,%20EVLÂT%20MI.pdf, erişim tarihi: 4.12.2014.
- ŞENER, E. (1984): “Cumhuriyet Türkiye’sinde İçtihatların Işığında Aile yapısının Değişimi”, *Türkiye’de Ailenin Değişimi-Yasal Açından İncelemeler*, Ankara: Maya Matbaası Yayıncılık, s. 119-138.
- TOĞRUL, H.(2012): “Ev İçi Emek ve Refah: Türkiye’de Evlâtlık Kurumu ile İlgili Bir Durum Çalışması”, *Türkiye’de Refah Devleti ve Kadın*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 183-208.
- UYGUR, G. - ÇAĞLAR, İ. (2011): *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, Bölüm 7, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, s. 154-177.
- WEITZMAN, L. J. (1981): *The Marriage Contract*, New York: The Freepress.
- YARAR, B. (2007): “Bir Moral Düzenleme Biçimi Olarak Medeni Kanununun Aile Hukukunun Arkeolojisi”, *Öneri Dergisi*, cilt 7, sayı 28, s. 209- 224.
- <http://www.pazartesisidergisi.com/index.html>
- <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?id=1&c=1>
- http://www.kadinininsanhaklari.org/cedaw_sozlesmesi.php
- <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>
- <http://hudoc.echr.coe.int>

TALAT PAŞA DÖNEMİNİN DEVLET AKLI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Serdar Hoş**

I. GİRİŞ

Modern devlet kavramının ortaya çıktığı tarihsel döneme bakacak olursak hukuk devletinden uzak bir yapı olduğu daha çok devlet akli düşüncesinin temellerine dayalı bir yapı olarak teşekkül ettiği belirtilmekte ve bu tezahürün sonucu olarak da devlet aklının modern devletin nüvesinde olduğu ileri sürülmektedir. Günümüzde devlet akli kavramıyla ilintili olarak yapılan tartışmalar “güce dayalı devlet” ve “iktidar problemi” üzerine odaklanmaktadır¹. Devlet akli düşüncesine göre iktidar; ahlâkla, adaletle, etik değerlerle, adaletle ve hukukla bağlı olmamakla birlikte onlardan da önce gelir. Bu kavramlar ile iktidar kavramı çatışırsa her zaman son belirleyici unsurun politika olması fikri üzerine inşa edilen bir görüştür. Devlet akli iktidar ve devleti öncelediğinden devletin yararına olan bazı zorunlu durumlarda sonuç almak için uygunsuz olan araç ve yollara başvurulmasını haklı kılar².

Makalede öncelikli olarak devlet akli düşüncesinin neliği üzerinde durmaya çalışılacaktır. Daha sonra konu çerçevesinde Talat Bey’in devlet içindeki yükselişine ve karar alma mekanizmasında nasıl rol oynadığına değinilecektir. Bir sonraki adımda Talat Bey ile devlet akli kavramının bağlantısı kurulmaya çalışılacak ve son olarak da devlet akli kavramının Talat Paşa ve çevresinde gelişen olaylarda ne kadar etkili olup olmadığına değinerek makale sonlandırılacaktır.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

¹ Mustafa Erdoğan, “Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı*, 13. Sayı, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.47.

² Erdoğan, a.g.e., s. 48-49.

II. DEVLET AKLI

Devlet akli, yönetimin ve yönetmenin kendine özgü bir akli temsil ettiğine ve bu temsiline de bir rasyonelitesi olduğuna işaret etmektedir³. Devlet akli, çoğunlukla “devletin ve/veya ulusun güvenliğini sağlamak, varlığını korumak amacıyla, olağan koşullar altında geçerli olan hukuk ve ahlâk ilkelerini çiğnemenin haklı görülmesi/gösterilmesi” anlamında kullanılmaktadır⁴.

Devlet akli kavramı incelendiğinde özellikle Batılı kaynaklar ele alındığında kavrama iki farklı açıdan yaklaşıldığı görülmektedir. İlki devlet aklinin genel geçerliliğe dayandığını ve evrensel bir doktrin olduğunu ileri sürer ve siyasal yaşamın sürekli ve asli unsurlarından biri olduğu sonucuna varır. İkinci yaklaşımdaysa kavram ancak belli bir tarihsel bağlamda değerlendirilir ve ancak bu bağlamda anlaşılıp anlamlandırılır. İkinci yaklaşımda devlet akli genellikle tarihsel rolünü oynadıktan sonra tarih sahnedeki çekilir⁵.

Devlet akli terimi Almanca’da ilk kez 16. yy’da Giovanni Botero’nun devlet erkinin doğası-polis üzerine yazdığı eserinde geçmektedir⁶. Devlet akli kavramı modern devletin oluşum süreciyle temelden bağlantılı bir zihniyetin ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern devlet, toplumların birden çok güç odağı ve kaynağın yer aldığı bir yapıdan tek bir hükümların kontrolündeki bir yapıya geçişi temsil etmektedir⁷. Modern devletin, parçalanmış feodal yapıların coğrafi ve siyasi merkezleşmeye evrilmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıktığı genel kabul gören bir anlayıştır. Devlet aklinin ortaya çıkışını 15. yy’a kadar geri götürmek mümkün olduğu gibi olgunlaşma evresine de 17. yy’da ulaştığı söylenebilir⁸.

Devlet akli düşüncesi modern devletin temel unsurlarından biri olan saf egemenlik teorisiyle yakın ilişki içindedir, hatta çoğu zaman iki düşünce

³ Mithat Sancar, *Devlet Akli Kısacasında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 5. Baskı, 2010, s. 14.

⁴ David Robertson, *The Penguin Dictionary of Politics*, 2nd ed., London, 1993’den aktaran; Ozan Erözden, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, Haz. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 63.

⁵ Sancar, a.g.e., s. 15.

⁶ Çiğdem Sever, “Devleti ve Hukuksal Kurumları Anlayabilmek İçin “Polis” Kavramını Yeniden düşünmek: Neocleous’un “Polis Erkininin Eleştirisi”, *Çağımızda Toplum ve Hukuk Dergisi*, 2009, law.atilim.edu.tr/documents/2011-06-29-17-00-48.doc (E.T. 24.12.2012)

⁷ Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Chiviyazıları Yayınevi-Nemesis Kitaplığı, İstanbul, 2011, s. 26.

⁸ Sancar, a.g.e., s. 16.

örtüşür. Bu bağlamda değerlendirildiğinde devlet, güç arzusu ile düzen ve güvenliği tek potada eriten bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yapı çelişkileri içinde barındırır gibi görünse de; kendini devam ettirebilmek için diğer insan birlikliklerinde olduğu gibi üstün ilkelerin varlığına ihtiyaç duyar fakat dayandığı bu üstün ilkeleri zaman zaman çığnemenen de varlığını sürdüremez. Devlet akılı da bu yapının özünü oluşturmaktadır⁹.

Orta Çağ Avrupası'nın siyasi ortamında kutsal düzeni tanımlamak Tanrı'nın elinde olan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kutsal düzen üzerinde insanların tasarruf etmesi mümkün değildir. Yeryüzü imparatorluğu Tanrı'nın kurduğu düzene göre şekillenmiştir ve rahip-soylu-serf sınıfları bu düzenin bir parçasıdır. Söz konusu düzende yasa (auctoritas) Kilise'nin elindeyken, kılıç (potestas) soyluların eline verilmiştir. Kılıç, Tanrı'nın düzenini sağlamak için kullanılmaktadır. Bu bağlamda kılıç sahipleri Tanrı'nın kurduğu düzenin yeryüzündeki basit uygulayıcılarıdır. Söz konusu dinsel meşruiyetin çözülmesiyle birlikte modern devlet açısından saf egemenlik kuramının benimsenmesi mevcut düzenin temellerini ve buna bağlı düşünceleri büyük ölçüde sarsmıştır¹⁰. Modern devlet ile birlikte egemenler sınırsız bir kural koyma, dolayısıyla düzeni kendi istediği gibi tanımlama ve tanımladığı bu düzeni uygulama yetkisiyle donanmıştır. Modern devlet ile birlikte tarihte ilk defa kılıç ile yasa aynı elde tutulmuştur. Söz konusu yapılanma saf egemenlik düşüncesi açısından olması gereken iktidarı var eden meşru ve haklı bir yapılanmadır¹¹. Modern devletin güçlenmesiyle birlikte onun değişmeyeceği ve yanılmayacağı düşüncesi paralel olarak gelişmiştir¹².

Devlet akılı düşüncesinde araçların amaca uygun olması ve araçların da başarıya en uygun olanlardan seçilmesi gerektiği yönünde bir inanış vardır. Bu amacın meşruluğu ya da herhangi bir etik değere gönderme yapıp yapmaması önemli değildir. Devletin bekası gereği egemene manevra alanı yaratması ya da bir yarar sunması yeterli olarak görülür. Çünkü devlet var olmasıyla birlikte zaten meşruiyet kazanmıştır ve onun varlığının ve etkililiğinin sorgulanması mümkün değildir. Hatta Machiavelli bunu bir adım daha ileri götürerek devletin bekasını, tüm ahlâki davranışların ön şartı olarak niteler. Machiavelli'ye göre tam da bu nedenle devlet ahlâki davranışları anlamlı hale getiren ilkelere tabi değildir. Hegel de

⁹ Friedrich Minecke, *Machiavellism: The Doctrine of Raison d'Etat and Its Place in Modern History*, Friedrich A. Praeger Publishers: New York, 1965, s. 12-13'ten aktaran, Erözden, a.g.e., s. 66.

¹⁰ Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s. 39-41.

¹¹ Erözden, a.g.e., s. 69-70.

¹² Erdoğan, a.g.e., s. 53.

tanırsallaştırıp kutsadığı devletin kendisini korumak için yaptığı eylemlerin ayrıca meşruluk zemininde yer almasına ihtiyaç duyulmayacağını belirtmektedir. Çünkü Hegel'e göre de nihai amaç devletin kendisidir¹³. Fukuyama'ya göre de devlet olmaktan söz edilecekse devlet olmanın önemli bir boyutunu meşruluğun temeli oluşturmaktadır ve Fukuyama'ya göre bu temel ancak devletin idaresini toplumun meşru olarak değerlendirmesiyle olur¹⁴. Devlet akli düşüncesinde ise toplumun devletin idaresi hakkındaki düşüncesine önem vermeksizin, devletin var olmasıyla birlikte meşruluğunun da kendiliğinden ihdas olmuş sayılması söz konusudur.

Burjuva hukuk devletlerinde muhalefetin görece güçsüz olduğu dönemlerde “hukuk devleti” söylemi ön plana çıkarken, sistemin kriz olarak algıladığı kimi olaylarda “devlet akli” değişik yöntemler kullanarak ön plana çıkmaktadır ve bu yöntemler o dönemde etkili olmaktadır. Söz konusu yöntemleri üç grupta toplamak mümkün görünmektedir. İlk grupta yasal sınırları ihlal etmemeye özen gösteren fakat krizin yoğunluğuna göre çıkarılan bazı yasalarla hukuk devletinin maddi içeriğini oluşturan insan haklarının gereklerini geçersiz veya etkisiz hale getirme söz konusudur. Söz konusu duruma örnek olarak anti-terör yasaları, Devlet Güvenlik Mahkemeleri vb. gösterilebilir. İkinci grupta yasallığın, muğlaklaştırma çabalarıyla birlikte bazı durumlarda aşıldığı gözlenmektedir. Söz konusu durumun örneklerini de olağanüstü hal, sıkıyönetim vb. oluşturmaktadır. Üçüncü grup yöntemde ise ne insan hakları ne de yasallık söz konusudur, sadece devlet akli ön plandadır. Devletin yasal organları ve resmi görevlileri eliyle kriz aşılıma çalışılmaktadır. Bu bağlamda işkenceler, yargısız infazlar vb. yasadışı uygulamalar söz konusudur. Bunların yanında devlete bağlı fakat yasal statüsü olmayan, silahlandırılmış teşkilatların varlığı ve eylemleri de söz konusudur¹⁵. Modern devletin ortaya çıkış sürecinin en temel niteliklerinden biri devlet gücünün merkezileşmesine paralel olarak toplumun edilgen bir yapıya bürünmesidir¹⁶. Söz konusu durumlarda görülmektedir ki devlet egemenlik yetkilerini hukukun dışına çıkararak kendi halkına karşı da kullanabilmekte ve bu bağlamda kendine ayrı bir özerklik tanımlamaktadır. Böyle bir bakış açısını tasvip etmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle de Rawls isabetli olarak devlet akli kavramını eleştirir ve devletler terminolojisini değil halklar terminolojisini kullanmayı tercih eder¹⁷.

¹³ Hegel, *Auswahl und Einleitung von Friedrich Heer*, Fischer Bücherei, Frankfurt-Hamburg, 1955'den aktaran; Sancar, a.g.e., s. 48-50.

¹⁴ Francis Fukuyama, *Ulus İnşası*, Remzi Kitabevi, 2. Basım, İstanbul, 2005, s. 37-41.

¹⁵ Sancar, a.g.e., s. 57-60.

¹⁶ Pierson, a.g.e., s. 26.

¹⁷ John Rawls, *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2006, s. 26-27.

Sonuç olarak devlet akılı düşüncesine göre devlet toplumun bir aygıtı değil, aksine millet devletin bir uzvudur. Daha ileri götürecek olursak toplum devletin bir malıdır ve devlet toplum üzerinde istediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir. Çünkü devlet kutsanmış, yanılmaz ve değişmez bir olgudur. Devlet akılı düşüncesine göre devlet saf egemenliğin sahibidir ve saf egemenliğe sahip olması dolayısıyla sınırlandırılmaz¹⁸. Hukuk, devleti sınırlandıramaz, hatta devlet zorunlu durumlarda kendi egemenlik yetkisiyle koyduğu yasaları çiğneyebilir. Günümüz açısından böyle bir düşünce ancak hukuk devleti ile aşılabilir ve hukuk devletinin ön şartlarının yerine getirilmesiyle devlet akılı düşüncesinin ortaya çıkardığı olumsuzluklar engellenebilir.

III. TALAT'IN YÜKSELİŞİ VE DEVLET AKLIYLA İLİŞKİLENDİRİLEBİLECEK OLAYLAR

Talat, genelde çoğu kaynakta belirtilenin aksine Edirne'de değil 1874 yılında Bulgaristan'da bulunan Kırcaali-Hasköy kazasında doğmuş¹⁹. Bulgar Prensiği'nin o dönemdeki saldırıları sonucu ailesiyle birlikte İstanbul'a göç etmek zorunda kalmış ve sonraki süreçte de ailesiyle İstanbul'dan da Edirne'ye göç etmiştir. Eğitimine Edirne'de başlamış ve gençlik dönemini de bu şehirde geçirmiştir. Edirne şehri Talat açısından çok önemlidir ve ilerleyen yıllarda ata topraklarının yabancı bir ülke tarafından işgal edilmesi hadisesinin hayati boyunca kendisini etkilediği söylenmiştir²⁰.

Talat, Askeri Rüştiye'den mezun olmuş fakat İdadi'ye de giremeyince Edirne'de posta katibi olarak işe girmiştir. Mesleğinin bazı olumlu imkanları olmuş ve Talat da bunları kendisi açısından olumlu kullanmıştır. Bir taraftan mesleğinin avantajıyla çevresini genişletmiştir. Mesleği sayesinde yeni ilişkiler kurmaya başlamış ve tanıdığı kişi sayısı gittikçe artmıştır. O dönemde Posta-Telgraf İdaresi önemli bir kurumdur. Çünkü o dönemin en büyük yığınsal iletişim aracıdır. Talat işi dolayısıyla dış ülkelerdeki gelişmeleri de takip edebilmiştir. Bu dönemde Siyonizm'in yayılması için açılan Alyans İsrailite okulunda yasal zorunluluğun yerine getirilmesi için Türkçe dersi açılmış ve Talat da burada Türkçe öğretmenliği yapmaya başlamıştır. Bu dönemde Fransızca dersleri de almaya başlamış ve böylelikle Fransız İhtilaliyle ve fikirleriyle tanışmıştır²¹.

¹⁸ Erdoğan, a.g.e., s. 56-58.

¹⁹ Murat Bardakçı, *Talat Paşa'nın Evrak-ı Metrükese*, Everest Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, Şubat 2009, s. 235.

²⁰ Tefik Çavdar, *Talat Paşa-Bir Örgüt Ustasının Yaşamöyküsü*, İmge Kitabevi, Ankara, 4. Baskı, Temmuz 2001, s. 26-28.

²¹ Çavdar, a.g.e., s. 32-34.

II. Abdülhamit'in istibdatı giderek koyulaşmakta ve bazı sakıncalı bulunan mecmualar gizlice ülkeye sokulabilmekteydi. Talat yurt dışında yayınlanan yazıları da takip etmiş ve eylem kanadı pek olmayan Genç Türk hareketi düşüncesiyle tanışma fırsatı bulmuştur²². Bir süre sonra Talat eylemci kanat ile tanışmak ve artık kafasında şekillendirdiği şeyleri hayata geçirmek istemiş ve Hafız İbrahim ile iletişime geçmiştir. Hafız İbrahim, Talat'ın askeri kanat ile iletişimini kurmuştur. Hafız İbrahim İstanbul'da Abdülhamit'in istibdatından kaçarak Edirne'ye gelmiş ve Edirne'yi hareket alanı olarak seçmiştir. Çünkü o dönem devrimci fikirlerin filizlendiği 2. Ordu, Edirne'de bulunmaktadır. Hafız İbrahim'e göre ordunun bir kesimini yanına almayan bir hareketin başarıya ulaşması mümkün değildir. Hafız İbrahim ve etrafında toplanan sivil ve askeri kanattan insanlar gizli toplantılar düzenlemeye başlamışlar. Bu toplantılar sonunda çoğunluğun görüşü olarak II. Meşrutiyet'in ilanının tek çözüm olduğu fikrinde birleşmiştir²³. Toplantılarda ortaya atılan fikirler açısından topluma uyanması için bir depremin gerekliliği üzerinde durulmuş ve bu uyanış için Rumeli en uygun yer olarak belirlenmiştir. Çünkü Rumeli ülkenin hem askeri hem de entellektüel ağırlık merkezini oluşturuyordu ve devamlı bir acı çekme hali, sistemden memnun olmama durumu söz konusuydu. Bu uyanış Talat Bey'e göre ancak örgütlü bir yapıyla olabilirdi ve bu örgütlenme istibdat nedeniyle açıkça yapılamayacağı için gizlice yapılmalıydı. Aynı zamanda bu örgütlenme sadece Rumeli ile sınırlı kalmamalı; yurt çapında bir örgütlenme meydana getirilmeliydi²⁴. Örgütün gizli olmasının yanında bir de "fedai" hücreleri bulunmaktaydı. Bu hücreler örgütün silahlı kanadını oluşturmaktaydı. Bu hücreler en güvenilir ve örgüte inanmış kişiler arasından seçilmişti²⁵. Fedailerin büyük bölümü Müslüman Arnavutlar'dan oluşmaktaydı ve bunların büyük bölümü Bektaşiydi. İttihat ve Terakki'nin önde gelen ismi Talat'ın da Bektaşî olması ona avantaj sağlıyordu. Fedai hücreleriyle iyi ilişkiler kurması ve onları desteklemesi Talat'ın bu hücreler tarafından sevilmesini de sağlıyordu²⁶. Bu fedai hücreleri silahlı şiddet dahil olmak üzere her türlü yöntemi içeren eylemleri gerçekleştirmişlerdir. Eylem sırasında ölen fedainin ailesinin bakımı da üstlenilirdi. Örgütü istibdat döneminde ayakta tutan unsurlardan biri de fedai hücreleriydi. Örgütün gizliliğine ve sıkı düzene uymayanlara merkezi kurulun verdiği cezayı uygulamak bu hücrelere düşmekteydi. Örgüt Abdülhamit'in hafife teşkilatıyla

²² Çavdar, a.g.e., s. 37.

²³ Çavdar, a.g.e., s. 39-41.

²⁴ Erik Jan Zürcher, *Milli Mücadelede İttihatçılık*, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1987, s. 77-78.

²⁵ Metin Aydoğan, *Yönetim Gelenekleri ve Türkler*, II. Cilt, Umay Yayınları, İzmir, Haziran 2004, s. 894.

²⁶ Soner Yalçın, *Teşkilat'ın İki Silahşörü*, Doğan Kitap, İstanbul, 27. Baskı, Nisan 2008, s. 31.

ancak bu şekilde başa çıkabiliyordu²⁷. Söz konusu fedai hücreleri 1918'e kadar özellikle kriz anlarında devreye girmiş, sonra tekrar yer altına inmiştir. Söz konusu kriz anlarında devlet aklının emareleri bu fedai hücrelerinin eylemleriyle birlikte gün yüzüne çıkacaktır.

1895 yılında Ermeni olaylarının çıkmasıyla güçlenen milliyetçilik akımı İttihat ve Terakki'nin üye sayısını yükseltmiştir. Abdülhamit'in İttihat ve Terakki'den 1892 yılında haberdar olduğu ileri sürülmektedir ve bu tarihten sonra örgütü takip ettirdiği bilinmektedir. İttihat ve Terakki istibdat döneminde örgütlenmeye çalıştığı için gizli bir yapılanmaya gitmek zorunda kalmıştır²⁸. Bu gizli örgütlenme iktidara gelene kadar gizemini az çok korumuş ve bu gizemli yapısı da güçsüz olduğu dönemlerde bu güçsüzlüğün ortaya çıkmasını engellemiştir. Cemiyetin İtalyan Karbonari Mason Teşkilatını örnek aldığı söylenebilir. Teşkilat bu bağlamda hücreler halinde yapılanmış ve her üyeye bir sıra numarası verilmiştir. Söz konusu dönemde Abdülhamit'in istibdatının giremediği yerler olarak bilinen Mason örgütlenmeleri İttihat ve Terakki mensupları için korunaklı bir alan sağlamıştır²⁹. II. Meşrutiyet'in ilanı ile İttihat ve Terakki'nin mensupları önemli kademelere gelmiş ve geçmiş yıllardaki minnet borçlarını Masonluğun Türkiye'de örgütlenmesinde yardımcı olarak ödemişlerdir³⁰.

Talat, II. Meşrutiyet'in ilanı ile sonuçlanan süreçte de İttihat ve Terakki'nin teşkilatlanmasında önemli çalışmalar yapmıştır. Talat fedailerle ilişkiler, sivil bürokrasinin de harekete katılması ve askeri kanat ile ilişkilerin yoğunlaştırılmasında etkin rol üstlenmişti. Rumeli'nin elden çıkmasını önlemek ve Meşrutiyet'in ilanını sağlamak için, 1906 yılının Ağustos ayında Osmanlı Hürriyet Komitesi'ni kurmuştur. Talat Bey, Rahmi Bey, Mithat Şükrü (Bleda), Cemal Bey, Fethi Bey ile birlikte kurulan yeni cemiyette Türk unsuru egemen konumdaydı. Kısa bir süre sonra faaliyetlerini yurtdışında sürdüren Ahmet Rıza Bey liderliğindeki İttihat ve Terakki Cemiyeti ile Osmanlı Hürriyet Cemiyeti arasında başlayan görüşmeler sonunda iki cemiyet 27 Eylül 1907 tarihinde İttihat ve Terakki Cemiyeti adı altında birleşmişlerdi. Bu yapılanmada Ahmet Rıza Bey Paris kanadını, Talat, Rahmi, Mithat Şükrü, Cemal ve Fethi Beyler de Selanik kanadını oluşturmaktaydı. Paris kanadı daha çok yayın üzerinden muhalefet yaparken Selanik kanadı eylem ağırlıklı bir hareket planı izlemekteydi. Bir süre sonra Selanik kanadı harekete egemen oldu ve teşkilatın merkezi Avrupa'dan

²⁷ Aydoğan, a.g.e., s. 894.

²⁸ Cemal Kutay, *Talat Paşa'nın Gurbet Hatıraları*, Kültür Matbaası, I. Cilt, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 153.

²⁹ Aydoğan, a.g.e., s. 895-897.

³⁰ İlhami Soysal, *Türkiye ve Dünyada Masonluk*, Der Yayınları, İstanbul, 1978, s. 185.

Selanik'e taşındı. 1908'de İttihat ve Terakki öncülüğündeki gruplar gerçekleşen Reval görüşmeleri sırasında harekete geçtiler ve Reval görüşmelerini Osmanlı devletinin geleceği açısından tehlike olarak algıladılar. Kafalarındaki temel soru: "Devlet, nasıl kurtarılabilirdi." İttihat ve Terakki söz konusu görüşmeleri İstanbul'u baskı altına almak için kullandı ve çözümü II. Meşrutiyet'in ilanında bulmuşlardı. Bunu gerçekleştirmek içinse uzun süredir harekete geçmeyi bekleyen fedailerini ve askeri kanadı kullandılar. İttihat ve Terakki'nin aktif kanadı II. Meşrutiyet'in ilanı için isyan bayrağını açarak dağa çıktı ve bu isyan başarıya ulaştı. II. Abdülhamit meşrutiyeti ilan etmek zorunda kaldı. Bu başarı İttihat ve Terakki'nin ilk başarısıydı³¹.

II. Meşrutiyet'in ilânı sırasında II. Abdülhamit'in padişahlığına itiraz etmemiş olan İttihat ve Terakki, Abdülhamit meşrutiyeti benimseyince, onun padişahlığına itiraz edemez duruma gelmişti. Böylece ortaya çıkan sistem İttihat ve Terakki ile II. Abdülhamit arasında bir uzlaşma zemini olarak belirmektedir. Fakat bu uzlaşma zorunlu bir uzlaşma olduğundan çekişmeli konularda kimin taviz vereceği yönünde tartışmalar çıkmaktaydı. İttihat ve Terakki İstanbul'a hâkim olmamakla birlikte süreç içerisinde merkezde güçlenmek istiyordu. İttihat ve Terakki meşrutiyetin ilanı ile birlikte arzuladıkları düzene kavuşmuştu fakat iktidarı bizzat ele almadılar, alamadılar. İttihat ve Terakki kadrolarını küçük rütbeli subaylar ve kıdemsiz memurlar oluşturuyordu. İttihat ve Terakki iktidara egemen olamamakla birlikte çoğunlukla iktidarı etkili Bab-ı Ali paşalarıyla paylaşmak zorunda kalıyordu. Kasım-Aralık 1908'de yapılan seçimlerde İttihat ve Terakki Cemiyeti çok önemli bir rol oynadı. Seçimleri İttihat ve Terakki Cemiyeti listeleri kazandı. Talat Bey, II. Meşrutiyet'in ilan edilmesi sürecinde oynadığı rolün karşılığını mebus ve Meclis-i Mebusan ikinci başkanı seçilerek almıştır. Talat Bey 1909-1910 yılları arasında ve Meclisi Mebusan ikinci reisiyken Türkiye'de bir ilk olarak Üstadı Azam (33. derece Mason) seçilmiştir³². Masonluk ile Ahilik arasında benzerlikler olduğunu keşfeden Talat Bey, Masonluğun kazandığı başarıların Ahilik teşkilatıyla da kazanılabileceğini düşünüyordu. Osmanlı ekonomik altyapısını da tekrar canlandırmaya çalıştığı Ahilik teşkilatına dayandırmak istiyordu. Bu dönemde yapılan çalışmalar daha sonra Anadolu kurtuluş örgütlenmesinde de büyük rol oynamıştır³³. Talat Bey böylelikle İttihat ve Terakki'deki askeri ağırlığın sivil lehine dengelenebileceğini düşünüyordu. Talat Bey'in güttüğü bu denge politikası İttihat ve Terakki iktidarı süresince devam etmiştir.

³¹ Ercan Eryiğit, *İttihat ve Terakki'nin Osmanlı İmparatorluğu'nda Siyasete ve Yönetime Etkileri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009, s. 79-80.

³² Soysal, a.g.e., s. 205.

³³ Soysal, a.g.e., s. 110-111.

Talat Bey cemiyetin gizli bölümüyle (fedailerle) ilişkilerini devam ettirmekle birlikte sivil kanadı oluştururken, Enver ve Cemal Beyler askeri kanadı oluşturmaktaydı.

1908 ile 1912 yılları arasındaki döneme İttihat ve Terakki'nin ülke siyaseti açısından denetim yılları denebilir. Devlet aklı bağlamında bu yıllar arasında gerçekleşen olaylardan 31 Mart Vak'asını incelemek yerinde olacaktır. 1912 ile 1918 yılları arasındaki dönem de İttihat ve Terakki'nin mutlak iktidar dönemi olarak kabul edilebilir. Devlet aklı kavramı açısından 1912-1918 yılları arasındaki dönemde gerçekleşen Bab-ı Ali Baskını, Mahmut Şevket Paşa Suikastı ve I. Dünya Savaşı'na girilmesi ve Ermeni Tehciri hadiseleri Talat Paşa'nın aktif rol oynadığı ve devlet aklı kavramının araştırılacağı olaylar bütünü olarak görülmektedir.

A. 31 MART VAK'ASI

1908'de yapılan seçimde büyük çoğunluk elde eden İttihat ve Terakki'ye karşı muhalefet arttı ve 13 Nisan 1909'da (31 Mart 1325), İstanbul'da “31 Mart Vakası” olarak bilinen ayaklanma meydana geldi. Muhalif kesimde İttihat ve Terakki'nin yönetime gelmesiyle birlikte konuları tehlikeye düşen alaylı askerler ve şeriat yanlısı ulemanın yoğunlukta olduğu belirgindi. Ayaklanma sırasında Adliye Nazırı Nazım Paşa ve Lazkiye Mebusu Arslan Bey öldürülmüştü. “31 Mart Vakası” muhalefetin İttihat ve Terakki'ye karşı kalkıştığı bir ayaklanma olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayaklanma üzerine Selanik'teki 3. Ordu (Hareket Ordusu) ile onun komutanı Mahmut Şevket Paşa'nın aldıkları kesin tavır göze çarpmaktadır. İttihat ve Terakki'nin güçlü olduğu Selanik'ten Hareket Ordusu İstanbul'a yürütülmüş ve isyanı bastırmıştır (Orduda Mustafa Kemal, İsmet, Fethi ve Rauf Beyler de bulunmaktaydı). Hareket ordusu 24 Nisan 1909'da İstanbul'a girdi ve ayaklanmayı bastırdı. 27 Nisan 1909'da Meclis-i Umumi-i Millet İstanbul'da toplandı ve ayaklanmanın başlangıcında sessiz kaldığına, gerekli tepkiyi vermediğine inanılan II. Abdülhamit'in “*tahtan indirilmesine*” ve Mehmet Reşat'ın “*tahta çıkarılmasına*” karar verdi³⁴. Ayaklanmanın bastırılmasından sonra sıkıyönetim ilan edildi ve isyancıların önderleri Divan-ı Harp'te yargılanarak ölüm cezasına çarptırıldılar. Siyasi partiler ve derneklerin bir kısmı kapatıldı³⁵. Vakayı amacının ne olduğu konusunda bir bütünlük oluşmadığı için ve bazı şartların olgunlaşmaması nedeniyle başarıya ulaşmamış bir askerî hükümet darbesi olarak özetleyebiliriz.

³⁴ Samih Nafiz Tansu, *İki Devrin Perde Arkası*, Hilmi Kitabevi, İstanbul, 1957, s. 31-33.

³⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler-İttihat ve Terakki*, Cilt. III, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, s. 406-407.

31 Mart Vakası ile devlet aklı kavramının ilişkilendirilebilecek bazı boyutları bulunmaktadır. Özellikle devletin bekasının her şeyden önce geldiği anlayışının yaygın olduğu asker ağırlıklı bir yapı söz konusudur. Söz konusu yapı devletin kriz anında harekete geçmiş, bu bağlamda mevcut hukukun da dışına çıkarak devletin geleceği hakkında siyasi kararlar almış, sıkıyönetim ilan etmiştir. Devletin bekası için gerekli gördüğü düzenlemeleri herhangi bir sınırla bağlı olmaksızın gerçekleştirmiştir. İttihat ve Terakki'nin devlette mutlak egemenlik sağlayamadığı bir dönem olması itibarıyla söz konusu olayın devlet aklıyla birebir ilişkilendirilmesinin zorlama bir yorum olacağı da belirtilmelidir. Bu açıdan baktığımızda 31 Mart Vakası için devlet aklının nüvelerini taşıdığını fakat tam anlamıyla kavramı karşıladığını söylememiz mümkün gözükmemektedir.

B. BAB-I ALİ BASKINI

31 Mart Olayı'ndan İttihat ve Terakki daha güçlenmiş olarak çıktı fakat iktidarı hala paşalarla ve üst düzey bürokratlarla paylaşıyordu. Süreç içerisinde işler beklendiği gibi gitmeyince İttihat ve Terakki'ye muhalefet tekrar yükseldi ve İttihat ve Terakki iktidardaki gücünü yitirdi. Talat Bey'in bu zor günlerde örgütün siyasi bir örgüt olarak devam etmesinde ve ayakta kalmasında rolü büyüktü ve Talat Bey'in varlığı örgüt içinde eşgüdümün sağlanmasında en büyük faktör olarak ön plana çıkmaktaydı³⁶. 1912 yılının Ekim ayında çıkan Balkan Savaşı'nın kısa zamanda hezimetle dönmesi, siyasi ibrenin bir kez daha İttihat ve Terakki Cemiyeti yönüne dönmesi sonucunu doğurdu. Özellikle Edirne'nin düşmana verileceğine dair spekülasyonların artması üzerinden bir kriz yaratılarak mevcut hükümete karşı bir muhalif söylem geliştirildi. İttihat ve Terakki'nin üst kadrosu çeşitli gizli toplantılar gerçekleştirdi ve bu toplantılarda Fethi Bey'in itirazlarına rağmen hükümet darbesi yapılması kararlaştırıldı³⁷. Bab-ı Ali baskınının örgütleyicisi Talat Bey, olayı cesareti ile sürükleyen Enver Bey'dir. Baskında örgütün fedaileri de kullanılmıştı, bunlar arasında Yakup Cemil, Kara Kemal vb. de bulunmaktaydı. Talat Bey, eylemlerin inançlı militanlar tarafından yapılması sonucu başarıya ulaşılabilmesine inanıyordu. Bab-ı Ali baskınının tüm olumsuz koşullara rağmen başarıya ulaşmasının temelinde yatan etken buydu³⁸. Bab-ı Ali baskını sonucunda silah zoruyla bir hükümet devrilmiş, yerine İttihat ve Terakki'nin seçtiği kişiler hükümete getirilmişti. Bab-ı Ali baskınıyla ilgili önemli bir iddia ise eğer İttihat ve Terakki 23 Ocak 1913 (Perşembe) darbeyi yapmasaydı, meşrutiyet karşıtı muhalif ve

³⁶ Çavdar, a.g.e., s. 285-286.

³⁷ Çavdar, a.g.e., s. 289-290.

³⁸ Çavdar, a.g.e., s. 321.

koyu tutucu kesimler 25 Ocak 1913 (Cumartesi) günü planladığı bir hükümet darbesiyle yönetimi ele geçireceklerdi³⁹. Baskın sonucu Sadrazam ve Harbiye Nazırı olarak Mahmut Şevket Paşa seçilmiştir. Talat Bey ile Mahmut Şevket Paşa'nın arası bozuk olduğundan Talat Paşa kabine dışında kalıp örgütü daha da güçlendirmek istemiş, dışarıdan hükümete destek sağlamıştır⁴⁰.

Özellikle 31 Mart Vakası ile güçlenen İttihat ve Terakki iktidarının süreç içerisinde güç yitirmesi üzerine gerçekleşen silahlı baskında iktidarını mutlaklaştırmak isteyen bir yapının varlığı görülmektedir. Baskının nedenlerine baktığımızda da devletin bekasının tehlikeye düştüğü söylemi yine göze çarpmaktadır. Devletin kriz olarak tanımladığı anda belli bir silahlı grup harekete geçmiş ve mevcut hukuk ve ilkelerle bağlı olmaksızın bir eylem gerçekleştirmiştir. Bab-ı Ali baskını sonucunda İttihat ve Terakki iktidarı bir nevi devletle kendini bütünleştirme sürecine girmiş ve İttihat ve Terakki tarafından devletin bekası gereği bu durumun bir nevi zorunluluk olduğu ileri sürülmüştür. Sonuç olarak Bab-ı Ali baskını devlet aklının emarelerinin kuvvetli şekilde hissedildiği bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. MAHMUT ŞEVKET PAŞA SUİKASTI

15 Haziran 1913'te Mahmut Şevket Paşa'nın suikaste uğrayarak öldürülmesi üzerine, Sait Halim Paşa sadrazamlığında İttihat ve Terakki'nin ağırlıkta olduğu baskıcı bir yönetim kuruldu. Aralarında muhalif siyasi liderlerin bulunduğu 24 kişi Mahmut Şevket Paşa suikastıyla ilgili görülerek yapılan sıkıyönetim yargılamaları sonucu idama mahkûm edildi. Bu idamlar, Osmanlı Devleti'nde 1820'lerden beri gerçekleştirilen ilk siyasî infazlardı. İttihat ve Terakki Cemiyeti yönetiminin muhalifleri arasında bulunan ve çoğu yazar, gazeteci ve milletvekili olan 250 dolayında kişi Sinop'a sürüldü ve tüm muhalif gazeteler kapatıldı. Ülkenin iç denetimi tamamen İttihat ve Terakki'nin eline geçmiş ve muhalefet bir daha ayağa kalkamayacak şekilde ezilmişti⁴¹. İttihat ve Terakki böylelikle kendi öz kabinesini oluşturma fırsatı bulmuş ve yeni kabinede Talat Bey dahiliye nazırı olarak görev alırken, Enver Bey iki defa üst üste terfi ettirilerek Harbiye Nazırı yapılmıştır. Cemal Bey de terfi ettirilerek İstanbul muhafızı olmuş ve Paşa ünvanı almıştır. İttihat ve Terakki 1913'te fırka haline gelmiş ve cemiyet-fırka ikiliğini ortadan kaldırmıştır. Fakat yine de 1914'te Teşkilat-ı Mahsusa gibi

³⁹ Ahmet Kuyaş, "Darbelerin Miladı- Bab-ı Ali Baskını", *NTV Tarih*, Sayı:48, Ocak 2013, s. 27.

⁴⁰ Çavdar, a.g.e., s. 291-293.

⁴¹ Çavdar, a.g.e., s. 332.

yapılanmalar kurarak resmiyet kazansa da gizli kanat faaliyetlerine devam etmiştir⁴². Sultan Reşat tarafından da Teşkilat-ı Mahsusa'nın kuruluşu onaylanmış ve örgüt sadece Sadrazam ve Harbiye Nazırına bilgi vermek ile yükümlü hale getirilmiştir⁴³. Hatta Talat Bey, Teşkilat-ı Mahsusa'yı bir devlet dairesi olarak tanımlamıştır⁴⁴. Fakat sonraki süreçte görüleceği gibi teşkilat asıl olarak Enver Bey kumandasında kalmıştır.

I. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar tek parti yönetime egemen olmuştur. Söz konusu dönemde devletin geleceğini ilgilendiren kararlar alınırken kapalı kapı siyaseti ve komplocu yöntemler izlenmiştir. Devlet işleri Talat-Enver-Cemal Paşa "*Triumvira*" tarafından yürütülmüştür ve devletin bekasını ilgilendiren kararlar bu kişiler tarafından alınmıştır. Talat bu üçlüde cemiyetin gizli kanadı ve sivil kanatla irtibatı sağlamakla birlikte, örgüte hâkim olan kişidir. Enver ve Cemal Paşalar ise daha çok orduda etkin konumdadırlar. Enver ve Fethi Beylerin kirli ve uğraşmaya bile değmez diye nitelediği örgütün gizli kanadı ile ilişkileri Talat Bey hayati önemde görmüş ve örgütün ayakta tutulması gayretini siyasal yaşamın en önemli ögesi olarak belirlemiştir. 1914'ten sonra İttihat ve Terakki ile Talat Paşa özdeş hale gelmiştir. Bunun en somut örneği ise Talat Bey'e parti üyelerince "büyük efendi" denmekteyken, Kara Kemal'e ise "küçük efendi" denmesidir⁴⁵.

İttihat ve Terakki Mahmut Şevket Paşa suikastını yoğun bir kriz olarak algılamış ve bu yönde yukarıda belirttiğimiz ikinci grupta yer alan devlet aklı yöntemlerini (olağanüstü mahkemeler, yasallığı muğlaklaştırarak yasadışı uygulamalar vb.) kullanarak devlet aklı düşüncesine paralel uygulamalarda bulunmuştur. Mahmut Şevket Paşa suikasti ve sonrasında meydana gelen gelişmeler devlet aklının artık kriz anlarında berrak olarak ortaya çıktığını gösteren bir örnektir.

D. I. DÜNYA SAVAŞI'NA GİRİLMESİ

İktidarını 1913-1914 seçimlerinde de sağlama alan İttihat ve Terakki artık topraklarını koruma ve kendisinden beklendiği üzere Rumeli'de kaybedilen toprakları geri alma fikri üzerine yoğunlaşmıştır. Hatta bu konuda Bulgaristan ile müttefik olunup Yunanistan'a saldırma planları hazırlanmıştır. Bu görüşmelerin çok büyük bir kısmını Talat Bey gerçekleştirmiştir. Daha sonra Triumvira çeşitli bağlaşıklar bulma çabasına

⁴² Tuncay Özkan, *MİT'in Gizli Tarihi*, Alfa Yayınları, 20. Basım, Ekim 2006, İstanbul, s. 44-45.

⁴³ Ergun Hiçyılmaz, *Teşkilat-ı Mahsusa ve Casusluk Örgütleri*, Kamer Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1996, s. 47.

⁴⁴ Tunaya, a.g.e., s. 276.

⁴⁵ Çavdar, a.g.e., s. 353.

girişmiştir fakat sadece Almanlar, Osmanlı ile bağlaşıklığa yanaşmıştır. Talat Paşa'nın söz konusu dönemdeki önemli rolü Almanya ile ittifak kurulması aşamasındaydı. Triumvira sömürülerek aciz bir biçimde can vermek yerine dövüşerek can verme yönünde iradeye sahipti ve devleti de bu yönde sürüklüyordu. Bu konuda savaştan sonra Talat Paşa'nın "Almanya savaşı kazanmış olsaydı, bu sefer de o bizi köleleştirmek isteyecekti." dediği belirtilmektedir⁴⁶. İç kabine olarak nitelendirilebilecek Sait Halim Paşa, Talat, Enver ve Cemal Paşalar dışında gelişmelerden haberdar olan neredeyse yoktu. Osmanlı Almanya bağlaşması 2 Ağustos 1914'te imzalanmıştı ve Talat Paşa savaşa girişi bir nevi "fatalite" yani kader olarak nitelendirmekteydi⁴⁷. Bu sırada yapılan Goben ve Breslau gemilerinin satın alınışı, Sadrazamın bile haberi olmadan Karadeniz'e açılıp, Rus limanlarını bombalayışı Talat Bey, Enver Bey, Cemal Paşa ve birkaç İttihat ve Terakki önde gelenlerinin kararıyla olmuştu⁴⁸. Söz konusu tertibin Triumvira tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülmekteydi. Bu bağlamda değerlendirildiğinde devlet aklının Osmanlı'nın I. Dünya Savaşı'na girişinde de hâkim olduğunu ve bu yönde bir karar alma mekanizmasının hâkim olduğunu görmekteyiz. Mevcut hukuk yürütülmemiştir, hukukun askıya alınması ve yine devletin bekası gereği bir eyleme girişildiği görülmektedir.

E. ERMENİ TEHCİRİ

İttihat ve Terakki'nin çekirdek kadrosunu yukarıda belirttiğimiz üzere Talat Bey, Enver Bey ve Cemal Paşa oluşturmaktaydı ve Merkez-i Umumi'ye onlar yön veriyorlardı. Bir nevi devlet aklının tezahürü Merkez-i Umumi'ydi. Söz konusu dönemde hükümetin dahi haberdar olmadığı her şeyden dönemin Alman elçisi Weingenheim haberdar olmaktaydı. Aslında derin devlet bir anlamda İttihat ve Terakki'nin merkez komitesi olarak teşkil edilmişti.

19.yy itibariyle Osmanlı Devleti bütünlüğünü korumakta iyice zorlanmaya başlamıştı. 19.yy'ın başında devletin bu yönde bazı politikalar güttüğü bilinmektedir. 1911-1914 yılları arasında ideolojinin Osmanlılık olduğu ileri sürülmektedir. Osmanlılık ise sadece Türklerin değil, farklı etnik ve inanç gruplarının bu ülkenin meşru vatandaşları olduğundan söz etmektedir⁴⁹. Oysa gerçek duruma bakıldığında durumun hiç de öyle

⁴⁶ Çavdar, a.g.e., s. 367-369.

⁴⁷ Çavdar, a.g.e., s. 385-390.

⁴⁸ Özkan, a.g.e., s. 66.

⁴⁹ Fethullah Güner, *Milliyetçilik Akımına Bir Alternatif Olarak 'Osmanlılık' Hareketi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bolu, 2008, s. 18.

olmadığı söylenebilir. Örneğin Celal Bayar'ın anılarına bakıldığında: “Her ne kadar Osmanlıcı görünüyorsak da aslında Türkçüydük ve Türkçülüğe karar verdiğimiz andan itibaren de memleketin nüfus yapısını da buna göre planlamaya başladık. Örneğin İzmir'deki İttihat ve Terakki'nin genel sekreteri olarak oradaki Rumların boşaltılmasında doğrudan görev aldım ve bu operasyondan devletin haberi yoktu. Olayın beyni Enver ve Talat Paşa'ydı.” demektedir⁵⁰. Celal Bayar'ın bu sözlerinin doğruluk payı kabul edildiğinde söz konusu dönemde Osmanlıcılık güdüldüğü iddiasına karşı yapılan eleştiriler güçlenmektedir. Gerçekleşen olaylara bakıldığında devlet aklının devreye girmesiyle belli bir etnik kimlik üzerinden devletin bekasının düşünüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu dönemde de yaşanan etnik kaynaklı olaylar bu sözlere paralel bir gelişim izlemiştir.

Birinci Dünya Savaşı sırasında önemli bir olay olan Ermeni Tehciri gerçekleşmiştir. Bu konuda Talat Bey'in önemi o dönemde Dahiliye Nazırı olması ve 24 Nisan'da Ermeni Tehciri ile ilgili genelgeyi bazı valiliklere göndermesidir. Giderek artan olaylar neticesinde İstanbul merkezde Ermeniler ve Patrikhane ile toplantılar yapılmış fakat sonuç alınamamıştır. Olayların tırmanması sonucu Talat Paşa imzasıyla valiliklere genelge gönderilmiştir. Fakat Ermeni Tehciri ile ilgili asıl olarak “Savaş Zamanında Hükümet Uygulamalarına Karşı Gelenler İçin Asker Tarafından Uygulanacak Önlemler Hakkında Geçici Kanun” 27 Mayıs 1915 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun altında Enver ve Sadrazam Sait Halim Paşa'nın imzaları bulunmakla birlikte Talat Paşa'nın imzası bulunmamaktadır⁵¹. Osmanlı Hükümeti Osmanlı Ermenileri'nin bir bölümünü, düşmanla işbirliği yaptıkları, devletin birlik ve bütünlüğünü tehlikeye attıkları, isyan çıkardıkları gerekçesiyle 1915 yılında çıkardığı sevk ve iskân kanunuyla Anadolu'nun güneyine, Suriye ve Irak'a geçici bir süreyle göç ettirme kararı almıştır. Bu zorunlu uygulama sonucu Ermeni nüfusun göç harekâtı başlatılmıştır. Başlangıçta savaş bölgelerindeki, Gregoryen Ermeniler'le sınırlı olan bu tehcir kararı, sonraki aylarda ortaya çıkan problemler ve duyulan ihtiyaç üzerine Anadolu içlerinde yaşayan bir kısım Katolik ve Protestan Ermenilere de uygulanmıştır⁵². Bu uygulama günümüzde dünya kamuoyunda “soykırım” tartışmalarına ve bazı devletlerin 1915'te gerçekleşen olayların soykırım olduğunu kabul etmesine yol açmıştır.

⁵⁰ Erdoğan Aydın, “Osmanlı'nın Son Savaşını Anlasaydık Kürt Meselesini Çözmüştük”, *Radikal Gazetesi*, 24.09.2012 tarihli Röportaj-Ezgi Başaran, <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazar&ArticleID=1101434&CategoryID=97> (E.T. 11. 01. 2013)

⁵¹ Bardakçı, a.g.e., s. 20-21.

⁵² Kürşat Selim Şenol, *1915 Ermeni Tehcirinin Sosyo-Ekonomik Boyutları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 21.

İttihat ve Terakki'nin 1915'e kadar gelen süreç sonucunda gerçekleştirdiği tehcir, kendi iktidar yerini ve bu yer konusunda en önemli engellerden biri ve devlet aklı bağlamında "düşman" olarak gördüğü Ermenilerin ötekiliğini tespit etmek anlamına geliyordu⁵³. Bu iddiaların doğruluğu durumunda Ermeni tehciriyle ilgili devlet aklının üçüncü grup yöntemler kullanarak ön plana çıktığı görülmektedir. Hukukilik söz konusu olmaktan uzaktır, salt devlet aklı ön plana çıkmıştır. Devletin yasal organları kanalıyla geçici de olsa bir kanun çıkarılmış ve resmi görevlileri yani askeriye eliyle kriz aşımaya çalışılmıştır. Bu bağlamda gerçekleşen işkenceler, yargısız infazlar, yasadışı uygulamalar söz konusu olmuştur. Bunların yanında devlete bağlı fakat yasal statüsü olmayan, silahlandırılmış teşkilatların varlığı ve eylemleri de söz konusudur. Özellikle Talat Bey'in bir devlet dairesidir dediği Teşkilat-ı Mahsusa'nın bölgede gerçekleştirdiği öne sürülen bazı eylemler devlet aklının ön plana çıktığının açık göstergesidir.

Talat Paşa, I. Dünya Savaşı bitince Alman elçi Weingenheim'ın yardımıyla ülkeyi terk edip Almanya'ya gitmiştir. 15 Mart 1921 tarihinde, Berlin'de Sogomon Tehliryan tarafından öldürülerek yaşamını yitirmiştir. Suikasti yapan Tehliryan, Alman Mahkemesinde 1,5 günlük bir yargılama sonrasında beraat etmiştir⁵⁴. Mehmet Talat Paşa'nın mezarı, 1943 yılında alınan Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye'ye taşınmış ve Abide-i Hürriyet şehitliğine gömülmüştür. TBMM'nin 1926 yılında kabul ettiği bir kanunla ailesine ev tahsis edilmiş ve şehit aylığı bağlanmıştır.

IV. SONUÇ

Talat Paşa özellikle 1912-1918 yılları arasında Osmanlı yönetiminde çok etkili bir rol oynamıştır. Söz konusu dönemde devlet aklından bahsedeceksek bunu Talat Paşa'dan bağımsız olarak ele almak yanlış olacaktır. Söz konusu dönemde devlet aklının yukarıda belirtilen ikinci ve üçüncü grup yöntemler (sıkıyönetim, olağanüstü hal, savaş hali vb.) ile tezahür ettiği söylenebilir. Özellikle Bab-ı Ali Baskını, Mahmut Şevket Paşa Suikastı, Osmanlı'nın I. Dünya Savaşı'na girmesi ve son olarak da Ermeni Tehciri'nde devlet aklı düşüncesinin emareleri görülmektedir. Söz konusu olaylarda kriz anlarında mevcut hukuk düzeninin dışına çıkılarak bir nevi hukuk askıya alınarak devletin bekası için eylemler gerçekleştirilmiştir. Bu eylemler gerçekleştirilirken devlet aklı öğretisinin merkezinde bulunan

⁵³ Günay Göksu Özdoğan- Füsün Üstel- Karin Karakaşlı- Ferhat Kentel, *Türkiye'de Ermeniler/ Cemaat- Birey-Yurttaş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Haziran 2009, s. 24-25.

⁵⁴ Dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Argun Bozkurt, *Davalar*, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 157-158.

soruya yani; “Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir ya da açıkça haksızlık yapabilir mi?”⁵⁵ soruna cevaben “Devletin bekası söz konusuysa yapabilir.” cevabı verildiği görülmektedir.

“Egemen dilediği her yasayı yapmaya kadirse, kendinin bile değiştiremeyeceği denli üstün bir yasa yapabilir mi?” Hukuki pozitivistin içinde kaldığı sürece bu soruya çelişmeyen bir cevap vermek imkansız gibidir⁵⁶. Hukuk devleti düşüncesine göre hukukun olmadığı durumlarda devlet de yoktur, hukukun olmadığı yerde var olan sadece örgütlü bir şiddettir. Devlet akli da devleti hukuktan bağımsız olarak tanımlama eğilimindedir⁵⁷. Bu nedenle devletin temelini hukuktan alması gerektiğini savunan hukuk devleti düşüncesi ile zıtlık içindedir. Hukuk devletinin özünü, devlet iktidarının hukuk ile bağlı olması ve bireysel özgürlüklerin korunması fikri oluşturmaktadır⁵⁸. O halde hukuk devletinin devlet akli tehdidinden korunabilmesi için insan hakları düşüncesine dayanarak saf egemenlik kuramının törpülenmesi gerekmektedir. Ancak o zaman hukuk devletine aralanan kapı daha çok açılacak ve hukuk devletinin gerekleri yerine getirilerek zıttı olan devlet akli düşüncesinden uzaklaşabilecektir.

KAYNAKÇA

- AYDOĞAN, Metin, *Yönetim Gelenekleri ve Türkler*, II. Cilt, Umay Yayınları, İzmir, Haziran 2004.
- BARDAKÇI, Murat, *Talat Paşa'nın Evrak-ı Metrükese*, Everest Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, Şubat 2009.
- BOZKURT, Argun, *Davalar*, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2009.
- ÇAVDAR, Tevfik, *Talat Paşa-Bir Örgüt Ustasının Yaşamöyküsü*, İmge Kitabevi, Ankara, 4. Baskı, Temmuz 2001.
- ERDOĞAN, Mustafa, “Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı*, 13. Sayı, 2. Baskı, Ankara, 2008.
- ERÖZDEN, Ozan, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, *Machiavelli Makyavelizm ve Modernite*, Haz. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012.
- ERYİĞİT, Ercan, *İttihat ve Terakki'nin Osmanlı İmparatorluğu'nda Siyasete ve Yönetime Etkileri*(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009.

⁵⁵ Sancar, a.g.e., s. 19.

⁵⁶ Erözden, a.g.e., s. 72.

⁵⁷ Erdoğan, a.g.e., s. 55-56.

⁵⁸ Sancar, a.g.e., s. 53.

- FUKUYAMA, Francis, *Ulus İnşası*, Remzi Kitabevi, 2. Basım, İstanbul, Mayıs 2005.
- GÜNER, FEETHULLAH, Milliyetçilik Akımına Bir Alternatif Olarak ‘Osmanlılık’ Hareketi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bolu, 2008.
- KUTAY, Cemal, *Talat Paşa'nın Gurbet Hatıraları*, Kültür Matbaası, I. Cilt, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- KUYAŞ Ahmet, “Darbelerin Miladı- Bab-ı Ali Baskını” , *NTV Tarih*, Sayı:48, Ocak 2013.
- ÖZCAN,Mehmet, Tefik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul, Temmuz 2008.
- ÖZDOĞAN, Günay Göksu – ÜSTEL, Füsun – KARAKAŞLI, Karin – KENTEL, Ferhat, Türkiye’de Ermeniler/ Cemaat- Birey-Yurttaş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Haziran 2009.
- ÖZKAN, Tuncay, *MİT'in Gizli Tarihi*, Alfa Yayınları, 20. Basım, Ekim 2006, İstanbul.
- PIERSON, Christopher, *Modern Devlet*, Chiviyazıları Yayınevi-Nemesis Kitaplığı, İstanbul, 2011.
- RAWLS, John, *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2006.
- SANCAR, Mithat, *Devlet Akılı Kısılcısında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 5. Baskı, 2010.
- SEVER, Çiğdem , “Devleti ve Hukuksal Kurumları Anlayabilmek İçin ‘Polis’ Kavramını Yeniden Düşünmek: Neocleous’un ‘Polis Erkininin Eleştirisi’”, *Çağımızda Toplum ve Hukuk Dergisi*, 2009.
- SOYSAL, İlhami, *Türkiye ve Dünyada Masonluk*, Der Yayınları, İstanbul, 1978.
- ŞENOL, Kürşat Selim, *1915 Ermeni Tehcirinin Sosyo-Ekonomik Boyutları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- TANSU, Samih Nafiz, *İki Devrin Perde Arkası*, Hilmi Kitabevi, İstanbul, 1957.
- TUNAYA, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasal Partiler-İttihat ve Terakki*, Cilt. III, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989.
- YALÇIN, Soner, *Teşkilat’ın İki Silahşoru*, Doğan Kitap, İstanbul, 27. Baskı, Nisan 2008.
- ZÜRCHER, Erik Jan, *Milli Mücadelede İttihatçılık*, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1987.

HOMO ACADEMICUS*

Yasemin Işıktaç**

GİRİŞ

Ben inşâsı ile ilgili yazmış olduğum makale¹ ve ilgimin bir meslek sahibi olarak akademisyenin kendisini inşâ etme sürecine dönüşmesi nedeni ile başladığım bu çalışma, konunun sosyolojik açıdan çok daha farklı bir biçimde ele alındığı ünlü Fransız sosyolog Pierre Bourdieu'nün kitabı² ile başlayan yeni bir sürece evrilmesine neden oldu. Bir dizi makale biçiminde gerçekleştireceğim çalışmanın ilk bölümü olarak, kavramsal betimleme ve arka plan tesisi için bu genel girişi yapmak durumunda kaldım. Burada eksen, Bourdieu'nün *Homo Academicus* kitabıdır; ancak entelektüel ve akademisyenin tanımlanmasına ilişkin genel çağdaş bir düşünce ikliminin de ortaya konulması, çalışmayı bu teorik minvale oturtmuştur.

Makale dizisinin özel olarak İstanbul Üniversitesi akademisyenlerinin hangi *habitus* içinde yer aldıkları ve konum, kültürel, sosyolojik ve entelektüel sermayeleri açısından değerlendirilmelerini içeren bir anket çalışması ile tamamlanarak çıkarsamalara ulaşma gayretini de içereceğini belirtmek isterim. Bundan sonraki makalelerde araştırma evreni olarak

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bu makale, 4-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Kongre-Kültür Merkezi'nde düzenlenen *HFSA Sempozyumu – VII*'de sunulmuş aynı başlıklı bildirisinin metnidir.

¹ Yasemin IŞIKTAÇ, “İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından ‘Ben İnşâsı’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası: Prof. Dr. Vecdi Aral’a Armağan* içinde, Cilt LXXII (2014), Sayı 1, s. 73-86.

² Bourdieu bu çalışmaya başlık olan ünlü çalışmasının ana temasının “okul dünyasının bunalımını” aydınlatmak olduğunu söylemektedir. Bunalımı disiplinler arası çatışmalar ve üniversite içi hiyerarşi başlıkları ile irdelemiştir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin entelektüel sermayelerinin ölçülmesi ve varsa zaman içindeki değişim ve gelişiminin bir rapor halinde sunulması amaçlanmaktadır. Lineer olarak belirlenen zaman içindeki değişim ve gelişmeye odaklanılacaktır. SPSS yöntemiyle bir endeks oluşturularak endeks değeri hesaplanacak ve çeşitli sermaye değerlerinin tablo üzerinde gösterilmesi sağlanıp yorumlanacaktır.

I. ALAN ve *UNIVERSALIS*

Bilimin toplumsal kullanımları nelerdir, bilimin bilimini yapmak ya da bilimin üretimini, bilimin toplumsal kullanımlarını tasvir etmeye ve yönlendirmeye muktedir bir sosyal bilim mümkün müdür soruları ile *Bilimin Toplumsal Kullanımları* başlıklı çalışmasına giriş yapan Bourdieu, bu soruların cevabının “alan” kavramından başlanarak verilebileceğini söylemektedir.³ Alan, özerk bir uzam olarak kendine özgü yasalarla donanmış bir mikro-kosmostur. *Homo Academicus* tartışmalarında alandan anlaşılması gereken uzam, üniversitedir. Bu başlıkta terim olarak üniversiteden değil ama *universalis*’ten bahsedilmesinin sebebi, üniversite teriminin bu kökenden geliyor oluşu yanı sıra üniversite ve bilgi ilişkisinin evrenselliğine bir göndermede bulunma arzusundan da ileri gelmektedir.

Üniversite olgusu her şeyden önce bir tanım sorunudur. Üniversite, sadece Ortaçağ Avrupası’nın özgün bir kurumu olarak ele alınabilir olsaydı, bu tanımlama işinin tarihe bırakılması gerekirdi; oysa üniversite bu anlamı aşarak bilginin evrenselliği öğretimde en yüksek derece olarak evrilmiştir.⁴ Bir terim olarak üniversite evrensel, alemşümûl, cihanşümûl karşılığı kullanılan Latince “*Universitas magistrorum et scholarium*” un bir özetiyeğin bunun Türkçedeki anlamı öğretmenler ve bilginler topluluğudur. Üniversite teriminin toplumsal anlamı soruşturulurken buradaki eğitimi herhangi bir eğitimden ayıran kriterin ne olduğu sorusu ekseninde bir cevap aramak gerekecektir. Üniversite belirli kabul prosedürünü içeren ve başarıya bağlı olarak sınırlı sayıda kişinin eğitim aldığı - verdiği bir ortamdır; yükseköğrenimdir. Evrensel ölçekte bağımsız ve tüzel kişiliğe sahip kurumlar olarak *universitas*, akıl sürecinin duygusal süreçlerin önüne geçtiği özgür düşünme ortamıdır. Üniversite bir yükseköğrenim kurumu olmakla birlikte sadece bir meslek okulu değildir, bu tip kurumlar yüksekokul olarak isimlendirilir. Üniversite ise bir düşünce üretim merkezi ve toplumsal anlamda statü olarak bir artı nitelik yaratma alanı olarak da görülebilir.

³ Pierre BOURDIEU, *Bilimin Toplumsal Kullanımları*, çev. Levent Ünalı, Heretik Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 65 vd.

⁴ Taner TİMUR, *Toplumsal Değişme ve Üniversiteler*, İmge Yayınları, Ankara 2000, s. 34 vd. Tarihsel gelişim içinde ilk olarak üniversiteler ya öğretmenlerin birleşerek bir kurum oluşturmaları ya da en eski üniversite olan Bologna Üniversitesi gibi öğrenci loncaları aracılığı ile yapılmıştır.

Toplumsal yaşam içinde üniversite, bilimsel bilgi üretme ortamı olarak bir bakıma sorgulanamaz ve tekeli bir konumdur. Bu tür bir saygınlık, beraberinde taşıdığı meşruiyet algısıyla bir otorite de yaratacaktır. Ancak bir yandan entelektüelin iktidara karşı hakikati söyleme yükümlülüğünden de bahsedilmektedir. Örneğin Foucault ve Chomsky, iktidarın zaten “kurulu hakikat”i bildiğine ve entelektüelin asıl sorumluluğunun iktidarın hakikat kurucu mekanizmalarını ve stratejilerini ifşa edici eleştirel rolüne daha güçlü bir vurgu yapmaktadır. Entelektüelin daimi surette muhalefette oluşuna yapılan bu vurgunun Bourdieu tarafından bir demokrasi koşulu olarak sunulması üstünde de durulmalıdır. Öyle ki, entelektüellerin görüş belirtmek aracılığıyla kamusal alanın oluşmasına katkıları görmezden gelinemez. 20. yüzyıl artık kamuoyunu aydınlatma görev ve sorumluluğunu bir zorunluluk halinde sunmaktadır.⁵

Burada söz konusu olabilecek bir diğer yaklaşım ise, üniversitenin kalite standartları ile ilişkilendirmesinden başlayarak işletme mantığının bir kurum olarak üniversiteler için de kurulmaya çalışılmasıdır. Bu eğilimin akademisyene yansıma biçimi kariyer planlamasıdır. Üniversite eğitim koşullarının iyileştirilmesi açısından birçok işlevi yerine getirebilecek olan bu tutumun sağladığı faydalar da vardır. Ancak üniversitenin evrensel işlevinden soyutlanarak salt bir meslek edindirme ortamı ve hizmet sektörü olarak ele alınmasının yaratacağı sakıncaların gözden uzak tutulmaması gerekir.⁶

Üniversitenin yüceltilmiş “katıksız bilim” anlamı ile idealize edilen bir uçtan, “hizmet eden bilim” ucuna kadar uzanan geniş bir yelpazede yer alan tüm değerlendirmelerin “sosyal” oluş ile ilintisini daima göz önünde tutmak gerekir. Bununla beraber bilimsel alan, en ciddi iktidar mecralarından birisidir. Bu nedenle üniversiteyi tahakküm ilişkilerini içeren bir fiziki alan olarak görebiliriz.⁷ Her alan, aynı zamanda, özgün sermaye biçimlerinin ortaya çıktığı yerdir. Üniversitenin diğer alanlardan ayrıştırmasını sağlayacak olan değerlendirme, “kısa devre hatası” olarak isimlendirilen genellemeler ya da benzeşmelerden kaynaklanan indirgemeci yaklaşımlardan arı tutulmalıdır. Alan olarak üniversite, dışarıdan gelen tüm baskı ve olumlamları alanın mantığı gereği dolaylı hale getirme başarısı göstermelidir.⁸ Alanın özerkliğinin en görünür tezahürlerinden birisi bu tür etkileri kırıp-yansıtırma kapasitesidir. Alanın özerkliğinin sağlanmasının, dış meselelerin örneğin

⁵ Edward Said’in 1948 yılında B. Russell ile başlayan seri radyo konferansları ve 1993 yılında BBC de gerçekleştirdiği *Reith Lectures* programları konuya örnek olarak gösterilebilir.

⁶ Aslı VATANSEVER, Meral GEZİCİ YALÇIN, *Ne Ders Olsa Veririz*, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 19.

⁷ BOURDIEU, 2013, s. 69.

⁸ BOURDIEU, 2013, s. 68.

siyaset sorunlarının alan içerisinde doğrudan ifadesini bulması hallerinde güçleşeceğini gözden kaçırmamak gerekir. Yani alan, siyasallaştığı ölçüde özerkliğini kaybedecektir.

Bilimin en özgün yanı olarak nesnellliğini gösterebiliriz. Bilimsel bilgi, doğası gereği nesneldir. Bu nesnellüğün sosyolojik araştırmaya konu olması ile bilimsel alanın klinik sosyolojisine giriş yapılabilir.⁹ Bu noktaya ulaşılabilmek için aşağıda birkaçını sıraladığım birçok ön kabulün reddi gerekmektedir;

- Bilimsel bilgiye tanınan genel geçer üstünlük,
- Evrensel rasyonalite,
- Bilimsel bilginin elde ediliş koşullarını göz önünde tutmayan epistemolojiler,
- Bilim tarihi ve bilim felsefesinin salt bir tarihsel ürün olarak sunuluşu,
- Bilimsel bilgiyi her türlü sosyal bağlamdan koparıcı tutumlar.¹⁰

Bu ön kabullerin reddi, onların yaşam alanı bulduğu zeminin ortaya konulmasıyla mümkün olacaktır. Bu nedenle, alan ve *universalis*'e zemin olan arka plan kavramlaştırmasını açıklamak gerekmektedir.

II. “ALAN ve UNIVERSALIS”E BİR ZEMİN: ARKA PLAN

Yukarıda ortaya konulmaya çalışılan alan ve alan olarak üniversiteler meselesinin kendisinin nesneleştirilmesi, bu mecralarda hüküm süren modern akla ve bu akla sahip modern özneye dair bir dizi açıklama ile sağlam bir düşünsel zemine oturtulabilir. Ancak modern ve akıl sahibi özneye dair açıklamalar, bu aklın parçalanması girişimleri olarak özetlenebilecek postmodern müdahalelere de değinmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu zemin tedariki amacını haiz girişimin çalışmadaki adı, “arka plan”dır.

Aklın önemine hasredilen ayrıcalıklı alan sadece modernite koşullarına özgü değildir. Descartes ve Kant’ın benlik felsefesi ve antropolojik müdahaleleriyle insana özgülenen akıl¹¹, onlardan çok daha önce,

⁹ Bu aşamaya kadar olan gelişim için daha detaylı bilgi için bkz. BOURDIEU, 2013, s. 16 vd.

¹⁰ Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖGÜTLE, “Bilim Sosyolojisi Üzerine Bazı Tespitler ve Gündem Önerileri”, *Bilim Sosyolojisi İncelemeleri: Temel Yaklaşımlar, Kavramlar ve Tartışmalar* (ed. Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖGÜTLE) içinde, Doğu-Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 11.

¹¹ Örneğin Descartes için, modern benlik düşüncesini kendi öznel bilinç tasarımıyla yaratmıştır denilebilir.

Aristoteles'in çalışmalarında bir kategorizasyona tabi ve eylemin niteliğini belirleme pozisyonuna da sahip görünmektedir.

Aristoteles aklın üç türünü sınıflandırır; teorik akıl, pratik akıl ve teknik akıl.

- Teorik akıl, gerçekleştirmeleri insan yaşamının en yüksek şeklini meydana getiren entelektüel erdemlerle irtibatlandırılır.
- Pratik akıl ise fiziki dünyanın tam tersine, insani konulara dair moral erdemlerle -etik ve politikayla- yakından ilişkilidir.
- Teknik akıl, üretim amaçlı bilgiyle ilgilidir. Akıl burada tamamen araçsaldır.

Aristoteles için akıl ve bilginin bu üç ayrı türü ayrı ayrı pratiklerdir ve birbirlerine indirgenemezler. Bu bilgi anlayışının Bacon'dan başlayarak dönüştürüldüğünü söyleyebiliriz. Fizik dünyanın insanlar tarafından dönüştürülebileceği, yani bilginin güç olduğu fikri bir yeniliktir. Bunun sonucunu bir yerde Platon'un filozof kralının yerini bilim adamı -teknokrata-bırakması olarak sunabiliriz.¹²

Modern düşün dünyası ise ahlâk, sanat, politika, bilim ve felsefeyi, dolayısıyla bunların her birinde hüküm süren akıl(lar)ı birbirlerinden ayırır. Özellikle bilim, değer bakımından yansız sayılır. Antik dünyada akıl, zorunluluk ve kosmosun iyi ve güzel olan bir tablosu olduğu düşüncesiyle irtibatlandırılmaktadır. Ancak 17. yüzyıldan başlayarak modern bilim kendi analitik dünyası içinde sanat ve politikayı bütünüyle dışlar. İnsanların ilk işlevi akıl yürütmek, entelektüel getirilerini hayata geçirmektir. Rasyonel hayat, özgürlüğümüzün gerçekleşmesine en uygun düşen hayat olduğu için, en iyi hayattır. En nihayetinde yararcılıkla, maliyet-fayda analizi ve piyasa kapitalizmi de dahil olmak üzere modern liberalizm bir insani rasyonalite standardı olarak merkezi bir aşamayı temsil eder.¹³

18. yüzyıl Avrupa Aydınlanması, Batı tarihinde bir dönüm noktasıdır. Kökleri çok daha eskiye gitse de asıl etkisini 18. yüzyıl ve sonrasında gösteren aydınlanma geleneğinin programı insan yaşamını iyileştirmektir. Aydınlanma, cehaletin ortadan kaldırılıp yerine bilimsel bilginin konulmasıyla birçok sorunun çözülmesinin önünün açılacağını vaat eden olumlu bir proje olduğu iddiasındadır.

¹² Robert HOLLINGER, *Postmodernizm ve Sosyal Bilimler*, çev. Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul 2005, s. 90.

¹³ HOLLINGER, 2005, s. 90.

Aydınlanma,

- İnsanlığın epistemolojik birliği ile bilimsel bilginin yüceltilebileceğini,
- İnsanlığın etik birliği ile ahlâki standartlarının oluşturulabileceğini,
- Asıl yol gösterici ilkenin bütün teolojik ve mitik değerleri öteleyen bilim ve rasyonalite olduğu ve bu değerlerin temel alınması ile insan mutluluğunun gerçekleşeceğini,
- Bilimsel bilginin, doğa ve doğaüstü ile ilgili tüm kabul ve sınırlarının dışına çıkması için insanın sahip olduğu yeni anahtar olduğunu ve
- Bilgi aracılığı ile insanın mutluluk ve konforunun ortaya çıkabileceğini ve yeni iyi hayat ilkesinin bilimsel bilgide yattığı kabullerini ileri sürer.¹⁴

Modernin ve aydınlanmanın değerleri olarak bütünsellik ve rasyonalizmi gösterebiliriz. İnsanın tek tipleştirilmesi (batılı, erkek, zengin ve rasyonel) ve bilimsel bilgi aydınlanmanın temel hareket noktalarıdır.¹⁵ Konunun incelenmesinde Kant'ın "Aydınlanma Nedir?" başlıklı ünlü makalesi önemli bir giriştir. Kant, aydınlanmayı bir erginlik projesi olarak sunar. Erginlik, akıllı kullanma cesaretinin gösterilmesidir. "*Sapere Aude!*"; yani, "Bilmeye cesaret et!" ilkesi temel bir mottodur.

Kant bir başka çalışması olan *Fakültelerin Çatışması*'nda aklın kamusal kullanımı işini felsefe fakültesine verir. Hukuk, tıp ve teoloji gibi fakülteleri ise aklın sivil ve özel kullanımı ile ilişkilendirir. Bu bölümler devlet için edimde bulunma potansiyelini kurarlar. Onun için kendileri de itaat etmelidirler. Filozofların misyonu ise, Platon'u andırır biçimde, aklın kamusal kullanımını daha fazla ilerletmek ve özgürlüğü, aydınlanmış olsun ya da olmasın, daha az despotizme yol açacağı umuduyla hayata geçirmektir. Yani bu amaca erişimde aydınlanmış despotizm bile rol oynayabilir¹⁶.

Kamusal akıl tartışması açık uçlu ve sınırlandırılmamışken, aklın özel kullanımı sınırlandırılmıştır. Bu alanda kişi tartışamaz; ancak itaat eder.¹⁷ Aklın özel kullanımını aydın tekeline veren Kant, belirli bir aydınlanmış

¹⁴ HOLLINGER, 2005, s. 17 vd.

¹⁵ Tam da bu değerler yönünden aydınlanmanın Nietzsche tarafından eleştirildiğini görüyoruz. Gerçekten de Nietzsche bilgi ve rasyonalitenin her şeyden değerli olduğunu eleştirmektedir. Örneğin bilimin kendisi bir inanç olarak tezahür edebilir mi? Böyle olduğunda ortaya koyduğu standartları tahrip eden kanıtları yıkıcı olabilir.

¹⁶ HOLLINGER, 2005, s. 25. Ayrıca bkz. Aynı sayfa dipnot 21.

¹⁷ HOLLINGER, 2005, s. 23.

despotizm türü konusunda kararsızlık içindeymiş gibi görünür.¹⁸ Kant, yargı ve diyalogun evrensel yönlerini de vurgulamaktadır. Nihayet, aklın insanı makûliyete çekeceği fikri perdenin arkasında durmaktadır. Ancak bu, kitlelerin zekası ile ilgili bir karamsarlıktır ve aydınlanmanın politik, zayıf yönü olarak görülebilir.¹⁹

Kitlelerin hakikati bilmedeki yetersizliği ve hakikat etkili bilgi inşası sorunu sosyal bilimler alanında daha da ciddileşmektedir. Doğa bilimlerinin, dünyanın disipline edilmesi olarak anlaşılması halinde, Comteçu anlamda pozitif felsefe olarak sosyoloji biçiminde isimlendirilen bilim de toplumların disipline edilip yönetilmesiyle ilgili olacaktır. Genel pozitivist eğilimlerin “nesnelere hâkim olma” fikrinden yola çıkan “bilimci” anlayışı, söz konusu sosyoloji olduğunda, dizayn edilebilir bir toplum ve dolayısıyla bir düzen fikrine paralel düşmektedir. Ancak giderek değişim ve çatışma eksenleri üzerinden toplumsal yapıyı kavrama gereğine yapılan vurgu, sosyolojiyi de farklılaştırmıştır. Bu, Comte’un doğrusal bir çizgide pozitif toplum biçimine doğru yönelen toplumsal yaşamı tasarımının yerine düzenin sorgulanmasına neden olan eleştirel bir sosyolojinin geçirilmesidir. Bu sorun “düzen problemi” olarak adlandırılır ve arka planı ideolojik okuma ile doldurulur. Tarihsel bağlamda toplumsal düzen “şeylerin münasip düzeni” olarak tasvir edilmiş ve anlaşılımsken modernite, eski hiyerarşileri parçalayarak yeni bir inşâ geliştirmiştir. Şeylerin münasip düzeninin yerine toplumsal örgütlenmenin araçsallığı ile birey ön plana çıkarılmıştır. Nihayetinde toplum içinde bulunmanın nedeni, amaçların ve erdemlerin bir düzeni değildir. Artık bireyin menfaatlerine dayanan olumsal ve araçsal bir bakış söz konusudur.

Aydınlanma *epistemesinin* özellikle Anglo Sakson dünyasındaki ifadesi olarak görülebilecek pragmatizm ve faydacılık niteliklerini betimleyen Taylor, benlik bağlamında modernite taraftarı görüşün “yararcılık”, modernite karşıtı görüşün ise “dışavurumculuk” olarak isimlendirilebileceğini söyler. Her iki benlik düşüncesinin de Sartre’ın “Tanrı olma arzusu” dediği şeyi nasıl cisimleştirdiğini merkezi tez olarak sunar. Taylor’a göre tüketim kültürüne götüren yararcı görüşte, insanın kendisini geliştirme paradigması “faydalı” olan eylemden geçmektedir. Oysa dışavurumcu görüş, hem

¹⁸ HOLLINGER, 2005, s. 23.

¹⁹ Modern benlik kendisini Tanrıya ya da geleneğe müracaat etmeksizin olumlar veya yaratır. Bu, moderniteyi kültürel yaratıcılık açısından pozitif değere sahip olan bir şey olarak gören Faustçu ve Prometheusçu benliktir. Bir uça Aristoteles ve Hegel’in kendini gerçekleştirme geleneğini benimseyen bir görüş vardır. Hem olumlama hem de olumsuzlama eğilimleri aynı kaynaktan doğmuştur. Özellikle romantiklerden sonra modernizm karşıtlığı giderek yükselmiştir.

burjuva sosyal benliğine hem de yararçı egoist benliğe karşı “gerçek benliği” bir bütün olarak ahenkli hale getirmekle ilgilenir. Taylor özü itibarıyla modernizmin ikircikli yapısının, bu iki ifadesinin birden ortaya çıkmasının sebebi olduğunu söylemektedir.²⁰ Taylor, bu noktadan hareketle benlik durumlarının geçirdiği başkalaşıma da göndermede bulunur bunu üç temelde ortaya koyar:

- Ahlaki ufku kararması,
- Araçsal akıl karşısında amaçların geri plana itilmesi yani dünyanın büyüünün bozulması,
- Özgürlüğün yitirilmesi.²¹

Taylor’ın tespitinden hareketle ve modernin izleği aktarıldıktan sonra postmodern duruma geçebiliriz. Postmodernlerden bilgi, iktidar ve politika konularında sosyal bilimlerle ideoloji konularında, sosyal bilimlerle ideoloji arasındaki bağlantıları daha yararlı şekillerde görmemize yardım edebilecek ne gibi şeyler öğrenebiliriz²² sorusu, postmodern duruma dair izleğin başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Aydınlanmadaki bütünlükçülük, aklın evrenselliği ve insanlığın ilerlemesi tezleri postmodernizmin şüphe duyduğu noktalardır ve aydınlanmacı elitizme duyulan nefreti de körükler. Örneğin Foucault, kendisi ile aydınlanma arasındaki bağın doktrinsel öğelere sadakat değil felsefi bir *ethos*’un sürekli canlı tutulması olduğunu belirtirken tam da bu noktayı vurgulamaktadır. Aydınlanma projesi islah edilebilir mi sorusuna ise Habermas evet demektedir; ancak genel olarak bu yargının bir umutsuzlukla “Her şey gider” diyen postmodern düşüncede bir tepki alanı olarak kaldığı da açıktır.

Postmodernler, öncülleri ve sonuçlarıyla kül olarak aydınlanmayı reddederler. Özellikle verili ve evrensel olduğu tasarlanıp iddia edilen akla karşı çıktıkları gibi bu akla hasredilen normlara da karşı çıkmaktadırlar. Postmodernizm, bilim ve modernitede hâkim oldukları halleriyle benlik, toplum, akıl, değer ve tarih kavramlarını yeniden düşünmemizi istemektedir. Ayrıca bu düşünme üzüntü, ütopya ya da nostaljik kaygılara kapılmaksızın yapılmalıdır.²³

²⁰ Charles TAYLOR, *Modernliğin Sıkıntıları*, çev. Uğur Carbilen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 71. Ayrıca Bkz. Charles TAYLOR, *Modern Toplumsal Tahayyüller*, çev. Hamide Koyukan, Metis Yayınları, İstanbul 2006, s. 17 vd.

²¹ TAYLOR, 1995, s. 12 vd.

²² HOLLINGER, 2005, s. 276.

²³ HOLLINGER, 2005, s. 251.

Benlikle ilgili modern görüşlerin tipolojisi;

- 1- Rasyonel seçim modelleri (egoizm), bilim, mimari, edebiyat, ticaret, politika ve hukuk alanlarında bir postmodernite kültürünü destekler.
- 2- Dışavurumcu ve romantik benlik görüşü antimodernite kültürünü, başkaldırı edebiyatı ve sanatı destekler.
- 3- Modern benlik ikirciklidir. Bu görüşe göre, ilk iki perspektif özne olarak aynı benlik görüşünü cisimleştirir (hümanizm).

Postmodernler ilk iki perspektifi reddederler. Zira özellikle kartezyen akılcılıktan doğan ve aydınlanmanın bilim ve akılla beslendiği inancının temelinde bulunan kültürel idealler, modern kimlik idesine de temel teşkil eder.

Görüleceği üzere, modernitenin “bilgi sarayları” olarak üniversiteler de, yukarıda verilen alan tanımına uygun olarak özerkliği iddia edilen ve iç yasalarını haiz mikro-kosmosturlar. Üniversitelerin ve burada üretilen bilginin evrensel olduğu iddiası da onların zeminini oluşturan arka planlarında düşünsel kaynaklarını ve meşruiyet temellerini bulmaktadır. Postmodern müdahaleler aklın otonomisini karşılara aldıkları ölçüde bu akla dayanan bilgi üretim, depolama ve yeniden üretim mekanizmalarını da karşılara almışlardır. Ancak bir not olarak düşülebilir ki, bu müdahalelerin sahipleri de üniversitelerde adlarına kürsüler açılan ve arka plan tarafından sarıp sarmalanan bir yapıya dahildirler.²⁴

III. İÇSELLEŞMİŞ DIŞSALLIK OLARAK: *HABITUS*

Burada ilk önce *habitus* kavramının açıklanmasına ve ardından *homo academicus*'un *habitus*'u ile yakın ilişkili olarak görülebilecek entelektüel kavramının ontolojisine dair bilgi verilmesine çalışılacaktır.

a. *Habitus*

Bourdieu'nün sosyolojik düşüncesinde ve metodolojik izleğinde önemli yer tutan *habitus* kavramlaştırması alan, *universalis* ve arka plan belirlemelerinin bir çıktısı olarak okunabilir. Bourdieu, arka planı aydınlanma ve modernleşme tefekküründen beslenen alan olarak üniversite mikro-kosmosunun sosyolojisinde bu arka plan tespitini olgusallaştırır.

²⁴ Örneğin Foucault, 1970 yılında Collège de France'da, başka bir ifadeyle Fransa'nın en saygın akademik kurumunda kendisi için kurulan “Düşünce Sistemleri Tarihi” kürsüsüne profesör olarak atanmış ve “müdahalesini” çemberin içinden yapmayı tercih etmiştir.

Somut bir olgu olarak ölçümlenmeye ve bu sayede hakkında bilgi edinmeye elverişli bir kategori olarak *habitus*'u ortaya koyar. *Habitus*, bizim de bir dizi makale olarak sunmayı düşündüğümüz araştırmamızın ölçüm ve değerlendirme verilerini sunacak kategoridir ve bu nedenle de ayrıksı bir öneme sahiptir.

Aralarında ontolojik bir ortaklık bulunan alan ve *habitus* kavramları bir biçim içinde inşa edilmede belirleyicidir. Öz olarak “alan” kavramı ise incelenen toplumsal uzayın üstünde bina edildiği yerdir. Alan, kendi belirleyicilik kapsamına girenlere etki eden ve dayatan bir güçtür. Dolayısıyla, bilimle uğraşan birisi o alanda sermaye sahibi olabilmek için bilimsel çevrenin *habitusunu* kendisi için çıkış noktası kabul etmek durumundadır. Yani bu alanın kurallarına bağlı kalmak zorundadır. *Habitus* kavramlaştırması, bilginin ve daha ziyade bilgi üretiminin toplumsal art alanına işaret eder ve bilginin inşa edilir oluşuna göndermede bulunur. Öyle ki, her bilgi gibi bilimsel bilgi de bir inşa sürecinin sonucudur. Ayrıca bilimsel bilgi de kısmi bir bilgidir ve niteliği “daha az yanlış” ya da “yanlışlanabilir” bilgi olmasıdır. Bilimsel bilginin tarihsel koşullarda, dışsal gerçeklik bağlamında inşa edilen bir ürün olduğunu da biliyoruz. Bourdieu, bilimsel bilginin inşa içerdiğini ancak bilimsel sınıranabilirlik ve geçerlilik ilkeleri ışığında bu inşanın gerçekleştiğini belirtmektedir.

Akıl üzerindeki epistemolojik sorgulamalar aklın ilerleme koşullarıyla ilgilidir. Araştırmanın bütün aşamalarında konumu, algılama kategorileri, yöntemi, teorik arka planı ve ürünü refleksiviteye (düşünümsellik) dayalıdır. Bourdieu'nün bilim sosyolojisi anlayışı makro sorgulamaya dayalı ve normatif vurgu taşıyan bir anlayıştır. Refleksivite, sosyoloğun sosyal yaşamın içinde olmanın getirdiği ön kabul ve yanılsamalardan kendisini arındırmasıdır. Refleksivite, *habitus*'un sağlamasını da yapacaktır. *Habitus*, bireyin başından geçen sosyalleşme süreçlerinin (aile, okul vb. gibi) içselleştirilmiş kullanıma hazır, eylem şeması olup bireylerin toplumsal eylemlerini tanımlar. Düşünümsellik ise bu eylemlerin toplum bilimsel ifadelerini ortaya koyar. Klasik sosyolojinin özne-nesne, birey-toplum vb. gibi ayrımlarla alanı belirleyici tutumunu farklılaştırmış olan Bourdieu'nün bu ayrımları aşma girişimine *habitus* ve refleksivite aracılığıyla yani bir kurgu getirdiğini görüyoruz. İnsanın koşulsuz belirlenmişliğini ya da kendi bilinçli tercihleriyle belirleyiciliğini savunan iki görüşün Bourdieu *habitus* kavramı ile birlikte ele alarak yeniden değerlendirmiştir.²⁵ Daha geniş bir ölçekten bakarsak, sosyal alan içinde yaratılan etkiler ne rastgele eylemlerin

²⁵ Johan HEILBRON, “Practical Foundations of Theorizing in Sociology: The Case of Pierre Bourdieu”, *Social Knowledge in The Making* (ed. Charles Camic, Neil Gross and Michèle Lamont) içinde, The University of Chicago Press, Chicago 2011, s. 181-208.

aritmetik toplamı ne de ortak bir planın bütünleşmiş sonucudur. *Habitus* kişiyi toplumsal düzendeki yerine uygun hale getiren eylem setidir. Bourdieu, kendi yarattığı *habitus* kavramı ile faillik-yapı ilişkisini irdelemiştir. *Habitus* insanların toplumsal dünyayı içselleştirdikleri zihinsel yapılarıdır. İnsanlar dünyayı *habitus* aracılığıyla anlarlar. Bu alan ilişkiler ağıyla hem toplumu üretir hem de toplum tarafından üretilir.²⁶

İnsanın sosyal eylemleri, bedenini eylemeye hazırlıklı olduğu yatkinliklerle ilgilidir. Yani her birey kendi kişisel toplumsallaşma süreci içinde nesnel koşulları ve özel *habitus*'una aktarılabilir bir şekilde biçimlenir. Toplumsal pratiklerin iç yapısının dayanağı da *habitus*'la bağlantılıdır. *Habitus*'un kalıcı ve aktarıcı niteliği vardır, farklı toplumsal düzenekler içinde geçişimlidir; örneğin ailedeki yatkinliklerin meslek yaşamına yansması gibi. Bunu Bourdieu “*inşâcı yapısalcılık (structuralism constructivite)*” olarak isimlendirir. Burada söz konusu edilen içselleşmiş dışsallıktır. *Habitus* bireyin özneliği ile toplumsalın nesnellliğini bireyin eyleminde, daha doğrusu bedeninde buluşturur. Bu, bireyin toplumsalı anlamlandırma biçimidir. *Habitus* aracılığı ile klasik sosyolojinin özenle ayırmış olduğu toplum ve birey kategorileri iç içe geçmiş olmaktadır. Bourdieu sosyolojisi her kavram ve kuramın açıklamasının incelenen olgu ve olaya göre değişebileceğini, bu nedenle yapısalcı inşâcılık ya da inşâcı yapısalcılık dışında başarılı bir yöntemin olamayacağını ileri sürmektedir. Kendisi için belirlemiş olduğu bu epistemolojik kanunu *habitus* kavramı ile kurgulamaktadır. Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir; birey başlı başına sosyal bilimin nesnesi değildir; ancak eyleyici olduğu için sermaye sahibidir. Sermayeler bütün oyuncular (eyleyenler) için ellerindeki koz olarak işlevseldir.²⁷

²⁶ George C. HOMANS, *İnsan Grubu*, çev. Baskın Oran, Oğuz Onaran, Ünsal Oskay, TODAİE Yayınları, Ankara 1971, s. 79. Homans'a göre yapının değişimi, öğelerinin dışsal etkide bulunacak müdahaleleriyle de gerçekleşir (HOMANS, 1971, s. 83-214). Bu bağlamda *habitus*, sosyolojik bağlamda ait olunan alan kadar bir grup bağlamı içinde de okunabilir. Grup normlarının bireyler üstünde etkisi vardır. Bu etkiyi Homans, iç ve dış sistem kavramlarıyla açıklamaktadır. Homans, dış sistemi bir toplumun içinde bulunduğu çevrede devamlılığını sağlayan davranış örüntüleri şeklinde ifade ederken, iç sistem toplumun bireyler arasında zamanda gelişen duygularıdır. İç sistem bir anlamda kolektif bilinçtir.

²⁷ Bourdieu'nün çalışmalarında ve konumuz açısından önemli bir yere sahip olan kültürel ve simgesel sermaye alanları üzerinde biraz daha detaylı duralım. Kültürel sermaye bir alanda gücü elinde bulunduranların eğitim yoluyla ailelere ve dolayısıyla bireylere aşıldığı bilgi sermayesidir. Simgesel sermaye ise tüm sermaye türlerini çeşitli oranlarda içinde barındırır. Örneğin; diplomalar, koleksiyonculuk, ünvanlar bu anlamda sermayedir. Ekonomik, toplumsal, kültürel ve simgesel sermayeye işaret ediyor. Dört sermaye türünün dağılımı sosyal sistemin sınıfsal yapısını da belirler. Ekonomik sermayenin dağılımı

Bilimin algılama ve davranma tarzlarını üreten *habitus*, eylem alanını da sınırlandırır. Bir toplumsal eylemin sınırları, *habitus* ve toplumsal alan arasındaki diyalektiğin sınırlarıdır. *Habitus* kavramı açısından toplumsal dünya dayatacaktır; ancak eyleyen, bu durumun basit bir nesnesi değildir.²⁸ Diğer yandan düşünümsellik ilkesi ile sosyal bilimcinin araştırması ve kendisi arasında kurduğu ilişki açıklık kazanır. Kendi koşullarından kaynaklanan öğelerin incelemesi üzerindeki muhtemel etkileri kontrol edebilmesi sağlanmış olur. Bu, “katılımcı nesneleştirme (*objectivation participante*)”²⁸ dir. Yani bilgi öznesinin araştıracağı nesneden önce kendisini nesneleştirmesidir düşünümsellik ve bu, aynı zamanda Bourdieu sosyolojisinin temel bir ilkesidir. Düşünümsellik ilkesi ile toplumun büyümesi bozulur; metafizik kader olduğu sanılan şeylerin ise aslında tahakküm göstergeleri olduğunun ispatı sağlanır.

Habitus, yukarıda da ima edildiği üzere, farkına varılmadan kazanılmış düşünce, davranış ve zevk şablonu demektir. Geniş anlamda siyasal ve toplumsal modernlik daha doğrusu kapitalizm ve onun sonucu olarak bireycilik, sorumlu olma yerine kendine daha kolay yaşama imkânı verecek “gündelik” içinde yapılanarak, kayıtsızlığı hâkim forma dönüştürmüştür. Gündelik ise, aşırı bireyleşme ile parçalanmış, bağlan(a)mayan bir yaşamdır. Gündelik, bu hali ile Bauman’ın söylemiyle “hafif, estetik ve akışkan” alanda varlık bulur. Bunun tam zıddı olan tarihsellik ise sorumluluk ve “etik kararlılık” gerektirir. Eksenleri bu şekilde ortaya konulan araştırma nesnesinin kavramsal karşılığı *habitus*’tur.

Habitus, aynı zamanda, bir sermaye birikimi alanıdır. Fiziksel sermaye kavramı hem iktidarın hem de üretim biçimlerine odaklanan sosyal açıklama şemalarının önemli bir kavramıdır. Kavramın insan yetenek ve eğitiminin de bir sermaye biçimi olarak kabul gördüğü “beşeri sermaye” kavramı ile birlikte iktisat, işletme, sosyoloji ve siyaset bilimi alanlarında sosyal sermaye, entelektüel sermaye ve kültürel sermaye kavramlarının bileşenlerine ayrılarak incelendiğini görüyoruz. Sınıf temelli toplumsal açıklama şemalarının yerine sermaye kavramını önermektedir. Bourdieu, sermaye kavramını da alan ve *habitus* kavramları ile desteklemektedir. Bu saptama, sosyolojinin bir bilim olarak formüle ettiği önermelerin, bu önerme onu üreten özneye uygulandığında da anlamlı sonuç verip vermediğinin sorgulanmasıdır. Bu bir

hiyerarşisinin baskın ilkesidir. Kültürel sermayenin dağılımı ile daha az baskındır. Bu zıtlık iktidar alanını şekillendirir.

²⁸ Bu tespit nedeniyle Bourdieu’nün kurduğu düşünme biçimiyle *habitus* aracılığıyla bireyin yaratıcı ve yenilikçi davranışlarını görmezden geldiği noktasında eleştirilmektedir. Anlaşılır-hissedilir ve beden-akıl ikiliklerini görmezden geldiği ileri sürülmektedir. Bireyin çelişkisiz olduğu yanılması da aşamadığı düşünülmektedir.

iç muhasebedir.²⁹ Sosyal bilimler alanında bilginin elde edildiği ortamın da inceleme konusu yapılması ile bir iç muhasebede hesapların gerçekliği anlaşılabilir. Bu çok önemli bir metodolojik incelmeliştir.

Sosyal sermaye, ekonomik kalkınmayı etkileyen toplumun sahip olduğu normlar, kurallar, ağların yanı sıra ve özellikle iletişim ve güven kavramlarını da içeren bir genişlikte tanımlanmaktadır. Sosyal sermaye iki açıdan irdelenir; ilki formel ya da informel olabilen normlar aracılığıyla insan davranışlarının yönlendirilmesi ve bağlılığın yüksek oluşu ile birlikte ortaya çıkan verimlilik. İkinci açı ise gönüllülük esaslı çerçevesinde ortaya çıkan organizasyonların sosyal sermayeyi artırıcı gücüdür.

Eğitilmiş ve yetenekli insanların katkılarının sermaye olarak adlandırılması ile entelektüel sermaye isimlendirmesi bir alt sermaye türü olarak ortaya çıkmıştır. Entelektüel sermaye, bir kuruma, çalışanların bildiği ve kuruma yöneldiği alanda üstünlük kazandıran her türlü katkıdır. Diğer tüm sermaye biçimlerinden farklı nitelikler gösterdiği için görünmeyen enformasyon varlıkları olarak adlandırılmaktadır. Bu itibarla entelektüel sermayenin özelliklerini şöylece sıralayabiliriz:

- Entelektüel sermaye, görünmeyen varlıkların toplamıdır,
- Entelektüel sermaye kalıcı rekabet üstünlüğü sağlar,
- Entelektüel sermaye yönetsel sorumlulukla yönetilmelidir ve
- Entelektüel sermayenin artış ve azalışı entelektüel performans olarak isimlendirilmektedir ve ölçülebilir.³⁰

Kültürel sermaye ise bir nesilden diğerine aktarılan genel kültür birikimi, bilgi ve beceriye atfen kullanılır.

Bourdieu'ye göre bireyin yaşamında bir yandan öğrenme süreci devam ederken, diğer yandan insanın rasyonel düşünme yetisi de gelişmeye devam eder. Kişi, içinde bulunduğu sosyal sınıfın özellikleriyle şekillenir; meslek, yaşam tarzı ve tüketim alışkanlıklarında da sosyalleşir. Sosyalleşme sürecindeki öğrenmelerin bütünü kültürel sermayeyi oluşturur. Bourdieu kültürel sermayeyi çeşitlere ayırmaktadır.

- 1- İçselleşmiş Kültürel Sermaye
- 2- Kişiselleşmiş Kültürel Sermaye
- 3- Kurumsallaşmış Kültürel Sermaye

²⁹ Pierre BOURDIEU, *Homo Academicus*, çev. Peter Collier (İngilizce basım için önsöz), Stanford University Press, Stanford, California 1988, s. xii.

³⁰ Robert PUTNAM, "Social Capital: Measurement and Consequences", <http://www.oecd.org/dataoecd/>, (Çevrimiçi), 21.01.2015.

İçselleşmiş kültürel sermaye, kabul gören kültürel tavır, tercih ve davranışları gösterecek sosyalizasyon sürecini betimler.

Kişiselleşmiş kültürel sermaye ise daha çok ürüne dönüşmüş olan kitap, makale, program vb. gibi ürünlerde görülür. Bunların bir değer olarak kabulü ancak içselleşmiş kültürel sermayenin varlığına bağlıdır.

Kurumsallaşmış kültürel sermaye ise, elde edilen standartları belgeleyen nesnelere görünür hale gelir, diploma, sertifika vb. gibi.³¹

Kültürel sermayeyi şu kriterleri kullanarak ölçebiliriz;

- Resmi eğitim düzeyi,
- Kişinin kültürel etkinliklere katılımına olanak veren doğduğu ve yaşadığı yerleşim yerinin büyüklüğü,
- Bireyin kültürel faaliyetlere katılım sıklığı önemli değişkenlerdir ve bu değişkenler kullanılarak bir indeks yaratılabilir.

Güven duyma sosyal sermayeyi yükselten önemli bir öğedir. Bourdieu sosyal sermayeyi karşılıklı tanıma ilişkilerine sahip olmaya bağlı kaynaklar olarak tanımlamaktadır. Karşılıklı tanıma grup ilişkilerini gösterir. Gruba üyelik hem üyeye bir sermaye kazandırır hem de üye sayesinde grup sermayeyi kazanır. Sosyal sermaye diğer sermaye türlerinden farklı olarak bireysel çabanın sonucu olmayıp ortaklaşa alana aittir. Sosyal sermayenin farklı boyutları da vardır. Farklı sınıflandırmalar olmakla birlikte genel olarak şu boyutlar üzerinde durulur;

- Grubun nitelikleri,
- Genelleştirilmiş kurallar,
- Birliktelikler,
- Girişkenlikler,
- Bağlantılar,
- Gönüllülük ve
- Güven.

Bu kriterler göz önünde tutulduğunda sosyal sermaye, toplumun sağlıklı bir sosyal yapıya kavuşması ve üretkenliğini sağlamasına hizmet eden normlar, sosyal ağlar ve insanlar arası güvenin bir arada ele alındığı sermaye

³¹ BOURDIEU, 1988, s. 194-208.

türü olarak tanımlanır.³² Tüm bu göstergeler kullanıldığında Bourdieu'nün kültür, iktidar ve tabakalaşma ekseninde sosyolojik bir epistemoloji kurduğunu söyleyebiliriz. *Habitus* kültürel, entelektüel ve sosyal sermaye, tabakalaşma eksenli alan kavramı ve alan kavramı aracılığıyla çevre-kışı ilişkisi üzerinden sosyolojik bir perspektif kurmaktadır. Bourdieu sosyolojik yöntem olarak nitel-nicel, yapısalcı-fenomenolojik, ideografik-nomotetik, determinist-volontarist vb. karşıtlıklarını aşarak olguyu incelemek istemektedir. Yöneldiğimiz alan açısından şu sorular ekseninde sorgulama yapılmalıdır;

- Bilginin niteliği ve bilginin niteliğindeki değişim,
- Entelektüel kimliği, entelektüel kimliğin niteliğindeki değişim ve dönüşüm,

³² Bourdieu, sermayeye ilişkin sekiz gösterge belirlemiştir,³²

1. *Habitus* ve akademik başarının şekillenmesinde belirleyici olan toplumsal etken ekonomik sermaye ve özel olarak kültürel ve sosyal sermayedir (Gösterge olarak ebeveynin mesleği, coğrafi ilişkisellik, ailenin köken ve aidiyeti).
2. Eğitimsel sermaye gibi önceki etkenlerin tortularının işlenmesi; örneğin, eğitimsel etken olarak
 - Eğitim alınmış olan okul,
 - Eğitim kurumunun bulunduğu yer (taşra-büyükşehir),
 - Orta öğretim başarı notu,
 - Devam edilen başkaca eğitim kurum ve programları,
 - Bu eğitimlerle elde edilen nitelikler.
3. Akademik iktidar sermayesi:
Örnek olarak,
 - a) Enstitü veya üniversitelerdeki danışma kurullarına üyelik,
 - b) Dekanlık, enstitü müdürlüğü gibi daimi kadro sahipliği,
 - c) Ulusal düzeyde yapılan sınavlarda kurul üyeliği.
4. Bilimsel iktidar sermayesi:
Bir araştırma biriminin, bilimsel bir yayının yöneticisi olmak, araştırma için eğitilen bir enstitüde ders vermek veya bilimsel araştırma kurumu üyelik veya yöneticiliği.
5. Bilimsel saygınlık sermayesi:
Enstitü üyeliği, interdisipliner çalışma birimlerinde yer alma, çeviri faaliyetleri, (*Citation Index* alanlarında yer alan dergilerde yayın yapmak, o yayınlardan atıf almak, o tür yayınların hakemliğini veya editörlüğünü yapmak, ancak bu gösterge fakülteler arasında çok farklılık gösterdiği için Bourdieu kullanışlı bulmuyor) uluslararası kongrelere katılım.
6. Entelektüel bilinirlik sermayesi:
(Fransa örneği için *Académie Française*) Fransız Akademisi üyeliği, Larousse'da anılmak, televizyonda görünmek, gazete ve dergi yazarlığı.
7. Siyasal ya da ekonomik iktidar sermayesi:
"Kim kimdir?" de (*Who's Who*) anılmak siyasi görev veya planlama komitelerinde yer almak (*polytechnique*) meşhur okullarda ders vermek, devlet nişanı madalya ve ödül alma.
8. En geniş anlamda siyasi eğilimler:
Parti kongrelerine katılma, entelektüel kamuoyu oluşturma bildirimlerini düzenlemek, bildirimleri imzalamak vb. gibi faaliyetler (BOURDIEU, 1988, s.39 vd.).

- Konu sosyolojik açıdan ele alınacağı için sosyolojik araştırmanın makro ve mikro düzeylerde ele alınış biçimindeki değişim ve yönetsel olarak bu ayrımı yıkma çabaları,
- Entelektüel akademisyen ilişkisi, akademisyenin potansiyeli ve meslek olarak bilimcilik,
- Yeni bir sınıf olgusu olarak prekarya ve bunun içinde yer alan akademisyenin durumu.

b. Entelektüeli Yeniden Tanımlamak

Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalar, sosyolojik bir kategori olarak incelemenin konusu kılınacak *homo academicus*'un ve onun *habitus*'unun sağlam bir zeminde tartışılmasını sağlamak için yazıldı. Burada, bir başka kategori olarak entelektüele de değinmek zorunlu görünmektedir. Zira bir kavram karmaşasına mahal vermemek için *homo academicus* ile entelektüelin ontolojilerinin ortaya konulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, özgünlük ve özgürlük tartışmaları bir yana ironik olarak maaşlı entelektüel olarak da tanımlanabilen akademisyen kimliğini sorgulamak istemekteyiz.

Bourdieu, entelektüeli, erkler karşısında ve kabul gören görüşleri eleştiren ve basitleştirici seçenekleri yıkan bir eylemci olarak tanımlar.³³ Akademisyenin toplumsal rolü, kültürel çalışmalar perspektifinden tanımlanacak olursa toplumsal yaşamda durduğu yerden müdahil, demokratik ve sivil toplum örgütleriyle etkileşim içinde çalışan, toplumdaki süjeyi, kültürel, ekonomik eşitsizliklerle ve cinsiyet ayrımcılığına ve bütün anti demokratik uygulamalara siyasi tepki gösteren etkin öznenin konumuyla birlikte okunmalıdır.

Sosyolojik bağlamda ise entelektüel geleneğin mirasçıları, esas olarak yeni ya da meydan okuyucu fikirlere düşmanlıkla yaklaşan kurumlarda (üniversiteler) çalışmaktadır. Akademisyenler zorunlu olarak kariyer yapan sonra entelektüel olanlardır.³⁴ Özel olarak üstünde durmak istediğim entelektüelin görevleri ve ahlaki sorumlulukları arasında bir ayrım olup olmadığı hususudur.³⁵ Kültürel çalışmaların “vaadi” organik entelektüel

³³ Pierre BOURDIEU, *Karşı Ateşler*, çev. Halime Yücel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006, s. 80 vd.

³⁴ Gordon MARSHALL, *Sosyoloji Sözlüğü*, çev. Osman Akinhay, Derya Kömürcü, Bilim Sanat Yayınları, Ankara 2003, s. 201.

³⁵ Michael ALBERT, Noam CHOMSKY, *Entelektüellerin Sorumluluğu (1993 Söyleşi: Michael Albert)*, çev. Nuri Ersoy, BGST Yayınları, İstanbul 2005, s. 8 vd.

fikrinin akademik kurumsallaştırmasıdır. Entelektüel kimliği nedeniyle akademisyeni bilimsel bir çalışmanın konusu olarak seçmek bu aktörlerin çeşitli toplumsal, kültürel ve teknolojik gelişmelere verdikleri tepkiler ve değişimleri de kapsar.

Raymond Williams “Anahtar Sözlükler” adlı çalışmasında entelektüelin tarihsel kökenini 19. yüzyıl başlangıcına tarihlemiştir. Belli bir türde kişi ya da belli işi yapan bir kişi olarak “*intellectual*” zihinsel işleri yapan insanları anlatmak üzere çoğu zaman yansız ama bazen de olumlu ya da olumsuz anlamda kullanılan bir terim olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Entelektüelin bir toplumsal rol kategorisi olarak kimi zaman sınıf üstü varoluş öznesi olarak kimi zaman da toplumsal sorumluluk taşıyıcısı olarak tanımlanan bir aktör oluşunu da vurgulamak gerekir. Entelektüele biçilen rol ve beklentiler toplumsal gereksinimler doğrultusunda da yeniden belirlenebilir. Örneğin, Foucault’nun 19. ve 20. yüzyıllarda evrensel adalet ve yasa adamı yerini giderek yolcu entelektüele bıraktığı saptaması yeniden belirlemenin örneğidir.³⁷

Dünya kavramını bir anlam sorununa dönüştüren kişi, entelektüeldir. Entelektüel, bir birey olarak kendi özdeşünümüllüğü içerisinde dünyayı, toplumu ve hayatı anlamlandırmak ve yeniden inşa etmek üzere zihninde bütün ayrıntıları ve gerçekliği içerisinde yeniden canlandırmaktadır. Entelektüel, tarih boyunca doğal etkinliği ve tanımlama alanı olan düşüncenin sonuçlarını ve bu eylemle birlikte ortaya çıkan bilgi ve üretimini, çoğunlukla yazarak ve yayınlayarak dolaşıma sokan ve paylaşımına açan kişidir. Bu boyutta dünyayı ve toplumu zihninde inşa ettiği kavramlarla değerlendirir, özgür aklının süzgecinden geçirir. Entelektüel kendi çalışma alanında kavramsallaştırma, metodoloji ve kategorileştirme ile meşguldür. Çalışma biçimleri monografi ağırlıklıdır.³⁸

Entelektüel kendi iç dünyası ve bireyliğinde, bu bakıma biçimiyle inşa edilmemiş hiçbir ilkeye, değere, güce, müesses düşünceye ve inanca biat etmez.³⁹ Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir; tarihsel, toplumsal ve kültürel bir bütünlüğün içinde olan bir kişi olarak kendisi de bir inşa değil midir?

³⁶ Raymond WILLIAMS, *Anahtar Sözcükler*, çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 203 vd.

³⁷ Michel FOUCAULT, *Entelektüelin Siyasi İşlevi*, Hz. Ferda Keskin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2005, s. 19 vd.

³⁸ Zeki ÖZCAN, “Sosyo-Kültürel Fenomen Olarak Entelektüeller”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 35-62.

³⁹ Cemil MERİÇ, *Mağaradakiler*, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 231.

Modernitede aydın, münevver⁴⁰ veya entelektüel, aydınlanma düşüncesinin bütünlükçü yapısına paralel biçimde tek bir ideal tip olarak ele alınıp incelenebilirken, postmodern düşüncede birçok sıfatla birlikte anılan entelektüel(ler)den bahsedilmektedir. Kamusal entelektüel, organik entelektüel, geleneksel entelektüel, spesifik entelektüel, kural koyucu ve yorumlayıcı entelektüel ayırım ve nitelendirmeleri konumuz açısından önemlidir. Örneğin, bir kişi profesyonel meslek alanı dışında daha geniş bir kitleye yazmaya ve konuşmaya karar verirse o zaman “Kamusal Entelektüel” olduğundan bahsedebiliriz.

Kamusal entelektüel her alanda söz söyleyebilen, sadece uzmanlık alanıyla sınırlı kalmayan entelektüeldir. Kamusal entelektüelin modern entelektüelin ilk örneği olduğunu⁴¹ söyleyenler olduğu kadar kamusal alan-özel alan ayırımı bağlamında Habermas üzerinden okuma imkânı da değişik çağrışımlara yol açabilmektedir. Entelektüelin doğası ve gelişiminin “kamu” kavramı ile ilişkisi üzerinde duranlar, terimin içerden bir tanımlama açısından değil, dıştan bir değer yükleme ile olan ilişkisini vurgulamaktadırlar. Bu dışsallık, kamusal algı entelektüeli kamusal bir imgeye dönüştürür.⁴²

Entelektüel etkinliğe dair daha sivri politik bir söylemi Edward Said geliştirmiştir. Entelektüelin bir misyonu vardır. Bu da toplumun dışında kalabilmek ve *status quo*'yu rahatsız edebilecek güce sahip olmaktır. Edward Said'in 1993 tarihli konuşmaları bu bağlamdaki entelektüel kimliğini hem kamusal anlamda hem kişisel bağlamda entelektüelliği bir arada değerlendiren ara bir form gibidir. Kamusal entelektüel nitelendirmesi iktidar ve entelektüel ilişkisinin sorgulanmasını gerektirir.

Entelektüelin sınıfsal konumu sorunu Marksizm açısından önemli sınır sorunlarından birisidir. Sınıf indirgemeciliği olarak isimlendirebileceğimiz bu sorunu önemli bir nirengi noktası Gramsci'ye dayandırabileceğimiz organik-geleneksel entelektüel ayırımı ile birlikte ele alabiliriz. Gramsci entelektüelin iki uçta billurlaştığını belirtir;

⁴⁰ Türkçede münevver sözcüğü benzer bağlamda kullanılır. Şerif Mardin, alelumun “aydınlr” kavramını tarihsel-toplumsal koşullara göre değerlendirmenin gereğine işaret ederek entelektüelin “Literati” yanına vurgu yapar. Literati yani geleneksel toplumlardaki zümrevi bilme ayrıcalığını devam ettiren, geleneğin aktarılması ve müesses nizamın muhafazası işlevlerinin vurgulanmasına kadar genişleyen bir entelektüel tanımı sunmaktadır (Şerif MARDİN, *Türkiye’de Din ve Siyaset*, İletişim Yayınları, İstanbul 1991, s. 263 vd).

⁴¹ Ahmet ÇİĞDEM, *Entelektüeller ve İdeolojiler*, der. Ömer Laçiner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s. 8 vd.

⁴² Oktay ÖZEL, “Tarih, Tarihiçi ve Entelektüel-Kamusal Bağlamında Türkiye’de Güncel Değİnmeler”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 71.

İlki, bürokrasi sınıfının biçim almış hegemonya bürokrasi ideolojisine katkıda bulunan kurumdur. İkincisi ise, bürokrasi ideolojisi ile mücadele eden ve işçi sınıfının parçası olarak emekçi sınıfın karşı-hegemonik ideolojisine katkıda bulunanlardır.⁴³ Bu ayrımın günümüz entelektüellerinin pozisyonları açısından karşılığı olarak hegemonyanın organik entelektüellerinin her gece izlenen televizyon programlarında, haberlerde uzman görüşü bildiren, gazetede köşe yazarlığı yapan, internet sayfaları düzenleyerek kamusal entelektüel bir dilin taşıyıcısı ve kullanıcısı olanlardır.

Gramsci teori ve pratiğin birleşimi ile ilgili olarak entelektüellere önemli bir sorumluluk vermiştir. Yaşam birliğini gerçekleştirecek tarihsel bloğun yaratılması için aydınla ulusun halk kesimi arasında bir duygu bağlantısı kurma görevi vardır.⁴⁴ Gramsci'nin katkısı entelektüelin toplumsal koşullar tarafından belirlendiğini varsayan yaklaşımın bir uzantısı sayılabilir

Foucault ve Bauman gibi kuramcılar da entelektüelin yeniden tanımlanmasında kullanılabilecek önemli argümanlar sunmuşlardır.⁴⁵

Bilgi ve iktidar ilişkisi bakımından entelektüelin konumlandırılmasında özel olarak Foucault ve Bauman yaklaşımları da yararlı olacaktır. Foucault entelektüelin bilgi üreten aktör olarak iktidarın işleyişindeki konumuna odaklanmıştır. Odaklandığı noktada bir yeni entelektüel tanımı da sunmuştur. Buna “Spesifik Entelektüel” demektedir.⁴⁶ Tarihsel öncülü “bilgin” olan bu entelektüel, spesifik bir disiplin alanında ya da kuramda çalışmaktadır. Spesifik entelektüel, öncülünden farklı olarak, bütünleştirici bir pozisyonda değildir. Uzmanlık ve beceri ile de alanın içinde yer alır. Foucault evrensel entelektüeli dışlar ve işlevsizleştirir. Spesifik entelektüele ise büyük bir dönüştürücü güç atfetmez. Entelektüel üretim aygıtına değil, enformasyon aygıtına bağlıdır. Diğer insanların doğrudan sahip olmadıkları, belli kitapları okumanın verdiği bilgiye sahiptirler.⁴⁷ Ayrıca, iktidar ve bilgi ilişkilerini, bu ilişkilerin içinde yer tuttıkları ve toplumsal bağlamda dolaşımda oldukları *dispositif*’leri ifşa etmek de, Foucault’ya göre, entelektüelin ediminin “olması gereken”ini oluşturur.

⁴³ Antonio GRAMSCI, *Hapishane Defterleri*, çev. Adnan Cemail, Belge Yayınları, İstanbul 1997, s. 34 vd.

⁴⁴ GRAMSCI, 1997, s. 22 vd.

⁴⁵ Ancak, anlaşılacağı üzere, sınıf eksenli, bilgi-iktidar ilişkisi eksenli ve *habitus-homo academicus* eksenli tanımlardan biz bu çalışmada özel olarak Bourdieu’nün argümanları ile yeniden bir betimleme yapmaya girişiyoruz.

⁴⁶ FOUCAULT, 2005, s. 22.

⁴⁷ FOUCAULT, 2005, s. 43.

Zygmunt Bauman ise entelektüelleri kural koyucu entelektüeller ve yorumlayıcı entelektüeller olarak ayırır. Bauman, yorumlayıcı entelektüellerin günümüzde ağırlık kazandığını ve entelektüellerinin toplumsal rolünü depolitize ettiklerini düşünür; zira onlar bir dönüşüme uğramışlardır. Yorumlayıcı entelektüel günümüzde danışman, uzman ve memur olmuştur. Evrensel ve mutlak olana bağlı olarak tanımlanabilecek gerçek anlamdaki entelektüelin ise giderek marjinalleştiğini ve artık “bilgi sınıfının öteki üyeleri”ne dönüştüklerini söyleyerek onları işlevsizleştirmektedir.⁴⁸ Ona göre ne yazık ki entelektüeller tanımlayıcı özellikleri olan toplumun sorgulanması görevinden el çekmişlerdir.⁴⁹

Elbette, sosyolojik bir kategori olarak genel anlamda entelektüele ve özel anlamda entelektüelin konumuna, tarihsel ve toplumsal misyonuna ve entelektüel aklın niteliğine dair düşünceler bu isimlerden başka düşünürlerce de ifade edilmiştir. Bu düşüncelere ve entelektüel kategorisine ilişkin düşüncelerine dair aşağıda yer alan tabloya bakıldığında, bu çeşitlilik görülebilecektir.

⁴⁸ Zygmunt BAUMAN, *Modernlik ve Müphemlik*, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2009, s. 125 vd.

⁴⁹ Zygmunt BAUMAN, *Bireyselleşmiş Toplum*, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2008, s. 34. Burada özel olarak akademik alan içindeki iktidar ve hakimiyet ilişkilerine girmemeyi tercih ediyorum. Ancak bu konuya ilişkin bir pasaja yer verilerek fikrî bir kıvılcıma yer vermekte beis yoktur:

“Pierre Bourdieu bir yerde şuna dikkat çekmişti: Eğer akademik alanı akademisyenlerin hâkimiyet için mücadele ettiği bir oyun alanı olarak düşünürsek, diğer akademisyenler isminizden nasıl bir sıfat yapılacağını merak etmeye başladıkları an kazandığınızı bilirsiniz. Entelektüeller, ‘büyük adamlar’ı merkeze alan tarih kuramlarıyla başka bağlamlarda dalga geçseler de, birbirleriyle tartışırken bu tür kuramları kullanmayı sürdürmekte ısrar ederler. Bunun sebebi, muhtemelen, oyunu kazanma ihtimalini korumaktır.” (David GRAEBER, *Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar*, çev. Bengü Kurtege-Sefer, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul 2012, s. 10.)

	Teorize eden / Model Sunan/Evrensel Akla Yönelen (Tümel/Evrensel Aktı)		Entelektüel Aklin Niteliği	
	İlgi, Çıkar ve Duruşlara Göreli Aktı (Tikel/Kısmi Aktı)	Araçsal Rasyonalitenin Eleştirimi ve Özgürleşimci	Topluma Göreli Konumu	Entelektüelin Konumu
	Topluma İçrek	Topluma Dışrak; Marjinal, Sürgün, Evsiz	Siyasal/ideolojik ve Toplumsal/Sınıfsal Güçlere İlişkin Tutumu ve Konumu (Sınıf-Bağımlı Olup Olmama)	Görelî Özerk Toplumsal Sınıf Olup Olmama Açısından
	İkili bir görünüş içeren	Angaje Olan	Görelî Özerk	Eleştiril- Özgürleştirici / Statükoçu-Hegemonikleştirici
	Angaje Olmayan	Angaje Olabilen Ancak Entelektüel Mesafeliğini de Koruyabilen	Belirli Güçlere/Otoriteye/İktidara Bağlı	Vizyoner ya da Misyoner
	Angaje Olarak Özerk	Görelî Olarak Özerk	Bağımlı Olmakla Birlikte Görelî bir özerkliğe de Sahip	Etkinliğinin Niteliği (Üretici ya da Yansıtıcı)
	Fark İlişmiş/Bağımsız Toplumsal Sınıf/ Zümre/ Tabaka	Bağımlı ya da Dağınık ve Heterojen Bir Grup/Kategori	AKİleştiriminin Eleştirimi	
	AKİleştiriminin Ajanı	İktidarın Eleştirimi	AKİleştiriminin Ajanı	
	İktidarın Eleştirimi	İktidarın Ajanı	İktidarın Eleştirimi	
	Ajanlığının Yanında Eleştiril Nitelik de Taşıyan	Vizyon Sahibi	Ajanlığının Yanında Eleştiril Nitelik de Taşıyan	
	Misyoner Sahibi	Vizyon Sahibi	Misyoner Sahibi	
	Vizyon ve Misyonu Kendinde Birleştiren	Kendi Dışından Aldığı ve Ona Aşkın Olan	Vizyon ve Misyonu Kendinde Birleştiren	
	Dünyaya Özgün ve Üst Konumdaki Bakışıyla İş/gü/Hakıyatı Yansıtan/Aktaran		Dünyaya Özgün ve Üst Konumdaki Bakışıyla İş/gü/Hakıyatı Yansıtan/Aktaran	
Bauman	X	X	X	
Chomsky		X	X	
Foucault	X	X		
Gramsci	X	X	X	
Habermas	X	X	X	
Kant	X		X	
Marx		X	X	
Nietzsche		X	X	
Said	X	X	X	
Weber	X	X	X	

-Literatürdeki Entelektüel Kavramlaştırmalarının Analizi Şeması-⁵⁰

⁵⁰ Ernur GENÇ, “Sosyolojik Açından Entelektüel Kavramlaştırmaları”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 273’ten alınmış olan tablo, metinde değerlendirme konusu yapılmış olan düşüncüler açısından daraltılmıştır. Daha geniş bir sorgulama için ilgili tablonun orijinaline bakınız.

Entelektüel, akademisyenden hiç şüphesiz ki çok daha geniş bir kavramdır. Bu iki kavramın organik bağlarını akademisyenin entelektüel olabilme olanağına bağlayabiliriz. Ancak bu bağlantının her zaman bir zorunluluk olmadığını da eklemek gerekir. Antik Yunan'dan başlayarak üst üste oturmuş olan bilgi severlik ve bilgi öğreticiliği tutumlarının Ortaçağ'dan başlayarak profesyonel öğreticiler ile arasındaki makas giderek açılmıştır. Özellikle bilimin çok daha spesifik alanlarında çalışanların daha doğru bir tanımlama ile uzmanların entelektüelliğinin bir zorlama olacağı da açıktır.

Üniversite ile ilişkide öğretim üyesi isimlendirmesi ile akademisyenlik isimlendirmesi aynı süjeye işaret ediyor gibi görünse de ince bir fark vardır. Üniversiteye bağlı olan sıfatı için öğretim üyesi (ünvanlı ve maaşlı çalışan olarak) terimi kullanılırken, akademisyen fiili icra alanları ile ilişkili örneğin güzel sanatlar akademisi gibi alanlar için daha anlaşılır. Hem Bourdieu hem de ben *homo academicus* derken bu kaydırmayı çok da masumca yapmamış oluyoruz.

IV. MESLEK OLARAK AKADEMİSYENLİK – *HOMO ACADEMICUS*

Homo Academicus nitelendirmesinde sınıfsal ve profesyonel ölçümler üzerinde durmak gerekir. Bourdieu de bu güçlü arka planı, yöneldiği odaklar açısından yeniden sınar. Sonrasında derinlemesine sınıflandırdığı çok sayıda nitel ve nicel veriler aracılığı ile yöneldiği alanları irdeler, bunlardan sonuçlar çıkarır. Bourdieu'nün sosyolojiyi insan eylemlerinin, yönelimlerinin ve yargılarının ardındaki toplumsal mantığı anlamak olarak tanımlamış olması, asıl aranması gerekenin sahici bilgi olduğunu göstermektedir. Bu anlamda sosyoloji, içinde yaşadığımız dünyaya ilişkin yanlış kanaatlerimizin sarsılmasına hizmet edecektir.

Eğitimdeki eşitsizlik, akademik alandaki iktidar ilişkileri üzerinde duran Bourdieu 1967 yılından başlayarak doğrudan topladığı verileri sosyo-analize tabi tutmuştur. Bourdieu'nün sosyolojik gözlemini yönelttiği *homo academicus gallicus*⁵¹ isimlendirmesi Fransız akademisi insanını nitelendirir. Ancak *homo academicus gallicus* evrenselleştirilebilir mi sorusu, ayrı bir meseledir. Entelektüelin analize konu ediliyor olması anlamlı herhangi bir konunun incelenmesi olarak değil, sosyolojik yöntemin vazgeçilmez bir parçası olarak ele alınmasına bağlıdır. Bu inceleme topluma ilişkin anlamlı

⁵¹ Galyalı Fransız anlamında kullanılmaktadır.

bilgi alanlarından birisi olarak entelektüelin hangi kısıtlamalardan etkilendiği ve egemen sınıfla ilişkilerinin ne olduğu bilgisi ile gerçekleşebilir.

Akademik otorite, prestij ve tanıma gibi “bilimsel riskler” için mücadeleye giren muhalif güçlerin etkileşimi sayesinde üretime ve yeniden üretime şekli olarak bu sahanın durumunu yansıtır.⁵² Bourdieu, *Homo Academicus*’un İngilizceye çevirisinin önsözünde bilindik bir öyküye başvurarak konunun meslek olarak akademisyenlik açısından neden irdelendiğini açıklamaya girişmiştir. David Garnett’in 1924 tarihli *A Man In The Zoo* başlıklı öyküsünde hayvanat bahçesini gezmekte olan öykünün baş kişisi, bahçede bir eksiklik hissettiğini söyleyerek ilgililere başvurur. Eksik olan kendisidir. Bu eksikliğin giderilmesi için gönüllü olur ve maymunların yer aldığı bölümün hemen yanındaki yere, üzerinde “Ziyaretçilerin kişisel laflarla sataşmaması rica olunur.” yazılı bir levha asılarak *homo sapiens* olarak kendisine bir bölüm açılmasını sağlar. Bourdieu *Homo Academicus*’u yazarken kendisinin de aynen bu öyküdekine benzer bir işlevi yerine getirmek istediğini belirtmiştir.⁵³ Bourdieu aslında burada kategorize etme konusunda en iddialı olanların kategorize edilmesini tercih ettiği için akademisyenleri kendi ağına düşürdüğünü anlatır. “*Homo Academicus*” bir sosyoloğun akademisyenler üzerindeki çalışmasıdır. Akademik camiaya mensup olanların sahip oldukları sermayelerinin birikim biçimi, sınıfları ve iktidarla mücadele içinde oldukları alan ve bu alanın çıkar bağlantıları nedeniyle Bourdieu bu çalışma nedeniyle çok esaslı eleştirilmiştir. Bu çalışmada Bourdieu, söylemiyle içeriden bir ses olarak kendisini ihbarcı durumuna da sokmuş olabileceği saptamasını da yapmıştır.

Akademik yaşama bakışta önemli bir açılım, emeğin ve bilginin metalaşması nedeniyle ortaya çıkan güvensizlik ve belirsizliğin sorgulanmasıdır. Bu tür araştırmalarda hareket noktasına *precariat* (prekarya) teriminin oturduğunu görüyoruz. Prekarya, İngilizcede belirsiz alan anlamında kullanılan *precarious* kelimesi ile dilimize de yerleşen *proletariat* (proletarya) sözcüklerinin birleştirilmesinden oluşan ve sınıfsal dönüşümü gösteren yeni bir kavramdır.⁵⁴ Proletarya ve genişleyip aşağı doğru çekilmiş olan orta sınıfın bir arada ele alındığı yeni bir kitle gücü olarak tarif edilen bu grubun içine akademisyenler de yerleştirilmektedir. “Çalışan yoksullar”, “güvencesiz işçiler” ve hatta “yeni tehlikeli sınıf”

⁵² Pierre BOURDIEU “The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason”, *The Science Studies Reader* (ed. Maio Biagioli) içinde, New York 1999, s. 31-51.

⁵³ BOURDIEU, 1988, s. xi vd.

⁵⁴ Guy STANDING, *Prekarya Yeni Tehlikeli Sınıf*, çev. Ergin Bulut, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 17 vd.

terimlerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Prekarya aynı zamanda küreselleşme koşullarının doğurduğu bir emek hareketi olarak da sunulmaktadır. Emegın güvencesizleşmesinin karşılığı olan prekarizasyon terimi ile akademik alana bir sıçramadan söz edilmektedir. Burada önemli olan bir nokta, sistemin sınıf atlamak için şart koştuğu eğitime ve mesleki her türlü donanıma sahip olduğu halde sınıfsal düşüş yaşayan beyaz yakalı kitlesinin varlığıdır. Bu kitle, “geleceği olmayan üniversite mezunları” (*graduates with no future*) isimlendirmesi ile ABD’de *Occupy* eylemleri ile Türkiye’de de Gezi olayları sırasında kendisini ifade eden kitleyi de kapsamaktadır.

SONUÇ: NESNELLİĞİN NESNELEŞMESİ

Genel olarak sorun, nesnelliğın nesneleşmesidir. Nesnelliğın nesneleşmesi bir imkândır. Şöyle ki, içinde yaşanan dünyanın nesnel bir biçimde anlaşılması refleksivite ilkesine karşılık gelir. Nesnelleştirmeye odaklanmış olan bilimsel çalışma için oluşturulan kodun özel olarak analize konu olmasıdır. Nesnelliğe ilişkin kriterler varlık bulduğu sosyolojik zeminin araştırılmasıyla ilgilidir. Sosyolojik entitenin yarattığı aidiyet incelenmelidir. Entitenin ise varlık-bağlantı modeli olarak anlaşılması gerekir. Var olan nesnelere ve nesnelere arası ilişkileri, bağlantıları tasvir için kullanılmalıdır.

Nesnelliğın nesneleştirilmesi biçiminde genel olarak ortaya konulan sorun, bu çalışma dizisinde, özel olarak İstanbul Üniversitesi mensubu olan akademisyenlerin hangi *habitus* içinde yer aldıklarının ve akademik sermayelerinin ortaya konulacağı bir ölçümlemeyle neticelenecektir. Çalışma dizisinin öncül metni irade özgürlüğü ve ben inşası meselesini sorunsallaştırmıştı. Öncül metin, benlik’e dair ontolojik giriş için zemini oluşturmayı, ben’in inşası ve yıkılımı ile ilgili ana kabullerini ortaya koyuyordu. Çalışma dizisinin öncül metni, yanı sıra, burada yazılan ikinci metin için de zemin hazırlamaktaydı.

Şu an okuduğunuz makale ise inşâ edilen, yıkılan ve yeniden inşâ edilen benlik’in ontolojik olarak ortaya konulması ile akademik alanda yapılacak analitik bir sosyolojik incelemenin geçişini sağlayacak köprü olarak görülmelidir. Tartışma, ne salt felsefi-teorik ne de salt analitik-pratiktir. Tartışma, bu yönleri içinde barındıran ve çok yönlü iddiasını barındıran bir niteliktedir. Dolayısıyla, bu çalışma dizisini kül olarak teorik-pratik bir araştırma olarak anlamak uygun görünmektedir.

KAYNAKÇA

- ALBERT, Michael, CHOMSKY, Noam: *Entelektüelin Sorumluluğu*, çev. Nuri Ersoy, BGST Yayınları, İstanbul 2005.
- BALKIZ Bekir, ÖĞÜTLE, Vefa Saygın: “Bilim Sosyolojisi Üzerine Bazı Tespitler ve Gündem Önerileri”, *Bilim Sosyolojisi İncelemeleri: Temel Yaklaşımlar, Kavramlar ve Tartışmalar* (ed. Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖĞÜTLE) içinde, Doğu-Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 11-29.
- BAUMAN, Zygmunt: *Bireyselleşmiş Toplum*, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2008.
- BAUMAN, Zygmunt: *Modernlik ve Müphemlik*, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2009.
- BOURDIEU, Pierre: *Bilimin Toplumsal Kullanımları*, çev. Levent Ünalı, Heretik Yayıncılık, İstanbul 2013.
- BOURDIEU, Pierre: *Homo Academicus*, Translated by. Peter Collier, Stanford University Press, Stanford, California 1988.
- BOURDIEU, Pierre: *Karşı Ateşler*, çev. Halime Yücel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006.
- BOURDIEU, Pierre: “The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason”, *The Science Studies Reader* (ed. Maio Biagioli) içinde, New York 1999, s. 31-51.
- ÇİĞDEM, Ahmet: *Entelektüeller ve İdeolojiler*, der. Ömer Laçiner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009.
- FOUCAULT, Michel: *Entelektüelin Siyasi İşlevi*, çev. Ferda Keskin, Işık Ergüden, Osman Akınhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2000.
- GENÇ, Ernur: “Sosyolojik Açıdan Entelektüel Kavramlaştırmaları”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2006.
- GRAEBER, David: *Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar*, çev. Bengü Kurtege-Sefer, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2012.
- GRAMSCI, Antonio: *Hapishane Defterleri*, çev. Adnan Cemail, Belge Yayınları, İstanbul 1997.
- HEILBRON, Johan: “Practical Foundations of Theorizing in Sociology: The Case of Pierre Bourdieu”, *Social Knowledge in The Making* içinde, Ed. Charles Camic, Neil Gross and Michéle Lamont, The University of Chicago Press, Chicago 2011, s. 181-208.
- HOLLINGER, Robert: *Postmodernizm ve Sosyal Bilimler*, çev. Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul 2005.

- HOMANS, George C: *İnsan Grubu*, çev. Baskın Oran, Oğuz Onaran, Ünsal Oskay, TODAİE Yayınları, Ankara 1971.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: “İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından ‘Ben İnşası’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası: Prof. Dr. Vecdi Aral’a Armağan*, Cilt: LXXII, Sayı 1, İstanbul 2014, s. 73-86.
- MARDİN, Şerif: *Türkiye’de Din ve Siyaset*, İletişim Yayınları, İstanbul 1991.
- MARSHALL, Gordon: *Sosyoloji Sözlüğü*, çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim Sanat Yayınları, Ankara 2003.
- MERİÇ, Cemil: *Mağaradakiler*, İletişim Yayınları, İstanbul 1997.
- ÖZCAN, Zeki: “Sosyo-Kültürel Fenomen Olarak Entelektüeller”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 35-62.
- ÖZEL, Oktay: “Tarih, Tarihçi ve Entelektüel-Kamusallık Bağlamında Türkiye’de Güncel Değişmeler”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 63-81.
- PUTNAM, Robert: “Social Capital: Measurement and Consequences”, <http://www.oecd.org/dataoecd>, (Çevrimiçi), 21.01.2015.
- STANDING, Guy: *Prekaryo Yeni Tehlikeli Sınıf*, çev. Ergin Bulut, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.
- TAYLOR, Charles: *Modernliğin Sıkıntıları*, çev. Uğur Carbilen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995.
- TAYLOR, Charles: *Modern Toplumsal Tahayyüller*, çev. Hamide Koyukan, Metis Yayınları, İstanbul 2006.
- TİMUR, Taner: *Toplumsal Değişme ve Üniversiteler*, İmge Yayınları, Ankara 2000.
- VATANSEVER, Aslı, GEZİCİ YALÇIN, Meral: *Ne Ders Olsa Veririz*, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2015.
- WILLIAMS, Raymond: *Anahtar Sözcükler*, çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.

JEAN JACQUES ROUSSEAU'DA KAMUSAL EKONOMİ VE YÖNETİM İLİŞKİSİ ÜZERİNE*

Ulaş Karadağ**

GİRİŞ

Jean Jacques Rousseau'nun *Ekonomi Politik (Discours sur l'conomie politique)* başlıklı metni, daha sonraki bir eseri olan *Toplumsal Sözleşme*'yle¹ (*Du contrat social*), birincinin mantığının ikincinin kurgusunu neredeyse tümüyle kat ettiği sürekli bir ilişki içindedir. Bu ilişki en temelinde ve belli bir sorun bağlamında, hem genel irade kavramının iki metindeki konumunun belirleyiciliğinden hem de Rousseau'nun üstünde durmayı özellikle gerekli gördüğü "ekonomi" (*oikonomia*) kavramının 17. yüzyıl sonrasında geçerliliğini ilan eden bir yönetim paradigmasının keşfine yoğun biçimde atıf yapmasından kaynaklanır. Hatta bu iki kelimenin ("ekonomi" ve "yönetim" in) özlerinde anlamdaş oldukları bile söylenebilir.²

Bu çalışmada Rousseau'nun *Ekonomi Politik* eserine yoğunlaşarak hükümler ve yönetim (kamusal ekonomi) arasındaki ilişkinin hem sınırlı bir doğrultuda izini süreceğiz hem de özellikle yönetim sorununu esasında kendisini nasıl egemenlik sorunundan ayırıp bir ekonomi sorunu olarak ortaya koyduğunu inceleyeceğiz.³ Bu esnada kuşkusuz farklı düşünürlere

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı.

¹ Eserin alt başlığının "Siyasal Hukukun Prensipleri" olduğunu ve "hukuk"un Prof. Dr. Adnan Güriz'in "Hukuk Başlangıcı" kitabında, örgütlü bir siyasal mekanizmayla gerçekleşebilen bir sosyal kurum olarak ifade edildiğini hatırlatmakta fayda görüyoruz. Bkz. Adnan GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 41.

² Giorgio AGAMBEN, *The Kingdom And The Glory*, İng. Çev. Lorenzo Chiesa, Stanford University Press, Stanford, California 2011, s. 276.

³ Özkan AĞTAŞ, *Ceza Ve Adalet*, Metis Yayınları, İstanbul 2013, s. 217.

Buradaki "sınırlı doğrultu" sözünü, *Ekonomi Politik*'teki kamu kaynaklarının yönetimi bölümüne değinmeyeceğimiz için kullanıyoruz.

değirmek gerekecek. Aristotelesçi ekonomi kavrayışına kısaca atıfta bulunurken, Michel Foucault'un *Güvenlik, Toprak Ve Nüfus* (1977-1978) derslerindeki "yönetim" izleğine ve bu doğrultuda gerçekleştirdiği anti-makyavelist yönetim sanatları literatürü okumasına ayrıntılı bir biçimde değineceğiz.

Rousseau'nun müdahalesi bu noktada, yani yönetim sanatı adı verilen şeyin bir politik bilim olmaya başladığı moment bağlamında oldukça önem taşır. Rousseau tam da hükümlerliliğin klasik hukuksal ilkesiyle (diğer bir deyişle egemenliğin hukuksal prensiplerine dair sorunla) şeylerin düzeninin doğru yönetimi arasındaki gerilimin, ikincisinin ilkinin yerine geçmesiyle sonuçlandığının değil, tam aksine hükümlerlilik sorununun yönetim sanatının politik bilim olmasıyla birlikte daha da keskinleştiğinin⁴ etrafı bir sorunsalı ortaya koymuştur diyebiliriz. Nitekim Giorgio Agamben ileride sözünü edeceğimiz Foucault'nun Rousseau okuması bağlamında; onun, Batı siyasetinde "yönetim sanatı"nın sahneye çıktığı aşamada egemenlik probleminin de aslında sahneden ayrılmadığını kanıtlamaya giriştiğini belirtir.⁵ Bu açıdan amaçlanan, her ne kadar çalışmada toplumsal sözleşme fikrine ayrı bir bölüm ayrılmayacak olsa da, onun yerleşik biçimde sadece doğa halindeki insanların güvenlikleri ve ortak yararları için bir araya gelmelerinin ve yetkilerini tek bir hükümler erke devretmelerinin soyut hukuksal bir ifadesi olarak anlaşılmasının eksik olduğuna (diğer bir deyişle onun egemenlik fikrine ait içeriğinin her zaman yönetim fikri ile gerilim içinde olduğunu) değirmek hem de günümüz hukuk-yönetim ilişkisinin daha iyi anlaşılması için bu ilişkinin kuramsal kökenlerinden birini net bir şekilde ortaya koymak olacaktır.

Kuşkusuz toplumsal sözleşme düşüncesinin diğer büyük düşünürlerinin⁶ karşılaştırmasını bu açıdan yapmak mümkündür. Fakat bu ancak daha kapsamlı bir çalışmanın içeriğini oluşturabileceğinden, şimdilik elinizdeki metnin içeriğini, onun böylesi çalışmaları davet edeceğini umarak, sınırlandırmayı uygun görüyoruz.

⁴ Foucault'nun bu konudaki uyarısı şöyledir: "[...]yönetim sanatının politik bilim olmaya başladığı andan itibaren hükümlerliliğin bir rol oynamayı bıraktığını söylemek istemiyorum. Hatta tersine, hükümlerlilik sorununun hiçbir zaman bu dönemdeki kadar keskin bir biçimde ortaya çıkmadığını söyleyebilirim." bkz. Michel FOUCAULT, *Güvenlik, Toprak Ve Nüfus*, Çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2013, s. 95-6.

⁵ AGAMBEN, 2011, s. 273.

⁶ Thomas Hobbes'u ve John Locke'u kastediyoruz.

1. DEVLET VE YÖNETİM İLİŞKİSİ ÜZERİNE

1.1. Status

Devlet ve yönetim arasındaki ilişkiyi sorgulamaya girişen her düşünümün akıldan çıkarmaması gereken bir tespiti hatırlayarak başlamakta yarar var: Bugün tarihe baktığımızda “devlet” adıyla andığımız siyasal bütünlük biçimleri aslında kendi dönemlerinde bu sıfatla ifade edilmiyorlardı. Antik Yunan’ın *polisi*, Ortaçağ’ın *civitası* ya da *regnumu* kuşkusuz bugün devlet adını verdiğimiz kurumsal ve merkezi siyasi iktidardan daha farklı yapıları ifade ediyordu.⁷

Bunun anlamı şudur: yönetimle olan ilişkisini daha iyi anlamak adına sözcüğün kökeni olan *status* kelimesinin izini sürmeye ihtiyacımız var. Kelime modern anlamı itibariyle Avrupa dillerine görece yeni giren bir kavram olmakla birlikte, bugünkü anlamını kazanması belli bir sürecin sonunda mümkün olmuştur: Dilbilimsel kökeni “durum”, “var olma tarzı” gibi anlamları ifade eden sözcüğe, gerçekten de ilkin bir topluluğun belirli bir durumunu açıklarken başvurulmaktaydı.⁸

“Nitekim en eski siyasal kullanımlarında *status* sözcüğüne belirli bir topluluğun durumuna, yani gönencine, mutluluğuna, sağlıklı düzenine göndermede bulunurken başvuruluyordu: Kilise’nin veya *regnum*’un belirli bir halini, belirli bir durumunu korumaktan, muhafaza etmekten ya da onun konumu üzerine düşünmekten bahsedildiğinde olduğu gibi.”⁹

Bununla birlikte 16. yüzyıl öncesinde Avrupa’da yazarların *status* sözcüğünü ya bir prensin içinde bulunduğu durumunu (*status principis*) ya da bütünü itibariyle prensliğin, diğer bir deyişle hükmedilen şeyin durumunu (*status rengi*) ifade etmek için kullandıkları bilinmektedir.¹⁰ Fakat bizim için önemli olan ve izlegimizi yönetim kavramının eksenine oturtacak olan şey, *status* kavramının geçirdiği dönüşüm olacaktır.

Terimin dönüşümünün izi tam da “Prese Öğütler” adıyla bilinen risalelerde bulunuyor. Bu risaleler prese nasıl davranması ve iktidarı nasıl uygulaması gerektiği, tebaası tarafından nasıl kabul ve saygı göreceği konusunda¹¹ öğütler veren kitaplar olarak tanımlanabilir. Fakat ilgilendikleri şey daha çok, dönemin İtalya’sı göz önüne alındığında, prenslerin yönettikleri toprak üzerinde kendi durumlarını ve konularını nasıl koruyacaklarına dair sorunun cevaplanmasına ilişkindi. Dolayısıyla

⁷ AĞTAŞ, 2013, s. 151.

⁸ AĞTAŞ, 2013, s. 152.

⁹ AĞTAŞ, 2013, s. 152.

¹⁰ Quentin Skinner’dan aktaran AĞTAŞ, 2013, s. 152.

¹¹ FOUCAULT, 2013, s.77.

sözcüğün kökeni bize bu noktada “mülk” kavramının ikili çağrışımını hatırlatıyor: “Yani malik olmayla malik olunan şeye gerekse de hükmetmeyle hükmedilen şeye.”¹²

Öyleyse tam da Machiavelli’nin *Prens*’inde olduğu gibi öğütlerin de merkezinde olan şey ne tek başına prensin kendi konumu ne de tek başına yönetilenin durumudur. Sözü edilen esasen prensin prensliğiyle olan ilişkisinin durumudur (*status*) diyebiliriz. Foucault bunu şöyle açıklar:

“Machiavelli için Prens, prensliğiyle bir tekillik ve dışsallık, bir aşkınlık ilişkisi içindedir. Machiavelli’nin Prens’i prensliğini ya miras, ya satın alma, ya da fetihle ele geçirir; her durumda, ona dâhil değildir, ona nazaran dışarıdadır. Prens prensliğe bağlayan şey gelenek ya da şiddet ilişkisidir; ya da belki anlaşmaların düzenlenmesi ve diğer prenslerin oluru veya işbirliğiyle oluşmuş bir bağdır. Her durumda bu tamamen yapay [*synthétique*] bir bağdır. Prens ile prensliği arasında temel, öze dair, doğal ve hukuki bir aidiyet yoktur. Bu ilkenin sonucu da şudur: [...] iktidarın işleminin amacı, elbette, bu prensliği sürdürmek, güçlendirmek ve korumak olacaktır. Daha doğrusu bu prenslik, tebaadan ve topraktan oluşan bütün, yani nesnel prenslik olarak anlaşılmaz – prensliği, Prens’in sahip olduğu şeyle ilişkisi bakımından korumak söz konusudur.”¹³

İşte *status* kavramının içeriğinin genişlemesinde tam da bu ilişkinin korunması hedefi yatar. Kavram her ne kadar hala ayrı bir yapının adlandırılışına özgülmemişse de yukarıda sözü edilenler çerçevesinde ve prensliğin mevcut rejiminin karakterinin korunması, söz konusu teritoryanın korunması bağlamında giderek prensin himayesi altında bulunması gereken bölgeyi ve bunun için gerekli olan idari kurumları işaret edecek biçimde anlam genişlemesine uğrar.¹⁴

1.2. Prensliğin Yönetimi Ve Ekonomi

Öyleyse *status*’un prensliğin yönetimini ima eden bir anlam kazandığını gösterdikten sonra devletin nasıl eski anlamlarından farklılaşan bir biçimde kavrandığını ortaya koyabiliriz. Çünkü bu süreç tam da devletin güçlerinin yönetiminin bir sorunsal olarak ortaya koyulmasıyla eşzamanlı olarak işlemiştir.

Michel Foucault’ya göre 16. yüzyılda Machiavelli’nin temsil ettiği “Prese Öğütler” olarak bilinen risalelerle politika bilimi arasında

¹² AĞTAŞ, 2013, s. 153.

¹³ FOUCAULT, 2013, s. 82.

¹⁴ AĞTAŞ, 2013, s. 154.

konumlanan ve her ikisinden de ciddi bir kopuş sergileyen yeni bir kavrayış ortaya çıkmıştır. “Yönetim sanatları” literatürü olarak adlandırabileceğimiz bu kavrayış kendisini Machiavelli ile karşıtlık içinde kurarken, aslında benzer bir soruna yöneliyor ve devletin nasıl yönetilmesi gerektiği meselesine yoğunlaşıyordu. Buradaki ilk kritik ayırım, bu literatürün prensin prensliğiyle dışsal ilişkisinin korunması yoluyla hükmetme ve yönetme pratiğinin karşısına devleti özgün ve ayrıksı bir biçim olarak çıkartması ve onun “kendi *ratio*'suna sahip ayrıksı bir varlık” olarak tanınıp yönetilmesi gerektiğini iddia etmesiydi.¹⁵ Dolayısıyla *status*, *state* özellikle 16. ve 18. yüzyıllar arasındaki yönetim sorununda hâkimiyet gösteren bu kavrayışın hem bir gereği hem de onayı olarak prensin prensliğiyle olan ilişkisi anlamını aşarak genişlemiştir.

Foucault genel olarak “yönetim” sorununun esasında 16. yüzyılda “farklı sorular hakkında ve çoğul çehreler altında, eş zamanlı biçimde ortaya çıktığını” düşündüğünü belirtir.¹⁶ Buna *gouvernement de soi-mé-me* yani kendi kendinin yönetimi sorununu, ruhların ve hastaların yönetimi sorunlarını örnek gösterir. Yine 16. yüzyılda çocukların yönetimi sorunu pedagojinin en büyük sorunsalıdır.¹⁷

Devletin yönetimi sorunsalını ise Machiavelli karşıtı literatür, bir yönetim sanatı kavrayışıyla açıklıyordu. Machiavelli'de sözü edilen, prensin prensliğini yönetmek, yukarıda sözü edilen ilişkiyi korumak için ihtiyaç duyduğu yapıp-etme bilgisi yerine bu literatür bir yönetim sanatı kavrayışını geçirmek istiyordu.¹⁸

Öncelikle Machiavelli'nin temsil ettiği risalelerde prens, doğası gereği prensliğinde biricikti. Dolayısıyla yönetim pratiği esasen dışsal, aşkın ve tekil olarak algılanıyordu. Oysa yönetim literatürü yönetim pratiklerinin çoğulluğunu vurguluyor ve bunun devlete içkin olduğunu belirtiyordu. Dolayısıyla prensin aşkınlığına bir karşı çıkış söz konusuydu:

“Aile babası, bir dergâhtaki amir, pedagoğ, çocuğun ya da çırağın hocası. Yani devletini yöneten Prens'in yönetiminin sadece bir kipini oluşturduğu, birden çok yönetim vardır. Diğer yandan da, bütün bu yönetimler bizatihi toplumun ya da devletin içindedir. Aile babası ailesini, dergâhtaki amir dergâhını, vb. devletin içinde yönetir. O halde, aynı anda hem yönetim biçimlerinin çokluğu, hem de yönetim pratiklerinin devlete içkinliği, bu etkinliğin çokluğu ve içkinliği söz konusudur; bunlar da Machiavelli'nin Prens'inin aşkın tekilliğine radikal olarak karşıttırlar.”¹⁹

¹⁵ AĞTAŞ, 2013, s. 158.

¹⁶ FOUCAULT, 2013, s. 78.

¹⁷ FOUCAULT, 2013, s. 78.

¹⁸ FOUCAULT, 2013, s. 82.

¹⁹ FOUCAULT, 2013, s. 83.

Devletin yönetimi sorunsalı da aynı diğer yönetim kipleri gibi özgün bir pratiği çağırılmaktadır. Söz konusu literatürün düşünürlerinden La Mothe Le Vayer'e göre her biri belirli bir bilim türüne ait üç temel yönetim vardır: Ahlakla bağı olarak kendi kendinin yönetimi, ekonomiye bağı olarak aile yönetimi politikaya bağı olarak devletin iyi yönetimi.²⁰

Foucault bu noktada Prens'in doktrini ile yönetim sanatlarının kavrayışı arasındaki bariz bir farka dikkat çeker. Ona göre yönetim literatüründe söz konusu yönetim pratikleri arasında bir süreklilik söz konusudur. Prens hükümlerinin hukuksal ilkesi prensin iktidarı ile diğer tüm iktidarlar arasındaki süresizliği ve dışsallığı özellikle vurgularken yönetim literatüründe yukarıda sözü edilen yönetim pratiklerinden ikincisi ile üçüncüsü arasında önemli bir süreklilik vardır.²¹

Bu kendisini iki türlü kuran prensin eğitimiyle doğrudan ilgili bir sürekliliktir. Devleti yönetmek için ahlaki bağlamda kendi kendini; ekonomik bağlamda ailesini, malını ve mülkünü iyi yönetmeyi bilmekle devleti iyi yönetmek arasında kurulan yukarı doğru süreklilik ilk biçimdir. Bu doğrudan prensin eğitiminin sağladığı süreklilik biçimidir. Bununla birlikte bir devletin iyi yönetilmesi, aile babalarının ailelerini ve mülklerini; bireylerin de kendilerini olması gerektiği gibi yönetmelerini sağladığı için aşağı doğru bir süreklilik de mevcuttur. Bu ise bugün anlamı çok daralmış bir kavramı sunar bizlere: söz konusu aşağı sürekliliğin sağlanması o zaman "polis" olarak adlandırılan şeyin ta kendisidir.²²

Ailenin yönetimi bu noktada oldukça önem taşır. Çünkü Aristoteles'ten de iyi bildiğimiz üzere ailenin ve malların yönetiminin adı "ekonomidir." Yönetim ve ekonomi arasındaki ilişki yönetim sanatları açısından oldukça belirleyicidir. Foucault bunu şöyle ifade eder:

"Ve bütün literatürde ortaya çıktığı haliyle yönetim sanatı, tam da şu soruya cevap vermelidir: Ekonomi –bireylerin, malları, zenginlikleri olması gerektiği gibi idare eden, yani karısını, çocuklarını, hizmetçilerini idare etmeyi bilen, ailesinin servetini arttıran, ailesi için gerekli akrabalıkları oluşturabilen bir aile babasının yaptığı gibi idare etme biçimi, bu dikkat, bu titizlik, aile babasının ailesiyle kurduğu bu ilişki biçimi, bir devletin idaresine nasıl dahil edilecektir? İşte yönetimin temel meselesi bence ekonominin politik işleyişe dâhil edilmesidir."²³

²⁰ La Mothe Le Vayer'den aktaran FOUCAULT, 2013, s. 83-4.

²¹ FOUCAULT, 2013, s. 84.

²² FOUCAULT, 2013, s. 84-5.

²³ FOUCAULT, 2013, s. 85.

Dolayısıyla Rousseau'nun devlet ve yönetim arasındaki ilişkiyi hem devlete hem de yönetime dair belirli bir ilkenin ortaya konuluşuyla formüle etmesini şimdi daha iyi anlayabiliyoruz. *Toplumsal Sözleşme*'de “devletin güçlerini” der Rousseau, “onun kuruluş amacına, yani kanunların iyiliğine uygun olarak yönetebilecek tek merci genel iradedir.”²⁴ Demek ki yönetim, öncelikle bir gücün; güçler arasındaki ilişkilerin yönetimidir. Rousseau'nun eserinin bir önceki eseriyle olan ilişkisi tam da bu noktada belirir: Rousseau'ya göre temel soru gerçekten de devlet yönetimine bu düzeyde işleyen bir ekonominin nasıl dâhil edileceği sorusudur. Diğer bir deyişle, “bireyler ve zenginlikler üzerinde [...] aile babasının evi ve mallarına karşı gösterdiğinden geri kalmayan bir dikkatle, bir gözetim ve kontrol biçimi uygulamak”²⁵ nasıl mümkün olabilir?

2. ROUSSEAU'DA “KAMUSAL EKONOMİ” KAVRAMI

2.1. Oikonomia

Rousseau *Ekonomi Politik* başlıklı metnine ekonomi kavramının tanımıyla başladıktan hemen sonra bu kavramı ikiye ayırarak devletin yönetimine dair bir ilkeyi formüle etmeye çalışır. “Ekonomi ya da Oikonomia” diye yazar Rousseau, “ev ve yasa sözcüklerinden gelir ve kökenine göre, tüm ailenin ortak iyiliği için ev işlerinin akla ve belli kurallara uygun bir biçimde çekilip çevrilmesi anlamını taşır.”²⁶

Rousseau'ya göre ekonomi kavramının içeriği başta sadece ev ekonomisini ifade ederken daha sonraları devlet yönetimini kapsayacak biçimde genişlemiştir.²⁷ Dolayısıyla kavramı ikiye ayırarak incelemekte yarar vardır: devlet yönetimini kapsayan biçimiyle ekonomiyi ilkinden ayırarak ona politik ekonomik adını verir Rousseau.²⁸ Kuşkusuz yukarıda değinildiği gibi bu okumaya hiç de yabancı değiliz. Hatırlanacak olursa Aristoteles'in *Politika*'nın başında yaptığı şey de ilkin ekonomiye dair bir tanım ve onun devlet yönetimiyle ilgisini hiçbir zaman kenara bırakmadan aile ve ev yönetiminin parçalarının analiziydi.

²⁴ Jean Jacques ROUSSEAU, *Toplumsal Sözleşme veya Siyasal Hukukun Prensipleri*, Çev. Cenap Karaya, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 51.

²⁵ FOUCAULT, 2013, s. 85.

²⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, *Ekonomi Politik*, Çev. İsmet Birkan, İmge Kitabevi, Ankara 2005, s. 7.

²⁷ ROUSSEAU, 2005, s. 7.

²⁸ ROUSSEAU, 2005, s. 7.

Bu analizle Rousseau'nun ciddi bir biçimde keşiştiği noktalardan birini Aristoteles'in aile ekonomisine giriş yaptığı esnada tespit edebiliriz. Aristoteles, o klasik en küçük parçalara ayırma yönetimini kullanarak aile ekonomisini incelemeye başladığında, her biri kendine özgü ilişkiler içeren üç “çift”in ortaya çıktığını söyler: efendi ile köle, koca ile karı, baba ile çocuklar.²⁹ Fakat burada bizim için daha önemli olan dördüncü bir ögenin ortaya koyuluşudur. Aristoteles, başkalarının “para işleri” denilen bu ögeyi ev ekonomisinin tümünü kaplayacak biçimde genişlettiğini not eder.³⁰

Bu unsurun ev ekonomisindeki konumuna dair benzer bir ifade ise Rousseau'da devlet yönetimi ve ev yönetimi arasındaki farkın incelendiği sırada görülmektedir. Rousseau devlet yönetiminde, yönetimden önce var olan özel mülkiyetin güvenceye alınmasının söz konusu olduğunu belirtmeden hemen önce baba ile çocukları arasındaki mülkiyet hakkı ilişkisinin tamamen babadan türediğini, diğer bir deyişle, çocukların mülkiyet haklarını babadan aldıklarını belirtir. Dolayısıyla esas itibariyle evdeki malvarlığı, mekânın kendi tekilliği içinde düşünüldüğünde ilksel olarak babaya aittir. “Her evde yapılan işlerin başlıca amacı” der Rousseau, “babanın mal varlığını korumak ve artırmaktır.”³¹

Öyleyse yönetim ilkin bir ekonomi faaliyeti olarak ortaya çıkmış görünüyor. Ev yönetimi sorununun hem Aristoteles'te hem de Rousseau'da bir ekonomi sorunu olarak ortaya koyulduğu, kelimenin kökeninin ifade ettiği unsur da göz önüne alındığında, açıktır. Fakat ev yönetimi konusunda iki düşünür arasındaki farklılıklara değinmeyi, bu çalışmada daha çok Rousseau'nun “kamusal ekonomi” adını verdiği şeye yoğunlaşacağımız için uygun bulmuyoruz.

2.2. Kamusal Ekonomi Ve Ev Ekonomisi

Bu bölümde “kamusal ekonomi” kavramından kastedilenin daha iyi anlaşılabilmesi için onun ev yönetiminden, diğer bir deyişle özel ekonomiden farklarına değineceğiz. Hatırlanacak olursa Rousseau, *oikonomia* sözcüğünün anlamını belirttikten hemen sonra onun devlet yönetimini de kapsayacak şekilde genişletildiğini yazmış ve fakat kamusal ekonomiden tam olarak ne anlaşılması gerektiğine dair bir ifadeyi tercih etmemiştir. Dolayısıyla temel olarak devletin yönetimini ifade eden kamusal ekonomi ile temel olarak aile yönetimini ifade eden ev ekonomisi arasındaki farklara değinmekte fayda var.

²⁹ ARISTOTELES, *Politika*, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul 2012, s. 11.

³⁰ ARISTOTELES, 2012, s. 11.

³¹ ROUSSEAU, 2005, s. 9.

Rousseau, öncelikle baba figüründen hareketle, onun çocuklarından fiziksel olarak daha üstün olduğunu söyleyerek, çocukların babanın yardımına muhtaç oldukları sürece baba iktidarının temelini doğada bulunduğu düşüncesinin haklı olabileceğini belirtir.³² Devlette ise bunun böyle olmadığı açıktır: “ortaya çıkışı açısından tamamen keyfi olan siyasal yetke [*autorité*] ancak uzlaşmalar üzerine kurulabilir ve yetke sahibi de öteki üyelere ancak yasalara dayanarak buyruk verebilir.”³³

İkinci fark ise ödevler noktasında kendini gösterir. Babanın ödevleri Rousseau'ya göre, “doğal duygularca” ve itiraza neredeyse izin vermeyecek bir biçimde yüklenmektedir.³⁴ Devlet yönetiminin başındaki erk için ise ödevin ölçütü tamamıyla farklıdır. “Önderlerin” der Rousseau, “böyle kuralları yoktur ve halka karşı kendilerini, sadece yapmaya söz verdikleri ve tabii halkın da yapılmasını istemekte haklı olduğu şeyler ölçüsünde bağlamışlardır.”³⁵

Rousseau'nun şimdiye kadar sözünü ettiğimiz iki farktan daha önemli bulduğu bir üçüncü nokta ise mülkiyetle olan ilişkinin statüsüdür diyebiliriz. Tekrarlamak gerekirse, ailedeki mülkiyet haklarının sahibinin baba olduğunu; ancak devletin zaten ondan önce gelen bir mülkiyetin güvencesi olarak kurulduğunu söylememiz gerekir.³⁶

Rousseau, yapıları gereği, ailenin en sonunda çözülmeye mahkûm olduğunu, çoğalmasa içinse büyümesi gerektiğini; fakat devletin sürekli bir biçimde aynı durumda kalmak üzere kurulmasından dolayı kendisini koruması gerektiğini ifade eder. Ona göre her türlü büyüme devlet için yarardan çok zarar getirecektir.³⁷

Bunlarla birlikte, *Ekonomi Politik*'te, Aristoteles'inkine benzer biçimde aile içi ilişkilere dair temel tespitleri/gereklilikleri sıralar Rousseau ve bu özelliklerin hiçbirinin siyasal toplumda bulunmadığını söyler. Ona göre ailede buyruk veren kişinin baba olması gerekir.³⁸ Yetkenin anne ile paylaşılması, yönetimin tek olması gerekliliğine aykırıdır. Rousseau aynı zamanda kocaya, kadın üzerinde bir denetleme yetkisi de tanır.

Çocuklar ise babaya “minnettarlık dürtüsüyle” itaat etmelidirler ve babaya muhtaç olmaktan kurtulduktan sonra onun ihtiyaçlarını karşılamalıdır.³⁹

³² ROUSSEAU, 2005, s. 8.

³³ ROUSSEAU, 2005, s. 8.

³⁴ ROUSSEAU, 2005, s. 8.

³⁵ ROUSSEAU, 2005, s. 8.

³⁶ ROUSSEAU, 2005, s. 8.

³⁷ ROUSSEAU, 2005, s. 9.

³⁸ ROUSSEAU, 2005, s. 9.

³⁹ ROUSSEAU, 2005, s. 9.

Hizmetçi ve uşaklar, statüleri köle statüsü olmasa da (“çünkü doğaya aykırıdır ve hiçbir hukuk buna izin veremez”⁴⁰ der Rousseau) babanın onlara sağladığı bakım karşılığında hizmet etmelidirler; fakat pazarlığı bozma hakları saklı kalacaktır.⁴¹

Rousseau siyasal toplumda aile için geçerli olan bu ilişkilerin kaybolduğunu ve daha farklı unsurların yönetim ilişkileri içinde söz konusu olabileceğini gösterir. Ona göre hem yetkenin babadan oğula geçtiği durumda (ki bu durumda “çoğu kez bir çocuk yetişkinlere buyruk verir”⁴² der Rousseau) hem de seçimle belirlenişinde (burada da “bin türlü sakıncalı etmen kendini hissettirmektedir”⁴³) babalığın avantajları yitirilmektedir:

“Başınızda tek bir yönetici varsa, onların hem zorbalıklarına hem de kendi aralarındaki anlaşmazlıklarına katlanmanız gerekir. Tek sözcükle, her toplumda aşırılık ve yolsuzluklar kaçınılmaz, bunların sonuçları da son derece zararlı ve yıkıcıdır; burada kamu yararı ve yasaların hiçbir doğal gücü olmadığı gibi, gerek önderin gerek üyelerin kişisel çıkarlarının sürekli saldırısı altındadırlar.”⁴⁴

Dolayısıyla baba figürü ile “baş yetke sahibi” arasında, işlevlerini yerine getirirken almaları gereken önlemler açısından da ciddi bir farklılık belirecektir. Birincisi için geçerli olan şey ikincisi için onu yozlaştıran şeylerin başında gelir. Babanın doğru davranış için yüreğine danışması yeterliyken, yetke sahibi için bu onu yozlaştıracak eğilimin ta kendisidir. Onun izlemesi gereken yasa kamusal akıldır.

Sonuç olarak Rousseau için aile yönetimi ve devlet yönetimi arasında hiçbir ilgi yoktur diyebiliriz. Belirli bir yönetsel aklın (*polizei*) eleştirisi olarak ortaya çıkan politik ekonominin (ya da kamusal ekonomi) aile ekonomisi ile bağı, birazdan sözü edilecek olan ilkelerin ortaya koyuluşuyla birlikte tamamen kesilecektir.

3. YÖNETİM VE GENEL İRADE

3.1. Siyasal Toplumun Kalbi Olarak Ekonomi

Kamusal ekonomi ve ev ekonomisi arasındaki ayrımı, özellikle baba ve yetke sahibi figürlerinin farklılıklarını işaret ederek formüle ettikten sonra Rousseau eserine, çok daha önemli başka bir ayrıma, biri hukuksal-siyasal

⁴⁰ ROUSSEAU, 2005, s. 10.

⁴¹ ROUSSEAU, 2005, s. 9-10.

⁴² ROUSSEAU, 2005, s. 10.

⁴³ ROUSSEAU, 2005, s. 10.

⁴⁴ ROUSSEAU, 2005, s. 10.

diğeri ekonomik-rasyonel paradigmaya ait iki kavramın birbirlerinden ayrı ele alınması gerekliliğine dair hayati bir uyarıyla devam eder:

“Okurlarımın” der Rousseau, “burada sözünü edeceğim ve *yönetim [gouvernement]* adını verdiğim *kamusal ekonomi* ile *egemenlik [souveraineté]* adını verdiğim en yüksek yetke arasındaki ayrımı da iyi görmelerini rica ediyorum; bu ayrım şu noktada somutlaşır: Biri yasa koyma hakkına sahip olup bazı durumlarda ulusun bütününe buyurabilirken, öteki yalnız yürütme gücünü elinde bulundurur ve sadece özel kişilere buyurabilir.”

Rousseau burada tam da yönetim sorununun egemenlik sorunundan ayrılıp bir kendisini ekonomi sorunu olarak ortaya koyduğunu vurgulamaktadır. Kamusal ekonomi yani ekonomi politik, yönetim sorununu egemenliğin hukuksal prensiplerinden ayırarak bir örgütlenme, dağıtma ve sınırlama edimleri toplamı olarak ele almaktadır.

Yönetim sorunu açısından ekonomi oldukça hayati bir rolü üstlenmektedir. Rousseau bunu siyasal toplumla insan vücudu arasındaki o bilindik analogiye başvurarak ifade eder:

“Siyasal toplum tek başına ele alınırca, örgeleşmiş, canlı ve insan vücuduna benzeyen bir vücuttur. Egemen iktidar bunun başını temsil eder; yasa ve görenekler beyindir, yani sınırların başı ve anlama yetisinin, isteminin ve duyuların mekânı; yargıçlar ve yüksek idareciler bu vücudun organlarıdır; ticaret, sanayi ve tarım ortak geçinme olanaklarını hazırlayan ağız ve midedir; kamusal gelir [*finances publiques*] kandır; akıllı bir ekonomi, yüreğin işlevini üstlenmek suretiyle, bunu vücudun her yanına göndererek besin ve yaşam dağıtır.”⁴⁵

Görüldüğü gibi “ekonomi” siyasal toplumun kalbi olarak anılmaktadır Rousseau'da. Bu pasajdan sonra Rousseau, kamusal ekonominin ilkelerini ortaya koyarak onun bir tarifini gerçekleştirir gibidir. Fakat bizce burada ilginç olan nokta, ilkin keskin biçimde ortaya koyulan ayrımın yine Rousseau tarafından gittikçe silikleştirilmesidir. Nitekim egemenliğe ait bir kavram olan genel irade kavramı, kamusal ekonominin baş ilkesi olarak ortaya konur.

Rousseau öncelikle, genel iradenin yasaların kaynağı olduğunu belirterek, onun herkes için haklılığın ve haksızlığın ölçütü olduğunu söyleyecektir.⁴⁶ Dolayısıyla bu ifadeyi tam da birbirinden ayrılan egemenlik ve yönetim sorunlarının, birinin diğerinin haklılığını sağlayacak şekilde birbirlerine yeniden yaklaştırılmaları olarak okuyabiliriz. Söz konusu

⁴⁵ ROUSSEAU, 2005, s. 12

⁴⁶ ROUSSEAU, 2005, s. 12.

silikleşme izleğine devam etmeden önce genel iradenin ne olduğuna dair bir parantez açmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Fakat “genel irade” kavramı bu çalışmanın herhangi bir bölümüne sıkıştırılamayacak⁴⁷ kadar önemli ve oldukça ayrıntılı bir analizi hak eden bir kavram olduğu için, burada temel olarak “genel irade”nin neyi ifade ettiğini hatırlatmakla yetinerek onu çalışmamızın ana izleğine oturtacağız.

3.2. Genel İrade Ve Yönetimin İlkeleri

Daha önce Malebranche, Montesquieu ve Diderot gibi düşünürler tarafından farklı (ilahi ve siyasi) anlamlarda kullanılan genel irade kavramı Rousseau’da en genel anlamıyla topluluğun iradesi demektir. Fakat tek tek özel iradelerin toplamı anlamına gelmez bu⁴⁸; daha ziyade “bir araya gelen birçok insanın, kendilerini tek bir vücut olarak” görmelerinin ürünü olan üstün bir iradedir genel irade. Rousseau esasında bu kavramı ilkin *Ekonomi Politik* eserinde şu şekilde ortaya koymuştur:

“Siyasal toplum, bundan başka, iradesi de olan ahlaksal bir varlıktır; ve her zaman hem bütünün hem de tek tek her parçanın korunmasına ve gönenmesine yönelik olan, yasaların da kaynağını oluşturan bu genel irade, devletin bütün üyeleri için, devlete ve üyelere göre, haklılık ve haksızlığın ölçütüdür[...]”⁴⁹

Toplumsal Sözleşme eserinde ise Rousseau genel irade kavramından şöyle söz eder:

“Bir araya gelen birçok insan, kendilerini tek bir vücut olarak gördükleri sürece, onların tek bir iradesi vardır ve bu irade onların ortak varlığının muhafazası ve genel refahı ile ilgilidir.[...] Onda asla karışık ve çelişkili menfaatler bulunmaz; ortak iyilik, her yerde kendini apaçık gösterir ve fark edilmek için sağduyudan başka bir şeye ihtiyaç göstermez.”⁵⁰

Görüldüğü gibi genel irade esasen siyasi toplumun bir uzlaşmayla ortaya çıktığı anın kuruculuğuna atıf yapan üstün bir iradeye işaret etmektedir. Burada hem siyasi beden hem de genel irade, bir araya gelen insanların ve onların iradelerinin toplamı şeklinde ifade edilemeyecek bir anlama sahiptir. Sözleşme ile yaratılan siyasi beden nasıl bireylerin bedenleri toplamından fazla ve farklı bir şey ise, bu işlemin yaratıcısı olan

⁴⁷ Rousseau’daki “genel irade” fikri için ayrıca bkz. Özgüç ORHAN, “Jean Jacques Rousseau’da Genel İrade Kavramı”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2012, Sayı 14, s. 1-25.

⁴⁸ Mehmet AKAD - Bihterin VURAL DİNÇKOL, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 135.

⁴⁹ ROUSSEAU, 2005, s. 12.

⁵⁰ ROUSSEAU, 2014, s. 137.

genel irade de her ne kadar bireylerin iradelerinden kaynaklansa da onların toplamından ayrı, üstün ve bütüncül bir iradeyi ifade eder.⁵¹

Bununla birlikte kendisini kanun vasıtasıyla açıklayan⁵² genel iradenin kimi özellikleri vardır. “Genel irade değişmez, bozulmaz ve saf olarak kalır”⁵³ der Rousseau *Toplumsal Sözleşme*'de. Yine genel irade daima doğru ve halkın menfaatlerinden yanadır.⁵⁴ Bu anlamda genel iradenin her zaman kamusal yararı gözettiğini ve akıl ile yönetilen bir irade olduğunu söyleyebiliriz.⁵⁵

Rousseau genel iradeyi *Ekonomi Politik*'te açıkça yönetimin baş ilkesi olarak duyurur. Dolayısıyla egemenliğin temel hukuksal prensibi olan, siyasal bedeni ortaya çıkaran irade, aynı zamanda yönetimin iyi, doğru ve ahlaki olmasını sağlayacak temel kuralı da ifade etmektedir. Sözünü ettiğimiz silikleşme işte bu suretle gerçekleşmektedir. Fakat Rousseau tam burada bir ayırım yaparak, kendisinin de Machiavelli karşıtı literatürde yer aldığını ilan eder:

“Genel iradeyi kamusal ekonominin baş ilkesi ve yönetimin temel kuralı olarak koyarken, yetki sahiplerinin mi halka yoksa halkın mı yetki sahiplerine ait olduğunu ve kamu işlerinde devletin iyiliğinin mi yoksa yöneticilerin iyiliğinin mi gözetilmesi gerektiğini ciddi olarak incelemek gereğini duymadım. [...] Demek ki kamusal ekonomiyi bir de halkçı ve despot diye ayırmak uygun olacaktır. Birincisi, halk ile yöneticiler arasında çıkar ve irade birliğinin hüküm sürdüğü her devlete içkindir; ötekisi, yöneticiler ile halkın çıkarlarının, dolayısıyla iradelerinin farklı olduğu her yerde ister istemez var olacaktır. Bu ikincinin temel ilkeleri [*maximes*] tarihin arşivlerinde ve Machiavelli'nin tartışmalarında uzun uzadıya kaydedilmiştir. Diğerlerineyse, insanlık haklarını talep etmeye cüret eden filozofların yazılarında rastlanabilir.”⁵⁶

Görüldüğü gibi Rousseau, Machiavelli'den ayrılırken genel iradeyi, tam da yönetici ile devlet, yetki sahibi ile halk arasındaki o gerilimli ayrıma iliklektir. Diğer bir deyişle siyasal toplumun kalbi olan ekonomi ve yönetim arasındaki ilişki, ancak genel iradenin doğru ve üstün kural olarak buraya dâhil edilmesiyle iyi ve ahlaki olabilir. “Meşru ya da halkçı, yani amacı halkın iyiliği olan yönetimin birinci ve en önemli ilkesi” der Rousseau, “genel iradeyi izlemektir.”⁵⁷

⁵¹ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2010, s. 88.

⁵² ROUSSEAU, 2014, s. 164.

⁵³ ROUSSEAU, 2014, s. 139.

⁵⁴ ROUSSEAU, 2014, s. 55.

⁵⁵ AĞAOĞULLARI, 2010, s. 88.

⁵⁶ ROUSSEAU, 2005, s. 16.

⁵⁷ ROUSSEAU, 2005, s. 16.

Yönetici ve genel irade arasındaki ilişkiye geçmeden önce Rousseau'da hükümetin ne anlama geldiğine kısaca değinmekte yarar var. Hükümet kısaca yürütme gücü demektir. Yasa koyucuya (yani “genel”e) ya da Rousseau'nun deyişiyle hakim varlığa ait olmayan, genel iradeyi harekete geçirme kabiliyetine sahip bir takım özel eylemleri ifade eder.

Yöneticinin “en önde gelen ve aynı şekilde en vazgeçilemez ödevi, yürütmeye memur olduğu ve tüm yetkesinin de temelini oluşturan yasalara uyulmasını titizlikle gözetmektir.”⁵⁸ Yani bu defa da genel iradenin kendisini açıklama yolu olan yasa ile yönetme ediminin arkhési buluşturulur Rousseau'da. İyi bir devlet yönetiminde kimsenin yasalardan bağışık tutulamayacağını ifade etmesi de kuşkusuz bu yüzden.

Rousseau, benzer biçimde yasa koyucunun ödevinin yasaları genel iradeye uydurmak olduğunu belirtirken kamusal ekonominin birinci kuralını ortaya koyar. Ona göre kamusal ekonominin yani yönetimin birinci kuralı yönetim sürecinin yasalara uygun olmasıdır.⁵⁹ Dolayısıyla bu ikisi arasında, birbirlerinin geçerliliğini koşullayan karşılıklı bir ilişki vardır diyebiliriz. Bu noktada *Toplumsal Sözleşmeyi*'yi hatırlayarak aslında *Ekonomi Politik*'te ortaya konulan izleğin (sözü edilen ayrımın ve onun metinsel uzamının) burada yeniden şekillendiğini belirtebiliriz: fakat bu defa bir tarafta genel irade ve yasa koyucu gücü varken; diğer tarafta hükümet ve yürütme gücü yer almaktadır. Bunu Rousseau'nun hükümet tanımı yaptığı sırada sarf ettiği şu sözlerde bulabiliriz:⁶⁰

“Her özgür eylemin meydana gelmesine yol açan iki sebep vardır: Bunlardan biri –manevi olanı- : eylemi tayin eden irade; diğeri –maddi olanı- de: Eylemi icra eden kuvvet'tir.[...] Siyasi vücut da aynı saiklerle hareket eder: Onun için de kuvvet ve irade ayrımı söz konusudur; irade *yasama gücü*, kuvvete de *yürütme gücü* adı verilir. Siyasi vücutta bu iki şey bir araya gelmeden hiçbir şey ne olabilir, ne de olmalıdır.”⁶¹

Bu paragrafı yine *Toplumsal Sözleşme*'de yer alan bir başka cümle tamamlar: “[...] Hükümdarın (yönetimin icrasıyla yükümlü kişi⁶²) baskın iradesi genel iradeden veya kanundan başka bir şey değildir ve de olmamalıdır.”⁶³

⁵⁸ ROUSSEAU, 2005, s. 17-18.

⁵⁹ ROUSSEAU, 2005, s. 20.

⁶⁰ AGAMBEN, 2011, s. 274

⁶¹ ROUSSEAU, 2014, s. 86.

⁶² ROUSSEAU, 2014, s. 87

⁶³ ROUSSEAU, 2014, s. 90

Kamusal ekonominin ikinci kuralı ise tüm özel iradelerin genel iradeye bağlanmasıdır: Rousseau genel iradenin yerine gelmesi için tüm özel iradelerin ona bağlanması gerektiğini savunarak şöyle der: “ve erdem de zaten özel iradenin genel iradeye uygunluğundan ibaret olduğuna göre, aynı şeyi bir sözcükte ifade edelim, erdemın hüküm sürmesini sağlayın.”⁶⁴

Aslında bu paragraf yönetim ve genel irade arasındaki zorunlu olarak kurgulanan ilişkiyi göz önüne aldığımızda Foucault'un okumasını doğrulayan bir uğrağı ifade etmektedir. Yönetim ve ekonomi arasındaki ilişki bize her zaman malların idare edilmesini hatırlatır ki, esasında Rousseau'da da bu şekilde formüle edilmiştir. Bireylerin yönetimi ekonominin başka bir biçimiyle, hatta buraya egemenlik paradigmasına ait bir kavramın eklenmesiyle açıklanıyor gibi görünmektedir. Oysa yukarıdaki paragraf özel iradelerin yönetiminin de ilkiyle benzer bir yönetim aklına ait olduğunu kanıtlamaktadır. Foucault'un yorumunu hatırlayacak olursak, her ne kadar kamusal ekonomi ev ekonomisinden farklı olsa da, söz konusu olan şey, aile babasının ailesini yönetirkenki dikkatinin devlet yönetimine dâhil edilmesiydi. İşte kamusal ekonominin ikinci kuralının özel iradelerin genel iradeye bağlanması olması, bireylerin de bu paradigmaya aynı mallar ve zenginlik gibi dâhil olmasını işaret eder.

Nitekim eserin devamında “yurttaşlara sahip olmak ve onları korumakla her şey bitmez” der Rousseau, “onların geçimini sağlamak da lazımdır; ve kamunun ihtiyaçlarını karşılamak genel iradenin apaçık bir sonucu ve yönetimin üçüncü temel görevidir.”⁶⁵

Tüm bunların yanında Rousseau, “genel *ekonomi*'den kişilerin yönetimi bağlamında söz ettikten sonra”⁶⁶ onu malların ve hizmetlerin idaresi bağlamında ele alır. Toplumsal anlaşmanın temelini mülkiyet ve bunun temel koşulunun da herkesin özel mülkünden sorunsuz bir biçimde yararlanmasını sağlamak olduğunu belirten Rousseau için bu kuşkusuz ancak “adil ve akıllı bir ekonomi”yle⁶⁷ mümkün olacaktır.

SONUÇ

Başlarken de sözünü ettiğimiz gibi Rousseau egemenlik ve yönetim sorunlarını önce birbirinden kavramsal olarak ayırmış; sonra ise ikisi arasında genel irade kavramının kritik konumu üzerinden bir geçişlilik sağlamıştır. Bu

⁶⁴ ROUSSEAU, 2005, s. 22.

⁶⁵ ROUSSEAU, 2005, s. 36.

⁶⁶ ROUSSEAU, 2005, s. 36.

⁶⁷ ROUSSEAU, 2005, s. 38.

geçişlilik hem iki kavramın birbirlerinin geçerliliğini koşullandırmakta hem de iyi bir yönetimin temel ilkelerini ve kurallarını ortaya koymaktadır.

Bu ilişkinin önemli olmasının ilk sebebi öncelikle tamamen “kurgusal” olmasıdır. Gerçekten de egemenlik ve yönetim arasında doğal sayabileceğimiz bir bağ yoktur. Bu ikisini birbirinden ayıran ve yönetim sorununu bir egemenlik sorunu değil de yönetim sorunu olarak formüle eden Rousseau da kuşkusuz bunun farkındadır. Fakat buna rağmen burada izini sürdürdüğümüz bu kurgusal ilişki günümüz siyaset ve hukuk ilişkisinde hala belirleyici bir rol oynamaktadır.

Her yönetim pratiğine, bunlardan bazılarının (kimi durumda ise çoğunun) hukuksuz olmalarına rağmen belirli bir “genel” irade biçimiyle meşruiyet sağlanması; fakat bundan da öte egemen erkin, bu yetkeye hukuksal biçimde sahip olduğu iddiasıyla tüm yaşam alanını yasa yoluyla belirleme stratejisi, yönetim ve egemenlik arasındaki kurgusal ilişkinin artık acil bir siyasal-hukuksal problem olarak karşımızda durduğunu göstermektedir. Çalışmamızın temel amacı kuşkusuz bu problemin teorik kaynaklarından birine dikkat çekmektir.

KAYNAKÇA

AGAMBEN, Giorgio; *The Kingdom And The Glory*, Stanford University Press, Stanford, California, 2011.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali; *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2010.

AĞTAŞ, Özkan; *Ceza Ve Adalet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2013.

AKAD, Mehmet & VURAL DİNÇKOL, Bihterin; *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

ARİSTOTELES, *Politika*, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2012.

FOUCAULT, Michel; *Güvenlik, Toprak Ve Nüfus*, Çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.

GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.

ORHAN, Özgüç; “Jean Jacques Rousseau’da Genel İrade Kavramı”, *Felsefe Ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2012, Sayı 14, ss. 1-25.

ROUSSEAU, Jean Jacques; *Toplumsal Sözleşme veya Siyasal Hukukun Prensipleri*, Çev. Cenap Karaya, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques; *Ekonomi Politik*, Çev. İsmet Birkan, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELEDE ŞİDDET SONRASI DESTEK STRATEJİSİNİN ÖNEMİ VE TÜRKİYE'DEKİ DURUM*

Furkan Kararmaz**
Okan Yılmaz***

GİRİŞ

Ülkemizde şiddet mağduru kadınlara yönelik yardım ve programların çok dağınık olduğu, bu yardımların düzenli olmadığı, kurumlara ve kurumların başındaki kişilere göre değişiklik arz ettiği görülmektedir. Örneğin bir büyükşehir dâhilinde, büyükşehir belediyesinin, ilçe belediyelerinin, kaymakamlıkların, valiliğin, ilgili bakanlığın kurumlarının, baronun, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin ve hatta aynı üniversite içerisinde farklı birimlerin kadına yönelik şiddet sorunu ile ilgili ayrı ayrı programlar geliştirdiğini görmek mümkündür. Bu haliyle, bu mücadelenin içinde bulunan bir kişi bu alanda çok fazla şey yapıldığı, birçok problemin tartışıldığı, çözümlerin ortaya konulduğu ve mağdurların bu çözümlerden yararlandığı kanısına kapılabilir. Ancak kurum ve kuruluşların birbirinden bağımsız ve çoğu zaman birbirinden habersiz olarak geliştirdikleri programlar, sorunun büyüklüğüne nispeten küçük çabalar olarak kalmaktadır. Programların etki alanlarının dar olması, kurumsallaşma ve devamlılığı sağlamak için gerek duydukları kaynak ve karar özerkliğinin bulunmaması da önerilen yardımların kapsamını daraltmaktadır. Bu haliyle kamu kurumları ve sivil toplum kuruluşlarının ürettikleri programların etkileri, bu işleri yürüten kişilerin çaba ve fedakârlıklarına ve de dolayısıyla kişilere bağlı bir durum arz etmektedir. Mağdurların büyük bir bölümü -

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

*** Sheffield Üniversitesi, İktisat Bölümü Doktora Öğrencisi.

özellikle kırsal kesimde- söz konusu programlardan haberdar olamamakta ve sunulan yardımlardan faydalanamamaktadırlar. Bu programların ölçeğinin genişlemesi ve etkinliğinin artması için kadına yönelik şiddetle¹ mücadelede bir şiddet sonrası ulusal destek stratejisinin geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bir destek stratejisinin başarılı olması ancak onun da bir parçası olduğu -KYŞ'yi ortadan kaldırmaya yönelik- geniş kapsamlı bir stratejinin belirlenmesini ve uygulanmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, bir şiddet sonrası destek stratejisinin başarılı olması, onun KYŞ'yi ortaya çıkaran ve destekleyen toplumsal ve bireysel süreç ve yapıları ortadan kaldırmaya ve kadının konumunu henüz şiddet ortaya çıkmadan güçlendirmeye yönelmiş geniş kapsamlı bir stratejinin parçası olması halinde mümkündür.

Bu çalışma dâhilinde, öncelikle böylesine geniş kapsamlı bir stratejinin temelinde yer alması gereken ilkeleri kısaca ortaya koyacağız. Bu kısa not, aynı zamanda eylem planı, politika veya program yerine neden özellikle strateji kelimesini kullandığımızı da açıklayacaktır. Bu çalışmanın asıl konusunu oluşturan şiddet sonrası destek stratejileri bakımından ise, ilkin bir şiddet sonrası destek stratejisi hazırlanırken göz önünde tutulması gereken temel problemleri belirteceğiz. Bunun ardından bu stratejiyi uygulayacak olan kurumlara ilişkin önerilere yer vereceğiz. Bu kapsamda mevcut kurumların sorunlarını ve bunlara ilişkin çözüm önerilerini belirtmenin yanı sıra ülkemizde bulunmayan ancak çeşitli ülkelerde başarılı olduğu deneysel verilerle kanıtlanmış olan uygulamalar hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELE STRATEJİSİ BELİRLENİRKEN GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER

KYŞ, bireye ve topluma yönelttiği tehdidin ve hâlihazırda vermekte olduğu zararın büyüklüğüne karşın halen devletler tarafından yeterli imkânlarla ve gerekli kurumsal ciddiyet çerçevesinde mücadele edilmeyen bir sorun olarak durmaktadır. Hastalık oranını arttırması, cinayet veya intihar nedeniyle ölümlere, alkol ve madde bağımlılığına veya ruhsal rahatsızlıklara neden olması gibi doğrudan zararlarının yanı sıra KYŞ, kadınların işgücüne katılımını ve verimliliği azaltmakta ve böylece kadınların gelirlerinin düşmesine neden olarak topluma zarar vermektedir. Bir adım daha atarak kadına yönelik şiddetin, kadınların demokratik süreçlere katılımını engellediğini de söyleyebiliriz.² Üstelik KYŞ, nesilden nesle aktararak kendini yeniden üretebilen bir sorundur. Bu durum da hükümetleri ve kişileri

¹ Buradan itibaren KYŞ olarak kısaltılacaktır.

² UNICEF, *Innocenti Digest No. 6: Domestic Violence Against Women and Girls*, 2000, s. 13.

aşacak düzeyde uzun erimli tedbirlerin alınmaması halinde KYŞ'nin önünün alınamayacağı anlamına gelmektedir. İhtiva ettiği tüm bu tehdit ve zararlara rağmen çağdaş toplumların genelinde KYŞ'nin bireysel değil toplumsal bir sorun olarak kabulünün elli yılı geçmeyen bir geçmişe sahip olduğu görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde kadına yönelik şiddete dair yapılan çalışmaların ilk örneklerinde KYŞ aile içinde yaşanan bir problem olarak algılanmış, çocuklara uygulanan şiddet ile bir tutulmuş ve kadına yönelik şiddete odaklanan az sayıdaki çalışmada ise şiddeti uygulayan kocalar ve hatta maruz kalan kadınlar psikolojik sorunları olan kişiler olarak tanımlanmıştır.³ Ancak yetmişlerin ortasından itibaren güçlenen kadın hareketlerinin de etkisi ile kadına yönelik şiddet sorunu, Straus'un belirttiği üzere "seçici ilgisizlik"e konu olmaktan çıkıp bir "yüksek öncelikli sosyal mesele" halini almıştır.⁴ Bu anlayış değişiminin sonucunda KYŞ sorunu 1980 yılında Kopenhag'da gerçekleşen Birleşmiş Milletler resmi toplantısında ilk kez açıkça ele alınmıştır. Bunu takip eden ve 1985 yılında Nairobi'de gerçekleşen toplantıda ise hükümetlere kadına yönelik şiddetin toplumsal bir sorun olduğu konusunda farkındalık yaratılması için çalışmalar yapılması yönünde tavsiyelerde bulunulmuştur.

Akademik camiada ve uluslararası alanda gerçekleşen bu yaklaşım değişikliği kaçınılmaz olarak hukuk alanına da yansımıştır. Benzer şekilde KYŞ'nin hukuksal alanda bir asayiş sorunundan öte bir insan hakları sorunu olarak görülmesinin de ancak çeyrek asırlık bir geçmişi vardır. 1979 yılında Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) Birleşmiş Milletler tarafından benimsenmesini bu görüşün bir ön habercisi olarak kabul edebiliriz. CEDAW, ikinci maddesi ile taraf devletlere, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınama ve tüm uygun yolları kullanarak kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırma görevini yüklemektedir. Bu düzenlemenin kabul edilmesi, kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve faillerin cezalandırılması konusunda pasif kalan devletlerin sorumluluğu ile insan haklarının ilgisini kuramayan eski insan hakları anlayışının değişmeye başladığının bir göstergesi olmuştur. Ancak kadına yönelik şiddetin bir insan hakları ihlali teşkil ettiğinin açıkça kabul edilmesi, 1992 yılında, CEDAW'ın (komite) on dokuzuncu genel tavsiye kararı ile olmuştur. Bu kararı ile komite özel kişiler tarafından gerçekleştirilmiş dahi olsa devletlerin kadına yönelik şiddeti önleme, failler hakkında etkin soruşturma yapma ve cezalandırma görevlerini taşıdıklarını ve bu görevleri

³ Örn. Leroy G. SCHULTZ, "The Wife Assaulter", *Journal of Social Therapy*, C. 6 (1960), S. 2, ss. 103-111; John E. SNELL vd., "The Wife Beater's Wife: A Study of Family Interaction", *Archives of General Psychiatry*, 1964, S. 11, ss. 107-113.

⁴ A. Murray STRAUS, "Forward", 1974, ss 13-17'den aktaran Richard J. GELLES, "Violence in the Family: A Review of Research in the Seventies", *Journal of Marriage and Family*, C. 42 (1980), s. 874.

gerektiği gibi yapmamalarının bir insan hakkı ihlali teşkil edeceğini açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda komite kadınların şiddetten etkin bir şekilde korunmasına yönelik devletlerin alması gereken tedbirleri üç grup halinde belirtmiştir. Birinci grupta ceza hukuku, aile hukuku ve tazminat hükümleri gibi hukukun konuyla ilgili farklı alanlarını kapsayacak yasal tedbirler yer almaktadır. İkinci grupta ise kamunun bilgilendirilmesi, eğitilmesi ve toplumsal cinsiyet rollerinin tartışmaya açılması gibi önleyici tedbirler şart koşulmuştur. Son olarak da şiddet mağdurlarının ve risk grubundaki kişilerin barınma, danışma ve destek alma ihtiyaçlarını karşılama görevlerini devletlere yükleyen koruyucu tedbirler sayılmıştır.

Gerek sorunun karakteri gerek CEDAW'ın belirttiği yükümlülükler belirli bir hükümetin belirleyeceği belirli süreli eylem planlarından, programlardan ve soyut politika bildirimlerinden daha uzun erimli ve tüm bu sayılanları bünyesinde barındıracak bir stratejiyi gerekli kılmaktadır. KYŞ ile mücadelede şiddet sonrası destek stratejisinin başarılı olması ancak KYŞ sorunun geneline ilişkin bir mücadele stratejisinin bir parçası olması halinde mümkündür. Bu strateji, hükümet politikalarından bağımsız bir kamusal strateji olarak ortaya konulmalı ve kamu kurumları ve sivil toplum kuruluşları tarafından ortak bir çabayla yürütülmelidir. Yine bu strateji kısa vadede kadınları güçlendirmeye ve desteklemeye yönelirken -mutlaka- uzun vadede kadına yönelik şiddet sorununu nihai olarak yok etme hedefini gütmelidir. Bu hedeflere ulaşma yolunda bir ulusal stratejiden beklenenler a) devamlılık ve tutarlılık arz eden devlet politikalarına temel oluşturması; b) kurumlar arasında bilgi aktarımını etkin kılması; c) kısıtlı kaynakların etkin kullanımına imkân vermesi; d) kuramsal bilgi ve deneysel veri birikimi sağlayarak kamunun ve sivil toplum kuruluşlarının sorun çözme kabiliyetini arttırması olarak sayılabilir. Ancak böylesi bir stratejinin ortaya konulabilmesi için stratejinin belirlenmesinden önce ülkemiz kamusal alanına hâkim olan bazı dezavantajların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu dezavantajlar belirli kusurlu bakış açıları veya kavrayışlardan oluşmaktadır ve bunlar değiştirilmediği takdirde en iyi stratejinin dahi olumlu sonuçlar doğurması mümkün görülmemektedir. Söz konusu kusurlu kavrayışlar ve değişiklik önerileri şöyle sıralanabilir: a) aile-içi şiddet yerine kadına yönelik şiddet kavrayışı benimsenmelidir; b) sadece tepkisel önlemlerle yetinmek yerine sorunu kaynağında yok edecek ileriye etkili önlemlere de yönelinmelidir; c) yapmışlıktan gelinmemeli somut hizmetler sunulmalıdır; d) KYŞ sorununu küçümsemek yerine toplumsal gündemin ana başlıklarından biri haline getirmek gayesi güdülmelidir.⁵

⁵ Liz KELLY, "What a Waste: The Case for an Integrated violence Against Women Strategy", *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna 2008, s. 60.

ŞİDDET SONRASI DESTEĞİN ÖNEMİ

Şiddet sonrası destek stratejisi, yukarıda belirtilen beklenti ve değişiklikler doğrultusunda geliştirilmiş bir genel mücadele stratejinin parçası olmalıdır. Böyle bir genel stratejide, şiddet sonrası desteğin KYS ile mücadelenin diğer alanlarına göre daha kısa erimli ve tali bir alan olduğunu kabul etmek gerekir. Zira daha önce de belirtildiği gibi KYS ile mücadele tepkiselden öte önleyici bir karakter arz etmelidir. Ancak bu durum şiddet sonrası desteğin öneminden bir şey kaybetmesine neden olmamaktadır. Ülkemizde son yıllarda artmakta olan kadın cinayeti vakaları hâlihazırda KYS mağduru olan kadınlarla ilgili olarak alınması gereken tedbirlerin ne denli hayati olduğunu ortaya koymaktadır. Bir şiddet sonrası destek stratejisi şu hedeflere yönelmelidir: a) şiddete uğrayan veya uğrama tehdidi altında olan kadınları, -kadını değil- şiddet veya şiddet tehdidini ortadan kaldırarak korumak. Burada vurgulanmak istenen zorlayıcı veya kısıtlayıcı tedbirlerin şiddet veya şiddet tehdidi failine yönelik olması ve bu tedbirlerden kaynaklanan maddi yükün mağdura yüklenmemesi gerekliliğidir. b) Özellikle kamu hizmeti veren kişiler olmak üzere bireylerde KYS mağdurlarına yönelik -şiddeti sıradanlaştırıcı- tutumu ortadan kaldırmak. c) Veri birikimi sağlayarak yüksek risk altındaki grup ve bireyleri belirlemek ve bunları özellikle gözetmek. d) Mağdur kadınları, kendi hayatlarını ve onlara bağlı olarak yaşayan kişilerin (çocukların, yaşlıların vb.) hayatlarını devam ettirebilecekleri bir duruma getirmek. e) KYS'nin mağdurlarda neden olduğu ruhsal sarsıntının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler geliştirmek.⁶

Bu hedeflerin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de (İstanbul Sözleşmesi, 11 Mayıs 2011) yer bulduğunu belirtmek gerekir. Sözleşme birinci maddesi ile taraf devletlere “kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddet mağdurlarının korunması ve bu mağdurlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politikalar ve tedbirler geliştirme” zorunluluğunu yüklerken üçüncü maddesi ile alınacak bu tedbirlerin “şiddet mağduru kadınların güçlenmesi ve ekonomik bağımsızlığını hedefleyeceğini” belirtmiştir. ‘Güçlenme’ ve ‘ekonomik bağımsızlık’ ifadelerinin içeriklerinin doğru tespit edilebilmesi adına, sözleşme “Genel Destek Hizmetleri” başlıklı yirminci maddesinde taraf devletleri mağdurlara “yasal ve psikolojik danışmanlık, mali yardım, konut, eğitim, öğretim ve iş bulma desteği gibi hizmetleri” sunma zorunluluğu yüklemiştir. Ayrıca sözleşmenin on sekizinci maddesi gereği taraf devletler “bütün mağdurları şiddet eylemlerinin tekrarlanmasından korumak amacıyla gerekli hukuki veya diğer tedbirleri” almakla yükümlüdür. Görünen o ki, bir üst paragrafta şiddet sonrası destek stratejisinin hedefleri olarak belirtilenler İstanbul Sözleşmesi'nden çıkarsama yoluyla da ulaşılabilecek

⁶ *ibid*, s. 58.

hedeflerdir. Türkiye de İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olarak bu hedefleri benimsediğini ortaya koymuş ve bunları gerçekleştirme sorumluluğu altına girmiştir.

Ülkemizde bu sorumluluğun kamu alanında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na yüklendiğini görmekteyiz. Bakanlık bu sorumluluğu gerçekleştirmek adına Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü eliyle eylem planları hazırlamakta ve ilgili kamu kurumlarına iletmektedir. Bu eylem planlarına bakıldığında sözleşmenin yüklediği sorumlulukların ve belirttiği hedeflerin büyük oranda benimsendiği görülebilir. Gerçektende 2012-2015 eylem planı kadının güçlendirilerek şiddet sonrasında hayatının kontrolünü ve varsa kendisine bağlı olan kişilerin sorumluluğunu yeniden eline alabilmesini bir hedef olarak belirlemiştir.⁷ Diğer bir deyişle bu eylem planı kadının sadece hayatının kurtarılmasını değil aynı zamanda hayatına normal olarak devam edebilmesini de hedeflemektedir. Şiddet mağduru kadının insana yakışır bir hayata kavuşturulması için asgari tedbirler olarak kadının etkin bir biçimde korunması; hukuki, ekonomik ve psikolojik desteğe kolay ve hızlı bir biçimde ulaşabilmesi sayılmıştır.⁸ KSGM'nin eylem planında belirli oranlarda bu tedbirlerin hayata geçirilmesine yönelik tavsiyeler de yer almaktadır. Ancak maalesef bu eylem planları bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bunun yanı sıra eylem planları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın dışındaki kurumlara etkin bir biçimde sorumluluk yükleme gücünden yoksundurlar. Eylem planlarına ilişkin faaliyet veya ilerleme raporlarının kamuya paylaşılması -veya hiç hazırlanmaması- da belirtilen hedeflere ulaşma yolunda ne düzeyde bir gayret gösterildiğinin kamuoyunca denetlenmesini imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle, şiddet sonrası desteğin etkin bir biçimde gerçekleştirilebilmesi ve İstanbul Sözleşmesi'nde de ifadesini bulmuş olan hedeflere ulaşılabilmesi için bir genel müdürlüğün eylem planından fazlasına ihtiyaç vardır. Genel müdürlüklerin, bakanlıkların hatta hükümetlerin politik ve idari etki alanlarından bağımsız uzun erimli bir devlet stratejisi belirlemek gerekmektedir. Şiddet mağduru kadınlara yönelik ulusal bir destek stratejisi geliştirmek mağdurların desteğe daha hızlı ve istikrarlı olarak ulaşabilmesini sağlayacaktır.

Şiddet sonrası destek stratejisinin belirtilen bu hedeflere ulaşması elbette kamu kurumları, mahkemeler ve sivil toplum kuruluşlarının ortak çabaları ile mümkün olacaktır. Atılacak adımları belirlerken, kadına yönelik şiddete özgü zorlukların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

⁷ KSGM, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015*, Ankara 2012, s. 27.

⁸ Jalna HANMER; Daniela GLOOR; Hanna MEIER, "Agencies and Evaluation of Good Practice: Domestic Violence, Rape and Sexual Assault", *Co-ordination Action on Human Rights Violations*, 2006, s. 10.

ŞİDDET SONRASI DESTEK STRATEJİSİ BELİRLENİRKEN GÖZ ÖNÜNDE TUTULMASI GEREKEN ZORLUKLAR

1. KYŞ Sorununun Çok Boyutluluğu:

KYŞ sorununun hukuki boyutu olduğu kadar, sağlığa, ekonomiye, eğitime ve insan haklarına ilişkin boyutları da vardır. Dolayısıyla bir şiddet sonrası destek stratejisi bu sektörlerin her birini birbirleri ile bağlantılı ancak farklılıklar arz eden birer bağlam olarak kabul etmelidir. Şiddet sonrası destek stratejisi sorunun bu çok boyutluluğunu göz önünde tutarak desteği de çok boyutlu olarak kurgulamalıdır. Şiddet sonrası destek;

- sorumluluk alma,
- erken müdahale,
- sağlık sorunlarının giderilmesi,
- mağduriyetin tekrarını önleme,
- mağdurun insana yakışır bir hayat kurmasını sağlama, boyutlarını kapsamalıdır.

KYŞ sorununun çok boyutlu olmasının bir nedeni de sorunun paydaşlarının -daha doğru bir ifadeyle: sorunu besleyen ve büyüten aktörlerin- toplumun çeşitli düzeylerinde farklılık arz etmesidir. Gerçekten de KYŞ sorunu, aile düzeyinde, akrabalar düzeyinde, mahalli topluluklar düzeyinde, sivil toplum düzeyinde ve devlet düzeyinde farklı paydaşlara sahiptir. Dolayısıyla bir şiddet sonrası destek stratejisi sorunun çok boyutluluğunun bu yönünü dikkate alarak çözümü de çok boyutlu kurgulamalıdır. Belirtilen toplumsal düzeylerin hepsinde çözümün paydaşlarının da yer alması sağlanmalıdır. Bu paydaşlar:

- aile düzeyinde: kadınlar, erkekler veya çocuklar,
- mahalli topluluk düzeyinde: bölgede sözü geçen kişiler veya gruplar, dini görevliler veya liderler, mahalli dernekler, yerel yönetimler,
- sivil toplum düzeyinde: meslek örgütleri, kadın örgütleri, özel sektör, medya, üniversiteler, sendikalar, barolar,
- devlet düzeyinde: emniyet kurumları, sağlık kurumları, eğitim kurumları, adli kurumlar, meclis komisyonları, bakanlıklar,
- uluslar arası düzeyde: BM, Dünya Bankası, ILO gibi uluslar arası örgütler olabilirler.⁹

⁹ UNICEF, 2000, s. 14.

Belirtmek gerekir ki Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'ni imzalayarak sorunun çok boyutluluğuna karşı yine çok boyutlu bir çözüm stratejisi geliştireceği taahhüdünde bulunmuştur. Zira İstanbul Sözleşmesi yedinci maddesi ile taraf devletlere “devlet kurumları, ulusal, bölgesel ve yerel yönetimler ile makamları, ulusal insan hakları kuruluşları ve sivil toplum örgütleri gibi ilgili tüm aktörleri” kapsayacak ve “ilgili tüm kurum, kuruluş ve örgütler arasında etkin bir işbirliği vasıtasıyla” uygulanacak “devlet çapında etkili, kapsamlı ve eşgüdümlü politikaların benimsenmesi ve uygulanması için gerekli yasal ve diğer tedbirleri” alma ve “kadınlara yönelik şiddete karşı bütünsel bir mücadele” yürütme zorunluluğu yüklemiştir.

2. Mağdur Profiline İçerdiği Çeşitlilik:

KYŞ mağduru kadınlar ve uğradıkları şiddet biçimi değişkenlik arz etmektedir. Tablo 1’de hayatının herhangi bir döneminde eşleri tarafından şiddete uğramış kadınların karakteristikleri sunulmuştur. Tablonun ilk sütununda fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalan kadınların özellikleri görülebilirken, ikinci sütunda 6284 sayılı Kanun’un kapsamına uygun olacak şekilde ekonomik, psikolojik, cinsel veya fiziksel şiddetin en az birine maruz kalan kadınların profili sunulmuştur. Belirtilen araştırmanın mikro verileri üzerinden yaptığımız hesaplamalar doğrultusunda öncelikle Türkiye genelinde kadınların yüzde kırk birinin hayatları boyunca en az bir kez fiziksel veya cinsel şiddete ve yüzde altmış birinin hayatları boyunca en az bir kez fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddete maruz kaldıklarını tespit ettiğimizi belirtmemiz gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu tabloda verilen istatistikler sadece şiddet mağduru kadınların belirli özelliklere göre dağılımını ifade etmektedir. Bu anlamda, verilen istatistikler, toplumdaki farklı sosyoekonomik gruplar içerisinde şiddetin sıklığından ziyade şiddete uğramış kadınların bu grupların hangisine ait olduğunu özetler. Sonuç olarak bu bilgiler KYŞ ile ilgili risk gruplarının belirlenmesi için değil, şiddete uğramış kadınların profilinin çizilmesi için hazırlanmıştır.

Şiddete uğrayan kadınların yaşlarına bakıldığında, büyük bir bölümünün 25-45 yaş aralığında olduğu görülmüştür. Görece olarak genç ve yaşlı kadınların mağdurlar içerisinde daha küçük bir bölümü oluşturdukları görülebilir. Eğitim durumu bakımından mağdurların çoğunluğunu ilkökul mezunu veya hiç okula gitmemiş kadınlar oluşturmaktadır. Mağdurların istihdam durumuna bakıldığında, yüzde yetmişlik bir kesimin işgücüne katılmayan kadınlardan ve yüzde onluk bir kesimin ücretsiz aile işçilerinden oluştuğu görülmektedir. Sonuç olarak şiddete uğrayan kadınların yüzde seksenden fazlasının kişisel gelir sağlayan bir işi bulunmamaktadır. Çalışan

kadınlar ise çoğunlukla tarım ve hizmet sektörlerinde istihdam edilmektedirler. Mağdur kadınların yüzde on beşi kendi adlarına kayıtlı (veya ortağı oldukları) bir evin bulunduğunu, yüzde sekizi ise bir arazisinin olduğunu belirtmiştir. Bunun dışında şiddet mağduru kadınların çok küçük bir kısmı kendi adlarına kayıtlı bir şirketin, aracın veya banka hesabının olduğunu belirtmiştir. Çalışan mağdur kadınların yüzde on sekiz kadarı sosyal güvenlik sistemi dâhilindedirler. Mağdur kadınların yüzde on dokuzu herhangi bir geliri (istihdam veya istihdam dışı) olduğunu belirtirken, bu kadınların yüzde otuzu gelirlerinin kontrolünün kendilerinde olmadığını ifade etmiştir. Şiddete uğrayan kadınların yüzde otuz beşi zor durumlarda bir ay boyunca geçinmelerini sağlayacak kadar paraya sahip olduğunu belirtirken, yüzde elli altısı acil durumlarda ailelerinden destek alabileceklerine inandıklarını beyan etmiştir. Şiddet mağduru kadınların yarıya yakını evlendiklerinde on sekiz-yirmi dört yaş aralığındayken, yaklaşık yüzde otuz beşi evlendiklerinde on sekiz yaşından küçük olduklarını belirtmiştir. Şiddetin yaşandığı evliliklerin çoğunluğunda hem dini hem de resmi nikâhın yapılmış olduğu görülmektedir. Mağdur kadınların yaklaşık yüzde yirmi beşi evliliklerinin kendi istekleri dışında aile zoru ile olduğunu belirtirken, yine yaklaşık yüzde yirmi beşlik kısmı evliliklerinde başlık parası ödendiğini veya akraba evliliği yaptıklarını ifade etmiştir. Sonuç olarak ortaya çıkan tabloda şiddete uğrayan kadınların, çoğunlukla orta yaş grubunda, düşük eğitim düzeyine sahip, istihdama katılmayan veya katılsa dahi önemli oranda geliri üzerinde kontrolü olmayan ve önemli oranda rızaları dışında evlenmek zorunda kalmış kadınlardan oluştuğu görülmektedir.

Tablo-1'deki verilere bakarak KYŞ mağduriyetinin sosyoekonomik açıdan belirli gruplarda yoğunlaşsa da toplumun her kesimine belirli düzeylerde yayıldığını söyleyebiliriz. Bu durum, şiddet sonrası desteğe ihtiyaç duyan kişilerle ilgili belirli bir profil oluşturmayı ve bu profile uygun olacak tek tip destek biçimleri ve koruma yöntemleri ile soruna yaklaşmayı imkânsız kılmaktadır. Çok farklı sosyal çevrelerden kadınlar KYŞ mağduru olabilirler. Kadınların tekil durumları sorunun yaşanış biçimini büyük oranda belirlemektedir.¹⁰ Örneğin yabancı uyruklu bir sığınmacı kadın ile evlenip boşanmış bir kadın veya reşit olmayan bir kadın veyahut eşcinsel bir kadın, (kaçarak evlenme nedeniyle aileden dışlanmış bir kadın, engelli bir kadın, seks işçisi bir kadın, herhangi bir geliri olmayan bir kadın, imam nikâhlı bir kadın, HIV pozitif bir kadın vs.) KYŞ mağduru olduklarında bu mağduriyeti aynı şekilde yaşamayacaklardır. İçinde buldukları tekil durum onların hem sosyal çevrelerini hem de hukuki statülerini birbirinden farklı kılacaktır. Bu

¹⁰ Renate AUGSTEIN, "The Plan of Action to Combat Violence Against Women in Germany", *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008, s. 71.

nedenle bir şiddet sonrası destek stratejisi çeşitlendirilmiş plan ve pratikler öngörebilecek nitelikte hazırlanmalıdır. Farklı sosyal çevrelerde yaşayan ve farklı hukuki statülere sahip olan kadınların tümünü tekillikleri içerisinde kavrayabilen ve onların durumlarına göre çözümler üretebilen dinamik bir destek anlayışı bu stratejinin temelinde yer almalıdır.

Mağdur profilinin belirtilen heterojenliğine rağmen, destek stratejisi hazırlanırken belirli risk gruplarının varlığı göz önünde tutulabilir. Örneğin sosyoekonomik bakımdan güçsüz veya eşine muhtaç olanlar, engelliler, düşük eğitim düzeyine sahip olanlar, rızaları dışında evlenmek zorunda kalmış olanlar, ailesinde KYŞ geçmişi olanlar birer risk grubu olarak görülebilir.

Belirtilen farklılıkların yanı sıra KYŞ mağduru kadınların belirli özellik, tutum ve tepkilerde ortaklaştığı da görülmüştür. Bunlar:

- Yaşadığı sorunun tam olarak bilincinde olmama ve bu nedenle destek aramama,
- Şiddeti bir iletişim biçimi olarak görme ve çocuklarına yönelik şiddete başvurma,
- Kendi hayatı ve çocuklarının hayatları üzerinde kontrol sahibi olamama,
- Tek başına bir ebeveyn olarak çocuk yetiştirmeye gücünün yetmeyeceği korkusu,
- Ruhsal veya bedensel rahatsızlığa sahip olma ve aşırı ilaç kullanımı,
- Kendini toplumdan ve yakın çevresinden soyutlama olarak sayılabilir.¹¹

Şiddet sonrası destek stratejisi belirlenirken mağdurlara ilişkin tüm bu farklılıkların ve ortaklıkların da göz önünde tutulması gerekmektedir.

3. KYŞ'nin Gizli Kalması:

KYŞ mağduru kadınların yaklaşık yarısı yaşadıkları şiddeti bir yakınlarına (akraba, komşu, arkadaş vs.) anlatmış ancak sadece % 7,4'ü polis, hastane veya savcılık gibi kamu kurumlarına veya sivil toplum örgütlerine durumları ile ilgili başvuruda bulunmuştur. (Bkz. Tablo-2 Türkiye Kadın ve Aile Araştırması anketi, şiddeti açığa vurma ile ilgili

¹¹ Aleid VAN DEN BRINK, "The Amsterdam Approach: Enterprising and Pragmatic", *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008, s. 173.

soruları sadece cinsel veya fiziksel şiddete maruz kalan kadınlara yönelmiştir. Bu nedenle psikolojik veya ekonomik şiddet sonucunda kadının başvurduğu yollarla ilgili olarak maalesef bilgi elde edilememiştir.) Kadınların yaşadıkları sorunu açığa vurmamaları ile ilgili birçok neden öne sürülebilir. Tablo-3 eşleri tarafından uğradıkları şiddet sonrasında resmi kurumlara şiddeti bildiren ve bildirmeyen kadınların karakteristiklerini ortaya koymaktadır. Tablodaki verilere bakıldığında, şiddeti bildirmeyen kadınlar arasında kırsal ikamet oranının bildiren kadınlar arasındaki kırsal ikamet oranından bir hayli yüksek olduğu görülmektedir. Bildiri yapmayan kadınların yaklaşık yüzde otuzu kırsal kesimde ikamet ederken bu oran bildirim yapan kadınlar arasında yüzde yirminin altındadır. Yaş gruplarına bakıldığında bildirim yapan ve yapmayan kadınlar arasında belirli bir farklılık göze çarpmamaktadır. Eğitim durumlarına bakıldığında ise, bildirim yapmayan kadınların yüzde otuz ikisi bir diplomaya sahip değilken bu oranın bildirim yapan kadınlar arasında yüzde on sekizde kaldığı görülmektedir. Yine bildirim yapan kadınların, yapmayan kadınlara nazaran daha büyük bir bölümünün lise veya üniversite mezunu olduğu anlaşılmaktadır. İki grubun istihdam durumlarına bakıldığında bildirim yapmayan kadınların daha büyük bir kısmının istihdama katılmayan veya ücretsiz aile işçisi kadınlar olduğu görülmektedir. Çalışan ve bildirim yapmayan kadınların yarıya yakını tarım sektöründe istihdam edilirken, istihdam edilen ve bildirim yapan kadınların çoğu hizmet sektöründe çalışmaktadır. Bununla beraber, bildirim yapan kadınlarda sosyal güvenlik sistemi üyeliğinin, bildirim yapmayan kadınlardaki orandan iki kat fazla olduğu, bildirim yapan kadınların daha fazlasının mal varlığına ve kişisel bir gelire sahip olduğu ve bu gelirleri görece olarak daha fazla kontrol edebildikleri ve daha büyük oranda acil durumlarda kendilerine yetecek kadar para sahibi kişilerden oluştuğu görülmektedir. İki grup arasında evlenme yaşları bakımından belirli bir farklılık göze çarpmamaktadır. Öte yandan, bildirim yapmayan kadınlar arasında akraba evliliğinin daha sık olduğu ve başlık parasının daha sık rastlandığı anlaşılmıştır. Tablo-3'te sunulan veriler ışığında bildirim yapmayan kadınlar arasında daha düşük eğitim ve gelir düzeyine sahip, sosyal güvencesi olmayan ve acil durumlarda kendisine maddi kaynak bulma imkânı düşük olan kadınların görece olarak çoğunlukta olduğu görülebilmektedir. Bu anlamda, maddi olanaksızlıkların kadınların şiddeti bildirme kararına belirgin bir etkisi olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanı sıra kadınların hakları ile ilgili yeterince bilgilendirilmemiş olmaları ve bilgi sahibi olanların bu hakları elde etmek için mücadele edecek cesaret ve gücü kendilerinde bulamamaları¹²,

¹² Beril ESEN, "Domestic Violence against Women in Turkey", *Levitt Research*, Summer, 2013, s. 4.

ekonomik bakımdan eşlerine bağımlı olmalarının onları şiddet ve yoksulluk arasında bir tercih yapmaya zorlaması¹³ ve -özellikle cinsel şiddet bakımından¹⁴- ataerkil normların güçlü olduğu bölgelerde kadınların kocalarından gördüğü şiddeti sıradan bir durum olarak kabullenmeleri KYŞ'nin açığa çıkmamasının başlıca nedenleri olarak sayılabilir.

Bu veriler ışığında KYŞ'nin bildirilme oranının arttırılması yolunda atılması gereken önemli adımlardan birinin kadının ekonomik güvencesinin sağlanması olduğunu kabul etmek gerekir. Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması ve yapılan diğer çalışmalar bir işe ve gelire sahip olan kadınların gerek bildirimde bulunmada gerekse bildirimden ardından gelecek olan yargısal süreçlere katılmada daha istekli olduklarını, kamu kurumlarına başvurarak destek istemeye daha yatkın olduklarını ve hukuk ve ceza davalarının sonuçlarından daha memnun olduklarını ortaya koymuştur.¹⁵ Bu durum maddi güvenceye sahip olan ve bir işi olması nedeniyle -eve kapalı yaşamayıp- sosyal ve ekonomik hayatın içinde olan kadınların sorunlarını ifşa etmede daha istekli ve çözüme ulaşmada daha başarılı olduğunu göstermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki KYŞ ile ilgili yargısal ve idari süreçlerin uzaması çalışan kadınların dahi -işyerlerinden izin alamadıklarından dolayı- bu süreçleri başlatmalarını ve devam ettirebilmelerini zorlaştırmaktadır. Bu doğrultuda KYŞ'yi sona erdirmeye yönelik bir genel stratejinin ilk hedefi nasıl kadının toplumsal ve ekonomik konumunu güçlendirmek olmalıysa bunun bir parçası olan şiddet sonrası destek stratejisi de şiddet mağduru kadınları haklarını aramaya teşvik edecek bir destek programı ortaya koyabilmelidir. Şiddet sonrası destek bakımından en önemli konu, şiddete maruz bırakılan veya şiddet tehdidi altında olan kadınların herhangi bir gün, herhangi bir saatte ve en kısa sürede destek hizmetlerine ulaşabilmesidir. En iyi hizmetler bile eğer mağdurlar bunlara ulaşamayacaksa başarısız olacaktır.¹⁶

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir hususu belirtmek gerekir. Mağduru hakları ile ilgili bilgilendirmek ve destek hizmetlerini bunlara başvurmak isteyecek olanlar bakımından cazip kılmak kamu kurumlarının ve kamu çalışanlarının birer görevi ise de destek hizmetlerinde yer alan kurum ve çalışanlar aşırı yönlendirici, zorlayıcı veya mağdura gereğinden fazla cesaret verici olmamalıdır. Mağdur kadınların yaşadıkları şiddeti bildirmelerine

¹³ Veda GÖKKAYA, "The Effects of Violence upon Women's Health in Turkey" den aktaran Beril ESEN, 2013, s. 8.

¹⁴ *ibid*, s. 9.

¹⁵ Darrell PAYNE, Linda WEMELING, "Domestic Violence and the Female Victim: The Real Reason Women Stay!", *Journal of Multicultural, Gender and Minority Studies*, C.3 (2009), S.1, s. 2.

¹⁶ UNICEF, 2000, s. 18.

engel olan nedenlerin gerçek nedenler olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır. Yapılan çalışmalar yaşanan şiddet ile ilgili resmi başvuruda bulunulduğunda, şiddet uygulayan eşin misilleme amacıyla çocukları da hedef alacak şekilde daha ağır bir şiddet uygulayabildiğini; hayati yaralanma veya ölümle sonuçlanan saldırıların büyük bölümünün mağdur kadının destek almak veya boşanmak amacıyla resmi başvurular yapmasından sonra meydana geldiğini, aile veya mahalli topluluk içinde gayri resmi olarak kadına yardım eden yakınların resmi başvurulardan sonra bu desteklerini çekebildiklerini ve tanıklık etmekten imtina edebildiklerini göstermektedir.¹⁷ Bu noktada destek hizmeti veren kurum, kuruluş ve kişilerden beklenen, özverili, pratik, kararlı ancak ölçülü olmalarıdır.

ŞİDDET SONRASI DESTEK STRATEJİSİNİN ODAK KURUMLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Kurumlar (sivil toplum kuruluşları da dâhil olmak üzere), yasalarla birlikte, başarılı bir destek stratejisinin iki temel direğini oluştururlar. Yasaların görevi, KYŞ ile mücadelede başvurulacak tedbirleri belirlemek ve bunlarla ilgili yetki ve görevleri dağıtarak bu mücadelenin yolunu açmaktır. Kurumlara ise daha karmaşık ve ayrıntılı görevler düşmektedir. Kurumlar öncelikle yasalarda belirlenen tedbir ve hizmetleri yerine getirmekle görevlidirler. Kurumlar iç denetim ile kendilerini ve idari denetim mekanizmaları aracılığıyla birbirlerini denetleyerek yasalarca öngörülmuş destek hizmetlerinin en iyi şekilde yerine getirilmesini sağlamalı ve meydana gelen sorunlarla ilgili çözüm önerileri üretebilmelidir.¹⁸ Bunun yanı sıra kurumlar verdikleri hizmetlerin ve dolayısıyla uyarınca hizmet yürüttükleri yasaların etkililiğini denetleme görevini de yerine getirmelidirler.¹⁹ Bu bakımdan kurumlar şiddet sonrası destek stratejisinin dinamik ve gelişken bir karakter arz etmesinde anahtar konumdadırlar. Kurumların bu önemli konumu İstanbul Sözleşmesi'nde de karşılığını bulmuştur. Sözleşme, on sekizinci maddesinin ikinci fıkrası ile taraf devletlere “mahkemeler, savcılar, kolluk kuvvetleri, yerel ve ulusal yetkililer dâhil ilgili tüm devlet kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, diğer ilgili kuruluşlar ve birimler arasında etkin işbirliği için uygun mekanizmaların mevcudiyetini sağlama” görevini yüklemiştir. KSGM'nin hazırladığı eylem planı da “şiddete uğrayan kadına, varsa çocuk/çocuklarına yönelik hizmet sunumunu gerçekleştirmek üzere kurum/kuruluş ve ilgili sektörler arası işbirliği mekanizmasını” güçlendirmeyi

¹⁷ PAYNE; WEMELING, 2009, s. 3.

¹⁸ HANMER vd., 2006, s. 24.

¹⁹ Carol HAGEMANN-WHITE, “Innovative Legal Measures Addressing Violence Against Women New Strategies and Practices in Europe”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008, s. 44.

hedefleri arasına alarak bu anlayışı paylaşmıştır.²⁰ Ancak bu işbirliğini sağlayacak platformun henüz kurulmadığını da belirtmek gerekir. Bu eylem planına uygun olarak kurulmuş olan ŞÖNİM'lerin istenilen işbirliğini neden gerçekleştiremeyeceği konusuna ileride değineceğiz. Burada kısaca belirtmek gerekir ki, etkili bir destek stratejisinde kurumlar arası işbirliği platformu ne sadece kamu kurumlarının yetkilendirildiği ne de bütün yükün sivil toplum kuruluşlarına atıldığı bir platform olmalıdır. Bu platformda, çözümün bütün paydaşları, karar alma yetkisine sahip üye veya organlarınca temsil edilmelidir. Böylece birden fazla kurumun ortaklığıyla gerçekleştirilebilecek türden hizmetler ile ilgili kurumlar arası koordinasyon sağlanmalıdır.

Ülkemizde şiddet sonrası destek hizmetlerinin sunulmasında bir diğer önemli kurumsal eksiklik ise veri toplama ve verilerin koordinasyonu hususundadır. Bu konuda üniversitelere ve sivil toplum örgütlerine önemli bir görev düşmektedir. KYŞ sorunu ile ilgili ampirik veri eksikliği bu konuda etkin bir strateji geliştirilmesinin hatta gündelik politika değişikliklerinin gerçekleştirilmesinin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca bu soruna ilişkin veri eksikliği devletin bu alandaki tembelliğine bahane bulabilmesine veya hükümet görevlilerinin sorunun abartıldığını iddia edebilmesine imkân vermektedir.²¹ Somut ve güncel verilerin el altında olması hem politika üreticilerine hem de uygulamacılara büyük kolaylıklar ve imkânlar sağlayacaktır. Politika üreticileri, sorunlu alanları tespit etmede ve sahaya uygun yeni uygulamaları geliştirmede somut dayanaklara sahip olacaklardır. Bu politikaları uygulamaya geçirmekle görevli olan kurumlar ise yaptıkları işlemleri kayıt altına alıp veriye dönüştürdükleri takdirde faaliyetlerini gerçekleştirmek için ihtiyaç duydukları kamusal kaynakları talep ederken daha güçlü bir konumda olacaklardır. Verilen hizmetlerin, yapılan işlemlerin ve bunların sonuçlarının veriye dönüştürülmesi bu alandaki uzmanlaşmaya büyük katkı sağlayacaktır. Kuramsal ve ampirik veri birikimi, şiddet sonrası desteğin -güncel politik tercihlerden veya kurumların yönetimindeki kişilerden- bağımsızlaşması ve kurumsal bir karakter arz etmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.²² Türkiye'de kamunun kullanımına açılmış bu alandaki en güncel veri seti Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından gerçekleştirilmiş olan 2008 tarihli Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması'na aittir. 2011 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nca gerçekleştirilen Türkiye'nin Aile Yapısı Araştırması'nın ise sadece raporu yayınlanmış, veri seti kamunun kullanımına sunulmamıştır.

²⁰ KSGM, 2012, s. 19.

²¹ UNICEF, 2000, s. 17.

²² KELLY, 2008, s. 64.

Polisin haberdar olduğu KYŞ vakalarının ne kadarını araştırdığına, bu vakalarının ne kadarının adli mercilere taşındığına, vakaların hangi oranda ceza ile sonuçlandığına, cezaların ağırlıklı olarak hangi suçlara istinaden verildiğine, KYŞ'nin çocukların velayeti ile ilgili kararları ne oranda etkilediğine, mahkemelerin koruma ve desteğe yönelik kararlarının veya diğer kurumlarca sunulan destek hizmetlerinin ilgililerin hayatlarını ne yönde etkilediğine, failerin koruma kararlarına ne oranda uyduğuna, kararı ihlal edenlerin ne kadarının cezalandırıldığına vs. ilişkin güncel ve somut veriler oluşturulmadığı takdirde KYŞ sonrası destek stratejisinin veya herhangi bir eylem planının başarılı olması mümkün değildir.²³

Şiddet sonrası desteğe ilişkin bir stratejinin hayata geçirilmesi bakımından ilgili bütün kurumlar önemli olmakla birlikte emniyet, sağlık, yargı kurumları ve sivil toplum kuruluşları hayati bir konumu işgal etmektedirler. Zira bu kurumların çalışanları KYŞ vakaları ile sıklıkla ve dolaysız olarak karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu nedenle bu dört alana ilişkin tespit edilen sorunları ve önerileri ayrıca belirtmekte yarar görüyoruz.

1. KYŞ Sonrası Destek Bakımından Emniyet Kurumlarında Yaşanan Sorunlar

KYŞ mağdurlarına destek hizmetleri sunulması bakımından polis çok önemli bir konum işgal etmektedir. Mağduriyetten veya tehditten haberdar olma, acil müdahale etme, failin yeniden şiddete başvurmasını engelleme, mağdurları hakları ve kullanabilecekleri hizmetler ile ilgili olarak bilgilendirme gibi doğrudan müdahale yolları polisin görevi ve imkânları dâhilindedir. Ancak, polisin önyargıları, eğitimsizliği, ilgisizliği veya KYŞ'yi bir aile içi mesele olarak görmesi vb. nedenlerle, bu kritik görev gerektiği gibi yerine getirilememektedir. KYŞ mağduru kadınların sorunlarıyla ilgili aldıkları hizmet bakımından memnuniyetlerinin en düşük olduğu kurum polis kurumudur (Bkz. Tablo 2).

Birçok vakada polisin KYŞ vakalarını diğer yaralama vakalarından farklı ele aldığı görülmektedir.²⁴ Bu durumun yansımalarını AİHM kararlarında da görmek mümkündür. *OPUZ v. Türkiye* kararında AİHM - Mor Çatı'nın görüşlerine atıfla- KYŞ'nin polis karakollarında hâlâ hoşgörüle karşılandığını ve bazı polis memurlarının hakem gibi hareket etmeye çalıştığını, erkeğin tarafını tuttuğunu ya da kadının şikâyetinden vazgeçmesini önerdiğini belirtmiş ve Türkiye hakkında mahkûmiyet kararı vermiştir. Mahkemeye göre şiddet uygulayan kocanın bir de polis olması

²³ HAGEMANN-WHITE, 2008, s. 45-46.

²⁴ PAYNE; WEMELING, 2009, s. 2.

durumunda KYŞ mağduru kadın hiçbir şekilde polise başvuramamakta veya başvurduğunda yardım alamamaktadır.²⁵ Yaşanan kadın cinayetlerinde polisin ihmaline rastlamak artık şaşırtıcı olmamaktadır. Artık bir simge haline geldiğinden Güldünya Tören cinayetini örnek verebiliriz. Hatırlanacağı üzere Güldünya öldürüleceğini bildiğinden evinin penceresinden atlayıp polis karakoluna sığınmış, polis ise amcası ve ağabeyini karakola çağırıp ikna yoluyla cinayeti önlemeye çalışmış ve nihayet Güldünya'yı katillerine teslim etmiş idi.²⁶ Bu örnekler maalesef çoğaltılabilir. Polise KYŞ konusunda bilgi ve duyarlılık kazandırılması bu nedenle hayati önem arz etmektedir. Polisin KYŞ vakalarında sadakatle uyacağı bir el kitabına sahip olması gerekmektedir. Bu sadakatin sağlanması için de polislerin ihmalkârlıklarından veya kadınlara yaşattıkları ikincil mağduriyetlerden sorumlu tutulması gerekmektedir.²⁷

KYŞ vakalarında yaşadıkları sorunlar hakkında polisin görüşlerine başvurmak da büyük fayda sağlayacaktır. Bu bakımdan o dönem Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı'nda idare amiri olarak görev yapan Alpaslan Onaylı'nın, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda sorunla ilgili verdiği bilgileri burada belirtmekte yarar görüyoruz.²⁸ Onaylı'ya göre bir KYŞ vakasında polisin kadını kocasıyla barıştırıp evine göndermeye çalışmasının nedenlerinden biri de kadını yerleştirecek bir sığınma evinin bulunamamasıdır. Ayrıca özellikle taşrada kadın personelin bulunmaması nedeniyle (Türkiye genelinde kadın polis oranının % 6 olduğu ifade edilmiştir) KYŞ vakalarına müdahale etmede yetersiz kalındığı belirtilmiştir. Mağdur kadınların polis merkezinden, adli tıp, oradan adli birimlere tekrar gitmesi şeklinde kurum kurum dolaşmak zorunda kalmasının ikincil bir mağduriyet yarattığına dikkat çekilmiş ve bu sorunların giderilebilmesi için tıpkı çocuk şube müdürlüklerinde olduğu gibi kendi alanında uzmanlaşmış, içinde polisle birlikte sosyal çalışma ve adli tıp uzmanlarının da yer aldığı birimlerin oluşturulması gerektiği belirtilmiştir.

Kanımızca alınacak prosedürel tedbirlerin başarılı olabilmesi için emniyetin KYŞ'ye yaklaşımının değişmesi şarttır. İlk KYŞ'nin bir asayiş sorunu olmadığı, bir insan hakları sorunu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan polis KYŞ vakalarında tepkisel değil önleyici bir aktif rolü benimsemek sorundadır. Devlet, bir KYŞ vakasını haber aldığı andan koruma ve destek tedbirlerinin uygulanmasına kadar sürecin tüm

²⁵ AİHM, *OPUZ v. Türkiye kararı*, Başvuru no. 33401/02, 2009, par. 92.

²⁶ ESEN, 2013, s. 2.

²⁷ UNICEF, 2000, s. 17.

²⁸ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, *Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Mevzuattaki Ve Uygulamadaki Noksanlıkların Tespitine İlişkin Rapor*, 2010, s. 20.

aşamalarını titizlikle yürütmelidir. Bu bakımdan Ankara 8. Aile Mahkemesi eski hâkimi Eray Karınca'nın, bir KYŞ vakası haber alınır alınmaz yetkili aile mahkemesinin haberdar edilmesi ve sürecin tümünün bu mahkemenin inisiyatifıyla yönetilmesi yönündeki önerisi dikkate alınmalıdır.²⁹

2. KYŞ Sonrası Destek Bakımından Sağlık Kurumlarında Yaşanan Sorunlar

KYŞ sonrası destek bakımından emniyet güçleri ile birlikte birincil konumu sağlık kurumları işgal etmektedir. Aynı şekilde sağlık kurumları, KYŞ mağduru kadınların tespitinde ve bu kişilerin destek hizmetlerine yönlendirilmesinde en az emniyet kurumları kadar avantajlı bir konumu işgal ederler. (Bkz. Tablo 2) Bu kurumlar sadece yaralanma veya travma vakalarında değil, kadının kuruma gelmesine neden olan bütün vakalarda KYŞ ile ilgili gözlem yapma imkânına sahiptirler. Kadınlar hamilelik nedeniyle, başka bir hastalık nedeniyle veya çocuklarının bir rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvurabilirler. Tüm bu durumlar KYŞ mağdurlarının tespit edilmesi ve destek mekanizmaları ile bağlantılarının kurulması bakımından birer imkân olarak görülmelidir. Ancak yukarıda polis ile ilgili belirttiğimiz engeller sağlık çalışanları bakımından da geçerlidir. Türkiye'de KYŞ'nin çok yaygın olmasına rağmen bunların sağlık kurumlarına bildirilmesi veya adli tıp raporlarında yer alması oranının çok düşük olduğu tespit edilmiştir.³⁰ Kendilerine bildirilen vakalarda da sağlık çalışanlarının mağdur kadınları önlerindeki seçenekler ve alabilecekleri destek hizmetleri bakımından bilgilendirmek yerine onlara akıl verip geri evlerine gönderdikleri ve kimi zaman kadınların bu nedenle tekrar şiddete maruz kaldıkları belirtilmektedir.³¹

KYŞ, Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir sağlık sorunu olarak ele alınmıştır. Örgüt bu bağlamda bu sorunla üç düzeyde mücadele edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Birincil düzeyde bir şiddet vakası yaşanmamıştır ve bu aşamada sağlık konusu bakımından yapılması gereken kadının sosyal güvencesinin sağlanmasıdır. İkincil düzey KYŞ vakalarının tespit, tanı ve tedavilerinin yapılması aşamasıdır. Bu noktada sağlık çalışanları, şiddetin tekrarının önlenmesi için gerekli mercilere bilgi vermeli ve mağdur kadını alabileceği destek ile ilgili olarak bilgilendirmelidir. Üçüncül düzey uzun süre KYŞ'ye maruz kalmış kadınların fiziksel ve ruhsal iyileştirmelerinin

²⁹ *ibid*, s. 21.

³⁰ Mustafa SERİNKEN, Cem ŞENGÜL, Özgür KARCIOĞLU, Kemalettin ACAR ve İbrahim Türkçüer, "Violence against Women: Analysis of Emergency Department Presentations." *Turk J Emergency Med*, C. 7 (2007), S. 4, ss. 163-166'dan aktaran ESEN, 2013, s. 4.

³¹ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, 2010, s. 28.

sağlanması düzeyidir.³² Bu üç düzeyin de başarılı bir biçimde yerine getirilebilmesi için sağlık çalışanlarının KYŞ konusunda bir duyarlılık kazanmaları ve bu vakaları tespit etme refleksine sahip olmaları gerekmektedir.³³

3. KYŞ Sonrası Destek Bakımından Yargı Kurumlarında Yaşanan Sorunlar

Yargılama etkinliği elbette belirli yasal düzenlemeler üzerinden işlemektedir ve yasal düzenlemelerdeki eksiklikler bu etkinliğin aksamasında başlıca etkindir. Ancak bu başlık altında yasal düzenlemelerdeki eksiklikleri değil, KYŞ sorununa özgü olarak yargılama süreçlerinde -uygulamaya ilişkin- beliren sorunları ortaya koymaya çalışacağız. Ardından KYŞ konusunda uzmanlaşmış ve görevlendirilmiş olan ve İngiltere’de bir örneği uygulanmakta olan KYŞ mahkemeleri hakkında bilgi vereceğiz.

KYŞ konusunda yargılama süreçleri ile ilgili ülkemizde iki ana sorun yaşanmaktadır. Birinci sorun KYŞ’nin aile mahkemeleri tarafından görevlerine dâhil olan diğer konularla (boşanma, velayet, nafaka vb.) aynı görülmesi ve bu sorunun kesbettiği aciliyete uygun olarak ele alınmamasıdır. Bu husus AİHM kararlarında da dile getirilmiştir.³⁴ 6284 sayılı Kanun’un bu bakımdan 4320 sayılı Kanun’a göre bir takım iyileştirmeler yaptığını kabul etmek gerekir. Kanun’un beşinci maddesi, acil müdahale niteliğindeki tedbirlerin bazılarının (eşin konuttan uzaklaştırılması, mağdura, mağdurun çocuklarına veya işyerine yaklaşmasının engellenmesi vb.) takip eden ilk iş günü içerisinde hâkim onayına sunulmak üzere polis tarafından da verilebileceğini belirterek bu alandaki adliye hantallığının bir nebze kırılmasına imkân vermiştir. Ancak KYŞ sonrası destek bakımından aciliyet kesbeden müdahaleler sadece koruma müdahalelerinden ibaret değildir. Şiddet içeren ilişkiyi reddederek adli yollara başvuran kadının müspet anlamda desteğe de ihtiyacı bulunmaktadır. Bu nedenle KYŞ vakalarının bir bütün olarak aile mahkemelerinin görev alanına giren diğer vakalara önceliği olduğunun kabul edilmesi ve buna göre muamele edilmesi gerekmektedir. Kanımızca bu sorun, bu alandaki diğer problemlere göre daha basit bir sorundur ve çözülmesi için sadece istemek ve gündeme almak yeterli olacaktır. KYŞ konusunda yargılama süreçlerinde yaşanan ikinci önemli sorun KYŞ sorununun yapısal niteliğinden kaynaklanmaktadır ve daha

³² *ibid*, s. 27.

³³ UNICEF, 2000, s. 18.

³⁴ AİHM, *OPUZ v. Türkiye kararı*, Başvuru no. 33401/02, 2009 par. 93.

karmaşık bir sorundur. KYŞ mağduriyetleri büyük oranda adli mercilere taşınmamakta, mağdurlar ve tanıklar hâkim karşısına çıkmamakta, adli süreçler mağdurlar tarafından kararlılıkla sürdürülememektedir. Bu duruma ilişkin olarak, adli başvurunun şiddetin katlanmasına neden olacağından korkulması, -ulaşım ücretleri vs. dâhil olmak üzere- adli süreçleri yürütecek maddi kaynaklara sahip olmama, işyerinden izin alamama, aile üyesi ile mahkemelik olmaktan imtina etme, sorunlarının çözülmesi bakımından adli mercilere güvenmeme gibi sebepler sayılabilir.³⁵ Bu durumun birçok sebebinin olması sorunun çözümünü güçleştirmektedir. Ancak bu durum, vazgeçmeyi değil her sebep üzerine tek tek gidilerek bu sorunu çözmeye yönelmeyi gerektirmektedir. Öncelikle yapılması gereken, toplumda KYŞ'nin kamuya karşı işlenmiş bir suç olduğu, mağdurlarının mahkemelerce korunduğu ve desteklendiği, sorunların adli mercilerde çözülebildiği yönünde bir güvenin kurulması gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda mağdur kadınların adli sürecin başından sonuna kadar bu süreci takip edebilmeleri için ihtiyaç duyduğu maddi, manevi ve adli desteği sunacak hizmetler tesis edilmeli ve aile mahkemeleri bu hizmetlerin kullandırılması bakımından yetkilendirilmelidir. KYŞ mağduru kadınlar iş güvenliği konusunda pozitif ayrımcılığa tabi tutulmalı, KYŞ mağduriyetleri ile ilgili olarak sürdürecekları adli süreçlerde işyerlerinden izin alma sorunu yaşamamalıdır.

Belirtilen iki sorunun çözümü bakımından gerekli olan ortak adımın aile mahkemelerinin yetkilerinin ve inisiyatif alanlarının genişletilmesi olduğu görülmektedir. Bu bir öneri olmakla birlikte buna alternatif olarak İngiltere örneğinde görülen sadece KYŞ konusunda görevli olan ancak sorunun kamu hukukunu ve özel hukuku ilgilendiren tüm boyutlarıyla ilgili olarak karar alabilen bir mahkeme modeli öne sürülebilir. Özel Ev-içi Şiddet Mahkemeleri (*Special Domestic Violence Courts*) adı verilen bu mahkemeler İngiltere ve Galler'de sulh ceza mahkemeleri bünyesinde kurulmuşlardır. Bu mahkemelerin kurulmasındaki amaç KYŞ mağdurlarının belirli bir yargılama merciinin odağına alınması ve mağdurlara en üst düzey ilgi ve uzmanlığın sunulması olarak belirtilmektedir. Mahkemeler, KYŞ sorununun çözümünde görev alan tüm kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde çalışmakta ve bu nedenle her mağdurun kendi tekil durumu içerisinde ihtiyaç duyduğu hizmetlerin sunulmasını sağlayabilmektedirler.³⁶ Bu mahkemeler üzerine yapılan deneysel değerlendirmeler mağdurların adli süreçlere

³⁵ HAGEMANN-WHITE, 2008, s. 43-44.

³⁶ Cathy HUMPHREYS; Rachel, CARTER, "The Justice System as an Arena for the Protection of Human Rights for Women and Children Experiencing Violence and Abuse" *Co-ordination Action on Human Rights Violations*, 2006, s. 22.

katılımları ve bunları sürdürmeleri bakımından bu yeni mahkemelerin cesaret verici olduğunu, yargılamaya ilişkin süreçlerin daha kısa sürmesini sağladığını ve faillerin cezalandırılması oranını arttırarak şiddetin tekrarını azalttığını ortaya koymaktadır.³⁷ Bu model ülkemizde benimsenirse dahi bu modelden öğrenilecek şeyler olduğunu kabul etmek gerekmektedir. İlkın bu model, gereken ilgi, cesaret ve desteğin sağlanması halinde kadınların şiddet sarmalından çıkmak yolunda daha kararlı adımlar atabileceğini göstermektedir.

Yargı, KYŞ'nin ağır bir suç teşkil ettiği ve şiddete başvuran kişinin suç işlediği ve de bu suçun cezasız kalmayacağı mesajının topluma iletilmesi bakımından da kritik bir konumdadır. Yargıç, mağdur, fail ve varsa çocukların hayatları hakkında nihai kararı verecek olan kişidir. Yargının ve yargıcın bu önemli konumu her yargıcın KYŞ sorununun karakteri, dinamikleri ve çözüm yolları hakkında bilgilendirilmiş olmasını gerektirmektedir.

4. KYŞ Sonrası Destek Bakımından Sivil Toplum Kuruluşlarında Yaşanan Sorunlar

KYŞ sonrası mağdur kadınların hayatlarını ve kendilerine olan güvenlerini yeniden inşa etmelerinde onlara yardımcı olmak amacıyla mağdurların barındırılması, güvenliklerinin sağlanması, hukuki hakları ile ilgili bilgilendirilmesi ve bu kişilere meslek kazandırılması yönünde başta kadın örgütleri olmak üzere sivil toplum kuruluşlarının ifa ettiği insanlık görevinin önemi takdir edilmelidir.³⁸ Bu başlık altında bu STK'ların gerek insani gerek maddi kaynakları bulma konusunda ve birbirleri arasında iletişim ve uyum oluşturma konusunda yaşadıkları sorunlar tartışılabilir. Ancak bugün KYŞ konusunda çalışma yapan STK'lar ve sivil toplum kaynaklı bağımsız sığınma evleri çok daha önemli bir sorunla, çalışamaz duruma gelme sorunuyla, karşı karşıyadır. Bu sorun Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un on dördüncü maddesinde belirtilen Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri'nin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı olarak kurulması ile ortaya çıkmıştır. ŞÖNİM'ler Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Denizli, Diyarbakır, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Malatya, Mersin, Samsun, Şanlıurfa ve Trabzon olmak üzere 14 ilde kurulmuşlardır. Yeni kurulan bu merkezlerde, "şiddet mağduru ve varsa beraberindeki çocuklara yönelik, korunma, barınma, psikolojik, hukuki

³⁷ Samantha INGRAM, "The National Delivery Plan for Domestic Violence in the United Kingdom", *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008, s. 74.

³⁸ UNICEF, 2000, s. 18.

ve tıbbi destek, iş ve meslek danışmanlığı, geçici maddi yardım ve eğitim desteği sunulduğu”; ayrıca bu merkezlerde erkeklere yönelik öfke kontrolü sağlama amacıyla eğitimlerin verildiği belirtilmektedir.³⁹ ŞÖNİM’lerin devletin bu alanda sorumluluk alması bakımından olumlu bir adım olduğu kabul edilmekle beraber hâlihazırdaki yapılarına ve bu yapıyı belirleyen anlayışa bazı itirazlarımızın olduğunu belirtmek isteriz. Bu itirazları madde madde saymak daha uygun olacaktır:

- Türkiye’de onlarca yıldır zor şartlar altında KYŞ ile mücadele eden kadın STK’larını güçlendirmek yerine -bunların üzerinde inisiyatif sahibi olacak şekilde- ŞÖNİM’lerin kurulması gönüllülük esasıyla çalışan kuruluşların memur zihniyetine tabi kılınmasına ve tecrübenin karar alma mekanizmalarından dışlanmasına neden olmaktadır.
- ŞÖNİM’lerde kadın ve erkeklere birlikte hizmet verilmesi kadınların sorunlarını rahatça ifade etmelerini engelleyici bir durumdur.⁴⁰
- Erkeklere yönelik öfke kontrolü programları genel olarak KYŞ sorununun odağını çarpıtıcı niteliktedir. KYŞ’nin, aile-içi, bireysel ve psikolojik bir problem olduğu yönündeki yaklaşımın altmışlı yıllardan itibaren terk edildiğini ve bugün dünyanın hiçbir yerinde geçerli görülmediğini hatırlatmakta yarar görüyoruz [Bkz. yukarıda “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Stratejisi Belirlerken Gözetilmesi Gereken İlkeler” bölümü].
- Hizmetler ve müdahaleler yerel ihtiyaçlara ve özelliklere göre belirlenmeliyken ŞÖNİM’ler merkezde belirlenmiş usullere göre çalışmalar yürütmekte ve tek tipleştirilmiş hizmetler sunmaktadır.
- ŞÖNİM’ler, STK’ların etkin oldukları yerlerde inşa ettikleri enformel destek ve bilgi ağlarını oluşturma kabiliyetinden yoksunlardır.

Özellikle sığınma evlerinin imkânlar elverdiğince sivil toplum kuruluşları eliyle ve bağımsız olarak işletilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Bu kuruluşlar kadın-odaklı, hizmetlerini yerel ihtiyaçlara göre belirleyen ve

³⁹ *Antalya’da Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi’nin Çalışmaları*, <http://www.haberler.com/ozel-haber-antalya-da-siddeti-onleme-ve-izleme-4777310-haberi/> (erişim tarihi: 4 Aralık 2014)

⁴⁰ Mor Çatı, *ŞÖNİM (Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri) Çalıştayı Sonuç Bildirgesi*, 21 Şubat 2013. <https://www.morcati.org.tr/tr/neler-yapiyoruz/basin-aciklamalari/177-sonim-siddet-onleme-ve-izleme-merkezleri-calistayi-sonuc-bildirgesi-21-subat-2013> (erişim tarihi: 04.12. 2014)

yeterli kaynaklara ulaşmaları sağlanmış kuruluşlar olmalıdır.⁴¹ KYŞ ile mücadelede kadın odaklı yaklaşım devlet yönetimine hâkim olmadan, hizmet ve destekle ilgili karar alma gücünün bütünüyle kamu kurumlarına teslim edilmesi, sorunun çözümünü erteleyecek ve belki imkânsız kılacaktır. Bu hizmetlerin somut imkânsızlıklar nedeniyle devlet eliyle yürütüldüğü durumlarda da bu alanda çalışan STK'ların tecrübe ve görüşlerine başvurulmalı ve hizmetlerin bu STK'lar aracılığıyla denetiminin yapılmasını sağlayacak bir mekanizma kurulmalıdır. Yapılan çalışmalar tek tip önlemlerin hiçbir yerde olumlu sonuçlar doğurmadığını ve çözümün sivil toplum ve kamunun birlikte çalışması ile mümkün olacağını ortaya koymaktadır.⁴² Devletin bu noktada yapması gereken STK'ların ülke genelinde yayılmasını ve yeni sığınma evleri açılmasını teşvik edecek düzenlemeler ortaya koymaktır. Türkiye'de kadın dayanışma merkezleri ile sığınma evleri Marmara ve Ege Bölgeleri'nde yoğunlaşmaktadır ancak KYŞ en çok Kuzey Doğu Anadolu'da ve İç Anadolu'da görülmektedir. Buna karşılık İç Anadolu ve Karadeniz Bölgeleri'nde sadece birer kadın dayanışma derneği olduğu ifade edilmektedir.⁴³ Bu nedenle hem merkezi devlet bütçesinde hem de yerel yönetimlerin bütçelerinde KYŞ ile mücadele için daha ciddi kaynaklar ayrılmalı ve bu kaynaklar bu alanda çalışan STK'ların kullanımına sunulmalıdır.

SONUÇ YERİNE

KYŞ küresel bir sorundur. Ancak toplumsal dinamikler sorunun yaşanılış biçimlerini, sorunu besleyen unsurları ve dolayısıyla uygun çözüm yollarının neler olacağını belirlemektedir. Dolayısıyla bir KYŞ sonrası destek stratejisi belirlerken sorunun küresel yönünden ötürü diğer toplumların tecrübelerinden faydalanılabilecektir ancak bu tecrübeleri değerlendirirken içinde yaşanan toplumun dinamiklerini de göz önünde tutmak zorunlu olacaktır. Bir KYŞ sonrası destek stratejisi, toplumda KYŞ'nin ortaya çıkmasına neden olan ve bunu besleyen dinamikleri ve yapıları göz önünde tutmalı o toplumda bu tür şiddetin mağduru olan kişilerin özelliklerine ve ihtiyaçlarına göre belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken mağdur profilinin arz ettiği çeşitlilik göz önünde tutulmalı ve bu

⁴¹ HANMER vd., 2006, s. 13.

⁴² HAGEMANN-WHITE, 2008, s. 42.

⁴³ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, 2010, s. 41-43.

çeşitliliğin gerektirdiği esnekliği uygulama alanına yansıtabilecek araçlar ile hizmet verilmelidir. Bütün bunlar ancak deneysel uygulamalara ilişkin verilerin düzenli kaydının ve güncelliğinin sağlanması ve de bu verilerin kamunun kullanımına açılması ile mümkün olabilir. Uzun erimli bir stratejinin inşa edilebilmesi için birinci şart veri birikimidir.

Toplumun ataerkil yapısı kadını güçsüz kılmaya, sindirmeye ve dolayısıyla kadına yönelik sömürünün devamını sağlamaya yöneliktir, bu yapının bir tezahürü olarak KYŞ de kadının sindirilmesi işlevini görür. Bu düzen içerisinde sindirilmiş, maddi ve manevi yönden güçsüz kılınmış olan kadınların içinde buldukları bu durumu açığa vurmaları kolay olmamaktadır. Bir destek stratejisi belirlerken kadınların büyük oranda sessiz kaldıkları, evlerinde yalıtılmış bir hayat içerisinde bu şiddete katlanmaya devam ettikleri göz önünde bulundurulmalı ve kısa vadede kadını korumaya yönelik hizmetler verilirken kadının talebi aranmamalıdır. Uzun vadede ise kadının resmi ve sivil kurumlara başvurmasını kolaylaştıracak ve toplumda bu kurumlara olan güveni arttıracak tedbirler uygulamaya konulmalıdır. Bu bakımdan emniyet, sağlık ve yargı kurumları önemli bir konumdadırlar. Bu kurumlar belirli önyargılar ve zihniyet kalıplarından kaynaklanan ortak sorunların yanı sıra çalışma alanlarına özgü yapısal sorunlarla da karşı karşıya bulunmaktadırlar. Mağdurların önemli bir bölümü bu kurumlara başvurdukları takdirde durumlarının daha da kötü olacağını veya en azından hiçbir fayda sağlayamayacaklarını düşünmektedirler. Kimi mağdurların ise bu kurumlarda kendilerine çare arayacak maddi ve manevi güçleri bulunmamaktadır. Sivil toplum kuruluşları, mağdurların sorunu açığa vurmadığı durumlarda, bu sorunları enformel ağları sayesinde tespit etme kabiliyetine sahiptirler. Bu kuruluşlar, etkili oldukları bölgenin ihtiyaç ve özelliklerine göre mağdur kadınlara destek sunabilmektedirler. Ancak ülke genelinde bu kuruluşlar maddi sorunlar yaşamaktadır, kaldı ki ülkenin KYŞ bakımından alarm veren büyük bir bölümünde ise bu tür örgütlenmeler bulunmamaktadır. Bu bakımdan devlet, bu kuruluşları destekleyecek önlemler almalı ve bunların çalışmalarını engelleyecek yasal düzenleme ve uygulamaları bir an önce gözden geçirmelidir. Bir şiddet sonrası destek stratejisinin başarılı olması, kamu kurumlarının, sivil toplum kuruluşlarının, özel sektörün ve hatta tek tek bireylerin çözüme yönelik olarak uyumlu bir biçimde harekete geçirilmesi ile mümkün olacaktır.

Tablolar

Tablo 1: Hayatının herhangi bir döneminde eşleri tarafından şiddete maruz kalmış kadınların karakteristikleri

	Fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalan (%)	Ekonomik, psikolojik, cinsel, fiziksel şiddetin herhangi birine maruz kalan (%)
Kırsal	27.8	25.6
<i>Yaş</i>		
18 yaş altı	0.6	1.4
18-24	9.6	12.2
25-34	31.9	32.4
35-44	27.5	26.6
45-54	21.6	19.8
55 yaş üzeri	8.7	7.6
<i>Eğitim durumu</i>		
Okuma-yazma bilmeyen	10.7	9.3
Okuma-yazma bilen	21.2	17.8
İlkokul	48.5	47.6
İlköğretim-ortaokul	7.5	8.9
Lise	9.7	12.8
Üniversite	2.4	3.7
<i>İstihdam durumu</i>		
Çalışmıyor	72.7	73.7
İşveren	0.3	0.4
Ücretli, İşçi (Düzenli)	3.3	3.8
Maaşlı, Memur (Düzenli)	1.4	1.9
Yevmiyeli (Mevsimlik, Geçici)	2.7	2.5
Kendi hesabına (Düzenli)	1.8	1.7
Kendi hesabına (Düzensiz, İş buldukça)	7.7	6.8
Ücretsiz aile işçisi	9.9	9.0
Diğer	0.2	0.2
<i>Sektör</i>		
Tarım	43.9	41.7
Sanayi	4.5	5.0
Hizmet	51.6	53.4
<i>Mal varlığı</i>		
Arazi	8.8	8.9
Ev	15.0	15.6
Şirket	1.5	1.7
Banka hesabı	2.8	3.4
Diğer	2.2	2.4
Sosyal güvence	18.0	21.8
Kişisel gelire sahip olma	19.5	19.0
Gelirini kontrol edememe	32.2	29.0
Acil durumda 1 aylık geçim imkânı	35.8	40.1

Acil durumlarda ailenizin desteği	56.9	62.2
<i>Evlilik yaşı</i>		
18 yaş öncesi	38.1	33.8
18-24 arası	54.2	57.2
24-30 arası	6.1	7.2
30 yaş üzeri	3.8	6.4
<i>Nikâh</i>		
Sadece resmi nikâh	2.6	2.6
Sadece dini nikâh	4.7	4.0
Dini ve resmi nikâh	92.7	93.4
Rızaya dayalı evlilik	74.1	77.6
Başlık parası	23.6	20.0
Akraba evliliği	26.1	26.6

Kaynak: Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması 2008 sonuçları mikro verileri üzerinden yazarların yaptığı hesaplamalardır. Takip eden tablolar için aynı kaynak kullanılmıştır. Araştırmada kullanılan ekonomik, psikolojik, cinsel, fiziksel şiddet tanımları için bkz. <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TKAA2008-AnaRapor.pdf>

Tablo 2: Cinsel veya fiziksel şiddete uğramış kadınların şiddet sonrasında şiddeti açığa vurma biçimleri.

	Başvuru Oranı (%)	Başvuru sonrası Memnuniyet oranı (%)
Yakınlarla paylaşma	50.14	
Kurumlara başvuru	7.47	
Polis	3.7	45.40
Jandarma	0.67	68.75
Hastane ya da sağlık kuruluşu	3.56	73.01
Savcılık	2.38	64.29
Avukat	2.07	65.22
Kadın kuruluşu	0.15	0*
Belediye	0.21	30*
Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu	0.27	30.77*
Toplum Merkezi	0	30.77*
Diğer	0.36	

Not: Mağdur birden fazla kuruma aynı anda başvurabildiğinden kurumlara başvuru oranı, tek tek kurumlara yapılan başvuru oranlarının toplamına eşit değildir. * ile belirtilen değerler gözlem sayısının düşüklüğü nedeni ile sağlıklı çıkarsama yapmaya yeterli olmayabilir.

Tablo 3: Eşleri tarafından uğradıkları şiddeti resmi kurumlara bildiren ve bildirmeyen kadınların karakteristikleri

	Kurumlara bildiren (%)	Kurumlara bildirmeyen (%)
Kırsal	19.3	28.5
<i>Yaş</i>		
18 yaş altı	0	0.6

18-24	10.9	9.5
25-34	28.5	32.1
35-44	28.0	27.5
45-54	24.9	21.3
55 yaş üzeri	7.5	8.8
<i>Eğitim durumu</i>		
Okuma-yazma bilmeyen	10.6	10.6
Okuma-yazma bilen	8.6	22.2
İlkokul	49.8	48.3
İlköğretim-ortaokul	10.02	7.2
Lise	15.4	9.1
Üniversite	5.3	2.1
<i>İstihdam durumu</i>		
Çalışmıyor	68.0	73.0
İşveren	0.5	0.2
Ücretli, İşçi (Düzenli)	7.2	0.03
Maaşlı, Memur (Düzenli)	3.9	1.2
Yevmiyeli (Mevsimlik, Geçici)	3.3	2.6
Kendi hesabına (Düzenli)	1.9	1.7
Kendi hesabına (Düzensiz, İş buldukça)	9.2	7.6
Ücretsiz aile işçisi	5.3	10.2
Diğer	0.2	0.2
<i>Sektör</i>		
Tarım	26.3	45.5
Sanayi	5.2	4.4
Hizmet	68.4	50.0
<i>Mal varlığı</i>		
Arazi	5.2	4.1
Ev	12.8	8.3
Şirket	0.5	0.7
Araç	2.5	1.9
Banka hesabı	4.1	1.9
Diğer	2.2	1.9
Sosyal güvence	32.5	16.5
Kişisel gelir	33.3	18.3
Gelirini kontrol edememe	29.4	32.6
Acil durumda 1 aylık geçim imkânı	42.9	35.2
Acil durumlarda ailenizin desteği	58.5	56.7
<i>Evlilik yaşı</i>		
18 yaş öncesi	33.2	38.4
18-24 arası	56.4	54.0
24-30	8.4	5.9
30 yaş üzeri	4.4	3.7
<i>Nikâh</i>		
Sadece resmi nikâh	4.8	2.4
Sadece dini nikâh	4.2	4.7
Dini ve resmi nikâh	90.8	92.8
Rızaya dayalı evlilik	76.9	81.1
Başlık parası	14.6	24.3
Akraba evliliği	14.5	26.9

KAYNAKÇA

AİHM, *OPUZ v. Türkiye kararı*, Başvuru no. 33401/02, 2009.

Aleid VAN DEN BRINK, “The Amsterdam Approach: Enterprising and Pragmatic”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008.

Antalya'da Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi'nin Çalışmaları, <http://www.haberler.com/ozel-haber-antalya-da-siddeti-onleme-ve-izleme-4777310-haber/> (erişim tarihi: 4 Aralık 2014)

Beril ESEN, “Domestic Violence against Women in Turkey”, *Levitt Research*, Summer, 2013.

Carol HAGEMANN-WHITE, “Innovative Legal Measures Addressing Violence Against Women New Strategies and Practices in Europe”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008.

Cathy HUMPHREYS; Rachel, CARTER, “The Justice System as an Arena for the Protection of Human Rights for Women and Children Experiencing Violence and Abuse” *Co-ordination Action on Human Rights Violations*, 2006.

Darrell PAYNE, Linda WEMELING, “Domestic Violence and the Female Victim: The Real Reason Women Stay!”, *Journal of Multicultural, Gender and Minority Studies*, C.3(2009), S.1.

Jalna HANMER; Daniela GLOOR; Hanna MEIER, “Agencies and Evaluation of Good Practice: Domestic Violence, Rape and Sexual Assault”, *Co-ordination Action on Human Rights Violations*, 2006.

John E. SNELL vd., “The Wife Beater’s Wife: A Study of Family Inter-action”, *Archives of General Psychiatry*, 1964, S. 11, ss. 107-113.

KSGM, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015*, Ankara 2012.

Leroy G. SCHULTZ, “The Wife Assaulter”, *Journal of Social Therapy*, C. 6 (1960), S. 2, ss. 103-111.

Liz KELLY, “What a Waste: The Case for an Integrated violence Against Women Strategy”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna 2008.

Mor Çatı, *ŞÖNİM (Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri) Çalıştayı Sonuç Bildirgesi*, 21 Şubat 2013. <https://www.morcati.org.tr/tr/neler-yapiyoruz/basin-aciklamalari/177-sonim-siddet-onleme-ve-izleme-merkezleri-calistayi-sonuc-bildirgesi-21-subat-2013> (erişim tarihi: 04.12. 2014)

Renate AUGSTEIN, “The Plan of Action to Combat Violence Against Women in Germany”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008.

Richard J. GELLES, “Violence in the Family: A Review of Research in the Seventies”, *Journal of Marriage and Family*, C. 42, S. 4. (1980).

Samantha INGRAM, “The National Delivery Plan for Domestic Violence in the United Kingdom”, *Ten Years of Austrian Anti-Violence Legislation*, Federal Minister for Women and Civil Service, Vienna, 2008.

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, *Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Mevzuattaki Ve Uygulamadaki Noksanlıkların Tespitine İlişkin Rapor*, 2010.

UNICEF, *Innocenti Digest No. 6: Domestic Violence Against Women and Girls*, 2000.

DÜNYA BANKASI VE YOKSULLUK*

Funda Kaya **

GİRİŞ

Günümüzde yoksulluk çok büyük boyutlarda ve yalnız ekonomik değil, siyasal ve toplumsal birçok yoksullukla birlikte yaşanmaktadır.¹ İnsan hakları ihlallerinin en önemli sebeplerinden birini teşkil eden yoksulluğun ortadan kaldırılması için yoksulluğun anlamının belirlenerek yoksul kişilerin haklarının korunması bakımından gerekli politikaların oluşturulması önem taşımaktadır.

Neoliberal politikalarla birlikte yoksulluğun tanımlanmasının ve yoksullukla mücadele şekillerinin değiştiği görülmekte ve küresel düzeydeki gelişmelerin yoksulluk probleminin ele alınmasındaki önemi sıkça vurgulanmaktadır. Çalışmamızda neoliberal politikaların oluşturulmasında etkili olan ve aynı zamanda yoksullukla mücadele etme iddiası taşıyan bir kuruluş olarak Dünya Bankası ele alınacaktır. Öncelikle uluslararası bir kuruluş olarak Dünya Bankası tanıtılacak ve politikalarının tarihsel olarak nasıl şekillendiği açıklanacaktır. Sonraki bölümde yoksulluğun farklı tanımlamaları üzerinde durularak, günümüzdeki yoksullukla mücadelede Dünya Bankası'nın stratejilerinin neler olduğu ve bunların yoksulluğu önlemedeki yetersizliğinin sebepleri tartışma konusu yapılacaktır.

I. DÜNYA BANKASI

Dünya Bankası, ekonomik amaçlı uluslararası kuruluşlar arasında yer almakta olup, amacı yoksulluğu azaltmak ve ekonomik kalkınmayı hızlandırmak olarak belirlenmiştir. Dünya Bankası olarak adlandırılan

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Meryem Koray, "Gerçeklerin Sterilize Edildiği Bir Dünyada "Ötekileşen" Yoksulluk", **Toplum ve Bilim**, Sayı 89, Yaz 2001, s. 231.

aslında beş farklı kuruluştan oluşan bir grup (The World Bank Group)'tur.² Bu çalışmada özellikle üzerinde durulacak olan bu beş kuruluştan yoksullukla mücadelede küresel düzeyde en etkin olan Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (The International Bank for Reconstruction and Development (IBDR))'dır.

Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF) ile birlikte 2. Dünya Savaşı'ndan sonra 1944 yılında Bretton Woods kasabasında toplanan BM Para ve Finans Konferansı'nda kurulmuştur. Bu nedenle dünyadaki ekonomik gelişmeleri belirlemede etkin olan bu iki kuruluş "Bretton Woods Kuruluşları" olarak da adlandırılmaktadır. 2. Dünya Savaşı'ndan zarar gören ülkelerin imarı ve uluslararası ticaretin geliştirilmesi için kurulan Dünya Bankası'nın amaçları, dünya ekonomisindeki gelişmeler doğrultusunda tarihsel olarak değişmiştir.³ Günümüzde Dünya Bankası'nın amacı, gelişme yolundaki ülkelerin kalkınma projelerine destek vermek ve gelişmiş ülkelere mali imkânları yönlendirmek olarak ifade edilmektedir. Bunu yapmak için Dünya Bankası, uluslararası sermaye piyasalarından borçlanıp üyelerine ticari bankalardan daha ucuz kredi sağlamak ve bazen de hibeler de bulunmaktadır.⁴

Dünya Bankası'na, IMF'ye üye ülkeler katılabilmekte olup şu an 188 ülke Dünya Bankası üyesidir. Yani Dünya Bankası tüm dünyada etkin bir kuruluştur. Türkiye ise 1947 yılından itibaren bu kuruluşa üyedir.⁵ Üye ülkelerin sermaye payına göre belirlenen değişken oy sayıları Dünya Bankası'nın yönetiminde ve kararında belirleyici olmaktadır. Bu doğrultuda Dünya Bankası yönetiminde ve politikalarının belirlenmesinde ABD'nin etkili olduğu görülmektedir.⁶ Dünya Bankası kredileri çoğunlukla devletlere verilmekte, özel şirketlere verilen krediler için de devlet garantisi istenmektedir. Bu kuruluş, gelişmiş ülkelere kredi vermemekte; yatırım kredileri, uyum kredileri ve karma krediler olarak belirlenen kredi çeşitleri ve fonlar ile az gelişmiş ülkelere yardım yapmaktadır. Kredilerin geri ödenmesi, ilk üç ile beş yıl arasında ödemesiz, daha sonra devletlerin 15-20 yıllık ödeme planları dâhilinde olmaktadır.⁷ Dünya Bankası tarafından

² <http://www.worldbank.org/en/about> (Erişim tarihi: 10 Ocak 2015)

³ Banu Metin, "Neoliberal Yapısal Uyum Politikalarından Kapsayıcı Kalkınma Çerçevesine Dünya Bankası'nın Yoksulluk Sorununa Yaklaşımı", **Çalışma ve Toplum**, 2013/2, ss. 213, 214.

⁴ Rıdvan Karluk, **Uluslararası Ekonomik Mali ve Siyasal Kuruluşlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, 4. Baskı, ss. 244, 245.

⁵ Karluk, ss. 241, 242

⁶ Filiz Zabcı, **Dünya Bankası: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Yordam Kitap, İstanbul, 2009, s. 32.

⁷ Karluk, ss. 253-256.

kullandırılan krediler az gelişmiş ülkelere belli şartlara bağlı olarak kullandırılmakta ve kredi alan ülkenin bir dizi politikayı ve ekonomik reformları taahhüt altına alınması istenmektedir. 1990'lı yıllardan sonra Dünya Bankası üye ülkeler hakkında ekonomik raporlar yayınlamaya başlamış olup, bu aynı zamanda yoksullukla mücadele konusundaki politika değişikliğinin de göstergesidir. Uzmanlara hazırlattırılan ülke ekonomik raporları ve proje raporları ile üye ülkelerde uygulanan ekonomik ve sosyal politikalara teknik destek sağlanmaktadır. Böylelikle Dünya Bankası özellikle kalkınma konusunda oluşturduğu bakış açısı, terminolojisi ve stratejileri ile üçüncü dünya ülkelerinde yaşayanların hayatlarını doğrudan etkilemektedir.⁸

Dünya Bankası ile Türkiye arasındaki ilişkilere bakıldığında; Maliye Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Merkez Bankası aracılığıyla bu ilişkiler sağlanmakta ve krediler bu kurumlar aracılığıyla kullandırılmaktadır.⁹ Türkiye, Dünya Bankası sınıflamasında “orta gelirli” ülkeler arasında yer alır. 2013 yılının Kasım ayında Türkiye hakkında Dünya Bankası tarafından hazırlattırılan Türkiye’de İyi İşler” başlıklı raporda Türkiye’de ekonominin iyiyeye gittiğinin belirtildiği görülmektedir. Söz konusu raporda Türkiye’deki ekonomik büyüme, zorunlu eğitim süresinin uzatılması, kız çocuklarının okula gönderilmesi ve işsizlik oranlarının düşmesi gibi konulara değinilmekte ve yoksullukla mücadelenin iyileşme gösterdiği, kadınların iş hayatına katılımı gibi konularda olumlu gelişmeler olduğu vurgulanmaktadır.¹⁰

Yoksullukla mücadele etme iddiasındaki Dünya Bankası’nın uyguladığı politikalar ağır eleştirilere konu olmaktadır. En temel eleştiri, bu politikaların dünya ekonomisini yönlendiren ABD ile güçlü Batılı devletlerin ve uluslararası sermaye gruplarının etkisi altında belirlendiği ve bu kuruluşun asıl amacının yoksullukla mücadele değil, neoliberal ekonomik sistemin ayakta tutulması olduğu yönündedir.¹¹ Ayrıca Dünya Bankası’nın siyasi, ideolojik ve kültürel bir kurum olduğu, elinin altındaki finansman gücünün yanında asıl gücünü egemen iktisat görüşüne uygun “bilgi” üretimine ilişkin süreçlerdeki etkisinden aldığı iddia edilmektedir. Bu kuruluşun yayınladığı raporlar ve araştırmalar ile egemen iktisadi anlayışı yaygınlaştırdığı üzerinde durulmakta ve bu yolla neoliberal ekonomik sistemin devamının ve

⁸ Zabcı, ss. 14-16.

⁹ Karluk, s. 264.

¹⁰ “Türkiye’de İyi İşler” konulu Dünya Bankası Raporu

http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/01/22/000333037_20140122110700/Rendered/PDF/838180Turkish0GOOD0JOBS0T.pdf

(Erişim tarihi: 10 Ocak 2015)

¹¹ Zabcı, ss. 14-16.

meşruluğunun sağlanmasını kolaylaştırdığı belirtilmektedir.¹² Gerçekten de Dünya Bankası'nın, desteklediği projelerle devletleri, devlet dışı aktörleri ve sivil toplum örgütlerini yönlendirdiği ve ekonomiye ilişkin yayınladığı raporlar vasıtasıyla devletlerin politikalarında belirleyici olduğu görülür.¹³ Bu anlamda gelişmekte olan ülkelerin politikalarının belirlenmesinde ve karar alma süreçlerinde Dünya Bankası'nın doğrudan etkili olduğu, fakat buna rağmen yoksullukla mücadelede gözle görünür bir aşama kaydedemediği söylenebilir.

Dünya Bankası'na yönelik bir diğer eleştiri de neoliberal politikalara karşı toplumsal muhalefeti ve halk tepkilerini yumuşattığı ve aslında bu amaçla yoksullukla mücadele ettiği eleştirisidir.¹⁴ Yapılan yardımların içeriği ve zamanlaması incelendiğinde, durumun bu iddiayı doğrular nitelikte olduğu görülmektedir. Türkiye'ye 2001 ekonomik krizinden sonra Dünya Bankası'nın verdiği krediler ve bu kredilerle gerçekleştirilmesi istenen projeler de buna örnek teşkil etmektedir. Bu anlamda Dünya Bankası'nın liberal paradigmayı koruyucu bir kuruluş olduğu görülmektedir.

II. DÜNYA BANKASININ YOKSULLUK SORUNUNA YAKLAŞIMININ TARİHSEL OLARAK ELE ALINMASI

Dünya Bankası'nın yoksullukla mücadelede geliştirdiği politikalar tarihsel ve ekonomik gelişmelerle bağlantılı olarak değişiklik göstermiştir. 2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'nın yeniden inşası amacıyla kurulan Dünya Bankası, bununla bağlantılı olarak ilk önce kalkınma kapsamında baraj, yol gibi büyük yatırım projelerine destek vermiştir. Daha sonraları ise kalkınma ile ilişkili olarak yoksulluk sorununa eğildiği görülür.

Devleti kalkınma sürecinin merkezine koyan ve alt yapıdan sorumlu tutan Keynesyen kalkınma modeli, 1980'li yıllarda neoliberal politikaların hakim olmasıyla birlikte gözden düşmüştür.¹⁵ Bu doğrultuda Dünya Bankası tarafından kamu harcamalarının azaltılması, finansal serbestlik ve ithalatın serbestleşmesi gibi politikalar savunulmaya başlanmıştır. 1980'li yıllardan sonra Dünya Bankası'nın kredi verdiği ülkelere yapısal uyum programları kapsamında, kamu harcamalarının azaltılması ve devletin küçültülmesi yönündeki politikaları dayattığı görülür.¹⁶ Bu yıllarda Bankanın amacı

¹² Ibid, s. 15.

¹³ Ibid, ss. 14-16.

¹⁴ Harun Önder, Fikret Şenses, "Türkiye'de Yoksulluk ve Yoksulluk Düşüncesi", **İktisat, Siyaset ve Devlet Üzerine Yazılar: Prof. Dr. Kemali Saybaşılı'ya Armağan**, Burak Ulman ve İsmet Akça (Ed.), Bağlam Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 24-25.

¹⁵ Metin, s. 214.

¹⁶ Zabcı, ss. 40-42.

makroekonomik istikrarı ve ekonomik büyümeyi sağlamak olarak belirlenmiş ve yoksulluğun ekonomik büyümeyle çözüleceği düşünülmüştür. Ancak tam tersine Dünya Bankası öncülüğünde uygulanan bu neoliberal uyum politikalarının gelir adaletsizliğini ve yoksulluğu arttırdığı görülmüştür. Bunun sonucunda Dünya Bankası ve IMF'nin meşruiyeti tartışmalı hale gelmiş ve özellikle söz konusu politikaların uygulandığı ülkelerde gerek halkta gerekse entellektüel kesimlerde bu kuruluşlara karşı ciddi tepkiler ortaya çıkmıştır. Tüm dünyada yaşanan ekonomik krizler sonrasında artan yoksulluk karşısında yoksullukla mücadelenin sadece ekonomik büyüme ile olmayacağı açıkça görülmüştür.¹⁷

Tüm bu gelişmelerle bağlantılı olarak 1997'de BM İnsani Gelişme Raporunda yoksulluk geniş bir bakış açısıyla tanımlanmıştır. Sadece gelir yoksulluğu değil, ortalama yaşam süresi ve eğitim, sağlık imkânlarından yeterli düzeyde yararlanamama da yoksulluk tanımına dâhil edilmiştir.¹⁸ Bu gelişmelerle birlikte Dünya Bankasının da 1990'ların sonunda kalkınmanın sosyal boyutuna vurgu yapmaya başladığı görülür. “Kalkınmaya bütüncül bakış”, “kapsayıcı kalkınma” adı altında Dünya Bankası, yoksullukla mücadelede ekonomik büyümeyle birlikte sosyal boyuta da yer vermeye başlamıştır.¹⁹

Buna paralel olarak Dünya Bankası tarafından hazırlanan 2000 yılı Dünya Kalkınma Raporu, “yoksulluğa saldırı” başlığıyla yayınlanmıştır. BM İnsani Gelişme Endeksindeki ölçütler esas alınan bu raporda Dünya Bankası'nın yoksulluğu sadece düşük gelir ve tüketim düzeyiyle değil, buna ilave olarak insani gelişme ölçütüne göre; yani eğitim, sağlık ve beslenme gibi durumları da göz önüne alarak tanımladığı görülmüştür.²⁰ Yine bu raporda yoksulluğun güçsüzlük ve sesini duyuramama anlamında korunmasızlık ve korku hallerini de içerdiği belirtilmektedir. Yoksulluğun sadece sağlık, eğitim ve tüketimdeki yetersizlikten kaynaklanmadığı, aynı zamanda, risklere karşı korumasız olmanın yoksulluğun temel göstergelerinden sayılması gerektiği ifade edilmiştir. İşsizlerin yanında işini kaybetme tehlikesi taşıyan çalışanlar da yoksul olarak tanımlanmıştır. Raporda güvensizlik ve korunmasızlık, doğal afet, hastalık, ekonomik kriz gibi risklere karşı korunmasızlık halleri yoksulluk bakımından esas alınmaktadır.²¹ 2000 yılı Dünya Kalkınma Raporundaki esaslardan hareketle ülkeler için yoksulluğu azaltma stratejileri belirlenerek, yoksulların bu tür

¹⁷ Metin, ss. 215-218.

¹⁸ Ahmet İnsel, “İki Yoksulluk Tanımı ve Bir Öneri”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 89, Yaz 2001, ss. 62-72.

¹⁹ Metin, ss. 218-221.

²⁰ Koray, s. 223.

²¹ Ibid.

risklerden korunması amaçlanmıştır. Bu kapsamda Türkiye’de de 2001 ekonomik krizi sonrasında “sosyal patlama” kaygısıyla bir yoksulluğu azaltma projesi Sosyal Riski Azaltma Projesi adı altında uygulamaya konmuştur.²² Söz konusu projeye göre Türkiye’de kırsal alanda yaşayan ve evin gelirini sağlayan kocanın ölmüş olduğu çok çocuklu aileler, şehirlere göç edip geçekodu bölgelerinde yaşayanlar ve sosyal güvenceye sahip olmayan yaşlılar korumasız kabul edilmektedir.²³ İki temel bölümden oluşan projenin bölümlerinden biri “hızlı yardım”dır. Bu bölüm iki bileşenden oluşmaktadır: “Hızlı yardım bileşeni” ve “şartlı nakit transferi”. Birinci bileşen gereğince, 2001 ve 2002 yılında krizden etkilenen ailelere aynı ve nakdi olarak eğitim, gıda, yakacak ve sağlık yardımı yapılmıştır. Nüfusun en yoksul %8’lik bölümünü hedefleyen ikinci uygulama ise, ailelere çocuklarını okula göndermeleri ve onların temel sağlık ve beslenme ihtiyaçlarını sağlamaları koşuluyla, nakdi yardım yapılmasını öngörmüştür. Stratejinin üçüncü ve son unsuru ise yapısal uyum politikalarından zarar gören kesimler (Dünya Bankası’na göre büyümeden pay alamayanlar) için “transferler” ve “sosyal güvenlik ağları” yaratılmasıdır.²⁴ Zabcı, sosyal patlama riskinin en fazla telaffuz edildiği 2001 krizi ertesi dönemde uygulamaya konan bu projeye, yoksulların durumunu iyileştirmekten çok, yoksulların “iyi durumda olanlar” için bir tehlike oluşturmasını engelleme amacının ön plana geçtiğini ifade etmektedir.²⁵

Dünya Bankası politikalarının tarihsel gelişimi genel hatlarıyla açıklanmış olup, Bankanın yoksullukla mücadelede günümüzde uyguladığı stratejiler hakkında bilgi vermeden önce yoksulluk kavramı üzerinde durmak gereklidir.

III. YOKSULLUĞUN TANIMLANMASI

Yoksulluğun nasıl tanımlandığı yoksullukla mücadele stratejilerinin belirlenmesi ve konuya sağlıklı bir bakış açısı geliştirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Yoksulluğun ölçülmesinde farklı ölçütler esas alınmakta olup, bu kapsamda mutlak yoksulluk, görelî yoksulluk, gelir yoksulluğu, insani yoksulluk, şehir yoksulları, kronik yoksulluk, çalışan yoksullar gibi birçok kavrama başvurulduğu görülür.²⁶

²² Zabcı, s. 112.

²³ Ibid., s. 116.

²⁴ Ibid, ss. 118-124.

²⁵ Ibid. ss. 124,125.

²⁶ Pınar Uyan Semerci, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, Der.: Pınar Uyan Semerci, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 2.

Mutlak yoksulluk, bir insanın biyolojik ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli en düşük gıda harcamalarının parasal değeri üzerinden hesaplanmakta ve bu sınırın altında kalanlar mutlak yoksul kabul edilmektedir. Dünya Bankası, uluslararası karşılaştırmalarda kişi başına günlük 1 ABD dolarını mutlak yoksulluk göstergesi olarak kullanmakta olup, satın alma gücü paritesine göre her ülkede karşılığı farklıdır. Türkiye için karşılığı günlük 4 dolardır. Buna göre, ülkemizde aylık 120 doların altındaki gelire sahip olanlar bu anlamda mutlak yoksul kabul edilir.²⁷

Görelî (nisbi) yoksulluk ise, bir grubun veya kişinin yaşam düzeyinin diğerleriyle karşılaştırılması sonucu elde edilen “görelî yoksulluk” göstergesine göre belirlenmektedir. Buna göre, ülke içindeki ortalama gelirin belli bir oranının altında kalanlar görelî yoksul kabul edilir. Örneğin Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ortalama gelirin yüzde ellisinin altındaki gelire sahip olanlar görelî yoksulluk ölçütüne göre yoksul kabul edilmektedir.²⁸

Günümüzde yoksulluğun yalnızca gelir yoksulluğu anlamında tanımlanmasının yetersiz olduğu anlaşılmış ve yoksulluk, hayatta kalmaktan mahrumiyet, bilgi edinmeden mahrumiyet ve iyi yaşam koşullarında mahrumiyet olmak üzere çeşitli boyutları kapsar şekilde ele alınmaya başlanmıştır.²⁹ Bu doğrultuda 1997 yılından itibaren “insani yoksulluk” kavramı kullanılmaktadır. BM İnsani Gelişme Endeksi, yaşam olanağından yoksunluk, bilgi edinmeden yoksunluk, yaşam koşullarındaki yoksunluklar olmak üzere üç temel standart üzerinden ölçüm yapmaktadır. Buna göre ülkedeki beklenen yaşam süresi, bebek ölümleri, önlenebilir hastalıklardan hayatını kaybetme durumları, eğitim, sağlık hizmetlerine ulaşma, temiz su kaynaklarına, temel gıdalara erişim gibi hususlar yoksulluğun ölçülmesinde esas alınmaktadır.³⁰ Bu yaklaşımın temelinde yoksulluğu toplumsal kurumların sunduğu hak ve olanaklara ulaşabilme eksikliği olarak tanımlayan *Amartya Sen*'in görüşleri yer almaktadır. Yoksulluk, *Sen*'e göre haklara ulaşabilme ve ulaşmayı talep edebilme eksikliğini de içeren hak yoksunluğudur.³¹ Bu bağlamda *Sen*, yoksulluğu sadece gelirin az olması olarak değil, temel yapılabirliklerden yoksun olma durumu olarak tanımlamaktadır.³²

²⁷ İnsel, 2002, s. 64.

²⁸ Cüneyd Nakiboğlu, “Neoliberal Küreselleşme Sürecinde Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadele” başlıklı yayımlanmış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004, ss. 12,13.

²⁹ Koray, s. 223.

³⁰ Semerci, s. 3.

³¹ İnsel, 2002, s. 70.

³² Amartya Sen, *Özgürlükle Kalkınma*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.

Ayrıca Dünya Bankası tarafından yoksulluğun ölçülmesinde temel gereksinimler kavramı kullanılmaktadır. Buna göre temel gereksinimler:

1. Bir ailenin (beslenme, barınma, giyim vb.) özel tüketimi için gerekli minimumlar,
2. İçinde yaşanan topluluk için topluluk tarafından sağlanan toplu tüketim konusu olan gerekli hizmetler (güvenli içme suyu, kanalizasyon, elektrik, kamu ulaşımı, sağlık ve eğitim vb.),
3. Kendilerini etkileyen kararların alınmasına katılma,
4. Mutlak düzeydeki temel gereksinmelerin, temel insan haklarının daha geniş bir çerçevesi içinde karşılanması,
5. İstihdama, temel gereksinme stratejisinin hem amacı hem de aracı olarak yaklaşılması olarak sayılmıştır.³³

Burada *Thomas Pogge*'nin insanın gelişmesi kavramından hareketle belirlediği temel ihtiyaçlar listesi akla gelmektedir. *Pogge*, toplumsal kurumların insanın gelişmesine hizmet etmesi gerektiğinden hareketle kişilere devletler tarafından sağlanması gereken temel iyiler listesinden hareket etmektedir. Bu kapsamda *Pogge*, yoksulluğu insan haklarıyla bağlantılı ele almakta ve yaşamın iyi ve değerli hale gelmesi için insanın temel ihtiyaçlarının sağlanması gerekliliğini savunmaktadır.³⁴

Yoksulluk tartışmalarına ilişkin son olarak üzerinde durulması gereken husus, neoliberal politikalar ve küreselleşmeyle birlikte bugünkü yoksulluğun boyutları, anlamı ve yaptığı tahribat açısından farklı yaşandığıdır.³⁵ *Meryem Koray* tarafından küresel anlamda günümüzün yoksullarının üç grupta toplandığı belirtilmektedir. Birinci grupta az gelişmiş ülkelerde geleneksel tarımın ve geleneksel geçim yollarının çöktüğü, modern bir ekonomi ya da endüstriyel gelişme için maddi ve kültürel koşulların bulunmadığı ülkelerde yaşayanlar yer almaktadır. Aşağı Sahra Afrikası ülkelerindeki yoksulluk buna örnek teşkil etmekte ve bu ülkelerde yaşayan insanların açlıktan ölmelerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Söz konusu ülkeler milyonlarca insanın gıda yardımıyla açlık sınırında yaşadığı

³³ İlhan Tekeli, "Kent Yoksulluğu ve Modernitenin Bu Soruna Yaklaşım Seçenekleri Üzerine", Akder, H., Güvenç, M. (Ed.), **Devlet Reformu: Yoksulluk**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 143.

³⁴ Thomas W. Pogge, **Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları: Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar**, Çev.: Güneş Kömürçüler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 45-80.

³⁵ Koray, s. 226.

ülkelerdir. İkinci grup yoksulları ise, görece daha gelişmiş ülkelerde ekonomik gelişmelerle tarım kesiminden kopup kentlere göç eden kitleler oluşturmaktadır. Güneydoğu Asya, Türkiye, Orta ve Güney Amerika ülkelerinde görülen yoksulluk çoğunlukla bu grupta yer almaktadır. Bu ülkelerde kentlerde iş olanaklarının kısıtlı olması ve göç edenlerin iş bulacak niteliklerinin bulunmaması nedeniyle geçekondularda yaşayan ve bir anlamda kendi işlerini kendileri yaratan “çalışan yoksullar” ortaya çıkmıştır. Türkiye’de de olduğu gibi bu ülkelerde kentsel istihdamın yarısı enformel sektörde çalışmakta ve göç nedeniyle güvencesiz, geçici işler, çok düşük ücretle çalışma ve kayıt dışı çalışma sıkça görülmektedir. Bu ikinci tür yoksulluk koşullarının hafifletilmesinde geleneksel aile ve toplum dayanışması yardımcı olmaktadır. Bununla birlikte genç kuşakların ilişkilerinde bu tür geleneksel dayanışmanın zayıflaması nedeniyle yoksulluğun sonuçlarını daha ağır yaşadıkları vurgulanmaktadır. Üçüncü grup yoksulları formel sektörde iş bulan, fakat çok düşük ücretle çalışanlar oluşturur. Ekonomik ya da sektörel krizlerde işini kaybedenler ya da kaybetme tehdidi altında çalışanlar ile aldığı ücretin değer yitirmesiyle yoksulluğa doğru kayanlar bu gruptaki yoksullar arasında sayılmaktadır. Türkiye’deki asgari ücretliler buna örnek gösterilebilir. Sonuç olarak “çalışan yoksullar” ve “yeni yoksullar” olarak adlandırılan bir kitle büyümekte ve kentlerdeki yoksulluk gelişmiş ülkelerdeki ücretliler arasında da yaşanmaktadır.³⁶

IV. DÜNYA BANKASI’NIN YOKSULLUKLA MÜCADELE STRATEJİLERİ

Dünya Bankası’nın günümüzdeki yoksullukla mücadele stratejileri yoksulluğa ilişkin geliştirilen neoliberal yaklaşımlarla şekillenmekte olup, “yardım ve bağış”, “çalışma rejimi”, “sivil toplum örgütlerinin faaliyetleri” ve “sosyal sermaye” olmak üzere dört başlık altında incelenebilir.³⁷

A. Yardım ve Bağış

Dünya Bankası tarafından yardım ve bağış gibi yöntemlerle yoksulluğun hafifletilmesi yoluna gidildiği ve yoksullukla mücadele için öncelikle sivil toplum örgütlerinin özel yardım kanallarına başvurulduğu

³⁶ Ibid, ss. 231-234.

³⁷ Nakiboğlu’nun tezinde yoksulluğa ilişkin neoliberal yaklaşımlar kapsamında “sosyal unsurları” ele aldığı başlıklardan yararlanarak, bu başlıkları Dünya Bankası’nın yoksullukla mücadele stratejilerine uyarladım. Bkz.: Cüneyd Nakiboğlu, “**Neoliberal Küreselleşme Sürecinde Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadele**” başlıklı yayımlanmış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004, ss. 108-125.

görülmektedir. Çünkü Dünya Bankası tarafından açıkça ifade edildiği üzere, yeni dönemde yoksullukla mücadele sorumluluğu kamuya değil özel alana verilmiştir.³⁸

Bu doğrultuda Dünya Bankası, 2000 yılı raporunda “korunmasız, zayıf ve duyarlı” olarak nitelendirdiği toplumun belirli kesimlerinin bu özellikleri nedeniyle yoksulluğa itildiğini ileri sürerek, bunu yoksullara yardım etmenin gerekçesi olarak sunmaktadır. Kullanılan en yaygın yardım yöntemi, sivil toplum örgütlerinin veya devletin birtakım kuruluşlarının yoksul kesime doğrudan gıda vb. temel ihtiyaç maddelerini dağıtması ya da nakdi yardımda bulunmasıdır. Özellikle bu uygulamalara artan yoksulluk karşısında, siyasal gerilimi azaltmak ve tepkileri yumuşatmak amacıyla az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde başvurmakta ve buna acil yardım adını vermektedir.³⁹

Bu yöntem ilk etapta işe yarar gibi gözükse de aslında tek yönlü olarak kurulan bu tür bir ilişkide yoksullar “yardıma muhtaç olan, el açan taraf” gibi muamele görmektedir. Serbest piyasada kendine yeterli bir yaşam yaratamayan yoksullar için, devletin toplumsal dayanışma ve sosyal güvenlik amacıyla ekonomiye müdahalesi ve kaynak dağıtması gerekirken, bunun yerine bağış, sadaka veya isteğe bağlı yardım önerilmesi sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmaz niteliktedir. Aşağıda ele alacağımız sosyal sermaye kavramıyla da ilgili olan bakış açısı, devletten boşalan yerin öncelikle aile olmak üzere komşuluk ilişkileri, sivil toplum örgütleri, dini kuruluşlar ve vakıflar tarafından doldurulmasını öngörmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla, daha önce bir “hak” niteliğinde olan ve devletin yerine getirmesi gereken hizmetler, birer “yardım” niteliğine büründürülmektedir. Bu, geleneksel sosyal politika ile neoliberal yoksullukla mücadele politikaları arasındaki farkı da ortaya koymaktadır.⁴¹

B. Çalışma Rejimi

Yoksullukla mücadelede neoliberal politikaların etkisiyle günümüzde refah toplumundan (welfare) çalışma rejimine (workfare) doğru dönüşüm olduğu belirtilmektedir. Bu, öncelikle İngiltere ve ABD’de olmak üzere tüm dünyaya yayılan bir yaklaşımdır. Örneğin İsveç’de işsizlerin yarısına yakını, işsizlik sigortasından yararlanmaya devam edebilmek için toplumsal yararı

³⁸ Nakiboğlu, s. 108.

³⁹ Zabcı, ss. 125, 126.

⁴⁰ Ibid, ss. 94,95.

⁴¹ Metin Özügürü, “Sosyal Politikanın Dönüşümü ya da Sıfatın Suretten Kopuşu”, **Mülkiye**, Cilt 27, Sayı 239, Mart-Nisan-Mayıs, 2003, s. 69.

olan işlerde çalışmak zorundadır. Almanya’da da benzer düzenlemeler getirilmiştir. Fransa’da 1989’da “asgari gelir” güvencesi getirilirken bundan yararlanma iktisadi yaşama katılma çabası gösterme koşuluna bağlanmıştır.⁴²

Batılı ülkelerdeki bu uygulamalarda görülen ve çalışma rejimi olarak adlandırılan yaklaşımın, Dünya Bankası tarafından az gelişmiş ülkelere yoksulluğu azaltma yöntemi olarak önerildiği görülmektedir. Dünya Bankası, yerel işgücünün istihdam edilmesine yönelik “kamusal çalışma programları” önermektedir. Böylelikle neoliberal politikardan en fazla zarar gören kesimlerin, sosyal olarak faydalı olabilecekleri alanlarda çalıştırılmaları ve sifıra yakın sermaye yatırımıyla özellikle kamu hizmetine dayalı olarak örgütlenmiş alanlarda istihdam edilmeleri sağlanmaktadır. Bu yolla bu kişilerin “sosyal güvenlik ağı” kapsamına dahil olması mümkün olmaktadır. Amaç, sosyal güvenlik ödemeleri yerine işsizlere asgari ücretin altındaki bir ücret karşılığı geçici istihdam sağlanması ya da mesleki eğitim olanağı tanınmasıdır. Böylece, yoksulların acil tüketim ihtiyaçlarının sağlanması, yoksulların insani, fiziki ve sosyal varlık birikiminin korunması ve ücretlerin ucuz tutulması yoluyla gerçekten yoksul olanlara ulaşılması hedeflenmektedir. Ayrıca bu uygulamalarla altyapı ve benzeri hizmetlerin (yol, kanal, okul, hastane inşaatı) maliyet verimliliği ilkesi gereğince üretilmesi gibi sonuçların elde edilmesi de hedeflenmektedir. Yoksulları çalışmaya yönlendiren bir diğer strateji olan mikro kredi uygulamaları da bu kapsama girmektedir.⁴³

Yoksullukla mücadelede çalışma yükümlülüğüne ilişkin uygulamalar getirilmesi, çok düşük ücretler karşılığında kişilerin çalıştırılmasını mümkün kıldığı ve yoksulluğa çözüm üretmek yerine yoksulları bağımlı hale getirdiği yönünde eleştirilmektedir. Bu yolla aslında amaçlananın yoksulları “disiplin ve gözetim” altına almak olduğu ve çalışma rejimi uygulamalarının adeta yeni bir tür kölelik sistemine sebebiyet vereceği belirtilmektedir.⁴⁴

C. Sivil Toplum Örgütleri

Özellikle 1990’dan sonra Dünya Bankası politikaları ile devletin geri plana itilmesi sonucu doğan boşluğun sivil toplum örgütleri (STÖ) aracılığıyla doldurulması eğilimi güçlenmiştir. Yardımların hükümetler yerine, yoksullarla daha yakın temas içinde oldukları ve onların çıkarlarını daha iyi temsil ettikleri gerekçesiyle STÖ’ler aracılığıyla ulaştırılması uygun

⁴² Ahmet İnsel, *Neo-liberalizm: Hegemonyanın Yeni Dili*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 192.

⁴³ Şenses, s. 238.

⁴⁴ İnsel, 2004, s. 192.

görülmüştür. Örneğin, sağlık sektöründe Dünya Bankası'nın önerisi, hükümetin tedavi edici programlardan çok önleyici programlara yönelmesi şeklindedir, çünkü bunlar daha az maliyetlidir. Aynı şekilde eğitim sektöründe de Dünya Bankası, üretim altyapısına yatırım yapılabilsin diye kaynakların serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla eğitim sisteminin özelleştirilmesini önermektedir. Tüm bunlar sonucu açığa çıkan boşluğun doldurulması için de STÖ'ye çağrı yapılmaktadır. Küçük ölçekli tarım, sağlık ve temel eğitim hizmetleri STÖ programlarının özünü oluşturmaktadır.⁴⁵ Ancak STÖ'lerin destekledikleri projeler yoluyla yoksulluğun azaltılması mümkün olmamaktadır. Her ne kadar tabandaki kalkınma çalışmaları ve bunlardan yararlanan kişiler için projeler önemliyse de, uzun yıllar süren uygulamalar sonucunda yoksulluğun mikro düzeyde mücadele ile yok edilemeyeceği anlaşılmıştır. Giderek artan sorunu çözmek için yoksulluğun temelinde yatan sebeplerle makro düzeyde savaşılmaya gerektiği açıktır.⁴⁶

D. Sosyal Sermaye

Dünya Bankası'na göre sosyal sermaye, toplumu bir arada tutan bir tür yapışkan olarak nitelendirilmekte ve ortak bir kültürel kimliğin, bir yere ait olma duygusunun ve ortak davranış normlarının toplumsal düzenin işlemesi için gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Buradan hareketle Dünya Bankası yoksulluk sorununun çözümünde sosyal sermayenin geliştirilmesinin önemini vurgular. Yoksulların sosyal kurumlarını inşa etmek için geliştirilmesi gereken sosyal ilişki ve kurumlar; sevecenlik ve hoşgörü bağları, aile üyeleri, komşular, yakın arkadaşlar arasındaki, etnik bağlar ve cemaat temelindeki geleneksel ilişkiler gibi yerel dayanışma ağları olarak belirlenmiştir. Dünya Bankası, sosyal sermayenin dış destek kullanılarak yaratılmasını ve geliştirilmesini de gerekli görmektedir. Aslında bu, kendi içinde çelişkili bir tutumdur. Çünkü iktisat yaklaşımlarında uzun süre, dayanışma davranışlarının hakim olduğu aile, aşiret, dinsel cemaat, mahalle gibi küçük gruplardaki ilişkiler eleştiri konusu yapılmıştır. Bunlar modernleşmeyi geciktirdiği ve piyasa mekanizmalarının etkin ve verimli çalışmasını engellediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Günümüzde ise geleneksel ilişkilerin sosyal sermaye kavramı adı altında az gelişmiş ülkelerde serbest piyasa mekanizmalarını kurmak ve güçlendirmek amacıyla kullanıldığı görülmektedir.⁴⁷

⁴⁵ Zabcı, ss. 83-95.

⁴⁶ Nakiboğlu, s. 124.

⁴⁷ Ibid, ss. 125, 126.

Dünya Bankası 2002 Dünya Kalkınma Raporu'nda da, toplumsal normlar ve ağlar üzerinde temellenen tüm toplumsal sistemlerde piyasa işlemlerinin daha kolay işlediği vurgulanmıştır. Normlara dayalı bu tür enformel kurumların resmi kurum seçeneklerinden mahrum olan yoksullar için kritik önemde olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca sosyal sermaye yaklaşımı, Dünya Bankası tarafından ülkelerin kendilerine has sosyokültürel değişkenlerin neoliberal kalkınma stratejisine eklenmesini sağladığı için de olumlu görülmektedir.⁴⁸

V. DÜNYA BANKASININ YOKSULLUKLA MÜCADELE POLİTİKALARININ YETERSİZLİĞİ

Yoksullukla mücadele etme bakımından Dünya Bankası politikalarının yeterli olmadığı açıktır. Dünya Bankası başkanı Wolfenshon tarafından da neoliberal politikalarla yoksullara sürdürülebilir bir kalkınma sağlanamadığı kabul edilmiştir. Bu politikaların başarısız olmasının sebebi ilk olarak yukarıda da bahsedildiği gibi Bankanın önceliğini yoksullukla mücadele yerine ekonomik sistemin ayakta tutulmasına vermesidir. İkinci olarak bu mücadele yöntemleri yoksulluğun nedenleri üzerine yeterince odaklanmamaktadır. Aslında yoksulluğun sebebi IMF ve Dünya Bankası tarafından uygulanması istenilen politikalar. Azgelişmiş ülkelerde kısa dönem istikrarın sağlanması için bu kuruluşlar tarafından kamu harcamalarının, sağlık ve eğitimi de kapsayacak bir biçimde kısılması ve daha geniş anlamda devletin küçültülmesi, işgücü piyasalarının esnekleştirilmesi ve sosyal politikaların serbest piyasa kuralları doğrultusunda düzenlenmesi gibi sert önlemler dayatılmıştır. Ve bu süreç içinde bu ülkelerin dışarıya sermaye transferi yapmalarına göz yumulmuştur.

Egemen iktisat yaklaşımı ile birlikte devam eden dünyadaki yoksulluğun temelinde liberal insan anlayışının bulunduğu söylenebilir. Neoliberal ideolojinin “iktisadi insan” tasarımı sorunların kaynağında yer almaktadır. Neoliberal kalkınma modelinin öngördüğü; seçimlerini rasyonel ve özgür olarak yapan, inisiyatif ve risk alabilen, kendi hatalarının sorumluluğunu kendisinde arayan rekabetçi birey tipidir. Buna göre herkesin çıkarının peşinde koşması herkesin faydasına olacaktır. *Amartya Sen*, ise iktisattaki insan anlayışının bireysel çıkarla diğerlerini önemseme arasındaki zıtlık üzerine kurulmuş olmasının sistemin en büyük hatası olduğunu belirtir. Liberal yaklaşımı eleştiren *Sen*'e göre bireyleri yönlendiren tek dürtü

⁴⁸ Ibid.

bireysel fayda değildir. İnsanların motivasyonları çoğuldur, bireylerin eylem kapasitesine ve yapabilirliklerine vurgu yapılması gereklidir.⁴⁹ Sen, kakınmanın temel hedefinin sermayenin artırılması değil, özgürlük olması gerektiğini ve özgürlüğün kişinin değer verdiği ve bu değerlendirmesinde kendine göre nedenleri olduğu bir yaşam tarzına ulaşabilme olanaklarının genişletilmesi şeklinde anlaşılacağını ifade etmektedir.⁵⁰

Sen'e göre temel insani olanakları kullanabilme ve geliştirme kapasitesine sahip olmak esas alınmalıdır. Seçme, seçim yapabilme ve bu seçimi uygulayabilme olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda haklara sahip olmak değil, hak talep edebilme kapasitesi önem taşımaktadır. Sosyal adalet eşitsizliğinin kaynağı da temel iyilere sahip olma bakımından değil, haklara ulaşabilmek bakımından değerlendirilmelidir.⁵¹ Bu anlamda sosyal politikalar; gelirin değil yapabilirliklerin arttırılmasını hedeflemelidir.

SONUÇ

Sonuç olarak gerek yoksulluğun tanımlanmasında gerekse yoksullukla mücadele politikalarının belirlenmesinde gelirden hareketle ve iktisadi yaklaşımla konunun ele alınmasının yeterli olmadığı söylenebilir. Yoksulluk insan hakları sorunu olarak görülmeli ve sosyal adalet çerçevesinde ele alınmalıdır. Dolaylı olarak korunan insan haklarının, yani insanın yapısal olanaklarının gerçekleştirilip geliştirilmesinin genel önkoşullarının sağlanması bakımından sosyal, ekonomik ve bazı siyasi hakların korunması gerekmektedir.⁵² Bu anlamda *Koray*'ın da belirttiği gibi ekonominin serbestliğe teslim edilmesinin doğru olmadığı, ekonominin insan yaşamını etkileyecek birçok sonuç yaratması nedeniyle denetlenmesi gereken bir sistem olduğu görülmektedir. Yoksulluk sorunu kapsamında insan haklarının sadece siyasi otoritelere yani devletlere karşı değil, sermaye sahipleri gibi tüm güç odaklarına karşı ileri sürülmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁵³

⁴⁹ İnsel, 2004, ss. 367-388.

⁵⁰ Sen, s. 133.

⁵¹ Semerci, ss. 12-15.

⁵² İoanna Kuçuradi, "Felsefe ve Sosyal Adaletsizlik", **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2007, ss. 12-16.

⁵³ Koray, s. 238.

KAYNAKÇA

- İnsel, Ahmet, “İki Yoksulluk Tanımı ve Bir Öneri”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 89, Yaz 2001, ss. 62-72.
- İnsel, Ahmet, **Neo-liberalizm: Hegemonyanın Yeni Dili**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Karlık, Rıdvan, **Uluslararası Ekonomik Mali ve Siyasal Kuruluşlar**, Turhan Yayınevi, Ankara, 1998, 4. Baskı.
- Koray, Meryem, “Gerçeklerin Sterilize Edildiği Bir Dünyada “Ötekileşen” Yoksulluk”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 89, Yaz 2001, ss. 219-241.
- Kuçuradi, İoanna, “Felsefe ve Sosyal Adaletsizlik” **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2007.
- Metin, Banu, “Neoliberal Yapısal Uyum Politikalarından Kapsayıcı Kalkınma Çerçevesine Dünya Bankası’nın Yoksulluk Sorununa Yaklaşımı”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/2, ss. 211-234.
- Nakiboğlu, Cüneyd, “Neoliberal Küreselleşme Sürecinde Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadele” başlıklı yayınlanmış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004.
- Önder, Harun, Şenses, Fikret, “Türkiye’de Yoksulluk ve Yoksulluk Düşüncesi”, **İktisat, Siyaset ve Devlet Üzerine Yazılar: Prof. Dr. Kemali Saybaşı’ya Armağan**, Burak Ulman ve İsmet Akça (Ed.), Bağlam Yayınları, İstanbul, 2006.
- Özüğurlu, Metin, “Sosyal Politikanın Dönüşümü ya da Sıfatın Suretten Kopuşu”, **Mülkiye**, Cilt 27, Sayı 239, Mart-Nisan-Mayıs, 2003, ss. 59-74.
- Pogge, Thomas W., **Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları: Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar**, Çev.: Güneş Kömürçüler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Semerci Uyan, Pınar, “Dev ve Cüce Aynı Yolda: Yoksulluk ve Pozitif Özgürlükler”, **İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk**, Der.: Pınar Uyan Semerci, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 1-21.
- Sen, Amartya, **Özgürlükle Kalkınma**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.
- Şenses, Fikret, **Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003, 3. Baskı.
- Tekeli, İlhan, “Kent Yoksulluğu ve Modernitenin Bu Soruna Yaklaşım Seçenekleri Üzerine”, Akder, H., Güvenç, M. (Ed.), **Devlet Reformu: Yoksulluk**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 139-159.
- Zabcı, Filiz, **Dünya Bankası: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Yordam Kitap, İstanbul, 2009.

<http://www.worldbank.org/en/about> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2015)

“Türkiye’de İyi İşler” konulu Dünya Bankası Raporu **http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/01/22/000333037_20140122110700/Rendered/PDF/838180Turkish0GOOD0JOBS0T.pdf** (Erişim tarihi: 10 Ocak 2015)

LEON PETRAZYCKI VE HUKUKUN GERÇEKLİĞİ SORUNU: BİR PSİKOLOJİK HUKUK KURAMI*

Umut Koloş**

“Yasalar, sadece daha önceki olgulara tanıklık eder.”
– Leon Petrażycki

*“...benimle eşit haklara sahip biri diye kabul ettiğim
başkası önemsiz biri değildir... o benim en yakınım,
akrabam, soydaşımdır.”*
– Ludwig Feuerbach

GİRİŞ

Birinci Soru Örgüsü: Hukuksal kurumlara, hatta daha temel olmak üzere, bizatihi hukuk kavramına ve hukukla ilgili temel kavramlar olarak addettiğimiz hak, ödev, adalet vs. gibi kavramlara bir duygu olarak yaklaşmak mümkün müdür? Bir kimse, hak duygusundan bahsettiğinde bu, ne tip bir duygudur?

İkinci Soru Örgüsü: Ya da, hukukun gerçekliğinden bahsedildiğinde anlaşılması gereken nedir? Bu, ne tür bir gerçekliktir?

İkinci soru örgüsüne dair söylenebilecekler, bu çalışma için kritik öneme sahip görünüyor. Zira hukukun gerçekliği ile hukuka dair gerçeklik arasında bir mesafe konulduğu gözlemlenebiliyor. Hukuk sosyolojisi eleştirmenleri, hukukun gerçekliği ile hukuka dair gerçeklik arasında bir ayırmadan yola çıkarlar. Buna göre, hukuk ayrı bir sistemdir ve kendi gerçekliğini kendi sistemik varlığı içinde kurar. Bu, hukukun gerçekliğidir.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Bu makale, 4-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Kongre-Kültür Merkezi'nde düzenlenen *HFSA Sempozyumu – VII*’de sunduğum aynı başlıklı bildirinin metnidir. Makalenin hazırlanmasında yararlanan kaynakların önemli bir kısmının temin edilmesinde yardımları dokunan sayın Yard. Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan’a teşekkür ederim.

Hukukun gerçekliği, hukukun diğer bilimlerden aldığı kavramları kendi meta-dil yapısına, kendi kavram dünyasına katmasını ve hukuksallaştırmasını, böylece hukuka dair uygun ve güvenilir bilginin yine hukukun içinden çıkmasını anlatır.¹ Dolayısıyla, bu görüşe göre hukukun gerçeği, hukuk usulü ile ortaya çıkandır² ve hukuka dair diğer bilimsel mülahazalar, olsa olsa, hukuka dair gerçeklerdir; hukukun gerçeği değil.

Bu çalışmaya kuramı ile konu olan isim, hukukun gerçekliğinden, yukarıda tasvir edilen türden bir gerçekliği anlamaz. Hukuk sosyolojisi eleştirmenlerinin hukukun gerçeği olarak sundukları şeyler, çalışmada aktarılacağı üzere, aslında fantasmalardır. Zira onların gerçeklik olarak sundukları, örneğin yasal çerçeve, bu çalışmanın ana başlığının altında Petrażycki'den alıntılanan sözden de anlaşılacağı üzere, sadece birer iz düşümdür. Başka bir ifadeyle, hukukun gerçekliği, hukuksal gerçeklikle yani bu fantasmalarla sınırlı olarak anlaşılabilir. Onun gerçekliğini, hukukun kaynağına bakarak yani bu anlamda sosyolojik ya da psikolojik temelleriyle, "hukukun dışına" çıkarak açıklamak daha doğru görünmektedir.

İkinci tip soru örgüsüne dair bu açıklamalar, hukukun duygusal ve bu çalışmada çok yakın anlamda kullanılacak, psşik bir doğasının olup olmadığının incelenmesi anlamına gelecek birinci tip soru örgüsüne eklenildiğinde, çalışmada atılacak adımların izleyecekleri yol ortaya çıkmış olur: Hukukun gerçekliği olarak psikolojik gerçeklik.

Hukukun gerçekliği olarak psikoloji kuramı, günümüz için yeni olmayan ancak Petrażycki'nin yaşadığı dönem özelinde düşündüğümüzde, zaman olarak çok önde bir düşüncenin ve çalışmanın sonucudur. Bu makalede de Petrażycki'nin kuramını hem tanıtmaya hem de katkılarını sunma amacı ile hareket edilmiştir.

Okura bir not olarak düşülmeli ki, çalışmada Petrażycki'nin hukuk kuramının olabildiğince aktarılmasıyla yetinilecektir. Bu konuda zaten pek çok sorun mevcuttur.³ Bu cümlemin alt metnini ise, Petrażycki'nin hukuk kuramının esas noktalarının, kuramın tanıtılması asıl amaç olduğu için, çoklukla ve mümkün olduğunca farklı kaynaklardan aktarmalar ile ele

¹ Fehmiye Ceren AKÇABAY, "Hukukun Gerçeği'ne Sosyolojik Bakış", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan* (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 68.

² AKÇABAY, 2012, s. 69.

³ Zira, örneğin, Petrażycki'nin hukuk kuramını bütünlüklü olarak çalışabilmek için onun Rusça, Almanca ve Lehçe eserlerinin tüketilmesi gerekir. Özellikle, Pulaski'nin haklı olarak işaret ettiği üzere, bir kısmı Almanca'ya ve İngilizce'ye çevrilen Rusça materyal tüketilmeden Petrażycki tamamen çalışılmış olmayacaktır (S. R. PULASKI, "Petrażycki's Conception of Law: Leon Petrażycki, 1864-1931", *Polamerican Law Journal*, Cilt 1 (1938), Sayı 1, s. 27).

alınacağı, ona yönelik eleştirilerin ya da kuramının benzer kuramlarla ilişkilerinin özel olarak sorunsallaştırılmayacağı, bunlara gerektiğinde ve sadece değinileceği bilgisi oluşturmaldır.

1. Biyografik ve Dönemsel Notlar

a. Petrażycki'nin Yaşamı

Leon Petrażycki, 13 Nisan 1867'de, günümüzde Belarus sınırlarında bulunan, on yedi ve on sekizinci yüzyıllarda ise Polonya hâkimiyetinde olan ve Petrażycki doğduğu sırada Rus İmparatorluğu topraklarındaki Vitebsk bölgesinde dünyaya gelmiştir.

Petrażycki iki yıllık tıp eğitiminin ardından, Kiev Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kaydolmuş ve buradan mezun olmuştur. Burada Roma Hukuku ve Medeni Hukuk alanlarında çalışmalar yürütmüş, henüz bir öğrenci iken, Fransız hukukçu Eguinaire François Baron de Kerlouan'nın ünlü *Pandects*'ini Rusça'ya çevirmiştir. Bu çeviri, daha sonra, Rus Üniversitelerinin Roma Hukuku ders müfredatında okutulan kitaplar arasına girmiştir. Petrażycki lisansüstü eğitime başlamış, Rus Hükümetinin Berlin Üniversitesi'nde, önemli bir Roma Hukukçusu olarak anılan Prof. Heinrich Dernburg tarafından verilecek özel bir eğitim programı için burslandığı öğrencilerden biri olmuştur. Timasheff'e göre, bu program Petrażycki için son derece önemlidir. Zira 1897 yılında neşredilen ve 1900 yılından itibaren geçerli olacak Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) da bu dönemde hazırlanmakta ve özellikle *de lege ferenda* meselesi tartışılmaktadır.⁴ Bu ise Petrażycki'nin düşüncelerinin oluşumunda önemli bir rol oynayacaktır.

Petrażycki Almanya yıllarında, daha sonra “dogmatik” olarak nitelendireceği geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını edinmekle kalmaz, hukuk ve ekonomi alanında da çalışmalar yapar. Bu çalışmalardan birinin adı, geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını takip ederek yazdığı *Medeni Politika ve Ekonomi-Politik*'tir. Timasheff'e göre Petrażycki bu çalışmasıyla ampirik bir hukuk politikası biliminin önemine dair temel düşüncelerini şekillendirmiştir.⁵ Yanı sıra, bu eserin ek bölümünde yazdıklarıyla, geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarına dair hoşnutsuzluklarını da belli etmiştir.⁶

⁴ Nicholas S. TIMASHEFF, “Petrazhitzky's Philosophy of Law”, *Interpretations of Modern Legal Philosophy: Essays in Honor of Roscoe Pound* (ed. Paul SAYERS) içinde, Oxford University Press, New York 1947, s. 736-737.

⁵ TIMASHEFF, 1947, s. 737.

⁶ F. S. C. NORTHOP, “Petrażycki's Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 4372 (1956), s. 651.

Petrażycki, 1897 yılında, otuz yaşındayken, St. Petersburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesör olur. Bununla birlikte, aynı fakültede dekanlık yapmaya başlar. Bu göreve seçimle gelmiştir ve Rusya'da demokratik bir seçimle göreve gelen ilk hukuk fakültesi dekanı olmuştur.⁷ Burada, daha sonra İngilizce konuşulan dünyada yayınlanan ve bilinen en önemli eseri olan *Hukuk ve Ahlâkîlik*'i (*Law and Morality*) oluşturacak iki önemli kitap yazar. Bunlardan ilki *Hukuk ve Ahlâk İncelemesine Bir Giriş* iken ikincisi *Bir Ahlâk Kuramı Bakımından Hukuk ve Devlet Teorisi*'dir. Treviño'nun aktardığı kadarıyla *Hukuk ve Ahlâkîlik*, 1905 tarihli ilk kitaptan alınan yedi bölüm ile 1907 tarihli ikinci kitaptan alınan 22 bölümden oluşan bir özettir.⁸

St. Petersburg Üniversitesi'nde geçirdiği yirmi yıllık dönemde Petrażycki, hukuk ve ekonomi, eğitim sosyolojisi, eğitim psikolojisi gibi alanlarda da çalışmalar yapar. Petrażycki, daha sonra St. Petersburg Hukuk Okulu olarak anılacak okulun da kurucusudur. Bu süreçte ideo-politik konum alışı da şekillenir. 1905 Devrimi'nden sonra Kadetler olarak bilinen Anayasal Demokrasi Partisi'ne katılır. Birkaç ay bu partinin Duma'daki temsilcilerinden birisi de olan Petrażycki, devredilemez bireysel haklar üzerinde temellenmeyen hukuksal düzenlerin hiçbir işe yaramayacağına dair düşüncesiyle, liberal bir konumda yer almaktadır.⁹ Bundan başka, Petrażycki'nin kişiliğini anlamamıza yardımcı olacak bir anekdotu yine Timasheff aktarır. Buna göre İmparatorluk Duma'yı feshettiğinde Kadetler'in buna tepkisi yasadışı yolları takip etmeyi önermektedir. Petrażycki ise, partili arkadaşlarını yasadışı eylemlerden kaçınmaları için uyarırsa da partinin çoğunluğunu ikna edememesi sonucunda parti disiplinine uyup bu eylemlere katıldığı için üç ay hapis yatmıştır.¹⁰

Petrażycki, 1917 Sovyet Devrimi'nin ardından Rusya'yı terk etmiş ve Varşova Üniversitesi'nde görev yapmıştır. 15 Mayıs 1931'de, Varşova'da, 64 yaşındayken intihar etmiştir. 1912 yılından 1931'deki ölümüne kadar Polonya Bilim Akademisi'nin, Uluslararası Sosyoloji Enstitüsü'nün ve Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi'nin bir üyesidir.¹¹

b. Dönemin Düşünsel İklimi

Petrażycki'nin yaşadığı ve *Hukuk ve Ahlâkîlik* başlıklı eserinde özet olarak bir araya getirilen asıl yapıtlarını verdiği dönem için yirminci yüzyılın

⁷ Adam PODGÓRECKI, "Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrażycki", *Law&Society Review*, Cilt 15 (1980-81), Sayı 1, s. 183.

⁸ A. Javier TREVIÑO, "On Leon Petrażycki, Law and Morality", *Classical Writings in Law and Society 2*. bs. (ed. A. Javier TREVIÑO) içinde, Transaction Publishers, USA 2011, s. 153. (Treviño'nun bu çalışması bundan sonra "TREVIÑO, 2011a" olarak geçecektir.)

⁹ TIMASHEFF, 1947, s. 738.

¹⁰ TIMASHEFF, 1947, s. 739.

¹¹ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 184.

ilk on yılı belirlemesi yapılabilir. Dolayısıyla, on dokuzuncu yüzyılın sonu ile yirminci yüzyılın başı olarak ifade edilebilecek dönemlerin genel olarak felsefi ve bilimsel ikliminden etkilenmiştir. Burada özel olarak ise dönemin hukuk kuramı çalışmalarının niteliklerinden değini biçiminde de olsa söz etmek Petrażycki'yi ortaya çıkaran düşün dünyasını tanımak bakımından faydalı olacaktır. Bu bakımdan, söz konusu döneme kısaca bir göz atmak uygundur. Hatta, Laserson'un deyişiyle, Petrażycki'nin felsefi duruşunu ve hukuka yaklaşımını bu tarihsel ve düşünsel bağlama oturtmadan doğru biçimde kavramak mümkün değildir.¹²

Aydınlanma ve sonrası, akıl ve bilimin hâkimiyeti demektir. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllar, özellikle Avrupa coğrafyasında, geleneksel ve teolojik düşünüşün çözülmesine paralel surette, kuvvetli bir zıt kutup olan bilimci ve pozitivist bir düşünüşün vücuda gelmesine tanık olmuştur. Bu yeni düşünüş tarzı, evrenin bilinebilir ve bilinmesinin gerekli olduğu kabulüne eşlik eden bir yöntemsel açılımı da beraberinde getirmiştir. Bu bilme ediminin, ancak deney ve gözlem yöntemleri aracılığıyla gerçekleştirildiğinde bilimsel bir niteliğe sahip olacağı noktasına ulaşılmıştır.

Dönemin bilim ve pozitivism merkezli düşünüşünün hukuksal çalışmalara da sirayet etmesi kaçınılmaz olmuştur. Gerçekten de, John Austin (1790-1859) ve Hans Kelsen (1881-1973) gibi hukuk felsefesi alanının en önde gelen isimlerinden sayılan düşünürler yapmaya çalıştıkları şeyin hukuku bir bilim haline getirmek olduğunu belirtmişlerdir. Elbette bu çabalar, bahsedilen iki ismin dışındakilerce de ifade olunduğu gibi, bu iki ismin de hukuku ele alışlarında çarpıcı farklılıklar mevcuttur. Yine de, bu düşünürlerin çalışmalarının hukuk alanında pozitivismin ağırlığını ortaya koyduğu bir döneme tekabül ettiğini belirtebiliriz.

Genel olarak pozitivism ve hukuk alanında hukuksal pozitivism, daha sonra, bilim alanında olmaması gereken bir dogmalaşmaya neden oldukları gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerden hukuk alanına dahil olanları sınıflandırdığımızda, ilk cepheyi doğal hukukun rönesansı olarak adlandırılan paradigma oluşturmaktadır. Yirminci yüzyıla gelindiğinde doğal hukukun rönesansına duyulan ihtiyaç yoğun biçimde hissedilmiştir. Doğal hukukun rönesansının, dini bir görüşün hukuk alanında yeniden belirmesi ya da soyut doğal haklar kuramı olarak ele alınamayacağı, dönemin bilimsel yaklaşımını göz ardı edemeyen bir niteliğe sahip olduğu ve Latin dünyası ile Cermen ülkelerinde varlığını gösterdiği ileri sürülmüştür.¹³ Ancak bu ihtiyaç

¹² Max M. LASERSON, "The Work of Leon Petrazhitskii: Inquiry into the Psychological Aspects of the Nature of Law", *Columbia Law Review*, Cilt 51 (1951), Sayı 59, s. 61.

¹³ Hâmid TOPÇUOĞLU, *XX inci Yüzyılda Tabii Hukukun Rönesansı*, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1953, s. 1-2.

sadece Latin ve Cermen ülkeleriyle sınırlı kalmamış, ABD'den Rusya'ya kadar yayılım göstermiştir.¹⁴ Klasik doğal hukuk yaklaşımının insanın kutsallığı, gelişimi ve özgürlüğü meselelerine dair görüşleri ile doğal hukukun rönesansı denilen dönemdeki doğal hukuk düşüncesi arasında bu bakımdan bir farklılık yoktur. Özellikle, insanlığın kazanımı olarak ortaya çıkan hak ve özgürlüklerden geri dönülemeyeceği ve hukuk ile kültürün birbirlerini karşılıklı olarak etkiledikleri ve geliştirdikleri düşünceleri, doğal hukukun rönesansı çalışmalarının temel ilkeleri olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu çalışmalar içinde dinsel kökenliler olduğu gibi, asıl ve etkili doğal hukukun rönesansı yaklaşımı, içlerinde Rudolph Stammler (1856-1938) ve Gustav Radbruch (1878-1949) gibi isimlerin de bulunduğu laik kökenli olmalıdır.¹⁵ Özetle, doğal hukukun rönesansı adı verilen girişimlerle yapılmaya çalışılan, klasik tarz doğal hukuk modellemelerinin aşılıp, hukuk felsefesinin çağın gerçeklerine ve gereklerine cevap verir nitelikte yeniden ve daha sağlam bir idealist temele oturtulması düşüncesi olmuştur.¹⁶

Hukukun pozitivist veçheden ele alınışına yönelen eleştirel cephenin ikinci boyutunu toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımları oluşturur. Bu yaklaşımlar, daha sonra, hukuk sosyolojisi olarak anılacak olan bilimsel çalışma alanının *habercileridir*. Kronoloji itibariyle ilk olarak Almanya'da beliren bu yaklaşımlar daha sonra Fransa, Belçika, ABD gibi ülkelerde de etkisini göstermiştir.

Almanya'da hukuksal pozitivizmin yakın bir ifadesi olarak ele alınabilecek kavramlar hukukçuluğu akımı, mantıksal bir sistem olarak hukuktan bahsetmektedir ve akımın en önemli temsilcileri Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ve Bernhard Windscheid'dır (1817-1892). Kavramlar hukukçuluğunda hukuk kapalı bir sistem olarak kabul edilir ve doğal olarak böyle bir sistemin dışındaki hiçbir kaynak hukuk kaynağı olarak kabul edilemezdir.¹⁷ Ancak bu görüşler, özellikle Julius Hermann Kirchmann'ın (1802-1884) ortaya attığı ve pozitif kanunların yapay bir şekilde kurulduğunu, salt bunlarla yetinen yargıcın halkın benliğinde yatan hukuka uygun davranmamış olacağı biçimindeki ve Friedrich Carl von Savigny'nin (1779-1861) tezlerine yakın görülebilecek görüşleriyle¹⁸ açtığı yoldan ilerleyen Rudolph von Jhering (1818-1892) ve Philipp Heck'in (1858-1943)

¹⁴ LASERSON, 1951, s. 60.

¹⁵ Yasemin IŞIKTAÇ, *Hukuk Felsefesi* 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 299-304.

¹⁶ TOPÇUOĞLU, 1953, s. 19.

¹⁷ Marx MICHAEL, "Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi", çev. Nevhis Deren Yıldırım, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan* içinde, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 632-633.

¹⁸ Julius Hermann KIRCHMANN, "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", çev. Coşkun Üçok, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6 (1949), Sayı 1, s. 208.

düşünceleriyle ciddi bir sarsıntı geçirir.¹⁹ Jhering ve Heck toplumsal faydanın sağlanması ve dengelenmesinin önemini pozitif metinlerle sınırlı bir hukuk anlayışından daha yukarıda görmektedir. Dolayısıyla, pozitif metinlerle sınırlı bir sisteme hapsolmuş kavramlar hukukçuluğu yerine, menfaatler hukukçuluğundan bahsetmek onlar için uygun olmalıdır. Jhering'in menfaatler hukukçuluğu yaklaşımı ile Alman Serbest Hukuk Okulu denilen ve daha radikal bir hukuksal pozitivizm karşıtlığını gösteren akımın tohumları da atılmıştır.²⁰ Jhering'in bu düşüncelerine sosyolojik bakımdan daha anlamlı bir katkı ise, daha sonra Eugen Ehrlich (1862-1922) tarafından getirilecektir. O da, yaşayan hukuk (*living law*) kavramlaştırmasıyla, devletten ve onun koyduğu yasalar toplamından başka bir hukuktan bahsedilebileceğinde ısrar etmiştir.

Fransa ve Belçika'da ise, yine serbest hukuk çalışmaları denilen bir akım ortaya çıkmıştır. Bu akım ile hukuk ve hukukçunun dünyasının soyut ve yalıtılmış bir çerçeveden çıkarılması amaçlanmıştır.²¹ Özellikle Fransa'da François Geny'nin (1861-1959) düşünceleriyle, hukuk biliminin işinin kanunları tefsir etmekten ibaret olduğu yönündeki kavrayışa karşı güçlü bir eleştiri getirilmiş ve bunun yerine yargıcın serbest bir biçimde hukuk yaratması, bunu yaparken de toplumsal hayatın fiili ihtiyaçlarını gözetmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²²

ABD'de pozitivist hukuk yaklaşımının adı olan ve başta gelen temsilcisi C. C. Langdell (1826-1906) olan hukuksal formalizme karşı sosyolojik hukuk teorisi ve hukuksal realizm akımları yükselmiştir. Sosyolojik hukuk teorisi akımı, Roscoe Pound (1870-1964) ve Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) gibi hukukçuların eserlerinde billurlaşmıştır. Sosyolojik hukuk teorisi akımını oluşturan çalışmalarda, toplumsal ihtiyaçlara karşılık verecek bir hukuk düşüncesi gereksinimini karşılamanın²³ yanı sıra toplumsal amaçların gerçekleştirilmesinde hukuktan bir araç olarak faydalanmak²⁴ gibi pragmatik bir gayenin de varlığı okunabilmektedir. Özellikle, Pound'un kitaptaki hukuk – eylemdeki hukuk (*law in books – law in action*) ayrımı,

¹⁹ LASERSON, 1951, s. 60.

²⁰ MICHAEL, 2003, s. 637.

²¹ Vecdi ARAL, "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 31 (1965), Sayı 1-4, s. 225.

²² Hâmide TOPÇUOĞLU, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1 (Konu, Problemler, Öncüler)* 2. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 174, Ankara 1963, s. 48 vd.

²³ Ülker GÜRKAN, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 160, Ankara 1961, s. 1.

²⁴ TOPÇUOĞLU, 1963, s. 85.

Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramlaştırmasına, farklılıklarına rağmen, benzer görünmektedir.²⁵ Amerikan hukuksal realizm akımının öncüsü olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) ile bu akımın en önemli temsilcileri temsilcileri olan Jerome Frank (1889-1957), Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) ve Thurman Wesley Arnold (1891-1969) gibi hukukçular ise, hukukun kitaplarda yazılan kurallar demek olmadığını, bunların dışında bir hukuk olduğunu ve bu hukuku yargıcın yarattığını düşünmektedirler. Burada realistlerin, hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde psikolojik unsurların rol oynadığına dair vurguları bu çalışma için ayrı bir öneme sahip görünebilse de onların psikolojik yaklaşımları daha ziyade yargıç ve jüri odaklı olduğundan²⁶ ve Petrażycki'nin daha geniş bir psikolojik hukuk kuramını ortaya koyması nedeniyle bu sınırlı değiniyle yetinmek uygun görünüyor.

Tüm bu değerler, hukuku geleneksel olarak ele alan yaklaşımların yetersizliğine dair bir tespiti ve bu tespitten hareketle girilen yeni çalışmaları ortaya koymak bakımından önemlidir. Petrażycki, bu düşünsel iklimin dışında değildir. Özellikle Almanya'da geçirdiği yıllarda bu alternatif çalışma alanlarından haberdar olmuştur. Petrażycki de döneminin geleneksel hukuk bilimi yaklaşımlarını dogmatik bulmaktadır.²⁷ Ancak o, bu eleştirel tespitleri edinmekle yetinmemiştir. Petrażycki'nin kuramı, hukuksal pozitivizm ve idealizmin, hukuk ve hukukun toplumsal işlevlerine dair tespitlerinde gördüğü yetersizliğe dayanır. Ona göre, her iki akım da hukukun gerçekliğine ilişkin en önemli soruları yanıtlamada aynı ölçüde yetersizdir.²⁸ Timasheff'in aktardıklarından anlaşıldığı kadarıyla o dönemde Rusya'da V. I. Sergueyevich, S. Muromtseff, N. Korkunoff ve M. Kovalevsky gibi, hukuku bir gerçeklik olarak gören ve ampirik-nedensel bir toplumsal olgu olarak hukuku açıklamaya girişen bir dizi kuramcı mevcuttur ve bunların psikolojik süreçlere göndermede bulunan çalışmaları Petrażycki'yi etkilemiştir.²⁹ Petrażycki, bilimsel düşüncenin hâkim olduğu

²⁵ Bunlar arasındaki farklılıklara odaklanan bir karşılaştırma için bkz. David NELKEN, "Law in Action or Living Law? Back to the Beginning of Sociology of Law", *Legal Studies*, Cilt 4 (1984), Sayı 2, s. 157-174.

²⁶ Ülker GÜRKAN, *Hukuksal Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 225, Ankara 1967, s. 40.

²⁷ NORTHOP, 1956, s. 652.

²⁸ Romana SADURSKA, "Jurisprudence of Leon Petrażycki", *The American Journal of Jurisprudence*, Cilt 32 (1987), Sayı 1, s. 64.

²⁹ TIMASHEFF, 1947, s. 740-741. Bunlardan Nikolai Korkunov'u özel olarak anmak gerekir. Korkunov (1853-1904) hukukun psikolojik yönüne yaptığı vurgu ile özel bir önem taşımasının yanı sıra, Comte ve Spencer'in sosyolojik mirasını Jhering'in düşünceleriyle harmanlayan bir isim olarak anılır (Andrey V. POLYAKOV, Mikhail ANTONOV, "Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law", *Standing Tall:*

bir dönemde yaşamasının da bir sonucu olarak, hukuka bilimsel bir açıklama getirilmesi konusunda kararlıdır; ancak bu kararlılık hukuksal pozitivizme sığmayacak bir bilimsellik çabası, hukuk nedir, nerededir ve hukukun varlığını yöneten yasalar nelerdir soruları çerçevesinde örmüştür.³⁰ Hukuku bilimselleştirme çabası, doğal olarak, onun ayırık alanını tespit etmeye yönelme kaygısıyla birlikte ilerlemiştir. Petrażycki döneminin geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını dogmatik olarak adlandırdıktan sonra, hukuk, hak, yaptırım gibi soyut hukuksal kavramların³¹ teorik bakımdan ayırt edici unsurlarını bilimsel bir yaklaşımla bulmayı hedeflemiş ve hukuka dair kuramsal çalışmaların göbeğinde bulunan hukuk-ahlâk ayırımına dair bir ayrıştırmayı da gözetmiştir.³²

2. Petrażycki'nin “Yeterli Kuram”ı ve Genel Metodolojisi

Yukarıda aktarılmaya çalışıldığı üzere Petrażycki yaşadığı dönemin entelektüel atmosferinin dışında değildir ve bu atmosfer bilimsel düşünce ekseninde yer tutmaktadır. Petrażycki bu atmosfer içinde kendi bilim anlayışını da ortaya koyabilmiştir. Bundan başka, onun hukuk kuramının ortaya çıkarılmasında izlediği yolu göstermesi bakımından da metodolojik görüşlerine yer verilmesi uygun gözükmektedir. Zira o, bir hukuk kuramı girişiminde kullanılabilir kuramsal genelleştirmeleri bulmakla özel olarak ilgilenmiştir.³³

Petrażycki, bilimsel metot tartışmalarına yeterli kuram (*adequate theory*) kavramıyla katkı sunmuştur.³⁴ Petrażycki'ye göre, bilimsel kuramlar ile yeterli bilimsel kuramlar arasında bir ayırım vardır. Bilimsel kuramlar, güçlü bir metodolojik ve sistematik temele sahip olan kuramlarken, yeterli bilimsel kuramlar, bir açıklama yalnızca ifade ettiği olgu kategorisi için doğru ise söz konusu olur.³⁵ Petrażycki'nin bu ifadesini şöyle anlamak

Hommages A Csaba Varga (ed. Bjarne Melkevik) içinde, Pázmány Press, Budapest 2012, s. 373).

³⁰ Alexander F. MEYENDORFF, “Leo Petrażycki (1864-1931)”, *Modern Theories of Law* içinde, Oxford University Press, Oxford 1933, s. 22.

³¹ Petrażycki bunları daha sonra “fantasma” olarak nitelendirecek ve bu fantasmaların “gerçek hukuksal gerçeklik” olarak kabul edilmesini eleştirecektir (Philippe NONET, “Review of Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki (ed. Jan Gorecki)”, *American Journal of Sociology*, Cilt 84 (1978), Sayı 2, s. 477).

³² NORTHOP, 1956, s. 652-653.

³³ Tadeusz KOTARBINSKI, “The Concept of Adequate Theory”, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 19.

³⁴ SADURSKA, 1987, s. 91.

³⁵ Leon PETRAZYCKI, *Law and Morality*, çev. Hugh W. Babb, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. 19.

mümkündür: Bilim insanı *a*, *b* ve *c* niteliklerini haiz tüm olguların kendisine dahil olduğu kategorik bir kavramı ortaya koyar; ardından bu kategorik kavramın işlerliği doğrulanacak ve bir kuram oluşturulacaktır.³⁶ Burada söz konusu olan, belirli bir olgu dizisini seçip bu dizi üzerinden çalışmayı sürdürmektir.³⁷ Kuram, kavramın içerdiği tüm olgular bakımından ve sadece onlar için doğru olmalıdır.³⁸ Bu yeterli kuram tanımlaması, Petrażycki'nin bir kuramı neye göre yetersiz gördüğünü de açıklamasını gerektirmiştir. Ona göre yetersiz kuramlar ya topal (*limp*) kuramlardır ya da sıçrayan (*jumping*) kuramlardır. Topal kuramlar, kategorik kavramın göndermede bulunduğu açıklayıcı unsurun son derece dar bir sınıfa ilişkin olduğu, sıçrayan kuramlar ise, tam aksine, bu açıklayıcı unsurun son derece geniş bir sınıfa ilişkin olduğu kuramlardır; oysa yeterli bir kuramda, açıklanan olgular, bu olguların içinde yer aldıkları kategorideki tüm diğer olgular için de zorunlu bir mantıksal bağ ya da süreklilik arz eden bir eğilim dolayısıyla geçerlidirler.³⁹ Başka bir ifadeyle, belirlenen nitelik mantıksal ya da yapısal olarak içerilen olgulara ait olduğunda ve kuramın açıklamaları son derece dar ya da geniş bir kategoriye ait olmadığında⁴⁰ yeterli kuramdan bahsedilebilir.

Buradan, yeterli kuramın ortaya konulmasına dair metodolojik yönelim de ortaya çıkmaktadır. Yukarıda, belirli bir olgu dizisinin seçilmesi gerektiği vurgulanmıştı. Petrażycki'nin yaklaşımı bakımından bu olgu dizisi üzerinde tümevarım metoduyla bir çalışma yürütülerek ilerlenebileceği iddia edilmiştir.⁴¹ Bu olgu dizisinin tamamında geçerli olan bir özelliği ortaya koyabilmek ve bunun bilimsel bir niteliğe sahip olabilmesi ancak bu yöntemle gerçekleştirilebilir. Olgu dizisi üzerinde yapılacak inceleme ile açıklayıcı bir kategorik kavrama ulaşılması gerekmektedir. Bu açıklayıcı kavram, aynı zamanda, incelenen tüm olgularda da gerçekleşmelidir. Bilim insanı, bu sürecin ardından, incelediği olgulara dair ortaklaştırıcı bir tespiti varacaktır. Petrażycki'de bu tespitin genel adı *differentia specifica*'dır ve bir kategorinin *differentia specifica*'sı kuramı yeterli bir kuram kılacaktır.⁴² *Differentia specifica*, gözlemlenen homojen olgu dizisine dair ortaklaştırıcı ve onları belirli bir kategoriye sokmayı sağlayacak olan ayırt edici özelliktir. Bu özellik, yeterli kuram mantığı gereği, incelenen olguların tümünde var olmalı ve fakat sadece bu olgu dizisinin karakteristik özelliği olmalıdır.

³⁶ TIMASHEFF, 1947, s. 745.

³⁷ SADURSKA, 1987, s. 92.

³⁸ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 187; SADURSKA, 1987, s. 91.

³⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 19-20.

⁴⁰ SADURSKA, 1987, s. 91-92.

⁴¹ TIMASHEFF, 1947, s. 745.

⁴² PETRAZYCKI, 2011, s. 21.

Başka bir ifadeyle, yeterli bilimsel kuramlar bir *differentia specifica*'yı yani iki ya da daha fazla alternatif arasında ayırım yapmayı sağlayacak belirli farklılıkları temel almalıdır.⁴³

3. Petrażycki'nin Hukuk Ontolojisi

a. Petrażycki'ye Göre Hukukun Gerçek Varlığı, Kaynağı ve Psikolojik Boyut

Petrażycki bir hukuk kuramı oluşturulurken cevaplanması gereken soruların “Hukuk nedir?”, “Hangi olgular hukuksal olgulardır?” ve “Hukuksal olguları diğer olgulardan ayıran nedir?” gibi sorular olduğunu ifade eder.⁴⁴ Bu sorular, ona göre, bilimsel olarak yeterli biçimde henüz cevaplandırılmamıştır. Petrażycki, hukuku bir bilim haline getirme kaygısındaki hukuksal pozitivizmi, bir yandan hukuku kapalı bir sistem olarak kabul etmesi ve bu sistemin de daha ziyade pozitif-resmi hukuka hasredilmesi nedeniyle, öte yandan özel olarak buyruk kuramında hukukun temeli olarak ifade edilen yasa koyucunun buyruklarının alınması ve fakat bunun ayırt edici olmaması nedeniyle eleştirmiş ve salt buyruk eksenli okumaların ancak naif bir gerçekliğe tekabül edeceğini belirtmiştir.⁴⁵ Örnek olarak, buyruk kuramı üzerinden gidildiğinde, herhangi bir kimsenin buyruğundan sadır olmayan örf ve adet hukukunun açıklanamayacağı ona göre ortadadır.⁴⁶ Dahası, yasama faaliyetini hukuk olarak görmek ve göstermek, hukuk normlarıyla buyruk denilen insan davranışını karıştırma ve

⁴³ Hugh W. BABB, “Petrazhitskii: Theory of Law”, *Boston Law Review*, Cilt 18 (1938), s. 523. Bu noktada Bachelard'ın ve Durkheim'in tespitlerini anmadan geçmemeli. *Bilimsel Zihnin Oluşumu*'nda Bachelard, genel bir bilginin alelacele benimsenmesiyle oluşan taşlaşmış kavramlardan bahseder. Pıhtılaşma örneği üzerinden giden Bachelard, pıhtılaşma kavramının alanının genişletilmesi sonucu donma ile pıhtılaşma arasında herhangi bir farkın kalmadığını ve akademinin pıhtılaşmayı bu şekilde kavrayışının bir bilim-karşıtlığı olduğunu ileri sürer (Gaston BACHELARD, *Bilimsel Zihnin Oluşumu*, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2013, s. 84-85). Bachelard'ın bu tespitine doğrudan sosyoloji zaviyesinden bir paralellik ise Durkheim'in ifadelerinde bulunur. Durkheim'a göre, sosyolojinin inceleme nesnesi toplumsal olgulardır ve bu olgular incelenirken sosyologun yapması gereken incelemeye konu olan olguların hepsinde ortak bazı nitelikler sayesinde önceden tanımlanan bir olgular kümesini almak ve bu tanımlı kapsayan olguların hepsini aynı araştırma içinde toplamaktır (Emile DURKHEIM, *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bali Akal, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 59). Gerek Bachelard'ın gerek Durkheim'in ifadeleri hem burada Petrażycki'nin yeterli kuram kavramsallaştırmasına hem de *differentia specifica* belirlemesine dair yazılanlar okunurken hatırlanmalıdır.

⁴⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 1.

⁴⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 10.

⁴⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 11.

genel bir rızanın mevcudiyetini icat etme sonucunu doğuracaktır.⁴⁷ Oysa bunlar, Petrażycki'ye göre, yeterli bir hukuk kuramını oluşturamaz. Yeterli bir kuramdan bahsedilmesi, açıklayıcı unsurun sadece belirli bir kategori için, ama o kategorideki tüm olguları kapsamıyla mümkündür. Yeterli bir hukuk kuramı da sadece hukuksal olgular kategorisi için ve bu kategoride yer alan tüm unsurları kapsayacak bir nitelikte olmalıdır. Petrażycki'nin hukuk kuramı yaklaşımının üzerinde yükseldiği temel olarak yeterli kuram anlayışının içeriği böylece ifade edilebilir.

Petrażycki'ye göre bilimsel olarak yeterli bir hukuk kuramı olmadıkça, hukukun ve hukuksal olguların rasyonel ve sistematik bir analizi de mümkün olamaz.⁴⁸ Yeterli bir hukuk kuramının ilk köşe taşı ise bir hukuk tanımı oluşturacaktır. Petrażycki hukuku şöyle tanımlar:

“Hukuk, bir yandan, gelişiminde bireyleri ve kitleleri, zihinlerinde ve davranışlarında belirli süreçleri uyardığı için sosyo-psişik bir etkidir. Diğer yandan, hukukun kendisi belirli bir sosyo-psişik sürecin ürünüdür: bu sosyo-psişik süreç içinde ve nedensel bir anlamlılık bağlantısıyla uyumlu olarak ortaya çıkar ve değişir. Dolayısıyla, hukuk kuramı... hukuku hem bir etken... hem de bir ürün olarak ele almalıdır.”⁴⁹

Bu tanımda, özel olarak vurgulanan husus, hukukun hem bir toplumsal girdi hem de bir toplumsal çıktı olduğu düşüncesinde yatar görünür. Ancak, bana göre, hukuk sosyolojisi çalışmalarında genel olarak kabul edilen bu yaklaşım, onun tabirini kullanırsak, Petrażycki'nin hukuk kuramının *differentia specifica*'sı değildir. Burada asıl ayırt edici olan sosyo-psişik boyuta yapılan göndermedir ki, Petrażycki'nin alâmetifarikalarının ilk ve en önemli kısmını bu oluşturur.

Petrażycki'ye göre hukuksal olgu psişik bir süreçte göndermede bulunur ve kendine has bir psişik süreçte meydana gelir.⁵⁰ Psişe, insan zihni ya da ruhu olarak tanımlanır. Petrażycki'ye göre insanların kendilerine dışsal ve fakat kendilerini de içeren zamansal-mekânsal bir dünyaları olduğu gibi, bir de, psişik dünyaları vardır.⁵¹ Eğer hukuk psişik ve hatta sosyo-psişik bir olgu ise onun yeri uzayda ya da *A* kişisi ile *B* kişisi arasında bir yerlerde değil, *A*'nın ve *B*'nin psişelerindedir ve dolayısıyla hukuksal olgular bireylerin

⁴⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 11. Petrażycki'nin bu görüşleriyle Hart'tan önce ve Hart'ın Austin'e yönelttiği eleştirileri öncelediği ileri sürülmüştür. Bkz. Alexander W. RUDZINSKI, “Petrażycki's Significance for Contemporary Legal and Moral Theory”, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt 21 (1976), Sayı 1, s. 114.

⁴⁸ SADURSKA, 1987, s. 103.

⁴⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 324.

⁵⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 8.

⁵¹ TIMASHEFF, 1947, s. 742-743.

psişik süreçlerinin ürünüdür.⁵² Petrażycki'ye göre hukuk, aynı zamanda, kendine has bir psişik deneyimdir. Hukuk, insan zihninde bir sembol olarak var olur ve bu sembol ancak psişik bir deneyime karşılık düştüğü sürece ayırt edilebilen bir birleşim olarak düşünülür.⁵³

Hukukun gerçekliği de işte bu psişik boyut ile birlikte okunmalıdır. Petrażycki hukuk biliminin, fizik ve biyoloji bilimleri fiziksel ve biyolojik olguları nasıl inceliyorlarsa, hukuki olguları aynı biçimde incelemesi ve hukukun doğasının bu anlamda olgusal olarak ve bilimsel bir gerçeklik çerçevesinde ele alınması gerektiği kanısındadır.⁵⁴ Başka bir deyişle, Petrażycki için hukukun gerçekliği, bireyin bilimsel olarak kavranabilen bilincinde keşfedilmelidir ve böylece hukuksal gerçekliğin psikolojik bir gerçeklik olduğu düşüncesi pekişir.⁵⁵

Bu ifadelerle birlikte düşünüldüğünde, Petrażycki'nin daha ziyade birey ekseninde hareket ediyor oluşundan bahsedilebilir. Bu nedenle Petrażycki'nin bir sübjektivist olduğu ileri sürülebilir. Bu yönde bildirilen görüşlere bakıldığında, Petrażycki'ye göre hukukun bireysel duygulara ve zihin süreçlerine göre algılanması ve bireyi ön plana alışı bir sübjektivizm örneğidir.⁵⁶

Hukuku bir gerçeklik, hem de psikolojik bir gerçeklik olarak kavramak, hukukun yerinin neresi olduğuna, kaynaklarına ve daha önemlisi ne'liğine dair saptamaların yönteminin de psikolojik yöntemlerden olması demektir.⁵⁷ Petrażycki'ye göre;

“Hukuksal olguyu gözlemleninin uygun ve tek olanaklı yöntemi kendi kendini gözleme (*self-observation*) olmak zorundadır: içe bakışçı yöntem (*the introspective method*)”⁵⁸

⁵² BABB, 1938, s. 521. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Petrażycki'nin hukuku bireysel bir psişe olarak almasının toplumsal boyutu yok saymak anlamına gelmediği, toplumsal boyutun psikolojik gözlem sınırları içinde ve bireysel psikolojik deneyimlere yansıdığı ölçüde dikkate alınmasının söz konusu olmasıdır (Hugh W. BABB, “Petrazhitskii: Science of Legal Policy and Theory of Law”, *Boston Law Review*, Cilt 17 (1937), s. 797).

⁵³ PULASKI, 1938, s. 27.

⁵⁴ Pitiřim Alexandrovitch SOROKIN, “Review of Law and Morality (by Leon Petrażycki)”, *Harvard Law Review*, Cilt 69 (1956), Sayı 6, s. 1150-1151.

⁵⁵ Alexander Nikolaevich SHYTOV, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, Springer, Netherlands 2001, s. 2.

⁵⁶ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 375, 377. Hatta Timasheff'e göre Petrażycki'nin hukuk kuramının özü, hukukun yalnızca sübjektif temsillerden ibaret olduğu biçiminde ifade edilebilir (Nicholas TIMASHEFF, *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, Cambridge 1939, s. 17).

⁵⁷ Kazimierz OPALEK, “The Leon Petrażycki Theory of Law”, *Theoria*, Cilt 27 (1961), Sayı 3, s. 138.

⁵⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 13, parantezli kısımlar bana aittir.

İçebakış yöntemi, genel olarak, bir kişinin kendi deneyimini ya da zihin süreçlerini incelemesi olarak anlaşılır ve modern psikolojide terapötik bir yöntem olmasının yanı sıra deneysel bir teknik olarak da tanımlanır.⁵⁹ Petrażycki de, bu tanımla paralel olarak içe bakıştan, psişik bir olgunun deneyimlenme süresince bu olguya dahili bir ilgiyi ve verili bir kategorinin daha önceden deneyimlenen düşünce ve imgesel boyutlarını iç gözlemlemeye tabi tutmayı anlar.⁶⁰

Petrażycki'nin hukuksal olguların psikolojik bir gerçekliğe tekabül etmesi nedeniyle tercih ettiği psikolojik yöntem olan içe bakış yöntemi, onun genel metodolojisinden bahsederken belirtilen tümevarımcılık ile birlikte düşünülmelidir. Tümevarımdan anlaşılan, her zaman, tam tümevarım denilen ve hakkında yargıya varılan olguların tamamının deneyimlendiği tümevarım türü olmak zorunda değildir. Petrażycki'nin tezleri de bir tam tümevarım nitelendirmesini haiz değildir. Zira tezleri ne deneysel olarak ne de ampirik olarak tam tümevarımdan bahsedebilmenin koşullarını karşılar. Bununla beraber onun, içe bakış ve psikolojik gözlemlerinin daha ziyade aile, komşuluk vb. gibi nispeten daha küçük gruplara ait olduğu ve buradan elde ettiği verileri daha büyük ölçeklere aktardığı tespiti de yapılmıştır.⁶¹

Petrażycki hukukun insan psişesinde yer alan psişik bir olgu olarak gerçekliğinden bahsetmekle yetinmez. Hukukun dürtüsel bir psişik olgu olduğunu da ekler. Dürtü (*impulsion*) bir kişiyi davranışta bulunmaya iten psişik bir itki olarak tanımlanmaktadır.⁶² Petrażycki duygu (*emotion*) ile eşanlamlı olarak kullandığı⁶³ dürtüleri, hayvanların ve insanların yaşama uyum sağlamalarında rol oynayan asıl ve yönlendirici psişik faktörler olarak sunar.⁶⁴ Her an bu dürtülerin binlercesini deneyimleriz ve bunlar bedenimizi ve zihnimizi yönetirler.⁶⁵ O, dürtülerin, bilimsel bir davranış kuramı geliştirmek istiyorsak, ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini düşünür. İlk olarak özel dürtülerden (*special impulses*) bahseder ve ona göre özel dürtüler denilen ilk dürtü grubunda söz konusu olan, bunların, doğalarına eşlik eden belirli ve özel bir davranışa yol açmaya eğilimli oluşlarıdır.⁶⁶ Burada esas olarak birtakım fiziksel ve biyolojik ihtiyaçlardan ve bunların

⁵⁹ David MATSUMOTO, *The Cambridge Dictionary of Psychology*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 265.

⁶⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 13.

⁶¹ SADURSKA, 1987, s. 90.

⁶² M. S. BHATIA, *Dictionary of Psychology and Allied Sciences*, New Age International Publishers, New Delhi 2009, s. 206.

⁶³ TIMASHEFF, 1939, s. 83.

⁶⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 23.

⁶⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 24.

⁶⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 25.

karşılanmasından bahsedilmektedir.⁶⁷ Karşılıklarını, başka bir deyişle kendilerine verilecek tepkileri önbelerleyen bu dürtüler ile bunların karşılıklarını açlık-yemek, susuzluk-su içmek, cinsel arzu-sevişmek vb. biçimlerde örneklendirmek mümkündür.⁶⁸ Özel dürtüler davranışta bulunacak olan aktif yanı pasif unsurların belirlediği dürtüler olarak da anılırlar.⁶⁹ Açlık ve yemek ilişkisine bakıldığında pasif açlık hissi biyolojik bir ihtiyacın sonucudur ve açlık hissine verilen cevap aktif bir eylem olan yemek yeme eylemidir. Burada önemle vurgulanması gereken şey ise özel dürtüler söz konusu olduğunda aktif unsurun bir uyarıcıya verdiği bir düşünce ya da bilinç ürünü olmayan otomatik davranışların varlığıdır.⁷⁰ Otomatik oluştan kastedilen, ayrıca, özel dürtülerin daima bir yönde ve belirli bir eyleme yol açmalarıdır.⁷¹

Dürtülerin ikinci grubunu ise soyut dürtüler (*abstract impulses*) oluşturur.⁷² Petrażycki, yöntem olarak tespit ettiği içe bakış yöntemi sayesinde, buyrukların ve yasaklamaların, özellikle “Sessiz ol!”, “Geri çekil!”, “Dokunma!” örneklerinde olduğu gibi, zihin üzerinde ani, kısa ve kesin bir şekilde ve belli bir tarzda davranma yönünde, neredeyse elektrik çarpması gibi bir etkide bulduklarından bahseder.⁷³ Ancak buradan soyut dürtülerin de tıpkı özel dürtülerde olduğu gibi otomatik ve önbelirlenmiş oldukları sonucu çıkmaz. Petrażycki’ye göre soyut dürtüler, davranışların ne detaylarını ne de genel karakterini ve yönünü önbelerler. Dahası, bu dürtüler, ancak dürtüye karşılık verenin düşünceleri ile bağlantılı ise bir karşılık bulacaklardır.⁷⁴ Dolayısıyla, Petrażycki’nin soyut dürtüler dediği dürtülerin özel dürtüler gibi önbelirlenmiş olmadığını ifade etmek gerekir. Soyut dürtülerde eylemde bulunanın bilinçli farkındalığı söz konusudur ve burada psikik faktör aktif boyutu otomatik olarak belirlemez.⁷⁵ Bu bilinçli farkındalığa rağmen aktif unsurun davranış içeriği açık bırakılır ki, bunlara soyut dürtüler denilmesinin sebebi de budur.⁷⁶ Özel dürtüler, eylem fikirleriyle

⁶⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 26.

⁶⁸ SADURSKA, 1987, s. 67; RUDZINSKI, 1976, s. 112.

⁶⁹ TIMASHEFF, 1947, s. 744.

⁷⁰ NORTHOP, 1956, s. 656.

⁷¹ OPALEK, 1961, s. 139.

⁷² PETRAZYCKI, 2011, s. 26-27. Petrażycki bunlara “kapsamlı dürtüler” olarak da çevrilebilecek *blanket impulses* da der.

⁷³ PETRAZYCKI, 2011, s. 27. İlginçtir ki, bu satırlarda yazıya gelenler, Petrażycki ile aynı dönemde yaşamış olan Rus fizyolog Ivan Pavlov’un (1849-1936) klasik koşullanma kuramını hatırlatmaktadır. Petrażycki’nin eserinde Pavlov’a atfı verilmese de, Petrażycki’nin düşüncelerinin dönemdaşı fizyologun kuramıyla benzerliğine vurgular yapmıştır. Bkz. SADURSKA, 1987, s. 65; TIMASHEFF, 1947, s. 743-744.

⁷⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 26.

⁷⁵ NORTHOP, 1956, s. 656.

⁷⁶ NORTHOP, 1956, s. 657.

yani bilinçli farkındalıkla birlikte yer almayan pasif-aktif deneyimlere göndermede bulunurken soyut dürtüler eylem fikirleriyle beraber olan pasif-aktif deneyimleri anlatır. Bir başka ifadeyle, soyut dürtüler, dürtüyle birlikte yer alan davranış fikrinin davranışımızın karakterini ve istikâmetini belirlediği pasif-aktif deneyimleri koşullar.⁷⁷ Soyut dürtülerin nasıl anlaşılacağına dair önemli bir katkıyı Sadurska sunar. Ona göre soyut dürtüler bir kişiyi herhangi bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya yönettirler. Bu tür dürtülerin davranışa dönüşmesi kaçınılmaz değildir; zira, davranış gerçekleştirenin bilinçli farkındalığı önemli bir rol oynar. Davranışa dair düşünce, uyarıcı ile tepki arasında bulunur ve bu özellik davranış otomatik olmaktan çıkarır. Yukarıda Petrażycki'den aktarılan bazı buyruk ve yasaklama örnekleri, ilgili buyruğun yahut yasaklamanın içeriğiyle uyumlu bir davranışta bulunmaya dönük bir zihinsel süreci tetiklerler ve düşünsel farkındalık bu noktada önemli bir ara kesiti oluşturur.⁷⁸

Petrażycki, hukuku, işte bu ikinci tür dürtüler alanına dahil etmektedir.⁷⁹ Ancak hukuk, bu alanda yalnız değildir.

b. Petrażycki'de Hukuk – Ahlâk Ayrımı

Hukuk felsefesi tartışmalarında hukukun bir şekilde yol arkadaşlığını yapan ahlâk, Petrażycki'de de hukuku yalnız bırakmaz. Petrażycki hukuksal ve ahlâki deneyimlerin normatif-dürtüsel-fikrî artalanına sahip olduklarını tespit eder; hukuksal dürtüler ve ahlâki dürtüleri, ortak özellikleri nedeniyle, etik dürtüler diye adlandırdığı ortak başlık altında ele alır.⁸⁰ Etik dürtüler insanlar tarafından deneyimlenen ve davranışımızı düzenleyen dürtülerdir ve bunlar, ayrıksılıklarını açık ve net biçimde ortaya koymanın zorluğu nedeniyle, kolay kolay ayırt edilemezler.⁸¹

Hukuk ile ahlâki Petrażycki'nin nasıl ayırt ettiğini aktarmadan önce, bunları etik dürtüler olarak adlandırdığı ortak başlık altında incelemesine neden olan düşüncelerinden kısaca bahsedilmelidir. Petrażycki'ye göre etik dürtüler, otoriter bir karaktere sahiptir.⁸² Etik dürtülerin bu karakteri gündelik konuşmalarda, mitolojide, dinde ve insan ruhunun diğer benzer yaratılarında fantastik biçimde karşımıza çıkar. Bu kullanımlarda dahi ortak olan şey, özellikle bazı durumlarda egomuzun dışında ve hatta egomuza

⁷⁷ NORTHOP, 1956, s. 657.

⁷⁸ SADURSKA, 1987, s. 67.

⁷⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 27.

⁸⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 35.

⁸¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 35.

⁸² PETRAZYCKI, 2011, s. 37.

karşıt olarak gelişen ve bizi belirli bir davranışa yönelten bir iç sesin varlığıdır.⁸³ Diğer yandan, etik dürtüler, serbestliğe karşı içsel bir engeldirler. Daha açık ifade etmek gerekirse, bir tercihi özgür biçimde uygulamaya geçirmenin ve eğilimlerin, arzuların ve amaçların özgürce takip edilmesinin söz konusu olduğu bazı durumlarda etik dürtüler davranış üzerinde güçlü bir baskı oluştururlar.⁸⁴ Bu bakımdan etik dürtüler, bizlere yönelen buyruklar ve yasaklamalardan sadır olan buyurucu dürtülerle benzerlik içindedirler.⁸⁵ Dolayısıyla Petrażycki'ye göre hukuk ve ahlâkın, bilincimizde bir yükümlülük, belirli bir tarzda davranma ödevi ya da bir şeyi yapmaktan sakınma gibi dürtüsel ortaklıkları mevcuttur.⁸⁶ Böylece hem hukukun hem de ahlâkın normatif alanda bulunduğunu ve etik dürtülerle ortaya çıkan etik normların ayırt edici özelliklerinin yani *differentia specifica*'sının bir ödev fikri olduğunu belirlemek mümkün olur.⁸⁷ Bu ödev fikri normativiteyle örüldür.⁸⁸

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında kurduğu ilk ayırım bunların psişe boyutlarıyla ilgilidir. Bunu örnekler üzerinden aktarmak, anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

İlk örnekte *A*, işlerini yetiştirmekte güçlük çektiğini gözlemlediği *B*'ye yardımcı olmak gerekliliğini hissederek *B*'nin işlerinin bir kısmını kendi üzerine alsın ve *B*'nin okuması gereken sınav kâğıtlarının bir kısmını okuyacak olsun. İkinci örnekte ise *A*, daha önce *B*'yle, *B*'nin kâğıtlarını okumak konusunda anlaşmış ve *B* de buna karşılık *A* için ve *A*'nın yerine sınav gözetmenliği görevlerine girecek olsun.

Her iki durumda da *A* üzerinde *B*'nin kâğıtlarının bir kısmını okumak bakımından otoriter bir dürtü, bir iç ses mevcuttur. Yani her iki durumda da *A*'nın bir ödev duygusuyla hareket ettiğini ifade etmek mümkündür.

Ancak *A*'nın ilk örnekteki psişesi ile ikinci örnekteki psişesi arasında bir fark mevcuttur. İlk örnekte, burada Petrażycki'yi de işin içine katalım, *A*'nın *B*'ye yardım ediyor oluşunu koşullayan dürtüsünde *B*'ye borçluluğu ya

⁸³ PETRAZYCKI, 2011, s. 38.

⁸⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 38.

⁸⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 38.

⁸⁶ RUDZINSKI, 1976, s. 111.

⁸⁷ SADURSKA, 1987, s. 68.

⁸⁸ Burada akla Kant'ın gelmesi tabiidir. Ödev kavramı Petrażycki'nin yaklaşımında hem hukuk hem de ahlâk alanı bakımından önemlidir ve bu bakımdan Kant'ı takip ettiği söylenebilir. Ancak onun Kant'la aynı fikirde olmadığı noktanın *iyi*'nin *a priori* ya da birincil bir kavram olmayıp ahlâkın da hukukun da temeli olmadığını düşünmesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür (bkz. NORTHOP, 1956, s. 653).

da *B*'nin *A*'dan elde etmek durumunda olduğu bir karşılık, bir hak söz konusu değildir.⁸⁹ Aksine, *A*'nın davranışını koşullayan dürtüsü, onun kendi ihsânından kaynaklanmaktadır.⁹⁰ Burada söz konusu olan, Petrażycki'ye göre, ahlâki bir yükümlülüktür ve ahlâki yükümlülükler, bir diğer tarafa ve onun talep etme hakkına bağlı olmayan yükümlülüklerdir.⁹¹ Görüldüğü gibi, ahlâk alanında dürtüler, kişinin kendisi dışında hiç kimsenin herhangi bir iddiasıyla ilgili değildir.⁹² Başka bir ifadeyle, bir kimsenin iddiasına eşlik eden bir ödev duygusundan bahsedilmediğinde ortaya çıkan normatif dürtü, ahlâki dürtüdür.⁹³

İkinci örnekte ise *A*, yine Petrażycki'ye temas ile, kendini *B*'ye yardım etmekle borçlu hissedecektir; zira, *B*'nin *A*'dan kendisine düşeni yerine getirmesi yönünde haklı bir iddiada bulunabileceğini söylemek mümkündür.⁹⁴ Yani burada *A*'nın, *B*'nin sınav kâğıtlarını okumayı üstlenmesi, *B*'ye yardımcı olmak gibi salt bir iyi niyetin sonucu değildir. Petrażycki'ye göre burada söz konusu olan, hukuksal yükümlülüktür ve hukuksal yükümlülükler diğer bir tarafa ve onun talep etme hakkına bağlı olan yükümlülüklerdir.⁹⁵ Böylece denilebilir ki, hukuksal dürtüler, aynı zamanda, bir diğer kişinin hak iddiasına eşlik eden bir ödev duygusuyla beraberdirler.⁹⁶ Bu itibarla, hukuksal dürtülerde, ahlâki dürtülerin normatif karakterlerine ek olarak, belirli bir davranışta bulunulmasını talep etme iddiasının haklı olduğu düşünülen bir diğer öznenen bahsetmek gerekir.⁹⁷

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında yaptığı ayrımın ikinci boyutunu, birinci boyutun içerdiği bir sonuç olarak da görülebilecek, nitelik ve yapı bakımından farklılıkları oluşturur. Buradaki açıklamayı yine mevcut örnek üzerinden yapabiliriz. Petrażycki'ye göre birinci örnekte *A*'nın yükümlülüğü ahlâki bir dürtüden kaynaklanmaktaydı ve böylece ahlâki bir yükümlülüktü. Petrażycki bu tip yükümlülükleri salt buyurucu (*purely imperative*) nitelikte görmektedir.⁹⁸ Ancak ikinci örnekte *A*'nın yükümlülüğü hukuksal bir dürtüden kaynaklanan hukuksal bir yükümlülüktü. Petrażycki bu tip yükümlülükleri buyurucu-atfedici (*imperative-attributive*) nitelikte görür ve şu belirlemeyi yapar:

⁸⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 45.

⁹⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 45.

⁹¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 45-46.

⁹² MEYENDORFF, 1933, s. 33.

⁹³ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 193.

⁹⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 45.

⁹⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 46.

⁹⁶ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 193.

⁹⁷ MEYENDORFF, 1980-81, s. 34.

⁹⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 47.

“...*Hukuk* — spesifik bir gerçek olgu olma açısından — *dürtüleri atfedici bir karaktere sahip olan etik deneyimler olarak anlaşılmalıdır. Diğer tüm etik deneyimleri — salt buyurucu dürtülerle bağlantılı olanları — ahlâki olgu olarak adlandırmalıyız.*”⁹⁹

Peki, bu nitelendirmeleri neye göre yapar Petrażycki? Buyuruculuktan kastedilenin ne olduğu açık olabilse de, hukuku ahlâktan ayıran atfedici nitelikten Petrażycki'nin anladığı nedir?

Petrażycki'ye göre hukuksal normların çift yanlı, buyurucu-atfedici niteliği şu şekilde ifade edilebilir: bu normlar, bir tarafın yükümlülüğünü gösterirken diğer tarafın da bir iddiasını ya da hakkını yansıtır. ¹⁰⁰ Burada hukuksal normlar hem pasif unsuru (bir tarafın yükümlülüğü) hem de aktif unsuru (diğer tarafın hakkı) göstermektedir. Oysa ahlâki normlarda salt buyuruculuk söz konusudur. Petrażycki nitelik ve yapı bakımından yaptığı bu ayırmda ahlâki normları tek yanlı (*unilateral*), hukuksal normları ise çift yanlı (*bilateral*) olarak sıfatlandırmaktadır. ¹⁰¹ Petrażycki'nin bu ifadelerini şu şekilde açıklamak mümkündür: etik alanındaki dürtülerimizin ve dolayısıyla etik normların ortak noktası, davranışımız üzerinde zorlayıcı bir etki bırakıyor olmalarında yatar. Ancak bunlardan bazıları, ahlâki normlar, — ilk örneğimizi hatırlayalım — ilişkinin öteki tarafının bizden bir davranışta bulunmamızı istemeye hakkı olduğunu düşünmeyerek yaptığımız davranışlarla sonuçlanırlar. ¹⁰² Burada normlar, bir kimseye, bir başkasının yararını ya da kendisine karşı ileri sürebileceği bir hak iddiasını barındırmayan bir niteliktedir, tek yanlıdır; aynı zamanda yalnızca yükümlünün pozisyonu norm alanına girmektedir. ¹⁰³ Petrażycki bu duruma *İncil*'den örnek verir. Petrażycki'nin örnek verdiği ayette İsa “Ama ben size diyorum ki, kötüye karşı direnmeyin. Sağ yanağımıza bir tokat atana öbür yanağınızı da çevirin” demektedir. ¹⁰⁴ Burada, kötüye karşı direnmeyecek olanın ve tokat yediğinde öbür yanağını çevirecek olanın bu davranışı gerçekleştirmesinde ya da gerçekleştirmemesinde kötülük yapanın ya da tokat atanın kendisinden bu davranışı talep etme hakkına yapılan bir gönderme yoktur. ¹⁰⁵ Zira, kötülüğe maruz kalan, kötülüğü yapana, kendisinden buna direnmemesini ya da öbür yanağını çevirmesini talep etme hakkını tanımaz, atfetmez. ¹⁰⁶

⁹⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 62.

¹⁰⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 47, 121.

¹⁰¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 47 vd.

¹⁰² BABB, 1938, s. 516.

¹⁰³ BABB, 1938, s. 516.

¹⁰⁴ Matta, 5: 39.

¹⁰⁵ NORTHOP, 1956, s. 654.

¹⁰⁶ NORTHOP, 1956, s. 654.

Hukuksal normlarda ise, ahlâktaki buyuruculuğa atfedici karakter de eklenir. Bir hukuk normu, bir tarafa (hakkın süjesi) belirli bir hakkı ve diğer tarafa da (yükümlülüğün süjesi) belirli bir ödevi (yapma ya da yapmama) yüklemektedir. Hukuksal deneyimlerde iki yanlı yani buyurucu-atfedici nitelik, iki taraf arasında bir ilişki kurar; ancak bu ilişkinin taraflarından birinin belli bir şekilde davranma yükümlülüğüne diğer tarafın bu davranışı talep etme hakkı eşlik eder.¹⁰⁷ Bu kez *A* ile *B* arasındaki ikinci örneğimizi hatırlayalım, *A*'nın yükümlü olduğu davranışı talep etme hakkını *B*'ye atfetmesi söz konusudur. Görülüyor ki, burada yalnızca yükümlünün pozisyonu düzenlenmez; her iki tarafın pozisyonu, biri için yükümlülüğün otoriter bir tanımı ve ölçütü bakımından, diğeri içinse kendisine borçlu olunan şeyin otoriter bir ölçütünü ve normunu düzenlemek bakımından, belirlenir.¹⁰⁸

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında belirlediği üçüncü ayırım, bunların eğilimleriyle ilgilidir. Petrażycki bu eğilimler meselesi ile ilgili olarak, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi¹⁰⁹ veya getirilmesi¹¹⁰ halinde yaratacakları sonuçlara ve bu sonuçların yükümlülerde yaratacağı etkilere dair açıklamalar yapsa da¹¹¹, bana göre, asıl üzerinde durulması gereken eğilim farkını bir örnekleşme eğilimi oluşturmaktadır. Petrażycki bir örnekleşme eğilimini dört biçimde sunar. Bu eğilim, hukukun sahip olduğu ve ahlâktan farklılaştığı bir cepheyi göstermektedir. Aynı zamanda ileride aktarılmaya çalışılacak olan hukukun işlevleri ve hukuk politikası yaklaşımı bakımından da önem taşıyacak olan, hukuksal yaşamın sosyo-kültürel uyumun sağlanmasındaki işlevine ilişkin bir zemin de sunacaktır.

Petrażycki'de hukukun bir örnekleşme eğiliminin ilk yönünü, hukukun tek biçimli genel kurallara dönüşmeye elverişliliği teşkil eder.¹¹² Bu genel kural tekil bir örüntüye göndermede bulunur. Genelleşme eğilimi ile soyut yükümlülüklerle ve haklara ya da toplumsal düzensizliklere dair ortak bir çözüme yönelinmektedir.¹¹³ Bu sayede, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ile toplumsal anlaşmazlıklar tanımlanır ve çözümlenir.¹¹⁴ Hukukun, bir genel normlar örüntüsüne dönüşme eğiliminin olması sonucunda varılacak

¹⁰⁷ SOROKIN, 1956, s. 1152.

¹⁰⁸ BABB, 1938, s. 516.

¹⁰⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 100 vd.

¹¹⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 106 vd.

¹¹¹ Örneğin hukuksal pişenin atfedici karakteri, zor kullanımına meylederek yükümlülüğün icrasını güvenceler ve ihlal halinde baskılayıcı bir edimle sonuçlanırken ahlâkta atfedici niteliğin olmaması böyle bir sonucu engellemektedir (BABB, 1938, s. 550).

¹¹² PETRAZYCKI, 2011, s. 113.

¹¹³ PETRAZYCKI, 2011, s. 113.

¹¹⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 113-114.

noktanın pozitif hukuk ya da hukukun pozitifleşmesi olarak anılması düşünülebilir. Hukukun pozitifleşmesi, ileride hukukun toplumsal işlevleri ve gelişimine dair Petrażycki açıklamalarını aktardığımızda görülebilecek olan, insanın toplumsallığı ve ortaklaşması ile de ilgilidir. Ahlâkta ise pozitifleşme unsuru ya hiç yoktur ya da hukuktakinden daha az bir yoğunluktadır.¹¹⁵ Bir örnekleşme eğiliminin ikinci biçimi birinciye bağlı olarak ortaya çıkar ve hukuksal kavramların içerik ve kapsam bakımından kesinlik ve açıklık kazanmaya elverişliliği olarak anlaşılabilir.¹¹⁶ Ahlâkta ise bu yoktur. Petrażycki ahlâki göndermeleri olan “sadakatle ve samimiyetle, uzun bir süredir hizmette bulunan kişilerin bir emeklilik maaşına ya da ikramiyesine hak kazanacaklarına” dair bir yasal düzenleme örneği üzerinden gider ve burada “sadakatle ve samimiyetle” ve “uzun bir süre” kavramlarını belirsiz ve esnek bulur.¹¹⁷ Ancak ona göre ahlâki kavramlar esnek ve elastik olabilirken, hukuksal kavramlar içerik ve katılık bakımından daha belirlidirler.¹¹⁸ Bir örnekleşme eğiliminin üçüncü biçimi, hukukun kanıtlama bakımından uygun ve ilgili olgulara sahip olma yönelimi bakımından söz konusu olmaktadır. Petrażycki’ye göre hukuku, hak ve yükümlülükleri objektif olarak doğrulanmamış ve ortaya konulmamış olgularla bağlantılandırmaktan kaçınılmalıdır.¹¹⁹ Petrażycki, hukukun bu tip olgulardan kaçınma, dahası onları yok sayma eğiliminde olduğunu da ekler.¹²⁰ Bu nedenle ona göre hukukta yazılı belgeler, noter onayları, delillere dayalı ispatlamalar önemli rol oynarken bunlar salt buyurucu bir karaktere sahip ahlâka tamamen yabancı eğilim ve olgulardır.¹²¹ Son olarak, fiili ve özellikli hukuksal ilişkilerin mahkeme önüne getirilmeye elverişli olmalarına karşın, salt ahlâki normlardan hareketle mahkemelere başvurma yönünde ahlâk alanında bir yönelimin imkânsızlığına dair tespitiyle Petrażycki¹²², hukukun yargı uygulamasında görünür hale gelme eğiliminden bahseder.¹²³

c. Petrażycki’nin Hukuk Kuramında Hukukun Türleri

Petrażycki’nin hukuk kuramı itibariyle hukukun türlerinin ne olduğuna dair açıklamalar, yukarıda yapıldığı üzere onun hukuktan ne anladığının ortaya konulmasının ardından ve bunun yanı sıra, hukuk normundan da ne

¹¹⁵ BABB, 1938, s. 555.

¹¹⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 115.

¹¹⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 115.

¹¹⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 116.

¹¹⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 118.

¹²⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 118.

¹²¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 118.

¹²² PETRAZYCKI, 2011, s. 119-120.

¹²³ BABB, 1938, s. 555.

anladığını ifade etmekle gerçekleştirilebilir. Zira, hukuk normunun ne'liği, hukukun türlerine dair açıklamaları daha sıhhatli kılacaktır. Ayrıca, hukuk normlarının ne'liği ortaya konulduğunda, onların unsurları da anlaşılabilir olacaktır.

i. Petrażycki'de Normatif Olgu – Norm Ayrımı

Yukarıda, Petrażycki'ye göre tüm etik normlar belirli bir davranışta bulunma ya da bulunmama gerekliliğini ifade eder denilmişti. Petrażycki bu açıklamasını genişletir ve etik normların genel olarak sahip oldukları unsurları sıralar: - Etik dürtüler ve - fikirler bu unsurları oluşturur. Etik dürtülerden, yukarıda dürtü açıklamalarıyla etik oluşun ortak karakterine dair söylenenler birleştirildiğinde, bir “olması gereken”e dair psikik süreçlerin anlaşılacağı ifade edilebilir. Fikirler ise yükümlülüğün konusuna dair, yükümlülüğün öznesine dair, ilgili olgulara dair ve normatif olgulara dair olmak üzere sıralanır.¹²⁴ Bunlardan, özellikle normatif olguların açıklanması önem taşır. Zira normatif olgular aşağıda aktarılmaya çalışılacak olan hukuk türleri için belirleyici bir öneme sahiptir. Normatif olgular, bir normun ortaya çıkışındaki fikirler olarak tanımlanır ve normatif deneyimlerin kurucu unsurlarıdır.¹²⁵ Petrażycki'ye göre normatif olgular bir araya gelip kümeleşerek normları oluşturmaktadırlar.¹²⁶ Dolayısıyla normlar ile normatif olgular birbirlerine karıştırılmamalıdır. Zira, norm denildiğinde akla ilk gelen, örneğin bir hukuk metni gibi olgular, haklara ya da ödevlere sahip olmaya dair buyurucu bir duyguyu tetiklediği takdirde bir normatif olgu olarak kabul edilir.¹²⁷ Başka bir ifadeyle, böyle bir tetikleme olmadığında o metnin bir normatif olgu olmayacağı ifade edilebilir. Gurvitch'e göre de normatif olgular, bir hukuktan bahsedebilmenin *per se* kaynaklarıdır ve hukukun gerçek yaşamının dinamizmini oluştururlar.¹²⁸ Dolayısıyla Petrażycki'nin normatif olgular nosyonunun, bir aktörün, normun kaynağı olarak göndermede bulunduğu harici her şeyi kapsadığını ve kanunların, idari kararların yanı sıra bir aile ferdinin buyruğunun da bir normatif olgu olarak kabul edilebileceğini ifade etmek¹²⁹ mümkündür. Görüldüğü gibi, normatif olgular daha ziyade dışarıdan gelen yani harici, buyurucu ve bir duygunun tetiklenmesini sağlayan fikrî unsurlardır. Petrażycki'ye göre normlar ise

¹²⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 153.

¹²⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 33.

¹²⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 163.

¹²⁷ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 380.

¹²⁸ Georges GURVITCH, *Sociology of Law*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1947, s. 30.

¹²⁹ Krzysztof MOTYKA, “Law and Sociology: The Petrażyckian Perspective”, *Law and Sociology: Current Legal Issues Volume 8* (ed. Michael Freeman) içinde, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 131.

normatif yargılarla eş anlamlı olarak kullanılır ve zihnimizdeki bir eylem duygusuna bir dürtünün eklenmesiyle ortaya çıkan birleşimlerin bir yargı formunda bildirilmesini ifade ederler.¹³⁰ Petrażycki'nin belirttiği kadarıyla geleneksel hukuk kuramları, hukuk normlarıyla normatif olgular arasında bir ayırım yapmadıkları için esaslı bir yanlışın içindedirler ve yazılı metinlerdeki çeşitli buyruklar, yasaklamalar vs. hukuk normu değil, normatif olgulardır.¹³¹ Buradan hareketle normatif olguların normları öncelediğini ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla hukuksal norm, deneyimlenmiş normatif olguların psikolojik yansıması haline gelir.¹³² Bu hukuksal deneyim kavramsallaştırması uyarınca Petrażycki, duygusal fantasma (*emotional phantasmata*) dediği hukuk normu kavrayışına ve hukuk normu yanı sıra hak, ödev, hukuksal ilişki ya da adalet¹³³ gibi temel kavramlara ulaşır.¹³⁴ Petrażycki'ye göre yasama faaliyetinde normatif olgular sadece pozitif yasaları doğuran olgular olmakla da kalmaz; aynı zamanda normları, bir tür *volkgeist* olarak görebileğimiz, ulusal psişeden kazıyıcı olgular olarak da görünür.¹³⁵ Normatif olgular ile normlar arasında, böylece, korelatif bir ilişki vardır: Normatif olgularla bağlı buyurucu-atfedici deneyimler ve bunlara karşılık gelen normlar (duygusal fantasmalar)... Petrażycki terminolojisinde fantasma (eş anlamlı olarak duygusal fantasma), duygusal yaşam alanında mevcut olan ve materyal nesnelerin imgesel nitelikleri olarak görülebilecek olan yansımalarıdır ve bu aynı zamanda ideolojik bir entite olarak karşımıza çıkar.¹³⁶ Petrażycki'ye göre hukuk (ve ahlâk) gerçek varlıklarına insan psişesinde sahip olduklarından, normlar, haklar ve ödevler de birer fantasmadan başka bir şey olmamanın yanı sıra¹³⁷ birer ideolojik izdüşümdürler. Bu durum, aynı zamanda, hukuki formalizmin temel nosyonları olan pozitif metinler, mahkeme kararları, hukuk kitapları veya diğer objektif kaynaklardaki “harici” görünüm için de geçerli olup tüm bu harici görünüm bireylerin bilinç durumlarının naif yansımaları haline gelmektedirler.¹³⁸ Özetle, bir kişinin kendisini bir hukuksal deneyimle ilişkilendirilmesinde söz konusu olan ve dahası, hukuksal konu somut bir kişi ya da şey olduğunda bile bu somut kişiye ya da nesneye atfedilen hukuksal hak ya da durum, kişinin ya da

¹³⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 30.

¹³¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 155.

¹³² POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 380.

¹³³ Petrażycki adaleti atfedici karakteri barındırmasından dolayı ahlâk değil, hukuk alanında görür (RUDZINSKI, 1976, s. 125). Hatta ona göre adalet, duygu dünyamızdaki sezgisel hukuktan başka bir şey değildir (PETRAZYCKI, 2011, s. 241).

¹³⁴ OPALEK, 1961, s. 139.

¹³⁵ BABB, 1938, s. 566.

¹³⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 41.

¹³⁷ MOTYKA, 2006, s. 126.

¹³⁸ A. Javier TREVIÑO, “Introduction to the Transaction Edition”, *Law and Morality* (by Leon Petrażycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xiv. (Treviño'nun bu çalışması bundan sonra “TREVIÑO, 2011b” olarak geçecektir)

nesnenin için bir özelliği olmayıp, sadece fantasmik yansımalarıdır, denilebilir.¹³⁹ Bu nedenle, yani pozitif metinlerden ibaret bir hukuk normu kavrayışına dayanan hukukun normatif kuramları daima fantasmalara göndermede buldukları için, bilimsel olamazlar.¹⁴⁰ Ayrıca, geleneksel pozitivist kuramların yanı sıra idealist hukuk kuramlarının da iki temel hatası, tüm hukuksal kavramların fantasmik yansımalar olduğunu tespit edememek ve hukukta olduğu gibi, hukukun ardında da yatan psikolojik temeli ıskalamaktır.¹⁴¹

Tüm bu açıklamalar, Petrażycki'nin hukuku hangi türlere ayırdığını daha sağlam bir zeminde ele alabilmek amacıyla kaleme alındı. Aşağıda görüleceği üzere, Petrażycki pozitif metinlerin varlığını yadsımaz. Ancak hukuk denilen şey insan psişesinde yer tutan bir gerçeklik olduğu için, hukuk normları da pozitif metinlerden ibaret olamaz. Daha ziyade, pozitif metinler insan psişesindeki eylem duygusuna eklenenebildikleri ölçüde hukuk normu olabilirler. Bu nedenle hukukun ve hukuk normlarının türlerinin anlaşılmasında insan psişesinin işin içine katılmaması, onları ancak bir normatif olgu olarak görmeyi gerektirecektir.

Şimdi Petrażycki'ye göre hukukun hangi türlere ayrıldığına bakılabilir.

ii. Petrażycki'de Hukukun Türleri

Petrażycki hukukun türlerine ilişkin iki türlü ayırım yapar. Bunlardan ilki sezgisel hukuk (*intuitive law*) – pozitif hukuk (*positive law*), ikincisi resmi hukuk (*official law*) – resmi olmayan hukuk (*unofficial law*) şeklindedir.

Sezgisel hukuk – pozitif hukuk ayırımı, Petrażycki'ye göre, kendisinin geliştirdiği psikolojik hukuk kuramıyla en derinden ilişkili olan ayırımdır.¹⁴² Petrażycki, kuramında hukuka ilişkin geliştirdiği genel önermelerin sezgisel hukuka uygulanabilir olduğunu da ifadelerine ekler.¹⁴³ Petrażycki'ye göre sezgisel hukuka dair özel bir dizi açıklama yapma işi, pozitif hukuk ile karşılaştırıldığında, onu karakterize edenin ne olduğuna bakılarak gerçekleştirilmelidir.¹⁴⁴ Böylece Petrażycki'nin pozitif hukuktan anladığının ne olduğu da görülebilecektir.

¹³⁹ NORTHOP, 1956, s. 659.

¹⁴⁰ Mathieu DEFLEM, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008, s. 79.

¹⁴¹ NORTHOP, 1956, s. 659.

¹⁴² PETRAZYCKI, 2011, s. 221.

¹⁴³ PETRAZYCKI, 2011, s. 225.

¹⁴⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 225.

Öncelikle, Petrażycki'ye göre, içeriği harici olgularla (örneğin pek çok kişi için otorite olarak kabul edilen insanlarca) tanımlanabildiği için pozitif hukuk, geniş ya da dar insan toplulukları için ve onların karakterleri, yetişmeleri vs. açısından farklılıklarına karşın tekbiçimli bir kurallar örüntüsünü oluşturmaktadır. Oysa sezgisel hukukun karakteristiği, kişiden kişiye çeşitlilik göstermektedir. Sezgisel hukukun içeriği her bireyin kendi bireysel yaşam koşullarına, karakterine, yetiştirme tarzına, eğitimine, toplumsal konumuna, profesyonel meşgalesine, kişisel tanışıklık ve ilişkilerine göre tanımlanmaktadır. Petrażycki'ye göre bir insan grubu için sezgisel hukuk da söz konusu olabilir. Ancak burada önemli olan ve pozitif hukuktan ayırt edilmesini sağlayan, farklı bireysellikleri için içine katmaktır.¹⁴⁵ Gorecki'nin deyişiyle bu fark, en önemli ayrımı oluşturur.¹⁴⁶ Petrażycki'nin bu ifadelerinden, bir dizi çetecinin ya da oyun oynayan çocukların buyurucu atfedici nitelikteki dürtülerinin de hukuk tanımı içine girebileceği sonucu çıkarılabilir.¹⁴⁷ Petrażycki'nin sezgisel hukuk kavramsallaştırmasından çıkan bir diğer sonuç, harici otoritelere gönderme yapmayan ve onlardan bağımsız olan olguların da hukuk kavramının kapsamı içine giriyor oluşlarıdır.¹⁴⁸ Zira sezgisel hukuk, onu deneyimleyen kişinin doğrudan doğruya ve sezgisel olarak deneyimlediği, açık ve çift yanlı buyurucu dürtülere göndermede bulunmaktadır.¹⁴⁹ Dolayısıyla sezgisel hukukta bir tür otonomi söz konusudur.¹⁵⁰ Bunun anlamı, sezgisel hukukta hukuk yapıcı herhangi bir otoriteye atıfta bulunulmamasının yanı sıra, kendisine karşılık gelen bir hakla birlikte bir ödevin özerk ve *per se* oluşmasıdır.¹⁵¹ Zira Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk, bir dış otoriteyle değil, bilincin buyruklarıyla tanımlanmaktadır ve bireyin bilincinde biçimlenmektedir.¹⁵² Bu ise Petrażycki'nin normatif olguların yokluğu halinde sezgisel hukuktan bahsedilebileceği düşüncesini¹⁵³ açıklar. Zira, hatırlarsak, normatif olgular bireye dışarıdan gelmekteydiler.

Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasında, sezgisel hukukun verili yaşam durumunun bireysel ve özel koşullarının kapsama

¹⁴⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 225-226.

¹⁴⁶ Jan GORECKI, "Leon Petrażycki", *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illinois Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 8.

¹⁴⁷ Alexander PECZENIK, "Leon Petrażycki and the Post-Realistic Jurisprudence", *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illinois Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 85.

¹⁴⁸ TREVÍÑO, 2011b, s. xii.

¹⁴⁹ NORTHOP, 1956, s. 659.

¹⁵⁰ OPALEK, 1961, s. 141.

¹⁵¹ SADURSKA, 1987, s. 69.

¹⁵² SHYTOV, 2011, s. 2-3.

¹⁵³ PETRAZYCKI, 2011, s. 227.

dahil edilmesi bakımından da fark vardır.¹⁵⁴ Bu da, sezgisel hukukun serbest bir değişkenliğe ve uyumluluğa sahip oluşuyla ifade edilir.¹⁵⁵ Son olarak, Petrażycki sezgisel hukukun pozitif hukuka nazaran daha geniş bir kapsamının ve uygulanabilirliğinin var olduğunu da vurgular.¹⁵⁶

Oysa pozitif hukukta, hukukun içeriği yasa koyucunun faaliyetlerinde örneklendiği gibi normatif olgularla tanımlanmaktadır.¹⁵⁷ Ayrıca pozitif hukuk bireysellikleri ve verili yaşam durumunu dikkate almadığı için toplumsal açıdan sezgisel hukuka nispetle daha az kullanışlıdır.¹⁵⁸ Normatif olgulara dair aktarılanlar akılda tutulduğunda, Petrażycki için pozitif hukukun bir normatif olgu, yani bireyin dışından gelen otoriter bir tetikleme üzerinde temellendiği düşüncesi geçerli olmaktadır.¹⁵⁹ Burada normatif olgu Tanrı buyruğu, ebeveynin buyruksal beyanı, bir gelenek, bir sözleşme ya da bir yasa olabilir.¹⁶⁰ Görüldüğü gibi Petrażycki'nin kullanımında pozitif hukuk, Austin ya da Kelsen gibi hukuksal pozitivistlerin anladığı pozitif hukuk değildir. Bunlardan farklı olarak, Petrażyckici anlamda pozitif hukuk, resmi olmak zorunda olmayan ve bir kişinin psikolojik deneyimi itibarıyla eylem fikrini tetikleyen ve haklılaştıran bir otoriteye veya nedeni deneyimin dışında bulunan herhangi bir çift yanlı soyut dürtüye göndermede bulunmaktadır.¹⁶¹ Bu itibarla, Petrażycki'de pozitif hukuk, bilinebilir ve dışsal olgular ile tanımlanabilir olduğu ve onları kural örüntüleriyle donatabildiği için¹⁶² heteronomdur.¹⁶³

Petrażycki hukuku sadece sezgisel hukuk – pozitif hukuk olarak ayırmaz. İkinci ayrımı resmi hukuk – resmi olmayan hukuk biçiminde yapar. Bu ayrım, işin içine devlet unsurunun katılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Petrażycki'ye göre devlet otoritesi ve örgütlenmesi geliştikçe, yani devlet unsuru hukukun gelişim sürecinde yer almaya başladıkça, hukuk bu bakımdan da iki kategoriye ayrılır. Kategorilerden ilkinin devlet otoritesini temsil edenlerce, bunların topluma hizmet etme ödevlerine bağlı olarak

¹⁵⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 226. Sezgisel hukuktan doğal hukukun anlaşılıp anlaşılmayacağı meselesi burada akla gelebilir. Kanımca, Petrażycki hukuk ile ahlâk arasında ontolojik, yani psişik, niteliksel ve yapısal bir ayrım gözettiliği için ahlâka göndermede bulunan bir doğal hukuk yaklaşımı ile beraber okunamaz.

¹⁵⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 226-227.

¹⁵⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 227-228.

¹⁵⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 231.

¹⁵⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 231.

¹⁵⁹ SADURSKA, 1987, s. 69.

¹⁶⁰ SADURSKA, 1987, s. 69.

¹⁶¹ NORTHOP, 1956, s. 658.

¹⁶² BABB, 1938, s. 568.

¹⁶³ OPALEK, 1961, s. 141.

uygulanan ve sürdürülen hukuk; ikincisini ise devlet unsurunun dahil bakımından bu özelliğe sahip olmayan hukuk oluşturur. Petrażycki bunlardan ilkini resmi hukuk, ikincisini resmi olmayan hukuk olarak adlandırır.¹⁶⁴ Petrażycki, modern hukuk kuramı yaklaşımlarının esas olarak resmi hukukla iştigal ettiklerinden bahseder.¹⁶⁵ Özellikle hukuksal pozitivistlerin hukuk olarak adlandırdıkları hukuk da resmi hukuktur.¹⁶⁶ Ancak Petrażycki için resmi hukuk, sadece pozitif hukukla ilgili değildir; sezgisel hukuk da resmi bir hukuk olarak kendisine yer bulabilir.¹⁶⁷ Örneğin *judicia bonae fidei* kurumu İngiltere’de *hakkaniyet* ve Rusya’da *biling* olarak önemli bir rol oynamış ve mahkemelerin bir yasaya değil ama bir adalet duygusuna göre karar vermelerinde etkili olmuştur.¹⁶⁸ Dolayısıyla resmi hukuk, sezgisel bir kökene de sahip olabilen, ancak mahkemelerce ya da diğer devlet kurumlarınca tanınarak resmiyete kavuşan hukuktur.¹⁶⁹ Bu itibarla, Petrażycki’ye göre bu hukuk dallarının birbirlerine sirayet edebilme olasılıkları ortaya çıkar ve hem pozitif hukukun hem de sezgisel hukukun resmi ya da gayri resmi olabileceğinden bahsedilebilir.¹⁷⁰ Bu durumu Timasheff’ten alıntılanmak uygun görünüyor. Timasheff, bir mahkeme, örneğin Medeni Kanun’un X. maddesi’ne atıfla karar verdiğinde, bunun hem bir pozitif hukuk (normatif bir olguya atıf nedeniyle) hem de bir resmi hukuk (buradaki aktör olan mahkemenin devletlû niteliği nedeniyle) olduğunu ifade eder.¹⁷¹ Resmi olmayan pozitif hukuk ise serbestçe seçilmiş bir arabulucunun endüstriyel bir uyuşmazlığı, köklü bir uygulamaya referansla çözmesi örneğinde kendisine yer bulur. Burada hem resmi olmayıştan (buradaki aktör olan arabulucunun devletlû olmayan niteliği nedeniyle) hem de pozitif oluştan (bir normatif olguya atıf nedeniyle) bahsedilir.¹⁷² Bu sefer bir Anglo-Sakson mahkemesinin davayı hakkaniyet temelinde çözdüğünü ya da bir Türk mahkemesinin başka bir davayı, yargıcın kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre çözdüğünü düşünelim. Burada, söz konusu çözümler hem sezgisel hukuka dairedir (zira bir normatif olguya atıf yoktur) hem de resmi hukuk alanına girer (aktör olan mahkemenin devletlû niteliği nedeniyle).¹⁷³ Son olarak bir grup insanın “kötü bir adamı”, bunu hak

¹⁶⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 139.

¹⁶⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 292.

¹⁶⁶ MOTYKA, 2006, s. 130.

¹⁶⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 292.

¹⁶⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 294.

¹⁶⁹ Roger COTTERRELL, *The Sociology of Law: An Introduction* 2. bs., Oxford University Press, USA 1992, s. 39.

¹⁷⁰ TREVÍÑO, 2011b, s. xv.

¹⁷¹ Nicholas S. TIMASHEFF, “Introduction”, *Law and Morality* (by Leon Petrażycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xl.

¹⁷² TIMASHEFF, 2011, s. xl; PODGÓRECKI, 1980-81, s. 191-192.

¹⁷³ TIMASHEFF, 2011, s. xl-xli.

ettiğini düşünerek astığını ve kendi hukuklarını uyguladıklarını örnek olarak alalım. Bu örnekte hem sezgisel (zira bir normatif olguya atıf yoktur) hem de resmi olmayan bir hukuk olduğunu (aktörlerin devletlû olmayan nitelikleri bakımından) görebiliriz.¹⁷⁴

Petrażycki'nin hukuk kuramı itibariyle hukuk türlerine dair bu çalışmada yapılan aktarma ve açıklamaların son parçasını, özellikle sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiler oluşturmaktadır. Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasındaki karşılıklı ilişkiler, esas itibariyle üç biçimde görülür: (1) sadece pozitif hukukun olduğu ve uygulandığı, (2) sadece sezgisel hukukun olduğu ve uygulandığı, ve (3) sezgisel hukukun ve pozitif hukukun varlığının ve uygulanmasının birlikte olduğu durumlar.¹⁷⁵ Özellikle son ilişki biçimi, yarışan bu iki hukuk türü bakımından çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Petrażycki'ye göre bu ikisi arasında karşılıklı alışveriş, sezgisel hukuk bilinci ile pozitif hukuk bilinci arasındaki karşılıklık, fiili bir hukuksal düzenin ve buna uygun bir toplumsal, ekonomik ve politik düzenin kurulmasında önem taşımaktadır.¹⁷⁶ Ancak şeylerin doğası itibariyle bu ikisi arasında farklılıklar ve uyumsuzluklar da kaçınılmazdır.¹⁷⁷ Özellikle resmi pozitif hukuk kuralları, toplumun üyelerinin gerçek buyurucu-atfedici kanaatlerini bütün olarak yansıtamaz; zira resmi pozitif hukuk ile toplumun üyelerinin psiko-sosyal mantaliteleri arasında her zaman birtakım uyumsuzluklar olagelmıştır.¹⁷⁸ Bu uyumsuzluklar, sezgisel hukukun içeriğinin toplumun farklı unsurlarında farklılıkları haiz olması ve sezgisel hukuku karşılayacak bir pozitif hukukun olmaması; sezgisel hukukun dinamik yapısıyla gelişiminin ve içeriğinin değişiminin durmaksızın sürmesi ve fakat pozitif hukukun gelişiminin bunun gerisinde kalabilmesi; pozitif hukukun somut koşullara uyum sağlama noktasında sezgisel hukukla yarışmaması gibi hususlardan doğmaktadır.¹⁷⁹ Petrażycki'ye göre bu uyumsuzlukların giderilememesi ve bu yüzden artması, toplumsal kargaşaya ve düzensizliğe, en sonunda, Amerikan İç Savaşı ve Fransız Devrimi gibi süreçlerin yaşanmasına sebep olacaktır.¹⁸⁰ Burada yapılması gereken, her iki hukuk türü arasında kaçınılmaz olarak var olan uyumsuzlukların orta karar bir seviyede tutulmasıdır.¹⁸¹ Petrażycki'ye göre

¹⁷⁴ TIMASHEFF, 2011, s. xli.

¹⁷⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 232.

¹⁷⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 232.

¹⁷⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 232-233.

¹⁷⁸ Pitirim Alexandrovitch SOROKIN, *Social & Cultural Dynamics* 2. bs., Porter Sargent Publisher, Boston 1970, s. 430.

¹⁷⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 233.

¹⁸⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 236; ayrıca bkz. SADURSKA, 1987, s. 81-82.

¹⁸¹ BABB, 1938, s. 569.

mahkeme pratikleri bu bakımdan büyük önem taşır. Çalışmasını bu nokta üzerinde yoğunlaştıran Shytov'un sistematik aktarım ve görüşlerini aktarmak bu noktada yararlı olabilir. Shytov'a göre sezgisel hukuk ile ilgisiz pek çok pozitif ve/veya resmi hukuk düzenlemelerinden söz edilebilir. Bu bakımdan pozitif hukuk ile sezgisel hukuk arasında uyumsuzluklar, Petrażycki'nin görüşlerine paralel olarak, kaçınılmazdır ve bu uyumsuzlukların giderileceği yer mahkeme salonlarıdır.¹⁸² Yargıçların en temel görevlerinden biri, bu ahengi tutturaktır. Yargıçların sezgisel hukuku, pozitif hukukun uygulanmasında önemli bir rol oynar.¹⁸³ Petrażycki'nin sözleriyle, kararların alınmasında sezgisel hukuk bilinci, pozitif hukukun yorumlanması ve uygulanması bakımından önemli bir basınç oluşturur.¹⁸⁴ Petrażycki'ye göre genel kuralların somut koşullara uyumlu hale getirilmesi, örneğin cezalandırma derecesinin tercih edilmesi yahut bir ödül miktarının belirlenmesi veya somut olayın değerlendirilmesi süreçleri yargıçların sezgisel hukukları ile yönetilir. Yine Petrażycki'den aktarmak gerekirse, kanunda bir suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları ortaya konulur ve bundan sonrası yargıçların bilincine, onların sezgisel hukuk dünyalarına kalır.¹⁸⁵ Shytov'a göre buradan çıkan sonuç, Petrażycki'nin sezgisel hukuk kavramsallaştırmasının yargıçlara büyük bir önem verdiği, karar verme süreçlerinde yargıcın sezgisel hukuk bilincinin önemli rol oynadığı ve bu bilinç durumlarının hukuki bir otoriteye bu şekilde sahip olduğudur.¹⁸⁶

4. Petrażycki'de Hukukun Toplumsal Boyutu: Hukukun Toplumsal İşlevleri, Gelişimi ve Hukuk Politikası

İlginçtir ki, hukuk ontolojisine ilişkin tartışmalar daha ziyade hukuk felsefesi alanında yürütülürken ve hukuk felsefesinden de anlaşılan, çoklukla, hukukun ardında yatan metafizik kategorinin tespiti olarak kabul edilirken, Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk ontolojisi, olgusal bir gerçeklik olarak insan psişesi üzerinde temellenmekte ve kuramın metodolojisi de felsefenin yöntemi olan akıl yordamıyla tasarımsal temellendirmeden çok psikoloji biliminin içe bakış yöntemi olarak ifade edilmektedir. Bu, eğer doğruysa, Petrażycki'nin yaptığı hukuk ontolojisinin felsefi bir yöntemle temellendirme olmadığını kabul etmeyi gerektirir. Onun yaptığı, daha ziyade, hukukun bilimsel bir açıklamasını sunmaktır.

¹⁸² SHYTOV, 2001, s. 3

¹⁸³ SHYTOV, 2001, s. 4.

¹⁸⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 234.

¹⁸⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 293.

¹⁸⁶ SHYTOV, 2001, s. 4.

Petrażycki, daha çok hukuk sosyolojisinin alanına girdiği kabul edilen hukukun toplumsal işlevleri, gelişimi ve hukuk politikasının amacına dair ifadelerinde ise, yorumuma göre, sosyolojik kavram ve kategorileri dışlamamakla beraber, çok da bilimsel görünmeyen bir kavrama, sevgiye başvurmuştur. Bir değer olarak sevginin idealleştirilmesine dair Petrażycki'nin yaklaşımını aşağıda aktarmaya çalışacağım. Ancak yine de, bu “sevgi ideali”ne rağmen Petrażycki'nin kuramının sosyolojik bir niteliğe sahip olduğunu iddia etmeyi gerektirecek güçlü argümanlar mevcuttur. Petrażycki'nin özellikle hukukun toplumsal işlevlerine, gelişimine ve “sevgi”yi hedeflediğini düşündüğü hukuk politikasına dair ifadeleri bu argümantasyonu sağlamada elverişlidir.

a. Hukukun Toplumsal İşlevleri ve Gelişimi

i. Hukukun Toplumsal İşlevleri

Petrażycki'ye göre hukuk, yukarıda hukukun bir örnekleşmesi ve pozitifleşmesiyle ilgili açıklamaları da hatırladığımızda, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ile toplumsal anlaşmazlıkları tanımlama ve çözme bakımından işlevler göstermektedir. Petrażycki'ye göre hukuksal düşüncenin eğilimleri ve gelişimi, toplumsal davranışı istikrarlı ve koordineli bir sistem haline getirmede işlevseldir.¹⁸⁷ Toplumsal davranışın hukuk tarafından ortaya konulan belirli ve tanımlı standartlaştırılması ve koordinasyonu, hukukun toplumsal işlevlerini açıklar.¹⁸⁸ Petrażycki'ye göre hukukun toplumsal işlevlerinden ikisi, toplumsal yaşam için en önemli olanlardır: Dağıtıcı işlev ve organizasyon işlevi.

Hukukun en önemli iki toplumsal işlevinden ilki dağıtıcı işlevidir. Dağıtıcı işlev, toplumsal faydanın toplumdaki bireylere ve gruplara tahsis edilmesi demektir.¹⁸⁹ Petrażycki'ye göre bu dağıtım ulusal (ve uluslararası) alanda gerçekleşir ve burada verimli toprakların, üretim araçlarının ve tüketim nesnelерinin dağıtımına göndermede bulunulur.¹⁹⁰

Petrażycki'ye göre hukukun dağıtıcı işlevinin asıl örneğini ve esas temelini mülkiyet oluşturur.¹⁹¹ Ona göre mülkiyet, dışsal ve nesnel dünyasının bir olgusu olmayıp ne bir kişiyle bir şey arasındaki bağı ne de herhangi bir kişinin diğerlerine karşı koyduğu tüm yasaklamaların toplamını

¹⁸⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 121.

¹⁸⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 122.

¹⁸⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 122.

¹⁹⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 122.

¹⁹¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 122.

gösterir; mülkiyet psişik, dürtüsel-fikrî bir olgudur.¹⁹² Hukuk açısından mülkiyetin ilk kurucu unsuru, herkesin, malikin mülküne ilişkin eylemlerine katlanmaları ve bunları hoş görmeleri iken ikinci unsur, her kişiye düşen genel bir yükümlülüktür ve bir diğer kişinin mülkiyetine yönelen tecavüzlere karşı malikin namına ve yararına güvence sağlar: Örneğin, malikin tecavüzlere karşı dokunulmazlık hakkı.¹⁹³ Görüldüğü gibi, Petrażycki'de dağıtıcı işleviyle hukuk, özel alana dair kimi olgularla daha fazla ilgilidir¹⁹⁴ ve hukukun dağıtıcı işlevi asli olarak mülkiyetin doğasına ilişkindir.¹⁹⁵ Böylece, hukuksal psişenin atfedici niteliği, ayrık bireylere ve gruplara toplumsal refah sağlama işlevine de denk düşer ve burada söz konusu olan, daha ziyade, ulusal ekonomiden nemalanmaktır.¹⁹⁶ Önemli görülebileceğini düşündüğüm bir diğer husus ise hukukun dağıtıcı işlevinin organizasyon işleviyle ilişkisidir. Zira hukuk, uyumlu bir toplumsal davranış sistemi ve tanımlanmış bir düzen sağlayarak bireylerin yapabilecekleri ile yapmaları gereken arasında, ekonomik alana da sirayet eden bir koordinasyon sağlar.¹⁹⁷ Bu nokta, hukukun organizasyon işlevine geçiş basamağını da oluşturur.

Petrażycki'nin hukuk kuramında hukukun en önemli iki işlevinden ikincisi, organizasyon işlevidir. Organizasyon işlevi, daha ziyade bireylerin ve toplumsal grupların uyumlu ve eş güdümlü bir davranış örüntüsüne sahip olmalarıyla ilgilidir.¹⁹⁸ Petrażycki'ye göre hukuk organizasyon işlevini iki ayrı boyuttaki alt işlevlerle gerçekleştirir: Kültürel-eğitici ya da pedagojik boyut ile motivasyonel boyut.¹⁹⁹

Petrażycki'ye göre rasyonel bir hukukun toplumsallaşma ve bir arada yaşamayı sağlamada güçlü bir eğitici, güçlü bir okul oluşu onun pedagojik boyutuyla ilgilidir.²⁰⁰ Bu bağlamda hukukun eğitici işlevi aile, kilise, komşuluk ilişkileri, iş yaşamı gibi kurumlarca geliştirilen kuralların vücuda geldiği toplumsallaşma süreçlerine göndermede bulunur.²⁰¹ Petrażycki için hukukun kültürel-eğitici, başka bir deyişle pedagojik rolü, motivasyonel rolünden daha önemlidir ve bu rol, öğrenme, alışma ve yeni durumlara uygulanma ve işlenme gibi biçimlerde gerçekleşir.²⁰² Bu eğitici boyutta söz

¹⁹² PETRAZYCKI, 2011, s. 124.

¹⁹³ PETRAZYCKI, 2011, s. 127.

¹⁹⁴ OPALEK, 1961, s. 142.

¹⁹⁵ BABB, 1938, s. 557.

¹⁹⁶ BABB, 1938, s. 558.

¹⁹⁷ BABB, 1938, s. 558.

¹⁹⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 131,133.

¹⁹⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 298.

²⁰⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 301.

²⁰¹ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 192.

²⁰² MOTYKA, 2006, s. 136.

konusu olan, hukukun, beşeri karakterin eğilimlerini ve özelliklerini, psikolojik yatkınlıklarını ve belirli bir biçimde davranma kapasitelerini geliştirmek ya da törpülemek yahut pekiştirmek ya da imha etmek işlevleridir.²⁰³ Eğitici işleviyle hukuk, anti-sosyal, egoist ve kötücül duygusal eğilimleri ortadan kaldırmak suretiyle ideal bir duygusal psişe durumu yaratma; bu kötü duygusal eğilimlerin yerine bunların karşısı ve cezalandırıcı da olan ve böylece iyi, adil ve duygudaşlığa dayanan yeni bir psişe yaratmayı amaçlayan eğilimleri yerleştirme, geliştirme ve güçlendirme rollerini oynayacaktır.²⁰⁴ Başka bir ifadeyle, hukuksal olguların tekrarlanması birtakım alışkanlıklar geliştirir ve sırasıyla bu alışkanlıklar karakter gelişimini biçimlendirerek, bazı karakter özelliklerini olumlu ya da olumsuz yönde etkileyerek onları geliştirir, yok eder ya da zayıflatır²⁰⁵; hukuk, bazı duygusal eğilimlerin pratiğe dökülmesini icbar ederek ve diğer bazılarının anti-sosyal eğilimlerini ve eylemlerini parçalayarak kimi duygusal eğilimlerin gelişip güçlenmesine kimilerinin ise zayıflamasına ve yok olmasına yol açar.²⁰⁶ Böylece hukuk, insanlara verili bir dönemde zararlı olarak telâkki edilen belirli davranışlardan neden ve nasıl kaçınacaklarını sistematik olarak öğretir²⁰⁷ ve eğitici işlevin esasını da hukukun, muhataplarının tamamı için ortak bir davranış örüntüsü buyurarak güçlü toplumsal davranışları biçimlendirmesi oluşturur.²⁰⁸

Petrażycki bir kimsenin hukuksal yükümlülüğüne ve hakkına dair bilinci, bireylerin ve kitlelerin hukuksal motivasyonu olarak adlandırır.²⁰⁹ Ona göre hukuk, buyurucu-atfedici niteliği ile psikolojik bir boyuta sahip olmakla, hak atfedişlere ve ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin motivasyonel bir baskı oluşturmaktadır.²¹⁰ Hukukun motivasyonel işlevi, eğitici işleviyle bağlantılı biçimde, toplumsal olarak kabul edilen tarzda davranmayı sağlayacak bilginin tedarik edilmesine, bu yönde bir uyarıya, yani bir davranış eğilimine yol açan etkiye de dayanır.²¹¹ Hukukun motivasyonel işlevi, böylece, insanları verili bir davranışa yatkınlaştıracak insan psişesindeki belirli motifleri harekete geçirmeye ve bunun uzun erimli bir sonuç olarak davranışları biçimlendirip sürekli kılmaya yarayacaktır.²¹²

²⁰³ BABB, 1937, s. 808.

²⁰⁴ BABB, 1937, s. 808.

²⁰⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 301; BABB, 1938, s. 561.

²⁰⁶ BABB, 1938, s. 561-562.

²⁰⁷ Andrzej KOJDER, "Leon Petrażycki's Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation", *Journal of Classical Sociology*, Cilt 6 (2006), Sayı 3, s. 337.

²⁰⁸ KOJDER, 2006, s. 336.

²⁰⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 300.

²¹⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 300.

²¹¹ PODGÓRECKI, 1980-81, s. 192.

²¹² MOTYKA, 2006, s. 135.

Petrażycki'nin hukuk kuramında motivasyonel işlev, görüldüğü gibi, yine psikoloji zaviyesinde ele alınır. Bir hukuk kuralının deneyimlenmesi, bu kurala dair bir bilinci ve izin verilenle yasaklanana dair eylemde bulunma veya eylemekten sakınma motiflerinin dürtülenmesine yahut dışarıda bırakılmasına ilişkin psikolojik bir olgu üretmektedir ve burada temel motivasyonel eylem, belirli bir biçimde davranmaya dönük motiflerin üretilmesi, yok edilmesi ya da bunlarda değişikliklerin yapılması olarak ifade edilebilir.²¹³ Bir hukuksal yükümlülüğün ya da hakkın bilincinde olmak, bireyi ve kitlelerin davranışlarını bu hukuksal duygularla motive etmek anlamına gelir.²¹⁴ Bundan başka, motivasyonel boyutun bir dizi davranış örüntüsü rejimine ve düzene sebebiyet vermesi de işlevleri arasındadır; zira hak ve ödevlerin bilincinde olmak, bu bilinç durumuna karşılık gelecek davranışlara da sebep olacaktır.²¹⁵ Böylece Petrażycki'nin hukuk kuramında, hukukun harekete geçirdiği psişeler ve psişik tepkiler, bir yükümlülüğün yerine getirilmesi veya bir hakkın atfedilmesi yönünde motivasyonel bir öneme sahiptir.²¹⁶ Hukukun buyurucu-atfedici psişeleri garantileme işlevi ile tüm toplum mensuplarının yükümlülüklerini yerine getirme ve haklara müdahale etmekten sakınma düşüncelerine uyumlarının sağlanması, motivasyonel boyutu ortaya koyar.²¹⁷

ii. Hukukun Gelişimi

Petrażycki'ye göre hukukun buyurucu-atfedici niteliği ve bu niteliğe karşılık gelen dürtüsel-fikrî birleşimler bakımından hukukun gelişimini de psikolojik bir açıdan ele almak gereklidir.²¹⁸ Hukukun gelişimine dair bilimsel bir yaklaşım ise, hukukun, yukarıda aktarılmaya çalışılan motivasyonel ve eğitici (pedagojik) işlevlerini dikkate almayı gerektirir. Petrażycki'ye göre hukuk, bu işlevleriyle, toplumsal yaşama daha sağlam bir uyumu gerçekleştirmek bakımından, insan zihninin ve karakterinin gelişimini ve değişimini etkilerken kendisi de bu psişik değişimlere uyum sağlar ve değişir.²¹⁹ Hukuksal düzenin psişik boyutunun araçları, bireylerin ve kitlelerin davranışlarını genel refaha yöneltir ve buna paralel biçimde insan zihninin toplumsal yaşama uyumu, hukukta da bir değişim olarak karşılığını bulur. Petrażycki'ye göre daha sonraki hukuksal düzenler yurttaşlardan toplumsal olarak rasyonel olan davranışı daha çok talep etmekteyken, daha

²¹³ BABB, 1937, s. 807.

²¹⁴ BABB, 1938, s. 561.

²¹⁵ BABB, 1937, s. 807-808.

²¹⁶ BABB, 1938, s. 561.

²¹⁷ BABB, 1938, s. 561.

²¹⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 327.

²¹⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 328.

ilkel bir mantaliteye uyum sağlayan erken hukuk düzenleri insan karakterinin azametli görünen yanları üzerinde yükselen davranışları konu etmiştir.²²⁰ İnsan karakteri daha da geliştikçe, cezalar ve ödüllerin insan davranışı üzerindeki etkisi azalacak ve bu despotik bir rejimden öz yönetim düzenine geçilmesini de beraberinde getirecektir; zira cezalandırıcı-ödüllendirici kategorinin motivasyonel etkisinin yerini, toplumsal olarak rasyonel davranışı gerektiren bireysel sorumluluklar alacaktır.²²¹ Petrażycki buna, kültürün aşağı aşamalarından emsal olması bakımından On İki Levha Kanunları'nda borcunu ödemeyen borçlunun alacaklı tarafından öldürülebilmesi noktasından sözleşme hukukuna doğru geçişi örnek gösterir.²²² Petrażycki'ye göre bu gelişim, toplumsal olarak rasyonel davranışa doğru ve bilinçaltı sosyo-psişik bir adaptasyon süreci ile gerçekleşmektedir²²³ ve bu, bir nevi doğal seleksiyondur.²²⁴ Görülmektedir ki, Petrażycki'ye göre hukuk, sadece toplumsal yaşamın temel kurumlarından biri olduğu için değil, toplumsal uyum süreçlerinde görünür hale gelen rolü nedeniyle de önem taşımaktadır.²²⁵ Burada hukukun gelişimi, diğer yandan, hukuken anlamlı ve istikrarlı bir toplumsal davranış sistemini de üretmektedir.²²⁶

Petrażycki hukukun gelişimine dair bilimsel incelemeyi psikolojik bir temele oturtuktan sonra, bunun sosyo-psişik bir adaptasyon süreci ile gerçekleştiğini de ortaya koymuş olur. Ancak bununla yetinmez. Ona göre hukukun gelişimine dair sosyo-psişik sürecin bilimsel bir kuram haline getirilmesi, bilimsel bir sosyoloji anlayışının ortaya konulması ile mümkündür ve bu, iletişim temelinde ortaya çıkan ve toplumsal grupların mensupları arasındaki psişik birliktelikleri incelemeyi gerektirir.²²⁷ Başka bir ifadeyle, Petrażycki'de hukukun gelişimi sosyo-psişik bir süreçtir ve bu sosyo-psişik sürecin sosyolojisi de yapılmalıdır. Bu nedenle, Petrażycki'nin iletişim aracılığıyla hukukun toplumsallığına açıklama getiren ve böylece kuramını sosyolojik kılan ifadelerine ve bunlara dair açıklamalara yer verilmesi uygundur.

²²⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 328.

²²¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 328-329. Opalek bu süreci köpeklerin eğitimi ile örnekler: Bir köpeğin, odanın ortasına pislemesi ve bunu her yaptığında cezalandırılması halinde, köpeğin zihninde "rasyonel" bir değişim meydana gelir ve böylece köpek "rasyonel davranmayı" edinir (OPALEK, 1961, s. 145-146).

²²² PETRAZYCKI, 2011, s. 329.

²²³ PETRAZYCKI, 2011, s. 329.

²²⁴ BABB, 1938, s. 557.

²²⁵ KOJDER, 2006, s. 338.

²²⁶ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 379.

²²⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 329.

Petrażycki'ye göre psişik birliktelikler, tabir caizse, karşılıklı bir psişik enfeksiyondur ve bu sadece fikrî değil, duygusal bir sirayet edıştır.²²⁸ Bu enfeksiyon yani sirayet ediş hali, sadece ilgili fikirlerin değil, duyguların, dürtülerin de iletişimlerinde gerçekleşmektedir.²²⁹ Böylece dürtüsel duygudaşlıklar oluşur.²³⁰ Petrażycki'ye göre dürtüsel-fikrî toplumsal paylaşım ve psişik sirayet etme halleri, ardı sıra nesillerin yaşamında ortak değerlendirmeler gibi belirli sonuçları doğurur.²³¹ Bu duygusal sonuçlar, bireylerin çocukluklarından beri geliştirdikleri dürtüsel-fikrî birliktelikler ve sirayet etmeler tarafından bir araya getirilmektedir.²³²

Psişik sürecin yaygınlaşmasında toplumsal iletişim ve toplumsallaşma meseleleri Petrażycki için önem arz eder. Northop, Petrażycki için önemli olanın, bir topluluğun üyeleri arasında, bunların özel çift yanlı dürtülerinin özel eylem fikirleriyle eklenerek, semboller ve sembolik araçlar ile birbirlerine iletmeleri meselesinde yattığı düşüncesindedir.²³³ Bu somut araçlar deyimi sayesinde psikolojik hukuk kuramı, toplumsal ve kültürel olarak sosyolojik ve antropolojik bilimlere dönüşür ve özel hukuksal deneyimler, toplumsal ve kültürel olarak buyurucu, etkili ve güçlü hale gelir.²³⁴ Hukuk da, toplumsal akla uygun buyruklara bir uyarlanma sürecidir ve burada merkezî rolü toplumsal grupların mensupları arasındaki psikolojik iletişim oynar.²³⁵ Petrażycki'de bu durum toplumsal adaptasyon zaviyesinden ele alınmaktadır. Petrażycki'nin kuramında toplumsal adaptasyon süreçleri, aynı zamanda ortaklaşa bir psikolojik tepki, jest, mimik ve dil aracılığıyla sadece kavramların değil duyguların da iletişimi ile gerçekleşir ve karşılıklı iletişim ile toplumsal davranışların da karşılıklılığı sağlanmaktadır.²³⁶ Dolayısıyla, toplumsallık ile iletişim arasında önemli bir bağ vardır. Sadurska ve Babb'ın bu konudaki açıklamaları katkı sağlayıcı görünmektedir. Sadurska, Petrażycki'ye göre toplumsal gelişmenin, dürtülerin bilinçdışı uygunluğunun değerlendirilmesi süreçlerinin bir çıktısı olduğunu ve bunun, özünde, insanların dürtülerini etkileşime soktukları kişiler arası iletişimlere dayandığını belirtir.²³⁷ İnsanlar, birbirlerinin davranışlarına dair iyi ya da kötü değerlendirmelerini paylaşırlar ve fikirlerini

²²⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 329.

²²⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 329.

²³⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 330.

²³¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 330.

²³² PETRAZYCKI, 2011, s. 330.

²³³ NORTHOP, 1956, s. 661.

²³⁴ NORTHOP, 1956, s. 661.

²³⁵ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 379.

²³⁶ OPALEK, 1961, s. 146.

²³⁷ SADURSKA, 1987, s. 72.

buradan çıkarsadıkları doğru ve yanlış üzerinde biçimlendirirler. İnsanlar pek çok duygularını iletişime konu ederek bireysel dürtülerini paylaştıkça, toplum için zararlı olanlar ayıklanır, yararlı ve iyi olanlar ise sürdürülür.²³⁸ Babb da katkısını bu noktada sunar ve Petrażycki'ye göre hukukun gerçekliğinin bireyin psişesinde yatmasının toplumsallıktan uzak, tecrit edilmiş bir hukuku akla getiremeyeceğini, hukukun da içinde olduğu çoğu psişik deneyimin, sadece toplum içinde var olabilmek anlamında, toplumsal olduğunu ifade eder.²³⁹ Benzeri ve haklı bir temasa göre de, Petrażycki'nin kuramına konu ettiği buyurucu-atfedici dürtüler ya da duygular, hukuksal önemlerini sadece ilgili bir diğer öznenin varlığında kazanmaktadırlar: bu duygu, sadece karşılıklı hak ve yükümlülüklerimizi ve bunların diğerlerince de sahip olunduğunu bildiğimizde ve eylemlerimizin bu bilinç ile koordinasyonu halinde söz konusu olur.²⁴⁰ Dolayısıyla Petrażycki'nin kuramında hukuk, genel olarak, diğer insanlara nasıl davranılması gerektiği, haklarının neler olduğu, diğer insanlardan talep edilebileceklerin neler olduğu gibi konuları göstererek onları aşama aşama toplumsallaştırır.²⁴¹ Cotterrell'in ifadesiyle Petrażycki, çalışmalarında, bireylerin diğerleriyle olan hukuksal ilişkilerinde anlam yaratan deneyimlerini toplumsal deneyimler veçhesinden ele almıştır.²⁴² Bu noktada konuyla ilgili toparlayıcı açıklamayı ise Lande'de bulmak mümkündür. Lande'ye göre sosyolojiyi yalnızca bir toplum kuramı ya da toplumsal olan her şeyin kuramı olarak ele almak yanlıştır; zira, bunların ikisi de çeşitli ve çok işlevli fenomenlerin karmaşık kümeleridir.²⁴³ Sosyolojinin konusu toplumsal süreçler olduğunda ve toplumsal süreçten de bireylerin ve grupların deneyimlerinde ve toplumsal davranışlardaki değişiklik ve uyarlanma süreçleri anlaşıldığında²⁴⁴ Petrażycki'nin kuramının da bir toplumsal gelişim kuramı olduğunu ifade etmek mümkün hale gelir.²⁴⁵ Dolayısıyla, Lande'nin de belirttiği üzere, Petrażycki'ninki henüz tamamlanmamış bir kuram olsa da, hukukun toplumdaki esaslı yeri hakkında çok şey anlatmaktadır.²⁴⁶

²³⁸ SADURSKA, 1987, s. 72.

²³⁹ BABB, 1938, s. 557.

²⁴⁰ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 378.

²⁴¹ KOJDER, 2006, s. 339.

²⁴² Roger COTTERRELL, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing, Aldershot 2006, s. 33.

²⁴³ Jerzy LANDE, "The Sociology of Petrażycki", *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 29.

²⁴⁴ LANDE, 1975, s. 29.

²⁴⁵ LANDE, 1975, s. 31.

²⁴⁶ LANDE, 1975, s. 31-32.

b. Hukuk Politikası

Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk politikası, toplumun kültürü ve geleceğe yönelik idealleriyle ilgilidir.²⁴⁷ Yine onun kuramında hukuk psişik bir olgu olarak ortaya konulmakla, hukuk politikasının da bu psişik boyutla ilgili olması ve psişik süreçleri bakımından insan davranışını biçimlendirmeye dönük olması anlaşılabilir.

Petrażycki bir yerde, çocukların eğitimi ile ilgili görüşlerini aktardıktan sonra, ulusun da eğitilmesinden bahseder ve hukuk politikasının bu eğitimi gerçekleştirmede güçlü bir araç olduğunu ifade eder.²⁴⁸ Ona göre kitleler bakımından özel ve ideal bir yurttaş tipinin evrimi hukuk yapısına ve hukuk politikasının yönetimine bağlıdır.²⁴⁹ Hukuk politikası bilimi de, arzu edilen rasyonel hukuk ve yasamayla ilişkili olup²⁵⁰ bir hukuk politikası yaratılması psikolojik verilerden yararlanarak gerçekleştirilmelidir.²⁵¹ Dolayısıyla, hukuk nedir, nerededir ve hukukun varlığını yöneten yasalar nelerdir gibi soruların yanıtlanmasının ardından bu sorulara verilecek yanıtlar doğrultusunda bir hukuk politikası inşa etmek mümkün olabilecektir.²⁵² Bu psikolojik verilerden yararlanmak suretiyle gerçekleştirilecek hukuk politikası da, rasyonel yasa yapımı bakımından yasa koyucuya rehberlik edecektir.²⁵³

Petrażycki'nin bu ifadeleri, onun hukuk politikasının amacına ilişkin düşüncelerini sağlıklı biçimde ele almayı kolaylaştırabilir. Petrażycki'de hukuk politikası meselelerinin ayrı bir önemi olduğu vurgulanagelmıştır. Bu vurgulara göre Petrażycki için hukuk politikası, yasama yoluyla gerçekleştirilen bir tür insan mühendisliğine işaret eder ve hukuk politikası bilimi de insanların motivasyonlarının ve karakterlerinin hukuksal faaliyetlerle nasıl etkileneceğini ve değiştirilebileceğini inceler.²⁵⁴ Hukuk politikası düşüncesinin ardında hukukun toplumsal düşünce yapısıyla aşamalı bir adaptasyonu ve toplumsal evrim düşüncesi yatmaktadır. Hukuk politikası, hukukun organizasyon işleviyle daha yakın ilişkili görünür ve bir tür insan mühendisliği bilimi olarak hukuk politikası bilimi, bireyin ve toplumun davranışlarını, uygun bir hukuksal motivasyonla rasyonel biçimde

²⁴⁷ BABB, 1937, s. 828.

²⁴⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 99.

²⁴⁹ PETRAZYCKI, 2011, s. 99.

²⁵⁰ PETRAZYCKI, 2011, s. 223.

²⁵¹ PETRAZYCKI, 2011, s. 247. Opalek'e göre Petrażycki'nin hukuk kuramı, kamu politikaları için başlangıç noktasıdır (OPALEK, 1961, s. 135).

²⁵² MEYENDORFF, 1933, s. 22.

²⁵³ PETRAZYCKI, 2011, s. 261.

²⁵⁴ RUDZINSKI, 1976, s. 122.

yönlendirmeyi ve insan zihnini anti-sosyal eğilimlerinden arındırarak mükemmelleştirmeyi görev edinir.²⁵⁵ Petrażycki'nin hukuk politikasına bu şekilde yaklaşmasının arkasında toplum merkezci değerlendirmenin, toplumsal gelişimin nesnel eğilimi olduğunu kabul etmesinin yattığını öne süren Sadurska'ya göre bu eğilim, karar verme makamında bulunanların toplumsal değerlerle ilgili olarak hukuku doğru biçimde kullandıklarında kuvvetlendirilebilir niteliktedir.²⁵⁶ Hukuk politikası, aynı zamanda hukukun dağıtıcı işleviyle de bağlantılı olarak, hukuk yapıcılarının ekonomik gelişimi ve etkinliği büyütecek kararlar almasını, bireysel üreticilerin çalışkanlıklarının teşvik edilmesini, zenginliklerin dağıtımının geliştirilmesini de içermektedir.²⁵⁷ Dolayısıyla, Petrażycki'ye göre hukuk ve hukuk bilimi, yalnızca statik bir dizi kurallar bütünü değil, aynı zamanda, arzu edilen toplumsal değişimin bir aracıdır ve hukuk, amaçlarını gerçekleştirmede rasyonelite ve etkinlik kriterleriyle sürekli bir reformu da gerektirir.²⁵⁸ Nonet, hukuk sosyolojisi alanında çalışan neredeyse herkesin hukukun eğitsel işlevleri olduğu fikrini kolayca kabul etmelerine karşın Petrażycki'nin farkının hukuk politikası bilimini, kuramının merkezî postulatı yapması olduğunu ifade ederek²⁵⁹ hukuk politikasının Petrażycki için ne kadar önemli olduğuna dair önemli bir saptama yapmıştır.

Petrażycki'ye göre hukuk politikasının ulaşmayı arzulayacağı en yüksek iyi, hukukun gelişiminin nihai ideali, insanın ahlâki gelişimi ve ilerlemesi, yüksek bir etik muhakemeye sahip olması ve insanlığın tamamen toplumsal bir karaktere sahip olmasıdır ki, bu ideale etkin ve rasyonel sevgi (*active and rational love*) denilir.²⁶⁰ Shytov'un verdiği bilgiye göre, etkin veya rasyonel sevgi kavramı Petrażycki'nin ilk dönem yazılarında, özellikle 1896 yılında yazdığı *Politika Bilimine Giriş (Introduction to the Science of Policy)* başlıklı eserinde²⁶¹ önemli bir yer tutmuş, daha geç yazılarında buna ismen değinilmese ya da az değinilse de sevgi çerçevesi saklı tutulmuştur.²⁶²

Petrażycki *Hukuk ve Ahlâkîlik*'te sevgiye dair sınırlı değinilerinde sevginin bir diğer kimseye içten bağlı olmaya yönelik iyiliksever bir dürtü olduğundan bahseder.²⁶³ Ona göre hukukun psişik yapısını oluşturan buyurucu-atfedici dürtüler, salt buyurucu ahlâki dürtülere benzer biçimde,

²⁵⁵ RUDZINSKI, 1976, s. 123.

²⁵⁶ SADURSKA, 1987, s. 73.

²⁵⁷ SADURSKA, 1987, s. 74.

²⁵⁸ SADURSKA, 1987, s. 75.

²⁵⁹ NONET, 1978, s. 478.

²⁶⁰ BABB, 1937, s. 810; KOJDER, 2006, s. 339; SADURSKA, 1987, s. 73; RUDZINSKI, 1976, s. 123; SHYTOV, 2001, s. 5.

²⁶¹ Bu eser *Hukuk ve Ahlâkîlik*'te içermemektedir.

²⁶² SHYTOV, 2001, s. 5.

²⁶³ PETRAZYCKI, 2011, s. 26.

farklı eylem fikirleriyle birleşebilir²⁶⁴ ve yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi, duygusal ilişkiler de hukuksal düzenlemeye ilkesel olarak tabidirler.²⁶⁵ Örneğin, yakın kimseler arasında sıcak ilişkiler olduğunda kişiler kendilerine ve ilişkinin diğer tarafında bulunanlara sevgi, saygı, arkadaşlık gibi hakları atfedebilirler ve duygudaşlık hakkı, sevgi hakkı gibi bu haklar yine insanların zihin süreçlerinde gerçekleşmektedir.²⁶⁶ Petrażycki'ye göre özellikle sezgisel hukuk alanında kendisini gösteren, saygı ya da şükran duyulması hakkına ilişkin bir bilinç durumu olarak hukuksal olgular, dış dünyaya dair olan resmi hukuk süreçleriyle²⁶⁷ ya da pozitif hukuk ile karıştırılmamalıdır.²⁶⁸

Bu nokta, çalışmanın başlığının altında Feuerbach'tan alıntılanan ifadeyi anlatmaktadır. Zira Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi dediği ideal, toplumsallığa dönük bu psikolojik zeminde hayat bulur. Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi kavramının çekirdeğini, toplumun tüm üyelerinin çıkarlarını güvenceleme ihtiyacına dönük bu yüksek dürtü oluşturmaktadır.²⁶⁹ Syhtov'a göre, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi idealinin anlamı, onun psikolojik yaklaşımı doğru düzgün hesaba katıldığında yeterli biçimde anlaşılabilir. Altı çizilmelidir ki, Petrażycki'ye göre hukukun nihaî ve en yüksek amacı olan sevgi, psikolojik deneyimden türeyen ve hukuksal deneyimin rasyonelleşmesini amaçlayan bir yapıdadır ve bu rasyonalizasyon, hukukun organizasyon işlevleri dikkate alındığında daha da somutlaşır.²⁷⁰ Hukukun motivasyonel ve eğitici işlevleri dikkate alındığında, hukuksal psişelerin toplumsal olarak arzu edilen davranışlar lehine ve toplumsal açıdan zarar verici olanların aleyhine gerçekleştiklerini; aynı zamanda toplumsal olarak arzu edilen alışkanlıkların ve eğilimlerin geliştirilmesi ve yoğunlaştırılması yörüngesinde eğitici bir kulvarda olduklarını aktaran Syhtov, bu bağlamda sevginin, ortak iyi için, komşumuzun iyiliği için eylemde bulunmaya yönelik hukuksal motivasyon olarak kavranabileceğini ifade eder.²⁷¹ Sevgi, böylece, bir kişiyi toplumsal olarak arzu edilen davranışa yönelten ve zarar verici davranıştan uzak tutan bir koşul, bir başkasına karşı ödevimizi yerine getirmeye yönelik dürtüsel bir güçtür; zira söz konusu olan, bir başkasının iddia etmede haklı olduğu bir hakkının var olduğuna dair anlayıştır.²⁷²

²⁶⁴ PETRAZYCKI, 2011, s. 76.

²⁶⁵ PETRAZYCKI, 2011, s. 77.

²⁶⁶ PETRAZYCKI, 2011, s. 77.

²⁶⁷ PETRAZYCKI, 2011, s. 139.

²⁶⁸ PETRAZYCKI, 2011, s. 229.

²⁶⁹ SYHTOV, 2001, s. 5.

²⁷⁰ SYHTOV, 2001, s. 5.

²⁷¹ SHYTOV, 2001, s. 5.

²⁷² SHYTOV, 2001, s. 5-6. Aynı yönde görüş için bkz. SADURSKA, 1987, s. 73; NONET, 1978, s. 479.

Petrażycki için hukukun nihaî amacı olan sevginin, hukukun kendisini gereksizleştirip ortadan kaldırmayı beraberinde getireceği ifade edilmiştir.²⁷³ Burada hukukun ortadan kalkmasının, Marksizmdeki devletin sönümlenmesi anlamına gelmediğini iddia eden Babb'a göre, söz konusu ortadan kalkma, hukukun psikolojik olarak gereksiz hale gelmesini anlatır.²⁷⁴ Bu uzak amaç, bir gün hukukun yok olacağı ve insanın bencilliklerinin geçmişte kalacağı tasarlanan bir gelecekte gerçekleşecek diye düşünülür.²⁷⁵ Öyle ki, Petrażycki'ye göre hukukun dolaysız işlevi kişinin psişesi üzerinde etkide bulunarak bireysel eylemleri düzenlemek ve bunu genel bir amaç uğruna birtakım hak ve ödev tahsisleriyle, tanımlı ve toplumsal olarak zorunlu davranışları teşvikiyle, ortak ihtiyaçların ortaklaşa karşılanması için işbirliğiyle sağlamaya yönelir.²⁷⁶ Er ya da geç gerçekleşecek olan sevgi psişesi ile hukukun gelişiminin nihaî amacı olan "otonom" toplumsal davranış telkin edilecek ve böylece toplumsal hizmetler bakımından da ahenkli bir dayanışma haline varılacaktır; bu amaca ulaşılmasıyla hukuk gereksizleşecek, varlığı son bulacaktır.²⁷⁷

Petrażycki'nin sevgi kavramında bir tür doğal hukuk etkisi gözlemlenmiştir. Sadurska'ya göre Petrażycki'nin düşüncelerinde var olan doğal hukuk etkisi, onun sevgiye dair söylediklerinin aslında aklın koyduğu bir standart oluşunda kendisini göstermektedir; zira bu standart, Petrażycki'ye göre, kesin ve sorgulanamazdır.²⁷⁸ Sadurska, aynı zamanda, Petrażycki'nin bu standartlaştırmasını yani *sevgi postulatı*'nı belirli psikolojik ve kültürel faktörlerin etkisi altında biçimlenen bir değer tercihi ve inanç olarak tanımlamaktadır.²⁷⁹ Timasheff de, Petrażycki'ye göre yirminci yüzyılın doğal hukukunun etkin ve rasyonel sevgiye yönelik idealist hukuk politikasıyla aynı kimlikte olduğunu ifade ederek Petrażycki'deki doğal hukuk etkisinden bahsetmiştir.²⁸⁰

Yukarıda Petrażycki'ye göre hukuk politikasının nihaî ve en yüksek amacının sevgi ideali olduğu aktarılmıştı. Bunun nasıl gerçekleşeceğine dair değerlendirmelerden de burada bahsedilebilir. Bu değerlendirmelere göre, Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk politikası hukukun organizasyon

²⁷³ BABB, 1937, s. 809.

²⁷⁴ BABB, 1937, s. 810.

²⁷⁵ KOJDER, 2006, s. 339.

²⁷⁶ BABB, 1937, s. 809-810.

²⁷⁷ BABB, 1937, s. 810.

²⁷⁸ SADURSKA, 1987, s. 75.

²⁷⁹ SADURSKA, 1987, s. 75.

²⁸⁰ TIMASHEFF, 1947, s. 742. Timasheff bununla da yetinmez ve Stammeler'in, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgisini, değişikliklerle de olsa, gerçekten benimsemiş olduğunu iddia eder (TIMASHEFF, 1947, s. 747).

işlevindeki etkilerini gerçekleştirmeli ve sevgi üzerinde temellenmelidir.²⁸¹ Hukuk politikasının amacı, Petrażycki’de, insanlığı yürüdüğü yolda sevgi gibi bir rehberlikle, bu ışıkla donatmak ve insanlığın tamamen toplumsal bir karakter kazanmasıdır.²⁸² Dolayısıyla, Petrażycki’ye göre bu yeni hukuk politikası oportunist, pragmatist, faydacı ya da hesapçı olmayıp, gayet ahlâki bir ideale yönelmektedir.²⁸³ Bu ışığın aydınlatacağı başlıca muhatabı ise yasa koyuculardır. Etkin ve rasyonel sevgi, hukuk yapıcılara bir rehber olup onların tüm faaliyetleri, etkin ve rasyonel sevgi ölçütüyle belirlenmelidir.²⁸⁴ Görüldüğü gibi ve Timasheff’in de aktardığı üzere, Petrażycki’nin etkin ve rasyonel sevgi ideali teleolojik bir ilke olmakla kalmaz ve hukuk yaparken de dikkate alınması gerekir.²⁸⁵

SONUÇ YERİNE

Tüm bu aktarma ve açıklamalardan sonra, Petrażycki’nin psikolojik hukuk kuramının önemine, etkilerine ve nasıl kategorize edilebileceğine dair düşüncelerin belirtilmesi, konuyu sonlandırmak için uygundur.

Öncelikle, Petrażycki’nin öneminden ve etkilerinden bahsedilebilir. Meyendorff’a göre Petrażycki, döneminin koşullarında beşeri motifleri, dürtülerimizin mekanizmasını ve dinamiklerini, bunların normatif gücünü ortaya koyan, bireyin ve toplumun hukuksal ve ahlâki kavramlarını benzerlik ve farklılıklarıyla ve bu minvalde belirten ilk isimdir.²⁸⁶ Petrażycki’nin kurucusu olduğu St. Petersburg Hukuk Okulu’nun ortaya attığı problemler ve iddialar, hâlâ Rus entelektüel mirası içinde ve modern hukuk bilimi yaklaşımları içinde değerlendirilmektedir.²⁸⁷ St. Petersburg Hukuk Okulu’nun devamçıları iki koldan ilerlemişler ve Laserson’un içinde bulunduğu kol daha ziyade Petrażycki’nin kuramını geliştirmiş, Gurvitch, Sorokin ve Timasheff’in içinde yer aldığı kol ise kendi kuramlarını yapılandırırken Petrażycki’nin özellikle normatif olgu ve sezgisel hukuk kavramlarını, bunlarda değişikliklere giderek de olsa, kullanmışlardır.²⁸⁸

²⁸¹ SYHTOV, 2001, s. 5.

²⁸² BABB, 1937, s. 810, 813.

²⁸³ RUDZINSKI, 1976, s. 123.

²⁸⁴ SADURSKA, 1987, s. 75.

²⁸⁵ TIMASHEFF, 1947, s. 742. Yasa koyucuların bu faaliyetlerini gerçekleştirirken dikkate almaları, hatta rehberliğinde hareket etmeleri gereken etkin ve rasyonel sevgi ideali, genel olarak kamu hukuku ve özel hukuk politikasında özel olarak ise ceza hukuku ve medeni hukuk politikasında kendisini gösterecektir. Petrażycki’nin bu alanlarda hukuk politikasına dair ayrıntılı düşünceleri için bkz. PETRAZYCKI, 2011, s. 303-323.

²⁸⁶ MEYENDORFF, 1933, s. 28.

²⁸⁷ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 372-373.

²⁸⁸ POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 373.

Petrażycki'nin yaklaşımını herhangi bir tekil felsefi ya da sosyolojik ekol içinde değerlendirmenin güçlüğüne dikkat çekilmiştir; ancak yine de, onun, kuramının idealist felsefeyle tanımlanmasına karşı çıktığı yargısında bulunmak mümkündür.²⁸⁹ Bu bakımdan epistemolojik ve metodolojik olarak pozitivistlere yakın durmaktadır. Hukuksal pozitivistlerin çağdaş versiyonlarında hukukun toplumsal bir olgu olduğu, toplumsal kaynaklar tezi veçhesinde kabul edilirken²⁹⁰ Petrażycki hukuku bireysel bazda bir psişik süreç olarak ele almaktadır. Bunu yaparken toplumsal boyutu yok saymaz; ancak onu, yukarıda aktarıldığı üzere, psikolojik gözlem sınırları içinde ve bireysel psikolojik deneyimlere yansıdığı ölçüde dikkate alır. Görüldüğü gibi, Petrażycki hukuksal pozitivistlerle barışık değildir. Bu, hukuksal pozitivistlerin hem hukuku pozitif metinlerden ibaret sayan ve hukuk kuramının işinin bu sınırlarda kalması gerektiğini savlayan, dolayısıyla kişiyi ve toplumu hesaba katmayan, hem de psikolojik süreçleri dışlayan doğasından kaynaklanmaktadır. Petrażycki, benzerliklerine rağmen, kişiyi ve toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımlarını da yeterli bulmaz. Bu benzerlikler, toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımlarının hukuka dair ampirik çalışmaları iletirmek ve yaygınlaştırmak, bununla birlikte hukuksal kurumları formalist değerlendirmelerle sınırlandırmaktan kurtulmak amacı etrafında toplanmaktadır.²⁹¹ Ayrıca, Petrażycki de hukuk fikrini devletin hukukundan ayırmaya çalışmış ve hukukun kaynaklarının çoğulluğuna dikkat çekmiştir.²⁹² Petrażycki'nin hukuk ayrımları, özellikle sezgisel hukuk – pozitif hukuk ayrımı, kitaptaki hukuk – eylemdeki hukuk (*law in books – law in action*), biçimsel kaynaklar – gerçek kaynaklar (*sources formelles – sources réelles*) ayrımlarının bir benzerini sunmakta ve hukuk politikasına ilişkin düşünceleri de hukukun mühendislik aracı olması gibi nitelendirmeleri andırmaktadır.²⁹³ Yine de, yukarıda belirttiğim üzere, bu yaklaşımlarla benzerliklerine rağmen, bireysel psişe boyutuna verdiği ayrıksı ve belirleyici önem onu bu yaklaşımlardan da ayrı bir yerde görmeyi gerektirmektedir.²⁹⁴

Bu psişe boyutu, Petrażycki'yi özellikle İskandinav Realizmi ile birlikte anmak gibi bir sonuca da yol açmıştır. Petrażycki'yi bir sınıflandırma içine sokmak gerekirse, bu sınıflandırmanın bir parçasını İskandinav Realizmi'ndeki anlamda “Realizm” oluşturacaktır. Hukuk kurallarını imgesel durumlara dair imgesel düşünceler olarak tanımlayan ve gerçek

²⁸⁹ LASERSON, 1951, s. 64.

²⁹⁰ Gülriş UYGUR, “Hukuki Pozitivistlerin Değişen Yüzü Mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52 (2003), Sayı 3, s. 147.

²⁹¹ NONET, 1978, s. 477.

²⁹² NONET, 1978, s. 477-478.

²⁹³ NONET, 1978, s. 478.

²⁹⁴ NORTHOP, 1956, s. 652.

hayatta bu imgesel durumlar ortaya çıktığında söz konusu imgesel düşüncelerin davranışa bir model olduğunu belirten İskandinav Realizminin temsilcisi Olivecrona²⁹⁵, realizmi, tüm hukuki fenomenleri salt olgusal olarak ele alma girişimi olarak ifade eder.²⁹⁶ Hatta İskandinav Realizmi akımının görüşlerinde, hukukun gözlemlenebilir bir olaylar dizisine benzediğini ve doğa bilimleri alanında geçerli olan nedenselliklerin hukukun inceleme konusu olan olayları da etkilediğini, akımın olgulara verdiği önemi ortaya koymak bakımından burada eklemekte yarar vardır.²⁹⁷ Hukuksal pozitivizmi de, salt olgulara dönük olması anlamında realist gören Olivecrona, hukuksal pozitivizmin özellikle hukukun ardında yatan bir olgu olarak, gücü fiilen elinde bulunduran bir otoriteye göndermede bulunmasına ise bu kuramın zayıflığı olarak işaret etmektedir.²⁹⁸ Ona göre bu bakımdan hukuksal pozitivizm “un ufak” olmaktadır; zira, buyuran otoritenin de ardında fiili olarak uygulanan ve hukuksal pozitivizmin ıskaladığı bir hukuk sistemi mevcuttur.²⁹⁹ Olivecrona bu hukuk sisteminin ise modern realizm tarafından olgusal bir açıklamasının yapılmasının amaçlandığını, modern realizm içinde yer alan psikolojik yaklaşımların hukuksal olguların tamamını temel psikolojik düzenliliklere indirgediğini ve bu düzenliliklerin de bir subjektif temsiller toplamı olarak hukuku oluşturduğunu ifade eder.³⁰⁰ Petrażycki'nin çalışma boyunca üzerinde durmaya çalıştığım çabası da budur. Motyka tam da bu noktaya işaret eder ve realist kavramsallaştırmada hukuk gerçek bir olgu olarak ele alındığı ve Petrażycki'nin hukuk kuramının da tam özünü psikolojizm oluşturduğu için Petrażycki için bir tür realist nitelendirmesini yapar.³⁰¹ Benzer bir noktaya Timasheff de işaret eder ve Petrażycki'nin yaklaşımının realist bir hukuk teorisinin yapılandırılması için yararlı olabileceğini ifade eder.³⁰² Ancak Petrażycki için İskandinav Realizminin bir öncüsü ya da temsilcisi olmaktan ziyade, realist akımla pek çok ortak noktayı içeren ve aralarında *per se* bir karşılıklılığın mevcudiyetinden bahsedilebilecek³⁰³ bir kuramcı olduğunu ifade etmek gerekir. Sadurska'ya

²⁹⁵ Karl OLIVECRONA, *Law as Fact*, Oxford University Press, London 1939, s. 29-30.

²⁹⁶ Karl OLIVECRONA, “Realizm ve Idealizm: Hukuk Felsefesindeki Temel Sorun Hakkında Bazı Görüşler”, çev. Ertuğrul Uzun, *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan* (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 1013.

²⁹⁷ Adnan GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 8. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s. 337.

²⁹⁸ OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

²⁹⁹ OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

³⁰⁰ OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

³⁰¹ MOTYKA, 2006, s. 126.

³⁰² TIMASHEFF, 1947, s. 748.

³⁰³ OPALEK, 1961, s. 129.

göre Petrażycki'nin üzerinde önemle durduğu sezgisel hukuk alanı İskandinav Realizmi'nin hukuk alanının dışında yer tutmaktadır.³⁰⁴ Bana kalırsa, Petrażycki ile İskandinav Realizmi arasındaki asıl mesafeyi, İskandinav Realizmi'nin, hukukun “olması gereken”e yönelik ereksel karakterine dair bir reddediş olmadıkça tutarlı bir realizmin mümkün olmayacağına dair iddiası³⁰⁵ oluşturmaktadır. Petrażycki'de hukukun amacı ve en yüksek ideali olarak belirlenen etkin ve rasyonel sevgi, onu, bu anlamda ve salt bir realist olarak ele almayı engellemektedir.

Petrażycki'deki realist yaklaşım, böylece, yanına bir başka sıfat daha eklenmediğinde, yeterli bir Petrażycki sınıflandırmasını doğuramayacaktır. Petrażycki pür realist değilse, nasıl bir realisttir?

Bana göre, Petrażycki'ye dair tam bir sınıflandırma çabasını sonuçlandırmak için Aristoteles uygun bir tamamlayıcı olabilir. Aristoteles, *Retorik*'te, genel yasalar ile yazılı olmayan, bilinçli olarak ve hiçbir zorlama olmadan yaptığımız istemli şeyleri yöneten ilkelerden bahseder.³⁰⁶ Ona göre, yazılı olmayan bu ilkeler, herkesin bir dereceye kadar sezdiği ve bütün insanları birbirleriyle birlikteliğe iten niteliktedirler.³⁰⁷ Aristoteles'in genel felsefi yaklaşımında doğadaki varlıkların yetkinleştikleri bir ereğe yöneldiklerini, söz konusu insan olduğunda, bu varlığın toplumsallığının onun zorunlu bir özelliği olduğunu hatırd tuttuğumuzda, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi ereği olarak belirlediği ilkeye giden hukuk anlayışının Aristotelesçi kurguya yakınlığı da ortaya çıkmaktadır. Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi ilkesine yönelik erekçi kuramı, bu kuramdaki doğal hukuk etkisini de muhakemeye eklediğimizde, söz konusu Aristotelesçi kurguya yaklaşmaktadır. Bundan başka, Aristoteles, madde ve form ikiliğinden kuvve ve fiil ikiliğine giderken, şeylerin görelilik olarak belirsiz bir durumdan yine görelilik olarak belirli bir duruma geçişinden bahseder³⁰⁸ ve onun fiil dediğini Petrażycki'nin hukuk politikası yaklaşımıyla birlikte okuduğumuzda hukuk politikasıyla beraber insanların bir arada yaşama potansiyelleri olarak etkin ve rasyonel sevgi kuvvesinin ortaya çıkarılışından bahsetmek mümkün hale gelir. Bu iki noktadan, yani hukuka biçtiği erekçi güzergâhtan ve hukuk politikasına yüklediği fiili önemden hareketle, Petrażycki'nin realist damarını da hesaba katarsak, onu, bir *Aristotelesçi Realist* olarak sınıflandırmak mümkün görünmektedir.

³⁰⁴ SADURSKA, 1987, s. 66, dn. 13.

³⁰⁵ OLIVECRONA, 2012, s. 1022.

³⁰⁶ ARISTOTELES, *Retorik*, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 70.

³⁰⁷ ARISTOTELES, 2000, s. 82-83.

³⁰⁸ David ROSS, *Aristoteles*, çev. Ahmet Arslan, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 276-277.

KAYNAKÇA

- AKÇABAY, Fehmiye Ceren: “Hukukun Gerçeği’ne Sosyolojik Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan* (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 63-75.
- ARAL, Vecdi: “Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 31 (1965), Sayı 1-4, s. 220-241.
- ARISTOTELES: *Retorik*, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.
- BABB, Hugh W.: “Petrazhistskii: Science of Legal Policy and Theory of Law”, *Boston Law Review*, Cilt 17 (1937), s. 793-829.
- BABB, Hugh W.: “Petrazhistskii: Theory of Law”, *Boston Law Review*, Cilt 18 (1938), s. 511-578.
- BACHELARD, Gaston: *Bilimsel Zihnin Oluşumu*, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2013.
- BHATIA, M. S.: *Dictionary of Psychology and Allied Sciences*, New Age International Publishers, New Delhi 2009.
- COTTERRELL, Roger: *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing, Aldershot 2006.
- COTTERRELL, Roger: *The Sociology of Law: An Introduction* 2. bs., Oxford University Press, USA 1992.
- DEFLEM, Mathieu: *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008.
- DURKHEIM, Emile: *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bali Akal, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995.
- GORECKI, Jan: “Leon Petrażycki”, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illinois Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 1-15.
- GURVITCH, Georges: *Sociology of Law*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1947.
- GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, 8. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- GÜRKAN, Ülker: *Hukukî Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 225, Ankara 1967.
- GÜRKAN, Ülker: *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 160, Ankara 1961.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukuk Felsefesi* 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

- KIRCHMANN, Julius Hermann: “İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği”, çev. Coşkun Üçok, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6 (1949), Sayı 1, s. 181-212.
- KOJDER, Andrzej: “Leon Petrażycki’s Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation”, *Journal of Classical Sociology*, Cilt 6 (2006), Sayı 3, s. 333-358.
- KOTARBINSKI, Tadeusz: “The Concept of Adequate Theory”, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 17-21.
- LANDE, Jerzy: “The Sociology of Petrażycki”, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 23-37.
- LASERSON, Max M.: “The Work of Leon Petrazhitskii: Inquiry into the Psychological Aspects of the Nature of Law”, *Columbia Law Review*, Cilt 51 (1951), Sayı 59, s. 59-82.
- MATSUMOTO, David: *The Cambridge Dictionary of Psychology*, Cambridge University Press, New York 2009.
- MEYENDORFF, Alexander F.: “Leo Petrażycki (1864-1931)”, *Modern Theories of Law* içinde, Oxford University Press, Oxford 1933, s. 21-37.
- MICHAEL, Marx: “Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi”, çev. Nevhis Deren Yıldırım, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan* içinde, Alkim Yayınevi, İstanbul 2003, s. 629-649.
- MOTYKA, Krzysztof: “Law and Sociology: The Petrażyckian Perspective”, *Law and Sociology: Current Legal Issues Volume 8* (ed. Michael Freeman) içinde, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 119-140.
- NELKEN, David: “Law in Action or Living Law? Back to the Beginning of Sociology of Law”, *Legal Studies*, Cilt 4 (1984), Sayı 2, s. 157-174.
- NONET, Philippe: “Review of Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki (ed. Jan Gorecki)”, *American Journal of Sociology*, Cilt 84 (1978), Sayı 2, s. 476-479.
- NORTHOP, F. S. C.: “Petrażycki’s Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 4372 (1956), s. 651-662.
- OLIVECRONA, Karl: *Law as Fact*, Oxford University Press, London 1939.
- OLIVECRONA, Karl: “Realizm ve İdealizm: Hukuk Felsefesindeki Temel Sorun Hakkında Bazı Görüşler”, çev. Ertuğrul Uzun, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan* (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 1013-1024.

- OPALEK, Kazimierz: “The Leon Petrażycki Theory of Law”, *Theoria*, Cilt 27 (1961), Sayı 3, s. 129-150.
- PECZENIK, Alexander: “Leon Petrażycki and the Post-Realistic Jurisprudence”, *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 83-105.
- PETRAZYCKI, Leon: *Law and Morality*, çev. Hugh W. Babb, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011.
- PODGÓRECKI, Adam: “Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrażycki”, *Law&Society Review*, Cilt 15 (1980-81), Sayı 1, s. 183-202.
- POLYAKOV, Andrey V., ANTONOV, Mikhail: “Leon Petrażycki’s Legal Theory and Contemporary Problems of Law”, *Standing Tall: Hommages A Csaba Varga* (ed. Bjarne Melkevik) içinde, Pázmány Press, Budapest 2012, s. 371-281.
- PULASKI, S. R.: “Petrażycki’s Conception of Law: Leon Petrażycki, 1864-1931”, *Polamerican Law Journal*, Cilt 1 (1938), Sayı 1, s. 27-28.
- ROSS, David: *Aristoteles*, çev. Ahmet Arslan, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2011.
- RUDZINSKI, Alexander W.: “Petrażycki’s Significance for Contemporary Legal and Moral Theory”, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt 21 (1976), Sayı 1, s. 107-130.
- SADURSKA, Romana: “Jurisprudence of Leon Petrażycki”, *The American Journal of Jurisprudence*, Cilt 32 (1987), Sayı 1, s. 63-98.
- SHYTOV, Alexander Nikolaevich: *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, Springer, Netherlands 2001.
- SOROKIN, Pitirim Alexandrovitch: “Review of Law and Morality (by Leon Petrażycki)”, *Harvard Law Review*, Cilt 69 (1956), Sayı 6, s. 1150-1157.
- SOROKIN, Pitirim Alexandrovitch: *Social & Cultural Dynamics* 2. bs., Porter Sargent Publisher, Boston 1970.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, Cambridge 1939.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: “Introduction”, *Law and Morality* (by Leon Petrażycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xxix-1.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: “Petrazhitsky’s Philosophy of Law”, *Interpretations of Modern Legal Philosophy: Essays in Honor of Roscoe Pound* (ed. Paul SAYERS) içinde, Oxford University Press, New York 1947, s. 736-750.
- TOPÇUOĞLU, Hâmide: *XX inci Yüzyılda Tabii Hukukun Rönesansı*, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1953.

- TOPÇUOĞLU, Hâmide: *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1 (Konu, Problemler, Öncüler)* 2. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 174, Ankara 1963.
- TREVİÑO, A. Javier: “Introduction to the Transaction Edition”, *Law and Morality* (by Leon Petrazycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. ix-xxviii. (Çalışmada “TREVİÑO, 2011b” olarak geçmektedir)
- TREVİÑO, A. Javier: “On Leon Petrazycki, Law and Morality”, *Classical Writings in Law and Society* 2. bs. (ed. A. Javier TREVİÑO) içinde, Transaction Publishers, USA 2011, s. 151-171. (Çalışmada “TREVİÑO, 2011a” olarak geçmektedir)
- UYGUR, Gülriz: “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52 (2003), Sayı 3, s. 145-176.

ETİK VE HUKUK: HUKUKSAL POZİTİVİZM ÜSTÜNE YENİDEN DEĞERLENDİRME

Mehmet Tevfik Özcan*

Özet

Modern toplumdaki hukuk düzeni, rolleri piyasaya dayalı (kapitalist) topluma uygun şekilde anayasal bir hükümetin kuvvetler ayrılığı ilkesine göre işleyen yargı erki tarafından yürütülür. Modernliğin erken döneminde piyasa esaslı ilişkilerin ve sınıf farklılığının belirleyiciliği altında, toplumsal alt-sistem olarak genel bir ahlak sistemi toplumsal ilişkileri yönetemez duruma geldi. Örüntülendirilmiş ilişkilere biz ahlaki bir karakter atfetsek de, ahlak kurallarının hukuk gibi, görünür şekilde bireyler ve toplumsal gruplar arasındaki karşılıklılığa dayandığı, tarafsızlığın değerlendirmeye dönük kriteri olarak adalet nosyonuyla dışa vurulan dışsal yaptırımlarla desteklendiği biçimindeki bir ortak özellik dikkati çeker. Bu noktadaki diğer bir problem, her ne kadar bazı

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Makalede yer alan görüşler ilk kez, 22-26 Ağustos 2013 tarihlerinde Belo Horizonte, Brezilya'da yapılmış olan The 26th World Congress of IVR (International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy) toplantısında sunulmuş ve özeti yayımlanmıştır: "Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism," *Abstract: XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Belo Horizonte, Editore Forum, 2013, p. 302. Belirtilen kongreyi izleyen şekilde makalenin tam metni aynı başlık altında İngilizce olarak *Philosophy Study*, Vol. 4 No:2 (February 2014), pp. 75-96'da yayımlanmıştır. Elinizdeki makale, yayınından bu yana geçen kısa sürede görüş ve değerlendirmelerimde herhangi bir değişiklik olmadığından, İngilizce metne olabildiğince sadık kalınarak Türkçe olarak yeniden yazıldı. Bu yüzden, Türkçe makaledeki referanslarda, az da olsa, Türkiye'de yapılmış çalışmalara ve yabancı dildeki eserlerin çevirilerine yer verilemedi. Yine, makalenin İngilizce baskısındaki referans sistemi, yayımlandığı derginin tercihi olan APA sistemi iken, Türkçe olarak yeniden yazılmasında insan bilimleri ve felsefeye daha uygun bulduğum Latin sisteminin kullanmayı tercih ettim. Son olarak, makalenin Türkçe yeniden yazımında İngilizce metne sadık kalma çabamdan dolayı miktarı artan yazım hatalarının düzeltilmesi için kendisinden metni okumasını rica ettiğim Araş. Gör. Muzaffer Dülger'e değerli yardımları için teşekkür ederim.

felsefeciler erdem, ahlak kuralları ve hukuk arasında özdeşlik kurmaya, erdemliliği kurulu hukuka itaat etmeye indirgemeye eğilimli olsalar da, ahlak kurallarının toplumsal sistemi ile bireysel etik erdemler arasındaki zayıf veya bazı durumlarda gerilimli ilişkinin mevcudiyetidir. Hukuk düzeni ve bazı ahlak kurallarının rastlantısal olarak aynı yönde işlemesine ve ahlak aracılığıyla hukukun farz edilen meşruluğu hukuk felsefesinin alelumum araştırma konusu olmasına rağmen, hukuk dolaysız şekilde ahlaka indirgenebilir değildir. Herhangi bir kapitalist toplumun toplumsal yapısını dikkate alarak, hukuk, üretim biçimi tarafından nihai şekilde belirlenen ve felsefecilerin ahlak başlığı altında tartıştığı konulardan bağımsız şekilde ortaya çıkan özerk veya yarı-özerk ve kendine özgü depolitik bir iktidar sistemidir. Böylece hukukun iktidarı, siyasal iktidarla istikrarlı veya istikrarsız bir denge içinde olabilen şekilde, uyuşma dayalı olmaya benzer bir toplumsal onaya dayanır.

Anahtar sözcükler: hukuk, ahlak, etik, hukuksal pozitivizm, depolitik.

Abstract

Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism

Legal system in a modern society is administered by judiciary which is due to separation of powers in a constitutional government whose role is congruent with market-based (i.e., capitalist) social formation. At the outset of modernity, an overall morality, as a social system, lacked for ordering all social relations in modern society under overdetermination of market relationships and class differentiation. Despite the fact that we may attribute moral property to the patterned relationship, there is somewhat a common character between morals and laws that both of them visibly set forth by reciprocity between individuals and social groups, which are backed by external sanctions as manifested with notion of justice, as evaluative criterion of impartiality. Thereby, the other problem is a tiny relationship or sometimes tension between social systems of morals and individual ethical virtues; even though some philosophers are willing to equate virtues, morals, and the law as squarely reducing virtues to obey the established law. As though, legal system and some morals incidentally coincide, the law cannot be evenly rely on morality in spite of presumed legitimacy by means of morals that have been overall subject matter of philosophy of law. Regarding the social structure of any capitalist society, I frankly say that law autonomously or semi-autonomously arose as a discrete depolitical power system other than system of morals which was ultimately determined by mode of production. Therefore, it relies on a convention-like social approbation, whatsoever is stably or unstably balanced with political power.

Keywords: law, morality, ethics, legal positivism, depolitical.

1. GİRİŞ

Günümüzün hukuk incelemeleri hukuk sistemlerinin paternalizmi görünürde yadsıyan egemen hukuk ideolojileri ile hukuk düzenlerinin fiili işleyişleri arasındaki açmazı isteksizce açığa vurmaktalar; çünkü halihazır durumda, tekelci kapitalizmin lanetli varlığı ve kitle toplumunun mevcudiyetinden kaynaklanır şekilde, hukukçuların taraftarı oldukları liberalizmin zemini uzun zaman önce ortadan kalkmıştır. Liberal hukuk ideolojisinin gerçek öncüllerini yadsımaya çalışan oldukça sınırlı miktarda eleştiriye rağmen, alelumun liberal ideolojiler veya söylemler, varlığı önkoşul olan özgür bireyin etik edimi aracılığıyla hukukun meşruluğunu formüllendirmeyi kendi dayanakları yapmışlardır; fakat bu bireyin kendisi neredeyse tümüyle ortadan kaybolmuş durumdadır. Vakıa, liberalizm, etik edim bireylerin dünya görüşlerinde açığa vurulan temel özellikleri yerine, hukuksal pozitivizmde yer alana benzer şekilde, hukuk tarafından tanımlanmış sınırların içine hapsederek, hukuk ve ahlak kuralları arasındaki geleneksel bağlantıyı daha başından beri ortadan kaldırmıştır. Herkesi kuşatan genel bir ahlakın kapitalizm tarafından yerinden edildiği gerçeğine rağmen, çok sayıda hukuk araştırmacısı, etik kuramın bu gerçeklikle uyumlu olup olmadığına bakmaksızın, hukuka ahlaken itaat etme konusunda vaaz vermeye devam ediyorlar. Oysa, bu istenilen itaatin kendisi itaate ilişkin paternalist algıyı yeniden canlandırmakta ve liberalizmin farz edilen bireyini –kendi söylemi ile– isteksizce tehlikeye atmaktadır.

Etik, ahlak ve hukuk ayrılığının kapitalist toplumun doğasından kaynaklanmasına ve aralarında belli gerilimler olmasına rağmen, çok sayıda ahlak kuramcısı bunların aynı yönde işlediğini düşünmek için özel bir çaba göstermektedir. Birinci olarak, bu kuramcılar etik ve ahlak kurallarını, tekil insanın karar vermesi ile yükümlü kılınması arasındaki temel farklılığı dikkatten kaçırarak ve hatta bir şekilde bunları özdeş hale getirerek, ısrarla bütünleştiriyorlar. Etik, bireysel vicdan ve eylem sorunu iken, ahlak irade özgürlüğünü (etik düşüncesinin çekirdeğini) sınırlandıran bir kısıt olarak işlev üstlenen toplumsal mekanizmanın varlık kazanmasıdır. İkinci olarak, hukuk, toplumda depolitik iktidar tarafından harekete geçirilen ve ahlaki olandan farklı bir toplumsal mekanizmadır; ancak o tayin edilmiş rolüne ilave olarak egemen ahlak kuralları sistemi üzerinde nüfuzunu icra eder. Bu bağlamda, sonuçsal olarak, insani bir görüş açısından hukukun ortaya çıkardığı neticelerin değerli olup olmadığını sorgulamaksızın, piyasa alanı örüntüsüne uygun şekilde işleyen hukuk düzenine itaatin ahlaki ödev olduğu vaazını veren gürültülü tartışmalar yapılmaktadır. Bu makalede hedefim hukuka itaati *tout court* ahlaki yükümlülük sayan düşüncenin yersiz konumlanışını ve hukuksal pozitivist yaklaşımın tutarlılığını ortaya koymaktır.

İlk olarak, Kant ve Hume'un kuramlarına referans suretiyle, ahlak problemini hukukla ilişkili olarak ele alacağım. İkinci olarak, ahlak kuralları ve etik arasındaki farklılığı göstermeye çalışacağım ve nihayet, pozitif hukuku kuşatıcı bir toplumsal alt-sistem ve ahlaka ilişkin meşruiyete müracaat etmeksizin anayasal bir hükümet sisteminde depolitik iktidar sistemi olarak yorumlayan kendi yaklaşımımı ortaya koyacağım.

2. ETİK VE AHLAKIN TARTIŞMALI İÇERİKLERİ: KANT VE HUME'UN AHLAK DÜŞÜNCELERİ

Hukuk, etik ve ahlak arasında üçgen biçiminde bir ilişkiyi tasarımlamak oldukça kafa karıştırıcı bir kurgudur; hukukun ve ahlakın alanları, kapitalist toplumda birey davranışının çıkara dayalı doğası ihmal edilerek, genellikle toplumsal iyi temelinde tartışılmaktadır. Felsefeciler ve hukukçular, genel olarak, insani bir görüş açısından, bireyler arasında müzakere yoluyla ahlaki değerlerin damla damla biriktirildiğini farz etmek konusunda güçlü bir eğilime sahiptirler. Aydınlanma rasyonalizmi toplumu ayrı bir gerçeklik olarak fark edememiş olsa da, bu içinden çıkılması müşkül olan alanları tartışmaya açtığımız ölçüde, bizler birbirinden farklı olan toplumsal, dolayısıyla bireysel uzamların mevcut olduğunu aklımızda tutmalıyız. Dahası, bu kafa karışıklığı, felsefenin erken dönemlerinden beri kabaca rasyonalist ahlak teorisi ve mutluluk ahlakı başlıkları altında toplanabilecek olan her iki ana gelenek tarafından daha külfetli hale getirilmektedir. Bunların aksine, çağımızda antropoloji bilimi ve bununla ilişkili diğer toplumsal bilimler, ahlakın da içinde yer tuttuğu kültürü açıklamaya kavuşturmak için büyük bir çaba ortaya koymaktadırlar; bu alanlarda çalışan bilim insanları ahlakı felsefi yorumlama ve anlamlandırmayı aşan şekilde bir empirik araştırma konusu olarak incelemektedirler. Bu bağlamda, eğer bilimsel bilginin değerine belli ölçülerde güven duyuyorsak, ahlak kuralları konusunu felsefenin dışına çıkarmak yoluyla, belli bazı bilimsel paradigmalara veya araştırma geleneklerine iştirak etme yükümlülüğü altındayız.

En geniş anlamıyla ahlak, çekirdeğinde yer alan düşünceler yönünden, bireyler üzerine başka bireyler, toplumsal birleşmeler ve doğal çevre lehine yükümlülük ve ödev yükleme yoluyla iyi edimi ve insan özgürlüğünün sınırlarını emredici şekilde bildiren çoklu insan eylemlerini ve değerlendirmeleri içinde toplar. Burada ahlaki iyiye ve insan erdemine vücut veren “ödev” anahtar sözcüktür; bu kavram sorumluluk ve etik kişilik tasarımları üstünde yükselerek kişinin kendini denetlemesini (negatif görünümü) ve üzerinde değerlendirme yapılmış eylemini (pozitif görünümü) tayin eder. Bu bağlamda, ödevin iki görünümü, yürürlükteki hukukla eşleşsin veya eşleşmesin, etik edimin vücut bulmasını sağlar. Immanuel

Kant, rasyonalist görüş açısına sıkı sıkıya bağlı kalması eleştiriye çok açık bir durum olsa da, uygarlık durumu¹ ve bireysel kişilik ile iki yönlü ilişki içindeki ahlak yasası ve etiği dikkatli bir şekilde birbirinden ayırt etmiştir. Kant, muhtemelen ahlak konusunda en müşkül filozoftur; görüşleri alelacele iştirak edilebilir değildir ve kuşatıcı bir yorumlamaya konu edilemeyecek ölçüde birbirine bağlı unsurların tutarlığına sahiptir, ancak hukuk ve ahlak üzerine eleştiri yapmak için oldukça dikkate değer bir temele sahiptir. Kant *The Moral Law*² başlıklı eserinde “ahlak yasası”nı kendi içinde *iyi isteme* (good will) olarak tanımlamıştır, zira bu istem akla dayanır ve zorunluluk anlamında farz edilmiştir³. Bu faraziye, sözcüğün gündelik anlamından farklı olarak, Kant'ın en yüksek pratik akıl anlamına gelen bir nosyon saydığı “isteme” (the will) bireyin sağlam doğal anlayış gücünde mevcut bulunduğu iddiasıyla öne sürülmüştür; bu Kant'ın saf aklın kategorilerinin tamamlayıcısı olan *a priori* pratik akıldır. Kant'ın erdem doktrininde işaret edildiği üzere, o pratik akla ilişkin olduğu hareket noktasıyla, kendi formel varlığında bir amaç olarak *maxim*'i belirleyen ödevi yasa olarak koyar ve analitik önermenin eylemsel vücut bulması olarak ödevin bireylerin edimlerinde yaşama geçirilen *a posteriori* gerçekleştirmelerini ortaya çıkarabilir⁴. Kant'ın sisteminde isteme ve akıl kavramları özdeş kullanılmıştır ve bu özdeşlik *a priori* “ahlak yasası” ve *categorical imperative*'e vücut verir; bu yasa kendi içinde *apodictic* durumdadır. Kant'ın meşhur formüllendirmesi sadece bir tane olan kategorik imperatifin formel özelliğini tasarımılandırır: “Sadece bu *maxim* ile edimde bulun ki, bu yolla aynı zamanda senin istemin bir evrensel yasa olabilsin”⁵. Kant'ın görüş açısından, kategorik emperatif herkesin özgürlüğüne işaret eder; bu nedenledir ki, bütün akıllı yaratıklar evrensel yasa olarak hukuka vücut verir:

“Böylece, hukukun evrensel yasası (*Rechtgesetz*) öyle dışsal edimdir ki, senin seçiminin özgür kullanımı bir evrensel yasaya uygun surette herkesin özgürlüğü ile birlikte var olabilsin; bu gerçekten benim üstüme yükümlülük

¹ Burada Kant'ın İngilizce çevirisinde kullanılan “civil state” kavramı, sivil toplum koşullarında birey özgürlüğünün ve mülkiyetin yasalar ve yargı erki aracılığıyla korunduğu toplumsal yaşam koşullarını ifade etmektedir.

² Kant'ın ahlak yasası üzerine İngilizce'deki en eski eseri Abbott'un 1898 tarihli çevirisinin başında yer almaktadır. Bkz., Kant, Immanuel. *Critique of Practical Reason*. Trans. Thomas Kingsmill Abbott. London: Longman, Green and Co., 1898. Daha yeni bir ayrı çeviri Paton tarafından yapılmışsa da (*The Moral Law, Grundwork*. Trans. H. J. Paton. London: Hutchinson's University Library, 1947), ben daha geniş bir çalışma olduğu için öncekini kullanmayı tercih ettim.

³ Kant, 1898, p. 8.

⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁵ *Ibid.*, p. 38. İfade eserde şu şekildedir: “Act only on that maxim whereby thou canst at the same time will that it should become a universal law”

koyabilen bir yasadır (*gesetz*), fakat o benim *kendi* özgürlüğümü bu yükümlülük uğruna sınırlamam *gerektiğini* hiç beklemez, [ya da] pek az talep eder; bunun yerine akıl, sadece özgürlüğün kendi idesiyle uygunluk içinde bu koşullarla sınırlı olduğunu ifade eder ve o eylemsel olarak (*tätlich*) başkaları tarafından da sınırlandırılabilir, ve de bunu daha ileri derecede kanıtlanması mümkün olmayan bir postulat olarak ifade eder.”⁶

Kant'ın ahlak yasası, genel olarak, formel görünümüyle hukukun dile getirilmesidir ve Kant'ın onu farazi olarak ahlakla ilişkilendirse de, üstün yasama olarak yücelttiği dolaysız bir şekilde anlaşılabilir. Genel olarak Kantçı hukuk kavrayışını dikkate alarak, pozitif hukukun sınırları içinde dikkate alınmış olduğu üzere, hukukun evrensel yasası hukuka yönelik liberal kavramlaştırmanın içeriğini ihtiva eder; çünkü onun sonuçları, esasen yaşam, özgürlük, özel mülkiyet, gece bekçisi devlet ve hukukun üstünlüğünden oluşan liberalizmin korunmasını esas aldığı temel bileşenlerini ihtiva ediyor durumdadır⁷. Ancak Kant'ın siyasal konumlanması hiç de liberalizme uygun surette dikkate alınmaz; aksine o -geleneksel- siyasal tutuculuğun içinde sayılabilecek durumdadır. Bundan dolayı Kant, hukuk düzeninin liberal paradigmasına uygunsuz durumdaki yasa yapma faaliyetini kasvetli bir şekilde yüceltir; bunu hukuku yasa koyucudan kaynaklanan yasa (*gesetz*) ile eş kabul ederek ve yasa koyucuyu “saf pratik akıl”⁸ olarak kimliklendirmek suretiyle yapar:

“Her devlet kendi içinde üç *otoriteyi* ihtiva eder; şöyle ki, genel birleşik istem üç kişiden (*trias politica*) oluşur: yasa koyucunun şahsında toplanan *egemen otorite* [*Herrschergewalt*], yöneticinin şahsında (hukuka uygun surette) yer tutan *yürütme otoritesi* ve yargıcın şahsında bulunan yargısal (her bir kararı hukuka uygun verdiği) otorite (*potestas legislatoria, rectoria et iudicaria*).”⁹

Kant'ın düşüncelerinin kendi çağdaşı Prusya aydınlanmış mutlakçılığı ve onun zora dayalı modernleşme projesinin 1794'de *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*'in (Prusya Devletleri Genel Memleket Kanunu) yapılması ile ürününü ortaya koyan hukuku yasa ile eşitleyen anlayışıyla ayrılmaz şekilde bütünleştirmiş olduğunun düşünülmesi hususu ciddi şekilde dikkate alınmalıdır.

⁶ Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals*. Trans. by Mary Gregor. Cambridge University Press, New York 1991, pp. 56-57.

⁷ Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence*. Trans. by W. Hastie. Edinburgh: Clark, 1887, *passim*.

⁸ Pratik akıl Saint Thomas'tan kaynaklanmış olmalıdır. Cf., St. Thomas Aquinas, *Political Writings*. Ed. and Trans. by R. W. Dyson. Cambridge Uni. Press, Cambridge 2002, *passim*.

⁹ Kant, 1991, p. 125.

Kantçı kategorik imperatif saf aklın kategorileriyle aynı kaynaktan gelmektedir; bu noktada ödevin formel özelliği *noumenon* dünyasının mahiyeti gereğidir, ancak kaçınılmaz şekilde *phenomenon*'un bilgisi ile ilişki içindedir, bu nedenle, deneyimleme ile ilişki içinde farz edilen *hypothetical imperative*'i husule getirir. Kantçı kategorik imperatif hukukun objektifliği amacını takip eder; onun motivasyonu isteme özgürlüğünde birleşen iyi isteme ve pratik akıldır. Bu esnada, kategorik imperatifin sübjektif karşılığı objektif hukukun rehberliği altında prensibi ifade eden *maxim*'dir. İnsanoğlu cahil veya doğal eğilimleri koşulları altında yaşıyor olsa bile *maxim*'e dayanarak edimde bulunma yetisine sahip olur¹⁰; bu yolla “sübjektif” edim anlamını “objektif”e uygunluğunda bulur. Kant bunu şöyle ifade etmişti: “Daima bu kabil bir *maxim*'i icra et, böylece aynı zamanda istem evrensel yasa olabilsin; bu istemin asla kendisiyle çelişkiye düşmeyeceği biricik durumdur ve böylesi bir imperatif kategoriktir...”¹¹. Kant ahlak yasasını ahlaktan ayırt etmiştir ve ilki *mundus intelligibilis* ile uygunluk içindeyken, antropolojik değer taşıyan ve empirik elemanı ihtiva eden ikincisi *mundus sensibilis* tarafından beslenmiştir. Kant, ahlakın ahlak yasasının rehberliği altına olması gerektiğini ifade etti, fakat bizim “ahlak kuralları” olarak adlandırdıklarımız, Kant'ın terimleriyle, mahiyetleri koşullu ve *synthetic olan* duyuların ve biriktirilmiş deneyimler nedeniyle *per se* empirik elemanı ihtiva eder¹². Böylece, ahlak kendi nedenselliği içinde mutluluğu hedefleyen, ancak rasyonel amacı olmayan heteronomi üzerine de inşa edilebilir durumdadır.

Göründüğü kadarıyla Kant kendi çağının ahlak kavramını yerinden etmedi; fakat ifade edildiği şekilde “ahlak yasası” aracılığıyla hukuka analitik bir temel inşa etmeyi tercih etti. Kant'ın hazır bulduğu ve önemseydiği ahlak kavrayışı bir şekilde, haz ve acı dikotomisinden kaynak alan duyusal kavramlaştırma olarak, David Hume tarafından *A Treatise of Human Nature* başlıklı eserinin III.ii.1 paragrafında ifadeye kavuşturulmuştur¹³; burada ahlaki iyi akla dayandırılmaz ve bu nedenle ispatlamaya elverişli değildir. Hume, III.i.2'de ifade ettiği üzere, duyusal süreçler ve anlayış gücü insanoğlunun birbirinden ayrı alanlarına aittir; ancak ilki ikincisinin yönlendirmesi altında olmadığında insanoğlunu aciz durumda bırakır. Duyusal süreçler kendi başlarına toplumsal durum ve özgürlük için yetersiz durumdadır, zira onlar bireylerarası deneyimlemeye ihtiyaç duyarlar; fakat ahlaki kural ve

¹⁰ Kant, 1898, p. 38.

¹¹ *Ibid.*, p. 55.

¹² Kant, 1898, pp. 62-6 105; Kant, 1991, p. 45.

¹³ David Hume, *A Treatise of Human Nature*. Ed. L. A. Selby-Brigge. Oxford: Clarendon Press, M DCCC XCVI (1896), p. 455 et seq.

ilkeler akıldan çıkarsanamaz. Çünkü, Hume eserinin II.iii.3 paragrafında iddia ettiği üzere¹⁴, akıl kendi başına herhangi bir eylemin motivasyonu olamaz ve isteme yön verilmesinde duyuma aykırı düşemez. Kant'ın görüş açısında, ahlak yasası dışında kalan “genel olarak ahlak” Hume'un ahlak kuralları anlayışından miras alınmıştır, mutluluk arayışı tarafından yön verilir ve hipotetik karakterdedir. Ancak Hume'e karşıt olarak Kant, “hem pratik, hem de spekülatif akıl, her ikisi de saf akla kök salmış olmakla aynı yetiye dayanır” düşüncesindedir¹⁵. Sonuç olarak, Kant saf akıl ve pratik akıl arasındaki özdeşliği öne sürer, bununla ahlak yasasından kaynaklanan ilke ve kurallar mantıktaki çıkarsamalara paralel şekilde analitik özelliklidir: başka ifadeyle, ödev ifadeleri büyük önermeye benzer durumdaki ahlak yasasından çıkarsanmış kabul edilir.

Kant ve Hume'un ahlak teorileri arasında yapılacak bir karşılaştırma birilerine yersiz görünebilir; fakat böylesi bir karşılaştırma bireyin kurulu hukuk düzenine uyumunu aydınlığa kavuşturabilir. Her iki felsefeci halihazırda içinde yaşadıkları hukuk düzenlerini yüceltirlerken, tutucu görüş açılarını kutsallaştırmışlardır. Kant daha ileri bir açıklama getirmeksizin veya hukuki kodlaştırmanın mahiyetini sorgulamaksızın hukukun formelliğine yoğunlaşarak, yasamanın siyasal doğası ile yasanın hukuksal kodun bütünlüğüne eklenmesi arasındaki farklılığı dikkate almadı ve herkesi her koşulda bütün yasama tasarruflarına itaat etme yükümlülüğü altına soktu. Kant'ın hareket noktası hukuk düzenini açıklamakta ilk adım olarak, “benim ve senin olanın sahipliği” biçiminde ifade ettiği, özü objeler üzerindeki bireysel mülkiyet olan özel haklardır; bununla haklar ve ödevler sistemini eklemlemiştir¹⁶. Vakti, Kant ahlak yasası doktrininde rasyonel insanı postulat haline getirerek Hume'un duyumculuğundan radikal şekilde farklılaşmıştır; ancak ikisi de hukuksal ve siyasal alanlar söz konusu olduğunda birbirlerine benzer sayılmalıdır. Bu arada, Hume hukukun makul temeli olarak erdem öğretisine dayanmışken¹⁷, Kant erdemlerin nihai olarak ahlak yasası tarafından belirlenmesi gerektiğini düşünmüştür. Gerçekten, Hume'un erdem doktrini yukarıda zikredilen eserinin III.ii bölümünde yer aldığı üzere geri dönüşsüz şekilde bireylerin (mülk sahiplerinin) kendilerini sevmeleri ve egoizmlerinden kaynağını alır; adalet bu koşullarda yaşayanların uyuşmaları yoluyla insan eseri yani *artefact* olarak inşa edilir.

Nihayet, erdem doktrini içinde yorumlanan ahlak probleminin subjektif cephesine işaret etmeliyim. Erdem belli ölçülerde ödevi, toplumsal onay

¹⁴ *Ibid.*, p. 423 et seq.

¹⁵ Kant, 1898, p. 182.

¹⁶ Kant, 1991, p. 68.

¹⁷ Cf., Hume, *op. cit.*, pp. 490-492.

almayı ve makul karar vermeyi içinde toplayan problematik bir konudur, ki etik değerlendirmeyi de, bu değerlendirme edimini pratikte yadsıyarak bireye dıştan yüklenmiş ödevde kör bir itaati de harekete geçirebilir. Ahlak ve etik arasında kurulan eski *vis-à-vis* paralellik karşısında, Kant ahlak yasası ve bireysel olan etik alanlarını birbirinden ayırt etmiştir¹⁸; böylece, etik “ahlak yasasından kaynak alması gerektiği” şeklinde bir anlayışla erdemler doktrini altına yerleştirilmiştir. Kant objektiflik ve sübjektiflik veya *noumenon* ve *phenomenon* arasındaki ayrılığı tasarımlarken¹⁹, bunlar analitik ve sentetik önermeler arasındaki metodolojik farklılığa da denk düşmekteydi; bütün olarak bu, ahlakın içsel cephesinin (ödev olarak erdem) dışsal cepheye (objektif hukuka) tabi olması gerektiğinin ifade edilmesidir. Kant'a göre hukukun en yüksek prensibi olan analitik özellikteki ahlak yasası kategorik imperatife yön vermektedir; bu koşullarda etik ödev *maxim*'e varlık kazandırmaktadır, fakat bu kategorik imperatife uyumda analitik bir zorunluluk mevcut değildir. Bu kabil bir uyum ahlak yasasının rehberliğinde erdemli insan olunması için bir tavsiyedir. Kant iki çeşit ödevi dile getirmiştir, bunlar kişinin kendi mükemmelleştirmesi ve başkalarının mutluluğu hedeflemesine yöneliktir. Bu hedeflere erişebilmek bizi hipotetik imperatiflerle ilgili hale getirir, tıpkı “uygun surette hipotetik imperatif sadece eylemin bazı hedefler yönünde iyi, *mümkün* ve *edimsel* olduğunu söyler, tıpkı o birinci durumda problematik, ikinci durumda *assertorial* pratik prensiptir”²⁰ biçiminde ifade edildiği gibi. Böylece, Kantçı erdem doktrini *per se* “insanın ahlaki istemi”nin gücü anlamına gelen hipotetik özelliği öne sürer; ki ahlak yasası (objektif amaç) mevcut olsa da olmasa da insanlık durumu içinde vücut bulmuştur; bunun üzerinde yükselen etik kişilik *maxim*'e uygun surette edimde bulunabilecek şekilde iki ödevi hedeflemiş olabilmelidir²¹. Kant normal olarak ahlak yasasının rehberliği yönünden medeni hayatı postulat haline getirir veya ahlak yasasının yokluğu sadece bir faraziye olarak değer taşır²². Böylece, Kantçı düşünceye göre, etik ödevin *maxim*'i ahlak yasasının kategorik imperatifinin rehberliği altında olmalıdır; başka bir ifadeyle, erdem ahlak yasasına itaat etme yoluyla rasyonel olarak ödevi amaçlar.

Hume'un erdem üzerine görüş açısı istemin rasyonel olmayan kaynaklarını açığa vuran akıl ve duygu arasındaki ayrımla tutarlı durumdadır²³. Kant istemi belirlemede akla sıkıca sarılırken, *maxim*'i bir önerme gibi düşünmesi

¹⁸ Kant, 1991, p. 185.

¹⁹ Cf., *Ibid.*, p. 199.

²⁰ Kant, 1898, p. 39-40.

²¹ Kant, 1991, p. 206-210.

²² Cf., Kant, 1991, p. 231; Kant, 1898, pp. 62-65, 105.

²³ Hume, *op. cit.*, pp. 413-418.

nedeniyle, eylemi bir çeşit mantıksal çıkarsama konumuna dönüştürdü²⁴. Kant öncesinde Hume, “ahlaki niteliklerin onanması akıldan veya düşüncelerin karşılaştırılmasından çıkarsanmaz, ancak bütün olarak ahlaki tecrübe (moral taste) ve haz veya tiksilmeye ilişkin belli duygularından, bunlar üzerine fikir yürütme ve tikel nitelik veya özelliklere ait görüş açısından çıkarılır”²⁵ derken, akıl ve duygunun alanlarını birbirinden ayırmıştı. Aynı şekilde, Hume erdem ve kötülük (vice) arasındaki ayrımı dile getirdi, fakat her ikisinin haz ve acıdan kaynaklandığını ve bizde mutluluğu tercih şeklinde tecelli ettiğini düşündü; bununla toplumsal alanda, onların doğalarından kaynaklanan değerleri yerine, bütünüyle kişilere ve durumlara göre farklılaşabilen şekilde, birincisi sempati ve duyguların alış veriş ve ikincisi duygular arasında karşılaştırma yapmak üzere iki prensip ortaya çıkmıştır²⁶. Hume epistemolojik olarak ahlak alanında aklın kurucu rolünü reddetmiş, fakat insana dışsal dünyadan gelen uyarımların deneyimlenmesi sonrasında akıl aracılığıyla karar vermeye yumuşak bir şekilde eğilim göstermiştir.

Ahlaka ilişkin Kantçı ve Humecu teoriler birine diğeri aracılığıyla göndermede bulunduğumuzda karşımıza baş aşağı bir zihinsel imaj çıkarmaktadır, ki bunların her biri kendi farklı hareket noktasına ve nihai sonuç görüşüne göre anlamlı olabilir. Hume, ahlaki duygulara sahip ve erdemi iletişim yoluyla ortaya çıkarabilen bireylerin çoğulluğuna dayandırırken, Kant ahlak yasasının objektif olduğunu ve erdemin bireylerin bu yasayı rehber edinmesi içinde vücut bulduğunu postulat haline getirdi. Bu görüşlerin her biri iki farklı modernlik modeline ait zihin durumları ile ilişkili olabilir: ismen belirterek, bunlar İngiliz liberalizmi ve Prusya etatizmidir. Adalet ve mülkiyet görüşleri dikkate alınarak, Hume etiğinin zirvesi kendisini egoist bireyin yüceltilmesinde açığa vurur²⁷; fakat bireyler arasındaki sempati ve iletişim her biri tek tek kendi başına olan bireylerin davranışlarındaki kötülüklerin ve çatışmaların toplum dışı sonuçlarının yumuşatılması için güvenilir bir imkanı temin etmektedir. Bu iki imkan aracılığıyla bireylerin egoizmleri birbirleriyle telif edilebilir olmaktadır. Hume, adalet için tek çarenin insan eseri olan bir uylaşım olduğunu iddia etmiştir; bu, kendi başına bireyin

²⁴ Kant, 1991, p. 52; Kant, 1898, p. 184. Kant'ın *Critique of Practical Reason* (pp. 218-228) başlıklı eserindeki “Saf Pratik Aklın Postulatu Olarak Ruhun Ölümsüzlüğü” ve “Pratik Aklın Postulatu Olarak Tanrının Varlığı” başlıklı bölümler dikkate alınarak, Kantçı ahlakın, Spinoza tarafından *Ethica*'nın birinci ve beşinci bölümlerinde öne sürüldüğü gibi, tanrısal takdirden ilham alınmış Hıristyan ahlakının yeniden doğrulanması sayılabileceğini açıkça ifade ediyorum. Bkz., Benedict de Spinoza, *A Spinoza Reader*. Trans. by, Edwin Curley. Princeton NJ, Princeton Uni. Press, 1994, p. 244 *et seq.*

²⁵ Hume, *op. cit.*, p. 581.

²⁶ *Ibid.*, pp. 592-594.

²⁷ *Ibid.*, p. 486, *et seq.*

adalet için ortaya koyacağı eylemi aşan şekilde, “kamu adaleti erdemi” olarak adlandırılmıştır. Hume göre, bireyin öz çıkarı bireysel adalet eyleminin inşa edilmesinin biricik motivasyonudur, fakat kamu adaleti sempati ve kamu çıkarı (barış ve güvenlik) aracılığıyla ortaya konulabilir ki bunlar insanoğlunun ilerlemesi süreci içinde inşa edilen ahlaki olumlamalardır²⁸. Bu bağlantı noktasıyla Hume, bir tarafta insan hayatının değişmez özellikleri saydığı özsevgisi ve öz çıkarı ile doğal bireyi yüceltmekte, diğer taraftan sempati ve uylaşım yoluyla adalete vücut veren ilerleme ve insan duygularının yeniden şekillendirilebilmesini kabul etmektedir. Hume, bu dönüşümü, Locke'un ısrarla doğal haklara vurgu yapan ve yaşam, özgürlük ve mülkiyeti güvenceye almak için bir siyasal toplumun inşasına dayanan görüş açısı²⁹ yerine, insan toplumunun hacminin artması ve yayılmasına dayandırmaktadır. Hume için “doğa durumu” denilen şey hiç mevcut olmamıştır, bu yüzden doğuştan gelen ahlak kuralları veya haklar da mevcut değildir; bundan dolayı o doğa durumunu “Altın Çağlar” şiiirinde yer aldığı gibi, bir tür şairane kurgu saymıştır³⁰.

Hume kendisini, toplumun üyelerinin sayısının artması yoluyla kabileler ve uluslar haline geldiği, bunun da genişleyen ticaret ve diğer iradi ilişkilere paralel olduğu düşüncesi içinde tutmuştur: İnsanlar başlangıçta kendi doğal erdemleri (çıkarları) nedeniyle şiddet tehdidi altındadır, çünkü birey tek başına kendisine yapılan ihlalleri barışçıl şekilde gideremez. Böylece, Hume'a göre, adaletsizlikler bizim çok uzağımızda ve bize zarar vermiyor olsa dahi, biz onları kötü saymayı sürdürürüz, çünkü onların toplumun bütününe zararlı olduğu ve tekil birey için zorluk oluşturduğu hissedilmeye devam etmektedir. Bu bağlamda Hume, adalet sorununun kamusal bir ilgiye mazhar olduğuna, bunu da bir analitik kategoriden çıkarsanmış olarak değil, fakat duygulanımlar yoluyla yaşanan insan deneyimlemesinin sonucu olarak, sempati yoluyla gerçekleştiğine işaret etti³¹. Böylece, ona göre, baştaki hükümet, kamu çıkarından kaynaklanmış oluşu nedeniyle, bu erdeme iştirak eder, bu sayede bizim tekil adalet duygularımız tedricen kamunun olumlamasına konu olarak kendi doğal sınırlarının ötesine yayılır, adalete dönük saygıya yol açar ve yeni nesiller bu koşullar altında dünyaya getirilerek, kamu adaletine saygı duyulan bir toplumsal bağlam içinde yetiştirilir.

²⁸ *Ibid.*, p. 499, *et seq.*

²⁹ Bkz., John Locke, *Two Treatises of Civil Government*. Introduction by William S. Carpenter. London, Everyman's Library, 1966, pp. 154-164.

³⁰ Hume, *op. cit.*, p. 493.

³¹ *Ibid.*, p. 499.

3. AHLAK VE ETİK ZORUNLU OLARAK PARALEL ALANLAR DEĞİLDİR

Çağımızda insan bilimlerinde, özellikle kültür araştırmalarında ve sosyal antropolojide yaşanan değişme sonrasında Kantçı ve Hume'cu görüş açıları insan ediminin toplumsal mekanizmasının mahiyetini ileri şekilde aydınlatmada yeterince ikna edici değildir. Daha önce ifade ettiğim gibi, Kant kendisini bilinçli şekilde toplumsal gerçekliğin dışına çekti ve onun ahlak yasasına ilişkin teorisi sadece *mundus intelligibilis*'e taalluk eder; diğer taraftan, Hume'un teorisi kaynağını fenomenal dünyadan aldı, fakat kurulu hukuk düzenine sağlıklı onayı ferasetli bir şekilde ortaya koyamadı. Modern toplumlarda dikişsiz tek parça ahlak sistemleri mevcut olmamakla birlikte, her iki düşünür tek ve bütünleşmiş bir ahlakın varlığını farz etti. Oysa, tam tersine, modern toplumlarda birbirinden farklı ahlak çevreleri yer almaktadır. Cemaatçi ahlak yaklaşımları veya erdem etiği sorunun mahiyeti konusunda bilinç sahibidir, ancak, kanımca, güvenilir bir kuramsal çözüm için herhangi bir çare ortaya koyamamaktadırlar. Cicero'dan beri devam eden³² kuşatıcı bir geleneğe dayandığı üzere, ahlak teorisinde rasyonelliğe dayanmak konusunda herhangi bir teşebbüs, doğasından gelen şekilde, değişmez ahlaki iyilerin varlığını kabule eğilimlidir. Bu noktaya kadar rasyonalist ahlak felsefecileri, her ne surette onları titiz açıklamalarla tanrısallıkla bağlantılandırsınlar veya bağlantılandırmassınlar, kendi metafizik apaçıklılık önkabullerini yeniden ortaya koymuşlardır. Kant da, bu yolu bir istisna dışında ılımlı bir şekilde izlemiştir; onun kategorik imperatifi, erdem konusunda ahlak yasasının rehberliğinde bir *maxim*'in vücut bulmasının gerekliliği şeklinde sunulmuşsa da, kendisi maddi içeriği olan bir moral kodu değil, bir formu öne sürmüştür. Oysa, pratikte o, egemenin üstün iradesine hukuk formu içinde razı olmaktır. Aksine, Hume'cu ahlak ve erdem kuramı ilk bakışta varsayılmış olarak bireysel duyumsamaların genel toplamını oluşturan alelumum kamuoyu üzerinde odaklanmıştır; böylece, ahlak anlayışı kuramsal olarak etik inançlarda yaşanabilecek olumsuzluklara veya değişkenliklere maruz durumdadır. Dahası, bu uyuşum, mülksüz insanların sonuçsal olarak erdemle ilgisiz sayılması ve egemen iktidarın rıza mühendisliği rolünün bilinçli şekilde gözden uzak tutulması nedenleriyle, önemli bir noksanlıkla maluldür. Bu konuda görüş açıklamaya çalışan biri olarak, hedefim saf bir ahlak kuramının olanaklılığının müzakeresi değildir; ancak benim ilgilendiğim husus aralarında bazı sınır durumu görünümüleri veya benzerlikler mevcut bulunsa bile, ahlak ve hukuk arasındaki farklılık üzerinde durmaktır. Alman hukuk sosyologu Niklas Luhmann kendi hukuk teorisi sisteminde *kod* ve

³² Cf., Cicero, *On Moral Ends*. Trans. Raphael Woolf. Cambridge University Press, Cambridge 2004, *passim*.

program'ı birbirinden ayırmıştır³³. İlki, ikili kodlama olarak, toplumun hukuksal alt sistemi içinde hukuksal düşüncelerin ve yargıların eklenmesinin bağlantı noktasına işaret ederken, ikincisi hukuk sisteminin çevresinden kaynaklanan, fakat kodlama aracılığıyla sisteme bütünleşerek eklenme olanağına sahip hukuk olgularını ve düşünceleri ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, gelenekler, ahlak kuralları ve adalet istemlerinin program içinde yer aldığı düşünülmektedir; ki bunlar potansiyel olarak hukuk sistemiyle bütünleşmek üzere seçilebilir ve kodlanabilir, yani hukuksallaşabilir durumdadır. Ahlak, toplumsal yaptırımlarla desteklenmiş şekilde, bütün toplumsal yapış tarzlarını ve gelenekleri ayırım gözetmeksizin içine alabilen sınırları belirsiz bir kavramdır. Sorulabilir olan soru, hukukta “saf” hukuk teorisi adına tartıştığımız ölçüde saf ahlak veya saf etiğin ayrı ayrı araştırılıp araştırılmayacağıdır. Belli sayıda felsefeci ahlakı bir felsefe sorunsalı olarak yorumlamayı sürdürse de, ahlak günümüz dünyasında toplumsal bilimlerin araştırma konusudur. Bu arada, felsefecilerin bilinçli ve karar verilmiş eylem olarak dile getirdiği etik hala felsefenin bir alanıdır, ki etik eylem dikkatle içgüdüsel veya çıkar eklenmesine yönelik davranıştan dikkatlice ayırt edildiğinde refleksiyona konu olabilmeyi hak etmektedir. İçgüdüler ve çıkarlar genel olarak çatışmaya yol açmaktadır; her ne kadar çatışma ilgililerin paylaştığı ahlak kuralları veya diğer normların koruması altında pazarlık, karşılıklılık ve çıkarların dengelenmesi yoluyla er geç yumuşatılsa da. Ahlak kuralları üstüne kısa yoldan bir faraziye olarak fikir birliği veya uyuşmanın varlığını düşünsek bile, onlar etik ile *vis-à-vis* özdeş değildir; çünkü bireysel edimi değil, yaşama geçirilebildiği sınırlar içinde bir toplumsal düzeni temsil etmektedirler.

Ahlak kuralları belli ölçüde kamunun kınamasından, toplumdan sürgün etmeye kadar uzanan veya bütün karşılıklılık formları içinde bireyler tarafından harekete geçirilen, ancak toplumda etkili anlayış zemininde çatışmaların yönetildiği ve yatıştırıldığı koşullarda yaptırımlarla donanmış tek taraflı veya çok taraflı yükümlülükler dayatırlar. Bu bakımdan, biz toplumu bireyler ve gruplar arasındaki iletişim yoluyla dikkate alırız. Marshal Sahlins'in işaret ettiği üzere, topluma üç adet karşılıklılık formu egemendir ve bunlar “genelleştirilmiş”, “dengelenmiş” ve “negatif” karşılıklılık türleridir³⁴. Ahlak kuralları kültürün asli bir elemanı olarak hukuka benzer bir

³³ Niklas Luhmann, *Law As a Social System*. Trans. Klaus A. Ziegert. Ed. Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, and Rosamund Ziegert. Introduction by Richard Nobles, and David Schiff. Oxford University, Oxford 2004, *passim*.

³⁴ Marshal D. Sahlins, *Tribesman*. Englewood, Prentice-Hall, 1968, p. 85. Lévi-Strauss'un işaret ettiği gibi, sadece ahlak kuralları değil, fakat bununla birlikte toplumun bütün olarak yapılaşması bireyler ve gruplar arasında üç temel alandaki iletişim aracılığıyla vücut bulmuştur; ismen belirtilerek bunlar objelerin, fonemlerin ve kadınların mübadelesidir. Bkz., Claude Lévi-Strauss, *Structural Anthropology*. Vol. 1. Trans. Claire Jacobson, and Brooken Grunffest Schoepf. Middlesex, Penguin, 1979 pp. 60-61.

işlevi ortaya koyarlar, fakat ya hukukun üst-belirleyen olduğu koşullarda toplumsal dengeye uyum sağlayabilmiş durumdadır veya ona direnmektedir, ancak her halde toplumdaki *status quo*'nun bütün olarak yapılaşması içinde vücuda getirilmişlerdir. Ahlak kuralları kendilerini karmaşık bir toplumda toplumsal yaşamın bütün karakteristikleriyle, özellikle bakış açıları, iktidar dengesi ve üretim biçimi ile, içsel bir ilişki içinde birbirinden farklı toplumsal norm sistemleri olarak açığa vururlar. Modernlik üzerine yapılan araştırmalara nazaran kapitalizm toplumda mevcut genel bir ahlak sistemini eritmiş ve onları bir şekilde piyasa ilişkilerine egemen olan dengelenmiş karşılıklılığa indirgemıştır. Bu koşullarda insanlar herhangi bir “genelleştirilmiş” karşılıklılığı yaşama geçirebilecek veya yaşama geçirilmesini ümit edebilecek halde değildir. Karl Marx meta fetişizmi eleştirisinde kapitalist toplumda bütün toplumsal ilişkilerin sihirli bir şekilde meta sahiplerinin piyasa ilişkilerine tercüme edildiğini ifade etti; bunu izleyen şekilde, piyasa koşulları içinde mübadele değerlerinin alışverişi bütün insan ilişkilerinin üstünü örtmüştür³⁵. Paradigmatik kabullerinin Marx'dan farklı olması bir tarafa, Max Weber ve Richard Henry Tawney de kapitalizmin kendi öncesindeki mevcut ahlakı bozup dağıttığını iddia etti. Weber, kapitalist gelişme ile Calvinizm başta olmak üzere Protestan topluluklarda ortaya çıkan yeni tip bir erdem ilişkisini inceledi³⁶. Bu topluluklar dinsel asketizm, sade yaşam ve Roma Katolikliğinin ahlaki ekonomi yaklaşımının yadsınması yoluyla, orta sınıf kazanç çabasını kutsallaştıran günlük çalışma disiplinini öne çıkarmışlardır. Weber kapitalizmin kendi farz ettiği “ruh”unu kutsallaştırdı, ancak erken aşamasından sonra yaşanan zenginleşme nedeniyle bu ruhun dramatik şekilde ortadan kalktığını üzülenek ifade etti; ki bu ruh açgözlülüğe dönüşmüştür. Weber kapitalizmin ruhunun geleneksel ahlakın yerine rasyonelleşmeyi koyarak ahlakı bozup dağıttığını, fakat bundan sonra durumun ahlaki bir boşlukla sonuçlandığını ifade etmiş oldu. Püritenlik ve kapitalizmin ilişkisi üzerine Weber'den daha sakin bir kuramcı olan Tawney, benzer şekilde, Püritanizmin –Weber'in düşüncesinden farklı olarak– kapitalizmin kökeni olmadığına, fakat enerjisini yükselten bir tonik etkisi yaptığına işaret etti. Tawney kapitalist toplumu, hissedarlarının hakları ve sorumlulukları sınırlı olan bir anonim şirkete benzetti; bundan dolayı kapitalist toplumda iyiliksever bir ahlak için hiç bir imkan bulunmamakta, fakat sadece ekonomik çıkarlar mevcut olmaktadır³⁷. Bu koşullarda Tawney, kapitalist toplumda insanın dönen kafese konulmuş bir sincaba benzediğini, iyilikseverlik üzerine üzerine temellenen etik erdemleri gözetmesinin çok

³⁵ Karl Marx, *Capital*, Vol. I, Ed. by, Friedrich Engels. Chicago, Charles H Kerr and Co, 1909, p. 81 *et seq.*

³⁶ Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Trans. by, Talcott Parsons. Introduction. Anthony Giddens. London and New York, Routledge, 2001, *passim*.

³⁷ R. H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*. Mentor Book, New York 1963, p. 164.

zor olduğunu, sadece kıskanç bir ekonomik birikim için uğraş verdiğini dile getirdi³⁸. Benzer şekilde, süreklilik arz eden belli çevreler veya sendikaların üyeleri arasında ortaya çıkabilen örnekler müstesna olmak üzere, işçi sınıfından bireyler arasında da iyilikseverliğin zemini yoktur, çünkü onlar geçimlerini sürdürecektir geliri güçlkle kazanmakta ve ekonomik artıya erişmemektedirler.

Protestan etiği üzerine değerlendirmeler etiğin ahlak tarafından her durumda dolaysız şekilde belirlenmiş olmadığını açığa vurdu; zira ahlak kurallarının etkili şekilde zayıflaması veya daimi bir hal almış bir ahlak boşluğu yahut yokluğu durumunda da bireylere ait bazı erdemlere var olmaya devam edebilir. Ahlak ve etiğin birbirinden ayrı oluşu 18. yüzyıl Alman Aydınlanması'nda oldukça dikkati çeker durumdaydı; bu, teoloji çalışmalarında Protestanlık ve Pietizm tarafından beslenmiş şekilde, özellikle kurulu ahlak kurallarıyla bağımlı koparmak yoluyla rasyonalist bir etik ile meşgul olan Halle Üniversitesi tarafından tetiklenmişti³⁹. Gerçi herhangi bir bütünsel toplum için sıfır düzeyinde bir ahlak muhtemelen bir hipotezdir ve günümüzde hala bazı mevcut ahlak kuralları daha küçük gruplar veya topluluklar içinde dokunulmamış veya yeniden biçimlendirilmiş şekilde varlığını devam ettirmektedir, fakat kapitalist toplumun bütününe kapsayabilecek güçte tam ve bütünlümlü bir ahlak kuralları sistemi mevcut değildir. Bundan hareketle, herhangi bir modern toplumda bütünlüklü ve dikişsiz bir ahlakın mevcut olmadığını ve böylesi bir ahlaki alanın, Kant'ın faraziyesindeki *mundus intelligibilis* gibi, sadece farazi bir toplumu ifade edebileceğini açıkça belirtiyorum. Yatay (örneğin, topluluklar) ve dikey (örneğin, statü grupları, toplumsal sınıflar ve bütün toplumsal tabakalanma türleri) toplumsal kategorileri içinde barındıran, kapitalist üretim biçimi koşulları altındakiler başta olmak üzere, bütün uygar toplumlar için böylesi bir bütünlüklü ahlak sistemi, olsa olsa sadece egemen ahlaki görüş açısının ifadeye kavuşturulmasıdır, ki bu kabil görüş açıları zaten egemen sınıflar veya yerleşik iktidar sistemi tarafından onaylanmış durumdadır. Sonuç olarak, bazı hukuk felsefecilerinin iddia ettiği hukuk ve ahlak arasındaki uyum, sadece egemen görüş açısı dışında kalan ahlak anlayışlarını bilinçli şekilde dikkate almadığımız bir durumda anlamlı olabilir. Bundan dolayı hukuka itaat etmenin *prima facie* ahlaki yükümlülük olduğu iddiası tavuk ve yumurta ilişkisinin döngüselligi anlamına gelen ümitsiz bir çabadır; çünkü iktidar sisteminin bir vechesi olan hukuku, egemen ahlak kurallarından ibaret olan diğer vechesine referans suretiyle ortaya koymuş olmaktadır⁴⁰.

³⁸ R. H. Tawney, *The Acquisitive Society*. Harcourt, Brace and Co., New York 1920, pp. 2-3.

³⁹ Anthony J. La Vopa, *Grace, Talent and Merit*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 137-196.

⁴⁰ Cf., George C Christie, "On the Moral Obligation to Obey the Law." *Duke Law Journal*, Vol. 6 (1990), pp. 1311-1336.

Burada ifade edilen görüşlerden ayrı olarak, başkaca duyarlı ve sorumluluk sahibi insanlar gibi, kişisel olarak ben de yaşamımda etik bir duruş için çaba göstermekteyim. Ancak, hepsinden önce kapitalizmin zirvesi ve en çok radikalleşmiş şekli olan küresel kapitalizm çağında toplumların yaşamını yönetebilen her yönden kapsayıcı bir ahlakın bulunamayacağını zihnimde tutmaktayım; çünkü kapitalist dünya sistemi içinde yer tutan bütün toplumlarındaki ortak ahlak dünyaları zaten daha kapitalizmin erken dönemlerinden itibaren ortadan kalkmış durumdadır. Ortak bir ahlakın mevcut olmayışına rağmen, bütün duyarlı ve sorumluluk sahibi insanların insanlık lehine iyi niyetle edimde bulunması gerektiği yolunda bir erdemli yaşamı özlemekteyim. Toplumlarımızda makul bulunabilir veya müşterek olarak paylaşılan bir ahlaki kod mevcut değildir, fakat buna rağmen insan haysiyetine ve irade özgürlüğüne gerekli saygıyı göstermek üzerine temellenen bireysel düzlemdeki erdem mümkündür ve istenilendir. Weber'in Protestan etiği üzerine değerlendirmesinde dikkati çektiği gibi, etik ve ahlak kuralları zorunlu şekilde özdeş değildir. Binaenaleyh, etik, özsaygıya, bireyin tutarlı bütünlüğüne ve iyiniyetine ilişkin bir alandır; herhangi gelenek, dinsel inanç veya seküler ideoloji tarafından harekete geçirilsin veya geçirilmesin, o bir şekilde bireyin kişilik ideali üzerinde temellenir. Aynı şekilde, erdemler, bireysel yetişme tarzı, deneyimleme ve değer yöneliminin neticesi olarak, varoluşçu filozoflarda olduğu gibi, herhangi bir moral kod, yasalar, dinsel inanç veya medeni yaşama ilişkin görüş açısına gönderme yaparak veya yapmaksızın tasvir edilebilir ve yaşama geçirilebilir.

Kantçı görüş açısından, etik erdem (maxim'e uygun olmak) ahlak yasasındaki kategorik imperatife uygun olarak icra edilmesi gerekmesi dikkate alındığında, ahlak yasası ve maxim karşılıklı olarak objektiflik veya subjektiflik alanlarına uygun durumdadır. Erdemlilik bireyin kendine tek taraflı şekilde yüklediği ödev olarak kişisel bir konumlanmadır; bununla o kendi vicdanını iç özgürlüğü ve karar verme yetisiyle uyumlu kılmış olur. 20. yüzyıl başlarında Polonya asıllı Rus filozof Leon Petrazycki farklı bir bağlamda etik, ahlak ve hukuk alanlarını birbirinden ayırt eden “emredici (imperative)” ve “kendine yükleyen (attributive)” sifalarına işaret etti⁴¹. Bu iki kavramı Petrazycki ödünç alıyor, fakat bunların içeriğini kendi görüş açısına göre yeniden tasarlıyorum; bu yolla “emredici” kipliği birey üzerinde gerçekleştirdiği zorlamaya gönderme yapan şekilde dışsal yaptırımla donatılmış hukuk ve ahlak kurallarının anlamını ortaya koyabilir; oysa “kendine yükleyen” kipliği kendi iç özgürlüğü tarafından belirlenen şekilde, bireyin bir ödevi kendisine yüklemesidir. Bu ayırım, herhangi toplumsal

⁴¹ Leon Petrazycki, *Law and Morality*. Introduction by A Javier Trevino. Trans. H. W. B. New Brunswick, Transaction Publishers, 2011, p. 45.

iktidara yaltaklanma veya dışsal özellikli ahlaki veya hukuksal kurallara zora dayalı tabiiyetten ayırt edilecek şekilde, otonomi, düşünme ve karar vermenin alanı olan erdemli edimi gün ışığına çıkarabilir. Kantçı veya Humecu fikirler erdemi sonuçsal olarak kurulu hukuk düzenini onaylama ile sınırlandırmıştı, fakat pratikte birey egemenin adil bulmadığı veya zararlı olduğunu düşündüğü kuralları ve emirlerine itaat etmemeyi kendisine yükleyebilir, bu koşullarda bireyin seçeneği onlara muhalefet edebilmek veya tümüyle ortadan kaldıracak bir devrim için harekete geçebilmektir.

Burada hala tekil bir bireyin karar vermesinin alanının genişliğinin ne kadar olduğu hakkında bir soru varlığını sürdürmektedir. Erdem (virtue), anlamın ikili karşıtlık yoluyla toplumsal uyulaşım içinde inşa edildiği bütün dilbilimsel olgular gibi, zihinde karşıtı olan kötü'ye (vice) gönderme yapılarak canlandırılabilir. Erdem ve kötülük, önünde sonunda toplumsal onama ve kınamanın gölgesi altında şekillenen belli ölçütlere delalet eder. Benim görüşüm etik eylemin şöhret edinme veya toplumsal olarak onanmadan ya da herhangi bir toplumsal yargıya yalın bir şekilde boyun eğmekten daha fazla bir şey olduğudur. Yunanlıların Kahramanlık Çağı'ndan miras alınmış erdem (*arete*) kavramının anlamı önemli değişimler geçirmiştir⁴²; felsefeciler bu kavrama yetiştirilme tarzı, cesaret, itidal, eğitim almış olmak, sağgörü, adalet ve benzeri çoklu özellikleri atfetmişlerdir. Fakat etik eylem bireyin etik kişiliği ve eylemin toplumsal bağlamına göre değerli sayılır. Böylece, herhangi bir kavramsal soyutlama etik eylemi kendi başına nitelendiremez veya toplumsal bağlantıları dikkate alınmaksızın herhangi bir edimin her zaman ve her yerde bir değeri mevcut değildir. Bu bağlamda, içeriği ve yerinde olup olmadığı önceden kesin şekilde belirlenebilir olmasa da, “iyi isteme” (good will) asli bir ölçüt durumuna getirilebilir.

Etik karar verme hakkındaki ahlak teorilerinin büyük çoğunluğu modern öncesi çağa uzanan derin köklere sahiptir ve her nasılsa bütün insan edimlerini ve bireylerarası ilişkileri tutarlı bir anlatıyla açıklayabileceklerini farz ederler. Bu arada, biz, özellikle içgüdülerden ve çıkar eklemlesinden kaynaklananlar başta olmak üzere, bazı tür davranışları “etik” başlığı altına yerleştirerek etikleyemeyiz. Alelumum kanaatin aksine, toplumsal uzlaşma ve adalet etikle ilgili sayılamaz; çünkü bunlar iyi isteme ile hiç ilgisi olmayan veya pek az ilgisi olan çıkar eklemlesmesi ve *status quo*'nun devam ettirilmesi eğilimleri ile sıkı bir bütünlük içindedir. Aksine, etik eylem, kişiler kendilerini herhangi bir ahlak kuramının etik görüş açısına bağlı sayсын veya saymasın, iyi istemeyi yaşama geçirebilmektir. Etik eylem kişinin başkaları

⁴² Alasdair MacIntyre, *After Virtue*. Indianapolis, Uni. of Notre Dame Press, 2007, p. 127.

için fedakarlığıdır; bu noktada eyleyen kişi belli bir ilke veya ilkelerin rehberliği altında kendisine içsel bir sınırlama yükler. Bu ilkeler bir dereceye kadar Kantçı *maxim*'e benzerdir, ama altında yatan Kantçı amentüyu paylaşmaksızın. Bu düşüncenin makul sonucu, bir etik edimin ortak ölçülebilir olmadığıdır ve herhangi bir normatif koda indirgenemeyeceğidir. Bununla şunu ifade etmekteyim: yapılabilecek başkaca gerekçelendirmeler bir tarafa, etik, hukuk ve ahlak kurallarından radikal şekilde farklıdır; çünkü bu sadece alanının kesin şekilde kişiye ait olmasından değil, aynı zamanda bireyin iç yasa koyuculuğundan kaynak almasındandır. Sonuç olarak, erdem, üzerinde düşünülmüş eylem için *per se* yetenektir; bununla insan kendisi için inşa edebildiği derecede ve kendi zihinsel durumunun rehberliği altında olabilmesine uygun surette, özerk olarak bütünlüğünü sürdürerek eylemde bulunur.

4. POZİTİF HUKUKUN KAÇINILMAZ OLUŞU VEYA NEREYE KADAR POZİTİVİZM?

Önce, hukuksal pozitivizm üzerine tartışmaların sadece hukukçuların ve hukuk felsefecilerinin eğilimlerini yansıttığı, oysa ülkedeki hukuk sisteminin onların tekil iradelerine uygun surette şekillenmiş olmadığı konusundaki içten kanaatimle başlamalıyım. Hukuk sistemi şimdi veya geçmişte, ülkedeki anayasal sistemin neticesidir, bunu da dünya sistemi koşullarında devletin egemenliği nosyonu altında farz edebiliriz. Thomas Hobbes'a göre, “pozitif” kavramı ya bir şekilde doğada mevcut olanı gösterir, ya da insan zihninde cereyan eden doğada olana yapılan benzetmedir⁴³. Bu görüşe bakılarak, pozitif yasaların mevcudiyetinin doğal olguların kesinliğine benzetilerek farz edildiğini düşünmek yerindedir. Hukukçular arasında hukuku anlamlandırmak amacıyla yapılan tartışmalar anayasal sistemin muhtemel geleceğini belirleyemez; onlar yargısal takdirin felsefi mahiyeti üzerine iddialarda bulunabilirler ve hukuk sisteminin geniş kapsamı ile karşılaştırıldığında bu yolla ancak sınırlı alanlarında etki üretebilirler. Pozitif yasalar ve yargı örgütü egemen devlet tarafından kendi anayasasının siyasal-hukuksal neticesi olarak şekillenmiş olarak hukuk araştırmacısının yaptığı tercihin eseri değildir. Bundan dolayı, bana bir hukukçunun kendisini pozitivist veya tersi şekilde adlandırması anlamsız görünmektedir ve bundan daha ileri şekilde, biz *per se* dogmatik sistem olan hukuk üzerine inceleme yaptığımızda veya eleştiride bulunduğumuzda, bu her ne şekilde yaşama geçirilirse geçirilsin, çabamız hukuk sistemi üzerinde ya hiç etkide bulunmaz, ya da önemsiz derecede etki üretir.

⁴³ Thomas Hobbes, *Leviathan*. Ed. J. C. A. Gaskin. Oxford Uni. Press, New York 1998, p. 25.

Hukuksal gelişmenin erken dönemlerinden beri, belli sayıda pozitif yasalar karşımıza çıkar. Bu alanda hemen hukuk üzerine bilimsel araştırmalarımızın ortak kaynağı olan Roma hukukuna işaret edebiliriz. *Institutiones* I.ii'de ileri sürülmüş olduğu üzere, *ius civile* yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarını içinde toplar; yazılı olanlar yasaları, *plebisicta*'ları, senato kararlarını, imparator fermanlarını, preastor *edictum*'larını, *jurisconsultum*'ların yanıtlarını içinde toplarken, yazılı olmayanlar Roma'nın hukuk kuralları olarak ifade edilen ve kullananların uzun dönemdir varlığına rıza gösterdiği müşahede edilen onay görmüş gelenek ve göreneklerini ihtiva eder. Şüphesiz, Roma'nın özgün olduğu ifade edilen *ius civile*'si pozitif hukuk anlamına gelir⁴⁴. Aynı paragrafta işaret edildiği üzere, Atinalılar kendi yasalarını *ius civile* olarak tanımlamışlardır. *Codex* I.xvii'de yer alan *Constitutio Tanta*, *Digesta*'da yer alan pozitif hukuk kurallarının varlığını aynen devam ettirmek amacıyla, davalara değişiklik yapılmaksızın ve mekanik olarak uygulanmasını emretmişti; meğer ki bu kabil olası değişiklikler yargıçların bilgisizliği sonucu veya hukukçuların ana hatlarını belirtmek ya da özetlemek yönünde yeni girişimleri yoluyla yapılmış olsa bile. Roma yargıçları, pozitif hukuk sistemini yorum yoluyla veya hukuki pozitivizmin hukukçuların yapmamalarını istediği farz edilen durumlara uygun düşen yollarla, değişiklik yapılmaksızın tatbik etmek göreviyle atanmışlardı.

Yukarıda ifade edildiği gibi, gelenek Roma hukukunda bir hukuk kaynağı olarak tanınmıştır; fakat gelenek ve ahlak kurallarının çağımız toplumunda doğrudan doğruya hukuk kaynağı olmasını beklemek yanıltıcı bir düşüncedir. Vakıa, gelenek ve ahlak kuralları (*mores*) Roma dünyasında sembolik bir değere sahiptir ve Roma kentli kültürünün tarihsel akışının ne olduğuna delalet etmez veya tutuculuğun ideolojik sembolünden daha fazlası değildir. M. Ö. 451-439 arasında ataların gelenekleri olarak haklılaştırılan On iki Levha Kanunu *patrician* eliti tarafından yürürlüğe konulmuştur, oysa fiiliyatta Atina'daki Solon'un yasalaştırması örnek alınarak formüllendirilmiştir⁴⁵. Aynı şekilde, İngiliz *common law* sistemi genel olarak gelenek hukuku olarak farz edilir ve hukukun II. Henry sonrasında ulus ölçeğinde bütünleşmesinin sembolü olduğu iddiasıyla meşrulaştırılır⁴⁶. *Common law* İngiliz hukuk sisteminin, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin genel özelliklerinin dışında

⁴⁴ Thibaut. *An Introduction to the Study of Jurisprudence (System des Pandecten Rechts)*. Trans. Nathaniel Lindley. William Maxwell, London 1855, p. 10.

⁴⁵ S. P. Scott, "Preface" in *The Civil Law*. Vol. 1. Ed. and Trans. S. P. Scott. Cincinnati, Central Trust Co., 1932, pp. 1-55.

⁴⁶ Cf., Charles Howard McIlwain, "Magna Carta and Common Law." *Magna Carta Commemoration Essays*. Ed. Henry Elliot Malden. Royal Historical Society, London 1917. pp 122-179.

kalan kendine özgü karakterini temsil etse de, II. Henry, tıpkı *Fleta* ve *Britton* gibi eski tanınmış hukuk kitaplarında veya Ranulph de Glanville ve Henry de Bracton gibi meşhur hukukçuların hukuk uygulamalarında dikkati çektiği üzere, Avrupa'da ilk kez gelenekleri derleyerek değil, kazüistik hukuku uygulayan yargı örgütünü emsal kararları kullanarak merkezileştirmeye çalışarak sistemin temellerini atmıştır⁴⁷. Ortaçağ Avrupası'na ait bazı hukuk dokümanları gelenek derlemeleri olarak adlandırılmıştır; bu olguyu Glanville'in eseri, *Sachsenspiegel* veya *Cotumes de Beauvaisis* ile örnekleyebiliriz. Bunlar ülkenin yeniden işlenmemiş gelenek ve ahlak kurallarından farklı olarak, daha ziyade emsal karar derlemeleri mahiyetindedir⁴⁸. Her ne şekilde ise, hukuk ve gelenek arasında kurulmuş olan metafor modern öncesi toplumlar ve bunların zihin yapıları içinde anlaşılabilir, fakat modernlik sonrasındaki hiç bir hukuk sistemini ifadeye kavuşturamaz. Filhakika H. L. A. Hart modern toplumda geleneğin hala ikinci dereceden kaynak olduğunu iddia etti⁴⁹, fakat bu, bazı geleneklerin ve ahlak kurallarının hukukla tesadüfen aynı normatif doğrultuyu ifadeye kavuşturması haricinde, sadece bizim ticari gelenekleri veya *new lex mercatoria*'yı dikkate aldığımızda doğrudur. Tam tersi yönde, Damren'in işaret ettiği gibi, *stare decisis* doktrinine uygun mahkeme kararları veya genel olarak yasalar, gelenekleri değişikliğe uğratabilmektedir⁵⁰; bununla bizim hukukun, ahlak kuralları ve gelenekler üzerinde tayin edici rol oynadığını iddia etmemiz mümkündür.

Hukukçuluk mesleğine ait bir sorunsal olarak, hukuksal pozitivism, hukukçu faaliyetinin sınırlarını ve metodolojisini belirlemeye dönük bir gayrettir; özellikle çağımız kültürünün bilime dayalı algılamasına tekabül eder şekilde, onun aracılığıyla hukuk sistemini sadece toplumsal düzenin incelikli bir gereci değil, fakat aynı zamanda medeni yaşamdaki iletişimin temel unsuru olarak ele alabiliriz. Her ne kadar “akıl yürütme” kavramı hukukta ciddi şekilde tartışmaya açık olsa da, Postema'nın işaret ettiği gibi, hukuk uygulaması genel olarak kamunun muhakemesine veya akla uygunluk anlayışına tanışık durumda olmalıdır. Postema hukuksal pozitivismin üç temel ilgisine değindi; bunlar (1) hukukun sınırlandırılmış alanı tezi, (2)

⁴⁷ Alice Stopford, “The Centralization of Norman Justice under Henry II.” *Selected Essays in Anglo-American Legal History*. Vol.1. Little, Brown and Co., Boston 1907, pp. 111-138.

⁴⁸ Cf., Philippe de Beaumanoir, *Cotumes de Beauvaisis*. Ed. Am Salmon. Paris, Alphonse Pichard et Fils, 1899, *passim*; Oliver J. Thatcher, and Edgar Holmes McNeal. eds. *A Source Book for Mediaeval History*. New York, Charles Scriber's Son, 1905, pp. 391-399.

⁴⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 44.

⁵⁰ Samuel C. Damren, “Stare Decisis: The Maker of Custom.” *New England Law Review* Vol. 35 (2000), pp. 1-21.

hukukun önceden tedbir alması (pre-emption) tezi ve (3) hukukun kaynakları tezi olarak ayırt edildi⁵¹. Hukukun sınırlandırılmış alanı ve kaynakları tezleri hukukun otonomisine ilişkindir; fakat hukukun önceden tedbir alma tezi, bireylerin hukuk sistemine uyumuna yön verdiğini tahmin ettiğinden, kısmen soru işaretlerine açıktır; çünkü rasyonel toplum faraziyesine dayanmaktadır. Fakat ne toplum ne de hukuk uygulaması, münhasır şekilde bir mantıksal tutarlılık alanı sayılamaz; çünkü bu beklenen tutarlılık çatışan çıkarlar ve yargıçların birden fazla doğrultuda yaşama geçirilen yargıları tarafından sürekli olarak dizginlenmektedir.

Kendisine yöneltilen felsefi mahiyetteki eleştiriler bir tarafa, hukuksal pozitivizm, döneminin yargı erki tarafından sahiplenilen profesyonel tutum içinde özetlenen egemen düşünceler ve anayasal sistemin özellikleriyle eşleşir. John Austin, hukuksal pozitivizm konusunda muhtemelen en çok göndermede bulunulan kişi olarak, hukukun alanının sınırlarını belirlemeye çalıştı, fakat onun görüş açısı –İngiliz olmasına rağmen– 19. yüzyıl Alman hukuksal pozitivizminin klasik eserleri üzerinde yükseldi; zira, kendisi doğrudan Alman hukuk kültürünün İngiliz taraftarı olarak değerlendirilebilir⁵². Austin konferanslarından oluşan eserinin başında kendi hukuka yönelik ilgisinin sınırlarını ortaya koydu. Ona göre hukukun alanı yasama erkini elinde tutan egemen tarafından konulan emirleri içinde toplayan, ödevler yükleyen ve yurttaşlarca itaat edilmesi gereken hukuk kurallarından ibaretti⁵³. Aynı nedenle, emirler ve ödevler birbiriyle karşılıklı ilişki içinde, tehdit olarak ve fiilen her iki anlamda negatif yaptırımlarla desteklenmiş şekilde farz edilmiştir. Austin normların bütününe kapsamina dahil olmuş dört tip kuralı ayırt eymiştir. Bunlar şu şekilde sınıflandırılmıştır: (1) Tanrının yasaları, (2) pozitif ahlak, (3) sembolik anlamdaki (figurative) yasalar ve (4) pozitif yasalar. Austin'in çağında egemen olan düşünceye göre sadece insanların insanlara yönelik olarak yürürlüğe koyduğu pozitif yasalar zorlayıcı yaptırımlarla desteklenmiş durumdadır; böylece, sadece onlar hukuk üzerine incelemenin konusu yapılabilir. Austin tarafından bizzat ortaya konulduğu üzere, Tanrının yasaları –cezaî yaptırıma ek olarak– nedameti ortaya çıkara-bildiği için suç fiillerini engellemede işlev görebilir⁵⁴, benzer şekilde pozitif ahlak kişileri yükümlülük altına sokar; ancak bu iki grup kural kesinlik taşıyan bir özelliğe sahip değildir. Austin'in sembolik anlamda yasa saydıkları ise,

⁵¹ Gerald J. Postema “Law’s Autonomy and Public Practical Reason,” *The Autonomy of Law*. Ed. Robert P. George. Oxford University Press, New York 2005, pp. 79-118.

⁵² Andreas B. Schwarz, “John Austin and the German Jurisprudence of His Time.” *Politica*, No. 2. (1934), pp. 178-199.

⁵³ John Austin, *Lectures on Jurisprudence*. 4th ed. Vol. I. Ed. Robert Campbell. John Murray, London 1873, pp. 88-106.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 112.

“doğanın yasaları” denilenlere işaret eder; bunlar, muhtemelen Hobbes'un yukarıda zikredilen görüş açısının aksi yönde bir yaklaşımla, taklit edilmiş nosyonlar olarak, hukuk araştırmasıyla ilgili değillerdir; çünkü insanlar tarafından başka insanlara dönük olarak konulmamıştır ve insanın motivasyonu belirleyen türden yaptırıma sahip değillerdir. Sonuç olarak, Austin sadece pozitif yasaların hukukun alanını oluşturduğunu düşündü.

Austin'e göre pozitif yasalar (veya hukuk kuralları) hem yasama organı hem de yargıçlarca konulmuş olarak, rastlantı eseri sayılacak şekilde pozitif ahlakla örtüşebilirler; böylesi bir ahlak yargıcın yaptığı hukukun hareket noktasını oluşturabilse de, pozitif yasaların vüsatı ve hedefleri nihai olarak siyasal egemen tarafından belirlenmiştir⁵⁵. Hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti açısından baktığımızda, Austin'in yargı erkinin anayasal statüsü üzerine ifade ettiği görüş açısı, yargıyı yürütme organı veya idare gibi yasakoyucunun dolaysız şekilde emri altında gördüğü için -özellikle dönemin İngiliz anlayışını paylaşmayan bizler için- son derece problemlidir. Bu arada, İngiliz parlamentosundaki iki meclisten biri olan Lordlar Kamarası'nın yasama erkini paylaştığını, fakat aynı zamanda geçmişte (ve şimdi) anayasaya aykırılık ve hukuka uygunluk denetimi için en yüksek temyiz mercii olduğunu zihnimizde canlandırmamız gerekir. Çoğu kez tanık olduğum bazı eleştiriler Austin'deki egemenin kral, kraliçe veya prens gibi tekil bir canlı insan olduğunu ima etmekteydi; ancak Austin parlamentonun egemen olduğunu, kral veya kraliçenin parlamento ve anayasa tarafından sınırlandırılmış bulunduğunu kaçamak sözcükler kullanmaksızın açıkça ifade etti⁵⁶. Austin hukukun otonomisi ile ilgili değildir; aksine, o bütün pozitif yasaların ve yargıcın koyduğu hukukun, ya doğrudan parlamentonun doğrudan yasama faaliyeti, ya da delegasyon yoluyla verdiği yetkiyle varlık kazanan yargı erki tarafından konulduğunu. Yine o, yargıcın yaptığı hukukun parlamentonun yasama iradesinin ifadesi olduğunu sarıh bir şekilde ifade etti. Gerçi Austin parlamentonun egemen olduğunu ve kralın fiillerinin yargısal eylem gibi anayasanın emredici düzenine dayanıyor olması gerekmesine rağmen, anayasaya aykırı olması durumunda dahi “hukuka aykırı” sayılmayacağını iddia etti⁵⁷. Bundan dolayı Austinci anayasaya aykırılık kavramı doğrudan hukukun ihlali anlamına gelmemektedir. Austin'in, anayasaya uygunluk ve aykırılık mülahazalarının münhasıran yargı erkine ve hükumete ilişkin sorunlar olarak sınıflandırıldığını, dolayısıyla bu sorunların sıradan yurttaşları veya uyrukları hiç bir şekilde ilgilendirmediğini düşündüğünü açıkça farz ediyoruz.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 256-258.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 251-252.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 278.

Austin hukuk normlarına uymanın bireylerin alışkanlığa dayanan davranışından kaynaklandığını, bu arada yaptırımın bu alışkanlığı destekleyen ek bir motivasyon oluşturduğunu ifade etti⁵⁸. Austin'in, Kantçı gelenek ile faydacılık arasında bir yerde bağdaştırıcı bir konumda olduğu düşünülebilir; bir taraftan normların kendisine yönelmiş olduğu şekilde faydacı ahlaka uygun surette şekillendirilmiş ve tabi olmayı kabullenmiş bireyleri bulabilmeyi ümit etmektedir; diğer taraftan, farazi olarak Kant'ın ahlak yasasını veya üstün durumdakinin yasakoyucu iradesini kabul etmiş tabi durumdaki bireyleri sessizce postulat haline getirmiştir. Kantçı ahlak yasasının ana fikrinin Austin'in konferanslarının kapsamı içinde yer almış olması bir tarafa, Austin Benthamcı düşüncenin nüfuzu altında etiğin yasama, politika ve politik ekonomi alanlarını kapsadığını düşündü⁵⁹. Kısaca göz attığımızda, Austin, kendi hukuk anlayışının altında yatan liberal öncüllere rağmen, haklar üzerine liberal söylemi tekrarlamaksızın ve yargı erkinin otonomisinin zarar görmesini göze alarak, bireyin hukuka kayıtsız şartsız tabi olması için çaba gösterirken, kendini siyasal muhafazakarlığa oldukça uyarlamış durumdadır.

Çağımız hukuk kuramcısı H. L. A. Hart, Austin'in politize olmuş görüş açısından tamamen ayrı olarak, hukukun otonomisini önemle ifade eden bir hukuksal pozitivist görüş açısını ortaya koymakta dikkat çekici bir yaklaşımı gözler önüne sermiştir. Hart, Austin gibi hukukun yükümlü kılıcı özelliklerine istinat etmiş, fakat yaptırımın koyduğu kısıt ve boyun eğme alışkanlığı yerine hukuktaki “olması gereken” kipliğini merkeze almıştır; bununla, hukuk kurallarını siyasal iktidarın dolaysız edimi sayılmayacak şekilde tasvir etmiştir. Hart, siyasal iktidarın olası aşırılıkları yerine otonom bir alan olarak hukukun yürürlüğüne istinat etmiştir⁶⁰. Hart hukukun otonomisini iki cepheden düşünmüştür: birincisi, yasa koyucunun metaforik olarak kişi şeklinde görüldüğü koşullarda hukukun kaynakları bakımından yasama asli durumda olsa bile, yasama organı, kişi gibi değil, kurum olarak daimi bir silsile içinde mevcudiyetini sürdüren ve anayasa tarafından sınırlandırılmış şekilde düşünülmüştür; ikincisi, Hart tanıma kuralı sayesinde, Austinci yasama anlayışının tam tersi şekilde, hukuk sistemini politikanın uzantısı değil ayrı bir kuşatıcı toplumsal alt sistem sayarak, hukuku politikadan koparmak yönünde bir çabayı ortaya koymuştur⁶¹. Belirtilen iki husus doğal hukuk kuramları tarafından daha önceleri ima edilmiş, fakat pozitivizmin emredici kuramı içinde yer almamıştı. Açıkça ifade etmek istediğim husus,

⁵⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 125, 129; cf. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Clarendon Press, Oxford 1957, p. 310, Henry Sidgwick, *The Method of Ethics*. 3rd ed. London, MacMillan and Co., 1884, p. 14.

⁶⁰ Hart, *op. cit.*, p. 18, *et seq.*

⁶¹ *Ibid.*, pp. 54-55, 67, 75.

iki pozitivism arasındaki temel farkın, Austin'in görüş açısının, bazı Benthamcı etkiler fark edilebilir durumda olsa bile, Kant geleneğine gönderme suretiyle kavranabileceği, buna karşın Hart pozitivizminin daha çok Hume'un ahlak teorisine tanışık görüldüğü noktalarında aranması gerektiğidir.

Hart pozitivisminin omurgası hukuk kurallarının topoğrafyasıdır; burada birincil kurallar hukukçunun veya sıradan insanın görüş açısından maddi hukuk kurallarının bütün cephelerini bünyesinde barındıran dört başı mamur emirlerdir, oysa ikincil kurallar tanıma, değiştirme ve muhakeme kurallarını içinde alan ve esas olarak hukukçuların faaliyet alanına yönelik olan kurallardır. Bu sonuncular kendi başına herhangi bir hukuk ihlaline uygulanmazlar, fakat birincil kuralların işletilmesi ve değiştirilmesine yön verirler⁶². Bunlara ek olarak, Hart iktidar bahşeden (power-conferring) kuralların kişilerin tek taraflı ve çok taraflı bağlayıcı özellikteki irade açıklamalarına ve sözleşmeleri akdedebilmelerine olanak verdiği görüşündedir; bunlar, taraflara aralarında uyumsuzluk çıktığında seçilecek kural konusunda uygun dayanakları güvenli bir şekilde inşa edebilecekleri şekilde, takdir hakkına dönük özel bir ehliyeti tahsis ederler⁶³. Hukuk kurallarının Hart'a uygun betimlenişi hukuk sisteminin, siyasal iktidarın uzantısı olmayacak şekilde ihata edici özelliğini uygun surette tasvir eder; çünkü hukuk, aynı zamanda, hukuksal ve siyasal alt sistemler arasındaki gerilimi sınırlandırma yeteneğini de yaşama geçirir. Çağımız demokrasi deneyimini dikkate aldığımızda, özellikle anayasa normlarının konumuna yerli yerinde bir bakışla, seçime dayalı kurumların, bir kısıt olarak seçime dayalı olmayan özellikteki hukuk sistemince dengelenmesi gerektiğini görürüz. Belki tekrarlanması gereksiz görülecek ancak yine de ifade edilmesi gerektiğine inandığım husus, hukuk devletinin politikayı dengeleyici bir iktidar olarak hukukun otonomisini özellikle gerekli kıldığıdır. Austin, anayasa kurallarının bir çeşit pozitif ahlak oluşturduğunu, yani uygulamada yaptırımsız olduğunu düşünürken, Hart bunları bir kenara koymamış ve hukuk sistemince yaptırımlandırılmış olduğunu ima etmiştir. Sonuç olarak, Hart'ın yaklaşımında hukuk sisteminin, açık bir dokuya sahip oluşuna ve müşkül davalar ortaya çıktığında tanıma kuralının rehberliğinde değişebilmesine rağmen, olağan koşullarda ahlak kurallarının yardımına veya rehberliğine ihtiyaç duymayacak şekilde ve her durumda kuşatıcı olduğunu ifade edilmiş olduğunu söyleyebiliriz.

Hart'ın pozitivismi, kurulu hukuk düzenini, yani *status quo*'yu, depolitik gereçlerle devam ettirmeyi amaçlayan bir profesyonel hukukçunun üstlendiği role uygun surette, hukuku herhangi bir politik güzergahla bütünleştirmemiştir.

⁶² *Ibid.*, pp. 91-94.

⁶³ *Ibid.*, pp. 35-38.

Onun görüş açısı, liberalizmin sınırları içinde uyumsuzluk yaşamaması beklenen birey ve gruplar arasında yeniden kurulması arzu edilen denge arayışı ile belirlenmiştir. Hart'ın görüş açısının toplumsal etkisi, liberalizmin egemen düşünce ve inançlara kök salmış olduğu varsayımı ölçütüyle belirlenen bir makullüğün rehberliği altında işletilen hukukçu ve sıradan insanın zihinsel temsilleri aracılığıyla yaşama geçirilir. Soruna yönelik olarak hukuksal pozitivizmin geleneksel şekilleri, daha ileri uzantıları rasyonalizm ve idealizm çizgisi üzerine yerleşecek şekilde, dinsel doktrinın gölgesi altındadır. Pozitif hukuku daha erken dönemde ele almış bir düşünür olarak, hukuk kurallarının pratik akıl yürütme yoluyla çıkarsandığını iddia eden Saint Thomas Aquinas'a göndermede bulunuruz⁶⁴. Bir yargıç hukuk ihlalini hukuk normuna veya hukuk prensibine nazaran yargıladığında, bir önerme olduğu varsayılan norm veya prensip ile olguyu temsillediği farz edilen bir olgusal önerme arasında mantıksal bir usamlama yaptığı düşünülmiştir. Fakat burada büyük önerme sayılan bir norm veya prensibin varlığa ilişkin olmaması nedeniyle bu çaba daha başından yetersiz veya boşunadır. Küçük önerme (hukuki olay) tanımına uygun bir önerme sayılabilecek durumda olduğu halde, büyük önerme rolüne yerleştirilen norm veya prensip olguya (varlığa) gönderme yapmadığından, önerme değil, sadece “olması gereken” kipliğinde bir ifade⁶⁵ veya bir performatif ifadedir⁶⁶. 1962'de yayınlanan John Langshaw Austin'in eseri ve John R. Searle'ün 1969'da yaptığı katkıdan beri⁶⁷ “olması gereken” ifadelerinin olgusal bir içeriği ifadeye kavuşturmadığı, fakat onlara belli koşulların ve prosedürlerin sınırları içinde katılımcıların üzerinde ittifak ettiği varsayılan türden bir toplumsal uyuşma nedeniyle bazı anlamlar yüklendiği düşünülmektedir. Eğer biz norm ve olgu arasında bir tasım ilişkisi kurgulasak bile, bu konu önermelerin formel özellikleri ile değil, Frege'nin görüş açısını düşündüren şekilde, zihinde cereyan eden sezgi ile ilgilidir; ancak anlamı konusunda bir uyuşma bulunsa bile, performatif ifadenin altında yatan iradenin neyi hedeflediği hususu her zaman bir sorunsaldır ve hukukçuyu yorumlamanın alanına taşır. Olağan olarak, hukuk uygulaması hukukçuyu çıkarsama veya tasım yapmaya zorlar, fakat pratikte bu yararsız veya boştur. Dahası, hükmün gerekçelendirmesi süreci birbirine rakip gerekçelerin tartışmalı alanıdır; bu süreçte yargısal hüküm meşgul olunan davanın içeriğine bağlı genişlikte artan ya da azalan miktarda, çok sayıda

⁶⁴ Bkz. St. Thomas Aquinas, *op. cit.*, pp. 77-84.

⁶⁵ A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*. Harmondsworth, Penguin, 1971, p. 104.

⁶⁶ Bilindiği üzere Hans Kelsen hukuku farazi bir temel normdan çıkarsanmış varsayımına dayalı bir mantıksal bütünlükle teşhis etmişti. Bkz., Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*. Trans. Max Knight. Uni. of California Press, Berkeley LA 1978, p. 195.

⁶⁷ Bkz., J. L. Austin, *How To Do Things With Words*. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford 1975, *passim*; John R. Searle, *Speech Acts*. Cambridge Uni. Press, London 1969, *passim*.

mantıksal çıkarsamanın, deontik mahiyetli⁶⁸ değerlendirmelerin ve empirik test etmelerin bolluğu koşullarında ortaya çıkar. Daha da ileri giderek, yargılamanın, içinde görevli kürsü yargıçlarının, jüri üyelerinin, temyiz mahkemesindeki yargıçların ve taraf vekillerin iştiraki ölçüsünde birleşik bir edim olduğunu ifade edebiliriz. Bu yüzden hüküm verme tek bir yargıcın zihninden kaynaklanan alta koyma (subsumption) yoluyla icra edilmiş olmak yerine çok sayıda çıkarım yapma çabasının neticesidir⁶⁹. Güçlü bir mantık konusunda alelacele beklenti içinde olmak bir tarafa, dedüktif uslamlamanın yargı sürecini doğrudan neticeye ulaştırması mümkün değildir; bundan dolayı, sadece çıkarsama yapma edimlerinde veya çıkarımların kendisinde açıkça fark edilebilir hatalar yapılmamış olması ve rakip gerekçelerin dikkatsizce ihmal edilmemesi gerektiğini ifade edebiliriz.

Politika ve hukukun birbirinden farklı alanlarını karşılaştırarak, her iki alanın anayasal bir sistemde uygun surette düzenlenmiş olması anlamına gelen nihai bir ölçütü ifade etmeye çalışalım; bu koyuş tarzında normatif olan hukuk ile olgusal olan politikanın, yargı erkinin bağlayıcı rolü koşullarında yaşam bulan karşılıklı etkileşimlerinin olabirliği beklenir. İçinde yer almış olduğu politik deneyimden kaynaklanan kötü şöhreti bir tarafa, Carl Schmitt politika için iki referans noktasına dikkatimizi çekmiştir: bunlar siyasal iktidarı meşrulaştıran ve aynı meşruluk kavramına dayanarak toplumun halihazır hukuksal güvencelerinin sınırlandırılması yolunu açan, birincisi taraftar ve düşmanın çatışması olması özelliği ve ikincisi politikacının istisna halini (olağanüstü hal) ilan edebilme kabiliyetidir⁷⁰. Gerçi Schmitt'in görüş açısı, birincisi hukukun ve kuvvetler ayrılığının anayasal bir sistemdeki yapısal alanını dikkate almayarak egemenliği politik olanla sınırlı algılaması ve ikincisi, özellikle ekonomi başta olmak üzere, diğer toplumsal alt sistemleri yanlış yorumlayarak politikayı bağlamından koparması olmak üzere, en azından iki noktadan hatalıdır⁷¹. Gerçekten, politika bireyler, siyasal gruplar ve bazı toplumsal sınıfların taraftarları arasında çıkarlarının çoğullaştırılması için her yerde ve her zaman mevcut olan bir çatışma gerçeğidir. Ancak, çatışmanın sonsuza kadar sürdürülebildiği herhangi bir toplum mevcut değildir, tersine bu çatışma süresiz veya istikrarsız bile olsa fiili bir dengeye ulaşır ve hukuka müracaat edilmesine yol açar.

⁶⁸ Cf., G. H. Von Wright, "Deontic Logic." *Mind*, Vol. 60 (1951), pp. 1-15.

⁶⁹ Neil, MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford 1978, *passim*; Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*. Oxford University Press, Oxford 1999, *passim*.

⁷⁰ Carl Schmitt, *The Concept of Political*, Trans. by, George Schwab, University of Chicago Press, Chicago 1996, p. 25 *et seq.*; Carl Schmitt, *Political Theology*, Trans. By, George Schwab. University of Chicago Press, Chicago 2005 pp. 5-15.

⁷¹ Cf., Schmitt, *The Concept of Political*, pp. 23, 37.

Yanlış algılamalarına rağmen, Schmitt politikanın çatışmalı bir çevrede ortaya çıktığını ve nihai zafere erişilinceye kadar fiili durum mantığıyla ve partizanlık içinde cereyan eden mücadelenin olumsuzlukları, müzakereleri ve geçici uzlaşmalarıyla yürütülen, kendine özgü bir *raison d'être*'e sahip olduğunu gün ışığına çıkarmış oldu. Herhangi bir egemen devlet her alanda kısıkanç bir çatışmanın yaşandığı koşullarda varlığını devam ettiremez; bu nedenle, *status quo* zorunlu olarak politik olan ve olmayan iktidarların toplumsal uzamın her tarafında yaşama geçirilen dengesidir; nitekim biz, hukuku bu dengenin unsuru olarak içinde politik olmayan iktidar alanı sıfatıyla düşünürüz. Schmitt'in burjuva devletinin depolitikleşmesini, liberalizmi ve hukuk devletini dikkatsizce suçlamasından hareketle, kendisinin bir anayasal sistem içinde hukukun depolitik iktidarının zaten farkında olduğu dikkati çekmektedir. Normal olarak politika çıkar eklememesine yönelik partizanlığı ortaya çıkarır, fakat hukuk tarafsız, depolitik ve olumsal olmayandır. Bu yüzdendir ki, görülmekte olan bir davada kendilerini uyuşmazlığın içinde bulmuş tarafların haklar olarak tanımaya kavuşturulduğu için önceden meşru kılınmış çıkarları teminat altına alınır. Evrensellik, tarafsızlık, soyut normlara dayanma, hesaplanabilirlik ve sonuçlarının öngörülebilirliği olarak sıralanan hukukun asgari özellikleri, onun depolitikleşmiş rolünün dışı vurumudur; bu koşullarda, pozitif hukuk kurallarının mevcudiyeti hukuksal alt sistemin temel unsurudur. Bir netice olarak, kuvvetler ayrılığı doktrininde postulat haline getirilmiş olduğu üzere, genel olarak kapitalist toplumun üstyapısının ve ona ait anayasal sistemin, politik olan ve olmayan iktidarlar arasında belli bir vüsatteki güç paylaşımı olduğunu açıkça ifade edebilirim. Lon Fuller, *The Morality of Law* başlıklı eserinde varlığı yadsınamaz olan hukuk prensipleri üzerine betimleme yaparken aynı politik olmayan prensiplere işaret etmişti⁷². Yasaların genelliği, resmi yürürlüğü, makale şamil olmaması, sarih olması, çelişki içermemesi, sadece mümkün olanı emretmesi, istikrarlılığı ve dava ile ilan edilen kural arasındaki tutarlılık olarak sıralanan prensipler alelumum ahlak prensiplerinden daha fazla bir şeydir. Bunlar hukukçulara, yasa koyuculara ve hukuk yaratan mahkemelere hitap eden ilkelerdir; çünkü onların varlığını gözetmek ancak pozitif hukuk kurallarının sınırları içinde mevcut olabilen yürürlükteki hukuk sistemi için ön şart oluşturur. Hukukun üstünlüğü veya hukuk devletinden kaynağını alan herhangi bir anayasal sistemde belirtilen prensipler yönünden bir kusurlu durum, onlara “ahlaki” özellik atfedelim veya etmeyelim, dava edilebilirdir. Kısaca, hukuk usulü tatmin edici olmayan sonuçlara yol açabilse veya hukuksal usamlamanın yukarıda işaret ettiğim doğasından kaynaklanan sorunları olsa da, hukuk uygulaması akıl yürütmeyi zorunlu hale getirir ve, zor davalar, *stare decisis*

⁷² Bkz., Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale Uni. Press, New Haven 1969, p. 33 *et seq.*

doktrini veya hakkaniyet hukukunda zirvesini gördüğümüz üzere anayasal sistem içindeki yargı erkinin depolitik iktidarı, akıl yürütmeye müracaatı her koşulda haklılaştırır ya da kaçınılmaz hale getirir.

Hukuksal pozitivizmi tarihsel bağlamı içinde incelemek devasa bir gayreti gerekli kılar ve bu alana ilişkin bütün sorunları bir genel değerlendirme içinde toplayabilmek kolay değildir; ancak buna rağmen uygarlık koşullarındaki hukuk sistemlerinin iki temel gelişim aşamasını tasvir edebiliriz. Birinci aşama kent devriminden itibaren ortaya çıkan tarihsel uygarlıklar aşamasını işaret eder, ki bu aşama uygarlık tarihi incelemelerinde karşımıza çıkan bir dizi dönüşümle bağlantılı olarak, aynı zaman diliminde ortaya çıkmıştır. Önemli bir Mısır bilimci (Egyptologist) olan Jan Assmann, Eski Mısır, Mezopotamya ve Eski İsrail kültürlerini yorumladığı *Kültürel Bellek* başlıklı eserinde Orta Doğu'daki erken yüksek kültürleri göz kamaştırıcı şekilde analiz etti⁷³. Burada, teoloji inşası ve toplumsal yaşamın tamamına yönelik kanonlaştırma patriarkal hukuk sistemlerinin yaratılmasına yol açtı; bu, yazının icadı sonrasında okuryazarlığın gelişmesi arcılığıyla, tarihin ortaya çıkması ve arşivlerin inşası ile bağlantılı şekilde yaşandı. Assmann yazı kullanımını tarih ve arşivlerin ortak ürünü olan bellek yapısını “soğuk bellek” adını verdi ve bunun ilkel (tarih öncesi) toplumun “sıcak belleğinin” yerini aldığını ortaya koydu. Assmann'ın imparatorluk oluşumu ve teolojik gelişmeyle ilişkilendirdiği Orta Doğu uygarlıkları hakkındaki genellemesinin, coğrafyaya egemen olma biçimi ve teoloji oluşumu bakımından dikkate değer şekilde farklı olan Eski Yunan ve Roma uygarlıkları örnekleriyle bütün olarak uyumlu olmadığı açıktır. Ancak bir şekilde, Assmann'ın görüş açısı modern (kapitalizm) öncesi hukuk düzenlerinin tipik formunu ortaya koymaktadır; onlarda politik egemenlik, hukuksal kanon, teoloji ve egemen ahlak arasında dikkati çeken bir karşılıklı bağlılık mevcuttur. Bu koşullarda hem dinsel akideye ve hukuka itaat etme yükümlülüğü bu egemenlik yapılarının mahiyetinden kaynaklanan özelliklerdir ve hem de aynı bağlamda ortaya çıkan pozitif yasalar ve teolojideki ebedi düzen tasarımının birbiriyle özdeş kılınması, bireylerin karar verme ve müzakere etme olanağını tümüyle ortadan kaldırmıştır.

İkinci aşama, “modernlik” dediğimiz, oluşumu erken başlangıcından itibaren 19. yüzyılda serbest ticaretin zirvesini yaptığı dönemde olgunlaşan kapitalist sosyal formasyon olabilir; bu örnek hala çağımız liberal hukukçularının ve onların hukuk ve toplumsal düzen üzerine tartışmalarının hareket noktasıdır. Kapitalist toplumun şekillenmesinde rol oynayan devasa

⁷³ Jan Assman, *Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*. Çev. Ayşe Tekin. Ayrıntı, İstanbul 2001, *passim*.

sayıdaki olgular ve olumsuzlukları bir çırpıda özetleyebilmek kolay bir iş değildir, fakat biz, diğerleri arasında, hukuksal açıdan, toplumun sekülerleşmesi, bireyin ortaya çıkışı ve piyasa modeline göre gelişen toplum olmak üzere, üç temel gelişmenin yaşandığını ifade edebiliriz. Sekülerleşme, prens ve krallar ile Papalığın patriarkal iktidarı arasındaki mücadele koşullarında başladı ve politika ve hukuk alanlarında giderek büyüyen şekilde dinsel iktidarın zayıflamasına ve nihayet tümünden sönmesine yol açtı. Gerçekten, Saint Thomas Aquinas'ın *Summa Theologiae* içinde “insan yasaları”na yer vermesi, yazarın 1225-1274 arasındaki yaşamında cereyan eden siyasal olayları dikkate alındığında, bir tesadüfe veya düşünsel yaratıcılığına dayandırılmaz. Bir taraftan, İtalyan ticari şehir devletlerinin ortaya çıkmasında görülebildiği üzere, 13. yüzyıl kapitalizmin erken şekillenme dönemidir. Diğer taraftan, Avrupa'da yaşanan bir başka gelişme, dinsel ve dünyevi yöneticiler arasındaki çatışma ile eşleşen kanonik hukuk taraftarları (*canonists*) ile medeni hukuk taraftarlarının (*civilian*) tartışmasıdır ve bu durum 1378 ile 1417 arasında derin bir bölünmeye dönüşmüştür⁷⁴. Saint Thomas Aquinas yukarıda belirtilen eserinde Papalığın prensler ve halk üzerindeki egemenlik tezine açıkça karşı çıktı; o kilisenin görevinin egemen olmak değil, “hakiki” öğretiyi öğretmek olduğunu ifade etti⁷⁵. Aynı zamanda Saint Thomas Aquinas *Summa Theologiae* I-IIae 90 paragrafında bütün yasaların (hukuk kurallarının) (1) tanımlama, (2) önerme ve (3) akıl yürütme veya gerekçe olmak üzere dosdoğru bir yolu takip eden pratik akıl aracılığıyla ifade olunduğunu öne sürdü⁷⁶. Saint Thomas'a göre insanoğlu tanrının takdirinden kaynaklanan ebedi yasayı kavramaya muktedir olmamakla birlikte, pratik akılyürütme bütün insanların ortak özelliğidir ve bütün insan yasaları anlaşılabilir olmakla, rasyonel bireylere yöneliktir. Bu bağlamda, Saint Thomas Aquinas insan yasalarının pozitif yasalar olarak seküler egemenlik sahipleri (yani kral veya prens) tarafından yürürlüğe konulmuş şekilde tasarlamıştır, ki bu yasalar kendi ifade biçimleri aracılığı ile ağırlığı büyük olan kötülükleri yasaklayabilir ve sadece belli erdem türlerini emredebilir⁷⁷. İlave olarak, *Summa Theologiae*'de klasik Roma hukuku kavramlarından farklı olarak, *ius gentium ius civile* ile birlikte pozitif hukukun içinde sayılmıştır; böylece, biz uygulamaya elverişli olan bütün yasaların insan yasaları içinde dikkate alındığını görmüş olmaktadır⁷⁸.

⁷⁴ Constantin Fasolt, “Visions of Order in the Canonists and Civilian,” *Handbook of European History, 1400-1600*. Vol. 2, Ed. Thomas A. Brady, Heiko A. Oberman, and James D. Tracy, Leiden, E. J. Brill, 1955, pp. 31-59.

⁷⁵ Aquinas, *op. cit.*, pp. 17-52.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 77-78.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 26 et seq.

⁷⁸ Cf., *Ibid.*, p. 135.

Gerçekten, kanonik hukuk gün be gün gerilerken, pozitif yasalar sistemi hukukçu faaliyetinin temel uğraş alanı haline geldi. Saint Thomas Aquinas'tan nispeten kısa süre sonra Ockhamlı William Papalığın politika ve hukuk alanlarındaki iktidarına karşı çıktı; şahıs olarak Papanın kişiliğini doğal eşitliğe uygun surette dikkate aldı, inananlara hizmet için tayin edilmiş münhasır görevleri ve uygulamaları icra etmesi haricinde imparator ve krallar üzerinde hakimiyet kurmaması gerektiğini belirtti⁷⁹. Kendisi, *Matta İnciline* gönderme yapmak suretiyle, “Sezar'a ait olanı Sezar'a ver” prensibini ifade ederek, açıkça imparator ve diğer dünyevi yöneticilerin, meğer ki kafir (unbeliever) olsalar bile, kendi egemen iktidatlarını meşru surette icra edebileceklerini ifade etti. Ockhamlı William bu açıdan dönemin papası başta olmak üzere, dünyevi yöneticiler üzerinde egemenlik kurmak isteyen papaları alenen suçladı. Yine, Ockhamlı William ifade ettiği görüşü ile tutarlı şekilde, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere hükümet sistemine ait bütün iktidarın seküler yöneticilere ait olması gerektiğini herhangi bir ihtirazi kayıt düşmeksizin iddia etti. Hatta, kendisi daha ileri giderek Roma İmparatorluğu'nun tanrı tarafından kurulmadığını da sarahatle ifade etti⁸⁰; ki ona göre, meğer ki kafir olsalar bile, Roma imparatorlarına tanrının emri uyarınca itaat edilmeliydi. Görüldüğü kadarıyla, Ockhamlı William irade teorisini ısrarla savunmuştur; o bir taraftan imparatorluk ve krallık iktidarının seküler kaynağına ilişkin bir başlangıç yaparken, kendisinin hukuksal pozitivist görüşü açısı, açıkça belirtilmese de, günümüz hukuksal pozitivizminin içine kök salmış geleneğin bir parçasıdır⁸¹. Onun ifadesiyle, tiranlık meşrulaştırılamamalıdır, ancak egemen iktidar insan yasalarını çıkarıp yürürlüğe koyabilecek, yargıçları tayin edebilecek ve eğer yanlışla sapmışsa papayı yargılayarak mahkum edebilecek ölçüde egemenliğin sahibi olabilecektir⁸². Bu açıdan, Ockhamlı William'a göre, döneminin Fransa kralının uygulamasında görüldüğü gibi, papaların seküler prenslerin egemenliğine, fermanlarına ve yargılamasına tabi olması gerekir. Belirttiğim son görüş açısı sarıh bir şekilde göstermektedir ki, Ockhamlı William'ın görüş açısı, teritoryal devlete ve insan yasalarına (pozitif yasalara) meşru çare olarak müracaat etme derecesine ulaşacak düzeyde, kendi çağında siyasal meşruluğu dinsel otoriteye dayandıran kilisenin resmi söylemine kuvvetli bir tepki oluşturmaktadır.

⁷⁹ William of Ockham, *A Short Discourse of Tyrannical Government*. Ed. Arthur Stephen McGrade, Trans. John Kilcullen, Cambridge Uni. Press, Cambridge 1992, pp. 15, 29, 40.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁸¹ Cf. *Ibid.*, pp.127-128.

⁸² *Ibid.*, pp. 99, 138, 156-159.

Son olarak, dinsel iktidarın bizatihi kendisini din adamları zümresinin elinden alarak siyasal egemene aktarmak suretiyle seküler monarşinin iktidarını bir derece daha yükseltmek üzere, modern öncesi egemenlik sisteminin dönüşümünün son aşamasını ortaya koyan Thomas Hobbes'e bakalım. Hobbes'un bilinen siyasal teorisini burada tekrarlamayacağım, ancak kendisinin medeni hukuk taraftarı (civilian) olduğu anlaşılan görüş açısını kısaca ortaya koyacağım. Hobbes ülkesinin⁸³ yasalarını temellendirmede *ius civile*'den hareket ederek, yasaların dünyevi iktidara sahip olan egemen tarafından yürürlüğe konulduğunu ifade etti. Hobbes, haklı ve haksız belirleyen medeni yasaları açıklığa kavuşturdu ve kaynaklarını doğal hukuktan aldıkları farz edilse bile ülkenin bütün yasalarının pozitif yasalar olarak yürürlüğe konulmaları gerektiğini ortaya koydu⁸⁴. Yukarıda belirttiğim, Hobbes'un “pozitif” kavramın kullanımına dikkat ederek, onun görüş açısının pozitif yasalar ile diğer yasa tipleri arasındaki sınır çizgisini belirsiz hale getirmiş olduğunu ve pratikte pozitif yasaları öne çıkardığını ifade edebiliriz. Şöyle ki, Hobbes doğal hukuk ve medeni yasaların her birinin diğerini kapsamına aldığını düşündü; böylece bütün yazılı olmayan yasaların doğal hukukta mündemiç olduğunu kabul ettiği düşünülebilir⁸⁵. Aynı şekilde, onun “pozitif yasalar” dedikleri, sadece dağıtıcı –adaletle ilgili– yasaları ve ceza yasalarını değil, fakat bunlarla birlikte “tanrısal pozitif yasaları” da içinde toplar; Eski Ahid'in eski yasası ve Yeni Ahid'in yeni yasası bu sonuncuların içinde yer almaktadır⁸⁶.

⁸³ Makalenin Türkçe yeniden yazılması vesilesiyle eklediğim not: Hobbes'un kullandığı *commonwealth* sözcüğünün anlamının aydınlatılması bizim için biraz zorlu bir konudur ve Latin dilinde *res publica* denileni karşılar. İngilizce'ye Fransızca'dan çevrilen erken modernlik döneminin eserlerinde *republic* sözcüğü *commonwealth* olarak çevrilmiştir. Bizim “cumhuriyet” dediğimiz bu kavram son yıllarda Türkiye Cumhuriyeti ile sorunu olanların bilinçli çabalarıyla anlamsız tartışmalara konu edildi. Kendilerine “cumhuriyetçi” diyebileceğimiz kesimler cumhuriyet kavramını Türkiye'nin siyasal deneyiminin ürünü olarak, haklı şekilde monarşinin olmayışı olarak betimledi. Bu son yaklaşım da kavramın tarihsel olarak kazandığı anlama tam olarak uygun düşmüyor. Başta Hobbes ve Locke olmak üzere, İngilizce'de *commonwealth* veya Bodin'in meşhur eserinde kullanılan *republic*, dönemin anlayışında, başta bir kral olması durumunu dışlamaz; her ne kadar Locke dışındaki iki yazar monarşinin iktidarının sınırlandırılması yönünde açık bir görüş açısı ortaya koymuş olmasa da, iktidarın icra edilmesinin yasalar aracılığıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini açıkça ifade ediyorlardı. İlgili ülkede siyasal planda demokrasinin gelişip gelişmemesi bir tarafa, cumhuriyet, hukukun üstünlüğünü veya hukuk devletini geliştirme hedefini açık veya örtülü şekilde kendi içinde barındırır. 19. yüzyıl sonunda İngiliz anayasa hukukçusu A. V. Dicey –İngiltere'te bir kralın oturmakta olmasına rağmen– İngiltere'nin İsviçre ayarında bir cumhuriyet olduğunu iddia etmişti. Cumhuriyetin karşıtı da, yasalara dayanmayan veya yasaları sıradan idari emirler düzeyine indiren rejimdir; buna Antik Yunan'da “tiranlık” denilmiştir ve günümüzde “diktatörlük” denilmektedir.

⁸⁴ Hobbes, *op. cit.*, p. 175 *et seq.*

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 177-180.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 189-191.

Hobbes medeni yasaları sarahatle, *Leviathan* olarak kişileştirdiği, gerçekten üstün olan ve kendisine boyun eğilen egemen iktidara referans yaparak betimledi. Bu karakteristik, hakkın yasa nedeniyle varlığı tanınan olarak taslağını çizer; o bununla sarih olmasa da özel ve kamusal alanlar arasındaki ikili (dyadic) ilişkiyi ima etmektedir. Hobbes *lex civilis* ve *ius civile* kavramlarının karmaşa yaratan şekilde kullanılmasına dayanan yaygın hataya işaret ederken, hak ve hukuk arasındaki ilişkiyi ortaya koydu; ona göre bu kavramların ilki bir “yasa”yı, sonraki ise “medeni hak”kı dile getirmektedir⁸⁷. Ben, kişi olarak bu ayırımın isabetine ikna oldum, fakat onun “hak” kavramını kullanım şeklinde kastetmiş olduğu özgürlük bize bir medeni yasa (a civil law) tarafından tahsis edilmiştir, fakat aynı zamanda bir yükümlülüğe *per se* gönderme yapmış durumdadır. Bu bağlamda, Hobbes bireyin hak ve özgürlüklerinin taslağını çizerken doğal hukuka dayanmakta, bu hak ve özgürlükler uygulamada pozitif yasalarca tanımlanmış ve belirlenmiş olmaktadır. Bu düşüncenin sonucu olarak, egemen *Leviathan*'ın ve onun zıddı olan tabi durumdaki bireylerin hakları, titiz bir şekilde birbirinden ayrılmıştır; özellikle kendisinin bu hakları tek tek sayarak oluşturduğu listelere göz attığımızda durumu açıkça görebiliyoruz⁸⁸. Bu iki alan, iki tip kişilik kavramı ile eşleşmektedir. Hobbes'un Roma hukukundan aldığı, Latince etimolojisinde tiyatrodaki aktör veya aktrisin maskesi anlamına gelen *persona*, doğal olarak mevcut olan biyolojik bireyi değil, bu bireyi gerisinde saklayanı veya dış görünüm olanı ifade etmektedir⁸⁹. Bunun neticesinde, Hobbes'un tüzel kişiler adı verilen, biyolojik birey olmayanların ve toplulukların da hukuk tarafından bahşedilmiş kişilikleri olabileceğini fark etmiş olduğunu görmekteyiz. Bu düşüncenin mantıksal sonucu, Hobbes'un gayri kabili rücu bir toplumsal sözleşme biçimindeki bir tanıma edimine bağlı olarak varlığı farz edilen devletin hukuki şahsiyeti kavramını dolaylı şekilde kullanıma açmış olduğudur.

Krallık iktidarı ile dinsel kanon arasındaki büyük bir toplumsal değişimin sonucu olan ve medeni hukukçu (civilian) ile kanonik hukukçular arasında yankısını bulan ayrılık tarihin yeni bir safhasını oluşturuyordu⁹⁰; ancak bu gelişme felsefi düşünceye ve yorumlamaya doğrudan indirgenemez değildir. Anahtar sorun iktidar sistemindeki radikal değişimde yatmaktadır; bu değişim politik ve depolitik alanların zamanla inşa edilmesi sayesinde, liberal toplumu bütün olarak olgun bir mertebeye ulaştıracaktır. Erken Modernlik Avrupası'daki toplumsal hareketler dikkate alındığında, ki bunların

⁸⁷ *Ibid.*, p. 192.

⁸⁸ Bkz., *Ibid.*, pp. 115-122, 139-148.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 196-210.

⁹⁰ Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, pp. 55-61.

içinde köylü ayaklanmaları, Beckett veya Hus olaylarında olduğu gibi hakiki din tartışmalarını izleyen ihtilaflar, Tudor kralların çitleme politikası ve burjuva devrimleri (ilki olan 16. yüzyıl sonundaki Hollanda Devrimi'nden 1848'deki yükselen dalgaya kadar) yer alır, liberal siyasal düzenin bu gelişmelerin ürünü olduğu görünür. Hukukçular ve felsefeciler arasındaki tartışmalardan ayrı olarak, hükümetlerin politik iktidarı ile ağırlıklı olarak ekonomik iktidarın temsilcisi konumunda olan ve hukuk tarafından temsil edilen depolitik özellikli karşı-iktidar arasındaki denge, liberal anayasacılıkla sonuçlanacak bir anayasal formu ortaya çıkardı. Rekabetçi kapitalizmin ilke olarak küçük işletmelere dayalı ekonomik altyapısı göz önünde tutularak, belirttiğim dengeleyici iktidar kendini hukukun üstünlüğü ve bireysel özgürlüklerin korunması becerisiyle açığa vurdu. Hukuksal bir görüş açısından bakılarak kapitalizm, başarıyla dengelenmiş liberal modernliğin, onun siyasal katılma modelinin ve hukuksal aygıtların görece olarak çatışmasız işleyişinin en parlak dönemi olarak kendini açığa vurdu ve kendisinden eski olan toplumsal düzeni dönüştürdü. Bu gelişmenin öncesinde ve başlangıcında seçme hakkı sınırlandırıcı bir şekilde sadece mülk sahibi sınıflara aitti. Bu koşullarda alt sınıfların mensuplarının alanı genişlemiş olan bireysel özgürlükleri kısmen kullanabilmiş, ancak politikadan ciddi şekilde dışlanmış durumda olduklarını aklımızda tutmalıyız. Bu koşullarda siyasal liberalizm ve liberal hukuk devleti birbiriyle uyum içinde örtüşmektedir, ancak alt sınıfların sistemden dışlanması zaman içinde genel oy hakkı ve toplumsal eşitlik için seslerini yükseltmelerine yol açmış ve bu yeni durum liberal hukuk devleti ve gece bekçisi devlet arasındaki kırılğan dengeyi istikrarsız hale getirerek “maddi hukuk devleti” veya “sosyal hukuk devleti” dediğimiz yani bir formasyonun inşası yönünde güçlü bir baskı oluşturmuştur⁹¹.

Medeni toplumların modern öncesi dönemlerinde hukuk, genel olarak, kanonik bir formda olsa da, pozitif yasalar toplumsal düzenin en önemli cephesidir. Modernlik sonrasındaki bunalımla teşhis edilen belli dönemlerdeki veya politika alanında düşük seviyedeki meşruluğa hapsolmuş azgelişmiş ülkelerdeki diktatörlüğe yönelik eğilim ve gelişmelerden ayrı olarak, herhangi bir kapitalist toplumda, sadece pozitif hukuk kuralları değil, bunlarla birlikte hukukun üstünlüğü meşruluğun sürdürülebildiği yönetim koşullarındaki toplumsal düzenin kuşatıcı sistemini ortaya çıkarır. Modern toplumun gündelik yaşamı gerektiği usulde (hukukun üstünlüğü ölçütüne göre) sadece pozitif hukuk kuralları aracılığıyla yönetilir; bununla birlikte,

⁹¹ Bkz., Mehmet Tevfik Özcan, “The Rule of Law and Human Virtue,” *Proceedings of the XXII World Congress of Philosophy*, Vol. 40 (2008), pp. 92-105; Mehmet Tevfik Özcan, “Capitalism and the Rule of Law, The Three Stages of Legal Order in Modern Society,” *Standing Tall: Hommages à Csaba Varga*. Ed. Bjarne Melkevik. Pázmány Press, Budapest 2012, pp. 305-340.

bireyler ve bireylerle hükümet arasındaki sorunlarda siyasi veya idari takdir yetkisi ya bütünüyle konu dışıdır ya da görünmez düzeyde olmak zorundadır. Liberal hukuk devleti olarak adlandırılan hukuksal form birkaç adet varlığı yadsınamaz önkoşula ihtiyaç duyar: (1) Yukarıda ifade edildiği gibi, liberal hükümet biçiminde işleyen bir egemen devletin varlığı zorunludur; onun aracılığıyla kamusal ve özel alanlar uygun surette birbirinden ayrılmış ve uzamsallaştırılmış olmalıdır. (2) Önceki koşulun sonucu olarak, toplumsal ilişkilerin biçimi, temel düşüncesi bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak olan hukukçuların becerileri sayesinde ve kişilik faraziyesine uygun surette yeniden tanımlanmış olmalıdır. (3) Locke'un ifade ettiği üzere, yaşam, özgürlük ve mülkiyet vazgeçilmezdir ve bunlar yaygın olan “hak” kavramına vücut veren hukuka uygunluğun postulatlarıdır. Egemenin iradesi ve bireyin irade özgürlüğünde ifadesini bulduğu üzere, hukuk hukuki topluluk içinde yer tutan bireylerin tamamı yönünden yükümlü kılıcıdır ve böylece onların içinde yaşadığı toplumsal düzen birey haklarının korunması aracılığıyla meşru kılınır. (4) Konuyla meşguliyetim ölçüsünde görebildiğim kadarıyla, kapitalist modernliğin bütün hukukçuları hukuk ideolojilerinde mülkiyet haklarını öne çıkarırlar ve mülkiyeti doğal haklar, fayda veya refah gibi gerekçelere dayandırdıkları açık uçlu hukuki retoriklerinde vazgeçilmez olarak yüceltirler. Küçük mülkiyetin egemen olduğu koşullarda bu yaklaşım tutarlı sayılabilse ve tekelci kapitalizme geçiş sonrasında böylesi bir meşruluğun altı ciddi şekilde oyulmuş ise de, mülkiyet hakkının varlığı devam etmektedir.

Ahlakın ve toplumun bağlamı üzerine yukarıda ortaya koymaya çalıştığım kanaatlerimde ifade ettiğim üzere, bu iki alan kapitalist gelişmenin erken aşamalarında birbirine bağlılığını kaybetmiştir. Hukuk sistemi de aynı sürece maruz kalırken, hukukun özellikleri bakımından vazgeçilmez olan belli düzeyde objektif olması düzeyi hala yeri doldurulamaz bir gerekliliktir. Hukukun objektifliği toplumsal bağlamı içinde bizatihi özerk olmasını zorunlu kılar; onun gayrişahsi işleyişi ve formelliği, sadece bir söylemsel iddia değildir, bununla birlikte kendisine yönelik toplumsal onayı elde etmek için başarması gerektiği hususlardır. Bilgi sosyolojisi alanında çalışan Berger ve Luckman objektifliğin bireyler arası deneyime ait bir çökeltme (sedimentation) olduğunu, bir şekilde iktidar yapılarının meşrulaştırılması ve bireylerin sosyalleşmesi yoluyla yaşama geçirilen mantıksal tutarlılıkla ürününü verdiğini iddia etti⁹². Objektifleşme sürecinin altında yatan, toplumsal deneyimin neticesi olarak belli zihinsel temsillerin *şeyleştirme*'sidir (*reification*); ki bu bir toplumsal pratiğin tıpkı “sanki, o ancak böyle bir şey olabilirdi” gibi anlaşılmasıdır. Bu yeni bir düşünce değildir; Karl Marx

⁹² Peter L. Berger and Thomas Luckmann. *The Social Construction of Reality*, Harmondsworth, Penguin Books, 1991, pp. 88-109

bahsedilen *şeyelleşme*'ye belirttiğim iki yazardan yaklaşık yüz yıl önce ürünlerin meta biçiminin artı değer sömürsünü gizlediğini yazarken kullandığı “meta fetişizmi” kavramında işaret etti⁹³. Bu görüş açısı ciddiye alınmalıdır ve meta biçimi, emeğe dayalı insan etkinliğini işgücünün alınıp satılması ilişkisi ile maskeleydi; çünkü kapitalist piyasa her şeyi (emek zamanı buna dahildir) mübadele değeri olarak damgalamıştır. Sovyet hukuk kuramcısı Evgeny Pashukanis, Marx'ın bu görüş açısını kapitalist toplumda hukukun “yarı-otonom” karakterinin yorumlanmasına taşıdı⁹⁴. Marx'ın meta biçimi hakkındaki keşfinin izini süren Pashukanis kapitalist toplumdaki hukuki formun burjuvazinin iktidarını görünmez hale getiren bir tür şeyelleşme olduğunu düşündü; bu görüş açısıyla kullanmayı tercih ettiğim “depolitik iktidar” kavramı arasında bir yakınlık olduğunu düşünüyorum. Bundan daha ileri şekilde, Gramsci kapitalist toplumun üstyapısının, mahiyetine uygun, ancak aralarındaki ilişkinin istikrarlı olamadığı şekilde, devlet ve sivil toplum olarak ikiye ayrılabilceğini öne süren daha incelikli bir yapısal yaklaşımı geliştirdi. Gramsci hukukun bireylere ilişkin alanı özgürlük ve tarafsızlık iddiasıyla güvenceye alarak yönettiğini, bunun da kendi objektif formu içinde sivil toplumdaki kaynaklandığını ima etti⁹⁵.

Berger ve Luckmann'ın içinde hukuksal olanların da yer aldığı kurumların, toplumsal pratiklerin objektifleşmiş formları anlamına geldiğini ifade ettiği üzere, *şeyelleşme* kavramı yakın zamanda yeniden geliştirilmeye başlanan kurumsalcı hukuk teorisine yeni bir yol açmış oldu. Kurum kavramı Roma Hukuku'ndaki *institution* kavramından beri hukukla tanıştıktır. Yeniden gündeme gelen kurumsalcı hukuk kuramı günümüzden daha gerilere giden bir tarihe sahiptir; söz konusu kuram ilk kez yirminci yüzyılın başındaki birkaç on yılda Houriou, Esmain, Duguit ve Renner gibi Fransız ve Alman hukuk araştırmacıları tarafından ortaya atılmıştır. Belirtilen yazarlar hukuki formun objektifliğinin kamu hukuku alanını genişleteceğini veya toplumun kollektif edimlerinin miktarını artıracaklarını farz etmişler ve devletin hukuksallaşması ve depolitikleşmesi ile derinden meşgul olmuşlardır⁹⁶.

⁹³ Marx, *op. cit.*, pp. 81-94.

⁹⁴ Evgeny Bronislavich Pashukanis, *Selected Writings on Marxism and Law*. Ed. Piers Beirne and Robert Sharlet. Trans. by, Peter B. Maggs, Academic Press, London 1980, pp. 273-301.

⁹⁵ Antonio Gramsci, *Selections From Prison Notebooks*. Ed. and Trans. Quintin Ohare, and Geoffrey Nowell Smith. 11th. Imp. International Publishers, New York 1992, pp. 195-196, 262-263.

⁹⁶ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law,” *Harvard Law Review* Vol. 31 (1918), pp. 813-821; Karl Renner, *Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Introduction by, O. Kahn-Freund. Trans. by Agnes Schwarzschild, Routledge and Kegan Paul, London 1949, *passim*.

Kurumsalcı görüş açısı, toplumsal deneyimleme aracılığıyla oluşturulan toplumsal sistem yaklaşımının bir parçası olarak, mahiyeti gereği sosyolojik özelliktedir. John Searle, Ascombe'un “çıplak (brute) olgular” ve “kurumsal olgular” ayrımını ödünç alarak, ahlak kuralları ve ahlaki ifadelerin kurumsal ifadeler olmaları sayesinde eklemelendirildiğini açıklığa kavuşturmaya gayret etti⁹⁷. Buna göre, çıplak olgular semantik olarak herhangi bir anlama sahip değildir, fakat kurumsal olgular “söz edimleri” olarak ortak zihin durumu, prosedür ve toplumsal uyuşum içinde anlam kazanır; yani anlamları toplumun üzerinde ittifak ettiği kurumsal sisteme dayanmaktadır⁹⁸. Yukarıda zikredildiği üzere, ahlak kuralları⁹⁹ ve ahlaki ifadeler önerme değil, fakat “olması gereken” kipliğindeki ifadeler, dilekler, direktifler ve emirlerdir; söz edimleri kuramı belirtilen kiplikleri kurumsal olgular durumuna getiren düzsöz (locutionary), edimsöz (illocutionary) ve etkisöz (perlocutionary) ifadelerini gün ışığına çıkarmaktadır.

Kurumsalcı teori sosyoloji ve toplumsal kuramın katkısıyla, hukuksal pozitivizme yeni bir ufuk açtı. Yukarıda belirttiğim gibi, kurum kavramı, özellikle iktidar ilişkilerinin ve toplumsal üretim biçiminin belirleyici nüfuzu altındaki bir tarihsel bir süreç içinde hukuk normlarının tamamının topografisinin ve hukuk kavramlarının tamamını betimleyen şekilde, hukuk kuramına daha öncelerden beri tanışık olan bir kategoridir. Neil MacCormick ve Ota Weinberger 1986'da hukuksal pratikleri kendilerini çevreleyen kurumsal sistem içinde yorumlayan oldukça ikna edici bir kurumsalcı teoriyi öne sürdü¹⁰⁰. Sonuçsalcı gerekçelendirme ve hukuksal retorik göz önünde tutularak, kurumsal sistem hukuksal iletişimi ortamı yönünden dikkate alınmalıdır; bu bağlamda, normlar ve normların kullanımı toplumsal yapının bileşenlerine benzer surette ele alınabilir. Olağan olarak, hukuk normlarının ontolojik mahiyeti üzerine tartışmalarımız aklımıza kişileştirilmiş bir yasa koyucuyu veya kollektif yazarı getirir, fakat kurumsalcı teori normları tıpkı dış gerçekliklere benzer şekilde, nesnellığe sahip olgular veya olaylar gibi, sistem bağlamı içinde açıklayabilen bir yeni yaklaşıma varlık kazandırmaktadır¹⁰¹. Kurumsalcı teorinin sistem kuramının rehberliği altında, özellikle hukuk normlarının eklemelendirme mekanizmasının hukuk görevlilerinin ve hukuki

⁹⁷ Searle, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 54-71.

⁹⁹ Searle “etik kurallar” kavramını tercih etti, fakat ben ahlak ve etik ayrımını yaptığım yukarıdaki görüş açım nedeniyle “ahlak kuralları” kavramını kullanmayı tercih ediyorum.

¹⁰⁰ Neil MacCormick and Ota Weinberger, “Introduction,” *An Institutional Theory of Law*. 2nd imp., , D. Reidel, Dordrecht 1992. pp. 1-30.

¹⁰¹ Ota Weinberger, “The Norm as Thought and as Reality,” *An Institutional Theory of Law*. 2nd imp., D. Reidel, Dordrecht 1992, pp. 37-43; Peter Morton, *An Institutional Theory of Law: Keeping Law in Its Place*, Clarendon Press, Oxford 1998, *passim*.

uyuşmazlıkların taraflarının iç iletişimi yoluyla yaşama geçirildiğini ortaya koyan *autopoietic* teori ile daha ileri şekilde gelişeceği beklenebilir; Luhmann'ın öne sürdüğü *autopoietic* iletişim yoluyla sistem inşası objektifleşme ve kurumsallaşmanın altında yatan mekanizmayı açıklığa kavuşturabilir¹⁰².

Son olarak, hukuksal pozitivizmin, hukuk sisteminin, tıpkı toplumun diğer yapısal olguları gibi bireylere dışsal ve nesnel olarak mevcut bir gerçeklik gibi algılayabilmemizi sağlayabileceğini ifade edebilecek durumdayım. Yargıçlar ve diğer hukukçular, pozitivist olmak istesinler veya istemesinler, hukuk düzenini depolitik ve tarafsız bir çizgide devam ettirmek üzere görevlendirilmişlerdir. Normlar ve performatif ifadeler, bir şekilde kendi epistemolojileri yönünden müşkül sorunlar durumunda olsalar da, hukuk sistemleri, evrensellik, objektiflik ve tarafsızlık faraziyesi ile oldukça sık bir dokuya sahip olan bir rasyonelliği talep eder. Rasyonellik doğrudan doğruya akıl yürütme olarak değil, fakat hukuk sisteminin içsel ve çevresel aktörleri veya katılımcıları arasında hukuksal iletişimin olabilirliği olarak anlaşılmalıdır. Bu sebeptendir ki, Max Weber rasyonelliğe hukukun geniş kapsamlı bir görünümü olarak işaret etti¹⁰³; biz de rasyonelliğin gelişimini formel hukuk ve maddi hukuk alanlarının her ikisinde birden teşhis edebiliyoruz.

5. SONUÇ

Ahlak kuralları, etik ve hukuk arasında üçlü bir ilişki bulunduğunu farz etmek çekici bir düşüncedir; onların arasındaki kurguya dayalı bu kabil bir ilişki hukukun itimat edilebilir tarzda gözetilmesi yoluyla birey ve toplum arasında mutabakatı güvenceye alabilirdi. Gerçekten, hukukun resmi *persona*'sı olan birey modernlik koşullarında kararlı bir şekilde özgürleşirken ve “rasyonel” hale gelirken, bundan daha önce erken kapitalizmden itibaren toplumdaki ortak geleneklerin ve ahlak kurallarının altı oyulmaya başlanmıştı. Bu nedenle, etik, bireyin –eğer başarabiliyorsa– kendi kendisine rehberliği, rasyonel karar vermesi veya duyumlara dayalı deneyimleri merkeze alınarak yorumlanabilir. Özgür ve karar verebilen bireyin ortaya çıkmasına rağmen, kalıntı düzeyinde veya ölçekleri sınırlı olan ahlaki alanlar çatışan çıkarların, özellikle de alt sınıfların siyasallaşması sonrasındaki sınıf çatışmasının yol açtığı şekilde daha fazla parçalanmaya maruz kaldı. Böylece, bir taraftan etik ve ahlak görünür şekilde iki ayrı dala ayrılırken, diğer taraftan bir miktar

¹⁰² Cf., Luhmann, *loc. cit.*

¹⁰³ Max Weber, *On Law in Economy and Society*, Ed. By, Max Rheinstein, Simon and Schuster, New York 1954, p. 154 *et seq.*

ahlak kuralı piyasa ilişkilerinde mevcut olmaya devam etse de, genel olarak hukuk ve ahlak birbiriyle tanışıklığını kaybetti; bunun sonucunda, ahlak kuralları kendini feda etme, dayanışma ve ahlaki görev duygusu yerine çıkar eklemesi ile bütünleşti. Bu bağlamda, pozitif hukuk, toplumsal düzenin kapsayıcı sistemi haline gelebildiği ölçüde ayırt edici çaresi haline de geldi ve depolitik özellikte görünmeyen bir iktidar sistemini inşa etti. Ahlak kuralları ve hukukun aynı yönde birleşmesi veya birlikte vaki olması üzerine ortaya atılan kuramlar genellikle herhangi bir kendi kendine gelişmiş ve saf ahlaka değil, hukukun onayladığı varsayılan ahlaka dayanmaktadırlar; bundan dolayı hukuku ahlak aracılığıyla meşrulaştırmak genel olarak bir şeyi kendisine referans vererek ispatlamaya benzeyen bir totoloji veya *circulus vitiosus*'dur.

KAYNAKÇA

Aquinas, St. Thomas. *Political Writings*. Ed. and Trans. R. W. Dyson. Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2002,

Assmann, Jan, *Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*. Trans. Ayşe Tekin. İstanbul: Ayrıntı, 2001 (orijinali, *Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*. Munich, C. H. Beck, 1992).

Austin, J. L. *How To Do Things With Words*. 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1975.

Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*. 4th ed., Vol. 1. Ed. Robert Campbell. London, John Murray, 1873.

Ayer, A. J., *Language, Truth and Logic*. Harmondsworth, Penguin, 1971.

Beaumanoir, Philippe de, *Cotumes de Beauvaisis*. Ed. Am Salmon. Paris, Alphonse Pichard et Fils, 1899.

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1957.

Berger, Peter L. and Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality*, Harmondsworth, Penguin Books, 1991.

Christie, George C., "On the Moral Obligation to Obey the Law." *Duke Law Journal*, Vol. 6 (1990), pp. 1311-1336.

Cicero, *On Moral Ends*. Trans. Raphael Woolf. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Damren, Samuel C., "Stare Decisis: The Maker of Custom," *New England Law Review*, Vol. 35 (2000), pp. 1-21.

Fasolt, Constantin, "Visions of Order in the Canonists and Civilian," *Handbook of European History, 1400-1600*. Vol. 2, Ed. Thomas A. Brady, Heiko A. Oberman, and James D. Tracy, Leiden, E. J. Brill, 1955, pp. 31-59.

Fuller, Lon, *The Morality of Law*. New Haven, Yale Uni. Press, 1969.

Gramsci, Antonio, *Selections From Prison Notebooks*. Ed. and Trans. Quintin Ohare, and Geoffrey Nowell Smith. 11th. İmp. New York, International Publishers, 1992.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1965.

Hauriou, Maurice, "An Interpretation of the Principles of Public Law," *Harvard Law Review*, Vol. 31 (1918), pp. 813-821.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*. Ed. J. C. A. Gaskin, New York, Oxford Uni. Press, 1998.

Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Ed. L. A. Selby-Brigge, Oxford, Clarendon Press, M DCCC XCVI (1896).

Kant, Immanuel, *Critique of Practical Reason*, Trans. Thomas Kingsmill Abbott, London, Longman, Green and Co, 1898.

Kant, Immanuel, *Metaphysics of Morals*. Trans. Mary Gregor. New York, Cambridge University Press, 1991.

Kant, Immanuel, *The Moral Law, Grundwork*. Trans. H. J. Paton. London, Hutchinson's University Library, 1947.

Kant, Immanuel, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence*. Trans. W. Hastie. Edinburgh, Clark, 1887.

Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Trans. Max Knight. Berkeley L.A.: Uni. of California Press, 1978.

La Vopa, Anthony J. *Grace, Talent and Merit*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Lévi-Strauss, Claude, *Structural Anthropology*. Vol. I, Trans. Claire Jacobson, and Brooken Grunffest Schoepf, Middlesex, Penguin, 1979.

Locke, John. *Two Treatises of Civil Government*. Introduction by William S. Carpenter. London, Everyman's Library, 1966.

Luhmann, Niklas, *Law As a Social System*, Trans. Klaus A. Ziegert. Ed. Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, and Rosamund Ziegert, Introduction by Richard Nobles, and David Schiff. Oxford, Oxford University, 2004.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

MacCormick, Neil and Ota Weinberger, "Introduction," *An Institutional Theory of Law*, 2nd imp. Dordrecht, D. Reidel, 1992, pp. 1-30.

MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, Indianapolis, Uni. of Notre Dame Press, 2007.

Marx, Karl. *Capital*. Vol. I. Ed. Friedrich Engels, Chicago, Charles H Kerr and Co., 1909.

McIlwain, Charles Howard, "Magna Carta and Common Law," *Magna Carta Commemoration Essays*, Ed. Henry Elliot Malden. London, Royal Historical Society, 1917, pp. 122-179.

Morton, Peter, *An Institutional Theory of Law: Keeping Law in Its Place*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Ockham, William of, *A Short Discourse of Tyrannical Government*, Ed. Arthur Stephen McGrade, Trans. John Kilcullen, Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1992.

Ozcan, Mehmet Tevfik, "The Rule of Law and Human Virtue." *Proceedings of the XXII World Congress of Philosophy*, Vol. 40 (2008), pp. 92-105.

Ozcan, Mehmet Tevfik, "Capitalism and the Rule of Law, The Three Stages of Legal Order in Modern Society," *Standing Tall: Hommages a Csaba Varga*, Ed. Bjarne Melkevik, Budapest, Pázmány Press, 2012., pp. 305-340.

Pashukanis, Evgeny Bronislavovich, *Selected Writings on Marxism and Law*, Ed. Piers Beirne and Robert Sharlet, Trans. Peter B. Maggs, London, Academic Press, 1980.

Petrazycki, Leon, *Law and Morality*, Introduction by A Javier Trevino, Trans. H. W. B., New Brunswick, Transaction Publishers, 2011.

Postema, Gerald J., "Law's Autonomy and Public Practical Reason," *The Autonomy of Law*, Ed. Robert P. George, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 79-118.

Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Renner, Karl, *Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Introduction by O. Kahn-Freund, Trans. Agnes Schwarzchild, London, Routledge and Kegan Paul, 1949.

Sahlins, Marshall D., *Tribesman*, Englewood, Prentice-Hall, 1968.

Schmitt, Carl, *The Concept of Political*, Trans. George Schwab, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

Schmitt, Carl, *Political Theology*, Trans. George Schwab, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

Schwarz, Andreas B. "John Austin and the German Jurisprudence of His Time." *Politica*. No. 2. (1934), pp. 178-199.

Scott, S. P., "Preface," in *The Civil Law*, Vol. I, Ed. and Trans. S. P. Scott, Cincinnati, Central Trust Co., 1932, pp. 1-55.

Searle, John R., *Speech Acts*, London, Cambridge Uni. Press, 1969.

Sidgwick, Henry, *The Method of Ethics*, 3rd ed., London, MacMillan and Co., 1884.

Spinoza, Benedict de. *A Spinoza Reader*. Trans. Edwin Curley. Princeton NJ: Princeton Uni. Press, 1994.

Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Stopford, Alice, "The Centralization of Norman Justice under Henry II," *Selected Essays in Anglo-American Legal History*, Vol.I, Boston, Little, Brown and Co., 1907, pp. 111-138.

Tawney, R. H., *Religion and the Rise of Capitalism*, New York, Mentor Book, 1963.

Tawney, R. H., *The Acquisitive Society*. New York, Harcourt, Brace and Co., 1920.

Thatcher, Oliver J., and Edgar Holmes McNeal, eds., *A Source Book for Mediaeval History*, New York, Charles Scriber's Son, 1905.

Thibaut, *An Introduction to the Study of Jurisprudence (System des Pandecten Rechts)*, Trans. Nathaniel Lindley. London, William Maxwell, 1855.

Von Wright, G. H. "Deontic Logic," *Mind*, Vol. 60 (1951), pp. 1-15.

Weber, Max, *On Law in Economy and Society*. Ed. Max Rheinstein, New York, Simon and Schuster, 1954.

Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Trans. Talcott Parsons, Introduction. Anthony Giddens, London and New York, Routledge, 2001.

Weinberger, Ota, "The Norm as Thought and as Reality," *An Institutional Theory of Law*, 2nd imp., Dordrecht, D. Reidel, 1992, pp. 37-43.

AVUKATIN SIR TUTMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: ETİK NORMLAR KURALIN İHLALİNİ ÖNGÖREBİLİR Mİ?*

Nadire Özdemir**

GİRİŞ

Birkaç yıl önce, yüksek lisans tezimde avukatın sır tutma yükümlülüğü üzerine çalışırken kafamda uygulamaya yönelik olarak bir sürü soru biriktirmiştim. Sır tutma ilkesi, avukatların mesleklerini icra ederken müvekkilli hakkında gerek doğrudan müvekkilin kendisinden gerekse mesleki faaliyetleri esnasında başka kişilerden veya resmi belgelerden öğrendikleri herhangi sır niteliğindeki bir bilgiyi açığa vurmayacaklarını temin etmektedir.¹ Bu ilke, avukat ve müvekkili arasındaki güven ilişkisinin kurulmasında ve savunma için gerekli olan bilgi alışverişinin rahatlıkla sağlanmasında önem arz etmektedir.² Ancak kimi zaman bu kural, gelecekte işlenmesi planlanan suçlar gibi ciddi tehlikelerin saklanması da sebep olabilmektedir. Bu risk, kimi hukuk düzenlerince öngörülmüş olup kurala

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Nadire ÖZDEMİR, *David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil Arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 58.

² Sırrın açığa vurulacağı endişesinin yanı sıra, müvekkil, avukatına aktardığı bilginin kendisine (*ego threat*) ya da davanın gidişatına (*case threat*) zarar vereceğini düşünebilir, kendisinin açıklamasına gerek kalmadan avukatın anlamasını beklemek suretiyle pasif kalmak isteyebilir (*role expectations*), anlatacaklarından utanç ya da rahatsızlık duyduğu için susabilir (*etiquette barriers*), anımsamamak için (*trauma*) ya da aktardığı bilginin ilgisiz olduğunu sandığı için (*percieved irrelevancy*) olayın detayına girmek istemeyebilir. (Llyod B. SYNDER, "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol.15 (2001-2002), s. 485.)

birtakım istisnalar getirilmiştir. Ancak ülkemiz açısından Meslek Etiği Kuralları ve Avukatlık Kanunu incelendiğinde bu kuralın mutlak bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir.³ Avukatlar bu kuralı ihlal ettiğinde disiplin cezaları dahi alabilmektedirler.⁴ Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, bu husus avukatların mutlak bir kural olan sır tutma ilkesinden kaynaklanan etik ikilemlerle nasıl baş ettikleri sorusunu merak etmeme yol açtı. Sırrı açığa vurup vurmamak arasında kalan bir avukat açısından şöyle bir ön kabulüm vardı: Yazılı hukukta herhangi bir açık çözüm yolu öngörülmediği için, genel etik normlar kapsamında bir çözüm önerisi geliştirebilirlerdi. Benim bu ön kabulüm aşağıda açıklayacağım “ahlâk merkezli” meslek etiği yaklaşımını sergilemekteydi. Ancak bu ufak çaplı saha çalışmam sonucunda avukatların daha çok “hukuk merkezli” yaklaşımı benimsedikleri sonucuna vardım.

Meslek etiğinin anlamını sadece hukuki temellerde ortaya koymaya çalışan hukuk merkezli yaklaşım, “meslek etiği” terimindeki etiği tanımlayıcı anlamda kullanmakta ve meslek etiği kurallarını diğer hukuki düzenlemeler gibi ele almaktadır.⁵ Bu doğrultuda “hukuk kuralları sınırı içinde kalarak

³ *Sır saklama:*

Avukatlık Kanunu Madde 36 – Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları Madde 37- Avukat meslek sırrı ile bağlıdır.

a- Tanıklıktan çekinmede de bu ölçüyü esas tutar.

Avukat davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslekten ayrılmak bu yükümü kaldırmaz.

b- Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirler alır.

Yine, ülkemiz açısından da önem arz eden Avrupa Birliği Meslek Kurallarına göre:

2.3. Sır saklama

2.3.1. İfa edilen hizmeti[n] bir gereği olarak, müvekkilin başkalarına açıklamayacağı şeyleri avukatına açıklaması ya da avukatın kendisine duyulan güven temelinde mahremiyet taşıyan başka bilgilere erişmesi söz konusu olabilir. Sırların saklanacağından emin olunmadıkça güvenden bahsedilemez. Sır saklama yükümlülüğü, avukatın birincil ve temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin çıkarına olduğu kadar adaletin gerçekleşmesine de hizmet eder. Bu yüzden, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korunmaya tabidir.

2.3.2. Avukat, mesleğinin icrası esnasında edindiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır.

2.3.3. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı değildir.

⁴ Örneğin bkz. TBB Disiplin Kurulu Kararları 24.1.2014 tarihli E. 2013/653 sayılı karar veya 4.4.2014 tarihli E. 2014/11 sayılı karar (<http://www.barobirlik.org.tr/dkk?yil=2014>, erişim tarihi 28.9.2014).

⁵ Elliot D.COHEN/Michael DAVIS, “Introduction”, *Ethics and the Legal Profession* içinde, (Derleyen: Elliot D.COHEN/Michael DAVIS/Frederick/A. ELLISTON), Prometheus Books, New York 2009, s. 10.

avukatlık mesleği nasıl icra edilebilir” sorusu kapsamında meslek etiği düzenlemelerine başvurumaktadırlar.⁶ Bu yaklaşım, kesinlik, öngörülebilirlik ve uygulanabilirlik kıstaslarının altını çizerek görelî ve sübjektif bir alan olarak kabul ettiği etiğin sınırlarını kurallarla sabitlemeye çalışmaktadır.⁷ Bu görüşün karşısında olan ahlâk merkezli yaklaşım ise kuralların uygulamada yarattığı sorunların genel etik teorileri kapsamında ahlâki açıdan tartışılabileceğini belirtmektedir.⁸

Bu çalışmadaki araştırma problemim etiğin ya da etik normların avukatların sır tutma ilkesini ihlal etmelerindeki rolü üzerinedir. Bu kapsamda üç farklı alt tema belirledim: Etik, (etik) ikilem ve de meslek algısı. Etiğin avukatlar için ne anlama geldiği, mesleklerini ne şekilde konumlandıkları, etik sorunlarla karşılaştıklarında sır tutma kuralını hangi temellerde ihlal ettikleri ya da edecekleri gibi alt sorular, araştırma sorumu ilgilidir. Bu çalışmada bu soru ve sorunlara nitel verilerim kapsamında açıklamalar getirmek amaçlanmıştır.

I. METODOLOJİ

Bu nitel araştırma, Nisan 2012 - Haziran 2012 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Derinlemesine mülakat yöntemiyle Ankara’da çalışmakta olan 10 farklı avukatla 1-1,5 saate yakın görüşme yapılmıştır. Bu avukatların en az 3 yıl, en fazla 25 yıl olmak üzere meslekteki ortalama çalışma yılı 10’dur. Ceza hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku veya medeni hukuk gibi çeşitli hukuk dallarıyla ilgili davalar üzerinde çalışmaktadırlar. Hangi tür davalar üzerinde çalıştıkları, karşılaştıkları etik ikilemleri yorumlamada önem arz etmektedir. Çalışmaya dair varsayımlarımdan biri, ceza hukuku davalarının özel hukuk davalarına nazaran daha derin etik problemler arz edeceği yönündeydi. Zira ceza hukuku davalarının temel insan haklarıyla daha ilgili olduğunu düşünmekteydim. Ancak bu varsayımım, görüşmecî avukatların birçoğunun mesleki yaşamı boyunca herhangi bir dava türünde etik ikilemle karşılaşmadığını söylemesi doğrultusunda geçerliliğini yitirmiştir.

Bir görüşmecim dışında bütün görüşmeler avukatların işyerlerinde gerçekleştirildi. Sadece bir görüşmecimle fakülteadaki odamda görüşme yaptım. Görüşmeleri, görüşmecilerin kendi avukatlık bürolarında gerçekleştirilmeye özen

⁶ COHEN, 2009, ss. 9-12.

⁷ Christine PARKER, “A Critical Morality for Lawyers: Four Approaches to Lawyers’ Ethics”, *Monash University Law Review*, Vol.30 (2004), s. 53.

⁸ Donald NICOLSON/Julian WEBB, *Professional Legal Ethics Critical Interrogations*, Oxford University Press, New York 1999, s.5.

gösterdim. Mesleki kimliklerini daha derinden hissedecekleri bir mekân olarak kendi iş yerlerinde görüşme yapmanın onları daha rahat ve samimi hissettireceğini düşündüm.

Neredeyse her bir görüşmeciyile randevu ayarlama zorluk çektim. Sıklıkla kendimi “sürekli meşgul ve çalışan” insanlarla görüşmeye çalışan bir araştırmacı olarak hissettim. Ancak görüşme için gittiğimde, bana ayıracaklarını söyledikleri zamandan daha fazlasını ayırmada gönüllü olduklarını gördüm. Görüşme sorularımdan biri olan “*davalanız hakkında iş arkadaşı dışındaki çevrenizle konuşur musunuz?*”un cevabı dolaylı olarak, görüşmeler esnasında da verilmiş oldu. Görüşmecilerimin hepsi, görüşlerini desteklemek için mesleki tecrübelerine başvuruyorlardı. Kullandıkları çoğu cümle “(....) *bir keresinde şöyle bir davam oldu*”, “(....) *mesela geçen ay şöyle ilginç bir müvekkilim vardı*”, “(....) *bir dosyamda ne oldu, anlatayım*”, şeklinde başlıyordu.

Saha çalışmalarında, araştırmacının sahayla olan ilişkisi ve bu ilişkinin araştırmaya etkisi içeriden biri (*insiderness*) veya dışardan biri olma (*outsiderness*) kimliklerine referansla yakından ilgilidir. Araştırmacının içeridenlik derecesi ya da dışarıdanlığıyla ne ölçüde baş ettiğinin, görüşmecilere erişim, verilerin güvenilirliği ve sahanın başarısı gibi birçok hususu etkilediğine inanılmaktadır. Araştırmacının cinsiyeti, etnik kökeni, dini, medeni hali, yaşı veya mesleği gibi unsurlar onun içeridenliği ve dışarıdanlığını uzlaştırmak adına önem taşır.⁹ Örneğin bu araştırma açısından, hukuk fakültesi mezunu ve de avukatlık stajımı yapmış olduğum için “sahadan biri” sayılabılırdim. Çoğu görüşmeci, görüşmeye başlamadan önce mesleki geçmişimi bilmek istedi. Hukuki geçmişimi bilmeleri, onları jargonu kullanmak hususunda cesaretlendirdi. Bu anlamda beni “içeriden biri” (*the insider*) olarak hissettirdiler. Ancak uygulamadan uzak olduğum ve de teorik bir alanla ilgilendiğimi öğrendikleri zaman bana bakışları değişti. O andan itibaren “uygulamada ne olup bittiğinden haberi olmayan teorik bir göz” olmaya başladım. Onların her gün deneyimledikleri, kitaplarda yazarlar dışında tuzaklarla dolu olan “gerçek hukuku” bilmeyen, dışarıdan (*the outsider*) biri olarak nitelendirildim. Bir diğer yandan, bu bizim diyalogumuzu daha da ilginç kıldı. Onlar, kâğıt üzerindeki kuralların uygulamada büründükleri görünümleri bana anlatmada daha istekliyken ben de onların mesleği deneyimlerini teorik bilgim kapsamında bir yerlere oturtmaya çalışıp durdum.

⁹ Ayça ERGUN/Aykan ERDEMİR, “Negotiating Insider and Outsider Identities in the Field: ‘Insider’ in a Foreign Land; ‘Outsider’ in One’s Own Land”, *Field Methods*, Vol. 22 (2010), ss. 18-19.

II. ETİK

Bu bölümde, “etik” kavramının görüşmeciler kapsamında nasıl algılandığını tartışacağım. Bu husus, sır tutma kuralını ihlal ederken dayandıkları temelleri aydınlatmak açısından önem arz etmektedir.

‘Etik’ olarak başvurduğum kavram, yaşamda karşılaştığımız eylem ve değerlendirmelere ilişkin felsefi soru ve sorunlarla ilgilidir.¹⁰ Avukatlık meslek etiği (*legal ethics*) de, benzer olarak, avukatların mesleki yaşamlarında karşılaştıkları etik soru ve sorunlarla ilgilidir. Ancak giriş kısmında da kısaca açıklandığı üzere meslek etiğine iki farklı yaklaşım söz konusu olmaktadır. Ahlâk merkezli olan yaklaşım, meslek etiğini genel ahlâk teorilerine başvurarak tanımlamaktadır. Onlara göre avukat olmak, etik problemlerle baş etmekte diğer insanlarla aralarında herhangi bir fark yaratmamaktadır. Hukuk merkezli yaklaşım ise, meslek etiğinin mesleki kurallar ve kodlarla sınırlı olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre meslek kuralları da, diğer kurallar gibidir ve etik sorunların çözümü bu kurallar çerçevesinde veya ceza kanunu ya da hukuki sorumluluk kuralları gibi düzenlemeler içinde aranmalıdır.¹¹

Ben araştırma sorumu ahlâk merkezli yaklaşım bağlamında oluşturmuştum ve bu doğrultuda görüşmecilerime “*sizce etik ne anlama gelmektedir?*”, diye sorduğumda verilen yanıtların bu kapsama düşeceğini bekledim. Ancak görüşmeci avukatların yaklaşımı tam tersiydi.

Avukatlar etiği “meslek etiği” olarak algılamakta; meslek etiğini açıklamak için de Meslek Kuralları düzenlemesine başvurmaktaydılar:

N: “Etik” kavramı size genel olarak ne ifade ediyor?

G4: Avukatlıkta etik?

N: Genel olarak etik.

G4: Etik, doğruya ahlâka uygun olan, yani aslında ben etik deyince biz avukatlıkta meslek kuralları geliyor aklıma...

Bazı görüşmeciler etik kavramını açıklamak için doğrudan Meslek Kurallarından bahsetmeye başladılar:

N: “Etik” kavramı size genel olarak ne ifade ediyor?

G6: Mesleğimle bağlantılı söyleyeyim, meslek kurallarının bütünü, diyebilirim. Ama avukatlık mesleği için, meslek kurallarının bütününe içine alan ve biraz da ahlâkla bağlantısı olan bir alan..

¹⁰ Harun TEPE, “Bir Felsefe Dahil Olarak Etik”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 1998, s.16.

¹¹ COHEN, 2009, ss. 9-12.

Meslek etiği ve meslek kuralları arasında fark görmediğini belirten bir başka görüşmecim:

“G7:..etik şudur tabii, bir meslek mensubunun mesleğini icra ederken uyması gereken ahlâki kurallardır.. her meslekte bu vardır hani tıp mesleğinde de vardır, avukatlık mesleğinde de vardır.. hatta bizim yayınlanmış meslek kuralları vardır..”

N: Peki meslek etiği ve meslek kuralları arasında fark görüyor musunuz?

G7: Aralarında öyle çok fazla fark yok...”

Meslek Kuralları, 1971’de Türkiye Barolar Birliği tarafından kaleme alınmıştır. Avukatların müvekkilleriyle, meslektaşlarıyla ve kurumlarla ilişkilerine dair meslek kurallarını ihtiva etmektedir. Avukatlar etik normları bu meslek kurallarına indirgedikleri takdirde meslek kapsamında karşılaşılan etik ikilemlerin çözüm yollarını da sadece bu yazılı düzenlemeler içerisinde bulmak durumunda kalmaktadırlar. Bu husus onların hukuk merkezli yaklaşıma daha yakın olduklarının da bir göstergesidir. Ancak Meslek Kuralları ya da Avukatlık Kanununda sır tutma ilkesinin etik ikilemlerine yönelik açık bir çözüm yolu öngörmemiş olması dolayısıyla hukuk merkezli yaklaşımın problem teşkil edebileceği düşünülebilir.

III. İKİLEM

İkilem, iki istenmeyen alternatif karşısında seçimi gerektiren herhangi zor ya da kafa karıştırıcı bir durumu ifade etmektedir.¹² Kimi zaman iki farklı hakkı dengelemek veya bunlar arasında seçim yapma durumunda kaldıklarını düşündüğüm avukatların, meslek yaşamlarında etik ikilemlerle karşılaşabileceklerini varsaymaktaydım. Özellikle, sır tutma kuralı kapsamında ortaya çıkan ikilemleri çözüme kavuşturma durumunda avukatların etik normlara başvurmak istediklerini ya da başvurduklarını varsaydım. Ancak nitel verilerimi analiz ederken, avukatların pek de fazla etik ikilem yaşamadıkları sonucuna vardım. Bunun nedenlerinden biri, hukuk sistemimizin bu tür ikilemleri önleyici birtakım elverişli mekanizmalar sunmasıydı. Örneğin Avukatlık Kanunu ve de Meslek Kuralları, avukatlara gelen dosyaları herhangi bir gerekçe göstermeden reddetme olanağı sunmaktadır:¹³

¹² <http://dictionary.reference.com/browse/dilemma> (erişim tarihi 27.05.2012).

¹³ “Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur.” Avukatlık Kanunu m.37/1.

N: Hiç kişisel değerlerinizin mesleki sorumluluklarınızla çeliştiği ve de sır tutma ilkesini ihlal etmek istediğiniz bir durum yaşadınız mı meslek hayatınızda?

G2: (...) yani böyle bir durumda iki seçeneğiniz var: Vekaleti kabul etmezsiniz ya da kabul edersiniz (...) hukuk dışı davrandığımı, etik dışı davrandığımı bildiğim kişilerin vekaletini üstlendiğimde veya sonradan bu niteliklerinin olduğunu öğrendiğim kişilerin vekalet görevini yürütürken psikolojik olarak kendimi her zaman kötü hissetmişimdir. Ancak kabul ettikten sonra müvekkilin öğrendiğimiz bir sırrını ifşa etmek hem meslek kurallarıyla bağdaşmaz hem de etik değildir.

Yine, kendisine teklif edilen bir meseleyi reddettiğini somut olay üzerinden anlatan bir başka avukat:

N: Peki, kişisel değerlerinle mesleki yükümlülüklerinin çeliştiği durumlar oluyor mu? Bir çıkmaza girdiğin..?

G1: Geçenlerde bir CMK görevi geldi.. Çocuk İzlem Merkezi.. Şimdi, 18 yaş altındaki çocukların cinsel istismardan mağdur olması durumunda Çocuk İzlem Merkezinde ifade alınıyor(...) savcı bana şey dedi, bir ifade daha var buraya kadar gelmişken onu da dinleseniz dedi, doktoru çağırdılar. Şimdi 3 yaşındaki kız çocuğu Yenimahalle Devlet Hastanesine getirilmiş, rahminde siğiller çıkıyor diye ..doktor incelemeyi yapmış, bu siğiller (...) sadece cinsel ilişki ile ve erkeğin tükürüğü ile bulaşan bir virüs ve bunun üzerine bunu ailesine daha haber vermeden ailesine şey demişler, “sizden de bir kan örneği alıp test yapalım araştıracağız”, demişler.. Babada HPV virüsü çıkıyor, dolayısıyla o çocuğa tükürük yoluyla ya da cinsel ilişki yoluyla o virüsü bulaştıran adam, yani babası (...) ben şey dedim, ya başka biri görevlendirilsin ben bu işte yokum dedim (...) Yani kendi kızına tacizde bulunan biri olarak.. işte mesleki olarak yapman gereken kişisel ifadesinde yanında olacaksın, indirim sebeplerini de söyleme hiçbir şey söyleme ama yanında olacaksın ama ben niye o adamın yanında bulunayım...”

“Avukat kendisine teklif edilen işi gerekçe göstermeden de reddedebilir. Takdirine esas olan nedenleri açıklamak zorunda bırakılamaz.

Avukat zamanının ve yeteneklerinin erişemediği bir işi kabul etmez.

Avukat davayı almaktan ve kovuşturmadan çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmağa dikkat edecektir.” TBB Kuralları, m.38.

Vekâleti reddetmenin yanı sıra, avukatlar ayrıca gerekli gördükleri takdirde üstlendikleri davayı bırakıp vekâleti sonlandırabilme hakkına da sahiptirler.¹⁴ Görüşmeci avukatlardan çoğu olası ikilemleri önlemede bu tür mekanizmalara başvurabileceklerini ileri sürdüler:

N: Peki almış olduğunuz bir dava devam ederken böyle bir şey yaşarsanız nasıl oluyor?

G5: Bir defa yaşadım mesleki yaşamımda.. müvekkili çağırdım, ya beni azletmesini söyledim ya benim istifa edeceğimi söyledim, istifa ettim..

Yine, vekâlet ilişkisini sonlandırma seçeneğinden bahseden bir başka görüşmecim:

G10: İki türlü oluyor bu... müvekkili çağırıp “başta bu durum yoktu sonra çıktı bana bunu izah et...” Burada müvekkil kötü niyetliyse zaten sonlandırırız ilişkiyi... ama müvekkil bazı detayları bilmemekteyse, iyi niyetliyse başka...

Karşılaşılması olası olan ikilemler konusunda görüşmeci avukatları ikna etmek için kimi zaman gerçek olan uç örnekler veya kurgusal olaylar kullandım. Bu örnekler karşısında etik ikilemler durumunda müvekkiliyle konuşup onu ikna etmeye çalışacağını söyleyen ve bu anlamda bana göre “ahlâki aktivist”¹⁵ avukat modeline uygun davranan bir görüşmecim:

G6: İlla ki olur ! O da çok profesyonel olmakla ilgili... suçların hepsi istenmeyen fiiller, değil mi efendim? Yani en ağırından en hafifine bunların hepsi kötü fiiller... Profesyonel bakmadığımız zaman her fiil için geçerli de bazı fiiller var ki insanları daha fazla rahatsız ediyor... Çok somut bir örnek vereyim, çok eski bir tarihte, çok küçük çocuklara bu amaçlı fiil işlendiği iddiasıyla bir şahsın müdafî olarak gidiyorum, iki ayrı fiil ve yargılama var... isnat edilen fiili insan olarak kabul etmek mümkün değil tabii ki, hiç unutmam, söylediniz de birden aklıma geldi, duruşmanın birinden

¹⁴ “Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder”. Avukatlık Kanunu m.41.

¹⁵ İsim babası **David Luban** olan ahlaki aktivizm yaklaşımında adaletin sağlanması hususunda kendisini sorumlu hisseden avukat, müvekkiliyle adalet anlayışları hususunda ters düştiklerinde avukatlık ilişkisine son vermek yerine müvekkilini daha doğru olduğunu düşündüğü hususta ikna etmek açısından aktif bir yaratıcılık içerisinde olmaktadır. [ÖZDEMİR, 2011, s. 6, s. 14].

çıkıldığında, zarar görenlerden birinin babası “siz baba değil misiniz!” diye beni itham etti...

N: Diyelim ki ceza ehliyeti olan bir müvekkiliniz o tarz fiillerde bulunacağını, ileriki bir zamanda, size anlattı... Böyle bir durumda?

G6: Bulunacağını? Çok zor bir soru... (...) Onu ikna etmeye çalışırdım... Meslek sırrını muhafaza ederek de yardım ederim diye düşünüyorum...

Görüşmeci avukatlarının bu tür etik problemleri yorumlama ve bunlara çözüm bulma arayışları oldukça pozitifistti. Herhangi bir etik problemin çözümünü yazılı kurallar çerçevesinde, özellikle Avukatlık Kanunu ve Türk Ceza Kanunu içerisinde aradılar.

G9: (...) içerikte bir cezai suç oluşturan bir olay gördü diyelim ki, sırasıyla şunları yapabilir bir avukat: Önce avukat müvekkil ilişkisini bitirir, ardından 279. madde yükümlülüğüm de var benim bir kamu görevlisiyim ben, bu adam böyle böyle suçludur ya da suç işleyecektir.. Özellikle orada suçludur demek bize uygun olmayabilir, ama o olay 279. madde bağlamında değerlendirilebilir... Avukatın sınırları geniş olmalı, bu yetki avukatta olmalı, bunun sınırlarına ilişkin tüm belirleme yetkisi avukatta olabilir...

Görüşmeci avukatların sadece yazılı kurallara başvurmak konusundaki ısrarları aynı zamanda avukatlık mesleğini algılama biçimleriyle de ilgilidir. Avukat olmak algısı, olaylara ve ikilemlere bakış açılarını şekillendirdikleri gibi, mesleki algılarına yönelik sınırları da etkilemektedir.

IV. MESLEĞE YÖNELİK ALGI

Avukatlık bir kamu hizmeti ve de aynı zamanda serbest bir meslek olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Bu husus, avukatlığın iki farklı yönü olduğunu göstermektedir: Kamusal yanı ve özel yanı.¹⁷ Bu araştırma kapsamında sır tutma kuralının ihlal edilmesinde avukatlığın hangi yanının daha ağır bastığını

¹⁶ Avukatlık Kanunu, m.1.

¹⁷ Avukatlık hizmetinin profesyonel bir meslek mi, ticari bir faaliyet mi yoksa kamu hizmeti niteliği mi taşıdığına dair kapsamlı bir tartışma için bkz. Kasım AKBAŞ, *Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası, Avukatların Sınıfsal Konumlarındaki Değişim: İstanbul Örneği*, NotaBene Yayınları, Ankara 2015, ss. 133-136.

merak ettim. Beklentim, avukatlığın kamusal yanı gerçekliğinde görüşmeci avukatlarımın kendilerini sadece müvekkillerinin menfaatleri doğrultusunda hareket eden değil; aynı zamanda en azından etik ikilemlerde başkalarının haklarını da gözeten bir yaklaşım sergileyecekleri yönündeydi. Avukatların, mesleklerini yargı erki içerisinde nasıl konumlandıkları, korumayı amaçladıkları değerleri de etkilemekteydi.

Birçok görüşmeci, daha geniş bir kavram olan “hukukçuluğu” meslek olarak nitelendirmekte; ancak sadece avukatları meslektaşları olarak görmekteydi.¹⁸ Neredeyse bütün görüşmeciler, hâkimleri veya savcılarını, kendilerini küçük gördükleri hususunda eleştirmekteydi. Aynı zamanda yargının üç sacayağı olduğunun, ancak kimi zaman bu hususun hâkimler ya da savcılar tarafından unutulduğunun altını çizdiler.

G9: (...) onlar (hakim ve savcılar) kendini üstün görüyor(...)Avukatlık Kanunu avukatlığın kamu hizmeti olduğunu söyler, ama biz devletin binalarını, masalarını, bilgisayarlarını kullanmadığımız için sanki biz bir kamu hizmeti yapmıyormuşuz gibi bir algı vardır.. Yani avukatı bir kamu hizmeti yapıyormuş gibi düşünemiyorlar, birincisi bu. İkincisi, bizim geleneklerimizden geliyor. Devlet sınıftır hâkimlik savcılık, bizde. Bu da çok bilinen bir şey.. kendisinin devleti temsil ettiğini düşünüyor, onun dışında herkes üçüncü kişi.. devlet geleneği sizin az önce söylediğiniz karar verme yetisi, hakimler açısından, savcılar açısından da hürriyeti bağlayıcı cezalar veremese de gözaltı, yakalama gibi bir suç isnat etme gibi bıraktığı etki gibi çok kuvvetli yetkilere sahip olduklarından çok fazla kamu otoritesi ve kamu gücüyle kuşanmış durumdalar.. yani hem düzenleme olarak hem de bizdeki devlet geleneğinden.

Önceden savcılık yapmış olan bir görüşmeci, artık hâkim ve savcılarını meslektaşları olarak görüyor; ancak şunu da itiraf ediyor:

N: Savcıyken avukatları meslektaş olarak görür müydünüz?

G8: Dürüst olmak gerekirse hayır...

N: Avukatın bir kamusal yanı bir özel yanı olarak bahsedilir ya, bunlar sizin için ne ifade ediyor, somutlaştırabilir misiniz?

¹⁸ Hukukçuluk mesleğinin Roma’da ortaya çıkışı ve avukatlığın tarihsel süreçte bu meslek grubu içerisinde belirginleşmesiyle ilgili olarak bkz. AKBAŞ, 2015, ss. 139-142.

G8: Hiç düşünmemiştim... avukatlığın bütün yaptığı işin kamusal yön olduğunu düşünüyordum ben.. özel yön ne olabilir ki... acaba meslek içinde yapılan birtakım faaliyetler bile kamusaldır... çünkü belli bir kamusal işi yapmaya yönelik faaliyetler.. Ben çok özel bir yanı olduğunu düşünmüyorum; ama avukatlar birleşip aralarında bir tiyatro yaparlar bir sanat icra ederler belki bu düşünülebilir...

Görüşmecilerin çoğu, avukatlığın ve savunmanın, adalet amacına hizmet eden yargının üç sacayağından birini oluşturduğunu söylemiştir. Bu husus, kendilerini adaletin sağlanmasından sorumlu olduklarını göstermekle beraber, sır tutma ilkesinin ihlalinde adalet değerine, örneğin adaletin sağlanması amacıyla bu meslek kuralının ihlal edilmesi gerektiğine yönelik herhangi bir atıfta bulunmamışlardır. Kimi cevaplar, beni kamu sağlığı ya da güvenliğinin veya bazı etik dışı davranışların dahi adaletsiz olarak değerlendirilmediğini düşünmeye itti:

G1: Gerçekten insanlığa yakışmayacak şeyler olduğunu düşündüğüm zaman o davayı almam ya da o göreve gitmem ya da o ifadede o tarafın yanında bulunmam.. ama gerçekten insanlığa yakışmayacak şeyler olduğunda... yani uyuşturucu ticareti, tamam yanlış ama niye yanında olmayayım.. ama çok iğrenç şeyler yaşandığı zaman... ya da bir boşanma davasında, işte kadın kocasına iftira atıyor işte beni aldattı diye... halbuki öyle bir şey yok... işte ben de daha fazla nafaka ve tazminat alsın diye ben yalanlar söyleyerek o davayı kendi lehime çevirmeye çalışırım.. bunda da kişisel değerimle mesleki menfaat çatışıyor; ama şeye göre, o kişisel değerın ağırlığına göre değerlendiriyorum genel olarak..

Kamu sağlığını tehdit eden bir durumda dahi müvekkilinin sırrını ifşa etmeyeceğini söyleyen bir görüşmecim:

N: Somut bir örnek vermek istiyorum. Aldığınız bir dosyada aslında dava konusuyla ilgili bir durum olmasa bile, tesadüfen müvekkilinizin AIDS olduğunu öğreniyorsunuz ve rastgele cinsel ilişkiye girdiğini söylüyor ve cinsel ilişkiye girdiği insanların bundan haberi yok.. bir şekilde bir tehdit olarak görüyorsunuz kamu sağlığına.. Böyle bir durumda nasıl hisseder ve davranırdınız?

G5: Sır baki. Mezara kadar.

N: Böyle bir durumda dahi?

G5: Beni ilgilendirmiyor, insanlar kendi sağlığını kendi düşünmek durumunda..

Bir yandan kamu hizmeti sunan bir yandan da bağımsız bir meslek olan avukatlık, bu meslek sahibi kişilerin önüne gelen davaları serbestçe değerlendirebilmelerini sağlamaktadır. Avukatlar, adaleti gerçekleştirmedeki rollerine önem vermektedirler. Ancak adalet kavramından ne anladıkları biraz tartışmaya açık nitelikte. Nitel verilerimi değerlendirdiğimde, görüşmecilerime göre adaletin müvekkillerine en iyi hizmeti sunmak anlamına geldiği sonucuna varıyorum. Sadece müvekkillerinin menfaatleri doğrultusunda davranan avukat profili kanımca avukatlığın kamusal yanını gölgelemektedir.

SONUÇ

Bu araştırma, avukatların, sır tutma ilkesinden kaynaklanan ve onları etik çıkmazlara sokan herhangi bir durumda nasıl davrandıklarını anlamaya yöneliktir. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları çerçevesinde mutlak bir şekilde tanımlanan sır tutma kuralı doğrultusunda görüşmeci avukatların bu yazılı düzenlemelerin dışına çıkmayı reddettikleri söylenebilir. Araştırmadaki temel varsayımım olan, herhangi bir etik ikilem karşısında avukatların etik normlara başvurarak sır tutma kuralını ihlal edebilecekleri yönündeydi. Ancak nitel verilerim kapsamında değerlendirmelerim bunun tam tersi yönünde sonuçlandı. Görüşmeci avukatların istisnasız hepsi, genel olarak etik kavramını meslek etiği çerçevesinde açıklamaya çalıştılar. Meslek etiği ise onlara göre Meslek Kuralları gibi yazılı düzenlemelerden ibaretti. Bu hukuk-merkezli yaklaşım, onları sadece yazılı kurallar içinde hareket etmeye iterken adil olmayan veya etik olmayan sonuçlarda dahi sır tutma ilkesini ihlal etmemeye zorlamaktadır. Ve de bu husus, meslek algılarıyla çelişmektedir; zira görüşmeci avukatların hepsi avukatlığın kamusal yönünün adaleti sağlamak olduğu fikrindedir. Bu husus aynı zamanda onların adalet algılarına da ayna tutmaktadır.

Sonuç olarak denebilir ki, görüşmeci avukatların sır tutma ilkesinden kaynaklanan etik ikilemleri yorumlama ve bunlara çözüm getirme tutumları oldukça pozitivisttir. Sonuç etik dışı olsa dahi yazılı kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmak istemektedirler. Bu husus, Avukatlık Kanunu ya da Meslek Kuralları kapsamında, etik çıkmazlar için daha detaylı düzenlemelerin getirilebileceğini düşündürmektedir. Böylece avukatlar bir yandan yazılı kurallara sadık kalırken bir yandan da sır tutma ilkesinin mutlak uygulamasında ortaya çıkabilecek olası riskleri önleyebilirler.

KAYNAKÇA

Avukatlık Kanunu

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları

CCBE (Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi) Avrupa’da Avukatların Temsilcisi: Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları

Kasım AKBAŞ, **Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası, Avukatların Sınıfsal Konumlarındaki Değişim: İstanbul Örneği**, NotaBene Yayınları, Ankara 2015.

Eliot D. Cohen, Michael David, Frederick A. Elliston (ed.), New York: **Ethics and the Legal Profession**, 2009.

Ayça Ergun/Aykan Erdemir, “Negotiating Insider and Outsider Identities in the Field: ‘Insider’ in a Foreign Land; ‘Outsider’ in One’s Own Land”, **Field Methods**, Vol. 22.

Donald Nicolson ve Julian Webb, **Professional Legal Ethics Critical Interrogations**, Oxford University Press, New York 1999.

Nadire Özdemir, “David Luban’ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil Arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Christine Parker, “A Critical Morality for Lawyers: Four Approaches to Lawyers’ Ethics”. **Monash University Law Review**, Vol.30, 2004.

Llyod B. Synder, “Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?”, **Georgetown Journal of Legal Ethics**, 2001-2002, Vol.15, s.477-526.

Harun Tepe, “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik”, **Doğu Batı Düşünce Dergisi**, 1998.

<http://dictionary.reference.com/browse/dilemma> (erişim tarihi: 27.05.2012)

<http://www.barobirlik.org.tr/dkk?yil=2014>, (erişim tarihi: 28.9.2014)

OSMANLI'DA "KADIN"IN HUKUKU*

Omca Özdemir**

GİRİŞ

Toplumu şekillendiren siyasal değişimin, geçmişe tavrı bakımından iki şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Bunlardan birini, kopuşu vurgulayan devrimsel süreçler oluşturur. Bu tür siyasal müdahaleler, geçmişle ilişkisi kesilerek toplumsal yaşamın yeniden düzenlenmesini ifade eder. Bu kesinti, devrimlerin geçmişe tepki hareketleri olarak ortaya çıkmalarından kaynaklanır. Böylece geçmişin olumsuzluklarına karşı olmakla şekillenen bu hareketlerin tarihle ilişkileri, olumsuzluğun bir bütün olarak geçmişe yayılması ile geçmişin yadsınması ya da ancak belirli bir kalıp içerisinde yeniden anlamlandırılması şeklinde gerçekleşecektir. Böylece tarih, devrimin hedeflerine bağımlı olarak yeniden kurgulanmaktadır. Bu durum toplumsal bilincin, geçmişle yani kökleriyle ilişkisinin kesilerek yeni anlamlarla üretilmesine işaret etmektedir. Ancak çoğu durumda bu şekilde oluşan yeni düzen, içine yerleştiği toplumun tarihiyle bağlarının kopması nedeniyle, hedeflerini gerçekleştirmesini olanaklı kılacak toplumsal zemini kaybetmektedir.

Toplumsal değişimin bir diğer biçimi ise değişimin, tarihle farklı bir biçimde ilişkilenerken, geçmişin birikimini eleştirel bir tutumla zemin edinerek gerçekleşmesidir. Bu durum, şüphesiz ki geçmişin bir bütün olarak yerleşik kılınması anlamına gelmemektedir. Zira her toplumsal değişim, mevcut toplumsal duruma alternatif olarak ortaya çıkan bir toplumsal yeniden inşa hareketine işaret eder. Ancak geçmişe eleştirel yaklaşım, toplumsal tarihin tümüyle yadsınmasını zorunlu kılmayacaktır. Bu anlamda değişim, topluma yerleşik hale gelmesini ve sürekliliğini sağlayacak biçimde, geçmişin aydınlatılmasını ve olumsuz yönlerinin yanında olumlu unsurlarının da bilincine varılmasını içermelidir.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Osmanlı topraklarında kadınların hukukla ilişkisinin incelenmesi de, kadınların toplumsal-siyasal konumlarının değişimi çerçevesinde anlam kazanmaktadır. Osmanlı'da kadının statüsü ile kadınları güçlendiren kurumsal mekanizmaların ortaya konulması, Türkiye'de kadınların konumunun sağlam temellere dayalı biçimde yükseltilmesi çabasına önemli katkı sağlayacaktır. Bu bakımdan Osmanlı uygulamasının bir bütün olarak olumsuzlanması ve yadsınması yerine eleştirel bir temel üzerinde analiz edilmesi, gerçekçi ve köklü bir kadın özgürleşmesi için elzemdir. Öte yandan yöneldiği bu genel hedef, makalemizin, kapsam bakımından belirli sınırlar içerisinde oluşturulmasını da gerektirmiştir. Zira makalemizde kadınların konumu çok çeşitli hukuk alanları ve mekanizmaları içerisinde ele alınmıştır. Şüphesiz ki bu alanların her biri üzerine ayrıntılı çalışmalar yapılması mümkündür. Ancak bu makaleyle yapılmak istenen, Osmanlı hukukunun ifade ettiği toplumsal cinsiyet örüntüsünün genel itibariyle ortaya konulması ve değerlendirilmesi olduğundan, çeşitli hukuk alanlarında kadının konumuna ilişkin belirlemeler, ancak bu hedefe yönelik oldukları ölçüde ve kapsamda çalışmamıza dahil edilmiştir.

Bu amaçla hazırlanan çalışma, öncelikle Osmanlı hukukunda kadının hukuksal statüsünün ortaya konulmasını içermektedir. Bu bağlamda kadınlar bakımından özel hükümler içeren hukuksal kurum ve kurallar incelenmiştir. Kişilerin hukuksal statülerinin belirlenmesinde ilk ölçütü şüphesiz ki kişilerin hak ve fiil ehliyeti oluşturmaktadır. Hak ehliyeti kişilerin hukuksal özneler durumunda bulunmalarına işaret ederken, fiil ehliyeti kişilerin hukuksal ilişkilere girmelerinin olanağını oluşturmaktadır. Bu sebeple kadınların hukuk özneleri olarak durumlarının tespiti amacıyla Osmanlı hukukunda kadının hak ve fiil ehliyeti ölçütleri, ardından da şahitlik bağlamında konumları araştırılmıştır. Üçüncü kısımda kadınlar bakımından özellik arz eden hukuksal bir kurum olarak evlenme; şekil, ehliyet, kadının rızası, velinin rızası, yaş sınırlaması, çok kadınla evlilik ve mali hükümleriyle birlikte evlilikte hak ve yükümlülükler başlıkları içerisinde incelenmiştir. Dördüncü kısımda boşanma kurumunda kadının statüsü saptanmaya çalışıldıktan sonra, beşinci kısımda şer'i intikal kuralları ve miri araziler ile gayrisahih vakıflarda intikal kuralları çerçevesinde miras hukukunda kadının konumu tartışılmıştır. Bölüm ceza hukukunda kadınlarla ilgili hüküm ve uygulamaların ardından kadınların devlet yönetimine ilişkin haklarının ortaya konulması ile sona ermektedir.

Kişilerin statüleri hukuk metinlerinde yer alan hakların talep edilebilirliği ve uygulamaya geçirilebilirliği ile yakından ilişkilidir. Bu anlamda hakların soyut kurallar olarak mevcudiyetleri, kişiler bakımından kullanılabilir hale gelmeleri için yeterli bulunmamaktadır. Bu nedenle Osmanlı'da kadının statüsünün belirlenmesi bakımından kadınların mahkemelerle ilişkilerinin saptanması da bir zorunluluktur. Bu çerçevede çalışmanın ikinci bölümünde kadınların hukuksal yollara başvurma gelenekleri incelenmiştir.

Diğer yandan hukuk, toplumsal ve siyasal ilişkilerin bir yansımasını oluşturduğu gibi toplumsal yaşamı da belirleyen bir ölçüt durumundadır. Bu bağlamda hukuk salt kişilere hak bağışlayan bir mekanizma durumunda değildir. Fakat aynı zamanda toplumun düzenlenmesinde ve kişilerin toplumsal yaşamdaki konularının belirlenmesinde de etkindir. Bu sebeple çalışmanın üçüncü bölümünde Osmanlı hukukunda toplumsal mekânın cinsiyetlendirilmesi irdelenmiş, kadının toplumsal yaşamdaki durumu bu çerçevede açıklanmaya çalışılmıştır.

Son bölümde ise Tanzimat Dönemi ile birlikte Osmanlı'da kadının statüsünün değişmesinin temelleri kısaca belirlenmiştir. Kadının hukuksal statüsünün değişime uğradığı bu dönemde, kadınların giderek artan bir biçimde kamusal alana çıktıkları görülmektedir. Kamusal alana çıkış kanallarını eğitim, kadın dergileri ve dernekleri oluşturmaktadır.

I. OSMANLI DEVLETİ'NDE KADININ HUKUKSAL STATÜSÜ

A. KADININ AKİD YAPABİLME VE DAVADA TARAF OLABİLME EHLİYETİ

İslam hukukunda hak ehliyeti, ceninin sağ olarak doğmasıyla; fiil ehliyeti ise kişinin mümeyyiz, balığ ve reşit olması ile kazanılmaktadır. Bu bakımdan cinsiyet, ne hak ne de fiil ehliyetine etki eden bir değişkendir. Böylece kadın, erkekler bakımından da aynı olan koşulları taşıdığı takdirde, erkeğin iznine tabi olmaksızın serbestçe hukuki işlem yapabilme ehliyetine sahiptir. Ancak fiil ehliyetinin bir unsuru olan bülüğ yaşının belirlenmesinde cinsiyet, ayırıcı bir ölçüttür. Bülüğ yaşı bakımından İslam hukukçularının farklı içtihatları bulunmaktadır. Hanefi mezhebi içtihatlarına göre bülüğda alt yaş kızlarda 9, oğlanlarda 12'dir.¹ Ebu Hanife'ye göre bülüğ yaşının üst sınırı kız çocukları için 17, oğlan çocukları için ise 18'dir. İmameyn'e göre kız ve oğlanlar için üst sınır 15'tir. Mecelle'de İmameyn'in görüşü esas alınmıştır.²

Fiil ehliyetinin diğer bir unsuru olan rüşt İslam hukukunda, modern hukuktakinden farklı bir anlama sahiptir. Mali yönü olan akitler bakımından aranan rüşt, fikri olgunluğa işaret etmekte, belirli bir yaşa erişilmesi ile doğrudan kazanılmamaktadır. Kişinin mallarını idare ve korumada gerektiği gibi davranmasını, malını koruma konusunda özen gösterip, israftan kaçınmasını içeren bir kavramdır.³ İslam hukukunda rüşt için yaş belirlenmediğinden, bülüğe ermiş kişinin reşit olup olmadığına ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.⁴

¹ Gül AKYILMAZ, "19. ve 20. Yüzyıl Osmanlı Kanunlaştırma Hareketlerinde Kadının Hukuki Durumuna İlişkin Düzenlemeler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), Sayı 1-2, s.195.

² Gül AKYILMAZ, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, Göksoy, Konya 2000, s.57.

³ Halil CİN, Gül AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013, s.299.

⁴ AKYILMAZ, 2011, s.195.

Kuran, kadın ve erkekler için farklı ehliyet koşulları belirlememekte, kadın ve erkeklerin eşit olarak yaratıldıklarını ifade etmektedir. Bu bağlamda sıralama, kişilerin cinsiyetine değil, takva durumlarına dayanmaktadır. Bu bakımdan Kuran'ın insan onuru ve eşitliği ilkesi, doğal hukuk anlayışında ifadesini bulan kişisel, sosyal, politik ve ekonomik özerklikten farklı niteliklere sahiptir.⁵ Ancak ileriki kısımlarda ayrıntılı biçimde inceleneceği üzere Osmanlı hukukunda geçerli adalet anlayışı ve kadınların geniş mali hakları, doğal hukuk düşüncesinde eksik olan maddi eşitlik bakımından daha kapsayıcıdır.

Bu çerçevede kadınlar, erkekler gibi hukuk özneleridirler. Bu anlamda İslam hukuku, hukuksal ve moral düzeyde kadınlara erkeklerle eşit biçimde muamele edilmesi, kadın ve erkeklerin otonom bireyler olarak algılanmalarına yönelik bir söylemi benimsemiş durumdadır. Kadınlar mülklerini uygun gördükleri biçimde yönetme ve tasarrufta bulunma yetkilerine sahiptir. Bu süreçte erkek akrabalarının ya da devlet görevlilerinin iznine veya gözetimine tabi durumda bulunmamaktadırlar.⁶

Kadınların erkeklerle aynı koşullarda fiil ehliyetine sahip olmaları, geniş bir yelpaze içerisinde mali ve ticari ilişkilere girmelerine zemin hazırlamıştır.⁷ Bu kapsamda genel olarak hakların erkek lehine cinsiyetlendirildiği evlilik ilişkilerinde tespit edilebilen kadın aleyhine ayrımcılık, toplumun maddi varlıklarına erişime ilişkin hukuku karakterize etmemektedir.⁸ Ancak kadınlar mali sermaye sahibi olabilmelerine rağmen, bu mali zenginlik onları doğrudan iktidar sahibi yapmamaktadır. Osmanlı kadınının toplumsal alandaki iktidarının parametreleri, toplum yapısı içerisindeki yerlerine göre belirlenmekteydi. Mekân kısıtlamaları, hukuksal kurallar ve cemaatten kaynaklanan sınırlandırmalar ile kadın deneyiminin toplumsal sınırlarını belirlemektedir. Bu anlamda kadınlar iktisadi alanın eşit özneleri konumunda olmalarına rağmen, evlilik, ikametgâh ve miras hukuku bakımından birtakım toplumsal ölçütlere tabi durumdadırlar.⁹ Bu bakımdan aynı maddi koşullar, erkek ve kadınlara aynı iktidarı sağlamamaktadır. Diğer yandan mülkiyete ilişkin birçok hakkın

⁵ Barbara Freyer STOWASSER, "Women and Citizenship in the Qur'an", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde (Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.33.

⁶ Judith TUCKER, *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge University Press, New York 2008, s.172-173.

⁷ AKYILMAZ, 2000, s.58-59.

⁸ TUCKER, 2008, s.26.

⁹ Fatma Müge GÖÇEK, Marc David BAER, "18. Yüzyıl Galata Kadı Sicillerinde Osmanlı Kadınlarının Toplumsal Sınırları", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.49.

kullanımının, orta ve üst zanaatkâr sınıf kadınları ile köylü kadınları arasında sınıfsal konumlarına göre değiştiği de görülmektedir.¹⁰

B. ŞAHİTLİKTE KADININ KONUMU

İslam hukukunda kadının şahitliğini düzenleyen kaynak hüküm, Kuran'ın Bakara Suresi'nin 282. ayetidir. Ayette kadının şahitliği şu biçimde ele alınmıştır: “..(Bu işleme) şahitliklerine güvendiğiniz iki erkeği; eğer iki erkek olmazsa, bir erkek ve iki kadını şahit tutun. Bu onlardan biri unutacak olursa, diğerlerinin ona hatırlatması içindir.”¹¹

Metnin bütünlüğü içerisinde değerlendirildiğinde ayetin, borçlanma akdine ilişkin olduğu ortaya çıkmaktadır. Osmanlı mahkemelerinde 17. yüzyıldan sonra uygulanan Halebinin Mültekasında da bu duruma açıkça dikkat çekilmiştir: “Bu ayet-i kerime, borçlardan sonra zikredilmiştir. İki erkek bulunmazsa bir erkek ile iki kadının şahitliği kifayet eder ve kabul olunur.”¹² Borçlanma akdi bakımından böyle bir düzenleme yapılmasının toplumsal dayanağını, kadının ekseriyetle iş ve ticaret hayatı dışında bulunması oluşturmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki borçlanma ilişkisi kapsamında dahi ikinci kadın ancak kadın şahit unutursa, şaşırırsa devreye girecektir. Unutma veya şaşırma gerçekleşmezse, erkek ve kadının şahitlikleri yeterli ve eşit düzeyde kabul edilmelidir.¹³ Ancak her koşulda erkeklerin değil fakat ancak kadınların unutmalarına karşı önlem alınmış olduğu, erkekler bakımından böyle bir ihtimalin öngörülmediği dikkat çekmektedir. Mecelle’de ise kul hakkını ilgilendiren davalarda iki kadının şahitliğinin bir erkeğin şahitliğine denk olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak erkeklerin bulunması ve öğrenmesi mümkün olmayan yerlerde yalnız kadınların mal hakkındaki şahitlikleri esas alınacaktır.¹⁴

Ceza hukuku alanında had ve kısas davaları uygulamasında ise ancak erkeklerin tanıklıkları kabul edilmektedir. Sadece kadınların şahit olduğu öldürme hakkında kadınların şahitliği mümkün olmasına rağmen, bu durumda sanığa kısas cezası verilemeyeceği, ancak diyete hükmedilebileceği

¹⁰ Mary Ann FAY, “Kadınlar ve Vakıflar: 18. Yüzyıl Mısır’ında Mülkiyet, İktidar ve Toplumsal Cinsiyetin Nüfuz Alanı”, *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.32.

¹¹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#2:282>, Erişim: 30.8.2014.

¹² İbrahim HALEBİ, *Mevkufat - Mülteka Tercümesi*, sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu, 2. Cilt, Sağlam Kitabevi, İstanbul 1983, s.115.

¹³ Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Mimoza Yayınları, Konya 1994, s.53.

¹⁴ AKYILMAZ, 2011, s.197.

kabul edilmektedir. Ebu Hanife'ye göre ise kadınlar, bu hallerde de şahitlik yapamayacaktır. Ahmet bin Hanbel ise sadece kadınların bulunduğu yerlerdeki yaralama olaylarında, güvenilir kadınların tanıklığının kabul edileceğini belirtmiştir.¹⁵ Bu kapsamda Osmanlı uygulamasının, ilgili Kuran ayetinin sistematik ve lafzına uygun yorumuna dayandığını söylemek mümkün bulunmamaktadır.

C. EVLENME

1. Evlilik Akdinin Gerçekleştirilmesinde Şekil

İslam hukuku bakımından evliliğin gerçekleştirilmesinde tek şekil şartını, akdin iki şahit huzurunda yapılması oluşturmaktadır. Osmanlı uygulamasında hukuken zorunlu olmamakla birlikte evliliğin, zaman zaman kadı huzurunda gerçekleştirildiği görülmektedir. Evliliğin bir din görevlisi huzurunda akdedildiği durumlar bakımından ise imamın ancak mahkemeden alınmış, resmi bir belge olan izinnameye dayanarak nikâhı kıyabildiği bilinmektedir. İzinname usulü, tarafların ehliyet durumları ile evlenme engellerinin saptanması ve gelecekteki muhtelif ihtilaflara karşı evliliğin belgelenmesi suretiyle, evlenme üzerinde devlet kontrolünü sağlayan bir örfi hukuk mekanizmasıdır. Bu bağlamda evliliğin geçerliliği üzerinde etkisi bulunmamaktadır. 16. yüzyıldan itibaren ise imamların kadı izni olmadan nikâh kıymaları yasaklanmıştır. 1881 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesi, 1914 tarihli Sicill-i Nüfus Kanunu ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile izinname kurumu güçlendirilmiş ve hukuken detaylandırılarak devletin evlilik akitlerindeki kontrolü genişletilmiş ise de, izinname alınmadan gerçekleştirilen evlilikler geçerliliğini sürdürmeye devam etmiştir.¹⁶

2. Evlenme Ehliyeti

Evlenme ehliyeti, hem kadın hem de erkek için temyiz kudretinin bulunması ve bülüğ şartlarını ihtiva eder. İslam hukukunda fiil ehliyeti bağlamında yukarıda açıklandığı üzere Hanefî hukukçuları bülüğün alt sınırını kızlarda 9, erkeklerde 12 olarak tespit ederler. Bu yaşlardan önce bülüğ iddiasında bulunulamayacaktır. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre bülüğ için üst yaş her iki cinsiyet için de 15 iken, Ebu Hanife'ye göre kızlarda 17, oğlanlarda 18'dir. Üst yaş sınırına ulaşan kız ve erkek biyolojik olarak bülüğe ermemiş olsalar dahi baliğ sayılacaklardır. Hukuk-ı Aile

¹⁵ Nevin Ünal ÖZKORKUT, "İslam Ceza Hukukunda Kadın", *AÜHF*, Cilt 56 (2007), Sayı 2, s.93.

¹⁶ CİN, AKYILMAZ, 2013, s.400-403.

Kararnamesi öncesinde Osmanlı hukukunda evlenme ehliyetinde İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'un görüşleri uygulama bulurken, Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Ebu Hanife'nin görüşüne geçerlilik kazandırılmıştır.¹⁷

Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile bülûğ konusunda getirilen bir yenilik de, 18 yaşını doldurmamış erkeğe bülûğa erdiğini ispat etmesi durumunda hâkim izniyle evlenme hakkının tanınmış olmasıdır. Bu hak, kadınlara 17 yaşını doldurmamış olması durumunda tanınmış, ancak hem hâkimin hem velisinin izninin bulunması koşulu aranmıştır.¹⁸

3. Evlenmede Kadının Rızası

İslam hukukunda mezheplere göre değişmeksizin evlenme ehliyetine sahip bulunan akıllı, baliğ ve kendi başına evlenme akdini gerçekleştirebilecek durumda bulunan kadının nikâhta rızasının alınması kuraldır. Osmanlı Devleti'nde de bu kuralın ihlali sebebiyle şikâyet edilmesi durumunda, evlenme akdinin inikad şartlarından birisi gerçekleşmemiş olduğundan kadı nikâhı feshedebilir. Rızaya ilişkin şikâyetlerin nişanlılık aşamasında bile kabul edildiği görülmektedir.¹⁹ Tucker evlenmede kadının rızasının bulunması zorunluluğunu kadınların eşitlikçi muameleye tabi olması bakımından yeterli görmemekte, kadının rızasının belirtilmesi yönteminin de bu anlamda önem taşıdığını ifade etmektedir. Bu çerçevede kadının rızasının, sessizliğinden veya rızasının bulunmadığına dair açık bir işaretin bulunmamasından çıkarılmasını tartışmaya açan Tucker'a göre, kadının evlenme akdine katılımının hukuksal ölçüsü olarak sessizliğinin kabul edilmesi, kadını eril düzenlemelerin pasif ve atıl bir parçası olarak inşa etmektedir.²⁰

4. Evlenmede Kadının Velisinin İzni Sorunu

Evlenmenin gerçekleşmesi bakımından kadının velisinin izninin bulunmasının bir koşul olup olmadığı noktasında İslam hukukçularının farklı içtihatları bulunmaktadır. Hanefî hukukçulardan Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre temyiz gücüne sahip ve baliğ kadınlar evlenme bakımından tam ehliyetlidirler, velilerinin rızası gerekmez. İmam Muhammed'e göre ise velinin rızası alınmalıdır.²¹ Ancak velinin baliğ kadın üzerindeki velayet yetkisi, ihtiyari velayettir; kadının rızasını dışlamaz.²²

¹⁷ AKYILMAZ, 2011, s.209.

¹⁸ AKYILMAZ, 2011, s.209.

¹⁹ AKYILMAZ, 2000, s.26.

²⁰ TUCKER, 2008, s.32.

²¹ AKYILMAZ, 2011, s.210.

²² CİN, AKYILMAZ, 2013, s.383.

Osmanlı uygulaması 1544'e kadar Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşleri yönünde gerçekleşirken, 1544 tarihinden itibaren Ebussuud Efendinin arzı ve padişahın emri ile İmam Muhammed'in görüşüne geçerlilik kazandırılmıştır. Kanuni döneminde bu görüş tam anlamıyla uygulanmış, kadılar veli izni koşulunun sağlanmadığı nikâhları kıymadıkları gibi bu koşulun sağlanmadığı evlilik akitlerinin feshine de aktif biçimde hükmetmişlerdir. Ancak bir süre sonra bu ilkenin gevşediği, veli izni olmadan akdedilen evliliklerin feshi taleplerinin mahkemeler tarafından reddedildiği görülmektedir. Ceza Kanunu'nun 1914 tarihli kısmi değişikliği ve sonrasında, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşleri yeniden yürürlüğe sokulmuştur. Kararnameye göre kadı, veliye durumu bildirecek ve itirazı olup olmadığını soracak ise de, bu uygulama ile amaçlanan velinin izninin alınması değil, erkeğin kadına denk olup olmadığının araştırılmasıdır.²³

5. Evlenmede Yaş Sınırlaması

İslam hukukunda evlenme için yaş sınırlaması mevcut değildir. Bu nedenle kimi zaman kız çocuklarının evlendirildikleri görülmektedir. Sık rastlanmasa da gelir elde etmek amacıyla kız çocuklarının yaşlı erkeklerle evlendirildikleri de vakidir. Ancak belgeler, evlendirilen bu çocukların fiziksel olgunluğa ulaşmaya kadar babalarının evinde kalmaya devam ettiklerini göstermektedir. Evliliğin fiilen başlaması için talepte bulunan kocaların istekleri kadılar tarafından, kızların cüsselerinin yeterli olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.²⁴ Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile evlenme yaşına kızlar için 9, oğlanlar için 12 yaş olmak üzere sınır getirilmiştir.²⁵

²³ AKYILMAZ, 2011, s.210; söz konusu denklik, kefâet kavramıyla ifade edilmektedir. Kefâet, evlenecek erkeğin kadına dini, iktisadi ve sosyal seviye bakımından denk olmasına işaret etmektedir. Hanefî mezhebinde nesebe, müslüman oluşt, meslekte, servette, dindarlık ve iyi ahlak sahibi olmada ve hürriyette denkliği gerektiren kefaet, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 45. maddesi ile meslek ve servette denklikle sınırlı olarak düzenlenmiştir. 45. maddeye göre "Mal ve hırfet gibi hususlarda erkeğin kadına küfv olması nikâhın lüzumunda şarttır. Malda kefâet zevcin mehr-i muaceli îtâya ve zevcenin nafakasını tedârîke muktedir olmasıdır. Hırfetde kefâet zevcin sülûk ettiği ticaret veya hizmetin şerefçezeve velîlerinin ticaret veya hizmetleriyle mütekarib olmasıdır.": <http://www.ti-entertainment.com/Hbr-25-Islam-Hukuku-1-HAK---Hukuk-i-Aile-Kararnamesi-tr.html>; Halil CİN, Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, II.Cilt, Timaş Yayınları, İstanbul 1990, s.87-88; Ebru KAYABAŞ, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukukunun Gelişimi-Hukuk-ı Aile Kararnamesi-*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.66; kefâet hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Halil CİN, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2.baskı, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, s.158-167.

²⁴ AKYILMAZ, 2000, s.29-30.

²⁵ AKYILMAZ, 2011, s.211.

Velinin evlenme ehliyeti olmayanlar üzerindeki velayet yetkisi, velayet-i icbar yani zorunlu velayettir.²⁶ Hanefî mezhebinde velayet-i icbar yetkisi, asabe statüsündeki çok sayıda akrabaya tanınmışken; diğer mezheplerde bu yetki baba-dede gibi dar bir kesime sağlanmıştı. Hanefî mezhebinin bu geniş uygulamasının sakıncalarının giderilmesi amacıyla hıyâr'ul büluğ kurumu kabul edilmiştir. Mülteka'da bu müessese şu biçimde açıklanmıştır: “*İmâm-ı A'zam'la İmâm-ı Muhammed (Rh. Aleyhimâ)'e göre; evlendiren veli baba veya dededen başkası olursa, küçük kız ile oğlan ergenlik çağına girince, isterlerse nikâhı bozabilirler. Ama babası ile dedesi evlendirmiş iseler, bunların nikâhını bozma hakları yoktur.*”²⁷ Ancak kız çocuğu bakımından bu hakkın kullanımı, büluğa erdiği veya büluğa ermesinin ardından nikâha vakıf olduğu anda ve şahitler huzurunda ileri sürülmekle sınırlıdır. Oğlan çocuğu için bu yola başvuru imkânı ise ömür boyunca devam etmektedir. Diğer yandan incelenen örneklerinde şer'iyye sicilleri, bu yola başvuran kadınların sayılarının fazla olmadığını göstermektedir.²⁸

6. Taaddüt-ü Zevcat (Çok Kadınla Evlilik)

Çok kadınla evliliğe ilişkin İslam hukukunun temel kaynağı, Kuran'ın Nisa Suresidir. Nisa Suresi'nin 3. ayeti şu şekildedir: “*Eğer, (velisi olduğunuz) yetim kızlar (ile evlenip onlar) hakkında adaletsizlik etmekten korkarsanız, (onları değil), size helal olan (başka) kadınlardan ikişer, üçer, dörder olmak üzere nikahlayın. Eğer (o kadınlar arasında da) adaletli davranmayacağınızdan korkarsanız o taktirde bir tane alın veya sahip olduğunuz (cariyeler) ile yetinin. Bu, adaletten ayrılmamanız için daha uygundur.*”²⁹ Surenin ilgili diğer hükmü olan 129. ayet, çok kadınla evliliğe ilişkin adalet ilkesini şu biçimde ortaya koymaktadır: “*Ne kadar uğraşırsanız uğraşın, kadınlar arasında adaleti yerine getiremezsiniz. Öyle ise (birine) büsbütün gönül verip ötekini (kocası hem var, hem yok) askıda kalmış kadın gibi bırakmayın.*”³⁰ Ayetler genel olarak değerlendirildiğinde, hükümlerin toplumsal zeminini yetimler bakımından adaletin sağlanmasının oluşturduğu görülmektedir. Aynı zamanda eşler arasında eşitlik ve adaletin sağlanması Kuran'da vurgulanmaktadır. Osmanlı hukuku bakımından da bu ilkeye önem verilmiştir. Mülteka'da yer alan hüküm uyarınca “*Bir erkek, nikâhı altında bulunan kadınlarına karşı adâlete, eşitliğe riayet eder. Bunların arasında*

²⁶ CİN, AKYILMAZ, 2013, s.384.

²⁷ İbrahim HALEBİ, *Mevkufat - Mülteka Tercümesi*, sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu, 1.Cilt, Sağlam Kitabevi, İstanbul 1980, s.480.

²⁸ AKYILMAZ, 2000, s.29-31.

²⁹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:3>, Erişim: 30.8.2014.

³⁰ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:128>, Erişim: 30.8.2014.

eşit olmak üzere birer veyâ ikişer yâhud daha ziyâde gece ta'yin ederek her biriyle kendi nöbetinde yanında gecelemesi vâcibdir. Fakat cinsi yakınlıkta adâlet vâcib değildir. Yiyecek ve giyecek hususunda da adâlet vacibtir. Her hangi bir şeyde, birini diğerine tercih etmek câiz değildir."³¹ Osmanlı Devleti'nde ilgili fetvalar da adalet ilkesine işaret etmektedir. Bu bağlamda çok eşlilik bir zorunluluk değil, ancak adaletin sağlanması koşulu ile sınırlı bir izin niteliğindedir.³²

Araştırmalar, taaddüt-ü zevcatın Osmanlı'da mevcudiyetine rağmen yaygın olmadığını, daha çok yönetici sınıf içerisinde görülmekteyse de, hoş karşılanmadığını göstermektedir.³³ Tereke defterleri üzerinde yapılan araştırmalara göre, birden fazla evlilik oranı %2-5 arasındadır. XVII. yüzyılda Bursa'da Gerber tarafından incelenen iki binden fazla terekede, iki veya daha çok eşi olan erkeklerin sayısının yirmiyi geçmediği tespit edilmiştir. Birden fazla eşle evlilik oranı köylerde şehirlere oranla daha düşüktür.³⁴ Çok eşliliği fiilen sınırlayan etkenlerden biri eşlere adaletli ve eşit davranma yükümlülüğünden kaynaklanan mali yükse, diğeri de kadınların ve velilerinin çok eşlilik konusunda hassasiyetleridir. Kadınların evlilik sözleşmelerine, kocalarının başka bir evlilik yapması durumunda mali haklarını kaybetmeksizin boşanmış olacaklarına yönelik hükümler koydurmaları, birden fazla kadınla evliliği sınırlandıran etkenlerdendir. Osmanlı toplumunda çok kadınla evlilik gerçekliğini D'Ohsson şu şekilde açıklamıştır: "*Birden fazla eşe bakmanın zorluğu, bu eşlerin kendi aralarında geçinememesinin ev içinde huzuru bozacak olması, anne-babaların kızlarını evli adamlara vermemeye özellikle dikkat etmesi gibi sebepler, çok eşliliğe engeldir, kanunen buna izin verilmiş olsa bile. Çoğu kez, erkekler ancak başka bir kadınla daha evlenmeyeceklerini taahhüt ederek kendilerine bir hanım alabilirler.*"³⁵

³¹ HALEBÎ, 1980, s.515.

³² AKYILMAZ, 2000, s.31-33.

³³ Suraiya FAROQHI, *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam*, 5.Basım, Tarih Vakfı, İstanbul 2005, s.117-118.

³⁴ Sibel DULUM, *Osmanlı Devleti'nde Kadının Statüsü, Eğitimi ve Çalışma Hayatı (1839-1918)*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Osmangazi Üniversitesi, Dan. Yrd. Doç. Dr. Cezmi Karasu, Eskişehir 2006, s.17.

³⁵ Aslı SANCAR, *Osmanlı Kadını: Efsane ve Gerçek*, Kaynak Yayınları, İstanbul 2009, s.152,153, 155; Osmanlı toplumunda çok kadınla evliliğin azlığına ilişkin bulgular için bakınız: SANCAR, 2009, s.153-155; Ömer DÜZBAKAR, "Osmanlı Toplumunda Çok Eşlilik: 1670-1698 Yılları Arasında Bursa Örneği", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1156/13601.pdf>, Erişim: 10.8.2014, s.88-91; Lady Montagu'nun bu hususta devletin ileri gelenleri bakımından gözlemleri hakkında bakınız: Songül ÇOLAK, "Bir İngiliz Hanımefendisi'nin - Lady Montegu- Gözüyle Osmanlı Kadını", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7 (2010), Sayı 13, s.392.

7. Evliliğin Mali Hükümleri

Evlenmenin kadının hukuksal statüsü bakımından mali hükümlerini şu biçimde sıralamak mümkündür:

- Evlilik ile kadın, mehir almaya hak kazanmaktadır. Mehir, erkeğin evlenirken kadına verdiği veya taahhüt ettiği para veya maldır. Mehrin miktarı konusunda hukukçular arasında farklı görüşler mevcuttur. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra çıkarılan 1874 tarihli bir fermanda evlenecekler dört gruba ayrılarak, her bir grubun kadına ödeyeceği mehir miktarları tespit edilmiştir.³⁶
- Evlilik içinde erkek, eşi ve çocuklarının bütün masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Çocuklara yönelik nafaka yükümlülüğü, evlilik birliğinin devamına bağlı bulunmamaktadır. Nafakanın kapsamına yiyecek, giyecek, mesken, ilaç, tedavi ve bazı durumlarda hizmetçi masrafları girer. Nafaka yükümlülüğünün doğması için kocanın zengin olması ya da kadının fakir olması gerekmez.³⁷ Koca, nafaka sorumluluğunu yerine getirmediği takdirde kadın mahkemeye başvurarak erkeği zorlayabilecektir. Ayrıca kocanın bu hususta ısrarcı olması durumunda kadı, kocanın mallarını sattırarak borcunu ödetirme ya da kocayı süreli olarak hapsedme yetkisine sahiptir. Nafaka sorumluluğunun mali yetersizlik ya da gaiplikten kaynaklanması durumunda kadı, kocası adına borç alması için kadını yetkilendirebilir.
- Evlenme, kadının fiil ehliyeti üzerinde değişikliğe yol açmamaktadır. Bu anlamda kadın, malları üzerinde tasarruf yetkisini kullanmaya devam etmektedir.
- Evlenmede mal ayrılığı rejimi geçerlidir. Arşivler ve şer'iyye sicillerinde kadınların kocaları ile sıkça mali ilişkilere girdikleri görülmektedir.
- Mal ayrılığı rejimi dolayısıyla, kocanın kadına vermiş olduğu mehir, kadının malvarlığına dahil olmaktadır.³⁸

³⁶ Esra YAKUT, "XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII (2008), Sayı 1-2, s.248.

³⁷ YAKUT, 2008, s.249, 251.

³⁸ AKYILMAZ, 2000, s.39-41.

8. Evlilikte Hak ve Yükümlülükler

İslam hukukunda evliliğin içerdiği hak ve yükümlülüklerin kaynağı, Kuran'ın Nisa Suresi'nin 34.ayetidir. Bu ayete göre “*Erkekler; kadınları koruyup kollayıcıdırlar. Çünkü Allah insanların kimini kiminden üstün kılmıştır. Bir de erkekler kendi mallarından harcamakta (ve ailenin geçimini sağlamakta)dırlar. İyi kadınlar, itaatkardırlar. Allah'ın (kendilerini) koruması sayesinde onlar da "gayb"ı korurlar. (Evlilik yükümlülüklerini reddederek) başkaldırdıklarını gördüğünüz kadınlara öğüt verin, onları yataklarında yalnız bırakın. (Bunlar fayda vermez de mecbur kalırsanız) onları (hafifçe) dövün. Eğer itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın...*”.³⁹ Ayet bağlamında erkeğin vereceği karşılığın kaynağını oluşturan fiiller, evliliğin selametini ihlal ettiği düşünülen belirli fiillerdir; kadının davranışına ve davranışını sürdürme iradesine bağlı olarak kademeli olarak ve ancak son aşamada hafifçe vurmakla sınırlı biçimde belirlenmiştir. Aksi durum fena muamele kapsamında değerlendirilecektir. Osmanlı uygulamasına dair sınırlı belgelerde, söz konusu ayetin kadına karşı kötü muameleye genel bir yetki biçiminde ele alınmadığı, kocalardan kötü muamelenin tekrarlanmayacağına dair kefil göstermek suretiyle teminat alındığı ya da tazir cezasına hükmedildiği tespit edilmektedir. Aynı zamanda kadının iddiasını delillendirememesi durumunda dahi mahkemenin kocaya uyarıda bulunduğu dikkati çekmektedir.⁴⁰

Kocanın kadına karşı fıkıh kitaplarında yer alan haklarının, Osmanlı'da da geçerli olduğu bilinmektedir. Bu haklar genel itibariyle şu şekildedir:

- Makul ve meşru nitelikte emir ve isteklerine itaat beklentisi
- Müşterek ikametgâhı belirleme, kadını bu ikametgâhta oturmaya zorlama hakkı: Bu hakkın birtakım sınırları bulunmaktadır. Koca, kadını akrabaları ve diğer eşleri ile oturmaya zorlayamaz. Diğer yandan ikametgâh sağlık şartlarına uygun olmazsa, gerekli eşyalar bulunmazsa ya da kötü kimselerle komşu olunması durumunda kadın, ikametgâhı terk edebilir.
- Kadının meslek veya sanatla uğraşmasını denetleme, evden çıkışını kontrol etme hakkı: Hanefî mezhebine göre bu hakkın sınırını kocanın, kadının haftada bir kez anne babası, yılda bir defa da evlenme engeli bulunan akrabaları ile görüşmesine mani olamaması oluşturmaktadır. Ancak 18. yüzyılda Osmanlı topraklarında bulunmuş Lady Montagu'nun mektuplarına göre evden çıkış kontrolü, fiili olarak sıkı biçimde gerçekleşmemektedir.

³⁹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:34>, Erişim: 30.8.2014.

⁴⁰ AKYILMAZ, 2000, s.35-37.

- Koca, ikametgâhı belirlediği ve evin masraflarını karşıladığı için eve ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir.⁴¹

Sonuç olarak Kuran ile fıkıh kitaplarında yer alan kocaların hakları birlikte düşünüldüğünde, İslam hukukunun cinsiyetler arasında hiyerarşik bir ilişkiye zemin hazırladığı kabul edilmelidir. Bu çerçevede ayetler, erkeğin evliliğin maddi yükünü omuzlayan, kadının ise aileye itaatkâr biçimde bağımlı olması gereken tarafı olarak değerlendirilmesine güçlü bir temel oluşturmaktadır. Bu bağlamda evliliğin maddi kaynağını sağlamaya yönelik toplumsal rol, aileye tabi durumda bulunanlar üzerinde otorite sağlayacak biçimde cinsiyetlendirilmektedir. Bu değerlendirme, her ne kadar İslam hukukunun aile içi ilişkiler bağlamında yorumlanmasına dayansa da; mali yükümlülüklerin ve ev içi otoritenin eril, mali bağımlılık ve aile içi itaatin dişil olarak inşasının toplumsal alanda da yankı bulması kaçınılmazdır.⁴²

Hukuksal söylem, içerisine yerleşmiş bulunduğu topluma yayılan cinsiyetlendirme sürecine katkı sunsa da söz konusu cinsiyetlendirme, kadınların İslam hukuku ve bağlantılı olarak Osmanlı hukukunun diğer alanlarında sistematik biçimde ayrımcı muameleye tabi tutulduğu anlamına gelmemektedir.⁴³ Bu anlamda aile içi ilişkilerde rollerin cinsiyetlendirilmesi ile ortaya çıkan toplumsal cinsiyet inşası, toplumsal alana mutlak biçimde egemen değildir. Örneğin sıklıkla rastlanmasa da kadınların özellikle büyük kentlerde para kazandıran işlerde çalıştıkları görülmektedir. Kadınların bazıları iplik, dokumacılık ve nakış işlerinde çalışarak ürünlerini kadın pazarlarında satarken, bir kısmı da hamamlarda ve zengin ailelerin yanında hizmetçi olarak çalışmaktaydı. Özellikle 17. yüzyıl Bursa kadı sicillerinde iplikçi, dokumacı olan ve hatta ticaretle uğraşan kadınlar hakkında kanıtlar bulunmaktadır. Diğer yandan idari rollere sahip kadınlar da mevcuttur. Bu çerçevede tımar sahibi kadınlar gibi, hatırı sayılır sayıda vakıf yöneticisi kadın da bulunmaktadır.⁴⁴ Kadınların, maddi kaynaklarını evlilik hayatının sürmesine tahsis etmekle yükümlü olmamalarına rağmen, çeşitli işlerle iştiğal ettikleri görülmektedir. Ancak bu çalışan kadınlar, evlilik ilişkisindeki rollerin sağladığı yetkiler bakımından konumlarını değiştiremeyeceklerdir. Zira çalışma rolü erkeklerle özdeşleştirilmiş ve bu dolayısıyla çalışmak,

⁴¹ AKYILMAZ, 2000, s.37-38.

⁴² TUCKER, 2008, s.24-25.

⁴³ TUCKER, 2008, s.25.

⁴⁴ Suraiya FAROQHI, "18. Yüzyıl Anadolu Kırsalında Suç, Kadınlar ve Servet", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.9-10, 13.

erkeklerle aile içinde otorite sağlayan bir nitelik kazanmıştır. Bu kapsamda evlilik içerisinde rollerin cinsiyetlendirilmesi, erkeklerin maddi kaynak sağlayıcıları olarak aile içinde otorite odağı haline gelmelerine ilişkindir. Kadınlar eve maddi katkı sunsalar bile bu otoriteye sahip olamayacaklarından çalışmak, erkeklikle ilişkilendirilmektedir.

Bu çerçevede kadınlar, ev içindeki cinsiyet rollerinin sınırları içerisinde hareket etmektedirler. Ancak bu durum, kadınların hiçbir güç ve etkiye sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Kadınlar, cinsiyet normlarının sınırları içinde olsa bile, aile içerisinde zevcelik ve özellikle de dinsel olarak yüceltilen annelik rolleri sayesinde otorite uygulama olanağına sahip bulunmaktadır.⁴⁵ Öte yandan erkeğin evlilik süreci ve sonrasını kapsayan nafaka yükümlülüğünün klasik patriyarkal düzenleme ile uyuşmadığı da dikkate alınmalıdır.⁴⁶ Bu bakımdan evlilik içerisindeki yükümlülüklerin salt kadın üzerinde odaklanmaması, erkek üzerinde de birtakım sorumlulukların bulunması, farklı bir toplumsal cinsiyet inşasına işaret etmektedir. Ancak yine de aile içerisinde sorumlulukları yerine getirmenin sağladığı emir verme ve itaat talebinde somutlaşan otoriter yetkiler, erkek tarafından kullanılabilir durumdadır. Bu bakımdan Osmanlı hukukunda evlilik düzenlemeleri klasik patriyarkal ilkeler ile tam bir uyuşma içerisinde olmasa da, kadın bakımından eşitlikçi bir nitelik de arz etmemektedir.

D. BOŞANMA

İslam hukukunda boşanma üç şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlar talâk, muhalaa ve tefrik yöntemleridir.

Talâk, kocanın tek taraflı irade beyanı ile evliliğe son vermesidir. Talâk için kocanın, herhangi bir sebep ileri sürmesi mecburi değildir. Mülteka'da erkeğin talâk yetkisinin temeli şu biçimde açıklanmıştır: "*Kadınların çokları görüşleri kısır, akılları noksan, sefâhate düşkün, düşünceleri az, idâreleri fena, kocalarının ni'metine karşı nankör, kıymetli malları zâyî etme, nâmus ve şerefi yıkma, gizli sırları açıklama gibi kötü sıfatlardan hâli değillerdir.*

Eğer boşama meşru olmasa idi, erkeklerin ebedi üzüntüde kalmaları lâzım gelip, bu belâlardan kurtulmaları mümkün olmazdı."⁴⁷ Koca talâk yoluyla boşanma durumunda kadının iddet nafakasını ve mehr-i müeccelini

⁴⁵ Fatmagül BERKTAY, *Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, No:7, 2004, s.11-12.

⁴⁶ TUCKER, 2008, s.83.

⁴⁷ HALEBÎ, 1980, s.525.

ödemekle yükümlüdür. Osmanlı uygulamasında genel olarak boşanmalar mahkeme defterlerine kaydedilmiş, bu kayıtlarda gelecekteki muhtelif ihtilaflara karşı mehir ve iddet nafakası gibi borçların ne suretle yerine getirildiği belirtilmiştir.⁴⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile koca talâk yetkisini kullandığını hakime bildirmekle yükümlü kılınarak, talak kullanımı idari bir formaliteye bağlanmıştır.⁴⁹

Talâk yetkisinin kötüye kullanımını önlemek için getirilen bir sınır, hülle kurumudur. Hülle çerçevesinde erkek talâk yetkisinin ilk iki kullanımından sonra kadın ile yeniden evlenebilirken, üçüncü talâk ardından yeniden evlenme, kadının başka bir erkekle evlenip boşanmasını ya da sonraki kocanın ölmüş olmasını gerektirmektedir.⁵⁰ Bu sınır Kuran'da öngörülmüştür. Bakara Suresi'ne göre "*Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikahlanmadıkça ona helal olmaz.*"⁵¹ Gerçekten de hülle kurumu, erkekler için boşanma bağlamında caydırıcı olmuştur. Zira şer'iyye sicillerinde üç talâk hakkını birden kullananlara ender rastlanmaktadır.⁵²

Şartlı talâkta ise koca boşanmayı bir fiili gerçekleştirmesine ya da bir durumun gerçekleşmesine bağlamakta, bu şart gerçekleştiğinde karısı boşanmış sayılmaktadır. Şartın gerçekleşmesi durumunda kadın, mahkemeye başvurarak boşanma hakkını elde etmiş olmaktadır. Bir sene boyunca dönmezsem ya da seni bir daha döversem gibi şartlar, bu talâk çeşidine örnek oluşturmaktadır.⁵³ 17. yüzyıl Kayseri Kadı Sicillerine şartlı talak örneği şu biçimde yansımıştır: "*Alaca Suluk mahallesinden Yakub bin Yakub, karısı Safiye bint Hamze'nin de hazır bulunduğu halde şu iddiada bulunur: Dört aydır karım Safiye benim yanımda değil, başka bir yerde yaşamaktadır. Koca olarak karımın yanımda olması hakkımdır. Kendisine sorulsun. Safiye der ki: Ermenek kadısı Ahmed Efendi Yakub'u uyararak eğer beni döverse üç talakla boşanmış olacağımızı söyledi. Yakub bunu kabul etti ama beni şeriata aykırı biçimde tekrar dövdü, öyle olunca ben ondan boşanmış oldum. Yakub bunu inkar eder. Ancak hazır bulunan şahitler, eski kadı, Alaeddin bin Ahmed Efendi ile Mahmud bin Alaeddin, Safiye'yi tasdik eder. Kadı Ahmed Efendi'nin Yakub'a bu şartı verdiğini kendisinden duymuşlardır.*"⁵⁴

⁴⁸ AKYILMAZ, 2000, s.41-43.

⁴⁹ Halil CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2.baskı, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, s.124.

⁵⁰ AKYILMAZ, 2000, s.42.

⁵¹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#2:230>, Erişim: 30.8.2014.

⁵² Saadet MAYDAER, "Klâsik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre)", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 16 (2007), Sayı 1, s.306.

⁵³ AKYILMAZ, 2000, s.44.

⁵⁴ SANCAR, 2009, s.158.

Tefviz-i talâk ise kocanın nikâh sırasında veya sonrasında yetkilendirmesi durumunda kadının boşanma hakkına sahip olmasıdır. Koca, tefviz-i talâktan geri dönebilir. Şer'iyeye sicillerinde bu kuruma ve özellikle nikâh sırasında yetkilendirme biçimine son derece az rastlanmaktadır.⁵⁵

İkinci bir boşanma yolu olan muhalaâ (hul), tarafların anlaşarak evliliğe son vermeleri usulüdür. Bu sebeple kocanın da rızasını gerektirmektedir. Genel olarak kadının müeccel mehir ve iddet nafakası haklarından vazgeçmesi suretiyle gerçekleştiği gibi, sadece iddet nafakasından vazgeçme ya da mehir ve iddet nafakasına ek olarak belirli bir para, mal veya çocuğun büyütülmesi karşılığında yapılan biçimlerine de rastlanmaktadır. 19. yüzyıla ait şer'iyeye sicillerinde %81,3'lük oranla muhalaâ, en yaygın boşanma şeklini oluşturmaktadır. Bu durum bir yandan erkeklerin mali külfeti dolayısıyla talâk yetkilerini kullanmayarak kadınları muhalaâ yoluna sevk etmelerinden, diğer yandan muhalaânın çekilmez hale gelen evliliklerden kurtulmak bakımından kadınların İslam hukuku bakımından ulaşabilecekleri en önemli imkân olmasından kaynaklanmaktadır. Kadınların muhalaâ usulünü kullanmak için kimi zaman erkekleri zorlamak amacıyla evi terk ettikleri, kimi zaman da padişah veya Divan-ı Hümayun'a başvurdukları görülmektedir.⁵⁶ 1485 tarihli bir Divan-ı Hümayun kararında görüldüğü gibi erkeklerin, mali yükümlülüklerinden azade olarak boşanmak amacıyla kadınları hul yoluna başvurmaları yolunda zorladıkları durumlar mevcuttur. Ancak söz konusu kararda zorlama ile gerçekleşen hul'un şeriata aykırı olduğu tespit edilmiştir.⁵⁷

Diğer boşanma yolunu ise adli boşanmayı ifade eden tefrik oluşturmaktadır. Mahkemeye başvuru ile "kadın"ın uygun görmesi durumunda gerçekleşen bu boşanma türünde kocanın rızası aranmamakta, kadın müeccel mehrinden ve iddet nafakasından vazgeçmek durumunda kalmamaktadır.⁵⁸

İslâm hukukunda tefrik sebepleri konusunda mezhepler arasında görüş birliği bulunmamaktadır.⁵⁹ İmam Muhammed'e göre iktidarsızlık, akıl hastalığı, zührevi hastalıkları, cüzam ve alaca hastalığına bağlı olarak tefrik yoluna başvurulabilecektir. Hanefi mezhebinden Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre tefrik sebebi ancak kocanın iktidarsızlığı olabilecektir. 1916 yılına kadar

⁵⁵ AKYILMAZ, 2000, s.44-45.

⁵⁶ AKYILMAZ, 2000, s.45-47.

⁵⁷ Fariba ZARINEBAF-SHAHR, "Women, Law, and Imperial Justice in Ottoman Istanbul in the Late Seventeenth Century", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.92.

⁵⁸ AKYILMAZ, 2011, s.216.

⁵⁹ MAYDAER, 2007, s.316.

Osmanlı uygulaması da bu görüş doğrultusunda gerçekleşmiştir.⁶⁰ Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinin tefrik için geçerli saydığı sebeplerin dar kapsamlı olması, mahkeme kayıtlarında en az rastlanan boşanma şeklinin, % 1.31 oranıyla tefrik olması sonucunu doğurmuştur. Tefrik sebeplerinin kısıtlılığı, kadınlar bakımından birtakım olumsuz sonuçlara yol açmıştır. Örneğin gaipliğin boşanma sebebi sayılmaması nedeniyle pek çok kadın ve çocuk geçimlerini temin etmede zorluklar yaşamıştır.⁶¹ Diğer yandan özellikle fena muameleye maruz kalan ya da eşyle şiddetli geçimsizlik içerisinde bulunan kadınlar, Hanefi içtihadı uyarınca bu evliliklere mahkum kılınmış olmaktadır. Bu tür evlilikler bakımından ortaya çıkan boşluk, bir yandan mehir ve iddet nafakası olmaksızın muhalaaya ya da kocanın muhalaaya katılmaması durumunda Divan-ı Hümayun'a başvuru yollarıyla kadınlar tarafından doldurulmaya çalışılırken, yargılama alanında da tefrikte Hanefi mezhebi uygulamasının gevşetildiği görülmektedir. Bu gevşeme, ancak kocası nafaka bırakmadan kaybolan kadınlar için söz konusu olmuştur. Bu uygulama çerçevesinde kadınların Şafi mezhebinden naibler tayin ederek, bu mezhebe göre verilen boşanma kararlarının uygulanmasını sağladıkları görülmektedir. Ancak bu uygulama, 16. yüzyıl ortalarında yasaklanmıştır.⁶²

Tefrik nedenlerinin süreç içerisinde örfi hukuk düzenlemeleri ile giderek genişletildiği görülmektedir. Bu süreçte ilk aşamayı oluşturan 1916 tarihli ilk irade-i seniyye ile Hanbeli mezhebi içtihadı benimsenerek kocanın nafaka bırakmadan kaybolması, tefrik nedeni olarak kabul edilmiştir. 1916 tarihli ikinci irade-i seniyye ile de İmam Muhammed'in içtihadı benimsenmiştir.⁶³ Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile tefrik nedenleri en geniş kapsamına ulaşmıştır. Kararnamede düzenlenen tefrik nedenleri şunlardır:

- Akıl hastalığı, cinsel ilişkiye engel olacak nitelikteki hastalıklar, cüzzam, bulaşıcı hastalıkları kapsayacak biçimde bazı hastalık ve fizyolojik kusurlar,
- Kocanın nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya bu hususta güçlük çıkarması,
- Kocanın dört yıllık gaipliğinin ardından boşanmaya karar verilir. Ancak gaiplik savaş sırasında gerçekleşmişse bekleme süresi bir yıldır.
- Şiddetli geçimsizlik durumunda aile meclisi niteliğindeki hakemler boşanma kararı verecektir.⁶⁴

⁶⁰ AKYILMAZ, 2011, s.216.

⁶¹ MAYDAER, 2007, s.317.

⁶² AKYILMAZ, 2000, s.47-49.

⁶³ AKYILMAZ, 2011, s.217.

⁶⁴ FENDOĞLU,1994, s.57.

Osmanlı'da boşanma hukuku genel olarak değerlendirildiğinde erkekler ve kadınlar bakımından eşitsiz hukuki rejimlerin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu durum, özellikle kocanın gerekçe göstermeksizin talâk yetkisini kullanma serbestisinde ortaya çıkmaktadır. Mezheplere ve dönemlere göre kısmi değişikliklere uğramış olsa da, boşanma hukukunun ifade ettiği bu genel toplumsal örüntüde köklü bir değişiklik meydana gelmemiştir. Ancak İslam hukukunda erkek ya da kadının konumu dikkate alınmaksızın, boşanmaya genel olarak mesafeli yaklaşıldığı görülmektedir. Boşanma ve boşanmaya bağlı hakların ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, boşanmanın genel olarak sınırlandırılması ile ilişkilidir. Bu anlamda erkeğin talâk yetkisini kullanması ile üzerine yüklenen mali yükümlülükler, erkek bakımından da boşanmanın belirli sınırlara tabi tutulduğunu göstermektedir. Böylece her ne kadar koca, kadının rızası katılmadan boşanmayı gerçekleştirebilirse de bu durumda daha ağır bir mali külfetle yüz yüze kalmaktadır. Kadının boşanma sonrasına yönelik mali hakları geniş biçimde düzenlenmiş olsa da, bu avantaj, erkeğin para kazanan, kadının da erkeğin getirdiği kaynağı tüketen konumu üzerine inşa edilmiş olmaktadır. Bu bakımdan boşanma sonrasında iddet süresince kadının geçimi, boşandığı kocası tarafından sağlanmasına rağmen, sürenin bitiminde kadın, babası ya da erkek kardeşlerine tabi bir hayat sürdürmek durumunda kalacaktır.⁶⁵

E. MİRAS HUKUKUNDA KADININ STATÜSÜ

Osmanlı Devleti'nde miras hukuku bakımından örfî-şerî hukuk uygulamasında özellikli bir durum söz konusudur. Mülk menkul ve gayrimenkul malların intikali İslam hukukuna göre, kuru mülkiyeti devlete ait olan miri arazi ile kuru mülkiyetin vakıf hükmi kişiliğine ait olduğu icareteynli ve mukataalı vakıfların mirasçılara intikali ise örfî hukuk kapsamında gerçekleşmektedir. Bu bağlamda miri arazinin intikali padişahın iradesini yansıtan ferman, kanun ve nizamlarla zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır.⁶⁶

1. Şer'î İntikal

Mirasçıların miras payları, Kuran'da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre kadının erkeğin yarısı kadar miras payına sahip olması üç durumla sınırlıdır. Bunlardan ilki karı-koca durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede çocukları olmaması durumunda erkek terekenin

⁶⁵ TUCKER, 2008, s.130-131.

⁶⁶ AKYILMAZ, 2011, s.202-203.

yarısını alırken, kadın terekenin çeyreğine sahip olmaktadır. Çocuklarının olması durumunda ise erkek terekenin 1/4'ünü alırken, kadın 1/8'ini almaktadır. Kadının erkeğin yarısı oranında miras payına sahip olduğu diğer iki durum ise, aynı anne babanın çocuğu olarak veya baba bir erkek ve kız kardeşlerin birlikte mirasçı olmasıdır. Bu üç durum haricinde kadın mirasçı, kendisiyle aynı statüdeki erkek mirasçı ile eşit miktarda pay sahibi olacaktır.⁶⁷ Bu çerçevede genel bir kural teşkil etmeyen kadının erkeğin yarısı oranında miras payına sahip olması durumu, sorumluluklar ve haklar arasında denge kurulmasına yöneliktir. Zira kadınlara ailevi düzeyde mali sorumluluklar yüklenmediğinden, ailenin geçimini sağlamak, ebeveynlerine bakmak, mehir ve iddet nafakası vermek gibi yükümlülükler erkeğe ait olduğundan, mirasa ilişkin haklar da mali yükümlülüklerle orantılı biçimde düzenlenmeye çalışılmıştır.⁶⁸

Diğer yandan kişiler, ölümleri öncesinde yapacakları düzenlemelerle çocukları arasında eşitlik sağlayabilecekleri gibi, miraslarının üçte biri üzerinde serbestçe tasarrufta da bulunabilirler. Murislerin bu tür düzenlemeleri, İslam hukukuna aykırı bulunmamaktadır.⁶⁹ Zaman zaman kişiler tarafından vakıflar yoluyla miras hukukuna ilişkin şeri hükümlerin değiştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bunlardan bir kısmı vakıf kurucularının, vakfettikleri mal ve mülklerin gelir ve menfaatlerinden kız ve erkek çocuklarının eşit biçimde yararlanmalarını şart koşmaları suretiyle kadınlar lehine, diğer bir kısmı ise erkek çocuklarının nesli devam ettikçe kızlarını mirastan yoksun bırakmaları şeklinde kadınlar aleyhine gerçekleşmiştir.⁷⁰

2. Miri Araziler ve Gayrisahih Vakıflar Kapsamında İntikal

1847 yılına kadar arazinin tasarruf hakkı, muris erkekse erkek çocuğuna bedelsiz olarak, oğlu yoksa kızına tapu bedeli karşılığında verilmiştir. Erkek murisin çocuğu yoksa, tasarruf hakkı erkek kardeşi varsa erkek kardeşine, ancak erkek kardeşi yoksa kız kardeşine intikal etmektedir. Erkek murisin çocuğu olmaması durumunda erkek veya kız kardeşine intikal, ancak tapu bedeli karşılığında gerçekleşmektedir. Muris kadınsa, intikal hakkı sahibi yokken, erkek evladı tapu bedeli karşılığında tasarruf hakkını kazanabilmektedir.⁷¹

⁶⁷ AKYILMAZ, 2000, s.51-52.

⁶⁸ FENDOĞLU, 1994, s.54-55.

⁶⁹ Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.227.

⁷⁰ AKYILMAZ, 2000, s.52-53.

⁷¹ AKYILMAZ, 2011, s.204.

1847 tarihli irade-i seniyyeler ile,

- Miri arazinin intikalinde murisin cinsiyetine ilişkin ayırım kaldırılmış,
- Erkek ve kız çocukları arasında eşitlik sağlanmıştır.⁷²

1858 tarihinden itibaren 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, 1867 tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesi ve 1912 tarihli Emvâl-i Gayr-ı Menkulenin İntikalat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat'tan oluşan örfi hukuk düzenlemeleri ile örfi intikal kurallarında aşamalı biçimde değişikliklere gidilmiştir. Bu düzenlemelerle son aşamada örfi intikal ilkeleri şu biçimde belirlenmiştir:

- Erkek ve kız çocukları arasında eşitlik ilkesi korunmuştur.
- Eşitlik ilkesi, daha alt derecelerdeki kadın ve erkeklere de yayılmıştır.⁷³
- Kanun hükümlerinin miri arazi ve gayri sahih vakıflar yanında erkek ve kız çocukları bakımından eşitliğin ilk aşamadan beri geçerli olduğu icareteynli ve mukataalı vakıflara da uygulanması kabul edilerek, örfi intikalde mevzuat birleştirilmiş ve zümre sistemi getirilmiştir. Cinsiyet, aynı zümre içerisinde bulunanların alacakları payı belirleyen bir unsur durumunda değildir.⁷⁴

Ancak mevcut hukuksal haklarına rağmen kadınların miras paylarına sahip olmalarına yönelik fiili tehditlerin toplumsal alanda vaki olduğu görülmektedir. Bu çerçevede kimi durumlarda kadınlar, miras paylarını ellerinden çıkarmaya zorlanmışlardır. 17. yüzyıl Kayseri Kadı Sicillerini inceleyen Faroqhi, bu bağlamda kadınların aldıklarından fazlasını sattıklarını ifade etmiştir. Küçüklüğünde mirasçı olan kadınların miras paylarının vasileri tarafından sahiplenildiği, ancak kadınların reşit olmalarından sonra bu hususta davacı oldukları da görülmektedir.⁷⁵

F. CEZA HUKUKUNDA KADININ STATÜSÜ

İslam hukukunda cezai hükümler kural olarak, bu hükümlere tabi olanlar arasında ayırım gözetilmeksizin düzenlenmiştir. Bu kapsamda cezalar, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit biçimde belirlenmektedir.⁷⁶ Failin

⁷² AKYILMAZ, 2011, s.204.

⁷³ AKYILMAZ, 2000, s.54-55.

⁷⁴ AKYILMAZ, 2011, s.206-207; Osmanlı ve İslam miras hukukunda kadının konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Gül AKYILMAZ, "Osmanlı Miras Hukukunda Kadının Statüsü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XI (2007), Sayı 1-2, s.473-499.

⁷⁵ ZARINEBAF-SHAHR, 1996, s.89-90.

⁷⁶ ÖZKORKUT, 2007, s.84.

cinsiyeti, genel olarak, verilecek cezayı değiştirmemekte ise de, aşağıda bu genel ilkeye istisna teşkil eden, yani kadınlar için farklı cezalandırmanın söz konusu olduğu suçlara işaret edilecektir.

1. Had

İslam ceza hukukunda suç ve cezaların had, kısas ve tazir olmak üzere üçe ayrıldığı görülmektedir. Kuran ve sünnet ile yasaklanmakla birlikte cezası belirtilmeyen veya mübah olduğu halde siyasi iktidar tarafından yasaklanan tazir suçları bakımından ceza, örfi hukuk ile düzenlenirken; Kuran ve sünnetle ayrıntılı biçimde düzenlenmiş had ve kısas cezaları alanında şer'i hukuk uygulama alanı bulmaktadır. Had, miktar ve keyfiyeti nassla belirlenmiş cezai müeyyideleri ifade etmektedir. Bu tür müeyyidelerin kişiler veya iktidar tarafından düşürülmesi, affı veya azaltılması mümkün değildir. Had cezalarının belirlenmesinde, hâkimin takdir yetkisi de dışlanmıştır. Had ile cezalandırılan suçlar zina, zina iftirası, içki içme, hırsızlık, yol kesme, isyan ve dinden çıkmayı içerir, bu anlamda sınırlı sayıdadır.⁷⁷ Aşağıda had suç ve cezalarından kadınlar için özel önem taşıyan zina, yol kesme ve dinden çıkma suçlarına değinilecektir.

Zina suçunu işleyen kadın veya erkek, bekârsa yüzer değnek dayak ve sürgün, evliyse recm⁷⁸ ile cezalandırılır. Görüldüğü üzere cezayı belirleyen failin cinsiyeti değil, evlilik durumudur.⁷⁹ Fatih ve Kanuni Kanunnamelerinin zinaya ilişkin hükümlerinde de cezanın cinsiyete bağlı olarak değişmemesi esası korunmuş, evliler ve bekârlar için mali durumlarına göre değişen tazir cezaları öngörülmüştür.⁸⁰

İslam hukukunda zina tanık, failin ikrarı ve bazı durumlarda gebelik dolayısıyla karine ile ispat edilebilmektedir.⁸¹ Ancak tanık aracılığıyla ispat için özel ispat şartı aranmıştır. Tanıkla ispat için iki şahit yeterli görülmemekte, Nisa Suresi'nin 15. ayetindeki "*Kadınlarınızdan fuhuş (zina) yapanlara karşı içinizden dört şahit getirin.*"⁸² hükmü ile Nur Suresi'nin 13. ayetindeki "*Onlar (iftiracılar) bu iddialarına dair dört şahit getirselerdî ya!*"⁸³ hükmü uyarınca dört erkek şahidin tanıklığı gerekmektedir. Aynı zamanda bu

⁷⁷ CİN, AKYILMAZ, 2013, s.233-234, 257-258.

⁷⁸ Bilinen tek örneği, evli bir Müslüman kadının Yahudi bir erkekle yakalanması nedeniyle 1680 yılında recmedilmesidir: ÖZKORKUT, 2007, s.91.

⁷⁹ AKYILMAZ, 2000, s.61-62; İmam Malik'in sürgün cezasının sadece erkeklere verilmesi gerektiği yönündeki görüşü için bakınız: ÖZKORKUT, 2007, s.89.

⁸⁰ ÖZKORKUT, 2007, s.90.

⁸¹ Nevin Ünal ÖZKORKUT, *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s.101-105.

⁸² <http://kuran.diyabet.gov.tr/Kuran.aspx#4:15>.

⁸³ <http://kuran.diyabet.gov.tr/Kuran.aspx#24:13>.

kişiler, zina faillerinin cinsel ilişkiye girdiklerini açıkça ve bizzat görmüş olmalıdırlar.⁸⁴ Öte yandan bu özel ispat şartı, bir had suçu olan zina iftirasının itham sahipleri ile tanıkların çekingen davranmasına yol açması ihtimali ile birlikte düşünüldüğünde, zina suçunun sübut bulmasının neredeyse imkânsız olduğu görülmektedir.

Cinsiyetler arası ilişkilerin bir aynası durumundaki tecavüz de, İslam hukukunda zina kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak zina suçunun unsurlarından biri kişinin rızası ile cinsel ilişkiye girmiş bulunması olduğundan, tecavüze uğrayan kadın had ile cezalandırılmayacaktır.⁸⁵ Bu çerçevede tecavüz, cezası değiştirilemeyen had suçları kapsamındadır. Hanefi mezhebini tecavüz suçu bakımından farklı kılan ise bazı durumlarda tecavüz suçunu had kapsamı dışında ele almasıdır. Bu durumlardan birisi, mağdur kadının tecavüz eden adamla evlenmesidir. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhepleri ise tecavüze uğrayan kadın, erkeğin evlenme teklifini kabul etse ve evlilik gerçekleşse bile suçun ortadan kalkmadığını kabul etmektedir. Bu itibarla kadının iddiasının kanıtlanması suçun sabit hale gelmesi demek olduğundan, erkeğe kesinlikle had uygulanmasını öngörmüşlerdir. Osmanlı Kanunnameleri ise Hanefi mezhebinin görüşüne göre düzenlenmiştir.⁸⁶

Osmanlı Devleti'nde tecavüz suçuyla ilgili ayrıntılı ilk düzenleme 1858 yılında çıkarılan Ceza Kanunu ile yapılmıştır. Bu Kanun öncesinde, İslam hukukundaki zina suçu kapsamında değerlendirilen tecavüz suçlarına, Padişah kanunnameleri ile bazen İslam hukuku dışında da müeyyideler uygulanmıştır. Mühimme defterleri ve şer'iyye sicillerinde yer alan davaların bazılarında ölüm cezasına hükmedildiği, bazı durumlarda failin mağdur ile evlendirildiği, tazminat yoluna gidildiği ya da kürek cezası verildiği gözlenmektedir.⁸⁷

Kadınların tecavüz davalarında karar verirken olayın gerçekleştiği yeri, zamanı ve mağdurun kişiliğini göz önünde bulundurdıkları görülmektedir. Bu nedenle tecavüz davalarında ya da eve girme gibi tecavüz kastı davalarında mağdurun ve tecavüz isnadında bulunan kişinin toplumdaki konumu, halkın ya da komşularının mağdura bakış açıları birinci derecede rol oynamaktaydı. Yargılama sürecinde mahkemeye tecavüz isnadı ile başvuran kadının veya erkeğin mahalleliden ya da köy ahalisinden durumunun sorulması

⁸⁴ Cihan OSMANAĞAOĞLU, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", *İÜHFİM*, Cilt LXVI (2008), Sayı 1, s.118-119.

⁸⁵ OSMANAĞAOĞLU, 2008, s.117.

⁸⁶ Zübeyde Güneş YAĞCI, "Osmanlı Taşrasında Kadınlara Yönelik Cinsel Suçlarda Adalet Arama Geleneği", *Kadın / Woman 2000*, Cilt VI (2005), Sayı 2, s.53-54.

⁸⁷ Belkıs KONAN, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, (2011), Sayı 29, s.168.

genel kuraldı. Bu durumda mağdurun toplum nazarında itibarlı bir yere sahip olması, mahkemenin tutumunu belirleyen önemli bir etken olarak belirmektedir. Sonuç olarak bu kural, bireylerin, gerek mahalle, gerek köy ahalisi tarafından devamlı surette denetlenmesi, kişinin yaşamının sınırlanması anlamına gelmektedir. Zira bu durumda bir mahallenin mensubu olmak, o mahallenin değer yargılarına da tabi olmak sonucunu doğurmaktadır. Toplumun kişiler üzerindeki etkisi o denli güçlüdür ki bir kadın veya erkek hakkında zina isnadı bulunması durumunda ahali çoğu zaman, kadının ya da erkeğin kapısına katran sürerek olayı afişe etme yoluna gitmektedir. Bu yolla ahali, şehirde subaşığı, imamı ve mahalleliyi, köyde ise köy imamını göreve davet etmektedir.⁸⁸

Diğer bir had suçu olan yol kesme (hirabe) suçunun cezalandırılmasında ise cinsiyetin etkisine ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Maliki, Şafi, Hanbeli mezhepleri yanında Ebu Yusuf gibi bazı Hanefi mezhebi mensuplarına göre de hirabe suçu bağlamında kadın ve erkeğin cezalandırılmasında farklılık yoktur. Zira Kuran'ın yol kesmeye ilişkin hükmü olan Maide Suresi'nin 33. ayetinde cinsiyet ayrımı öngörülmemiştir. Bu ayete göre "*Allah'a ve Resulüne savaş açanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası; ancak öldürülmeleri, yahut asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut o yerden sürülmeleridir...*"⁸⁹ Hanefi mezhebindeki yaygın görüşe göre ise kadınlar yol kesme suçuna iştirak etmeleri durumunda haklarında sürgün, el ve ayakların çaprazlama kesilmesi ve ölüm cezalarından oluşan had cezası uygulanmayacaktır. Ancak yol kesme kadının sevk ve idaresi altında gerçekleştirilmişse, kadınla birlikte suçu işleyen erkeklere de had cezası verilmeyecektir.⁹⁰

Mezhepler arasında görüş ayrılığının olduğu bir diğer suç, dinden çıkma (irtidat) dır. Dinden çıkma suçunun cezası, bir had cezası olarak ölümdür. Bu had cezası kaynağını Hz.Muhammed'in "*Her kim dinini değiştirirse öldürünüz.*" hadisinden almaktadır. Hanefi mezhebi dışındaki mezhepler, dinden çıkma suçunun cezalandırılmasının kadın ve erkek bakımından değişmediğini kabul etmektedirler.⁹¹ Ebu Hanife'ye göre ise dinden çıkan kadın, hapsedilmesi ve her gün çıkarılarak tövbe etmesinin istenmesi suretiyle İslam'a dönmeye zorlanmalıdır. Kadın tövbe etmemekte direnirse, Müslüman olana ya da ölene kadar hapsedilmelidir. Bu görüş, Peygamberin cihatta kadınların öldürülmesini yasaklamasına ve suçun doğurduğu zararın kadının hapsedilmesi ile önlenilebileceği düşüncesine dayanmaktadır.⁹²

⁸⁸ YAĞCI, 2005, s.55-58, 65.

⁸⁹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#5:33>, Erişim: 30.8.2014.

⁹⁰ AKYILMAZ, 2000, s.62-63.

⁹¹ AKYILMAZ, 2000, s.63.

⁹² ÖZKORKUT, 2007, s.90.

Bu çerçevede genel olarak değerlendirildiğinde cinsiyet değişkeni had cezasının belirlenmesine etki etmese de, cezanın infazı bakımından kadınların bazı durumlarda farklı uygulamaya tabi tutuldukları görülmektedir. Bu bağlamda sopa cezasının infazı, kadın otururken ve kürk gibi giysiler haricinde giysileri çıkarılmadan gerçekleştirilmektedir. Kadının hamile olduğunu iddia etmesi durumunda da doktor kontrolü ile iddianın doğruluğunun saptanmasının ardından infaz doğuma kadar ertelenmekte, lohusalık döneminin ardından yerine getirilmektedir.⁹³ Bu husus, kadının eyleminden sorumlu olmayan ceninin cezanın etkilerinden korunduğunu, bu bakımdan İslam ceza hukukunda cezaların genel itibarıyla kişiselleştirildiğini göstermektedir.⁹⁴

2. Kıyas ve Diyete Tabi Suçlar

a. Kıyas

Kıyas, gerek öldürme ve yaralama, gerek herhangi bir uzvun yok edilmesi veya işlemez hale getirilmesi fiillerini gerçekleştirenlerin, işledikleri suçun aynısı ile cezalandırılmaları anlamına gelmektedir. İslam hukukunda kıyas, ancak mahkeme hükmüne dayanarak uygulanabildiği gibi, aynı zamanda suçlunun yakınlarına değil, fakat salt suçu işleyene yönelik olarak gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda İslam hukukunda kıyas, cezaların kişiselliği ilkesine uygun bir içeriğe sahiptir.⁹⁵

Cana karşı kıyas kapsamında İslam hukukunun temel kaynakları, Bakara Suresi'nin 178. ayetinin “*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında üzerinize kıyas yazılmıştır. Hür kişiye karşılık hür, köleye karşı köle, dişiye karşılık dişi...*” hükmü ile “*Müslümanların canları birbirine denktir.*” hadisidir. Bu hükümler, âlimler arasında farklı yorumlara yol açmıştır. Bu bağlamda cana karşı kıyasta kadını erkeğe denk görmeyen yorumlar yapılmışsa da, dört Sünni hukuk mezhebinin de kapsayan çoğunluğun görüşü, kıyasın uygulanmasında birbirleriyle evli olanlar da dahil olmak üzere kadın ve erkek arasında ayırım yapılmaması yönündedir.⁹⁶

Öte yandan Osmanlı uygulamasında kadına karşı öldürme eylemlerinin bazı durumlarda cezalandırılmadığı görülmektedir. Bu fiiller, mağdur kadının bazı niteliklerine göre ortaya konmakta, mağdur kadının durumu

⁹³ AKYILMAZ, 2000, s.61-62.

⁹⁴ ÖZKORKUT, 2007, s.90.

⁹⁵ Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.91-92.

⁹⁶ ÖZKORKUT, 2007, s.85.

öldürme fiilinin cezasız kalmasına neden olmaktadır. Bu öldürme fiilleri, zina halinde bulunan, fuhuş yapan veya fuhuş yaptığından şüphe duyulan kadınlara yönelik olanları içermektedir. Tanzimat öncesinde Osmanlı hukukunda geçerli olduğu üzere 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde de, karısını veya mahreminden birisini zina yaparken görüp her iki tarafı da öldüren kişiye ceza verilmemiştir.⁹⁷ Benzer biçimde fuhuş yapan ya da hakkında bu yönde kuşkular olan kadınların öldürülmesi durumunda maktulün yakınlarının kısas ve diyet cezalarından feragat ettikleri, bu şekilde öldürme fiillerinin cezasız kaldığı durumların mevcut olduğu görülmektedir.⁹⁸

Candan aşığı için kısas bakımından, mezhepler arasında görüş birliği bulunmamaktadır. İmam Malik, Şafii ve Ahmed b. Hanbel organlar açısından cinsiyetler arasında fark gözetilmeyeceğini savunmaktadır. Zira kısasa ilişkin nasslar canda ve organda kısası ifade ettiği gibi, organlardan elde edilen fayda da aynıdır. Bu âlimler görüşlerini Maide Suresi'nin 45. ayetine de dayandırmaktadırlar. Bu ayete göre "*Onda (Tevrat'ta) üzerlerine şunu da yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş kısas edilir. Yaralar da kısasa tabidir.*"⁹⁹ Ebu Hanife ve üç öğrencisinin de temsil ettiği diğer görüşe göre ise, organlara verilen zarara karşılık kadın ve erkek arasında kısas uygulanamayacaktır. Bu görüşün gerekçeleri ise organlarda kısası düzenleyen bir nass olmaması, kadının diyetinin erkeğinkinin yarısı olması ve organlardan elde edilen faydanın aynı olmamasıdır. Bu bağlamda kadına zarar veren erkek diyete tabi tutulur ve tazirle cezalandırılırken, erkeğe zarar veren kadının işlediği fiille aynı şekilde cezalandırılması veya diyeti talep edilebilecektir.¹⁰⁰

b. Diyet

Diyet, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir suça karşılık, mal olarak verilmesi gereken bedeli ifade etmektedir. Diyet başlıca iki durumda uygulanmaktadır. Bunlardan ilki kısas isteme hakkı bulunanlardan birinin veya hepsinin kısastan vazgeçip diyet istemesi; diğeri ise kısasın uygulanması için gerekli koşullardan birinin eksik olması veya başka bir sebep dolayısıyla kısasın olanaksız bulunmasıdır.¹⁰¹

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kadının diyeti, erkeğin diyetinin yarısıdır. Bu görüşün dayanaklarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

⁹⁷ AKYILMAZ, 2011, s.201.

⁹⁸ AKYILMAZ, 2000, s.67-68.

⁹⁹ <http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#5:45>.

¹⁰⁰ ÖZKORKUT, 2007, s.86.

¹⁰¹ ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, 2008, s.93-94.

- Muaz b. Cebel'den rivayet edilen “*Kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır*” hadisi,
- Bu yönde icma olduğu,
- Kadının miras ve şahitlikteki konumu.

Osmanlı uygulamasında bu görüş etkili olmuş; kadının diyeti, erkeğinkinin yarısı oranında gerçekleşmiştir.¹⁰²

Erkeğin ve kadının diyetinin eşit miktarda olduğunu savunan diğer görüşün dayanakları ise şunlardır:

- Peygamberin Necran ehline yazdığı mektupta yer alan “*Mümin kadınların diyeti yüz devedir*” sözü: Bu hadis Nesai ve Muvatta’da “*Nefsin diyeti yüz devedir*” şeklinde yer almaktadır.
- Kadının miras ve şahitlikteki konumunun farklı dayanakları bulunduğundan, bu alanlardaki ilkelerin diyet sorununa uygulanması mümkün bulunmamaktadır.
- Yarım diyet, İslam’ın temel ilkeleri ile Kuran’ın genel iradesine uygun düşmemektedir. Zira İslam hukukunda erkeğin üstünlüğü ancak belirli durumlarla sınırlı olarak öngörülmüştür. Bu üstünlük kuralları, adaletin sağlanmasına yönelik olarak ancak ait oldukları alan bakımından geçerli ve elverişli adalet ilkeleri olarak anlam kazanmaktadır, bu bakımdan genelleştirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.¹⁰³

Müessir fiiller açısından diyet konusunda ise Ebu Hanife ve İmam Şafii'ye göre yaralamalarda kadının diyeti, erkeğinkinin yarısı kadardır. İmam Malik ve Ahmet b. Hanbel'e göre ise aynı durumda tam diyetin üçte birine kadar olan miktarda kadın ve erkeğin diyeti arasında fark bulunmamaktadır. Tam diyetin üçte birini aşan hallerde ise kadının diyeti, erkeğinkinin yarısı kadardır.¹⁰⁴

G. KADININ DEVLET YÖNETİMİNE İLİŞKİN HAKLARI

Devlet yönetimine ilişkin hakların başında gelen seçme hakkı bakımından değerlendirildiğinde, Kanun-ı Esasi dönemine kadar hem kadınların hem de erkeklerin seçme hakkının bulunmadığı bir gerçektir. Ancak Kanun-ı

¹⁰² AKYILMAZ, 2011, s.200.

¹⁰³ AKYILMAZ, 2000, s.64-65.

¹⁰⁴ ÖZKORKUT, 2007, s.88.

Esasi'de erkeklere seçme hakkı tanınırken, kadınlara bu hakkın tanınması söz konusu olmamıştır. Bu eşitsiz durumun kaynağını doğrudan Kuran'da bulmak mümkün olmamaktadır. Zira Kuran'da kadınlar da erkekler gibi Peygamber'e yurttaşlık sözleşmesini andıran sadakat yemininde bulunmaya çağırılmışlardır. Bu çerçevede kadınlardan da Allah'a ortak koşmamak, hırsızlık yapmamak, zina etmemek, çocuklarını öldürmemek, iftirada bulunmamak, meşru emre karşı gelmemek hususlarında söz alınması istenmiştir. Bu çerçevede Peygamber, erkekler gibi kadınlardan da birkaç defa beyat almıştır.¹⁰⁵

Kadınların kamu hizmetlerine girme hakkı ise İslam hukuku bakımından yoğun tartışmaların yaşandığı bir konu durumundadır. Yine de bu hakkı açıkça engelleyen bir Kuran hükmünün bulunmadığı bir gerçektir. Bu kapsamda tartışmalar, Kuran hükümlerinin yorumlanması ekseninde yürütülmektedir.¹⁰⁶ Osmanlı uygulaması bakımından değerlendirildiğinde ise, ne Divan-ı Humayun'da ne de meşveret meclislerinde kadın üyelere rastlandığı görülmektedir. Diğer yandan 20.yüzyılın başına kadar, özellikle kadınlara ait olduğu kabul edilen işleri içerenler dışında kamu hizmetlerine giren kadın bulunmamaktadır.¹⁰⁷ İslam hukukunda tartışmalı bir husus olmasına rağmen kadınların Osmanlı döneminde hâkim olmaları da mümkün olmamıştır. Mecelle'de kadınların hâkimlik yapamayacağı, hâkimlerin bakamayacağı işler düzenlenirken zevceden bahsedilmesi suretiyle dolaylı olarak belirtilmiştir.¹⁰⁸

Ancak kadınların siyasal hakları bakımından olumsuz durumlarına rağmen, toplumun siyasal hayatında bazı rollerinin bulunduğu görülmektedir. Bazı siyasal ayaklanmalara kadınların aktif biçimde katıldıklarına dair bilgiler mevcuttur. Diğer yandan saray haremindeki Kösem Sultan, Turhan Sultan, Hürrem Sultan gibi bazı kadınların, devlet yönetiminde dolaylı biçimde etkili oldukları görülmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁵ FENDOĞLU, 2000, s.218-219.

¹⁰⁶ İslam hukukunda kadının kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin görüşler için bakınız: FENDOĞLU, 1994, s.49-52; AKYILMAZ, 2011, s.70-71.

¹⁰⁷ AKYILMAZ, 2000, s.72.

¹⁰⁸ AKYILMAZ, 2011, s.197.

¹⁰⁹ AKYILMAZ, 2000, s.72-74; Osmanlı İmparatorluğu'ndan modern Türkiye'ye kadınların yurttaşlığına giden adımları 1842-1945 tarihleri aralığında tespit eden tablo için bakınız: Ayten ALKAN, Serpil ÇAKIR, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Cinsiyet Rejimi: Süreklilik ve Kırılmalar", *1920'den Günümüze Türkiye'de Toplumsal Yapı ve Değişim* içinde (Derleyen: Faruk ALPKAYA, Bülent DURU), 2.Baskı, Phoenix, Ankara 2012, s.239-240.

II. KADINLARIN MAHKEMELERDE HAK ARAMA GELENEKLERİ

Kadınlar hukuki birer kişilik olarak kabul edilmeleri dolayısıyla Osmanlı mahkemelerinde hem davalı hem de davacı statüsünü kazanabilmişlerdir. Şer'iyye sicilleri kadınların mahkemelere başvuruda bulunmakla yetinmediklerini, aynı zamanda davalarını aktif biçimde yürüttüklerini göstermektedir. Bu kapsamda mahkemelerin kadınlara açıklığı ile Osmanlı yönetimine yerleşik adalet düşüncesi, kadınların yargılama süreçleri içerisinde önemli rol oynamalarına olanak tanımıştır. Bu bağlamda ayrıntılı hukuksal düzenlemelerin karmaşıklığı ve yabancı mekânlar olarak mahkemelerde hüküm süren konuşma ve davranış kalıpları ile ele alındığında modern yargılama düzenlerinin, kadınların yargılama süreci özneleri olmaları bakımından daha elverişsiz olduğunu düşünmek mümkündür.¹¹⁰

Diğer yandan Osmanlı'da erkeklerle ilgili ya da erkeklerin de taraf olduğu davalarda kadınların düzenli biçimde görülmesi, mahkeme salonlarının salt erkeklere ayrılmış mekânlar olarak kurulmadığına işaret etmektedir.¹¹¹ 1590'dan 1630 yılına kadar olan Kayseri, Amasya, Karaman ve Trabzon Kadı Mahkemeleri Sicillerine odaklanan Jennings, kadınların mahkemelere serbestçe, açıkça ve düzenli biçimde başvurdukları sonucuna varmıştır. Davacı veya savunan konumunda buldukları tüm davalarda, Müslüman kadınların Müslüman erkeklerle, zimmi kadınların zimmi erkeklerle aynı biçimde muamele gördükleri tespit edilmiştir. Bu bağlamda Jennings'e göre erkekler gibi kadınlar da, tam olarak dinleneceğine güvenerek mahkemeye başvurabilirdi.¹¹²

Mahkemelerin ağırlıklı olarak orta sınıf kadınları tarafından, babalarını ve kocalarını yitirmeleri ve nüfuzlu ve zengin erkek akrabalarının bulunmaması durumunda kullanıldığı görülmektedir. Adli işlemlerin gerçekleştirilmesi için harç ödenmesi gereği ve güvenilir tanık bulma konusundaki zorluklar, alt sınıf kadınları bakımından mahkemeye başvuruyu sınırlayan etkenlerdir.¹¹³

¹¹⁰ TUCKER, 2008, s.35.

¹¹¹ GÖÇEK, BAER, 2000, s.55.

¹¹² Ronald C. JENNINGS, "The Legal Position of Women in Kayseri, a Large Ottoman City, 1590-1630", *Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, The Isis Press, İstanbul 1999, s.119, 137.

¹¹³ Fariba ZARINEBAF-SHAHR, "Osmanlı Kadınları ve 18. Yüzyılda Adalet Arama Geleneği", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.241; aynı yönde tespit için bakınız FAROQHI, 2005, s.25-26.

Mahkeme kararlarından memnun olmayanların son başvuru imkânı olan Divan-ı Hümayun'a yapılan şikâyetlerin yaygınlığı, reaya için padişahın adaletinin şeriatın adaletinin üzerinde algılandığını ve bu yolun daha az biçimsel, daha kişisel bir işleyiş olarak sahiplenildiğini göstermektedir.¹¹⁴ Kadınlar da, erkekler bakımından geçerli olduğu gibi padişaha ve Divan-ı Hümayun'a şikâyette bulunma yetkisine sahiptirler.¹¹⁵ Bu yola başvuru için kadınların dilekçelerinin doğrudan kendileri, temsilcileri veya kadılar tarafından sunulduğu görülmektedir. Bazı başvuru sahipleri başvurularını yazılı olarak yapmışlar, bazıları ise bu yolu kullanmak için Mısır gibi uzak bölgelerden dahi İstanbul'a gelmişlerdir.¹¹⁶ Kadınların genel olarak kadının görevini kötüye kullanması, miras, boşanma ve borçların tahsili gibi konularda padişahın adaletine yöneldikleri görülmektedir. Evliliğe ilişkin başvurularda da nafaka, çocukların nafakası ve mehrin ödenmesi gibi ekonomik içerikli olanlar ön plana çıkmıştır.¹¹⁷ Kadınların ekonomik bakımdan istikrarsız konumları, boşanmanın mali hükümleri, miras gibi konulardaki haklarına ilişkin farkındalıklarını artırdığı gibi, bu haklara yönelik saldırılara karşı mevcut alanlarını da aktif biçimde korumalarına neden olmuştur.¹¹⁸ Aynı zamanda özellikle 18. yüzyılda köylü kadınlardan gelen dilekçelerdeki artış, kırsal kesimin de bu mekanizmanın dışında kalmadığına işaret eder.¹¹⁹

III. TOPLUMSAL MEKÂNIN CİNSİYETLENDİRİLMESİNDE OSMANLI HUKUKU

Osmanlı'da kadın ve erkeklerinin yaşam alanlarının belirlenmesinde İslam hukukunun belirleyici olduğu görülmektedir. Zira eski Türk geleneklerinde yer alan ocak anlayışının Fatih Sultan Mehmet dönemi ile birlikte yerini harem anlayışına bıraktığına tanık olunmaktadır. Ocak, ailenin kadınlı erkekli bütün bireylerinin ortak yaşam alanı olarak sürdürülen hane anlayışına işaret ederken, İslam hukukunda hane anlayışı kadın ile erkeğin

¹¹⁴ ZARINEBAF-SHAHR, 2000, s.242-243.

¹¹⁵ ZARINEBAF-SHAHR, 1996, s.85; 1649-1653 tarih aralığına ait şikayet defterlerine göre kadınların şikayet eden konumu dağılımı ve bu dağılımın irdelenmesi hakkında bakınız: Saliha Okur GÜMRÜKÇÜOĞLU, "Şikayet Defterlerine Göre Osmanlı Teb'asının Şikayetleri", *AÜHF*, Cilt 61 (2012), Sayı 1, s.189, 203-204.

¹¹⁶ ZARINEBAF-SHAHR, 1996, s.86.

¹¹⁷ Iris AGMON, "Muslim Women in Court According to the Sijill of Late Ottoman Jaffa and Haifa: Some Methodological Notes", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde (Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.134.

¹¹⁸ ZARINEBAF-SHAHR, 1996, s.86-89.

¹¹⁹ ZARINEBAF-SHAHR, 2000, s.248.

yaşam alanlarını birbirinden kesin bir biçimde ayırmaktadır: Erkekler özgü olarak yapılandırılan “*Selamlık*” ve kadınların yaşam alanı olarak biçimlendirilen “*Harem*”.¹²⁰

İslam âlimleri, mekânı erkek ve kadın ilişkileneceği çerçevesinde ele almışlardır. Bu bağlamda mekân, kadın ve erkekler arasındaki toplumsal sınırların korunmasına dayanan bir algılama temelinde cinsiyetlendirilmiştir. Ancak toplumsal mekân, sistematik ve karşılaştırmalı biçimde belirlenmiş değildir. Başka bir deyişle erkekler için kamusal mekân ile kadınlara ait özel alanın sınırları belirli olmadığından, mekânsal düzenleme bağlamında kesin bir kadın-erkek dikotomisinden söz etmek mümkün değildir.¹²¹ Osmanlı Devleti bakımından bu tespiti özellikle taşra bağlamında yapmak mümkündür. Zira Osmanlı taşrasında kadının el sanatları ve tarım alanında güçlü bir toplumsal konumu olduğu görülmektedir.¹²²

Toplumsal sınırların belirlenmesinde cinsellik kamusal alandan dışlanırken, evlilik içerisinde serbestlik kazanmaktadır. Bu bağlamda cinsiyetlendirilmiş mekân ve giyim bakımından üç temel alan oluşturulmaktadır. Bunlardan ilkinde cinsel arzu, nifak ve sosyal tehlike anlamına gelmektedir. Bu caiz olmayan arzu alanında erkek, kendisini ayartabilecek doğurganlık yaşındaki kadınlarla bir aradadır. Âlimler, kadın ve erkek arasındaki ilişkiyi en aza indirmek için bu alanda giyim, fiziksel uygunluk ve bakışı yoğun biçimde düzenlemektedirler. İkinci alan erkeklerin, cinsel dürtülerini harekete geçirmeyeceği kabul edilen kız çocukları, yaşlı kadınlar ve yakın akrabalar gibi kadınlarla bir araya geldiği nötr bir alan olarak kurgulanmaktadır. Bu alan giyim, fiziksel uygunluk ve bakışa ilişkin kuralların gevşetileceği mekâna vücut vermektedir. Evlilik alanı ise caiz arzunun hüküm süreceği mekân durumundadır. Böylece evlilik içerisinde cinselliğe yönelik kurallar ve sınırlamalar askıya alınmaktadır.¹²³ Bu bağlamda ev içi mekân, hane halkı dışındaki kişilerden özenle korunmaktadır. Mecelle’de “Muamelat-ı Civariyye” başlığında yer alan düzenleme, ev içi mekânın sıkı biçimde sınırlandırılmasının örneğini teşkil etmektedir. Buna göre kadınlara ait yerler olarak kabul edilen ve makarr-ı nisvan adıyla bilinen mutfak, kuyu başı ve avluların başka yerden görülmesi zarar-ı fahiş olarak kabul edilmekte, komşu bina ve pencereden bu alanın görülmesi durumunda zararın tazmini talep edilebilmektedir. Bu durumda komşu,

¹²⁰ Ahmet YILMAZ, "Osmanlı'dan Cumhuriyete: Kadın Kimliğinin Biçimlendirilmesi", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Cilt IX (2010), Sayı 20-21, s.193.

¹²¹ TUCKER, 2008, s.177-178.

¹²² Şefika KURNAZ, *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923)*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1992, s.135.

¹²³ TUCKER, 2008, s.183-184.

makarr-ı nisvanın görülmesini engelleyecek duvar veya tahta perde yaptırmakla yükümlüdür. Mecelle'nin diğer bir maddesinde ise ağacına çıktığında komşusunun makarr-ı nisvanını görebilecek durumda olan erkek, ağaca çıkmadan önce komşusuna kadınları tesettür ettirmesi için haber vermek durumundadır. Bu uyarıda bulunmaması durumunda kadı, ağaca çıkmasına yasak koyabilecektir.¹²⁴

Ancak toplumsal mekânın geçişken olmayan biçimde, kadın ve erkeğin tamamen bağımsız olarak faaliyette bulunacakları fiziksel bölgeler olarak ayrıştırıldığını söylemek mümkün değildir. Zira mekânın düzenlenmesinde amaçlanan, kamusal ve özel olana ilişkin kesin sınırların oluşturulması değil, cinsel dürtünün gücü ve toplumsal istikrara yönelttiği tehdidin sınırlandırılması ile kamusal yararın sağlanmasıdır.¹²⁵ Bu anlamda kadınların, öncesinde öğretmenlik yapmalarına rağmen 1913 yılında memuriyete ilk girişlerine gösterilen tepki, anlamını kadın ve erkeğin bir arada çalışacak olmasında bulmaktadır.¹²⁶ Zira tepki kadınların çalışmasından öte, kadınlarla erkeklerin bir arada bulunacak olmasından kaynaklanmaktadır. Zarinebaf-Shahr'a göre de Osmanlı şehir yaşamında kadınların hareket alanının, cinsiyete dayalı kamusal-özel ayrımı ve kadın ve erkekleri ayırma gibi dini-ideolojik çizgilere bağlı olarak sınırlı olmadığı ileri sürülebilir. Buna rağmen bu normlar, kadınlar toplumsal sınırlarını aştıklarında, ideolojik düzeyde karşılama çıkacaktır. Sonuçta toplumsal mekâna ilişkin normların, diğer sosyo-ekonomik etkenlerle birleştiğinde kadınların yaşamları hakkında ciddi bir kontrol gücüne sahip oldukları görülmektedir.¹²⁷

Bu bağlamda konu düzenli ve ahlâklı bir toplum olduğunda âlimler, hem kadın ve hem de erkeğin cinsel dürtülerini sosyal düzene tehdit olarak tanımlamışlardır. Kadın ve erkeğin karşılıklı çekiminden kaynaklanan tehdit bir yandan hukukun iki cinsiyeti ayırmasına, bir yandan da caiz olmayan cinsel ilişkilerin kadın erkek fark etmeksizin cezalandırılmasına kaynaklık etmektedir. Ancak bu kapsamdaki eşitlik ilkesi, giyim ve davranış itibarıyla cinsel çekiciliği azaltmak amacıyla hem fiili hem de sembolik olarak sorumluluğu genel olarak kadına yükleyen hukuk kuralları ile bozulmaktadır. Bu çerçevede mekânın düzenlenmesinde hukuksal ve toplumsal söylem, esas olarak erkeklerin arzularını kontrol etme noktasındaki yetersizliklerinin kadının sınırlandırılmasını gerektirdiği algısına dayanmaktadır.¹²⁸ "Kadınlık" dergisinde yer almış genç bir kadının mektubu, bu sınırlandırmanın kadınlar

¹²⁴ AKYILMAZ, 2011, s.197-198.

¹²⁵ TUCKER, 2008, s.184.

¹²⁶ KURNAZ, 1992, s.135-136.

¹²⁷ ZARINEBAF-SHAHR, 1996, s.83.

¹²⁸ TUCKER, 2008, s.184,219-220.

bakımından nasıl bir yaşama vücut verdiğini şu biçimde ifade etmektedir: *“Bizi işgal eden şey yalnız erkeklerden kaçınmak- Sami Bey’in istediği gibionlara görünmemektir. Pencereden bakarken kazara bir erkek bizi görürse artık validelerimizle işimiz var, bizde izzet-i nefis kalmaz, erkekler dokunurlar, bizde haysiyet kalmaz; onu mahvederler, bizde namus kalmaz. Onu ref’ederler. O kadar taarruz, o kadar hiddet neden? Bir erkek –onların tabirince- bir namahrem bizi görmüş.”*¹²⁹

Bu çerçevede Osmanlı Devleti, yakınlığı bulunmayan kadın ve erkeğin özel alanda bir araya gelmesini düzenleyen toplumsal kurallar yanında kadının giyim ve davranışı ile ilgili olarak da kurallar oluşturmuştur. Osmanlı kadınlarının genel olarak evlerinde zaman geçirdikleri görülmektedir. Konaklarda harem dairesinin pencereleri kafesli olurken, halk evlerinde ise evin tüm pencereleri kafeslidir. Kadınlar evlerinin bahçesine bile her zaman çıkamaz, ev dışında genel olarak hamama, anne-babasına gider, alışveriş veya gezinmek amacıyla sokağa çıkardı. Ancak herhangi bir nedenle sokağa tek başına çıkması uygun görülmez, yanında evin diğer kadınları veya cariyeleri bulunurdu. Kadının gidebileceği yerler, saatleri, hangi araçların hangi bölümlerini kullanabileceği hangi camilerde ibadet edebileceği devlet tarafından belirlenmiştir.¹³⁰

Osmanlı yargılamasının, kadın erkek ilişkilerine ilişkin kuralların yerel ölçekte ihlali durumunda, şikâyetleri dinleme suretiyle pasif bir konumda ve ceza öngörme durumunda olduğu, topluluk içerisindeki sosyal ve ticari ilişkilere dayanan ihlal gerekçelerini kabul etmeye de eğilimli bulunduğu saptanmaktadır. 16. yüzyıla ait bir örnekte, bir erkeğin evinden çıkarken iki erkek tarafından görülen kadın gece devriyesine şikâyet edilmiştir. Adam mahkemede, kadına borcu olduğunu, kadının parayı istemeye geldiğini; hasta oğlu için ilaç istediğini beyan etmiştir. Kadının kocası da olay hakkında bilgisi

¹²⁹ Serpil ÇAKIR, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis Yayınları, İstanbul 1993, s.42.

¹³⁰ AKYILMAZ, 2011, s.75-78:

-1236 tarihinde II.Mahmut’un yayınladığı Hatt-ı Hümayun: kadınların mesire yerlerine gitmemesi, yalnız işi olanların araba ve kayığa binmeleri öngörülmüştür.

-1861 tarihli tembihnâme: İstanbul’un belli mesirelerine herkes her gün gidebilir, Ancak kadın ver erkekler, kendileri için belirlenen ayrı yerlere oturacaklar, kadın-erkek karışık oturmak cezalandırılacaktır. Boğaziçi ve Üsküdar’daki seyir yerlerinin bazıları Cumaları kadınlara, pazarları erkeklerle tahsis edilmiştir. Maslak, Şişli, Pangaltı, Zincirlikuyu seyir yeri olmadığı için, Müslüman kadınların araba ile buralarda durmaları, sere serpe oturmaları yasaktır.

-Tanzimat’tan sonra yayınlanan ilannâmede kadınlara ayrılan camiler belirlenmekte; kadınların dükkân ve mağazaların içine girerek alışveriş yapmaları, kadınların alışveriş yaptığı dükkânlarda genç erkeklerin çalıştırılmaları yasaklanmaktadır. Kadınlar, dondurmacı dükkânlarına giremeyecekler; Kapalıçarşı’da dolaşamayacaklardır.

ve izninin mevcut olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme gerekçeleri makul bularak davayı düşürmüştür. Bu örnek bir yandan da kadın ve erkeklerin bir arada bulunmasına dair durumların halk tarafından dikkatle takip edildiğini göstermektedir.¹³¹

Kadınlar bakımından diğer bir sınırlandırma alanını, giyim oluşturmaktadır. Kadınların özellikle Kanuni döneminden sonra "mahrem bir nesne" olarak algılandıkları kabul edilmektedir. Giyim konusunda bu algılaşmanın Müslüman kadınlar gibi gayrimüslim kadınları da etkilediği görülmektedir. Bu anlayışın giyim bağlamında tezahürü özellikle kentlerde gerçekleşmektedir.¹³² Kadınların giyimi, sınıf ve bölge farklılıklarına bağlı biçimde değişiklik göstermiş, daha çok gelenekler tarafından yönlendirilmiştir. Mahkemeler ve ulemanın bu alanda aktif bir tutum sergilemedikleri görülmektedir.¹³³ Osmanlı kadınları ev içinde şatafatlı kıyafetler giymelerine rağmen, ev dışında gösterişsiz kıyafetleri tercih etmekteydiler. Başlangıçta ferace ve yaşmaktan ibaret olan kadın giysisinin yanına bir süre sonra dış giysi olarak çarşafın da eklendiği görülmektedir.¹³⁴ Ancak 1890 yılında II.Abdülhamit, siyah çarşaf giyen ve siyah tülle örtünen Müslüman kadınların matem tutan Hristiyan kadınlara benzediklerinden ve çarşaf aracılığıyla kadın kılıfına giren erkeklerin hırsızlık ve yolsuzluk yapmalarından hareketle çarşafı yasaklamıştır.¹³⁵

Osmanlı Devleti'nde özellikle 18.yüzyılda, kadınların "iffetinin örtünerek korunması" doğrultusunda bir dizi ferman çıkarılmıştır.¹³⁶ 1726 tarihinde sadrazam İbrahim Paşa, kadınların giyimi bakımından birtakım sınırları belirtmiş, polis ve mahkemeleri de bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlamak hususunda görevlendirmiştir. Ancak bu düzenlemenin salt ahlaki amaçlara yönelik olmadığı savunulmaktadır. Bu bağlamda daha çok ekonominin canlandırılması için kadınların yerel manifaktür yoluyla üretilen geleneksel giyimlerine dönmelerini sağlamaya yönelik bir çabanın mevcut olduğu ifade edilmektedir.¹³⁷ Fakat kadın giyimine ilişkin başka bazı kuralları bu biçimde yorumlamak mümkün gözükmemektedir. Bunlardan birisi 1791 tarihli fermanıdır. Bu fermanla kadınların ince kumaştan ferace giymeleri yasaklandığı gibi, bu tür feraceler diken terzilerin de çalışma ruhsatlarına el konulacağı ve cezalandırılacağı belirtilmektedir. Diğer bir örnek ise

¹³¹ TUCKER, 2008, s.194-195.

¹³² DULUM, 2006, s.14.

¹³³ TUCKER, 2008, s.196.

¹³⁴ AKYILMAZ, 2000, s.78,80.

¹³⁵ KURNAZ, 1992, s.57.

¹³⁶ FAROQHI, 2005, s.125.

¹³⁷ TUCKER, 2008, s.195-196.

II.Mahmut'un giyime ilişkin Hatt-ı Hümayundur. Bu metinle kadınların açık renk ferace giymeleri yasaklanmış, Kaptan Paşa ve Yeniçeri Ağası konunun takibi ile görevlendirilmiştir. Erkeklerin kıyafetlerini düzenleyen hukuk kuralları da tesis edilmiştir. Ancak bunların kadınlara ilişkin olanlar kadar çok sayıda bulunmadığı görülmektedir.¹³⁸

IV. TANZİMAT DÖNEMİNDE KADININ HUKUKSAL STATÜSÜNÜN DEĞİŞMESİNİN KAYNAĞI OLARAK KADININ KAMUSAL ALANA ÇIKIŞI

Tanzimat Döneminde kadının hukuksal statüsünde değişimin toplumsal kaynakları bakımından, ardı ardına yaşanan Trablusgarp, Balkan ve I. Dünya Savaşları önemli yer tutmaktadır. Uzun süreli savaş dönemi özellikle aile ve arazi hukuku bakımından kadın lehine düzenlemelere ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Savaşa giden erkeklerin ailevi ve iktisadi yaşamda yarattığı boşluk, aile ve arazi hukuku alanında değişimi zorunlu kılmıştır.¹³⁹ Ancak kadının statüsünün değişimi salt konjonktüre bağımlı bulunmamaktadır. Zira bu dönemde kadınlar kamusal alana giderek daha çok dahil olmakta ve bu gelişme, siyasal özneler olarak varlık kazanmalarına zemin hazırlamaktadır. Balkan Savaşlarının ve ardından I. Dünya Savaşı'nın etkisiyle artan sayıda kadın çalışma yaşamına katılmıştır. Bu arada kız çocuklarına yönelik okullar da ilk mezunlarını vermiş, böylece okumuş kadınların sayısında önemli bir artış meydana gelmiştir.¹⁴⁰ Kadınlar eğitim, kadın dergileri ve dernekleri aracılığıyla kamusal alana çıkarak toplumsal yaşama nüfuz etmeye başladıkları gibi, bu çıkış kimi zaman siyasal nitelik de kazanmıştır. Genel itibariyle siyasallaşma düzeyi düşük de olsa kadınların kamusal yaşama katılımları, ileriki dönemde siyasal özneler durumuna gelmelerini olanaklı kılan verimli bir toprak oluşturmuştur.

Kadınların siyasallaşmasının ilkesel zeminini, Tanzimat Dönemi belgelerinde bulmak mümkündür. Liberal düşüncenin etkilerinin görüldüğü Tanzimat Fermanı ile eşitlik süreci kavramsal düzeyde başlamıştır. Zira bu belgedeki kanun önünde eşitlik ilkesi belgenin genel ruhu ve siyasal dayanakları itibariyle esasen gayrimüslimler ile müslimler arasındaki eşitliğe vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla cinsiyetler arası eşitlik belge kapsamında değildir.¹⁴¹ Ancak belirli kesimler için öngörülse de eşitliğin, bir kez ortaya çıktıktan sonra eşitsiz konumda bulunan diğer kesimlerce de talep edilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir.

¹³⁸ AKYILMAZ, 2000, s.78-80.

¹³⁹ AKYILMAZ, 2011, s.192.

¹⁴⁰ BERKTAY, 2004, s.15.

¹⁴¹ AKYILMAZ, 2011, s.185.

Osmanlı Devleti'nin modernleşme süreci, özellikle eşitlik ideali çerçevesinde kamusal alana da sirayet etmiştir.¹⁴² Bu bağlamda bu döneme dek genel itibariyle ev içi mekânla ve iyi anne ve eş rolleriyle sınırlanmış kadınlar, statülerinde değişim talebiyle siyasal hareketlenme içerisine girmişlerdir.¹⁴³ Kadınların siyasallaşmasının ilk aşamasını kadın dergileri ile kendilerini ve ihtiyaçlarını ifade etme sürecine girmeleri oluşturmaktadır. Dergiler kadınların hem kendilerini hem de diğer ülkelerdeki kadınları tanımaları ve farklı yaşam biçimlerinin farkına varmaları bakımından işlevsel bir zemin oluşturmuştur. Bu temel üzerinde yeni kadın kimliğinin oluşması, kadınların dernekleri aracılığıyla siyasal ve toplumsal özneler olarak faaliyetlere girişmelerine zemin hazırlamıştır.¹⁴⁴ Özellikle II. Meşrutiyet Döneminde kadın derneklerinin yayılması, kadın hareketinin ortaya çıkması bakımından anlamlıdır. Bu dönemde özgül bir artış gösteren kadın derneklerinin *Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi* gibi örneklerde toplumsal hayır amacına veya *Cemiyet-i İmdadiye* gibi örneklerinde savaş sonrası sorunlara yönelik dernekler şeklinde örgütlenerek "gözetin ve şefkat gösteren kadın"ı temsil eden geleneksel cinsiyet rollerine uygun faaliyetlere yoğunlaştıkları görülmektedir. Diğer yandan kadınların eğitim ve istihdamı üzerine çalışan, *Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-u Nisvan Cemiyeti* gibi feminist bir örgütlenme niteliği taşıyan dernekler de ortaya çıkmıştır.¹⁴⁵ Osmanlı kadınlarının Birinci Dünya Savaşı'na kadarki yazılarında siyasi haklara yönelik taleplerinin bulunmaması dikkat çekicidir. Kadınların Batı'da bu haklara yönelik mücadelelerine gönderme yaparken, Osmanlı'nın toplumsal ve ekonomik hayatına katkıda bulunmadan bu haklara sahip olmaya hazır olmadıklarına işaret etmişlerdir. Bu bağlamda Osmanlı Müslüman kadınlarının talepleri genel olarak, Osmanlı cinsiyet düzenini yapısal olarak bozmadan, kadına cinsiyet düzeni tarafından biçilen rolün çerçevesinde değişiklikler şeklindedir.¹⁴⁶ İttihat ve Terakki partisinin kadını parti politikası içine almasıyla da kadınlar erkeklerle daha eşit olmak için mücadeleye girmişlerdi. Artık kadınlar seçme ve seçilme hakkından bahsetmeye başlamışlarsa da henüz geniş ölçekte aktif olarak siyaset yapmamışlardır.¹⁴⁷

¹⁴² 19 ve 20.yüzyılda Osmanlı ve Türkiye'de kadının kamusal alan içerisinde ve oluşumunda konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Elif Ekin AKŞİT, "Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye'de Kamusalılık Kavramının Dönüşümü ve Dışladıkları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 64 (2009), Sayı 1, s.5-8, 10-11, 15-16.

¹⁴³ ÇAKIR, 1993, s.22.

¹⁴⁴ ÇAKIR, 1993, s.316.

¹⁴⁵ ALKAN, ÇAKIR, 2012, s.236.

¹⁴⁶ Nicolo A.N.N. Van OS, "Osmanlı Müslümanlarında Feminizm", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce* içinde (Derleyen: Mehmet Ö. ALKAN), C.1, 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s.339.

¹⁴⁷ Belkıs KONAN, "Türk Kadınının Siyasi Hakları Kazanma Süreci", *AÜHFĐ*, Cilt 60 (2011), Sayı 1, s.164.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde kadının statüsü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, döneminin Batılı devletleri gibi, günümüzün İslam devletlerinden de ileri bir konumda bulunduğu görülmektedir. Ancak Osmanlı Devleti hakkındaki incelemelerin esas amacı şüphesiz ki Osmanlı'nın diğer devletlerden üstünlüğünü saptamak değil, günümüzde kadınların konumlarının güçlendirilmesi çerçevesinde kullanılabilecek araçların belirlenmesi ile kadınlar bakımından olumsuz koşulların eleştirel biçimde tespittir.

Osmanlı toplumunda kadınların, erkeklerin mevcut siyasal-toplumsal koşullar içerisinde sahip oldukları düzeyde özgür ve güvenli bir konumda bulduklarını söylemek mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda özellikle kadınların boşanma mekanizmasının işletilmesindeki tali konumuna dikkat çekilmelidir. Kadınlar, erkekler gibi serbestçe boşanma yoluna başvuramamaktadırlar. Kadınların boşanmalarını sağlamaya yönelik kurumlar zaman içerisinde geliştirilmiş olsa da, özellikle boşanma sebeplerinin sınırlılığı ve kadınların harekete geçirebildikleri boşanma yolları sonrasındaki mali haklarının durumu, kadınlar bakımından olumsuz bir tabloya işaret etmektedir. Boşanmanın ötesinde, kadınların toplumsal bakımdan erkek akrabalarının veya eşlerinin koruması altında buldukları görülmektedir. Her ne kadar kadınlar mali anlamda geniş bir özerkliğe sahip olsalar da, kadınların toplumsal alanda akrabalık ilişkilerine tabi biçimde algılandıklarını tespit etmek mümkündür. Bu durumda bir kadının tek başına özerk bir hayat sürmesi mümkün görünmemektedir. Bu anlamda babalarının ve kocalarının kadınların yaşamında bütünüyle olmasa bile belirleyici bir etkileri bulunmaktadır. Bu çerçevede kadınların mali güçleri yüksek de olsa toplumsal sınırlara tabi olmaları, aynı konumdaki erkeklerle aynı iktidara sahip olmalarına engel olmaktadır.

Bu toplumsal sınırlarda, erkek ve kadınlar arasında caiz olmayan ilişkilerin önlenmesi için kadınların sınırlandırılmalarının da önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu tür ilişkiler, erkekler bakımından kadınlarla aynı ölçüde yasak olsa da, bireyselliğini ve toplumsal alanla ilişkisini bu amaçla düzenleme yükümlülüklerine esasen kadınlar tabi kılınmıştır.

Öte yandan Osmanlı'da kadınların, günümüzün liberal eşitlik anlayışının ötesinde hakları bulunmaktadır. Kadınlar her ne kadar kanun önünde eşitlik bakımından olumlu koşullara sahip olamasalar da, maddi eşitlik bakımından sıkı biçimde korunan haklara sahiptirler. Kadınların boşanma sonrasında ve evlilik süresince geçerli olan mali hakları, mahkemeler tarafından da aktif biçimde korunmuştur. Bu çerçevede erkeklerin evlilikte ailenin geçimini sağlama ve boşanma ile birtakım mali yükümlülükleri yerine getirme gibi sorumlulukları, klasik patriyarkal ilkelerle çelişkili bulunmaktadır.

Liberal normlar da erkekleri sorumluluklara tabi kılmadan toplumsal alanda eşitsiz durumda bulunan kadınlara soyut özgürlükler tanıyan, bu şekilde kadınlar ve erkekler arasındaki toplumsal eşitsizliği sürdüren bir algılamaya dayanmaktadır. Ancak Osmanlı uygulamasında yükümlülüklerinin erkeklere, kadınlar üzerinde kontrol imkânı tanıdığı da unutulmamalıdır. Zira erkekler mali yükünü omuzladıkları için evlilik içerisinde otorite haline getirilmişlerdir.

Öte yandan modern hukuk sisteminin tersine kadınların mahkemeleri kendilerine uzak mekânlar olarak algılamadıkları görülmektedir. Padişahın adaletine başvuru da kadınlar bakımından ciddi bir hukuksal seçenek olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda Osmanlı hukuk sistemi ve adalet anlayışının, modern mekanizmalara göre daha işlevsel biçimde kullanılabilirdiğini ve güvenilir bulunduğunu saptamak mümkündür.

KAYNAKÇA

- AGMON, Iris, "Muslim Women in Court According to the Sijill of Late Ottoman Jaffa and Haifa: Some Methodological Notes", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde (Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.126-140.
- AKŞİT, Elif Ekin, "Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye'de Kamusal Kavramının Dönüşümü ve Dışladıkları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 64 (2009), Sayı 1, s.1-21.
- AKYILMAZ, Gül, "Osmanlı Miras Hukukunda Kadının Statüsü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XI (2007), Sayı 1-2, s.471-502.
- AKYILMAZ, Gül, "19. ve 20. Yüzyıl Osmanlı Kanunlaştırma Hareketlerinde Kadının Hukuki Durumuna İlişkin Düzenlemeler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), Sayı 1-2, s.185-227.
- AKYILMAZ, Gül, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, Göksu, Konya 2000.
- ALKAN, Ayten, ÇAKIR, Serpil, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Cinsiyet Rejimi: Süreklilik ve Kırılmalar", *1920'den Günümüze Türkiye'de Toplumsal Yapı ve Değişim* içinde (Derleyen: Faruk ALPKAYA, Bülent DURU), 2. Baskı, Phoenix, Ankara 2012, s.229-271.
- BERKTAY, Fatmagül, *Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, No:7, 2004.
- CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, II. Cilt, Timaş Yayınları, İstanbul 1990.
- CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5.baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013.

- CİN, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2.baskı, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988.
- CİN, Halil, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2.baskı, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988.
- ÇAKIR, Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis Yayınları, İstanbul 1993.
- ÇOLAK, Songül, "Bir İngiliz Hanımefendisi'nin - Lady Montegu- Gözüyle Osmanlı Kadını", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7 (2010), Sayı 13, s.386-403.
- DULUM, Sibel, *Osmanlı Devleti'nde Kadının Statüsü, Eğitimi ve Çalışma Hayatı (1839-1918)*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Osmangazi Üniversitesi, Dan. Yrd. Doç. Dr. Cezmi Karasu, Eskişehir 2006.
- DÜZBAKAR, Ömer, "Osmanlı Toplumunda Çok Eşlilik: 1670-1698 Yılları Arasında Bursa Örneği", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1156/13601.pdf>, Erişim: 10.8.2014
- FAROQHI, Suraiya, "18. Yüzyıl Anadolu Kırsalında Suç, Kadınlar ve Servet", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.8-26.
- FAROQHI, Suraiya, *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam*, 5.Basım, Tarih Vakfı, İstanbul 2005.
- FAY, Mary Ann, "Kadınlar ve Vakıflar: 18. Yüzyıl Mısır'ında Mülkiyet, İktidar ve Toplumsal Cinsiyetin Nüfuz Alanı", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.27-46.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Mimoza Yayınları, Konya 1994.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- GÖÇEK, Fatma Müge, BAER, Marc David, "18. Yüzyıl Galata Kadı Sicillerinde Osmanlı Kadınlarının Toplumsal Sınırları", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.47-62.
- GÜNEŞ YAĞCI, Zübeyde "Osmanlı Taşrasında Kadınlara Yönelik Cinsel Suçlarda Adalet Arama Geleneği", *Kadın / Woman 2000*, Cilt VI (2005), Sayı 2, s.50-81.
- HALEBÎ, İbrahim, *Mevkufat - Mülteka Tercümesi*, sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu, 1.Cilt, Sağlam Kitabevi, İstanbul 1980.
- HALEBÎ, İbrahim, *Mevkufat - Mülteka Tercümesi*, sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu, 2.Cilt, Sağlam Kitabevi, İstanbul 1983.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#2:230>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#2:282>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#24:13>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:128>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:15>

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:3>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#4:34>.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/Kuran.aspx#5:45>

<http://www.ti-entertainment.com/Hbr-25-Islam-Hukuku-1-HAK---Hukuk-i-Aile-Kararnamesi-tr.html>.

JENNINGS, Ronald C., "The Legal Position of Women in Kayseri, a Large Ottoman City, 1590-1630", *Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, The Isis Press, İstanbul 1999, s.115-141.

KAYABAŞ, Ebru, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukukunun Gelişimi-Hukuk-ı Aile Kararnamesi-*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

KONAN, Belkıs, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, (2011), Sayı 29, s.149-172.

KONAN, Belkıs, "Türk Kadınının Siyasi Hakları Kazanma Süreci", *AÜHFD*, Cilt 60 (2011), Sayı 1, s.157-174.

KURNAZ, Şefika, *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923)*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1992.

MAYDAER, Saadet, "Klâsik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyeye Sicillerine Göre)", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 16 (2007), Sayı 1, s.299-320.

OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha, "Şikayet Defterlerine Göre Osmanlı Teb'asının Şikayetleri", *AÜHFD*, Cilt 61 (2012), Sayı 1, s.175-206.

OS, Nicolo A.N.N. Van, "Osmanlı Müslümanlarında Feminizm", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce* içinde (Derleyen: Mehmet Ö. ALKAN), C.1, 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s.335-347.

OSMANAĞAOĞLU, Cihan, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", *İÜHF*, Cilt LXVI (2008), Sayı 1, s.109-178.

SANCAR, Aslı, *Osmanlı Kadını: Efsane ve Gerçek*, Kaynak Yayınları, İstanbul 2009.

- STOWASSER, Barbara Freyer, "Women and Citizenship in the Qur'an", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde (Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.23-38.
- TUCKER, Judith E., *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge University Press, New York 2008.
- ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, "İslam Ceza Hukukunda Kadın", *AÜHFD*, Cilt 56 (2007), Sayı 2, s.83-95.
- ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- YAKUT, Esra, "XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII (2008), Sayı 1-2, s.237-265.
- YILMAZ, Ahmet, "Osmanlı'dan Cumhuriyete: Kadın Kimliğinin Biçimlendirilmesi", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Cilt IX (2010), Sayı 20-21, s.191-212.
- ZARINEBAF-SHAHR, Fariba, "Osmanlı Kadınları ve 18. Yüzyılda Adalet Arama Geleneği", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları* içinde (Derleyen: Madeline C. ZILFI, Çeviren: Necmiye ALPAY), İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000, s.241-250.
- ZARINEBAF-SHAHR, Fariba, "Women, Law, and Imperial Justice in Ottoman Istanbul in the Late Seventeenth Century", *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* içinde (Derleyen: Amira El Azhary SONBOL), Syracuse University Press, New York 1996, s.81-95.

KADIN VE FUHUŞ GERÇEĞİ*

Yağmur Temiz**

GİRİŞ

Bu çalışmada insanlığın çok eski bir “sorunu” olan fuhuş konusu ele alındı. Fuhuş meslek olarak kabul etmenin manevi zorluğu, suç olup olmadığı, tarihsel gelişimi, sebepleri ve mücadele yöntemleriyle ilgili saptamalarda bulunulmaya çalışıldı. Objektif bir değerlendirme yapabilmek adına karşıt görüşlere de yer verildi. Fuhuş sadece bir topluma mal edilemeyecek kadar eski ve evrensel bir sorundur. Bu sorunun çözülebilmesi için; tüm ahlâkî, sosyal ve dinî şartlanmalardan uzak tamamen insan hakları bakımından ele alınması gerekir. Çalışmada fuhuş konusuna “kadın” açısından yaklaşım ve bu sektörde çalışan kadınları rencide etmemek adına zorunlu olmadıkça herhangi bir sıfat kullanılmaktan özellikle kaçınılmıştır.

Fuhuşla ilgili felsefî tartışmalara yer verilmeye çalışılmakla birlikte, çalışan kadınların problemleri, fuhuşa yönelten sebepler ve önleme konusunda yapılabileceklerin tespiti çalışmanın asıl amacını oluşturmaktadır.

I. FUHUŞ MESLEKİ BİR FAALİYET MİDİR?

Günümüzde fuhuş kavramı güncelliğini yitirmiş, bunun yerine daha kapsamlı bir ifade olarak “seks işçiliği” kavramı ön plana çıkmıştır. Fuhuş, seks işçiliği konusunun alt başlıklarından birini oluşturmaktadır.

Seks işçiliği dendiğinde sadece fuhuş yapan kadınlar değil, telefon ve internet aracılığıyla pornografik konuşmalarla para kazanan ya da bu tarz reklamlarda oynayan tüm çalışanlar için yapılmış olan kapsamlı bir tanım karşımıza çıkar. Elbette ki fuhuş yoluyla para kazanan kadınlar için seks

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

işçisi tabiri de kullanılabilir. Ancak bu çalışmanın amacı fuhuş kavramını incelemek olduğundan, anlam karmaşası yaşanmaması için seks işçisi tabiri zorunlu olmadıkça kullanılmayacaktır.

Fahişeliğin, “dünyanın en eski mesleği” olduğu iddiası kaynaklarda yaygın olarak yerini almış bir görüştür. Bu konuda yapılmış araştırma ve çalışmalarda genellikle fahişelik bir meslek olarak kabul edilmektedir. Karşıt bir görüş ise bir meslek değil, kölelik veya kurbanlık bakış açısı ile fuhuşu yorumlamıştır.¹ Türk ceza hukukunun da fuhuşa yaklaşımı bu yönde olmuştur diyebiliriz. Bu durum, Türkiye’de fuhuş sektöründe çalışan kadınlara tutumun kader kurbanı şeklinde olmasıyla alakalıdır.

Kadın erkek her iki cinsiyetten de fuhuş yapan bireylerin varlığı aşikar olmakla birlikte, bu sektörde çalışanların büyük bölümünü her dönem kadınlar oluşturmuştur. Bu kadınlarla ilişki içerisinde bulunan erkekler olunca, fuhuşla alakalı çalışmalar beraberinde toplumsal cinsiyet tartışmalarını da getirmiştir.²

Bu çalışmada fuhuş kavramı içinde kadınların yeri tartışılmak istendiğinden, kadınlarla ilgili çalışmalardan faydalanılacaktır ve kadın açısından fuhuş ele alınacaktır.

Fuhuşun kadına yönelik bir şiddet olduğu iddiasıyla, yasaklanmasını isteyen kadın hakları savunucuları ve ahlâkî gerekçelerle aynı sonucu isteyen politikacılardan rahatsız olan fuhuş çalışanları olması şaşırılacak bir durum değildir. Fuhuşun yasaklanmasını isteyen iki grubun bu konudaki gerekçeleri oldukça farklıdır. Ahlâka sığınan politikacılar, fuhuşun erkek egemenliğine zarar vereceği endişesiyle belli sınırlar içinde kalmasını arzulamaktadırlar. Bedeni üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanmamış kadın fikri, bu politikacıları endişelendirmiştir. Kadın hakları savunucularının gerekçeleri ise erkek egemenliğine bir karşı duruş olarak değerlendirilebilir. Bu farklı görüşler, fuhuş yapan kadına yönelik algıyla da yakından ilgilidir. İlk grup fuhuş yapan kadını, suçlayan bir yaklaşımı ön plana çıkarır. İkinci grup ise kadını mağdur olarak görmekte, kadının istemediği kişiyle cinsel ilişkide bulunması, şiddete uğraması gibi gerekçelerle özgür irade sonucu fuhuşun tercih edilebilecek bir iş olmadığını savunmaktadır. İki farklı yaklaşımın da gerekçelerinden bağımsız olarak, uygulanacak kısıtlamalar sakıncalıdır. Eşitlikçi, özgürlükçü bir toplum oluşmadan kadının konumu güçlendirilmeden

¹ Konuyla ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz., Esin KÜNTAY / Muhtar ÇOKAR, “Ticari Seks Medya Dosyası”, Cetad, http://www.ikgv.org/sws_dosyalar/CETAD_resimli.pdf, s. 8, (E.T. 16.07.2014)

² Türkan Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayınları., Ankara, 2013, s. 142.

yapılacak yasaklamalar, onların seçeneklerini sınırlayarak daha ağır şiddet ve sömürüye maruz kalmalarından başka bir sonucu sağlamayacaktır.³

Feministlerin, fuhşa yaklaşımları ise cinsiyetler arası eşitsizlik şeklindedir. Geçmişten itibaren kadının sömürülmesi olarak fuhşu yorumlamış ve her daim fuhşa sert bir dille karşı çıkmışlardır. Hukuk düzeninin, kadının vücudu ve kişisel özgürlüklerini düzenlemesi gerektiği kanaatinde dirler.⁴

Meslek olarak kabul edilse de pek çok devletin ceza kanununda, fuhşla mücadele amacıyla yapılan düzenlemelere rastlanmaktadır. Fuhşu bir meslek olarak kabul etmenin zorluğu, insan onuruna ve vücuduna yüklenen anlamdan kaynaklanmaktadır. Oysa insan bedeniyle para kazandıran tek müessese fuhuş değildir. Bedeniyle para kazanan bir işçinin mesleğini devrimlere konu olan yüce bir meslek olarak kabul etmek mümkün iken, fuhuş için bir meslek tabiri kullanmak yerinde midir? Fuhşu, bedenî bir çalışma olarak kabul edememenin temelinde de insan onuru ile bağdaşmıyor olması düşünülebilir.

Fuhşun meslek olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam ederken; bu sektörde çalışanların maruz kaldığı şiddet ve diğer yasal düzenlemelerin eksiklikleri sonucu ortaya çıkan problemlerin çözümü için bazı adımlar atılmaya çalışılmıştır. Bu konuda yayınlanan “Seks İşçileri Evrensel Bildirisi”, bu sektörde çalışanların artık normal bir meslek standardına kavuşması gerektiğini dile getirmiştir.

“Yasalarda; bireysel karar sonucu olan tüm fuhuş türleri suç olmaktan çıkarılmalıdır /fuhuş suç olmaktan çıkarılıp meslek standartlarına göre düzenlenmelidir/var olan pek çok meslek kollarının, seks işçilerini sömürdüğü unutulmamalı ve bu önlenmelidir/ dolandırıcılık, baskı, şiddet, sübyancılık, çocuk işçi çalıştırma, tecavüz ve ırkçılığa karşı fuhuşla ilgili olsun olmasın, her yerde ve milli sınırlar ötesinde ceza yasaları düzenlenmelidir / seks işçilerinin örgütlenme, ülke içinde ve uluslararası seyahat özgürlüğünü engelleyen ve/ya engelleyecek şekilde yorumlanabilecek yasalar kaldırılmalıdır/seks işçilerinin özel hayatları olduğu ve ihlal edilemeyeceği ile ilgili düzenlemeler getirilmelidir.”⁵

³ *Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu*, Seks İşçileri ve Yasalar, Türkiye’de Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler, Seks İşçilerinin ve Transgender Bireylerin İnsan Haklarının Desteklenmesi Projesi; Yayına Hazırlayanlar: ÇOKAR Muhtar,/ YILMAZ KAYAR Habibe, Çalışma Grubu Üyeleri: Eylem Çağdaş Babaoğlu, Asuman Cengiz, Muhtar Çokar, Demet Demir, Oktay Durmaz, Berna Eren, Habibe Yılmaz Kayar, Şevval Kılıç, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2011, s. 25.

⁴ Adnan GÜRİZ, *Feminizm Postmodernizm ve Hukuk*, Phoenix Yay., B. 2, Ankara, 2011, s. 148.

⁵ Detaylı bilgi için bkz., <http://www.kadinkapisi.org/kaynak/bildiri.PDF>. (E.T. 16.07.2014)

Belki de artık fuhşu yasaklayarak ya da görmezden gelerek, çalışanlar açısından problemi daha da zorlaştırmaktan başka bir sonuca ulaşamadığımızı kabullenmemiz gerekiyor. Fuhuş, gerek Türkiye’de gerek dünyada önemli bir sorundur. İnsan hakları anlamında da kabullenilmesi zor bir kavram olmakla beraber, çözüm için sorunu gerçek anlamda tespit etmek ve yasalarla bu sorunun çözülemeyeceği bir gerçektir. Fuhşu suç olarak düzenlemek, meslek olarak kabul etmek veya etmemek aslında bir yerde önemini yitiriyor. Bu sektörde çalışanlara karşı insan hakları ihlallerini artırmaktan başka bir işe de yaramıyor.

Bu sektörde yer alanların da isteklerine kulak verilmeli, geleneksel bakış açısı değiştirilmelidir. Kurban yaklaşımıyla onları ötekileştirmek, dışlamak ya da onlar için üzülme aslında onları görmezden gelmenin başka bir şeklidir. Bu nedenlerle de sektör çalışanları son dönemde hukukî olarak gerçek anlamda tanınmak için birleşmekte ve görmezden geldiğimiz bu sektörün sorunlarına çözüm istemektedirler. Dinî, sosyal ve kültürel bakış açılarıyla yapılan yargılamalardan sıyrılarak, gerçek sorunlarına yönelik hukuki çözümler beklemektedirler.⁶

Günümüzde fuhuş sektöründe çalışanların da bilinçlendiklerini, hukukî platformlarda haklarını savunmak için örgütlendiklerini biliyoruz. Dünyada bu konuda verilen mücadeleye, Türkiye’de de sektörün çalışanları tarafından destek verilmiştir. Kendileri için dernek kurmuş, bildiriler yayınlamışlar ve hatta zaman zaman sokaklara dökülüp eylem yapmaktan kaçınmamışlardır.⁷

Bu düşünceler ışığında her ne kadar fuhşa meslek misyonu yüklemeyi reddetmeye çalışsak da çoğu devletin ekonomisinde göz ardı edilemez bir rolü olduğu, bilinen bir gerçektir.

II. TÜRKİYE’DE VE DÜNYA’DA FUHŞUN TARİHÇESİ

Fuhuş ile ilgili suç mu, meslek mi tartışmaları uzun yıllardır sürerken inkar edilemeyecek bir fuhuş sektörü olduğuna da değinmek gerekir. Bu sektörün gerek Türkiye’de gerekse dünyada ciddi bir ticaret hacmi oluşmuştur. Özellikle Almanya, Amerika gibi gelişmiş devletlerin ekonomilerinde önemli bir payı olmuştur.

Kadının fuhuşla tanışması, fuhuş yapan kadının nitelendirilmesinde belli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu durum, ataerkil sistemi tehdit

⁶ Kemal ÖRDEK, “Seks İşçiliği: Mitler ve Gerçekler”, http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/ebulten/ebultenagustosekim2013/pdf/seksisciligimitlgercekler_kitapcik.pdf, (E.T. 20.03.2014), s. 9.

⁷ “Kırmızı Şemsiye Cinsel Sağlık ve İnsan Hakları Derneği” adıyla tüm seks işçilerini kapsayan bir dernek kurulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.sendika.org/2014/03/kirmizisemsiye-seks-isciligi-meslek-olarak-taninsin-ergur-altan/>, (E.T. 17.03.2014)

eden sosyal bir isyan mıydı? Yoksa bu kadınlar, farkında olmadan erkek egemenliğine destek veren kimseler miydi? Babanın ve kocanın tekelinde tutmaya çalıştığı cinselliği, istediği kişiyle yaşayabilen kadın bu düzen için bir tehlike miydi? Bu sorular, fuhşun tarihi süreçleri incelenirken cevaplanmaya çalışılmışsa da bugün de güncel kalmış sorulardır.⁸

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de fuhuş, suç olarak düzenlenen ve düzenlenmeyen devletler için önemli bir gelir kaynağıdır. Bu durumun ilk örneklerinin büyük uygarlıklarda dinî hayatın bir parçası olarak tapınak fahişeliği şeklinde başlamış olduğu tahmin edilmektedir. Sümer döneminde ya da Babil’de fuhuş yapan kadınlar için bu utanılacak bir iş değildir. Hammurabi döneminde tapınaklarda rahipler, rahibeler, hizmetkarlar ve tapınanla ilah arasında bir aracı olarak görülen ‘kutsal fahişeler’⁹ bulunmaktaydı. Kutsal fahişelerin kazançları tapınak gelirleri içerisinde önemli bir yere sahipti.¹⁰

Kutsal tapınak fahişeliği Eski Yunan’da da varlığını korumaya devam etmiş ancak zamanla denizcilik ve ticaret konusunda önemli bir kent olan Atina’da tam anlamıyla ticari bir kimliğe bürünmüştür. Ortaçağ Avrupası’nda fuhuş dinî açıdan olumlu karşılanmamakla beraber, toplum açısından ihtiyaç olarak görülmüş ve evli kadınların namusunu koruduğu gerekçesiyle varlığını devam ettirmiştir.¹¹

Hristiyanlıkta fuhuş yapan kadına bakış açısı reformdan önceki dönemde daha ılımlı olmuştur. Bu durumun önemli nedenlerinden biri olarak Hristiyanlığı kabul eden ilk kadınlardan *Maria Magdalena*’nın fuhuş yapan bir kadın olmasıdır. Cinselliğe yaklaşım Hristiyanlıkta zamanla değişmiş özellikle *Aziz Augustine* ve *Aziz Thomas* tarafından bütün kötülüklerin ve günahların sebebi olarak görülmüştür. Sonraları bu düşünce Kilise’nin resmî düşüncesine dönüşmüştür ve cinsellik günah, evlilik dışı cinsellik ise günahların en büyüklerinden olarak görülmüştür.¹²

Napolyon döneminde ilk kez (1800’lerin başı) genelevlere ruhsat verilerek devlet güvencesi ve gözetiminde meşruluk kazanan fuhuş, tüm Kıta Avrupası’na yayılmıştır. Milletler Cemiyeti’nin (Cemiyet-i Akvam) zamanla uluslararası bir soruna dönüşen “beyaz köle ticareti” nin önlenmesi amacıyla

⁸ Kathryn NORBERG, “Fahişeler”, *Kadınlara Tarihi, C. III, Rönesans ve Aydınlanma Çağı Paradoksları* içinde (Çev. Ahmet FETHİ), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., B. 1, İstanbul, 2005, s. 433, 434.

⁹ Fahişelik sıfatı çalışma içerisinde özellikle kullanılmamaya çalışılmıştır. Ancak tarihi süreç incelenirken o dönemin kalıplaşmış bir kavramı olduğu için “kutsal fahişe” deyimine yer verilmiştir.

¹⁰ KÜNTAY / ÇOKAR, s. 8.

¹¹ KÜNTAY / ÇOKAR, s. 9.

¹² KÜNTAY / ÇOKAR, s. 10.

genelevlerin devlet tarafından meşru sayılması ve ruhsatlandırılmasının sonlandırılmasına yönelik girişimi, feministler tarafından da desteklenmiş, böylece Avrupa devletleri başta olmak üzere diğer pek çok devlet de genelevlerde yapılan fuhuş sonlanmaya başlamıştır. Bu gelişmelerden sonra genel olarak devletler fuhuş cezalandırmamakla birlikte genelevlerde kadınların çalışmasını yasakladılar, genelev işletmek ve fuhuşa zorlamak suç olarak düzenlemelerde yerini aldı.¹³

Halkın büyük bir bölümü Müslüman olan Osmanlı'da, fuhuşa sıcak bakılmamış, buna karşın fuhuş yapan kadınlara ağır cezalar verilmemiştir. 1845 yılında İstanbul'da *Ahlâk Zabıtası* kurulduğunda yasa dışı olarak yapılan fuhuş da oldukça yaygındı. Fuhuş yapılan yasa dışı mekânlarda genellikle Müslüman olmayan kadınlar çalışıyordu. İstanbul'da 19. yüzyılın sonlarında Avrupa'da mevcut olan “devlet tarafından genelevlerin ruhsatlandırılması” sistemi benimsenmiştir. Osmanlı'da yine bu dönemde frengi ile mücadele bir ihtiyaç olmuş ve bu sebeple 1915'de *Emraz-i Zühreviyenin Men-i Sirayeti Nizamnamesi* yayımlanmış ve bir kurul oluşturulmuştur. I. Dünya Savaşı döneminde Osmanlı'da Müslüman halkın da yoksullaşması ile beraber Müslüman kadınlar da fuhuş yapmaya başlamışlardır.¹⁴

Cumhuriyet'in kurulmasının ardından, “umumhanelerde” çalışan “vesikalı” kadınlar tarafından fuhuşa devam edilmiştir. Bu konudaki ilk düzenleme 1930 yılında yayımlanan “Fuhuşla Mücadele Hakkında Tamim” dir. Bu düzenlemenin ardından Umumi Hıfzısıhha Kanunu esas alınarak “Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Nizamnamesi” yürürlüğe girmiştir. 1961 yılında yürürlüğe giren ve 1973 yılında değişiklik yapılan “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü” 1933 yılında yayımlanmış Nizamnameyi kaldırmıştır ve günümüzde de fuhuş sektörünü düzenleyen mevzuattır.¹⁵

Bu tüzükte yer alan bazı tanımlar dikkat çekicidir. “*Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (genel kadın) denilir.*” Tüzükte fuhuş sektöründe çalışan kadınların, devlet tarafından da tanınması için bir tanımlama yapılmıştır.

Yaptığı iş ne olursa olsun kadını “genel kadın” şeklinde bir tanımlamaya maruz bırakmak, devletin tercih etmemesi gereken bir değerlendirmedir. Bu durum Anayasa tarafından güvence altına alınan eşitlik

¹³ KÜNTAY / ÇOKAR, s. 10.

¹⁴ KÜNTAY / ÇOKAR, s. 11.

¹⁵ KÜNTAY / ÇOKAR, s. 11.

ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Fuhuşla mücadelenin önemli bir parçasını oluşturabilecek, sosyal etiketlememe fikriyle de örtüşmemektedir. Devlet bu kadınları daha en başta ötekileştirmiştir.

Bu tüzük şu anda fuhuş düzenlemek amacıyla yürürlükte bulunan temel mevzuattır. Bu düzenleme genel olarak fuhuş yapan kadınların, yaptıkları iş sebebiyle maruz kalabilecekleri hastalıklarla mücadele amacıyla yapılmıştır. Tüzük bu kadınların belli zaman dilimlerinde doktor kontrolünden geçirilmelerini düzenlemiş, toplumsal sağlığı korumayı amaçlamıştır.

Bu tüzük fuhuşa tamamen sağlık açısından yaklaşmış, bu kadınların sosyal ve ekonomik haklarına veya çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelere yer vermemiştir. Göz ardı edilemeyecek kadar önemli bir ticari hacme sahip fuhuş sektöründe çalışan kadınların, sosyal ve ekonomik haklarından yoksun olmaları veya bu hakların devlet tarafından koruma altına alınmamış olması fuhuş yaparak geçimini sağlayan kadınların geçmişten bugüne dek en önemli sorunları olmuştur.

Bu tüzüğe yöneltilebilecek bir başka eleştiri de fuhuş yapan kadınların sadece fiziksel sağlık sorunlarıyla ilgili düzenlemelere yer vermiş ancak ruhsal sorunlarına ilişkin bir ruhsal sağlık kontrolü zorunluluğu getirilmemiş olmasıdır. Bu işi yapan kadınların çalışma şartları, kendilerini toplumdaki dışlanmış ve değersiz hissetme gibi maruz kalabilecekleri pek çok psikolojik rahatsızlıkla ilgili, herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Türkiye’de fuhuş sektörüyle ilgili olarak Ankara Ticaret Odası tarafından yapılmış önemli bir çalışma, Türkiye’nin fuhuş ticaretinde geline son noktayı gözler önüne sermektedir. Çalışma sonucu oluşturulan ‘Hayatsız Kadınlar Dosyası’ adıyla yayınlanan rapora göre; 2004 yılında Türkiye’de vesikalı ya da gizli çalışan “hayat kadınları”nın sayısı 100 bin civarında ve fuhuş sektöründe bir yılda dönen para ise asgari olarak 3- 4 milyar dolar civarındadır.¹⁶

Türkiye’de bir dönem *Matild Manukyan* adlı genelev patroniçesinin malvarlığı ve vergi rekortmenliği oldukça konuşulmuştu. Manukyan, Turgut Özal döneminin vergi rekortmeniydi. 1987 yılında 14. sıradaydı, 1989 yılında 566.000 dolarla zirveye ulaştı, beş yıl boyunca vergi rekortmeni unvanını korudu. Patroniçenin hayırsever oluşu, ciddi bağışlarda bulunması ve bazı siyasetler tarafından sert eleştirilmesi yine bu dönemde gündeme gelmiştir.¹⁷

¹⁶ Ankara Ticaret Odası, “Hayatsız Kadınlar Dosyası”, <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=201&l=1>, (E.T. 20.03.2014) .

¹⁷ Merve EROL, Röportaj, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=cts&haberno=6478, 19.03.2014.

III. FUHUŞUN CEZAİ VE HUKUKİ BOYUTU

Suç, ancak bir devletin yasalarında düzenlenmiş ise ortaya çıkabilecek bir sonuçtur. Toplum tarafından yadırganan her davranış ya da sapma olarak değerlendirilebilecek her eylem elbette ki suç olmayacaktır. Fuhuş özel bir eylem olması nedeniyle, tüm devletlerde aynı şekilde düzenlenmemiştir. Devletlerin sosyal ve kültürel yapılarına göre, kanunlarında, fuhuşla ilgili farklı hukuk politikaları ortaya çıkmıştır.

Genel olarak devletlerin yasal düzenlemelerine bakıldığında, fuhuşun suç olup olmamasının devletten devlete değiştiği gözlemlenmektedir. Bazı devletler yasaklayıcı düzenlemelerle sokakta ve kapalı yerlerde sürdürülen fuhuşu yasaklamıştır. Körfez devletleri ve ABD'nin pek çok eyaletinde seks işçiliği yapmak yasaktır. İsveç ise 1998 yılında müşterileri de kapsayan bir ceza yasasını onaylamıştır. Bu devletler fuhuşa kuralcı bir bakış açısıyla yaklaşmış ve fuhuşun insan onuru ve namus gibi değerlerle bağdaşmayacağı gerekçesiyle erdemli olmak adına mevzuatlarında fuhuşu suç olarak düzenlemişlerdir. Bu devletler yasal düzenlemelerine karşın fuhuş ortadan kaldıramamışlardır.¹⁸

Devletlerin bir kısmı da önleyici mevzuatla fuhuşu düzenlemişlerdir. Bu sistemde fuhuş yapanlar değil, onları olumsuz etkileyen fiiller cezalandırılır. Bu bağlamda fuhuş için yer temin etmek, aracılık yapmak, seks işçisinin kazancına ortak olmak şeklindeki fiiller ya da fuhuş için pazarlık etmek, reklam yapmak, kamusal alanda fuhuş amacıyla iletişimde bulunmak şeklinde benzeri eylemler de suç kapsamında düzenlenebilmektedir. Klasik biçimiyle önleyici mevzuat Batı Avrupa, Hindistan, Güney Doğu Asya, Kanada ve Latin Amerika devletlerinin pek çoğunda yürürlüktedir. Bu modeli biraz daha farklılaştırıp uygulayan Belçika, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa ve İtalya gibi devletler de bu grupta değerlendirilir.¹⁹

Türkiye ve Yunanistan gibi devletlerde fuhuş, düzenleyici mevzuat modeliyle ele alınmıştır. Genel olarak fuhuş yapan kadınların düzenli sağlık kontrollerine tabi tutularak ruhsatlandırılan kapalı mekanlarda çalıştırılması şeklinde bazı şartlar getirerek, fuhuşla ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır. Yeni Zelanda ve Avustralya'nın New South Wales Eyaletinde ise fuhuşu tüm unsurlarıyla suç olmaktan çıkarmış, yasal hale getirmiş mevzuat modelleri de mevcuttur.²⁰

Fuhuşla ilgili Türkiye'deki düzenlemelere baktığımızda, fuhuş ile doğrudan alakalı iki madde ön plana çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda

¹⁸ *Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu*, 2011, s. 107.

¹⁹ *Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu*, 2011, s. 107, 108.

²⁰ *Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu*, 2011, s. 108.

‘Genel Ahlâka Karşı Suçlar’ başlığı altında, TCK’nın 227. maddesinde fuhuşla ilgili düzenleme yapılmıştır.

***Madde 227 - (1)** Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.*

(2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

(3) (Mülga fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.45.md)

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlât edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.

Maddede fuhuş yapan kadın ve kadınla maddi menfaat karşılığında cinsel ilişki kuran erkek açısından bir ceza öngörülmemiştir. Hukuk sistemimizde fuhuş bir suç olmamakla birlikte, fuhşa ortam ve imkan sağlayan pek çok durum suç olarak kabul edilmiştir.

“Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü” fuhşun nerelerde ve ne şekilde yapılabileceğini düzenlemiştir. Tüzükte fuhuş yapılabilecek yerlerle ilgili bazı tanımlar yapılmıştır. Tüzük fuhuş yapılabilecek yerleri aşağıdaki şekilde tanımlamış ve yasal dayanağa kavuşturmuştur.

'Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerlere (genelev) ismi verilir.'

'Fuhuş maksadiyle muhtelif kimselere kısa müddetler için açık bulundurulmuş kapalı yerlere (birleşme yerleri) denilir.'

'Fuhuşu tek başına yapan kadınların ikametgâh edinip içinde fuhuş yapmayı itiyat ettikleri yerlere (tek başına fuhuş yapılan ev) denir.'

TCK fuhuş için bir tanım yapmamış olmakla birlikte Yargıtay bir kararında; *"Bir kadının menfaat karşılığı veya itiyadı surette vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu suretle birçok erkeklerle cinsi ilişkide bulunması sanatı"* şeklinde bir tanım yapmıştır.²¹ Kadına atfedilmiş genel bir tanım yapılmakla birlikte, seks işçiliği başlığı altında daha kapsamlı bir tanımla erkekler için de böyle bir mesleğin kabulü günümüzde mümkündür.

TCK'da dikkat çeken bir başka ifade "fuhşa sürüklenen kişi" ibaresidir. Bu ifadeden ulaşılabilecek başka bir sonuç; fuhuş kişinin tercih edebileceği bir yol değil ancak sürüklenebileceği olumsuz bir durumdur. Peki gerçekten bir kadın bu mesleği yaşadığı tüm şartlardan bağımsız sadece özgür iradesi ile seçmiş olamaz mı? Genel olarak Türkiye'de buna inanılmak istenmese de örnekleri olmadığı söylemek kolay değildir.

Maddenin düzenlendiği başlığa dikkat ettiğimizde soyut bir kavram olarak ahlâk karşımıza çıkmaktadır. Ahlâk dediğimiz genel kavram, ahlâk kurallarından oluşan bir bütünden ibarettir. Peki hukuk alanında da sıkça karşımıza çıkan ahlâkın konusu nedir? *Aristoteles* ahlâkın konusunu, *'insanın iradesiyle icra ettiği davranışlarıyla ulaşmak istediği nihai son olan en yüksek iyi'* olarak tanımlamıştır.²² İslam hukukunda ise ahlâk; iyiyi arayıp bulmak ve kötülüklerden uzak durmak şeklinde yorumlanır.²³ Hristiyan ahlâk anlayışı ise insan doğduğu anda ahlâkla donatılmıştır, yaşam içinde doğru ya da yanlış ise kendisi seçer, şeklindedir.²⁴ Ahlâk, yine soyut bir kavram olan iyi ile açıklanıyor. İnsanlar en iyiye ancak akıl ürünü olan davranışlarıyla ulaşabileceklerdir. Fuhuş ile ahlâkın uyuşmadığı fikrinin ispatı güçtür.

²¹ Yargıtay 5. C.D., E. 1976/1002, K. 1976/979, T. 30/3/1976, Kararı kapsamlı ele alan bir çalışma için bkz., Cengiz OTACI, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 357.

²² Aristoteles'in ahlak anlayışının kapsamlı olarak ele alındığı makale için bkz., Mahmut KAYA, "Aristoteles'in Ahlak ve Siyaset Felsefesinin İslâm Dünyasına Yansıması", <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iufad/article/viewFile/1023017732/1023016974>, (E.T. 16.07.2014) s. 207.

²³ Hayrani ALTINTAŞ, *İslam Ahlakı*, Akçağ Yayınları, Ankara, 1999, s. 14.

²⁴ Turgay ÜÇAL / Malcolm DEREK, *Hristiyan Ahlakı*, Ön Asya Yayınları, İstanbul, 2000, s. 34.

Kanunda fuhşun düzenlendiği bölümün başlığı göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun fuhşun, ahlâk kurallarıyla bağdaşmadığı fikrinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Acaba fuhuş, ahlâk kurallarıyla mı yoksa insan onuruyla mı bağdaşmıyor bu konu tartışmaya açıktır.

TCK'da fuhuşla ilgili başka bir düzenleme de 80. maddede yapılmıştır. "İnsan Kaçakçılığı" başlığı altında düzenlenen maddede, insan kaçakçılığının tanımı yapılırken fuhuş kavramı da kullanılmıştır. Bu nedenle Türk hukukunda fuhuş ve insan kaçakçılığı konuları genel olarak birlikte değerlendirilen ve özdeşleşmiş kavramlardır. Maddenin 2. fıkrasında yapılan düzenlemeyle kişinin rızasının alınmasının dahi bu suça engel teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

***Madde 80 -(1)** (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 3.md) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.*

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan filler var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

Türk hukuk sisteminde, fuhuşla ilgili ceza normlarını incelediğimizde, fuhuş yapan kimse bakımından fuhşun bir suç teşkil etmediği görülür. İncelediğimiz maddeler genel olarak değerlendirildiğinde; fuhşa aracılık etme, yer temin etme, kazancına ortak olma veya ülkeye bu amaçlı insan sokma suç olarak düzenlenmişken; fuhuş yapan kadın ve bu kadınlardan hizmet alan erkek bakımından fuhuş suç olarak düzenlenmemiştir. Bu, kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir.

Fuhşun TCK'da bir suç olarak tanımlanmadığı gayet açıktır. Mevcut TCK fuhuşla mücadele etmeyi tercih etmiştir. Fuhuş yapan kadını, bir nevi

mağdur olarak değerlendirmiştir. Bu kadınlarla ilgili mağduriyeti artırıcı herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Mağdur bakış açısına her ne kadar katılmak güç olsa da 765 Sayılı TCK' daki düzenlemeye oranla daha iyi olduğunu söyleyebiliriz. ETCK döneminde fuhuş yapan kadın için eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan, tartışmalı bir madde bulunmaktaydı.

ETCK'nın 438. maddesi şöyle bir düzenleme öngörüyordu:

“Irza geçmek ve kaçırarak fiilleri fuhuşa kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.”

Bu madde, bir hukuk devletinin ceza normu olamayacak kadar, sığ bir düzenlemedir. Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine açıkça aykırı olmakla birlikte, tüm evrensel hukuk kurallarını hiçe sayan bir yaklaşımdır. Bir ceza normunun uygulanmasında, mağdurun kişisel tercihleri dikkate alınarak ceza indirimine gidilmesi, özgürlükçü ceza hukukunda rastlanamayacak bir düzenlemedir.²⁵

İtalyan Ceza Kanunu'nun bu madde için gerekçesi ise şöyledir:

"Fahişe sürdürdüğü kötü hayata rağmen, vücudunda dilediği gibi tasarruf etmek hürriyetinden vazgeçmemiştir ve zor kullananları cezalandıran yasanın koruması herkes içindir. Fakat öte yandan, fahişenin haysiyeti, maruz kaldığı zorla kaçırma veya cinsel ilişki dolayısıyla, namuslu bir kadının bütün hayatı süresince karşı bulunacağı kadar ihlâl edilmiş olmaz. Ayrıca fuhuşa meslek edinenin gösterdiği direnç, suç işleyen kişi tarafından haklı olarak ciddi sanılmayabilir."²⁶

Bu gerekçe maalesef, bu maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun reddinin de temel dayanağı olmuştur. Fuhuş konusu ele alınırken, muhakkak değinilmesi gereken tarihi bir Anayasa Mahkemesi kararı mevcuttur.²⁷ Kararın tüm ayrıntılarına değinmemekle birlikte, en üst yargı makamının yaklaşık 25 yıl öncesine ait yaklaşımını görmek adına bir bölümüne yer vermeyi uygun görüyoruz.²⁸

²⁵ Özgürlükçü ceza hukuku ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Türkan Yalçın SANCAR / Timuçin KÖPRÜLÜ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7, 8.

²⁶ “Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf, (E.T. 18.07.2014), s. 5-6.

²⁷ AYM, 12.1.1989, E. 1988/4, K. 1989/3; R.G. 10.01.1990-20398.

²⁸ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., Türkan Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayınları, 2013, s. 142-156.

'Irza geçmek ve kaçırarak suçlarının fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhuşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhuşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırarak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhuşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasa koyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırımı yer vermiştir.'

Anayasa Mahkemesi bu gerekçe ile iffetli-iffetsiz kadın ayırımı yaparak, eşitlik ilkesini en başta kendisi görmezden gelmiştir. Yargının en üst makâmı tarafından yapılan bu değerlendirmeler, maalesef ilk önce insan olduğu için kadının sahip olması gereken haklarının ihlalinin, meşrulaştıran bir yorumdur. Gerekçenin karşı oy bölümlerinde, bu ayırımın neden yapılmaması gerektiği gayet açık ifadelerle izah edilmiştir.

Bu bölümde yer verdiğimiz kanuni düzenlemeler ışığında Türkiye'de fuhşun bir suç olmadığını söyleyebiliriz. Suç olmamasına karşın, mevcut durumda, fuhuşla ilgili yetersiz düzenlemeler, bu sektörde çalışan kadınlar için daha büyük sorunlara sebep olmaktadır. Çalıştıkları ortamlarla ilgili sağlıksız şartlar, sosyal ve ekonomik hakların düzenlenmeyişi ve her ne kadar bir tüzükle sağlık koşulları düzenleme altına alınmış olsa da bu konuda da yeterli şartların oluşturulamayışi gözden kaçırılmamalıdır.²⁹

Fuhşun tüm unsurlarıyla bir suç olarak kabulü gereğini savunan görüşlere³⁰ rağmen bunun sorunun çözümüne bir faydası olmayacağı ortadadır. Fuhşun yasaklı olduğu devletlerde bile önüne geçilemediği gerçeğini yadsıyamayız. Fuhuşla ilgili ceza kanunlarında yapılan düzenlemeler, bir devlet politikası haline dönüştürülmediğinde, ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi beklenemez.

²⁹ Fuhuş sektöründeki kadınlarla yapılan röportajlardan oluşan bir çalışma için bkz., Fügen YILDIRIM, *Fahişeliğin Öbür Yüzü (On Beş Kadının Tanıklığı)*, Metis Yayınları, B. 2, İstanbul, 2004.

³⁰ Hasan DURSUN, "Fuhuşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış", *TBB Dergisi*, S. 93, Mart-Nisan, 2011, s. 437.

IV. KADINLARI FUHŞA YÖNELTEN SEBEPLER

Bu konuyla ilgili Amerika’da yapılan bir araştırmada, fuhşa yönelten bazı sebepler saptanmaya çalışılmıştır. Bu araştırma, faktörlerin başında “psikolojik” rahatsızlıkların geldiğini ortaya koymaktadır. Mesela kadının kendini topluma ait hissetmemesi (alyenasyon), kendini değersiz hissetmesi ve bunun yanında yaşanan bazı sarsıcı olaylar -örneğin tecavüz gibi- kadınları fuhşa yönelten psikolojik etmenler olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca bazı alt kültür grupları arasındaki etkileşim, ekonomik sebepler ve madde bağımlılığı yine fuhşa teşvik eden sebepler olarak kabul edilmiştir.³¹

Bu konuda yapılmış başka bir çalışmada, fuhşun nedenleri sıralamasında en başta “ekonomik” sebepler yer almaktadır. Yine özellikle fuhuştan para kazananlar içerisinde yer alan genç grubun, fuhşu tercih etmesinde bu işten kazandıkları parayı başka bir işten kazanamamaları, çalışma saatlerinin esnekliği ve yakınlarına zaman ayırmak gibi sebepler dikkat çekmektedir.³² Genel olarak fuhuş nedenlerini inceleyen pek çok çalışma, ekonomik sebeplerin fuhşa başlama konusunda oldukça önemli bir etmen olduğunu ortaya koymaktadır. Başka bir iş bulma zorluğu, aileye destek olma amacı veya madde bağımlılığı için para bulma ihtiyacı gibi sebepler, ekonomik sebeplere örnek gösterilebilir.³³

Bazı devletlerde fuhuş devlet tarafından koruma altına alınmışken, bazı devletler ise tamamen yasaklamıştır. Örneğin; Amerika’nın büyük bir bölümünde fuhuş yasaklandığı halde, buralarda hiç fuhuş yapılmadığını söylemek mümkün değildir. İstatistiklere baktığımızda fuhuşla ilgili suç oranının düşük olmadığını görebiliriz. Hatta fuhuş yapanların yüzde seksen gibi bir oranının da tutuklanmadığı belirtiliyor. Son olarak Amerika’da şu an iki milyon kadının fuhuş sektöründe çalıştığı tahmin ediliyor.³⁴

Bu işi kendine meslek edinen, 25 yaşında, üniversite öğrencisi genç bir kadının, bu mesleği neden yaptığını ilgili soruya verdiği cevap belki de artık fuhşa bakış açımızı değiştirmemiz gerektiğinin bir işaretidir: “*Çünkü kendime en fazla zaman ayıracağım iş bu. Mesela bu yaz iki buçuk ay tatil*

³¹ Konuyla ilgili kapsamlı bilgi için bkz., Jennifer E. COBBİNA, Sharon S. OSELİN, “It’s Not Only for the Money: An Analysis of Adolescent versus Adult Entry into Street Prostitution”, *Sociological Inquiry*, 81(3), 310-332.

³² Konuyla ilgili kapsamlı bilgi için bkz., M. D. Smith, C. Grov, D. W. Seal ve P. McCall. “A Socialcognitive Analysis of How Young Men Become Involved in Male Escorting”, *Journal of Sex Research*, 50(1), 2012, s. 1-10.

³³ Konuyla ilgili kapsamlı bilgi için bkz., W. Rössler, U. Koch, C. Lauber, A. K. Hass, M. Altwegg, V. Ajdacic-Gross, ve K. Landolt. “The Mental Health of Female Sex Workers” *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 122(2), 2010, s. 143-152

³⁴ Konuyla ilgili kapsamlı bilgi için bkz., L. S. Murphy. “Understanding the Social and Economic Contexts Surrounding Women Engaged in Street-level Prostitution”, *Issues in Mental Health Nursing*, 31(12), 2012, s. 775-784.

yaptım. Buna benzer bir iş söyler misin? Bu sayede başladığım kitabı bitirebiliyorum, sevdiğim şeylere dilediğim kadar vakit ayırabiliyorum.”³⁵ Sadece daha kaliteli yaşamak gibi bir amaçla fuhuş tercih edilebilir mi? Tabii; uzunca tartışmalara konu olabilir bu soruya verilecek cevap. Ancak bu şekilde bir tercihin de söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Fuhuş yukarıdaki örnekte olduğu gibi bazı çevreler tarafından bir suç veya sapma olarak görülmeyebilir. Bu görüşe sahip kimseler fuhuş sadece bir meslek olarak algılayıp, gerçek bir mecburiyetten değil basit bir tercihten ibaret görürler. Bu durumu Şikago Okulu'nun ortaya attığı ve günümüzde oldukça taraftar bulan kültür çatışması teorisiyle birlikte ele almak yerinde olacaktır. Bu teorinin üzerinde durduğu alt kültür çatışması, tam olarak bu durumu ifade etmekte bazı alt kültürlerde fuhşun onaylanabileceğini, dolayısıyla bu çevrede bunun suç sayılmayacağını açıklamaktadır.³⁶

Göç olgusu da bu başlık altında incelenmesi gereken bir konudur. Türkiye’de maalesef yabancı ve güzel kadınlara bakış açısı, eleştirilmesi gereken bir boyuttur. “Nataşa” yaygın adıyla, genellikle fuhuş yapan yabancı kadınlar nitelendirilir. Bu duruma elbette çok sayıda yabancı kadının, ülkeye isteyerek veya istemeyerek fuhuş için getirilmesi neden olmuştur. Ancak genelleme yapılarak, her yabancı kadını bu şekilde damgalamak da doğru değildir. Bu yanlış tutum, yabancı kadınların fuhuşa yönelmelerine de sebep olacaktır.

Özellikle cinsel sömürü amacıyla yapılan “kadın ticareti”, son dönemlere ait olmayan, geçmişe dayanan bir olgudur. İlk kez 19. yüzyıl sonlarında, daha çok Avrupa ve Kuzey Amerika temelli “beyaz kadın ticareti” olarak devletlerin gündemlerinde yer aldı.³⁷

*“İnsan ticareti çağımızda köleliğin yeniden ortaya çıkmış şeklidir ve ağır bir insan hakları ihlalidir. İnsan ticareti, uyuşturucu ve silah kaçakçılığından sonra en karlı üçüncü organize yasadışı faaliyet olarak bilinmektedir.”*³⁸

Türkiye, kadın tacirlerinin hedefinde olan bir devlettir. Kendi ülkelerinden daha iyi iş imkanları olduğu vaadiyle ülkeye getirilen genç kızlar, çoğu kez cebir ve tehditle fuhuş yaptırılarak çalıştırılmaktadırlar.³⁹

³⁵ Erdal KAPLANSEREN, Röportaj, <http://www.hurriyet.com.tr/pazar/21532729.asp>, (E.T. 15.03.2014).

³⁶ Füsun Sokullu AKINCI, *Kriminoloji*, Beta Yayınları., İstanbul, B. 10, 2013, s. 145.

³⁷ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz., Emel ÇOŞKUN, “Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti”, Çalışma ve Toplum, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/makale/13052837/2014/sayi42/M0016646.pdf>, s. 186.

³⁸ Dış İşleri Bakanlığı, Türkiye’nin İnsan Ticaretiyle Mücadelesi, http://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-insan-ticaretiyle-mucadelesi-.tr.mfa, (E.T. 16.07.2014).

³⁹ http://www.countertrafficking.org/tr/case_studies.html, (E.T. 21.07.2014).

Savaş gibi olağanüstü dönemler ve sonrasında meydana gelen karışıklıklar pek çok kadının, cinsel sömürüye maruz kalmasına neden olur. Son dönemde, Suriye’de yaşanan savaş nedeniyle ülkelerinden kaçıp Türkiye’ye gelen pek çok mülteci zor şartlarda yaşıyor. Kadın mülteciler açısından durum, maalesef üzücü boyutlara ulaşmış durumdadır. Başka bir ülkede yaşam mücadelesi veren kadınlar, onların çaresizliğinden faydalanan kötü niyetli kimseler tarafından kandırılarak veya tehditle fuhşa sürüklenmektedirler.⁴⁰ Devlet tarafından oluşturulan kamp alanlarında da mülteciler için güvenli yaşam şartları sağlanamamaktadır. Bu karmaşık ortamlarda, kadınlar fuhuş gerçeğiyle yüzleşmek zorunda bırakılırlar.⁴¹

Yukarıda değindiğimiz çalışmaların sonucunda, fuhşun sebebi olarak karşımıza çıkan ortak etkenler; ekonomik sebepler, psikolojik travmalar, madde bağımlılığı, içinde bulunulan kültürün etkileri şeklinde sıralanmaktadır. Özellikle Türkiye’de mevcut duruma baktığımızda ise annelik rolünün bu mesleğe girme konusunda önemli bir etmen olduğunu söyleyebiliriz. Fuhuş yoluyla yaşamını idame ettiren ve Türkiye’de yaşayan kadınların hayatlarıyla ilgili yapılmış bazı araştırmalarda annelik rolünün, fuhşa yönelen bir faktör olduğu düşünülebilir. Bu sektörde yer alan kadınlarla yapılan görüşmelerde, kadınların büyük bir kısmının anne olduğu ve çocuklarına bakabilmek için bu mesleğe girmek zorunda kaldıkları gözlemlenmektedir. Türkiye’de mevcut ataerkil yapının bu duruma neden olduğu da dikkate alınmalıdır.

Küçük yaşta gerek kendi isteğiyle, gerekse aile baskısıyla evlendirilen kadın, yapmış olduğu yanlış evliliği sonlandırıp, çocuklarıyla birlikte ailesinin yanına dönmek istediğinde maalesef olumsuz yanıt almaktadır. Toplumumuzda yaygın bir inanış olarak baba evinden gelinlikle çıkan kız çocuğu, evine boşanmış bir kadın olarak dönemez; baba evine ancak kefeniyle dönebilir. Bu inanışın hakim olduğu bir toplumda üstüne bir de kız çocuklarının yeterli eğitim alamayıp, meslek sahibi olamadıklarını da düşünürsek, yanlış bir evlilikten sonra çocuklarıyla birlikte mutlu bir yaşam sürmeleri pek mümkün değildir. Anneliğin getirdiği sorumlulukla birlikte bir de para kazanmak zorunda kalan kadın, bir meslek sahibi de değilse, fuhuş istenilmeden seçilen bir yol olabilecektir. Bazen sorun sadece ekonomik olmayabilir. Toplumumuzda maalesef boşanmış bir kadına bakış açısı, o kadın için sosyal hayattan kopuşlara sebep olabilir. Çalıştığı ortamda işverenler tarafından taciz edilme, yaşadığı mahallede dedikodulara hedef olma gibi

⁴⁰ <http://www.sosyaldenge.com/savas-magduru-suriyeli-3-bin-kadin-fuhus-icin-hatayda-satildi/>, (E.T. 08.10.2014).

⁴¹ <http://www.cizrepostasi.com/erkekler-savas-icin-hazirlaniyor-kadinlar-fuhus-icin-kaciriliyor-12001h.htm>, (E.T. 08.10.2014).

sebeplerle; toplumdan kendini dışlanmış hissedip, normal işlerle hayatını kazanmak gayesinden vazgeçip fuhuş tercih etmiş olabilir.⁴²

Türkiye’de ataerkil yapının bir sonucu olduğunu düşündüğümüz fuhuş ve annelik ilişkisi sadece Türkiye’de gözlemlenen bir durum olmasa gerek ki bu konuyla ilgili İsrail’de bir bilimsel çalışma yapılmış ve fuhuş sektöründe çalışan kadınların önemli bir bölümünün anne olduğu gözlemlenmiştir. Bu çalışmada Newyork’ta sokakta fuhuş yapan kadınların yüzde 69.4’ünün anne olduğu tespit edilmiştir. Midwest eyaletinde 2 yıl arayla yapılan iki çalışmada yüzde 88 ve yüzde 91 oranında fuhuş yapan kadınların anne olduğu belirlenmiştir. Bu çalışmada annelik vasfının kadının sorumluluk duygusunda yarattığı artış sonucu, kadının çocuğunun geleceği ve mutluluğu için üstlendiği rolün bir yansımasının fuhuş oranlarına etkisi değerlendirilmiştir.⁴³

Türkiye’de fuhuşla ilgili ATO raporuna göre:

“Kadınların yüzde 30’u kocası, yüzde 10’u baba, anne, ağabey gibi diğer yakınları, yüzde 3.4’ü de beraber oldukları erkekler tarafından fuhuş sektörüne sunuluyor. Para karşılığı cinsel ilişkiye giren kadınların yüzde 63.4’ü resmi nikahlı, yüzde 12.2’si ise imam nikahlı olarak birliktelik yaşamaktadırlar. Araştırmalara göre hayat kadınlarının yüzde 8’i 16 yaş öncesinde aile içinden birinin cinsel tacizine uğruyor. Saldırganın yüzde 2’si baba, yüzde 2’si üvey kardeş, yüzde 4’ü birinci derece akraba. Aile dışı birinden cinsel taciz görenlerin oranı ise yüzde 20, taciz biçimi genellikle tecavüz veya tecavüz girişimi şeklindedir.”⁴⁴

Bu raporda kadınları fuhuşa yönelten sebeplere de yer verilmiştir:

“Fuhuşa yol açan nedenlerin başında yoksulluk birinci sırada geliyor. Kişi başına milli gelirin 100 dolara kadar düştüğü bölgelerde yaşayan insanlarımız, ardarda yaşanan ekonomik krizlerin de etkisiyle dünyanın bu en eski mesleği ile tanışma riskini yüksek derecede taşıyor.

Kırsal kesimlerde kız çocuklarının işgücünden yararlanılmak istenmesi, erken yaşta ve/veya zorla evlilikler, eğitimin yerine alıyor ve başta fuhuş olmak üzere her türlü tehlikeli yolun kapısı açılıyor. Kadını İş dünyasında da binbir zorluklar bekliyor. Kadınlar, erkekte daha az kazanıyor. Bu nedenle yoksulluk kadının kaderi haline geliyor.”

⁴² Fügen YILDIRIM’ın çalışmasının tamamı benzer sebeplerin, kadınların fuhuş başlamasında etkili olduğunu gösteriyor.

⁴³ Einat PELED, Tal Levin-ROTBORG, The Perceptions of Child Protection Officers toward Mothering in Prostitution, *Social Service Review*, 87(1), 2013, s. 40-69.

⁴⁴ Ankara Ticaret Odası, “Hayatsız Kadınlar Dosyası” <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=20181=1>, (E.T. 20.03.2014).

Öte yandan namus, ahlâk, şeref, haysiyet, doğruluk, dürüstlük, adalet, helal kazanç gibi değerlerin sürekli erozyona uğradığı bir toplumsal yapı ise fuhuş için en uygun zemini oluşturuyor.

Üzerine titrediğimiz ve toplumsal yapımızın çimentosu olan aile kurumumuzun yığınlar şeklinde parçalanması, TV ekranlarında özendirici mahiyetteki pırlıtlı hayat görüntüleri, fuhuşun ana hızlandırıcısı haline geliyor. Parçalanmış ailelerin ortada kalan çocukları, fuhuş canavarının en sevdiği avları...”

V. FUHUŞ KADINLAR İÇİN ZORUNLU BİR SEÇİM OLMAMALI

Türkiye’de maalesef fuhşa karşı bilincin yüksek olduğunu söylemek zordur. Yasa koyucunun fuhuş yapan ve hizmeti alan açısından fiili suç olarak düzenlemediği halde, fuhuşla mücadele politikasının var olduğu açıktır. Fuhşun yasalarda suç olarak kabulü ya da serbest bırakılması fuhuşla mücadele anlamında ciddi bir değişime neden olmayacaktır. Gerçek anlamda bir mücadele için sorunun tam anlamıyla tespiti ve sorunun çözümü için önlemler alınması hatta bu önlemlerin devlet politikası haline getirilmesi gerekir.

Fuhuş sektöründe çalışan kadınlar incelendiğinde, hem kendi seçimiyle yani başkaları tarafından herhangi bir zorlamaya maruz kalmadan hem de kendi isteği dışında bu işi yapmak zorunda olan kadınlar olduğu görülür. Bu nedenle fuhşa yaklaşımda konunun tüm açıdan ele alınması ayrı bir önem taşımaktadır.⁴⁵ Tek taraflı yaklaşımlar sorunun özünden uzak ve yanlı olacak, çözüm için fikir üretemeyecektir.

Çalışmamızda değinmeye çalıştığımız farklı devletler ve farklı zaman dilimlerini incelerken ulaştığımız bir sonuç, fuhşun önüne geçmeyi gerçek anlamda henüz başarabilen bir toplum olmadığıdır. Sorunun çözümlenebilmesi için en başta kabul edilmesi gereken husus fuhşu tamamen ortadan kaldırmanın imkânsız oluşudur.⁴⁶ Kadını fuhşa yönelten sebepleri tüm dinî, ahlâkî değerlerden ve modası geçmiş bakış açılarından arınmış olarak değerlendirmek çözümün en etkin parçası olacaktır.

Türkiye’de bu sorunun en önemli nedenini kadınların sosyal ve ekonomik anlamdaki güçsüzlüğü oluşturur. Kadınlarımızı toplumsal hayatın etkin bir parçası haline getirmek zorundayız. Bu konuda en büyük görev ailelere düşmektedir. Kız erkek çocuğu ayrımı yapmadan, “kız çocukları

⁴⁵ Aysun BALSEVEN ODABAŞI, “Ankara İli Genelevlerinde Çalışan Kadınların Cinsel Yolla Bulaşan Hastalıkları, Mesleksel Riskler, Uğradıkları Şiddet ve İstismar Bağlamında Bir Araştırma”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2009, s. 7.

⁴⁶ Doğan SOYASLAN, *Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)*, Yetkin Yay., B.3, Ankara, 2003, s. 179.

nasılsa evlenip hayatını kurtarır” deyip sadece “erkek çocuklarını meslek sahibi yapmak gerekir” bakış açısından kurtulmalıyız. Kız çocukları erken yaşta evlendirilip, yaşadıkları mutsuz evliliklerine katlanmak zorunda bırakılmamalı, her zaman arkalarında aile desteği olduğunu hissetmeleri sağlanmalıdır.

Kötü evliliklerin düzeltilmesi için çocuk sahibi olma yolunun yanlış olduğu genç kadınlara anlatılmalı, gerekirse sosyologlar ve psikologlar tarafından bu konuda halkın bilinçlendirilmesi bir devlet politikası haline getirilmelidir. Biten evliliklerin ardından çocuklarıyla ortada kalan işsiz kadınların, analık içgüdüleriyle çocuklarına bakmak için fuhuşu bir çare olarak görebildiklerine yukarıda değinmiştik.

Son dönemlerde iyi bir eğitim almış gençlerin de eskortluk, telekızlık veya diji kızkılık gibi isimlerle fuhuş sektöründe yer aldığı gözlemlenir. Bu gerçeği de göz ardı etmemek gerekiyor yani fuhuşa sadece “kader kurbanı” yorumu yapmak sorunun çözümünü zorlaştıracaktır. Türkiye’de, üniversite mezunu işsiz sayısının oranı oldukça yüksektir.⁴⁷ Bunun yanı sıra uzun çalışma saatleri⁴⁸ ve düşük ücretlerin gençler üzerinde yarattığı ruhsal çöküntü, onları farklı yollardan para kazanma fikrine yöneltebilmektedir. Türkiye’de gençlerin daha huzurlu, mutlu ve sağlıklı olması için yine devlete önemli görevler düşmektedir. WHO tarafından yapılan bir araştırmaya göre, dünyanın en mutsuz ve öfkeli gençlerinin Türk gençleri olduğu belirtilmiştir.⁴⁹

Fuhuşla tanışmış fakat sonrasında bundan vazgeçmek isteyen kadınlara da imkânlar sunulması yine devlet tarafından desteklenmesi gereken bir durumdur. Bununla birlikte bu konuda tüm topluma bazı görevler düşmektedir. Bilinen en eski yaptırım türü olan “sosyal etiketleme”, dinî, yasal veya sosyal normların ihlali karşısında, toplum tarafından hükmedilen kirli damgası⁵⁰, bir dönem fuhuş yapan kadına normal yaşama dönme şansı tanımamaktadır.

Fuhuşun bir diğer önemli sebebini de madde bağımlılığı oluşturmaktadır. Uyuşturucu madde kullanımının; okullarda verilen eğitimin yetersiz oluşu, bu maddelere bağımlı alt kültür gruplarına dahil olma gibi çeşitli sebepleri olmakla beraber ortaya başka önemli bir sonuç çıkmaktadır. Bu sonuç ise,

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. http://www.usiad.net/index.php?option=com_content&view=article&id=151:ueniversiteli-isiz-500-bine-yaklat&catid=52:haberler&Itemid=71, (E.T. 18.03.2014)

⁴⁸ İş günü süresinin kısaltılması gereği, Karl Marks tarafından “gerçek özgürlük alemi”nin üretimin dışında başlayacağı gerekçesiyle savunulmuştur. Detaylı bilgi için bkz., Mark COWLING, *Marksizm ve Kriminoloji Teorisi, Kavramsal Araçlar ve Eleştirel Bir Değerlendirme*, (Çev. Dafne YEŞİLSU), NotaBene Yayınları, Ankara, 2012, s. 354-355.

⁴⁹ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25379995/>, (E.T. 19.03.2014).

⁵⁰ Mustafa Tören YÜCEL, *Kriminoloji*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 29.

uyuşturucu maddeye ulaşabilmek için bağımlı kadınların başka suçlara dahil olabilmeleridir. Uyuşturucu maddelerin, fuhuşla yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bağımlıların genellikle aşağı gelir gruplarında yer almaları, kişileri madde almak için fuhuşa yöneltmektedir.⁵¹

Kadının dahil olduğu sosyal çevre bazen fuhuşa yönelmesinde etkili olabilir. Mesela fuhuş ile hayatını kazanan ve bu durumu kendi içerisinde normalleştirmiş bir alt grupta tanışan kadın, oluşabilecek manevi rahatsızlıkla daha kolay başa çıkabilir. Yukarıda değindiğimiz ATO'nun raporunda kadınların %40'lık bir bölümünün eş ve aile bireyleri gözetiminde fuhuş yaptıklarına değinilmiştir. Bazen yanlış toplumsal öğrenmeler, kadınların, fuhuşla tanışmasını kolaylaştırıp normalleştirebilecektir.⁵² Bu durumda toplumda bu şekilde yanlış öğrenmelerle oluşmuş grupların devlet tarafından tespit edilmesi ve mücadele için yine sosyolog ve psikologlardan yardım alınması, fuhuşla mücadele anlamında önemli bir adım olacaktır.

Fuhuş toplumsal bir sorun olarak ele almak ve fuhuş yapan kadını yine o toplumun oluşturduğu değer yargılarıyla yargılamak iç içe geçmiş, sorunun çözümünü imkansızlaştıran bir süreçtir. Fuhuş bir devlet için ciddi bir problem oluşturmaya başlamışsa ki maalesef Türkiye'de durum böyledir, sorunun çözümü için sadece sektörde çalışan kadınlarla ilgili düzenleme yapmak yeterli olmayacaktır. Yargılamak, yadırgamak, örf adet gelenek ve göreneklere sığınarak kadınları aşağılamak yerine, toplum olarak bu sorundaki rolümüzü tartışmalı ve bu gerçekle yüzleşmeliyiz.⁵³ Bu kadınlara karşı önyargısız olmalı ve toplumsal hayata karışmalarını kolaylaştırmalıyız.

Kadınların maruz kalabilecekleri kötü senaryolar karşısında, devlet tarafından korunabilmesi fuhuşla mücadele için gereklidir. Günümüzde kadın sığınma evlerinin yetersizliği hatta bazı illerde hiç olmayışı acilen önlem alınması gereken konuların başında gelmektedir.⁵⁴

Kadınların iş sahibi olmaları ve para kazanabilmelerinin sağlanması da fuhuşla mücadele anlamında önemli bir ihtiyaçtır. Kadın istihdamının artırılabilmesi için devlet müdahalesi zorunludur. Devlet kadını çalışma hayatında yer almaya teşvik etmelidir.

⁵¹ Sulhi DÖNMEZER, *Kriminoloji*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, B.6, İstanbul, 1981, s. 424, 425.

⁵² David CANTER, (Çev. Ali DÖNMEZ / Işıl Başer ÇOKLAR / Meltem GÜLER), *Suç Psikolojisi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 262-263.

⁵³ Faruk EREM, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, Murat Kitabevi, B. 9, Ankara, 2012, s. 25, (Hâkim ve fuhuş yapan kadın arasında yaşanan diyalog, sorunun toplumsal bir mesele olduğunu vurguluyor.)

⁵⁴ Haberin detayları için bkz. <http://gundem.milliyet.com.tr/siginmaevleri-magdurlara-yetisemiyogundem/detay/1754620/default.htm>, (E.T. 15.03.2014).

SONUÇ

Fuhuş kimi kadın için isteğe bağlı bir tercih, kimisi için de zorunlu bir seçenek olarak karşımıza çıkıyor. Her ne şekilde olursa olsun fuhuş yapan kadınlar için hem devletin hem de toplumun üzerine düşen görevler vardır. Yargılamadan, yadırgamadan, ötekileştirmeden bu gerçeğe yüzleşmek ve üzerimize düşeni yapmak zorundayız. Bu konunun çözümünün sadece yasal düzenlemelerle sağlanamayacağı aşikardır. Samimi bir devlet politikası belirlenmeli ve sorunların temelini inilmelidir. Devlet bu konuda psikologlar ve sosyologlardan faydalanmalı ve akılcı çözümler üretmelidir. Öncelikle yapılması gereken sadece kanunlarda yazılı kalmayan kadın erkek eşitliğini sağlamak olmalıdır. Bu eşitliğin toplumun her kesiminin vicdanına yerleştirilmesi için özel bir çaba sarf edilmelidir. Fuhuşun nedenleri incelendiğinde ilk sırada ekonomik sebeplerin yer aldığı görülmektedir. Kadının ekonomik olarak güçlenmesi, fuhuşa yönelen kadın sayısını azaltacak; güçlü kadınlar, güçlü nesiller yetiştirebilecektir.

KAYNAKÇA

- Fusun Sokullu AKINCI, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, B.10, 2013.
- Hayrani ALTINTAŞ, *İslam Ahlakı*, Akçağ Yayınları, Ankara, 1999.
- Ankara Ticaret Odası, “Hayatsız Kadınlar Dosyası”, <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=201&l=1>(E.T. 20.03.2014).
- AYM, 12.1.1989, E. 1988/4, K. 1989/3; R.G.10.01. 1990-20398.
- Aysun BALSEVEN ODABAŞI, “Ankara İli Genelevlerinde Çalışan Kadınların Cinsel Yolla Bulaşan Hastalıkları, Mesleki Riskler, Uğradıkları Şiddet ve İstismar Bağlamında Bir Araştırma”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2009.
- David CANTER, (Çev. Ali DÖNMEZ / Işıl Başer ÇOKLAR / Meltem GÜLER), *Suç Psikolojisi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.
- Jennifer E. COBBINA, Sharon S. OSELİN, “It’s Not Only for the Money: An Analysis of Adolescent versus Adult Entry into Street Prostitution”, *Sociological Inquiry*, 81(3), 2011.
- Emel ÇOŞKUN, “Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti”, Çalışma ve Toplum, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/makale/13052837/2014/sayi42/M0016646.pdf>, 2014.
- Mark COWLING, *Marksizm ve Kriminoloji Teorisi, Kavramsal Araçlar ve Eleştirel Bir Değerlendirme*, (Çev. Dafne YEŞİLSU), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2012.

- Sulhi DÖNMEZER, *Kriminoloji*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, B.6, İstanbul, 1981.
- Hasan DURSUN, “Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış”, *TBB Dergisi*, S. 93, Mart-Nisan, 2011.
- Faruk EREM, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, Murat Kitabevi, B. 9, Ankara, 2012.
- Merve EROL, Röportaj, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=cts&haberno=6478. (E.T. 19.03.2014)
- Adnan GÜRİZ, *Feminizm Postmodernizm ve Hukuk*, Phoenix Yay., B. 2, Ankara, 2011.
- Erdal KAPLANSEREN, Röportaj, <http://www.hurriyet.com.tr/pazar/21532729.asp>. (E.T. 15.03.2014).
- Mahmut KAYA, “Aristoteles'in Ahlâk ve Siyâset Felsefesinin İslâm Dünyasına Yansıması”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/ufad/article/viewFile/1023017732/1023016974> (E.T. 16.07.2014)
- Kırmızı Şemsiye Cinsel Sağlık ve İnsan Hakları Derneği <http://www.sendika.org/2014/03/kirmizi-semsiye-seks-isciligi-meslek-olarak-taninsin-ergur-altan/>, (E.T. 17.03.2014).
- Esin KÜNTAY / Muhtar ÇOKAR, “Ticari Seks Medya Dosyası”, Cetad, http://www.ikgv.org/sws_dosyalar/CETAD_resimli.pdf, (E.T. 16.07.2014).
- L. S. MURPHY, “Understanding the Social and Economic Contexts Surrounding Women Engaged in Street-Level Prostitution”, *Issues In Mental Health Nursing*, 31(12), 2012.
- Kathryn NORBERG, “Fahişeler”, *Kadınların Tarihi, C. III, Rönesans ve Aydınlanma Çağı Paradoksları* içinde (Çev. Ahmet FETHİ), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., B. 1, İstanbul, 2005.
- Cengiz OTACI, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Kemal ÖRDEK, “Seks İşçiliği: Mitler ve Gerçekler”, http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/ebulten/ebultenagustosekim2013/pdf/seksisciligimitlgercekler_kitapcik.pdf, (E.T. 20.03.2014).
- Einat PELED, Tal Levin-ROTBORG, The Perceptions of Child Protection Officers toward Mothering in Prostitution, *Social Service Review*, 87(1), 2013.
- W. Rössler, U. Koch, C. Lauber, A. K. Hass, M. Altwegg, V. Ajdacic-Gross, ve K. Landolt. “The Mental Health of Female Sex Workers”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 122(2), 2010.
- Türkan Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yay., Ankara, 2013.

Türkan Yalçın SANCAR / Timuçin KÖPRÜLÜ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu, Seks İşçileri ve Yasalar, Türkiye’de Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler, Seks İşçilerinin ve Transgender Bireylerin İnsan Haklarının Desteklenmesi Projesi, Yayına Hazırlayanlar: Muhtar ÇOKAR / Habibe Kayar YILMAZ, Çalışma Grubu Üyeleri: Eylem Çağdaş Babaoğlu, Asuman Cengiz, Muhtar Çokar, Demet Demir, Oktay Durmaz, Berna Eren, Habibe Yılmaz Kayar, Şevval Kılıç, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2011.

M. D. Smith, C. Grov, D. W. Seal ve P. McCall. (2012).”A Socialcognitive Analysis of How Young Men Become Involved in Male Escorting.” *Journal of Sex Research*, 50(1), 2012.

Doğan SOYASLAN, *Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)*, Yetkin Yayınları, B.3, Ankara, 2003.

Turgay ÜÇAL / Malcolm DEREK, *Hristiyan Ahlâkı*, Ön Asya Yayınları, İstanbul, 2000.

Fügen YILDIRIM, *Fahişeliğin Öbür Yüzü (On Beş Kadının Tanıklığı)*, Metis Yayınları, B.2, İstanbul, 2004.

Mustafa Tören YÜCEL, *Kriminoloji*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

<http://gundem.milliyet.com.tr/siginmaevleri-magdurlarayetisemiyo/gundem/detay/1754620/default.htm>, (E.T: 01.12.2015)

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf, (E.T. 18.07.2014).

http://www.countertrafficking.org/tr/case_studies.html, (E.T. 21.07.2014).

<http://www.kadinkapisi.org/kaynak/bildiri.PDF>, (E.T. 19.03.2014).

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25379995/>.(E.T: 19.03.2014)

http://www.usiad.net/index.php?option=com_content&view=article&id=151:uenive-rsiteli-isiz-500-bine-yaklat&catid=52:haberler&Itemid=71, (E.T. 18.03.2014).

http://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-insan-ticaretiyle-mucadelesi-.tr.mfa, (E.T. 16.07.2014).

<http://www.sosyaldenge.com/savas-magduru-suriyeli-3-bin-kadin-fuhus-icin-hatayda-satildi/>, (E.T. 08.10.2014).

<http://www.cizrepostasi.com/erkekler-savas-icin-hazirlaniyor-kadınlar-fuhus-icin-kaciriliyor-12001h.htm>, (E.T. 08.10.2014).

KENT HAKKI VE KENTTE YAŞAYAN İNSAN*

Deniz Şahin**
Tuğba Deniz***

1. GİRİŞ

Kent için uzlaşılmış bir tanım söz konusu olmamıştır. Farklı bakış açılarından farklı tanımlamalar yapılmıştır. Robert Park'ın tanımına göre kent “insanın içinde yaşamaya mahkûm olduğu dünyadır, insan ise bu dünyayı arzularına uygun hale getirmeye çalışır”.¹ Ekonomik perspektifle kent, “civar yerleşmelerin ekonomik faaliyetlerini denetleyen, ona göre uzmanlaşan, üretimi gerçekleştiren ve bunun sonucunda toplumsal ve idari yönden de çevresi üzerinde denetimci bir görev üstlenen yerleşme birimi”² olarak tanımlanmaktadır. Kent “siyasi açıdan belirli bir sınır içerisinde görev yapan yönetimlere sahip alan; fiziki açıdan, farklı amaçlar için kullanılan çok sayıdaki binalar ile ulaşımı sağlayan yollardan oluşan mekan; işlevsel açıdan ise ekonomik, sosyal ve kültürel faaliyetlerin yapıldığı yerleşme alanları”³ olarak tanımlanmıştır. Kent tanımlaması, tanımı yapanın toplum ve doğa ile ilişkisi, yaşam biçimi, korumak istediği değerleri ve o an var olan teknoloji ile bağıntılıdır.⁴ Kaynakların kısıtlılığı, eğitim, iş gibi nedenlerle kırdan kente göçün artması, kentlerin kira göre olanaklarının fazla olması, kentte yaşayan insanın sosyal, kültürel faaliyetlere ve bilgiye erişiminin

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Kalkınma Bakanlığı Uzman Yardımcısı; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

*** Kalkınma Bakanlığı Uzman Yardımcısı; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Kent ve Çevre Bilimleri Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ David HARVEY, *Asi Şehirler* (Çev.: Ayşe Deniz Temiz), Metis Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 43-44.

² İlber ORTAYLI, *Türkiye İdare Tarihi*, TODAİE Yayınları, No:180, Ankara 1979, s.194-195.

³ Eyüp İSPİR, *Şehirleşme ve Meseleleri*, Gazi Büro Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1991, s.5.

⁴ David HARVEY, “The Right to the City”, *New Left Review* 53, 2008, s. 23-40.

görece kolay olması gibi nedenlerle kentte yaşayan insan sayısı artmakta, kent insanlara yaşamak için cazip görünmektedir. Cazibesine rağmen kentte yaşayan insan evinden kent sokaklarına çıktığında, yaşam, barınma, düşünce ve inanç özgürlüğü gibi temel hakların gereklerinin gerçekleştirildiği, işinin ve belli bir gelirinin olduğu varsayımı altında, kent hakkı bakımından pek çok ihlalle karşılaşır ve bunlardan şikâyet eder. Kaldırım ve yolların bozukluğu, ulaşımın yetersiz olması, kirli sokaklar, sosyal ve kültürel faaliyetlerden yoksunluk, dezavantajlı grupları ihmal eden kent yapısı gibi durumlar kentte yaşayan insanlar bakımından bir rahatsızlık yaratmakta ise de çoğu kez iç ses olarak kalmaktadır. Kimine göre önemsiz de olsa bu sayılanlar kentte yaşayan insanın kent hakkının ihlalidir. Bu durumlar kent bakımından ihlaldir çünkü kentten beklenen fazladır. Bununla beraber kentte yaşayan insan bakımından ihlaldir çünkü insansal olanaklarını geliştirmesine engel olmaktadır. Bu kapsamda kolektif haklardan, kent hakkından ve kent hakkının gerçekleştirilmesinden bahsedilecektir.

2. KOLEKTİF HAK NEDİR?

İnsan hakları dediğimizde insan olanın sahip olduğu, sahip olma açısından herhangi bir din, dil, vatandaşlık bağı gibi belirlemenin öncül olmadığı hakları anlarız. İnsan hakları, insan türünün bütün üyelerine tanınmış haklarıdır.⁵

Tarihsel süreç boyunca insan haklarını sayan ve sınıflandıran çok sayıda liste yapılmıştır. Var olan hakları kronolojik olarak kuşaklara ayıran ve böylece insan hakları kuramının tarihsel gelişimi ile paralellik gösteren ayırım “birinci kuşak”, “ikinci kuşak”, “üçüncü kuşak” haklar olarak yapılan sınıflandırmadır. Bu sınıflandırma 17. ve 18. yüzyıl düşünürlerince dile getirilen ve kişilere, devletin karışmayacağı özel bir alan yaratan, yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı, düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüğü, inanç ve ibadet özgürlüğü gibi hakları içinde barındıran birinci kuşak haklar (klasik haklar); 18.ve 19. yüzyıllarda devletten bir hizmet isteme yetkisini de içerecek şekilde çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi hakları içinde barındıran ikinci kuşak haklar (sosyal haklar); 19. ve 20. yüzyılda ortaya çıkan ve henüz oluşum sürecini tamamlamamış aynı zamanda insan hakları niteliği de tartışmalı olan bilimsel ve teknik ilerlemenin yarattığı sorunlar ile ortaya çıkan aynı zamanda bu sorunlara insan hakları çerçevesinden çözüm bulma arayışının ürünü olan, çevre hakkı, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı, gelişme hakkı, barış hakkı gibi hakları içeren üçüncü kuşak haklar

⁵ Kırılcım Akkoyunlu ERTAN, *Kent ve Kentli Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara 2014, s.55.

(dayanışma hakları)⁶ şeklindedir.⁷ Konularını evrensel değerlerin oluşturduğu dayanışma hakları, devlet sınırları ötesinde dünyadaki tüm insanlar arasında bir dayanışmayı gerektirir.⁸ “Özgürlük”, “eşitlik” ve “kardeşlik” kavramlarıyla anlam kazanan üç kuşak hak için mutlak-göreceli-dayanışmacı nitelemesi yapılı ve dayanışma hakları da dayanışmacı ve evrensel özellikleri haizdir.⁹

Kolektif haklar, “üçüncü kuşak haklar” ya da “dayanışma hakları” olarak da adlandırılan ve medeni ve siyasal haklar ile iktisadi, sosyal ve kültürel haklardan sonra üçüncü grup insan hakları kümesini oluşturan hak gruplarıdır. İnsan toplulukları ve devletin karşı karşıya kalmış olduğu sorunları insan hakları doktrini bakımından çözümü çabasıdır ve mevcut tek birey tabanlı insan hakları kümelerinin yetersizliği savını içerir. Azınlıklar, yerli halklar gibi insan gruplarına dair hak ihlallerinin engellenmesi amacını taşır.¹⁰ Bu haklar ilk iki kuşak içinde de vardır. Örneğin dernek kurma hakkı, kullanımı bakımından kolektif bir haktır. Bu bağlamda dayanışma üçüncü kuşak hakların gerçekleşme yöntemidir.¹¹

Kalkınma hakkı, temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, barış hakkı, insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı, çevre hakkı gibi hakları içeren üçüncü kuşak haklar sınıfına dair, içeriklerinin ve muhataplarının belirsizliği bakımından insan hakları sınıflandırmasında yer almaması gerektiğini söyleyenler vardır.¹² Bu itiraza karşılık insan haklarının sürekli genişlediği ve sınırlarını aştığı, insanın değerinin korunması ve onurlu bir yaşamın sürdürülmesi için vazgeçilmez olan koşullar, grup çıkarılarının da korunmasını gerektirdiği halde bunun insan hakları bakımında negatif bir etki doğurmayacağı¹³ aynı zamanda değişmez bir insan hakları listesinin olamayacağı cevabı verilir.¹⁴ Bu genişleme ile yeni insan hakları tartışmaları adı altında birey-devlet-örgütlü yapıların ortaklaşa koruyacağı yeni haklar kümesi olarak kolektif haklardan ya da grup haklarından da bahsedilmektedir.¹⁵

⁶ İlk kez Karel VASAK tarafından dile gelmiştir. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. baskı, Ankara, 2002, s. 45 – 47.

⁷ Oktay UYGUN, “İnsan Hakları Kuramı”, *İnsan Hakları*, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, ss.13-44.

⁸ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.530.

⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Dayanışma Hakları 2*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1996, s.24.

¹⁰ Berdal ARAL, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010, s.266.

¹¹ UYGUN, 2000, ss.13-44.

¹² UYGUN, 2000, ss.13-44.

¹³ UYGUN, 2000, ss.13-44.

¹⁴ Harun TEPE, “İnsan Hakları ve Evrensellik Tartışması”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör Kivılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, s.5.

¹⁵ ERTAN, 2014, s.56.

İnsan hakları ve buna ilişkin kavramlar aynı zamanda süreç gerektiren olgulardır. Dayanışma hakları, gelecek kuşakları dahi göz önünde bulundurmakla yeni durumlara insan hakları bağlamında bir yanıt bulma çabasıdır.¹⁶ Aynı zamanda kolektif haklar bakımından bağlayıcı olmadığı ve sadece bir temenni seviyesinde kalacağı eleştirisi mevcuttur. Bu hakların geleneksel insan haklarının yatay bir genişlemesi olmayıp yeni bir yorum olduğunu belirtenler de vardır.¹⁷ Dünyamızda zaman geçtikçe yoksulluk, çevre kirliliği, savaş gibi olumsuz durumlardan etkilenen insan sayısı gitgide artmaktadır. Bu durumdan yalnız o anda yaşayan insanlar değil, yükümlülük sahibi devletler ve gelecek kuşaklar da etkilenmektedir. Kolektif haklar bireyler kadar devletler ve toplulukların da hakları olduğunu söylemekte ve sınıflandırma bakımından yeni özneler oluşturmaktadır.¹⁸ Öznesini grup ve toplulukların oluşturduğu, bireylerin ötesinde toplulukların da korunduğu ve hak sahipleriyle amaçları bakımından ancak birey gruplarınca kullanılabilen ya da bireylerin tek başlarına kullanmalarının güç olduğu özgürlükler olarak da tanımlanmıştır.¹⁹ Kolektif haklar toplumu ya da “halk” olarak tanımlanan grubu asli muhatap olarak görmektedir. Halk kimi zaman tüm dünya insanları kimi zaman yerli halk kimi zaman ise o devletin vatandaşı olabilmektedir.²⁰ Self determinasyon hakkının bütün kolektif hakların kaynağı olduğu söylenir. Çünkü hakları aktör haline getiren bir anlayış söz konusudur. Halklar hak sahibidirler.²¹ Üçüncü kuşak haklar bakımından devletlerin yani siyasi iradelerin, kişilerin, grupların dayanışma içinde olması gerekmektedir.²² Kolektif haklar, devlet, bireyler, özel kurumlar ve uluslararası aktörlerin karşılıklı çabasını gerektiren haklardır.²³

Kuçuradi’ye göre insan yalnızca insan olduğu için değerlidir ve onur sahibi bir varlıktır, insan hakları ise etik ilkelerdir. İnsan hakları, her insanla ilgili bazı gereklilikleri dile getirirler ve bu gereklilikler insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar. Kuçuradi, kişi haklarını temel kişi hakları ve yurttaşlık hakları olarak ikiye ayırır. Temel kişi haklarını insan hakları olarak adlandırılan ve kişilerin insan olmalarından dolayı sahip oldukları haklar olarak tanımlar. Yurttaşlık haklarını ise “bir ülkedeki bütün yurttaşların eşit olduğu ve ülkelerin farklı koşullarına göre

¹⁶ KABOĞLU, 2002, s.530.

¹⁷ Birol ERTAN, “Yeni İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör Kıvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, 2013, s.39.

¹⁸ ERTAN, 2014, s.58.

¹⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, DÜFH Yayınları, Diyarbakır 1989, s.105.

²⁰ ARAL, 2010, s.13.

²¹ ARAL, 2010, ss.270-273.

²² UYGUN, 2000, s.13-44.

²³ “Human Rights, Environment, and Economic Development: Existing and Emerging Standards in International Law and Global Society”, <http://www.ciel.org/Publications/olp3v.html>, Erişim tarihi: 27.02.2015.

sınırları farklı çizilecek” haklar olarak ifade etmektedir.²⁴ Kuçuradi, dayanışma hakları için; “20. yüzyılın ikinci yarısında, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin talepleriyle ortaya çıkan haklardır. Bu nedenle bu haklara kolektif ya da dayanışma hakları da denir. Ulusların siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel geleceklerini belirleyebilme hakkı, sosyal gelişme ve kalkınma hakkı, çevre hakkı, doğal kaynaklardan yararlanma hakkı gibi haklardır.” der.²⁵ Ona göre, grup hakları ya da kolektif haklar “farklı özelliklere [...] sahip gruplara üye kişilerin kendi insansal olanaklarını geliştirebilmelerini mümkün kılan kamusal düzenlemelere ilişkin normlardır”. Kuçuradi kolektif hakların temel hak olmadığını belirtmekte ve kolektif hakları, temel kişi haklarının gerektirdikleri olarak tanımlamaktadır. Belirli koşullarda o haklar korunmadığı için kişiler kendilerini geliştirememektedir.²⁶

Kolektif haklardan barış hakkı bireylere ve devletlere; kalkınma hakkı bireylere, ulusal azınlıklara, halklara ve devletlere; çevre hakkı bireylere, ulusal azınlıklara, bir yerleşim yerindeki ahalیه ve gelecek kuşaklara tanınmış haklardır. İnsan hakkı olup olmadığı tartışmasında insan onurunun korunması amacına hizmet etmeyen bir kolektif hakkın insan hakkı olarak kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.²⁷ Kent hakkı ise bir kolektif hak olarak o kentte yaşayan insanlara tanınmıştır. Kentte yaşayan insanın yaşam kalitesinin yükseltilmesi birincil amaçtır. Kentin geçmişi korunmalıdır.

Çalışmada kolektif hak olarak temiz ve sağlıklı bir kentte yaşama hakkı kentte yaşayan insan bağlamında ele alınacaktır.²⁸

3. KOLEKTİF BİR HAK OLARAK KENT HAKKI

Kenti, mekân bakımından belli bir nüfus yoğunluğuna sahip, uzman iş gücü ve artı ürüne sahip, kamusal yapıların bulunduğu, sosyal, kültürel olanaklara sahip ve yaşanması talep edilen yer olarak ele alabiliriz. Kentler insanların ortak olarak hareket ettiği, temel ihtiyaçların karşılandığı yaşama, gezme, eğlenme, kültürel faaliyetlerde bulunma alanlarıdır.²⁹

²⁴ İoanna KUÇURADİ, “Günümüzün Devletlerinde İnsan Hakları Işığında “Azınlık Hakları”: Kavramı ve Sorunları”, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007, s. 142.

²⁵ İoanna Kuçuradi’den aktaran SADRİ, Hossein, “Mekan ve İnsan Hakları”, http://www.mimarlarodasiankara.org/dosya/dosya_25.pdf, Erişim tarihi: 27.02.2015.

²⁶ İoanna KUÇURADİ, “İnsan Hakları: Kavram ve Çeşitleri”, *Ankara Barosu İnsan Hakları Konferans, Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2006, s. 29-47.

²⁷ UYGUN, 2000, ss.13-44.

²⁸ ARAL, 2010, ss.5-12.

²⁹ Hamit PALABIYIK, "Avrupa Kentsel Şartı", *Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Anlaşmaları* (Editör: Z. Toprak, H. Yavaş, M. Görün) , Birleşik Yayınları, İzmir 2004, ss.197-253.

Kent hakkının içeriği konusunda farklı düşünceler mevcuttur. Bu içerikler ne tür bir kent istenildiği ile ilgilidir. Kent hakkının içeriği ne tür toplumsal bağlar, doğa ile ilişki, yaşam biçimi, teknolojiler ve güzel duyu değerleri arzulan sorusundan ayrılamaz.³⁰ Kentleşme sürecinde insanların etkili olma çabası olarak şehri değiştirme yetkisi ile kent hakkını katılım hakkıyla ilişkilendirenler³¹ olduğu gibi haklar sınıflamasında üçüncü kuşak haklardan çevre hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilmesi gerektiğini söyleyenler de vardır. Bu görüşe göre kent hakkı bakımından idari otorite hem o kentte yaşayanlara bu hakkı sağlama hem güvence altına alma bakımından yükümlülük de sahibidir.³² Bir başka görüş, kent hakkının dayanışma hakları arasında yeni bir alana sahip ayrı bir alan olduğu şeklindedir.³³ Bu görüşe göre en temel hak olan yaşama hakkının bir uzantısı olduğu gibi, siyasal, toplumsal, kültürel haklar ile de ilişkilidir. Çevre hakkının bir uzantısı olarak ele alınan görüşe karşı bu görüşte olanlar kent hakkının çevre hakkından daha da fazlasını içerdiğini savunmaktadır.³⁴ Nitekim kent hakkı kapsamında bahsedilecek olan diğer haklar bu görüşü doğrulamaktadır.³⁵ Kolektif haklar temel hakların gerçekleştirilmesini kimi zaman sağlamakta kimi zaman kolaylaştırmaktadır. Kent hakkını yaşam hakkı ile birleştirerek, çevre, barınma, konut hakkını aşan şekilde tanımlayan Fernandes'e göre kentte tüm olanaklara erişim hakkı da bu kapsamdadır. Kent ile ilgili çevresel durum ve muhtemel tehlikelerin de kentte yaşayanlara duyurulması gerekir. Kent hakkını katılım hakkı, doğrudan demokrasiye bir açılım olarak görür.³⁶ Kent hakkı, temel, sosyo-kültürel, ekonomik hakların, siyasal ve dayanışma haklarının kentsel mekânda kentte yaşayan herkes için gerçekleştirildiği haklardır.³⁷ İnsan haklarının kentte yaşayan bakımından uygulandığı yer kenttir.³⁸ Kent hakkının konusu, sağlıklı ve dengeli bir kent

³⁰ HARVEY, 2008, ss. 23-40.

³¹ HARVEY, 2013 s. 45. Harvey, kent hakkının halihazırdaki uygulanma biçimiyle oldukça sınırlı bir alanda, küçük bir siyasi ve iktisadi elitin elinde olduğunu söyler. (s.69) Lefebvre'in kent hakkı tanımı, temellük ve katılım hakkını kapsamaktadır. Temellük hakkı, kente yerleşme, kentin olanaklarını kullanma kenti biçimlendirmeyi kapsar. Katılım hakkı ise kentsel kararlara katılımdır.

³² ARAL, 2010, s.19.

³³ M. Arman KARASU, "Kentli Haklarının Gelişimi ve Hukuki Boyutları", *TBB Dergisi*, sayı 78, 2008, ss. 37-52.

³⁴ KARASU, 2008, ss. 37-52.

³⁵ Pozitif hukuk bağlamında bakıldığında Avrupa Kentsel Şartı'nın içeriğinde çevre hakkıyla ilişkili olmayan haklar da yer almaktadır.

³⁶ "Kent Hakkı Yurttaşlık Sözleşmesinin Temeli Olmalı", <http://www.sendika.org/2013/12/kent-hakki-yurttaslik-sozlesmesinin-temeli-olmali/>, Erişim tarihi: 01.11.2014

³⁷ KARASU, 2008.

³⁸ İlhan TEKELİ, "IULA ve EMMİ Başkanışmanı Sıfatıyla Yaptığı Konuşma", *Kentsel Haklar: Karşılaştırmalı Çerçeve Türkiye* (Der: Mete Tunçay), Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, İstanbul, 1994, ss. 25-32.

ve bu kentte yaşayanlar için kentin sahip olması gereken olanaklar, kent hakkının öznesi ise bu haktan yararlanacak olan o kentte yaşayanlar ya da o kentte bulunanlardır. Aslında, kolektif hakların temelinde yatan yaşam hakkı, kent hakkı bakımından da temeldir. Çünkü “sağlıklı ve dengeli bir kentte yaşama hakkı” kavramı da bu kavram yerine kullanılabilir.³⁹ Kent hakkı söz konusu olduğunda birincil olarak o kentte yaşayanlar için bir korunma söz konusu olmakla beraber aslında çok daha büyük bir gruba yarar sağlanacaktır.

Sağlıklı ve dengeli bir kentte yaşayan kent hakkının muhatabı olan “halk” öncelikle o kentte yaşayanlardır. Aynı zamanda kent hakkından yararlanacak olanlar henüz o kentte yaşamayan gelecek kuşaklar ve kente gelecek olanlardır.⁴⁰ Bu kapsamda bakıldığında hakkın yararlanana için oldukça geniş bir çerçeve söz konusudur. Ancak bu durum kent hakkı için de kolektif haklarda kolektif yarar olduğunun bir göstergesidir.⁴¹ Uygulamaya bakıldığında ihlal edeni de haktan yararlanan kadar geniştir. Hem hakkı sağlama hem hakkı güvence altına almakla yükümlü olan idare kent hakkını ihlal de etmektedir. Kentte var olan biyolojik çeşitliliğin sonlanması ya da azalması, kentin ormansızlaşması gibi hususlar aslında o kentte yaşayan bakımından bir hak ihlali (çevre hakkı) olsa da tüm dünya için de bir hak ihlalidir.

Kentlinin en başta her insan gibi “kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına ulaşma hakkı vardır; beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkı” vardır. Bu bağlamda kent hakkı yaşama hakkı, beslenme hakkı, barınma hakkı, giyinme hakkı, güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi temel hakların bir uzantısı bir kesişim kümesi gibi düşünebilir. Kent hakkı denildiğinde bu sayılan temel hakların her birinden her bir kentte bulunanın faydalanması akla gelmekle beraber bunların daha da fazlasını ifade eder. Haklar sınıflamasında hem birinci hem ikinci hem de üçüncü kuşak haklar olarak adlandırılan haklar silsilesi ile kent hakkı iletişim içinde olup bunların tümünden kentte bulunan insanın yararlanabilmesini şart tutar.⁴² Kuçuradi’ye göre kent hakkı kolektif taleplere dayanmaktadır ve temel kişi hakları olarak insan haklarından sayılmamaktadır. Ancak kolektif haklar olarak mekânlarla ilgili hakların insan haklarıyla ilişkisi, bu haklarla

³⁹ KABOĞLU, 2002, s.535.(Esinlenilerek örneklendirilmiştir.)

⁴⁰ ERTAN, 2014, s.64.

⁴¹ Can HAMAMCI, “Üçüncü Kuşak İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, ss. 47-77.

⁴² Ruşen KELEŞ, “Kentli Hakları Üzerine”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, s.119.

paralelliği ve insan haklarının gerektirdikleri çerçevesinde değerlendirilebilmeleri temel hakların gerçekleştirilmesini sağlamakla ilgilidir. Temel hakların gerçekleştirilmediği toplumlarda kent hakkından bahsetmek soyut bir talep olacaktır.⁴³

Kentte yaşayan insan için kent, yaşamsal mekânı, hayatını sürdürebileceği ve yaşam standardını yansıtan yerdir. Bu nedenle kent hakkı, “temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” ile işbirliği içinde değerlendirilmelidir.

Kent hakkı, çevre hakkı ve kalkınma hakkı ile kimi açılardan uyumludur. Şöyle ki iktisadi, toplumsal ve kültürel boyutu içinde barındıran kalkınma hakkı⁴⁴; kent hakkı söz konusu olduğunda kendini o kentte yaşayanlar bakımından iktisadi, toplumsal ve kültürel kalkınma olarak gösterir. İnsanların eğitim imkânlarının artırılması, sağlık hizmetlerinin kalitesinin yükseltilmesi, daha yüksek istihdam ve gelir düzeyine ulaşılması, siyasi özgürlüklere sahip olma gibi alt başlıklar halinde sayılan kalkınma hakkı⁴⁵, kent hakkı bağlamında da o kentte yaşayanlar için söz konusu olacaktır. Bu süreçte dezavantajlı kesimlerin bilhassa dikkate alınması gerekmektedir. Yoksulluk ve işsizliğin arttığı, toplumsal dışlanmanın ve kaynak yetersizliğinin var olduğu bir dünyada yerleşim yerlerinin kalitesi önem kazanmaktadır.⁴⁶ İster kentte ister kırdada olsun kaliteli yaşam her insan için önemlidir. Ancak kentte yaşayan insan için gerek kentteki nüfus fazlalığı ve ilişkilerin karmaşıklığı gerekse kentten beklentinin fazla olması bakımından kaliteli yaşam kavramı daha dikkatle ele alınmalıdır. Kentte yaşayan insan, kentte yaşamak bakımından eğitim, kültürel ve sanatsal faaliyetler gibi alanlarda daha fazla olanağa sahip olduğu gibi nüfusun fazlalığı, ilişkilerin karmaşıklığı gibi durumlar bakımından kıra nazaran daha olanaksızdır. Kentte yaşayan insan bu olanaksızlıkları kentin olanakları ile çözme eğilimindedir. Bu nedenle kentte bireyselleşme ile yalnızlık ve yabancılaşma eğilimleri de artmaktadır.

Kentler aynı zamanda eşitsizliğin de var olduğu mekânlardır. Kent gelişimi bir yandan üstün nitelikler ile gelişirken bir yandan daha da yoksul ve dışlanmış kesimi barındırmaktadır.⁴⁷ Kentlerde, onurlu yaşamın bir hak olduğu bilincine daha çabuk ulaşılmaktadır.⁴⁸ Bu bilincin varlığı ve gelecek

⁴³ PALABIYIK, 2004, ss.197-253.

⁴⁴ ARAL, 2010, s.157.

⁴⁵ ARAL, 2010, ss.5-12.

⁴⁶ KELEŞ, 2013, s.115.

⁴⁷ Senem SADRİ ZEYBEKOĞLU, “Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları”, *Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2013, s.2.

⁴⁸ İlhan TEKELİ, “Kentleşmenin Tanımı ve Kentleşmeye İlişkin Kavramlar”, *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm, Toplu Eserleri-20*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, ss. 16-26.

kuşaklara aktarılması gerekmektedir. Bu durum da kentte yaşayan insanın çevresindeki sorunlara eğilmesi, sorunları göz ardı etmemesi ile mümkün olacaktır.⁴⁹

Beslenme, sağlık, konut, eğitim, nitelikli boş zaman faaliyetleri⁵⁰ kentte yaşayan her insan bakımından önemlidir. Ancak kentler yapıları itibariyle birbirinden iktisadi, sosyal ve kültürel anlamda kopuk topluluklardan oluşmaktadır.

Karar alma mekanizmalarına katılım kent hakkı bakımından en mühim araçlardır. Kentte yaşayan insan için kent onun fiziki varlığını idame ettirebileceği, entelektüel, ahlaki, toplumsal ve manevi gelişimine imkân sağlayan yerdir. Kentte yaşayan insan o kente tabii olmakla beraber o kentin şekillendiricisidir.⁵¹

Kentte yaşayan insanın kent hakkından faydalanabilmesi için hem devlet hem de yerel yönetim görev sahibi olup birey de bu süreçte yer alması gereken bir aktördür. Bununla beraber bu haktan faydalananlar aynı zamanda bu hakkın yerine getirilmesi için de birer yükümlüdür. Kentte yaşayan insanın çevresi ve diğer insanlar ile olan ilişkisinde kentli hakları önemlidir.

Kent hakkı kavramını ilk olarak Henri Lefebvre ele almış ve Lefebvre, kentli hakları dediğinde yaşama ve yerleşme hakkı, bilgi hakkı, ifade hakkı, kültür hakkı, farklı ve eşit kimlik hakkı, kent yönetimine katılma hakkı ve kentle ilgili henüz tanımlanmamış hakları kastetmiştir.⁵²

Kent hakkı konusunda açıklanması gereken bir husus da şudur: Kent hakkını “başka türlü bir insan hakkı” olarak açıklayan David Harvey, kentte yaşayanın hakkına sahip çıkmasının bu bilinç düzeyine ulaşması ile mümkün olacağını söyler.⁵³ Aslında bu durum kent hakkının bilincinde olabilmeleri için yerel yönetimlere asgari bir yükümlülük yükler. Kent hakkının bilincine varabilecek koşulları kentte yaşayana sağlama yükümlülüğü. Kenti kendinin gibi görüp koruma şekillendirme bilinci.⁵⁴ Devlet de o kentte yaşayanlara bu hakların kullanılmasını yolunu açmalıdır.

⁴⁹ ERTAN, 2014, s.85.

⁵⁰ ARAL, 2010, s.175.

⁵¹ Bu tanım Stockholm Bildirisi’nde (1972) “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” kapsamında çevre için yapılmış olup kentte yaşayan insan için dar anlamda çevre, kent olduğundan kent hakkı için de uyarlanmıştır.

⁵² ERTAN, 2014, s.60.

⁵³ HARVEY, 2008, ss. 23-40.

⁵⁴ KELEŞ, s.145.

Kentli hakları, kentte yaşayan herkese ulaşılması gerektiği fikriyle hareket edildiğinde bir bakıma toplumsal adaletin de gerçekleştirilmesinde bir araç olacaktır.⁵⁵ Kentte yaşayan insanın yaşam alanında, yani kentte pek çok sorunla karşılaşması olasıdır. Özellikle yoksullar, engelliler bakımından kentin olanaklarından faydalanmak çok daha güçtür. Günümüzde artan nüfus, iş bulma olanaklarının kısıtlanmasına neden olmuştur. Aslında kent hakkı ile kast edilen sosyal adaletin hiç değilse mekânsal olarak olanaklarının kıra göre fazla olduğu kentlerde eşit dağıtılmasıdır.

İnsan hakları ihlallerinin önüne geçmek için mekânsal koşullarda insan haklarına uygun değişikliklerin gerçekleşmesi ve aynı zamanda mekânsal koşulların iyileşmesi için insan hakları ihlallerinin durdurulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, birçok insan hakkının (örneğin sosyal adalet, eşitlik, özgürlük, demokratik temsil, barınma, çalışma, sağlık, güvenlik, kültürel ve sosyal aktivitelere katılım) yerine getirilmesi mekânsal koşullarda insan haklarına uygun değişikliklerin gerçekleşmesine bağlı olduğu gibi, uygun barınma koşullarına sahip konutların, huzurlu ve yaşanabilir mahallelerin, insanları bir araya getiren kentsel mekânların ve herkese açık kamusal mekânların oluşturulması da insan haklarının yerine getirilmesine bağlıdır.⁵⁶ Mekânın oluşum süreçlerinin insan hayatına etkisi nedeniyle, mekân ve insan hakları çalışmalarında bu süreçlerin dikkate alınması, özetle insan haklarına uygun mekânların var olması için bu süreçlerin insan haklarına uygun bir biçimde gelişmesi gerekmektedir.

4. SONUÇ YERİNE

Kent hakkı kolektif hakların içinde yer alan, sağlıklı ve dengeli bir kentte yaşama hakkı olarak da adlandırılabilir. Bu nedenle temelinde yaşama, barınma, kişi dokunulmazlığı haklarını içinde barındıran, farklı özelliklere sahip gruplara üye kişilerin kendi insansal olanaklarını geliştirebilmelerini mümkün kılan kamusal düzenlemelere ilişkin normları içeren kolektif bir haktır. Bu hakkın yerine getirilmesi hem kolektif bir istem hem de siyasi iradenin kararlarını gerektirmektedir. “*Olanaklı olan onu gerçekleştirilmeye girişen biri olmayınca, hiçbir zaman gerçek olamaz.*”⁵⁷

⁵⁵ ERTAN, 2014, s.63.

⁵⁶ Mimarlık ve İnsan Hakları, <http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=379&RecID=2952>, Erişim tarihi: 01.11.2014

⁵⁷ Bergen COŞKUN, “İoanna Kuçuradi: 21. Yüzyılın Vebası Karşısında Doktor Rieux”, *İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında*, (Editör: Çotuksöken Betül, Uygur Gülriz, Şimşak Hülya) Tarihiçi Kitabevi, İstanbul 2014, s. 39.

KAYNAKÇA

- ARAL, Berdal, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.
- COŞKUN, Bergen, “İoanna Kuçuradi: 21. Yüzyılın Vebası Karşısında Doktor Rieux”, *Çağın Olayları Arasında* (Editör: Çotuksöken Betül, Uygur Gülriz, Şimşak Hülya), Tarihçi Kitabevi, İstanbul 2014, ss. 37-43.
- ERTAN, A., Kıvılcım, *Kent ve Kentli Hakları*, TODAİE Yay. No:381, Ankara, 2014.
- ERTAN, Birol “Yeni İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör Kıvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, 2013, ss. 23-46.
- HAMAMCI, Can, “Üçüncü Kuşak İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, ss. 47-77
- HARVEY, David , *Asi Şehirler* (Çev.: Ayşe Deniz Temiz) , Metis Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- HARVEY, David, “The Right to the City,” *New Left Review* 53, Eylül-Ekim 2008, ss. 23-40.
- İSPİR, Eyüp, *Şehirleşme ve Meseleleri*, Gazi Büro Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 1991.
- KABOĞLU, Ö., İbrahim, *Dayanışma Hakları 2*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 1996.
- KABOĞLU, Ö., İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- KABOĞLU, Ö., İbrahim, *Kolektif Özgürlükler*, DÜFH Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- KARASU, M., Arman, “Kentli Haklarının Gelişimi ve Hukuki Boyutları” ,*TBB Dergisi*, sayı 78, 2008, ss. 37-52.
- KELEŞ, Ruşen “Kentli Hakları Üzerine”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları*, TODAİE Yayınları, 2013, ss. 111-148.
- KUÇURADI, İoanna, “Günümüzün Devletlerinde İnsan Hakları Işığında “Azınlık Hakları”: Kavramı ve Sorunları”, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2007.
- KUÇURADI, İoanna, “İnsan Hakları: Kavram ve Çeşitleri”, *Ankara Barosu İnsan Hakları Konferans, Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, ss. 29-47.
- ORTAYLI, İlber, *Türkiye İdare Tarihi*, TODAİE Yayınları No:180, Ankara, 1979.
- PALABIYIK, Hamit, "Avrupa Kentsel Şartı", *Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Anlaşmaları* (Editör: Z. Toprak, H. Yavaş, M. Görün, Birleşik Yayınları, İzmir, 2004, ss. 197-253.

TEKELİ, İlhan, “IULA ve EMME Başkanışmanı Sıfatıyla Yaptığı Konuşma”, *Kentsel Haklar: Karşılaştırmalı Çerçevde Türkiye* (Der: Mete Tunçay), Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, İstanbul, 1994, ss. 25-32.

TEKELİ, İlhan “Kentleşmenin Tanımı ve Kentleşmeye İlişkin Kavramlar”, *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm, İlhan Tekeli Toplu Eserleri-20*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 16-26.

TEPE, Harun “İnsan Hakları ve Evrensellik Tartışması”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları* (Editör Kıvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, ss. 3-21.

UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, *COĞİTO: İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 13-44.

ZEYBEKOĞLU, S., Senem, “Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları”, *Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2013, ss. 1-16.

İnternet Kaynakları:

“Kent Hakkı Yurttaşlık Sözleşmesinin Temeli Olmalı”, <http://www.sendika.org/2013/12/kent-hakki-yurttaslik-sozlesmesinin-temeli-olmali/>, Erişim tarihi: 01.11.2014.

SADRİ, Hossein, “Mimarlık ve İnsan Hakları”, <http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=379&RecID=2952>, Erişim tarihi: 01.11.2014.

“Human Rights, Environment, and Economic Development: Existing and Emerging Standards in International Law and Global Society”, <http://www.ciel.org/Publications/olp3v.html>, Erişim tarihi: 27.02.2015.

Kuçuradi'den aktaran SADRİ, Hossein, “Mekân ve İnsan Hakları”, <http://www.mimarlarodasiankara.org/dosya/dosya25.pdf>, Erişim tarihi: 27.02.2015.

JEREMY BENTHAM VE FAYDA PRENSİBİ*

Elif Çağla Yıldız**

GİRİŞ

Faydacılık, kökeni *Epikür* ve *Aristippus* felsefesine, diğer bir deyişle Eski Yunan'a kadar giden ve *Jeremy Bentham*'a dek başta *John Gay*, *William Paley*, *Cesare Beccaria*, *Claude Adrien Helvetius*, *Francis Hutcheson* gibi düşünürlerin katkıda bulunduğu bir teori olsa da¹ *Bentham*'ın faydacı okulun kurucusu olduğu kabul edilmektedir. *Bentham*, zamanına dek ileri sürülen faydacı düşünceleri bir okul çatısı altında sistematize etmiş olup² en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu olarak bilinen fayda prensibini sadece ahlâk değil, hukuk ve siyaset alanlarına da uygulayarak faydacı düşünceye yenilik getirmiştir.³ Fayda prensibi, esasında *Bentham* tarafından değil, İngiliz faydacılığının erken temsilcilerinden *Hutcheson* tarafından geliştirilmiş olsa da⁴ *Bentham*, prensibi faydacı düşüncenin temelini yerleştirerek sadece insan eylemleri için değil, devlet edimleri ve dolayısıyla yasalar için de ölçüt haline getirmiştir.⁵ Çalışmada öncelikle fayda prensibi ve prensibin *Bentham*'ın ahlâk ve hukuk teorilerindeki yerine değinilecek olup son olarak *Bentham*'ın prensip hakkındaki nihai düşünceleri aktarılacaktır.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Martin ESHLEMAN, Carlton COLLEGE, "Utilitarianism", *Encyclopedia of Morals* içinde, Editör: Vergilius FERM, Philosophical Library, New York, 1956, s. 620; Ahmet GÜRBÜZ, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi*, Beta, İstanbul, 2012, s. 1, 4, 46.

² Hülya ÖZKURT, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5.

³ Bertrand RUSSELL, *A History of Western Philosophy*, New Simon and Schuster, New York, 1945, s. 775; ESHLEMAN, COLLEGE, 1956, s. 628.

⁴ GÜRBÜZ, 2012, s. 46.

⁵ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000, s. 14.

I. BENTHAM'IN AHLÂK TEORİSİNDE FAYDA PRENSİBİ

Bentham'ın ahlâk teorisi, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* adlı eserinde ifade ettiği üzere iki kavram temelinde gelişmektedir. *Bentham* insan doğasının efendisi olarak ilan ettiği haz ve acının her türlü eylemlerimizi yönlendirdiğini belirterek psikolojik bir hedonizm kabulü ortaya koymaktadır.⁶ İnsanların doğaları gereği her türlü eylemlerinde hazlarını artırmak üzere hareket ettiklerini ve acıdan kaçındıklarını ifade eden *Bentham*, haz ve acının idaresinden çıkmanın imkânsız olduğunu ve dolayısıyla insanın yapabileceği en iyi şeyin doğasına uygun davranarak haz merkezli eylemde bulunmak olduğunu belirtmektedir.⁷

“Doğa, insanı iki egemen efendinin, haz ve acının hâkimiyeti altına yerleştirmiştir. Ne yapacağımızı gösterdikleri kadar, ne yapmamız gerektiğini de yalnız onlar belirlerler. Bir yanda doğru ve yanlış ölçütü, diğer yanda sebep ve sonuçlar zinciri onların hükmüne bağlanmıştır. Her yaptığımızda, her söylediğimizde ve her düşündüğümüzde bizi yönetirler, tâbiyetimizi kaldırmak için sarf ettiğimiz her çaba sadece onu göstermeye ve onaylamaya hizmet edecektir. Bir insan sözde onların hâkimiyetini reddetmiş görünebilir, ancak gerçekte her zaman onların tâbiyetinde kalacaktır.”⁸

Alıntılanan ifadesinden hareketle *Bentham*'ın psikolojik hedonizmden ahlâki hedonizme, diğer bir deyişle olandan olması gerekene geçiş yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır. *Bentham*'a göre insanlar doğaları gereği hazlarını artırma güdüsüyle hareket etmektedirler ve aslında onların yapmaları gereken de budur. Haz ve acı sadece ne yaptığımızı değil ne yapmamız gerektiğini de belirlerler.⁹ *Bentham* insanın doğası gereği hazzını artırmak üzere eylemde bulunduğunu gözleme dayanan bilimsel bir veri olarak sunup kabul ettiği bu gerçekten bir ahlâk teorisi, diğer bir deyişle olandan olması gerekenler sistemi türetmiştir.¹⁰

Bentham'ın ahlâk teorisinin temelinde olan haz kavramının düşünürün fayda kavramını da şekillendirdiği görülmektedir. *Bentham*, faydayı bir şeydeki avantaj, haz, iyilik, ya da mutluluk üretme veya zararı, acıyı,

⁶ BENTHAM, 2000, s. 14; William SWEET “Jeremy Bentham (1748-1832)”, <http://www.iep.utm.edu/bentham/>, (erişim tarihi: 11.05.2011).

⁷ GÜRBÜZ, 2012, ss. 76-78.

⁸ BENTHAM, 2000, s. 14.

⁹ John PLAMENATZ, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford, 1966, s. 77, Frederick COPLESTON, *Felsefe Tarihi Yararcılık ve Pragmatizm*, Çev.: Deniz CANEFE, İdea Yayınevi, İstanbul, 2000, ss. 13-14, ÖZKURT, 2013, ss. 53-54.

¹⁰ Adnan GÜRİZ, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963, ss. 36, 50.

mutsuzluğu, kötülüğü önleme özelliği olarak tanımlamaktadır. Fayda bir şeydeki haz ve mutluluk üretme özelliğidir. Görüldüğü üzere haz, mutluluğa denk olarak ele alınmakta ve *Bentham*'ın ahlâk teorisinde haz ve mutluluk iyinin karşılığı olmaktadır. Dolayısıyla *Bentham* için, bireyin faydasına uygun olan eylem, bireyin hazzını diğer bir deyişle mutluluğunu artıran eylem olmaktadır. Bir topluluğun faydasına uygun olan eylem de topluluğu meydana getirenlerin mutluluğunu artıran eylem olacaktır. Bu noktada faydacı ahlâk teorisine göre doğru eylemi belirleyen ölçüt olarak karşımıza fayda prensibi çıkmaktadır. Zira *Bentham* fayda prensibini “Fayda prensibiyle kast edilen, her eylemi, çıkarı söz konusu olan tarafın mutluluğunu artırma veya azaltma, diğer bir deyişle mutluluğu destekleme veya onu engelleme eğilimine göre onaylayan ya da tasvip etmeyen bir ilkedir” ifadesiyle tanımlamıştır.¹¹ Fayda prensibine göre, çıkarı söz konusu olan taraf bireyse söz konusu bireyin en büyük mutluluğunu, toplumsa o toplumdaki en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlayacak şekilde eylemde bulunulmalıdır. Eylemden etkilenen olan sadece eylemde bulunansa, birey olanaklı eylemler arasında kendisi için en faydalı olanı seçmelidir. Ancak bireyin eylemi, diğer bireyleri veya bütün olarak toplumu da etkileyecekse, birey en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlayacak şekilde eylemde bulunmalıdır.¹² Dolayısıyla “çıkırı söz konusu olan taraf” ifadesini ahlâki eylemde bulunan taraf olarak değil, eylemden etkilenen kişiler olarak algılamak gerektiği belirtilmektedir.¹³

Eylemde bulunurken temel alınan fayda prensibi bir eylemin ahlâki olarak değerlendirilmesinde de ölçüttür. *Bentham*, fayda prensibinin taraftarlarının bireysel ya da toplumsal bir eylemi acı veya haz doğurmasına göre değerlendirip haz, mutluluk doğuran eylemleri iyi, ahlâki, adil, acıya sebep olan eylemleri ise kötü, gayri adil, gayri ahlâki olarak adlandıracaklarını ifade eder. Buna göre faydacılık yanlıları hazdan çok acı verdiği halde kendilerine erdem olarak dayatılan bir eylemi erdemsizlik örneği olarak görmekte tereddüt etmeyeceklerdir.¹⁴ Eylemde bulunurken ve bir eylemi değerlendirirken kullanılan fayda prensibinden hareketle en büyük mutluluğu, dolayısıyla hazzı sağlayan eylemin tespiti için *Bentham*'ın hedonist bir hesaplama yöntemi geliştirdiği görülmektedir.¹⁵ Haz ve acılar arasında nitelik bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır. *Bentham*'ın verdiği örneğe göre bir push-pin oyunuyla bir şiirin verdiği haz arasında

¹¹ BENTHAM, 2000, ss. 14-15.

¹² ÖZKURT, 2013, ss. 54-55.

¹³ James Henderson BURNS, “Happiness and Utility: Jeremy Bentham’s Equation”, *Utilitas*, Volume 17, (2005), Number 1, s. 52.

¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Yasamanın İlkeleri*, Çev.: Barkın ASAL, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 3-4.

¹⁵ BENTHAM, 2000, ss. 31-32.

niteliksel değer bakımından bir fark yoktur.¹⁶ Bununla birlikte hazlar nicelikleri bakımından birbirlerinden farklıdır. Buna göre bir eylemin sebep olacağı haz ve acı niceliksel olarak hesaplanıp, acıdan çok haz getiren eylemler iyi olarak değerlendirilmelidir. Tercih edilmesi gereken eylemse olanaklı iyi eylemler arasından sebep olduğu acıya göre ürettiği haz en baskın olan ve dolayısıyla olanaklı en büyük mutluluğa veya en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğuna ulaştırın eylem olmalıdır.¹⁷ Acı ve hazzın niceliksel olarak hesaplanması için *Bentham*'ın hazzın veya acının yoğunluğu, süresi, kesinliği ve uzaklığı/yakınlığı olarak belirlediği dört ölçütten hareket ettiği görülmektedir. Acı ve hazzın niceliksel değerinden başka eğer bir eylemin eğilimi de hesaplanacaksa iki ölçüt daha dikkate alınmalıdır. Bunlar haz ve acının üretkenliği (acının başka bir acı, hazzın da başka bir haz üretebilmesi) ve saflığı (hazzın acıya, acınsa hazza sebep olmaması) olacaktır. Eylem birden fazla insanı etkileyecekse eylemin kapsamı da hesaplama dahil edilmesi gereken bir ölçüttür.¹⁸ *Bentham*'ın söz konusu hesaplama yönteminin sadece pratikte değil, teoride de imkânsız olarak görüldüğünü ve eleştirildiğini belirtmek gerekir.¹⁹ Ancak *Bentham* her ahlâki ve hukuki süreçte hesaplamanın sıkı sıkıya takip edilmesinin beklenemeyeceğini kabul etmiş olsa da insanların çoğu zaman eylemde bulunmadan evvel buna benzer bir süreç izlediğini belirterek hesaplamanın uygulanabileceğini savunmuştur.²⁰

Bentham'ın, eylemleri haz veya acı üretme sonuçlarından hareketle gerçek anlamda değerlendirdiğini ifade ederek nesnel ilan ettiği fayda prensibi²¹ dışındaki bazı ahlâki prensipleri eleştirdiği görülmektedir. *Bentham*'ın eleştirilerine hedef olan ilk prensip fayda prensibinin karşıtı ilan ettiği çilecilik prensibidir.²² *Bentham*, fayda prensibinin aksine acıyı artıran ve hazzı azaltan eylemleri onaylayan çilecilik prensibi uygulandığında dünyanın bir gün içinde cehenneme döneceğini belirtmiştir. *Bentham*'ın bundan başka fayda prensibine kimi zaman tesadüfi olarak uygun kimi zamansa uygun olmayan sonuçlar doğuran antipati ve sempati prensibini de eleştirdiği görülmektedir. *Bentham* söz konusu prensipten hareket eden kişinin bir eylemi duygularına dayanarak değerlendirdiğini ifade etmektedir. Söz konusu prensibe göre bir kişi bir şeyi sevme veya nefret etme

¹⁶ William Ritchie SORLEY, *History of English Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1951, ss. 228-229.

¹⁷ GÜRBÜZ, 2012, ss. 80-82; ÖZKURT, 2013, s. 83.

¹⁸ BENTHAM, 2000, ss. 31-32.

¹⁹ PLAMENATZ, 1966, ss. 74-76.

²⁰ Jeremy BENTHAM, "The Good As Pleasure", *Philosophic Problems An Introductory Book of Reading içinde*, Edited By: Maurice MANDELBAUM, Francis W. GRAMLICH, Alan Ross ANDERSON, The Macmillan Company, New York, 1958, s. 378, BENTHAM, 2000, s. 33.

²¹ ÖZKURT, 2013, s. 41.

²² BENTHAM, 2000, s. 19.

durumundan hareket ederek onaylamakta veya kınamaktadır. *Bentham*, ahlâk kadar özellikle hukuka ve ceza hukukuna sirayet ettiğini belirttiği söz konusu prensibi nesnel bir muhakeme ölçütü olmadığı gerekçesiyle eleştirmekte ve kişilerin bu prensip üzerinden kendi düşüncelerini yasa olarak dayattıklarını ifade etmektedir. *Bentham*'ın doğal hukuk teorisini bu kapsamda değerlendirdiği görülmektedir. Ona göre doğal haklar, doğa yasası gibi ifadeler altında bazı hukukçular ve filozoflar kendi kanaatlerini dayatmaktadır.²³

II. BENTHAM'IN HUKUK TEORİSİNDE FAYDA PRENSİBİ

Bentham'ın fayda prensibinden bahsettiği ilk eseri, hocası *William Blackstone*'un *Commentaries on the Laws of England* adlı eserine cevap niteliğindeki *A Fragment on Government*'tır. *Bentham*'ın yirmi sekiz yaşındayken yazdığı bu eserinde *Blackstone*'un toplumun sözleşmeden doğduğu düşüncesine ve doğal hukuk yanlılığına eleştiri yönelttiği görülmektedir. *Bentham*'ın inandırıcılıktan uzak referanslar üzerine kurulduğunu belirttiği hukuk sistemi tanımına da eleştiriyle yaklaştığı ve böylesi antik teoriler yerine, her hukuk kuralının fayda prensibine göre ölçüleceği bir hukuk bilimine ihtiyaç olduğunu belirterek²⁴ eserinde en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu doğru ve yanlış ölçütü olarak ilan ettiği göze çarpmaktadır. Bahsedildiği üzere yarım yüzyıl önce *Hutcheson* fayda prensibini doğru ve yanlış ölçütü olarak ilan etmiş olsa da *Bentham* prensibe *Hutcheson*'ın bir eserinde değil, *Joseph Priestley*'nin *Essay on the First Principles of Government* adlı risalesinde rastladığını belirtmiştir. *Priestley*'nin devlet edimlerini değerlendirme ölçütü olarak toplumun çoğunluğunun mutluluğunu ileri sürmesinden etkilendiğini belirten *Bentham*, fayda prensibini gerek ahlâkın gerekse yasamanın temel prensibi ilan etmiştir.²⁵ *Bentham* prensibi *Priestley*'nin risalelerinden aldığını kaydetmişse de, hafızasının onu yanıltmış olabileceği zira *Priestley*'nin prensibi tam anlamıyla kullanmamış olduğu ifade edilmektedir. *Bentham*'ın prensibe aslında İtalyan teorisyen *Beccaria*'nın *Dei delitti e delle pene* (*Suçlar ve Cezalar Hakkında*) adlı eserinin İngilizce tercümesinde rastlamış olabileceği öne sürülmektedir. *Bentham*, hafızasının yanıltılması sonucu, esasında *Beccaria*'nın eserinde rastladığı prensibe, *Priestley*'nin aynı dönemlerde okuduğu risalesinde rastladığını düşünmüştür.²⁶

Fayda prensibi, *Bentham*'ın faydacı hukuk teorisinde de bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. *Bentham*, yasaları da fayda prensibi temelinde

²³ BENTHAM, 1958, s. 375.

²⁴ John Maurice KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, s. 287.

²⁵ COPLESTON, 2000, s. 10.

²⁶ SORLEY, 1951, ss. 219-220; BURNS, 2005, s. 46.

değerlendirmiş olup yasaların bir kralın veya soylu bir sınıfın değil, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu artırdıkları sürece doğru olacağını belirtmiştir. Buradan hareketle fayda prensibine uygun olmayan, diğer bir deyişle en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlamayan bütün yasa ve kurumların ilgasını veya fayda ölçütüne uygun hale getirilmesini savunmuştur. Yasayı haklılaştırabilecek tek şey ortak iyiye yönelmiş olmasıdır. *Bentham*, yasaları haklılaştırmada genel faydadan hareket etmiş ve tehlikeli, anarşist olarak nitelendirdiği doğal haklar veya insan hakları kuramlarına dayanan haklılaştırmaları eleştirmiştir.²⁷ İyilik ve kötülük yönündeki etkileri dışındaki her neden yasaların yanlış değerlendirilmesine yol açacaktır.²⁸ *Bentham, A Fragment on Government* adlı eserinde İngiliz Hukuku'nda bir reform önererek bir kuralın bir eylemi yasaklamasının tek sebebinin eylemin getireceği zarar olması gerektiğini öne sürüp ceza hukukunun temelinde de fayda prensibini yerleştirmeye çalışmıştır. Zarar getirmeyen bir eylemi yasaklayan bir yasa kötü bir yasa olarak hukukta yer bulmamalıdır. Bu sebeple fayda prensibinin egemen olduğu bir sistemde yalnızca mutluluğu azaltan, zarara sebep olan eylemler suç olarak belirlenmelidir. Ceza hukuku da fayda prensibi tarafından idare edilmeli²⁹ ahlâk ve medeni hukukta olduğu gibi ceza hukukunda da fayda prensibi ölçüt olarak kabul edilmelidir. Kişilerin davranışlarının sonuçlarından hareket edilerek zararlı eylemler objektif olarak saptanmalı, suçların saptanmasında sübjektif nedenler rol oynamamalıdır. Suç niteliğindeki fiiller eylemin bireyler veya toplum nezdinde yol açtığı zarara dayanılarak tespit edilmelidir.³⁰

Bentham, cezayı siyasal otorite tarafından suç niteliğinde bir eyleme, eylemin doğal sonuçlarına benzer vakaların yaşanmaması için bağlanmış olan yapay bir sonuç olarak görmektedir.³¹ Ceza, kendinde kötü veya zararlı bir edimdir. *Bentham* için ceza ve verdiği acı mutluluğu vaat etmediği sürece olumsuz bir anlama sahiptir.³² Ceza toplumun mutluluğu için zorunlu olsa da hazzı azaltıcı ve acıyı artırıcı bir uygulama olduğundan faydacı düşüncede

²⁷ William GRAHAM, *English Political Philosophy from Hobbes to Maine*, Edward Arnold, London, 1919, s. 213.

²⁸ BENTHAM, 2011, s. 83.

²⁹ Phillip SCHOFIELD, "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism", *Current Legal Problems*, Volume 56, 2003, ss. 32-34; Phillip SCHOFIELD, *Utility and Democracy, The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2006, ss. 112-113.

³⁰ George SABINE, *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi*, Çev.: Özer OZANKAYA, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1991, s. 73; Adnan GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 248

³¹ BENTHAM, 2000, s. 133.

³² Tony DRAPER, "An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment", *UCL Bentham Project: Journal of Bentham Studies*, Volume 5, (2002) s. 1-17.

cezanın kendinde kötü olduğu düşüncesi ve buna bağlı olarak haklılaştırılması gereği ortaya çıkmıştır.³³ Ancak fayda prensibi temelinde daha büyük bir zararı önlemeyi vaat eden bir ceza haklılaştırılabilecektir.³⁴ Ceza, gelecekteki bir kötülükten caydırmak, alıkoymak için uygulanmalıdır. *Bentham*, *Beccaria*'nın da vurgulamış olduğu caydırıcılık amacını cezayı haklılaştırmada öncelikli sebep olarak kabul etmiştir. Ceza toplumun mutluluğunu azaltacak bir kötülükten alıkoyma süreci toplumun faydasına uygundur.³⁵ *Bentham*, cezayı devletin intikamı olarak gören ve döneminde birçok Avrupa Devleti'nde egemen olan anlayışa, karşı çıkmıştır.³⁶ Ceza bir öfke, intikam edimi olarak görülmemeli³⁷ ceza hukukunda da en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu gözetilerek kişi suç işlediğinden dolayı değil, bir daha suç işlenmemesi için zarara maruz bırakılmalıdır. Böylelikle toplum fayda elde edecektir.³⁸ *Bentham*'ın cezanın caydırıcı olmayacağı ve dolayısıyla toplumun mutluluğuna katkıda bulunmayacağı hallerde suçlunun cezasız bırakılmasını uygun bulduğu görülmektedir. Sözgelimi gerçekleştirdiği eylemin kötülük olduğunu bilmeyen birini, bir akıl hastasını veya çocuğu cezayla caydırmak mümkün olmayacağından, verilen ceza toplumun faydasına da katkıda bulunmayacaktır.³⁹

Bentham'ın cezayı kendinde kötü olarak gören faydacı ceza teorisi cezayı kendinde iyi ve ödetme işlevli olarak gören mutlak ceza teorilerinden ayrılmaktadır. *Bentham*'ın ceza teorisi cezayı kendinde amaç olarak görmeyen, ancak belli amaca ulaşmada bir araç olarak değerlendiren nispi ceza teorilerine dahil edilmektedir. Zira *Bentham* için ceza suçluya, suçsuz yurttaşların mutsuzluğunu önlemek için acı çektiren bir uygulamadır ve ancak söz konusu gerekçeyle, toplumun mutsuzluğunu önleme gerekçesiyle haklılaştırılabilmektedir.⁴⁰ Cezanın amacı kötülüğü önleyerek toplumun mutluluğunu artırmaktır. Dolayısıyla ceza sadece fayda prensibi gerekli kılıyorsa uygulanmalıdır.⁴¹

³³ COPLESTON, 2000, s. 19.

³⁴ BENTHAM, 2000, s. 134.

³⁵ Mark TUNICK, *Punishment: Theory and Practice*, University of California Press, Berkeley, 1992, s. 72; Anthony J. DRAPER, "Cesare Beccaria's Influence on English Discussions of Punishment, 1764-1789", *History of European Ideas*, Volume 26, (2000), s. 192.

³⁶ DRAPER, 2002, ss. 5-6.

³⁷ Gilbert GEIS, "Pioneers of Criminology VII-Jeremy Bentham(1748-1832)", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 4, (1955), Number 2, s. 167.

³⁸ GÜRBÜZ, 2012, s. 105.

³⁹ TUNICK, 1992, ss. 71-72.

⁴⁰ Maarten. BERG, "Death Penalty and Happiness in the States. Was Jeremy Bentham Right?", *Journal of Social Research & Policy*, (2010), Number 1, ss. 137- 138.

⁴¹ TUNICK, 1992, s. 72.

Bentham'a göre kendinde kötü bir edim olan ve sadece daha büyük bir kötülüğü önlemesiyle haklılaştırılan ceza, caydırıcı olduğu miktarı aşmamalıdır.⁴² Buradan hareketle fayda prensibinin *Bentham*'ın ceza teorisinde yalnızca eylemin zararlarına bakılarak suç olarak belirlenmesinde ve cezanın gerekli olup olmadığının tespitinde değil, aynı zamanda cezanın miktarının saptanmasında da belirleyici olduğunu söylemek mümkündür.

III. FAYDA PRENSİBİNİN SAVUNUSU

Bentham'ın, kanıtlar zincirinin başlangıç noktası ilan ettiği fayda prensibinin kanıtlanmasının gereksiz ve olanaksız olduğunu ifade ettiği görülmektedir.⁴³ *Bentham* her şeyi kanıtlamak için kullanılan bir prensibin kanıtlanmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir.⁴⁴

Bentham, insanların doğaları gereği farkında olmadan çoğu durumda fayda prensibine uygun hareket ettiğini⁴⁵, insanların davranışları gözlemlendiğinde, eylemlerine yön veren tek şeyin fayda olduğunun görüleceğini ifade ederek gözleme dayalı bir gerçek olarak ele aldığı bu durumun, fayda prensibini ahlâk bakımından ölçüt olarak ele almak için başlı başına bir sebep olduğunu belirtmektedir. *Bentham*'a göre, bir eylemin değerlendirilmesinde tek ölçüt olan nesnel fayda prensibi dışındaki bütün prensipler yanlıştır ve yanlış olmak durumundadır.⁴⁶ Görüldüğü üzere *Bentham*, fayda prensibini, ortaya konulan diğer ahlâki prensipler arasında olabilecek en iyisi olarak düşünmektedir. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* adlı eserinde, fayda prensibinin geçersizliğini ortaya koymak için, öncelikle onun yerini alabilecek daha iyi bir prensibin bulunması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁷ *Bentham*, fayda prensibini bir matematik aksiyomu gibi, yanlışlığı ispatlanmadığı sürece doğru kabul edilmesi gereken bir prensip olarak düşünmektedir, denebilir.⁴⁸ Şu halde *Bentham*'ın fayda prensibini kanıtlamaktan ziyade onun savunusunu üstlendiğini söylemek mümkündür. Eylemlerin haz ve acıya neden olma türünden sonuçlarını göz önünde bulunduran ve dolayısıyla eylemleri gerçek anlamda değerlendirerek yapılması gerekeni gösteren fayda prensibi geçerli tek ölçüttür. *Bentham*'a göre doğru-yanlış, iyi-kötü ancak fayda prensibiyle anlam kazanmaktadırlar.⁴⁹

⁴² COPLESTON, 2000, s. 19.

⁴³ GÜRİZ, 2011, s. 243.

⁴⁴ BENTHAM, 2000, s. 16.

⁴⁵ Ibid., s. 16.

⁴⁶ GÜRBÜZ, 2012, ss. 84-85.

⁴⁷ BENTHAM, 2000, s. 16.

⁴⁸ GÜRİZ, 2011, s. 243.

⁴⁹ ÖZKURT, 2013, ss. 41, 43.

IV. BENTHAM'IN FAYDA PRENSİBİ ÜZERİNE NİHAİ DÜŞÜNCELERİ

Bentham'ın ilerleyen yıllarda ahlâk ve yasama sisteminin temeline yerleştirmiş olduğu fayda prensibi hakkında bazı yeni düşünceler geliştirdiği görülmektedir. Öncelikle “fayda prensibi” ve “en büyük mutluluk prensibi” ifadeleri arasında tereddüt yaşamaya başladığını ve geç dönem çalışmalarında “en büyük mutluluk prensibi” ifadesini tercih etmeye yöneldiğini belirtmek mümkündür. *Bentham*'ın sonradan üzerinde durmaya başladığı bir başka düşünceyse fayda prensibinin çoğunluk lehine kullanılması olasılığı karşısında duyduğu endişeden kaynaklanmaktadır.

Bentham'ın 1776'da yılında yayınlanan ilk eseri *A Fragment on Government*'ta doğru ve yanlış nesnel ölçütü ilan ettiği prensibe “en büyük mutluluk prensibi” olarak yer verdiği görülmektedir. Fayda prensibini ilk olarak “en büyük mutluluk prensibi” ifadesiyle sunmuş olsa da, *Bentham*'ın, ifadeler arasında geçiş yaşadığını söylemek mümkündür. 1789'da yayınlamış olduğu *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*'da “en büyük mutluluk prensibi” ifadesini tercih ettiği göze çarpmaktadır. *Bentham*, aynı eserin 1823 tarihli ikinci baskısına yerleştirdiği bir dipnotta ise “fayda prensibi” terimi yerine, “en büyük mutluluk prensibi” ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bu gerekliliğin sebebi olarak fayda kelimesinin haz düşüncesine mutluluk kadar işaret edememesini göstermiştir. *Bentham*, sonradan yayınladığı *To His Fellow Citizens of France* başlıklı bildirisinde bir zamanlar “fayda prensibi” ifadesini tercih etmesinin sebebinin *Hume* ve *Helvetius* geleneğini devam ettirme isteği olduğunu belirtmiştir.⁵⁰ 1822 tarihli *Constitutional Code* adlı eserinde de bir hükümetin amacını en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu olarak saptarken “en büyük mutluluk prensibi” ifadesini tercih ettiği görülmektedir.⁵¹

Bentham'ın fayda prensibinin çoğunluk lehine kullanılması yönündeki endişelerine 1829 yılında yazdığı bir denemede rastlanmaktadır. *Bentham*, en büyük mutluluk prensibinin, azınlığın mutluluğu feda edilerek çoğunluğun çıkarı sağlanacak şekilde kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. En büyük mutluluk prensibi azınlığın zararına ve çoğunluğun faydasına kullanıldığında toplumun mutluluğu bakımından kazanç değil, aksine kayıp söz konusu olacaktır.⁵² *Bentham*'ın söz konusu hassasiyeti “Utilitarianism” başlığı altındaki bir çalışmasında en büyük mutluluk prensibini açıklığa kavuşturmak için vermiş olduğu örnekle bir arada düşünölmeye müsaittir: 4001 kişilik varsayımsal bir toplumu 2001 kişilik çoğunluk ve 2000 kişilik azınlığa ayıran *Bentham*, söz konusu toplumda mutluluğun 4001 kişi

⁵⁰ BURNS, 2005, ss. 46-49.

⁵¹ Ibid., ss. 57-58.

⁵² Ibid.

arasında eşitçe bölüştürülmesi halinde herkesin mutluluktan eşit bir pay alacağını belirtmiştir. Ancak 2000 kişilik azınlıktan elde ettikleri mutluluk alınarak 2001 kişilik çoğunluğa bölüştürüldüğünde toplumun mutluluğu artmamakla birlikte büyük ölçüde azalacaktır da. Sonuç 2001 kişinin mutluluğuyla 2000 kişinin mutsuzluğu olacaktır. *Bentham*, mutlu 4001 kişilik bir toplumla karşılaştırıldığında, 2001 mutlu 2000 mutsuz kişiden oluşmuş bir toplumda, toplam mutluluk hesabında kazanç elde edilmediğine dikkat çekmektedir.⁵³ Verilen örnekten hareketle, en büyük mutluluk prensibinin *Bentham*'ın teorisinde daha az sayıda insanın sahip olduğu daha büyük mutluluktan ziyade, mümkün olduğunca en büyük sayıda insanın olanaklı en büyük mutluluğuna tekabül ettiğini vurgulamak yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

Hutcheson tarafından geliştirildiği belirtilen fayda prensibi⁵⁴ faydacı okulun kurucusu kabul edilen *Bentham*⁵⁵ tarafından ahlâk ve yasamanın temel prensibi ilan edilmiştir. Bir eylem de bir devlet edimi de ilgilendirdiği tarafın mutluluğunu artırdığı sürece faydacı teoriye uygun olacaktır. *Bentham*'ın “her eylemi, çıkarı söz konusu olan tarafın mutluluğunu artırma veya azaltma, diğer bir deyişle mutluluğu destekleme veya onu engelleme eğilimine göre onaylayan ya da tasvip etmeyen bir ilke” olarak tanımladığı fayda prensibine göre olanaklı eylemler ve devlet edimleri arasında en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlayacak olan tercih edilmeli, ilgili tarafın mutluluğunu artırmayan eylem ve edimler tercih edilmemelidir.⁵⁶ Hukukta da fayda prensibi geçerli olmalı, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlamayan yasalar yürürlükten kaldırılmalı veya fayda prensibine uygun hale getirilmelidir.⁵⁷ Diğer yasalar gibi ceza yasaları da fayda prensibine uygun hale getirilmeli, suç olan eylemler fayda prensibine göre objektif olarak belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle topluma zararlı olan eylemler suç sayılmalı,⁵⁸ mutsuzluğa, zarara sebep olmadığı sürece bir eylem suç olarak değerlendirilmemelidir.⁵⁹ Eylem toplumun mutluluğuna zarar verdiği oranda, ceza talebini yaratmaktadır.⁶⁰ *Bentham*, eylemin yarattığı zararın miktarını veya kapsamını tamamıyla sonuca göre değerlendirerek, fayda prensibine dayanan bilimsel bir ceza hukuku sistemi oluşturulmasını

⁵³ Jeremy BENTHAM, “Utilitarianism”, *Classical Utilitarians Bentham and Mill* içinde, Hackett Publishing, United States of America, 2003, ss. 92-93.

⁵⁴ GÜRBÜZ, 2012, s. 46.

⁵⁵ ÖZKURT, 2013, s. 5.

⁵⁶ BENTHAM, 2000, ss. 14-15.

⁵⁷ GRAHAM, 1919, s. 212.

⁵⁸ GÜRİZ, 2011, s. 248.

⁵⁹ GEIS 1955, s. 166.

⁶⁰ TUNICK, 1992, s. 70.

savunmuştur.⁶¹ Suç olan eylemlerin fayda prensibi tarafından belirlenmesinde olduğu gibi cezanın haklılaştırılmasında da fayda prensibi devreye girmelidir. Kendinde kötü bir edim olan ceza fayda prensibi gereği topluma mutluluk getirdiği sürece, diğer bir deyişle toplum için daha büyük bir kötülüğü önlediği sürece uygulanmalıdır.⁶² Cezanın miktarının tespitinde de fayda prensibi rol oynamalı, ceza caydırıcı olduğu miktardan fazlasını içermemelidir.⁶³

Bentham'ın yaşamının sonlarına doğru ahlâk ve yasamanın temeline yerleştiği prensibin ifadesinde bir tercih değişimi yaşadığı görülmektedir. İlk eserinde “fayda prensibi” ifadesini kullanan *Bentham*'ın yaşamının son dönemlerinde “en büyük mutluluk prensibi” ifadesine geçiş yaptığı ve söz konusu değişikliğin sebebi olarak haz düşüncesine fayda kelimesinin mutluluk kelimesi kadar işaret edememesini gösterdiği görülmektedir. *Bentham*'ın aynı dönemde prensip üzerinde geliştirdiği bir başka düşünceyse prensibin çoğunluk tarafından azınlık aleyhine kullanılması konusunda duyduğu endişeden kaynaklanmıştır, denebilir. Azınlığın mutluluğunun çoğunluk lehine feda edilmesinin toplumun mutluluğu açısından kazanç olmayacağını savunan *Bentham*'ın⁶⁴ endişeleri dikkate alındığında prensibin daha az sayıda insanın nicelik olarak daha büyük mutluluğundan ziyade, olanaklı en büyük sayıda insanın olanaklı en büyük mutluluğunu ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Bentham, Jeremy, “The Good As Pleasure”, **Philosophic Problems An Introductory Book of Reading**, New York, The Macmillan Company, 1958, ss. 372-379.
- Bentham, Jeremy, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Kitchener, Batoche Books, 2000.
- Bentham, Jeremy, “Utilitarianism”, **Classical Utilitarians Bentham and Mill**, United States of America, Hackett Publishing, 2003, ss. 92-93.
- Bentham, Jeremy, **Yasamanın İlkeleri**, Çev.: Barkın Asal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Berg, Maarten, “Death Penalty and Happiness in the States. Was Jeremy Bentham Right?”, **Journal of Social Research & Policy**, No. 1, 2010, ss. 137-152.
- Burns, James Henderson, “Happiness and Utility: Jeremy Bentham’s Equation”, **Utilitas**, Vol. 17, No. 1, 2005, s. 46-61.

⁶¹ DRAPER, 2000, s. 194.

⁶² BURNS, 2005, s. 134.

⁶³ COPLESTON, 2000, s. 19.

⁶⁴ BURNS, 2005, ss. 46-49, 57-58.

- Copleston, Frederick, **Felsefe Tarihi: Yararcılık ve Pragmatizm**, Çev.: Deniz Canefe, İstanbul, İdea Yayınevi, 2000.
- Draper, Anthony J., “Cesare Beccaria’s Influence on English Discussions of Punishment, 1764-1789”, **History of European Ideas**, Vol. 26, 2000, ss. 177-199.
- Draper, Tony, “An Introduction to Jeremy Bentham’s Theory of Punishment”, **UCL Bentham Project: Journal of Bentham Studies**, Vol. 5, 2002, ss. 1-17.
- Eshleman, Martin-College, Carlton, “Utilitarianism”, **Encyclopedia of Morals**, Ed.: V. Ferm, New York, Philosophical Library, 1956, ss. 620-636.
- Geis, Gilbert, “Pioneers in Criminology VII-Jeremy Bentham (1748-1832)”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 4, No. 2, 1955, ss. 159-171.
- Graham, William, **English Political Philosophy From Hobbes To Maine**, London, Edward Arnold, 1919.
- Gürbüz, Ahmet, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi**, İstanbul, Beta, 2012.
- Güriz, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2011.
- Kelly, John Maurice, **A Short History of Western Legal Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Özkurt, Hülya, **Jeremy Bentham’ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Plamenatz, John, **The English Utilitarians**, Oxford, Basil Blackwell, 1966.
- Russell, Bertrand, **A History of Western Philosophy**, New York, Simon and Schuster, 1945.
- Sabine George, **Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çev.: Ö. Ozankaya, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1991.
- Schofield, Phillip, “Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism”, **Current Legal Problems**, Vol. 56, 2003, ss. 1-39.
- Schofield, Phillip, **Utility and Democracy, The Political Thought of Jeremy Bentham**, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Sorley, William Ritchie, **History of English Philosophy**, Cambridge, Cambridge University Press, 1951.
- Sweet, William, “Jeremy Bentham, (1748-1832)”, <http://www.iep.utm.edu/bentham/>, (Erişim Tarihi: 16.02.2015)
- Tunick, Mark, **Punishment: Theory and Practice**, Berkeley, University of California Press, 1992.

BİZ KİMİZ? TOPLUMSAL, KÜLTÜREL VE HUKUKİ KİMLİK ÜZERİNE* 1

Aulis Aarnio**
Çev. Sercan Gürler***

1. Tebliğimin başlığını, Samuel P. Huntington'un son kitabından (2004) ödünç aldım. Zira Huntington da benim burada söylemek istediğim şeylerin çekirdeğini oluşturan bu üç kelime üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu kitabında Huntington, Amerika'nın ulusal kimliğine yönelik saldırıları incelerken, benim önceliğim Avrupa'yadır. Bunun basit bir sebebi var: Burada büyüdüm ve üstünkörü de olsa dünyanın bu tarafını daha iyi biliyorum. Yine de yüzleştiğim saldırılar Huntington'ununkiyle aynı. Aslında bu saldırılar, insanın kendisinin veya içinde yaşadığı toplumun kimliğinin özüne dair her anlama çabasına yönelik saldırılardır. Dolayısıyla burada söyleyeceğim her şey, değişkenler dikkate alınmak suretiyle toplumsal, kültürel ve/veya hukuki kimlik ile ilgili herhangi bir analize uyarlanabilir. Aynı şey, Huntington'un incelemeleri için de geçerlidir. Bu incelemeler, kimliğe dair her türlü akıl yürütmenin arka planını oluşturan bir kavramsal ağ için de geçerlidir.

* Bu çeviri hakem incelemesinden geçmiştir.

Bu çalışma, 1 - 6 Ağustos 2007 tarihleri arasında Krakov-Polonya'da gerçekleştirilen IVR'nin 23. Dünya Kongresi'nde sunulan ve **Law and Legal Cultures in the 21st Century (Diversity and Unity)**, Ed. by Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, s. 105133-147'de yayınlanan "Who Are We? On Social, Cultural and Legal Identity" isimli makalenin, yazarının izni alınmak suretiyle gerçekleştirilen tercümesidir.

¹ Bu tebliğ, IVR'nin çalışmalarına uzun yıllar önemli katkılarda bulunan hocam ve dostum Profesör Georg Henrik von Wright'a ithaf edilmiştir.

** Aulis Aarnio, Finlandiya Tampere Üniversitesi'nde profesördür. Ayrıca merkezi Finlandiya'da bulunan The Tampere Club'ın da kurucu üyesi ve genel sekreteridir.

*** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Huntington'un yanısıra, Georg Henrik von Wright, Ian Buruma ve Avishai Margalit de düşüncelerime kılavuzluk etmektedir. Hukuki kimliğin önemini vurgularken, Raoul Van Caenegem'in çeşitli çalışmalarında ortaya koyduğu düşüncelerden de çok faydalandım. Tartışmama, von Wright'ın ölümünden sonra ve sadece Fince yayınlanmış "Modern Identity and Ethicism" (2007) makalesinden başlıyorum.

2. Von Wright işe modernleşme kavramından başlar ve şöyle der: "Modernleşme, önceki hayat dokularını sökmüş fakat yerine yenilerini koymamıştır. Özellikle etikçiliğin temelini oluşturan değerler manzumesi için bu böyledir." Belirli bir toplumun değerler manzumesi, pek çok açıdan o toplumun kabul ettiği dünya görüşüne bağlıdır. Nitekim batı dünyasının geleneksel kültürel mirası da modernleşmenin bir sonucu olarak parçalı hâle gelmiştir. Von Wright, özellikle son yüzyılda batı kültürünün, kendi özgün dünya görüşünün gücünün önemli bir kısmını yitirdiğini titizlikle, üstelik gerekçelendirerek kanıtlamıştır. Batı Avrupa'nın kültürel mirası, artık pek çok kişi tarafından asliyetiyle bilinmediği gibi, Avrupalı veya daha genel olarak Batılı kimliğin oluşturulmasında kalıcı bir etkiye de sahip değildir.

Sadece tek bir örnek vermek gerekirse von Wright'ın bize hatırlattığı gibi, Dante Alighieri zamanında her şey farklıydı. Dante'nin *İlâhi Komedyası*, yaşayan Hristiyanlık'a içkin değerlerin özünü, Avrupa edebiyatında yazılmış diğer herhangi bir eserden daha güzel ve mahirane yansıtır. Dante'nin İtalyası durağan değildir ve siyasal ortamı küçük devletlerin renkli ve çalkantılı bir karışımından oluşur. Buna karşın görünenin ardındaki yaşam biçimi, özünde durağandır. Dante'nin teşhis ettiği ortak bir değerler manzumesi vardır. Mısraları, tamamen ahlâki bir gerçeklik olarak herkesin paylaştığı bir dünya görüşünden ve yaşamın maddi koşullarının görece değişmezliğinden bahseder.

Bütün bu şeylerin tarihe ait olduğunu, dolayısıyla zamanın çoktan geçtiğini belirtmeye pek de ihtiyaç yoktur. Modern insanın kimliği, Dante'nin zamanındaki veya herhangi bir eski dönemdeki durağanlığa veya Dante'yi izleyen dönemlerin merkezinde yer alan temel değerlere dayalı değildir; olamaz da. Aksine, modern insanın kimlik sorunu, dünyanın parçalı hâle gelmesinden kaynaklanır. Hakiki bir kimlik deneyimi için temel niteliğindeki bilindik, güvenli ve insanların görece büyük bir çoğunluğunca benimsenen bir sistem artık yoktur. Modern insan kimliği hiçbir soruna çare olamaz; tersine bizatihi kendisi sorundur. İzleyen bölümlerde, en azından kısmen aydınlatmaya çalışacağım işte budur.

Samuel P. Huntington da sorunu von Wright'inkine benzer bir şekilde tanımlar. Araştırmalarında, öncelikle 11 Eylül 2001 sonrası Amerikan "biz-kimliği" [we-identity] üzerine odaklanır. Amerikan bayrağının dalgalandırılmasının, yeni sorunların bir belirtisi olduğunu ifade eder. Özellikle 9/11

olaylarından sonra, önceki dönemlerle kıyaslandığında, bayrağın kullanımında radikal bir artış olmuştur. O da bu artışın sembolik bir değer taşıdığını kabul eder, fakat konuya dair şu yerinde soruyu sorar: Bayrak kullanımının, aynı zamanda Amerikan kimliği ile ilgili bir anlamı da var mıdır, eğer varsa bu anlam nedir? Ardından da şöyle der: “11 Eylül sonrası bayrak kullanımındaki artış, Amerikalılar için sadece ulusal kimliğin ne kadar büyük bir öneme sahip olduğunun delili değildir, aynı zamanda bu kimliğin içeriğine dair yaşadıkları belirsizliğin de göstergesidir.” Öyleyse bu kimlik, içerik açısından bakıldığında sonuçta ne anlama gelir?

3. Tıpkı kimlik üzerine yazan diğer düşünürler gibi hem von Wright hem de Huntington, insan kimliği için genel bir *tanım* vermenin mümkün olmadığını düşünür. Kimlik için gerekli, fakat yetersiz bir koşul, devamlılık [permanence] gibi gözükmektedir. Eğer her şey sürekli bir hareket hâlinde ise kimliğin teşekkülü için gerekli sabit unsurlar da yok demektir. Von Wright’ın selefi Finlandiyalı filozof Eino Kaila, sisten oluşan bir yaratık örneğini kullanır: [Bu yaratığım] her bir duyusu, idrak edildiği anda yok olur. Sisten oluşan bu yaratık hiçbir şey bilmez ve hiçbir şey anlamaz, çünkü dünyasında devamlılık ve değişmezlik yoktur.

Kimlik kavramını, *birey kimliği* ve *topluluk kimliği* olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Arayış içerisindeki bir birey, kimliğini ancak -von Wright’ın sözleriyle- kim olduğunu, ne yapabileceğini ve içinde yaşadığı topluluğun diğer üyeleri ile arasındaki sorumluluk bağlarının neler olduğunu bilmek suretiyle bulabilir. Bu açıdan kimlik, her zaman ben-idraki ile ilgilidir. Dolayısıyla temel soru “Ben kimim?” şeklinde olmalıdır.

Fakat buradaki ilginç nokta şudur: Huntington’un cevabını aradığı soru, tekil değil çoğuldur: “Biz kimiz?” Dolayısıyla soru, topluluğa dairdir; “biz-sorusu”dur. Huntington, tek bir Amerikalı ile, yani birey ile ilgilenmez; asıl ilgilendiği Amerikan toplumdur. Üzerinde durduğu diğer soruları gördükçe bu daha bir kesinlik kazanır. Bunların bir kaçını ele alalım: “Biz, bir ‘biz’, yani tek bir topluluk [people] muyuz yoksa çeşitli topluluklardan mı oluşuyoruz? Eğer bir ‘biz’ isek, bizi ‘diğerleri’nden, yani biz olmayanlardan ayıran nedir? Avrupalı mirasımızın ve kurumlarımızın tanımladığı kimliğimizle Batılı bir millet miyiz, yoksa ayırt edici niteliklere sahip ve kendine has bir medeniyet miyiz?” Huntington soru listesini tek bir önermeye indirger: “Bu meselelerin herhangi birine dair alınacak herhangi bir tavır, bu kimlik hakkında belirli ön kabullere işaret eder.”

Topluluk kimliği de aynı tarzda yorumlanabilir. Tıpkı birey kimliğinde olduğu gibi, aynı sorular aracılığıyla gündeme getirilebilir. Diğer taraftan, topluluk kimliğinde bazı kavramlar belirleyici bir konuma sahiptir. Bunlar gelenekler, önceki kuşakların tecrübeleri, tarihe ait hoş ve gurur verici hatıralar olabileceği gibi -von Wright’ın söylediği gibi- çatışmalar ve topluluk

üyelerinin acı verici tecrübeleri de olabilir. Kimliğin teşekkülünde mutluluk ve acının her ikisi de belirleyicidir.

Kavramsal olarak topluluk kimliği, birey kimliğinden önce gelir. Bu kavramsal bağlantıyı göstermek için von Wright, kimliğini oluşturacak imkânı bireye topluluğun verdiği dikkati çeker. Buradaki oluşum süreci bir dil öğrenimindeki gibidir. Roy Bhaskar'ın tanımını kullanırsak, insan belirli bir dilsel topluluk içerisinde doğar ve büyür. Dolayısıyla dili, topluluğun bir parçası olarak öğrenir; yoksa kendisi bir dil yaratmaz. Aynı noktayı Ludwig Wittgenstein da, *Philosophical Investigations* kitabında özel bir dilin mümkün olup olmadığını incelerken dile getirmiştir. Ender rastlanacak istisnalar dışında birey, kendi iradesiyle bir dil oluşturma gücüne sahip değildir. İnsan, dilin mahkûmudur. Benzer şekilde, birey kimliği de bir topluluk tarafından ve temsil ettiği kültür aracılığıyla oluşturulur.

Kimliğin gücü, temelinde yer alan kavramların sahiciliğine bağlıdır. Güçlü bir kimlik, kişinin kendisi hakkındaki isabetli tasavvuruna dayanır. Aynı şey topluluk için de geçerlidir. Sığ ve çürük temeller üzerine inşa edilmiş bir birey veya topluluk kimliği kırılmalıdır. Daha da kötüsü bu tarz bir kimlik, kişinin kendi kimliğini, öteki bireyleri veya grupları zora sokacak kadar dayatmasına gayet uygundur. Zayıf temellere dayalı bir kimlik benimseyen kişi, nadiren tevazu gösterir. Aksine, saldırgan ve hakaretamizdir; hatta şartlar müsait olduğunda mütehakkim ve merhametsiz bile olabilir. Gerçeklerin farkına varmış, dürüst ve güçlü bir benlik duygusu üzerine kurulu bir kimlik, kendisini başkalarını karşısına alarak kurgulama ihtiyacı hissetmez. Diğerlerini incitmeyi, tahakküm altına almayı veya ortadan kaldırmayı arzulamaz.

4. Bu bizi, modernleşmiş bir dünyada insanın ve üyesi olduğu topluluğun yaşadığı kimlik sorunlarına götürür. Modernleşmenin bir takım temel değerler üzerine inşa edilmiş batı geleneğini yıktığına ve bu geleneğin de Yahudi-Hristiyan düşüncesi ve Antik Yunan mirası ile tanımlanabileceğine işaret etmiştim. Sonuç üzüntü vericidir; hatta trajiktir: Modern batılı insan, şaşkın ve kafası karışık bir hâldedir. Bir kimlik inşası için nasıl bir yol tutması gerektiğini bilmemektedir. Kendini kaybetmiştir. Von Wright bu etmenleri ele alırken, önemli bir meseleden bahseder: Kimliğin özünde ben-idrakı yatar. Dolayısıyla kimliksiz bir birey veya topluluk, aslında *kendine yabancılaşmıştır*. Bu bana Søren Kierkegaard'un tespitini hatırlatır: En zor şey, kendi olabilmektir. Bu, yabancılaşmaya dair sorunların, niçin batı toplumlarının karakteristik özelliklerini incelerken daha belirgin hâle geldiğinin cevabıdır. Von Wright şöyle der: "Modern ve küreselleştirilmiş sıradan insan, özünde yabancılaşmış bir yaratıktır; bir yandan kendisine ait olduğunu vehmettiği şeyleri elde etmek için bencilce bir arayışı sürdürürken,

öbür yandan da diğer insanlarla mücadele eder. Kendi dünyasında yapayalnız yaşayan çağdaş Narcissus'dur. Fakat yine de kendi yalnızlığı içerisinde bir kimlik veya en azından onun yerini dolduracak bir şey aramaktadır.”

Amerikan toplumunun modern kimliğinin haritasını kendine özgü çeşitliliği ve belirginliği içerisinde çizerken Huntington'un zihnini de kesinlikle aynı soru meşgul etmektedir. Şahsen ben modernleşmiş bir dünyada kimliğin ve taşıyıcı ayaklarının artık var olmadığına, ama toprak altına gömüldüklerine inandığımı vurgulamak isterim. Açıkçası ne görünürde ne de görünenin ötesinde, modern insanın kimliği diye tanımlanabilecek kapsamlı veya anlaşılır herhangi bir şey vardır. Modernleşmiş bir dünyada amaç, bir kimlik *arayışıdır*. Bu arayışın yönünün ne olacağı ise en zor sorudur. Bu çelişkiyi anlamada, *bilgi* [knowledge] *ile idrak* [comprehension] *arasında bir ayırım gözetme* hayati öneme sahiptir.

5. Bilginin *doğruluk* [truth] kavramı ile ilişkili olduğu gayet açıktır ve burada daha fazla kanıtlanmaya ihtiyacı yoktur. *A'nın, B olduğunu* söyleyen bir *P* iddiasında bulunduğumda, (Dışarıda yağmur yağıyor.) şayet *P* kanıtlanabiliyorsa (Dışarıda gerçekten yağmur yağıyor.) bir bilgi iddiası ile karşı karşıyayızdır. İnsan bilgisi, yeni bilgi iddialarıyla ve kanıtlanmış önermeler aracılığıyla birikimli bir şekilde gelişir. Von Wright, kolektif insani doğruların sayısının arttığını belirtirken haklıdır. Ayrıca, insan topluluğunun kolektif (bilgi) hafızasının güçlenerek genişlediğini de söyleyebiliriz. Aynı zamanda bilginin, geliştikçe parçalandığına ve bölündüğüne, belirli özel alanlarda uzmanlaştığına da dikkat çekmeliyiz. Böylece ortalama insan bütüncül bilgiye dayalı bir dünya görüşünden mahrum kalır; zaten uzun bir zamandır yaşanan da budur. Sözüünü ettiğimiz bu durum ise akıl dışı, hatta akla aykırı, sırlara ve büyüye dayalı dünya görüşlerinin doğmasına zemin hazırlar. Bilgi sadece acı vermez; insanları hakiki bir dünya görüşünden de uzaklaştırır.

Kimlik için en ciddi sorun, bilginin parçalanmasının, insanların ben idraklerinin yok olma sürecini hızlandırmasıdır. Gerçekliği akıl yoluyla kavramak için bilgiyi gerektirse de idrak, bilgi ile aynı şey değildir. Aynı zamanda idrak, şeylerin ve doğruların kendi aralarındaki bağlantıları kavramaktır. Bu konuyu daha fazla genişletmeden şunu söyleyeyim: İdrak, şeyler üzerine, örneğin metinler üzerine düşünmek suretiyle anlamın ortaya çıkarılmasıdır. Bir şeyi idrak ettiğimde, şeyler arasındaki bağlantıyı idrak etmiş olurum. İdrak, tekabuliyetten çok, tutarlılık ve bağdaşıklık ile yakından ilişkilidir. Buna karşın, doğruluk ile arasında daha önce belirttiğimiz biçimde bir ilişki vardır.

İdrak aynı zamanda değerler, ahlâk anlayışları ve etik ile de ilgilidir. Bir başka deyişle kimlik, belirli bir *etik boyuta* sahiptir. Von Wright'ın dediği gibi: “Ben-idrakım (yani kimliğim), kendi toplumumun diğer üyeleri ile

aramdaki ilişkileri tanımlayan simetriyi kavramayı da desteklemiyorsa noksan ve kusurlu demektir. Kimliğin, kendine dönük düşünme olduğunu da belirtmek isterim. Toplum içerisinde sadece kendi iyimin peşinde bencilce koşuyorsam toplumsal yaşamıyorumdur.” Buna ekleyeceğim bir şey yok. Burada da Wittgenstein’in özel bir dil üzerine düşüncelerine benzer bir şey var. Bir insan salt kendisine ait bir dil yaratamaz; zira dil toplumsal bir fenomendir ve özü gereği iletişimseldir.

Aynı zamanda kimlik, toplumca paylaşılan bir fenomen sayılabilir. Benzer tecrübelere sahip toplum üyeleri tarafından paylaşılır. Eğer kimliğimi *T* şeklinde anlarsam ve toplumun diğer üyelerinin de benimle aynı tarz bir kimlik tecrübesine sahip olduğuna inanırsam bu anlayış tarzım, artık toplumsal bir kimlik hâlini alır. Her ne kadar konu üzerinde daha fazla derinleşmenin gereği yoksa da toplumsal (muhtemelen bireysel de) kimlik sorununu, Eerik Lagerspetz’in derinlemesine analiz ettiği konvansiyonist ontolojiler ile bağlantılı görüyorum. Bir şeyin var olduğuna inanıyorsam ve diğerlerinin de buna inandığını düşünüyorsam o şey vardır. Von Wright’ın da işaret ettiği gibi her halükârda, komüniteryen bir kimlik düşüncesi ile karşı karşıyayız.

Tartışmamızın konusu toplumsal kimlik olduğunda, kimliğin anlaşılmasının Max Weber’in bahsettiği gibi değerlerin akliliğinin tahakkuk etme sürecine dayandığını görürüz. Toplumsal kimliğim, toplumumun diğer üyeleri ile ilişki kurma tarzıma bağlıdır. Eğer belirgin bir mahremiyet anlayışı doğrultusunda çizilmiş bir bireysel kimliğe kendimi hapsedersen, artık başkaları benim için önemini yitirir. Fakat kimliğimi, Finli, Amerikalı veya Avrupalı olmak üzerine kurmayı tercih edersem hiç kimseyi dışarıda bırakamam. Huntington’ın sorduğu “Bizi onlardan ayıran nedir?” sorusunda bulduğumuz derin anlam işte budur. Von Wright’ın önerdiği gibi kimlik, etik bir boyutta ele alındığı her durumda, 'biz'i oluşturanlara karşı hissettiğim ölçüde dayanışma ve sadakat hissetmediklerim, “ötekiler” olur. Sorun bu şekilde ortaya konulduğunda modern kimliğin, sadakatimin ölçüsü ile birebir ilişki içerisinde olduğu anlaşılır. Sadece kendime mi, yakın çevreme mi, ulusuma mı, cinsiyetime mi, cemaatime mi, ırkıma mı karşı sadakat hissetmeliyim, yoksa sadakatim diğerlerini, örneğin Avrupa’yı veya hatta tüm dünyayı da mı kapsamalıdır? Bu nicelik sorunu hakkındaki kendi yorumumu belirtmemeyi tercih ediyorum.

6. Şimdi tekrar kimliğin kavramsal koşullarına dönüyorum. Yukarıda etik boyutun, farklı şeyler arasındaki bağlantıların gerçekleşmesini gerektirdiğini belirtmişim. Başka bir ifadeyle kimlik, bilginin yanı sıra bilgeliği de gerektirir. Von Wright, insanların bilgeliği talep etmediğine dikkat çekmek suretiyle küreselleşen dünyadaki modern insanın kimliği

üzerinde yoğunlaşır ve şöyle devam eder: “Gittikçe artan bir bilgi ve yetenek birikimi, bilimsel-teknolojik dünyamızda iyi bir hayatın peşinde koşmada tek başına bize yardım edememektedir (...) Bilgi ve yeteneklerimiz geliştikçe ben-idrakımız da daralmaktadır.” [Modern] insanın kimlik krizi içerisinde olmasının sebebi işte budur. Modern insan, kendisinden önceki herhangi bir neslin bildiğinden çok daha fazlasını bilmekte veya bildiği varsayılmaktadır. Buna karşın yine de çok az şey anlamaktadır. Modern dönemle karşılaştırıldığında “Dante”nin zamanındaki bilgi ve değerler manzumesi, çok daha ilkeldi; fakat herkes tarafından bilinen ve gerçek ölçülere uygun bir biçimde insanların kendilerini idrak etmelerine yardımcı oluyordu. Dünya değişmez idi, şeffaf bir yapıya sahipti ve değerlerini anlamak kolaydı. Zor, hatta acımasız bir dünyaydı ama kimliğin oluşmasına yetecek şekilde anlaşılır ve güvenilirli.

Bir önceki kitabı *Civilizations and the Remaking of World Order* (1996)'da Samuel P. Huntington, ortaya bir tez atar. Buna göre modernleşme birleşik bir küresel kültüre değil, bir medeniyetler çatışmasına yol açmıştır. Modern insan, kökleri ile bağlarını yitirmiştir. Değerlere dayalı geleneksel ve güvenli cemaatlara katılma çabası içerisinde. Bu tür cemaatlerin önemli bir unsuru İslâm ve ortodoks Hristiyanlık gibi dinlerdir. Bu dinlerin arasında karşılıklı bir uyumsuzluk vardır. O yüzden de sonuç, küresel kimliği güçlendirecek dünya genelinde bir topluluk değil, farklı toplulukların karşı karşıya gelmesidir. Von Wright, Huntington'ın düşüncelerine kayıtsız şartsız destek vermez ama bu düşüncede kimsenin kolay kolay inkâr edemeyeceği bir takım unsurların bulunduğunu kabul eder. Bu açıdan bakıldığında, geleceğin bir gerileme olarak görüldüğünü ileri sürer. Von Wright'ın şu kelimelerle ifade ettiği gibi, elde kalan tek şey umuttur: “Dantevari bir anlayışla üyelerinin, kendilerini dürtüştürce 'Dünya benim kendi vatanımdır.' diyerek tanımlayabildikleri bir insanlık cemaati arayışının, bir gün gerçekleşeceğini umalım.”

7. Konuşmaya, Huntington'ın tezi hakkında daha fazlasını söyleyerek devam etmeyeceğim. Sadece bu tezin, büyük ihtimalle doğru olmadığını veya en azından aşırı abartılı olduğunu belirteyim. Bunun için sadece Çin ve Japon kültürlerine bakmak bile yeter. Bu iki kültür, olumsuz değil de olumlu vaatlerde bulunmaya elverişli özelliklere sahiptir. Örneğin Konfüçyüsçülük'ün Çin pazar ekonomisinin yükselişinde nasıl bir öneme sahip olacağını görmek ilginçtir. Medeniyetler çatışması yerine, çok daha sınırlı bir görüşe odaklanacağım. Ian Buruma ve Avishai Margalit, buna Oksidentalizm demektedir. Ian Buruma ve Avishai Margalit'in temel tezine göre, iyi ile kötünün sürekli savaştığı Zerdüştlük'ün dünyasında yaşamıyoruz. Buna karşın dünyada, Batıya yönelik büyük bir güvensizlik ve nefretin olduğu görülebilir. Batılı kimliği düşündüğümüzde, yoğun bir ilgiyi hak edenin kesinlikle Oksidentalizm

olduğu anlaşılır. Bu açıdan, Buruma ve Margalit'in temel sorusu meselenin özüne işaret eder: "Batıdan niçin nefret edilmektedir ve bu nefretin kaynağı nedir?"

Batıya karşı hissedilen bu nefretin, önemli ölçüde ABD'ye yönelik olduğu bilinen bir gerçektir. Oksidentalizmin bakış açısına göre ABD politikası sadece başarısız ve adaletsiz değil, aynı zamanda bizatihi kötüdür. Üstelik Irak'taki savaş ve işgal dikkate alındığında, kesinlikle pek çok kötü unsura da sahiptir. Fakat bir imha merkezi olmadığı açıktır. Bu açıdan Oksidentalizm, kapsamlı bir tavır alıştır. Böyle bir görüşün illâ ki ABD ve müttefiklerinin belirli bir dönemde yürüttüğü politikadan etkilenmesi gerekmez. Buruma ve Margalit'in nefretin kaynağı kabul ettiği saiklere dikkatimi yöneltmeyeceğim. Gerçi bu saiklerin arasında sadece çekememezlik yoktur ama bu durum, Buruma ve Margalit için hayati olmadığı gibi, bu tebliğ için de çok önemli değildir.

8. Daha önce von Wright'ın düşüncesinden bahsetmiştim. Buna göre zayıf bir kimliğin karakteristik özellikleri, bilgi eksikliği ve dolayısıyla benidrakından yoksunluktur. Oksidentalizmin temel kabullerinden biri Batı'nın reddidir. Bu reddin ardında ise Batılılık'ın, bu bağlamda özellikle Amerikalılık'ın gerçekten ne anlama geldiğinin bilinmemesi yatmaktadır. Buruma ve Margalit şunu sormakta haklıdır: "Kültürel yanlış anlamalar, ne ölçüde başkalarının hakkımızdaki yanlış ve önyargılı görüşlerine dayanır?" Bu soruya yönelik tavır, von Wright'ın kimliğin ana unsuru addettiği *değerler* üzerinden belirlenir. Kendisi peşi sıra da kimliğin etik boyutundan söz eder. Batı'ya yönelik nefretin kaynağı, kesinlikle temsil ettiği düşünülen değerlerdedir. Batı dışındakiler için bu değerler, örneğin bütün dünyaya yayılmış şiddet ve cinsellik dolu filmlerdir. Bu filmlerin, Batı'nın karakteristik özelliği sayılan iğrençliği yansıttığı düşünülür. Bu düşünceler zaten bilinmektedir, dolayısıyla tekrar üzerinde durmak gereksizdir. Buruma ve Margalit'in yolunu takip etmek çok daha ilginç olur.

Buruma ve Margalit'in temel iddiası, Oksidentalizm'in, aslında Batı'ya veya belirli bir Batılı ülkeye yönelik güvensizlik veya nefretle ilgili olmadığıdır. Oksidentalizm, *modern toplumdan* nefret eder. İslâmcıların, Batı'nın ahlâki çöküşüne delil kabul ettiği şeylerin her biri, modern toplumların tipik özelliklerindedir. Dolayısıyla burada sanki bir çeşit paradoksa dolanmış gibiyiz.

Von Wright, insanın kimlik deneyiminin, modernleşmenin bir sonucu olarak zayıfladığını ve kısmen bozulduğunu söylemektedir. Anlaşılır ve bilindir değerler artık parçalanmıştır. Genişleyen bilgi, bilgeliği ötelemiştir. Hâlbuki Batılı insanın acilen ihtiyacı olan şey bilgeliktir. İnsan kendisini tanımamaktadır; kaybolmuştur. Aynı zamanda Oksidentalizm de kendi

modern batı toplumu tasarımını oluşturmuştur. Batılı insanın bozulmasına yol açan değerlerin parçalanması, Oksidentalizm tarafından resmin bütünü olarak görülmüştür. Batılı insandan kopmuş ve paramparça olmuş değerler, dışarıdan bakıldığında, Batılı'yı karakterize eden devleşmiş kötülüğü oluşturmaktadır.

Dolayısıyla dışarıdan görüldüğü biçimiyle Batılı kimlik meselesi, Batılı'nın kendisini, kimliği hakkında kesin bir düşünce üretmekten alıkoymaktadır. Uğursuz daire tamamlanmıştır. Yaşanan süreci sorunu çarpıtmadan, dışsal ve içsel kimlik deneyiminin birbirinden farklı yönlerde gelişmesi diye tasvir edebiliriz. Batı modernitesinin parçalanmış görüntüsü hem Oksidentalist tutumu güçlendirmekte hem de Batılı'nın ben-idrakını engellemektedir.

9. Fakat Buruma ve Margalit, Oksidentalizm analizlerini, örneğin İslâm dünyası ile Batı dünyası arasındaki zıtlıklarla sınırlandırmaz. Ele aldıkları sorun, çok daha geniş ve kapsayıcıdır. Oksidentalizm, köktencilik, köktencilik, sadece bir türüdür. Fakat köktencilik, sadece Oksidentalizm'e ait bir tavır değildir. Çoğu zaman dikkate alınmasa da köktencilik, Batı'da da görülebilir. Buruma ve Margalit'in düşüncelerine dair yorumunda Finli tarihçi Pekka Masonen köktencilik, modern öncesi toplum değerlerini, ataerki cemaatçiliği ve kendine has teokrasiyi idolleştirdiğini ileri sürer. Bu şekilde ele alındığında köktencilik, modern dünyanın çaresizliği karşısında hissedilen belirli bir nostalji türüdür. Dolayısıyla modern sonrası toplum değerlerinin cevap veremediği şeylere yönelik bir hasrettir.

Din ve dinin yerini tutacak inançlar hep mühim bir mevkiye sahiptir. Batılı dünyevileşme süreci, dinin tamamen özel hayatla sınırlandırılmasına yol açmıştır. Buna karşılık modern öncesi dönemde din, özel hayata ait olmakla birlikte siyasal yönetimin bir aracıdır da aynı zamanda. Burma ve Margalit köktencilik, özünde *iktidar* veya aslında iktidarın kaybı ile ilgili olduğuna işaret eder. Modern batılı toplumda ahlâkın dindar koruyucuları, onlara atfedilen iktidarı kaybetmiştir. Bunun iyi bir örneği, Nordik toplumlarda görülebilir. Temel toplum sorunlarının çözümünde Kilise'nin sesi çok cılız çıktığı gibi, genellikle iktidarın yetkisiyle ilişkilendirilen otoriteye de sahip değildir.

Din ile iktidar arasındaki ilişkiyi tartışırken, örneğin sadece İslâm veya ortodoks Hristiyanlık'ın herhangi bir türü üzerinde durmak hiç de anlamlı değildir. Oksidental köktencilik, militan İslâmcılık'tan çok daha farklıdır. Militan İslâmcılık, İslâm dininin ve özellikle İslâm düşüncesinin tamamen çarpıtılmış bir resmidir. Batılı insan, Batı'daki köktenci eğilimlere de gözünü açmalıdır. Tam da bu noktada Buruma ve Margalit, dünyanın gidişatı hakkında parlak bir zekânın ürünü olan görüşlerini sergiler.

Yakından bakıldığında, modern toplumun düşmanları arasında, soldan olduğu kadar sağdan da pek çok entelektüel vardır. Bu entelektüellerin ana

hedefi ahlâksızlığın kendisi değildir; batılı orta sınıf hayat tarzıdır. Pekka Masonen, Buruma ve Margalit'e atf yaparak, bu entelektüel grubunun, ataerkil toplumlarda görülen bilgelerin oligarşisini talep ettiğini ve totaliter ideolojilerden ilham aldığını söylemektedir. Devamında, bu entelektüel grubunun belirli bir bölümünün, totaliter ideolojilerin tutarlılığından, yalınlığından ve disiplininden etkilendiğine işaret etmektedir. Bu tavır, pek çok batılı Stalinist ve Maoist hareketin tipik özelliğidir. Neredeyse istisnasız bu hareketlerin hepsi üst ve orta sınıflardan destek almakta, dolayısıyla gerçek işçi sınıfının dışarıda kaldığı ve bilinmediği çevrelere başvurmaktadır. Totaliteryenizme kaçış, bir yandan değerler çoğulculuğuna panzehir olmuş ve olmaya devam etmekte; öte yandan modern toplumda değerlerin yokluğu ve Milan Kundera'ya atfen, var olmanın dayanılmaz hafifliği biçimini almaktadır.

Oksidentalizmin Doğu'da ve Batı'da yükselişi, kötümserlik için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Tıpkı von Wright gibi Buruma ve Margalit de umudunu yeni eğilimlere bağlarken aceleci davranmıştır. Bu çeşit bir yönelme bizi kimlik sorunlarına geri götürür. Modern insan, özeleştiriyeye teslim olmamalı ve modernleşmenin olumlu etkilerine gözlerini kapamamalıdır. Bu olumlu etkilerden birisi, demokrasi ve ona bağlı barıştır. Hakiki bir demokratik devletin bir barış devleti olduğu, tarih tarafından kanıtlanmıştır. Modernleşmenin hiçbir surette es geçilmemesi gereken büyük başarılarından bir diğeri ise insan haklarıdır. Biz çoğu zaman fark etmesek bile şeffaflık da modernleşmenin bir sonucudur. Anayasal devletin, insan hakları ve şeffaflıkla ilgili olmayan öteki ilkeleri de kuşkusuz modernleşmenin başarıları arasına sokulabilir.

Listeye devam etmek yerine Pekka Masonen'den bir alıntı yapacağım: "Bizim ilgilendiğimiz, geçmişimizin olumlu özelliklerini hayata geçirmek." Güçlendirilmiş ben-idrakına işaret etmek suretiyle von Wright da aynı şeyi söylerdi. Avrupa kimliğinin şimdiki ve gelecekteki kudreti bu sözde saklıdır. Buna karşın benim, Avrupa Birliği genişledikçe yeni bir ideal Avrupalı insan vizyonunun ortaya çıkacağına dair bir inancım yok. Birlik, örneğin demokrasinin çevre ülkelere genişlemesi gibi, pek çok olumlu özelliğe sahip, fakat yeni bir insan türü hayali, yeni bir "Sovyet insanı" hayaline benziyor ve bu insan, Sovyet imparatorluğu çöktükten hemen sonra ortadan kalkmıştı. Mesele yeni bir insan türünün doğuşu değil, Huntington'un sorusunu sürekli gündeme getirmektir: "Biz kimiz?"

10. Tebliğimin başlığı hukuki kimliği de kapsamaktadır. İncelememin sonuna yaklaşırken hukuki kimliğe dair birkaç düşünceye yer vereceğim. Zira hukuki kimliğe yönelik bir arayış da tıpkı von Wright ve Huntington'ın daha önce genel bir düzeyde yürüttüğüne benzer bir kimlik arayışıdır. Belçikalı tarih profesörü Raoul van Caenegem, "Gelecek belirsiz olduğundan, iyimserliğimi geçmiş üzerine kuruyorum." demiştir. Bu söz tamamen doğrudur.

Gerçekten kökleri yüzyıllar öncesine dayanan meselelerle uğraşmamak için her zaman arka pencereye bakmalıyız. Yeni şeyler icat ediyormuşuz gibi gözükebilir, fakat aslında farkında olmaksızın geleneği sürdürüyoruz. Hukuk, bu kuralın istisnası değildir.

Orta Çağ'ın sonraki nesillere dört önemli kurum bıraktığı söylenir. Bunlardan ikisi Britanya adasında, ikisi de Kıta Avrupası'nda doğmuştur. İngiltere, parlamento düşüncesini ortaya çıkarmıştır: Herkesi ilgilendiren sorunların çözümünün, herkes tarafından kabul edilmesi şarttır. Kıta Avrupası'nda çok daha sonraları ortaya çıkan bu düşünce tarzının ilk izleri 13. yy. İngilteresi'nin yerel mahkeme kararlarında görülebilir. (Örneğin 1285 tarihli Lecestershire kararı, *Prior of Launde vs Ralph Basset*). İngiltere aynı zamanda İngiliz gelenek hukuku [common law] düşüncesinin de doğum yeridir. Bu düşünce, aslen bir İngiliz ürünüdür. İngilizler ortak, krala ait ve uzman hukukçularca bilinen bir hukuk yaratmıştır. Bu iki düşünce, yani parlamento ve gelenek hukuku, daha sonra ABD'de; parlamento düşüncesi de pek çok farklı evreden geçtikten sonra Avrupa'da uygulama alanı bulmuştur. Fakat ilginç olan şurası: Hukukun Orta Çağ'daki bu biçimleri, modern anayasal devletin köklerini de oluşturmuştur. Modern anayasal devlet biçimlerinin, ancak Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıktığı bir gerçektir. Fakat bu [devletlerin temelinde yer alan] düşüncelerin kaynağı araştırıldığında, İngiltere'nin ve İngiliz Orta Çağ düşüncesinin rolü görmezden gelinemez.

11. Kıta Avrupası kaynaklı iki büyük kurumun durumu daha farklıdır. Orta Çağ, Batı Avrupa'nın tamamını kapsayan genel hukukun (*ius commune*) gelişimine tanıklık etmiştir. Terimleri iyi tanımlamak gerekir. Görünüşteki benzerliği dışında, gelenek hukukundan [common law] değil, harfi harfine genel hukuktan söz ediyoruz. Genel hukuk [general law] kavramı, Kıta Avrupası'nda yaygın bir şekilde, özellikle de Roma İmparatorluğu'nun etkilediği bölgelerde kullanılır. Fakat tam anlamıyla genel denemez, zira genel hukukun yanında, hatta bazen onun yerine, yerel hukuk da uygulanmıştır. Geç dönem *ius commune*'ün temeli, Romalı büyük hukukçuların oluşturduğu hukukta yer alır. Batı Roma'nın, göç eden kabilelerin girdabında yıkılışının ardından, Roma hukukunun batıdaki kaderi ilgisizlik ve unutulmuşluk olmuştur. Roma düşüncesinden geride kalanlar neyse ki Bizans'ta yeniden ortaya çıkmıştır. M.Ö. 500'de İmparator Justinianus, kendisi için Roma hukukunun temel ilke ve kavramlarını bir araya getirip yorumlayacak bir grup yetenekli hukukçuyu görevlendirmiştir. Bazı durumlarda, zamanın gerektirdiği şekilde bir takım yeni düzenlemeler getirilmiştir. Her yeni düzenleme, büyük bir devri de başlatmıştır. Bu devirlerde, hukuku yaşatmak uzman hukukçuların görevi olmuştur; merkezi bir yasama faaliyeti yoktur ve mahkeme teşkilâtı düzensizdir.

Bizans yasalarının oluşturulmasından beş yüz yıl sonra, Kuzey İtalya'daki (ilki Bolonya'da olmak üzere) hukuk okullarından gelme yetenekli hukuk düşünürlerinin oluşturduğu Irnerius önderliğinde bir grup kurulmuştur. Bu grubun çalışmalarında Kıta Avrupası'nın hakim hukuki düşüncesi ortaya çıkmaya başlamıştır. Bolonyalı hukukçular, hukuku, kilise ile bağlarından koparmış, yine Roma hukukuna dayalı seküler bir hukuk meydana getirmiştir. Dolayısıyla Finli hukukçuların doktora şapkalarının rengi için "Bolonya kırmızısı" denmesinin haklı bir gerekçesi vardır. Bu durum Roma hukukunun 11. yy.'ın başlarında tekrar nasıl ortaya çıktığının ve zamanın ihtiyaçlarına uyacak şekilde tekrar nasıl kendini yenilediğinin göstergesidir. Aslında modern Avrupalı bir hukukçunun kullandığı bütün düşünce araç-gereçlerinin kökeni hep bu döneme aittir. Hepimiz, tamı tamına Roma düşüncesinin tilmizleriyiz. Herhangi bir yerde olduğu gibi Finlandiya'da da apaçık ve gündelik kullanıma sahip, sözleşme, borç, ticaret, alış-veriş, hediye, gayrimenkul ve kişisel mülkiyet gibi pek çok kavramın kökeni de buraya dayanır.

Avrupa, yavaş yavaş "genel" hukukunu, *ius commune*'ünü elde etmiştir. Genel hukuk [*ius commune*], ülkeleri veya dilleri ne olursa olsun Avrupalı hukukçuların, birbiriyle anlaşmasını sağlayan ortak bir gramerdir. *Ius commune* aynı zamanda, Napolyon Kanunları (1800'lerin başı) ve Alman Medeni Kanunu gibi diğer büyük kanunnamelerin de temelidir.

12. Orta Çağ mirasının dördüncü bölümü, bir Orta Çağ icadı olmamakla birlikte, doğal hukuktur. Doğal hukukun temelleri Eski Yunan'da, özellikle de Aristoteles tarafından atılmıştır. Buna karşın Orta Çağ, doğal hukuku yeni bir başarı seviyesine çıkartmıştır. Bunun sebebi sadece St. Thomas Aquinas'ın eserleri de değildir. Sözüünü ettiğimiz basitçe söylendiğinde, "doğal", ebedi, değişmez, bütün zamanları ve insanları bağlayıcı ve dünyevi hukukların üzerinde bir hukukun varlığı sorunudur. St. Thomas için bu hukuk, Tanrı tarafından konulmuştur. Sonraki nesiller, doğal hukuku aklileştirmiş ve Tanrı'yı hukukun krallığından kovmuştur. İnsan kendisini ilgilendiren ebedi hukuk ilkelerini kendi aklıyla kavrayıp şekil verme yetisini keşfetmiştir.

Bunun örnekleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nde ve Avrupa Birliği İnsan Hakları Antlaşması'nda görülebilir. Bu belgeler, doğal hukukun pek çok temel ilkesini içerir. Orta Çağ, eskiden olduğu gibi şimdi de bizim aramızdadır. Yeni tip anayasalar, yüzlerce yıllık doğal hukuk geleneğini yeniden hayata geçirmiştir. Ahlâk, hukuka taşınmıştır. Bu, övgüyü hak eden olumlu bir değişimdir. Fakat bu desteği hak eden özneye, yeni zaman zaman iddia edildiği kadar karanlık olmayan Orta Çağ'a saygı göstermeyi de hatırlayalım. Orta Çağ'a dönüldüğü şeklinde yerinen Umberto Eco'ya katılamayız. Davranışlardaki bozulma, bizim için de geçerli; modern çağın, düşüncenin derinliklerinden öğreneceği çok şey var. Bunu hesaba katarak kendimi "Hoş geldin antik düşünceler." demek zorunda hissediyorum.

13. Hukuk bilimi, merkezi iktidarın fazlasıyla güçlü olduğu zamanlarda (Roma'nın genişleme yüzyılları, Justinianus çağı ve Napolyon dönemi) temel bir role sahiptir. Böyle zamanlar, örneğin *Corpus Iuris Civilis*, *Code Civil* ve *Code Penal* gibi büyük kanunnamelerin doğumuna tanıklık eder. Fakat hukuk bilimi, zayıf merkezi iktidarlar zamanında da kendine yer bulur. Hukuk biliminin statüsü asıl bu zamanlarda ilginçleşir. Hukukun görevi adaleti tesis etmek ve dönemin içinde bulunduğu krizi aşmaktır. Örneğin Alman birliğinin kurulmasından önceki dönemlerde Kutsal Roma İmparatorluğu'nun bulunduğu bütün bir bölgede durum tam da böyledir.

19. yy.'ın başlarında Almanya'daki tarihçi okulun gücü buna iyi bir örnektir. Carl Friedrich von Savigny, Alman birliğinin fiilen kurulma sürecinden önce, Alman hukukunun geneline şekil verdiği için öncü bir konuma yükselmiştir. Von Savigny hukukun, halkın arasından doğduğunu, bir organizma veya bir bitki gibi sökün ettiğini görmüştür. Halkın ruhu, *Volkgeist*, bütün hukukların temelidir. Halkın ruhunu, hukuk kuralı olacak şekilde biçimlendirmek de hukuk biliminin görevidir. Dolayısıyla uzman hukukçular, halkın ruhu (hukuk bilinci) ile hukuk normları arasında bir tür aracıdır. Zira sadece uzmanlar, bir hukuk bilincinin oluşturulması için gerekli teknik donanımına sahiptir. Bütün bunlara karşın von Savigny'nin düşünme biçimi, önemli pratik sonuçlar doğuran bir paradoksa dönüşmüştür.

Alman hukuk bilimi dönemi özgünlüğe sahip değildi. Dolayısıyla ihtiyaç duyulan kavramlar ve düşünce araçları başka bir yerden tedarik edilmeliydi. Kaynak Roma hukukunda, özellikle de Justinianus'un kanunnamesinde bulundu. Böylece paradoks da tamamlanmış oldu: Alman halkının hukuk bilincini oluşturmak hukuk biliminin görevidi, fakat araçlar eksik olduğundan Roma hukukununkilerle iş görülmeliydi. Von Savigny ve izleyicilerinin okulu böylece bir kez daha Roma hukukunun temel ilkelerini ve belli başlı içeriğini muhafaza etmiş ve yenilemiş oldu. Sonuç, daha sonraki Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) oluşumunda da kullanılan *pandekt* hukuku olmuştur. *Pandekt* hukuku aynı zamanda, Alman Medeni Kanunu aracılığıyla Fin medeni hukuk düşüncesinin de temel yapı taşlarını oluşturmuştur.

14. Hukuk bilimi açısından von Savigny'nin çalışmaları, paradokslarına karşın önemli ve heyecan vericidir. Krallık için genel bir hukuk teşekkülüne merkezi iktidarın gücü elverişsiz olduğu için bu iş üniversitelere kalmıştı. Süreç hiç de demokratik değildi ama bilgi için büyük bir buluştu. Fakat aynı zamanda kendi başına, Avrupa düşüncesinin antik mirasını modern çağa taşıdı. Şunu da hatırlamak gerekir ki, Helsinki Üniversitesi'nde benim öğrencilik yıllarımda ders kitabı olarak Rudolf Sohm'un *Institutions*'u kullanılırdı. Diğer ders kitaplarından öğrendiklerimin neredeyse tamamına yakını, bu kitaptan öğrendim. Genç hukuk öğrencisi, Sohm'un *Institutions*'u aracılığıyla Avrupa hukuk bilimi düşüncesi geleneği ile tanıştırdı. 2000 yılı aşkın bu gelenek, ancak bu kadar etkili olabilirdi.

15. Soruşturmamın odağını özellikle Avrupa kimliğine çevirdim. Şüphesiz bu, tebliğin kusuru veya en azından bir sınırlama kabul edilebilir. Bunu da göz önünde bulundurarak, üzerinde durduğum noktaların en azından büyük bir kısmının, hangi kültür çevresi söz konusu olursa olsun, kimliğin tanımlanmasına uygulanabileceğine inanıyorum. Von Wright'ın kimlik çözümlemesi ile amaçladığı da budur. Kendi başlangıç noktam, yani kendi Avrupamerkezci kültür çevrem açısından, araştırmamın şu sözlerle genişletilmesinin haklı olacağını düşünüyorum.

Çağımızda, hukuka dair Avrupai düşünceleri, ulusal bir temelden hareketle birbirinden ayıracak değil, tersine, bir arada tutacak unsurlara ihtiyacımız var; hem de şiddetle. Bu unsurlar genel bir Avrupa hukuk düşüncesi ve eğitimidir. Uygulamada kötü bir avukat, fakat teoride iyi bir hukukçu olunabileceği şeklinde, aslında hukuki düşünce tarihinin desteklemediği görüşlere karşı çıkmaya kendimi zorunlu hissetmemin sebebi işte budur. Kendi mesleğim ile ilgili bu açıklamalardan hareketle, von Wright'ın ve Buruma ve Margalit'in çalışmalarının temsil ettiği ihtiyatlı iyimserliği rahatlıkla paylaşabilirim. Hukuk bilimi ile uğraşan birisi -bıkıp usanmadan- “Biz kimiz?” sorusunu sormalıdır. Ne kadar değişik açılardan yaklaşılsa yaklaşılsın bu sorunun cevabı, asla verilemez. Bu söylediğim *gelecek* için geçerli olduğu kadar *şimdi* için de geçerlidir. Fakat bu soru tarihin, benim örneğimde Avrupa tarihinin sağlam yapı taşları üzerinde yükselen ve ben-idrakı ile renklenmiş kimlik adına girilen araştırmada yol açıcı bir rol oynamaktadır.

KAYNAKÇA

- Buruma I.-M.A., *Occidentalism. A Short History of Anti-Westernism*, 2004.
- Huntington S.P., *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, 2004.
- Masonen P., “Baabelin porto ja modernin ytheiskunnan viholliset” (“A Harlot of Baabel and the Enemies of the Modern Society”), *Book Review in Kanava* 2005, no. 7 (Sadece Fince yayınlanmıştır).
- Van Caenegem R.C., *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity of Two Millennia*, 2002.
- Van Caenegem R.C., “The Unification of European Law: A Piperdream?”, *European Review* 2006, no. 1.
- Von Wright G.H., “Moderni identiteetti ja eettisyys (The Modern Identity and Ethics)”, in: Ajatus 63, *The Yearbook of the Finnish Philosophical Society* (Yazarın ölümünden sonra ve sadece Fince yayınlanmıştır).

HUKUKİ ÇOĞULCULUK VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ*

Francesco Viola**
Çev. Sercan Gürler***

Geleneksel hukukun üstünlüğü formülü, alışıldık hukuk imgesiyle ilk bakışta örtüşmeyen kural ve uygulamaların hukuki açıdan kuşku götüren doğasını test etmek veya onaylamak için günümüzde çok sık kullanılmaktadır. Mevcut hâliyle formül, hukukun genelliğine ve hukuk sisteminin birliğine üstünlük tanınan modern hukukun ışığında ele alınmaktadır. Dolayısıyla çağdaş hukukun, hukuk düzenlerinin çoğulculuğu hâline geldiğine tanıklık ettiğimiz bir dönemde bu formülün doğru bir şekilde uygulama alanı bulup bulamayacağı veya hangi ölçüde uygulanabileceği merak konusudur.

Bu meseleyi ele alırken tartışmaya girmeden sadece bazı ön kabullerle başlayacağım.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ NE DEMEKTİR?

Kanaatimce hukukun üstünlüğü modeli, özsel değil de hayli biçimsel veya prosedürel bir niteliğe sahiptir¹. Modelin amacı, adil hukuku tesis etmek

* Bu çeviri hakem incelemesinden geçmiştir.

Bu çalışma, 1 - 6 Ağustos 2007 tarihleri arasında Krakov-Polonya'da gerçekleştirilen IVR'nin 23. Dünya Kongresi'nde sunulan ve **Law and Legal Cultures in the 21st Century (Diversity and Unity)**, Ed. by Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, s. 105-131'de yayınlanan "The Rule of Law in Legal Pluralism" isimli makalenin, yazarının izni alınmak suretiyle gerçekleştirilen tercümesidir.

** Francesco Viola, İtalya Palermo Üniversitesi Hukuk Felsefesi Bölümü'nde profesördür. Hukuk felsefesi, hukuk genel kuramı, insan hakları, hukuk etiği alanlarında ders vermektedir. Ayrıca İtalyan Hukuk Felsefesi Derneği'nin başkanı, "Rivista di Filosofia del diritto"nun (Hukuk Felsefesi Dergisi) baş editörüdür.

*** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

değil, bir toplumun hangi koşullarda kişilerin keyfi kararlarının yerine hukukla yönetildiğini tespit etmektir. Hukukun üstünlüğü modelinin insanların özerkliğini gerektirdiği doğrudur; fakat özerklik merkezi bir siyasi değer değildir. Aksi takdirde hukukun üstünlüğü sadece liberal toplumlar için geçerli olurdu². Fuller'ın da isabetle belirttiği gibi burada sadece antropolojik bir koşuldaki bahsediyoruz: Kişinin bir hukuk kuralına tam anlamıyla itaat etmiş sayılması için özgür ve bilinçli olması gerekir. Köle itaat etmez; Aristoteles'in de dikkat çektiği gibi bir araç olarak kullanılır. Hukukun üstünlüğü her şeyden önce, hukukun bir köleler toplumu için uygun olmadığını söyler. Çok sıradan da olsa bu gerçeği açıkça ifade etmek her zaman işe yarar.

Hukukun üstünlüğü, vatandaşların özgürlüğünü zorunlu kıldığı gibi ayrıca hukukun ve kurumların işbirliği olarak anlaşılmasını da gerektirir. Bu anlamda hukuk, yasa koyucular, devlet görevlileri ve vatandaşlar tarafından paylaşılan bir işbirliğidir. Bu işbirliği içerisinde genel ve uygulanabilir kurallar koyma, bu kuralları yorumlama, doğru bir şekilde uygulama ve kendi davranışı için kılavuz kabul etme gibi herkesin kendi özel bir rolü vardır. Bu husus, hukukun üstünlüğü üzerinde çalışan araştırmacıların genellikle pek üzerinde durmadığı bir yöndür³. Hâlbuki yukarıda ele alınan diğer yönü kadar [vatandaşların özgürlüğü] hukukun üstünlüğünün bu yönü de önemlidir ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin tamamlayıcısıdır.

Hukukun üstünlüğü, bizatihi hukukun kendisiyle değil, bir hukuk düzeniyle, yani toplumsal eylem biçimlerini düzenlemeyi amaçlayan, büyük ölçüde organik niteliğe sahip bir girişimle ilgilidir. Bir hukuk sisteminin var olabilmesi ve düzgün çalışabilmesi için gerekli ama yetersiz bir dizi biçimsel

¹ P. Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", **Public Law** 1997, s. 467-87.

² Hukukun üstünlüğü, "meta-hukuki bir öğreti veya siyasi ideal" olarak tanımlanırsa ya devlet yönetiminde hukukun önceliği anlamına gelir veya refah devleti ve idari hükümeti eleştirmeye yarayan siyasi bir kullanıma işaret eder. Örneğin Hayek'in düşüncelerinde görüleceği gibi, çoğu zaman terimin anlam bulanıklığını gidermek pek kolay değildir. Krş. F.A.von Hayek, **The Constitution of Liberty**, University of Chicago Press, Chicago 1960, s. 206. Hukukun üstünlüğü kavramının bu versiyonuyla ilgili tartışmalar üzerinde burada durmam mümkün değil, krş. R. Westmoreland, "Hayek: the Rule of Law or the Law of Rules?", **Law and Philosophy** 1998, no. 17, s. 77-109. Bir doğal hukuk ön yargısı olduğunu düşündüğü için Kelsen'in, hukukun üstünlüğü formülüne karşı çıktığı okuyucuya hatırlatılmalıdır.

³ Fuller, hukuku, toplumsal etkileşimin resmi dili kabul eder. Krş. L.L. Fuller, "Human Interaction and the Law" [1969], in: **The Principles of Social Order**, K.I. Winston, (ed.), N.C.: Duke UP, Durham 1981, s. 213; işbirliği özelliği için ayrıca bkz. G.J. Postema, "Implicit Law", **Law and Philosophy** 1994, no. 13, s. 361-387.

ilke ve işlemden oluřur⁴. Her ne kadar, hukukun üstünlüğünün “büyük haksızlıklarla bir arada bulunabileği”ni⁵ söyleyen Hart’ı sulayamasak da adil bir toplumun, sistematik hukuka aykırılıklarla bağdaşmayacağı bir gerçektir. Bir dizi normdan oluşan bir hukuk sisteminin belirli biçimsel ve prosedürel koşullara riayet etmek, düzgün ve sağlıklı çalışmak zorunda oluşu, bir adil toplum ideali hedefinin gerekli ama yetersiz unsurlarındandır.

Adalet sorunlarının çözümüne hukukun üstünlüğünün sağladığı katkılar şu düşüncede toplanabilir: Salt doğru davranışlarda bulunmak yeterli değildir; doğruyu, hakkaniyete uygun veya doğru bir şekilde yapmak da gereklidir. Bütün bunlar, “[H]ukukun üstünlüğünün en önemli işlevi, adaletsizliği toplumca azaltmak için ne yapabileceğimiz konusunda sınır çizmektir.”⁶ denilmek suretiyle olumsuz bir tarzda dile getirilebilir. Fakat daha yerinde bir ifadeyle, “Meselelerin hlledilme şekli adalet açısından değerlerinin tespitini de etkiler.” denilerek olumlu bir tarzda da sylenabilir. Örneğin politikalarının içeriği ne olursa olsun paternalist bir siyasi rejimi adaletsiz kabul etmemizin sebebi budur. Kuşkusuz bu durum, yanlış bir şeyi doğru bir tarzda yapmak suretiyle hukukun üstünlüğüne saygı duyuyormuş gibi gözükerek istismar edilmesini, adaletsiz ve ahlâksız bir rejimin benimsenmesini, yani adil olduğuna inanılmasını sağlamada kötü niyetli yöneticilere ve hilekr devlet görevlilerine yardımcı olacağı ihtimalini dışarıda bırakmaz. Fakat bu ihtimal aynı zamanda hukukun üstünlüğü teriminin, koşulların ürünü şeklinde kullanıldığı yaygın anlamının kendine özgü bir tarzda olsa bile adalet meselesiyle ilgili olduğunu gösterir. Bu bakımdan hukukun üstünlüğüne ilişkin en katı biçimsel anlayış dahi hukukun üstünlüğü ilkelerinin ahlâki bir anlamının ve statsnn⁷ de bulunduğunu kabul etmelidir. Öyle ki mevcut koşullar değişse bile [*rebus sic stantibus*] bu ilkeleri reddetmek anlamsızdır. Zira bu ilkeler, işlevsel de olsa bir takım etik-politik değerleri, her şeyden önce de kanunilik değerini korur.

Hukukun üstünlüğünün tarihi, ne demokratik ne de liberal rejimlerde başlamıştır. Fakat hukukun üstünlüğüne ilişkin en uygun teori, kanun koyma faaliyetini tekeline almış, yüksek derecede merkezileşmiş bir iktidara ve zor

⁴ Hukukun stnlğ bu ilkelerin sonucu, yani “bir hukuk sisteminin var olduğu ve işlevini sürdürdüğü zaman ortaya çıkan ilişkiler bütünü” olarak da görülebilir, M.H. Kramer, “On the Moral Status of the Rule of Law”, **Cambridge Law Journal** 2004, vol. 63(1), s. 65.

⁵ H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, 2 ed., Oxford University Press, Oxford 1994, s. 207 ve ayrıca J. Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” [1977], **The Authority of Law**, Oxford University Press, Oxford 1979 içinde, s. 210-29.

⁶ J. Waldron, “The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory”, **Ratio Juris** 1989, no. 2(1), s. 94.

⁷ A. Marmor, “The Rule of Law and Its Limits”, **Law and Philosophy** 2004, vol. 23, s. 39.

kullanma yetkisine sahip bir siyasi teşekkül olan modern devletle birlikte gerçek anlamını kazanmıştır⁸. Siyasi iktidarın kanun koyma yetkisini elinde bulundurması, her türlü buyruğu veya işlemine “hukuk” niteliği atfedebileceği yahut hukuku oluşturmada tekel konumunda bulunduğu anlamına gelmez. Bunlar, hukukun üstünlüğünün siyasi iradeye ve karar verme yetkisine getirdiği sınırlardır.

Devletin hukuk uygulamasının her durumda hukukun üstünlüğü ilkeleriyle örtüşmediği doğrudur. Fakat yine de hukukun üstünlüğü daima bir düzenleme işlevi görme idealini saklı tutar. Buna karşın günümüzde devletin merkeziliği zayıflamıştır; toplum yaşamının önemli alanları devlet tekeli altında değildir artık. Hukukun parçalı hâle gelişi, tek kelimeyle hem kişisel yaşam tasarımlarını hem de sosyo-politik düzenin bütünlüğüne yönelik göndermeleri gerçekçi olmaktan çıkmış durumdadır.

Hukukun üstünlüğü, modern devletin düzen verme idealidir. Dolayısıyla bu devlet biçiminde yaşanan kriz, geleneksel hukukun üstünlüğü formülünün tükenişini de gerektirecek gibi görünmektedir⁹. Bu durum, insanların değil de hukukun yönettiği bir devlet idealinin de terk edilmesi anlamına mı geliyor?

Bu soruya cevap verebilmek için kendine özgü bir hukuki çoğulculuk türünü, yani devletle yakın ilişki içerisindeki hukuk düzenlerinin oluşturduğu çoğulculuğu inceleyeceğiz. Ardından hukukun üstünlüğü kuralını muhafaza edebilmek için en elverişli yolun hukuki çoğulculuk olduğunu ileri süreceğiz.

HUKUKİ ÇOĞULCULUK NEDİR?

Farklı türlerdeki hukuk düzenleri arasındaki her karşılıklı ilişkiyi hukuki çoğulculuk şeklinde nitelendirmek, fazla basit olur ve çok da fayda sağlamaz. “Çokluk” [plurality] ile “çoğulculuk”u [pluralism] karıştırmamak gerekir. Hukukun biçimlerinin ve uygulanma alanlarının çeşitliliğini kabul etmek yetmez. Zira bu durum kesinlikle yeni bir şey değildir. Keza bu farklı hukuk düzenlerinin çatışma yoluyla karşılıklı etkileşime girmeleri ve bir araya gelmeleri sonucunda birbirlerine karışmaları da yeterli değildir. Hakiki anlamda “hukuki çoğulculuk”tan bahsedebilmek için sadece devletinki değil, hiçbir hukuk düzeninin münhasır yetkiye sahip olacak şekilde kurulmaması

⁸ B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 5.

⁹ E. Denninger, “Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa”, *Juristenzeitung* 2000, no. 55, s. 1121 vd.

gerekir. Ayrıca içsel bakış açısıyla¹⁰ bakıldığında, bu hukuk düzenlerinin her biri, diğerinin kendisinininkiyle rekabet hâlindeki hukuki iddialarını meşru kabul ederek tanımalı, fakat sistemine katmamalıdır¹¹. Mevcut hukuki kaynakların hepsinin meşru kabul edilmesi, aynı ilişkiyle veya toplumsal durumla bağlantılı olması, belirli açılardan birbiriyle çatışması ve aralarında belirgin ve pekiştirilmiş bir normatif hiyerarşinin bulunmaması şarttır.

Hukuki çoğulculuk, hukuk sistemlerinin değil, toplumsal bağlamların bir özelliğidir. Belirli bir toplumsal alanda, farklı kaynaklardan çıkan hukuk normlarının var olabileceği gerçeğine işaret eder. Bu normların bir kısmı o toplumsal alanın kendi içinde, diğer bir kısmıysa farklı toplumsal alanlarda üretilmiştir¹².

Dolayısıyla, aynı hukuk sistemi içerisinde, aynı olaya uygulanabilen farklı normatif mekanizmaların varlığını kabul etmek “hukuki çoğulculuk” değildir¹³. Çünkü bu, *düzenlerin çoğulculuğu* değil, *düzen içi çoğulculuktur*. Keza, aynı konumda bulunmakla birlikte birbirinden bağımsız hukuk düzenlerine tabi kişilere hitap eden “var olma” ölçütü de yetersizdir¹⁴. Zira çoğulculuğun iddiası, kesinlikle bu hukuk düzenlerini birbiriyle ilişkili ve rekabet eder şekilde düşünmeyi içerir. Nihayet, coğrafi ölçüte başvurmanın da pek tatminkâr olmadığı söylenebilir¹⁵. Çünkü daha önce de gördüğümüz gibi, mevcut hukuk düzenlerinin hepsi toprak boyutuna sahip değildir. Meğer ki bundan kasıt, “yaşamsal mekân” veya içinde farklı normatif düzenlerin karşılaştığı ve çatıştığı bir toplumsal ilişkiler ağının genişleme

¹⁰ Bazılarının “hukuki çokmerkezçilik” [“legal polycentricity”] demeyi tercih etmesinin sebebi budur. Krş. H. Petersen, H. Zahle (eds.), **Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law**, Aldershot, Dartmouth 1995, s. 8.

¹¹ Bu, “hukuki çoğulculuk”un asgari varlık koşuludur. Krş. F. Ost, M. van de Kerchove, **De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2002, s. 185-187.

¹² J. Griffith, “What is Legal Pluralism?”, **Legal Pluralism & Unofficial Law** 1986, no. 24, s. 38, ve S.F. Moore, “Law and Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, S.F. Moore, **Law as Processes: An Anthropological Approach**, Routledge & Kegan Paul, London 1978 içinde, s. 54-81.

¹³ Griffith’in farklı açılardan eleştirdiği bu tez, J. Vanderlinden tarafından ele alınmıştır, “Le pluralisme juridique: essai de synthèse”, J. Gilissen (ed.), **Le pluralisme juridique**, Université de Bruxelles, Brussels 1971 içinde, s. 19.

¹⁴ Bu, Vanderlinden’in yeni tanımıdır, “Return to Legal Pluralism”, **Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law** 1989, no. 28, p. 151. Buna karşın, hukuki çoğulculuk meselesinin incelenmesinde “failin perspektifi” ölçütü oldukça önemlidir. Krş. M. Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, **Ratio Juris** 1998, no. 11(3), s. 238-240.

¹⁵ Hukuk sistemlerine, aynı coğrafi alanda var olan ağlar ve emirler niteliğinin verildiği bir kaynak için bkz. W. Twining, **Globalisation and Legal Theory**, Butterworth, London 2000, s. 83.

alanı olsun. Hukukun oluşturulduğu, yürürlüğe konduğu ve icra edildiği yerlerde bu mekân, zorunlu olarak vücut bulur. Fakat normatif geçerliliğin alanı, maddi değil de hukuki mekândır. Ayrıca devletin hukuk sisteminin coğrafi geçerliliğini Kelsen'in yorumlama şekli de aslında böyledir.

Hukuki çoğulculuk normatif bir durumu gösterir. Burada farklı hukuk düzenleri bir arada bulunur ve aynı türden toplumsal ilişkilere yönelik belirli bir eylem biçimini veya eylemler dizisini düzenlemede yarışır. İlkeler söz konusu olduğunda karşılıklı yetkilerin hiçbiri inhisari değildir ve hukukun kaynakları arasında ayırt edilebilir herhangi bir hiyerarşi barındırmayan normatif örtüşmelere yol açarlar.

RESMÎ HUKUKİ ÇOĞULCULUĞA İLİŞKİN BİR TASLAK

Daha önce de söylediğim gibi araştırmamı, devlet ile arasında kayda değer bir bağ bulunan ve dolayısıyla resmi hukuk olduğunu iddia etme hakkına sahip normatif düzenlerin arasındaki ilişkilerle sınırlandıracağım. Bu da konuyu hukuk sosyolojisi ve antropolojisinin bakış açısıyla ele almayacağım anlamına gelir. Zira bu iki alan aynı toplumsal bağlamda yer alan, fakat kaynakları farklı normlar arasındaki karşılıklı ilişkilerle ilgilenir. Aksi takdirde, sorunlu “kanunilik” kavramı ve *resmi hukuk* [official law] ile *resmi olmayan* [unofficial law] hukuk arasındaki ayırım kadar bütün bunlar ile hukuk olmayan arasındaki ayrımla da ilgilenmek gerekir.

Bu sınırlı bakış açısıyla doğrudan farklı hukuk düzenleri arasındaki üç ilişki kategorisine başvuracağım. Her ne kadar derin de olsa aralarındaki farklılara detaylı bir şekilde temas etmeksizin bu ilişki kategorilerini sadece basit hâlleriyile ele alacağım.

Her şeyden önce uluslararası hukukun iki büyük alanı gelir. Bu iki alan, ulusal hukukun önemli bölümlerine tekabül eder; hatta bu bölümlerle örtüşür. Bu iki büyük alandan ilki, devletin veya vatandaşların özel mülkiyetini uluslararası düzeyde korumayı amaçlar. Bizim amacımız açısından en faydalı örnek Dünya Ticaret Örgütü'dür. Fakat Dünya Bankası'nın önemini de göz ardı etmemek gerekir. İkinci büyük alansa kamu değerlerini korumakla ilgilenir. Ulusal hukuk açısından da hayli önem taşıyan bu kamu değerleri arasında güvenlik (örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi), çevreyi koruma (örneğin Uluslararası Balina Konseyi veya Ozon Tabakası'nı korumaya yönelik çeşitli uluslararası çevrecilik hareketleri), işçi haklarını koruma (Uluslararası İş Örgütü) ve aralarında mevcut Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin de bulunduğu insan haklarını uluslararası ve bölgesel planda korumayı amaçlayan pek çok girişim yer alır.

Bu sınıflandırma, *özel hükümet* [private government] biçimlerinin ve uluslar ötesi dünya pazarları hukuk sisteminin, yani uluslar ötesi ticaret

hukukunun ortaya çıkmasına yol açan *lex mercatoria*'ya dair bütün kurumsallaştırma süreçlerini dışarıda bırakır. Zira bu pazarlar devletlerin müdahalesine tabi değildir; hatta etkilerinden bile uzak durmaya eğilimlidir. Çok-uluslu şirketler, kendi aralarında sözleşme yapmakta ve bu sözleşmeler aracılığıyla herhangi bir ulusal yargı sistemine veya herhangi bir ulusal veya uluslararası maddi hukuka tabi olmaktan çıkmaktadır¹⁶. Fakat böylece geleneksel anlamda sözleşme hukukunda uzmanlaşmış pek çok hukuk dalının, devlet egemenliğine tabi olmaktan çıktığı da aşikârdır.

Hukuk düzenlerinin ikinci kategorisi uluslar üstü hukuktur¹⁷. Bu kategori, diğerinden farklı olarak hâlâ sınırlarla bağlantılıdır; fakat devletlerin sınırlarının ötesine de geçer. Kuşkusuz bilinen en iyi örnek Avrupa Birliği'dir. Avrupa Birliği'ni örnek vermemizin sebebi, tek uluslar üstü hukuk düzeni olması değil, Batı dünyasındaki en gelişmiş hukuk sistemlerinin bazılarını bünyesinde barındırması ve kendine has bir takım niteliklerinin bulunmasıdır. Uluslar üstü Avrupa Hukuku, egemenliği bölüştüren federalizm ile karıştırılmamalıdır. Zira Uluslar üstü Avrupa Hukuku bölüştürme ve dağıtmayla değil, birleştirme ve paylaşımaya işler¹⁸. Üye devletler eliyle inşa edildiğinden Avrupa hukukunun, (belirli bir ölçüye kadar atası kabul edilebilecek) geleneksel *ius commune* ile de karıştırılmaması gerekir.

Avrupa hukukunun doğasını anlamak için hükümetlerin egemenlik yetkilerinden vazgeçtiklerini ilân ettikleri kurucu antlaşmaların metinlerinden ziyade Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarına bakmak gerekir. 1963 tarihli Van Gend & Loos Davası'ndan başlayarak Adalet Divanı, üye devletlerin hukukundan da uluslararası hukuktan da farklı yeni bir hukuk sisteminin ortaya çıktığını sürekli belirtmektedir. Dahası kurucu antlaşmaları, "bir hukuk topluluğunun (*Rechtsgemeinschaft*) anayasal belgesi" şeklinde tanımlamakta, yani bu antlaşmaların siyasi birlikten çok hukuk birliğine dayandığını belirtmektedir¹⁹. Sonuç olarak Adalet Divanı üç önemli ilke ortaya koymuştur:

¹⁶ Krş. G. Teubner, "Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", *Soziale Systeme* 1996, no. 2, s.229-55.

¹⁷ Bir uluslar üstü kuruluşu, bir uluslararası kuruluştan şu özellikleri ayırır: özerk karar alma yetkisine sahip bağımsız organların varlığı; çoğunluk oyu aracılığıyla üye devletleri bağlayan kararlar alma yetkisi ve ulusal hükümetlerin müdahalesi olmaksızın üye devletlerin vatandaşları üzerinde etki doğuran kararlar alma yetkisi. Krş. M. L. Jones, "The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis using H. L. A. Hart's Model of Law and a Legal System", *Cornell International Law Journal* 1984, no. 17, s. 15, n. 64 ve ayrıca K.-H. Ladeur, "Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept", *European Law Journal* 1997, no. 3(1), s. 33-54.

¹⁸ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, s. 55.

¹⁹ Krş. M. Zuleeg, "Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft", *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, no. 9, s. 545 vd.

Daha sonra üretilmişse de Topluluk Hukuku²⁰, ulusal hukuka göre önceliğe sahiptir; Avrupa yasama faaliyeti, bir ulusal hukukun aracılığına gerek kalmaksızın doğrudan etkilidir; Topluluk Hukuku, sadece devletler için değil vatandaşlar için de hak ve yükümlülükler doğurur ki bu çok önemlidir. Üye devletlerin (hükümetleri değil de) anayasa mahkemelerinin²¹ itirazıyla karşılaşmışsa da bu ilkeler, geniş ölçüde kabul edilmiş ve ulusal yargı organları tarafından uygulanmıştır²². Avrupa hukuk sistemi ile üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki ilişki hukuk teorisi alanında hâlâ tartışılmaktadır. Nasıl bir sistemle karşı karşıya olduğumuz pek açık değildir: Burada söz konusu olan, birbirinden bağımsız fakat bir arada ve iletişim hâlinde bulunan farklı hukuk sistemleri mi, Topluluk Hukuku'nun da bir parçası olduğu görece daha karmaşık bir Tanıma Kuralı'nın eşlik ettiği tek bir hukuk sistemi mi,²³ yoksa birbiriyle çatışan Tanıma Kuralları'nın yer aldığı, yani çok çeşitli ve düzensiz kaynaklara sahip yine tek bir hukuk sistemi midir?²⁴ Fakat hangisini kabul edersek edelim, pratik sonuçları açısından bir değişiklik olmaz. Zira üye devletlerde uygulanan hukukun önemli bir kısmı, dışarıda bir yerde üretilmekte ve özerklik ve üstünlük niteliği göstermektedir.

İncelenmesi gereken üçüncü kategori, dar anlamda kurumsal hukuk düzenleri ile değil, bir siyasi topluluğun kendi hukuk yapısı içerisinde ortaya çıkan ve devlet hukukunun yorumlanma tarzını değiştiren parçalı hâle gelme [fragmentation] süreçleri ile ilişkilidir.

Aynı devlet içerisinde birden fazla hukuk sisteminin var olabileceğini biliyoruz. Batılı olmayan devletlerin, sömürge dönemi ve sömürge sonrası dönemi devletlerinin, [Güney Afrika'daki] ırkçı rejimin hukukunda, etnik ve ırki gruplara özgü hukuk düzenlerinde (örf ve âdet hukuku, kabile hukuku, dini hukuk, toplumsal alt grupların hukuku vb.) görülen budur. Fakat farklı vatandaş gruplarına yönelik bu tarz bir iç hukuk düzenleri çokluğunu meşrulaştıran tek

²⁰ “Topluluk Hukuku” terimini, Avrupa Topluluk Hukuku’nu da Avrupa Birliği Hukuku’nu da tanımlayacak şekilde geniş anlamda kullanacağım.

²¹ Alman Anayasa Mahkemesi, kendisini, Almanya’da yürürlükte olan kanunların anlamına/içeriğine dair nihai sözü söylemekle yükümlü kabul etmiştir. Buna karşılık Adalet Divanı, yine Almanya’da yürürlükte olan fakat Avrupa unsurunu içeren yasalara dair nihai sözü söylemeye kendisinin yetkili olduğunu iddia etmiştir.

²² Ünlü *Costa Enel’e Karşı* (1964) kararında Adalet Divanı çarpıcı bir şekilde şöyle demektedir: “Sıradan uluslararası antlaşmaların tersine Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) antlaşması, kendi hukuk sistemini yaratmıştır. Antlaşma, yürürlüğe girdiği an üye devletlerin hukuk sistemlerinin bir parçası hâline gelmiştir ve mahkemeler de uygulamakla yükümlüdür.

²³ Bu, M.L. Jones’un (“The Legal Nature of the European Community”, s. 36) ve büyük ölçüde de MacCormick’in tezidir.

²⁴ Bu, N.W. Barber’in tezidir, “Legal Pluralism and the European Union”, **European Law Journal** 2006, no. 12(3), s. 306-329.

bir tanıma kuralı tespit edildiği sürece bu durum, hukuk birliğinden taviz verme anlamına gelmez. Ulus devletler, çok uluslu devletler ve federasyonlar yine de bireylere veya kültürel açıdan daha fazla yahut daha az homojen birey gruplarına hitap eder. Bu bireyler veya birey grupları, sınırları belirli bir coğrafi bölgede yaşar ve aynı iktidara tabidir. Gelişmiş hukuk sistemlerinde model aynıdır; tek bir hukuk sistemi vardır; bütün vatandaşlara aynı şekilde uygulanır ve hepsini kapsar. Bu model ulus devlete de uygundur.

Ulus, etnik gruptan farklı şekilde tanımlanır. Hukukun kullanılması suretiyle siyaset tarafından, yavaş fakat kesintisiz bir tanıma [homologation] ve asimilasyon süreci sonucunda inşa edilir. Hukuk kuralları bu şekilde ortak bir hayat tarzı ile güçlendirilir; oturmuş ve bütüncül bir yorum ve uygulama imkânı kazanır. Sonuç olarak anayasacılık fikri, devlet merkezli bir yaklaşımın sonucunda gelişmiştir ve günümüzde hâlâ siyaset ve ekonominin merkezinde yer alan ve siyasi topluluğun paylaştığı ve hayata geçirdiği temel değerlerin hakim olduğu siyasi kurumlara dair bir görüşün etkisi altındadır. Halk, halk egemenliği, vatandaşlık, birlik-bütünlük, eşitlik, tanıma ve demokrasi gibi güncel kavramlar, tek ve merkezi bir hukuki-siyasi sisteme sahip ulus devletin bütünlüğüne işaret eder.

Bu tarz bir anayasacılığın, bir devletin hem içeride hem de dışarıda karşı karşıya kaldığı çoğulculuğun meydan okumasına cevap veremeyeceği kanıtlanmıştır. Üzerinde düşünülmesi gereken sadece her geçen gün artan sayıdaki göçmenler, sürgünler ve mülteciler değil, anayasal değerlerin yorumlanması ve hayata geçirilmesi konusunda vatandaşlar arasındaki artan anlaşmazlıktır. Anayasal devlet, şu üç çatışma alanıyla baş edebilmek için ulus kavramından uzak durmalıdır: kaynakların kontrolü ve dağıtımına ilişkin çıkarların çatışması, kültürel kimliklerin çatışması ve değerlere dair çatışmalar²⁵.

Devlet ulusla tanımlanmadığında anayasanın anlaşılma tarzı da değişir: Artık devlet kurum ve kuruluşlarına dair ortak bir düzenleme şekli olmaktan çıkar, anlaşmazlığın dili hâline gelir²⁶. Yani farklı görüşlerin ileri sürülmesini meşrulaştırır, çatışmalı konuları destekler ve aynı zamanda bu çatışmayı pratik aklın alanı içerisinde yönetmeye çalışır. Günümüzde köklü bir devlet geleneğine sahip devletlerde bile anayasa devletin kendisinin de üzerindedir. Devlet, anayasal söyleme hukuki biçimini veren kurumsal ve prosedürel bir aygıtı indirgenmiştir. Anayasa hukuku, hükümet güçlerini yönetmekte, bu

²⁵ C. Offe, "Homogeneity' and Constitutional Democracy: Coping With Identity Conflicts Through Group Rights", *Journal of Political Philosophy* 1998, no. 6, s. 119-124.

²⁶ Krş. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

güçlerin üzerinde bir konumda yer almaktadır. “Anayasa hukuku ve söylemi, kurulu bir siyasi düzenin ve sürecin salt bir yansıması değil, sürekli yeni baştan gözden geçirilmesidir.”²⁷

Bu dönüşümün, hukuk sisteminin tek anlamlılığı [univocality] ve dışarıya kapalılığı [exclusiveness] üzerindeki etkileri dikkat çekicidir. Ulus devlet, dışarıda, kendisini ayrı ve iletişime geçilemez [incommunicable] bir varlık şeklinde sunmakta, buna karşılık anayasanın devlete önceliği, diğer anayasalarda da belirli ölçüde yer alan, özellikle insan haklarıyla ilişkili anayasal değerler arasında bir ortaklık ve diyaloga izin vermekte, böylece evrenselliğe yönelmektedir. İçeride ise anayasallık söylemi, devlet içi [intra-state] iddialara ve devlet altı [sub-state] hareketlere yeni bir şekil vermek zorunda kalmaktadır. Bunlar, farklı gruplar (ulusal, etnik, coğrafi, dini, cinsel, dilsel ve diğer ayrılıklar) arasındaki ilişkileri ilgilendiren iddia ve hareketlerdir. Fakat anayasallık söyleminin bu şekillendirme süreci, söz konusu grupları gettolaştırmadan hakim söylemden koparacak, buna karşılık aynı anayasa hakkında farklı görüşlerden ve yorum tarzlarından oluşan bir çoğulculuğu kapsayacak ve meşrulaştıracak tarzda bir karşılıklı tanıma ve “tartışmacı” [“agonistic”] bir uzlaşma yöntemi ile gerçekleşecektir. Bu, şu anlama gelir: Tanınmaya değer kültürlerin verili “ulusal” niteliklerden oluşan bir boyuta sahip olmasının veya gelişimini tamamlamış ve özerk yaşama biçimleri olarak görülmesinin gerektiği kabulünden vazgeçmemiz gerekir. Ayrıca halkların kendi kaderini tayin hakkı ilkesinin ideolojik kullanımının öne çıkardığı; ulusların, salt bu ilke sebebiyle devletler olarak kabul edilmesi gerektiği fikrine de itiraz etmeliyiz²⁸.

Çoğulcu bir düzende hukuk sistemi kendisini, artık tek bir merkezi otoritenin gerçekleştirdiği tek tip yasama faaliyeti olarak değil de farklı otorite türleri veya otorite iddiası taşıyan güçler arasındaki durağan olmayan ilişkilerin bir ürünü olarak tanımlar. Bu otoriteler veya otorite iddiası taşıyan güçler, devletin kendi içinde ve dışında yer alan farklı yönlerde veya farklı süreçler içerisinde konumlanmıştır²⁹.

²⁷ N. Walker, **The Idea of Constitutional Pluralism**, European University Institute, San Domenico (Fi) 2002, s. 33.

²⁸ Karşı bir görüş için bkz. C. Taylor, “Why Do Nations Have To Become States?”, içinde, G. Laforest (ed.), **Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism**, McGill-Queen’s University Press, Montreal-Kingston 1994. Genel olarak daha fazlası için krş. J. Tully, **Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity**, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 9 vd. Bu kaynak, devlet merkezli anayasacılık ve bunun dönüştürülmesine duyulan ihtiyaç hakkında aydınlatıcı eleştirel düşünceler içerir.

²⁹ N. Walker, **The Idea of Constitutional Pluralism**, s. 30.

Bir başka deyişle anayasacılık, kendisini hukuka/devlete değerler düzeyinde hayat vermekle sınırlandırmaz. Devleti, uyumsuzlukları hukukileştiren ve kural seviyesinden uygulama seviyesine taşıyan bir çözümler veya düzenlemeler çoğulculuğuna yöneltecek ölçüde esnek olmaya zorlar. Hukuk, uyumsuzlukları ele alıp çözmek zorundadır. Üstelik uyumsuzlukları çözme faaliyeti yine hukukun kendisi tarafından meşrulaştırılır.

Anayasal çoğulculuk fikri uluslararası, uluslar ötesi, uluslar üstü ve ulusal hukukların ürettiği çağdaş hukuk düzenleri arasındaki bu üç ilişki biçimini, dışarıdan veya içeriden, tek fakat kapsayıcı bir formül aracılığıyla kuşatmaya çalışır.

HUKUK ALANI, HUKUK SİSTEMİNE KARŞI

Büyük ölçüde devletin *kendi kendini aşındırması* [self-deconstruction] sürecinin ürünü olan hukuk düzenlerinin yönetilemeyen bu çoğalma durumunun sebeplerini araştırmanın yeri burası değil. Westphalia Antlaşması'ndan günümüze egemen devletlerin arasındaki ilişkilerin tarihi, birbirini takip eden aşamalar şeklinde çizilebilir. Bu aşamalar sırasıyla karşılıklı bağımsızlık, kendi kendine yeterliliğin yitirilmesinin bir göstergesi olan işbirliği, dış saldırılar karşısındaki zayıflığın bir göstergesi olan karşılıklı bağımlılık ve nihayet münhasır yetkililiğin [exclusiveness] yitirilmesinin bir göstergesi olan karşılıklı müdahaledir. Bugün bizler, karşılıklı bağımlılıktan karşılıklı müdahaleye geçiş aşamasında buluyoruz kendimizi. Zira önceki [karşılıklı bağımlılık], hâlâ bağımsızlık ve özerkliğin izlerini taşır ve dolayısıyla hâlâ bir ölçüye kadar devletler arası düzen ile bağlantılıdır. Buna mukabil karşılıklı müdahale sadece, sayısız organizasyon ve kurumun ortaya çıkmasının bir sonucu olan devletler arası yeni ilişki türlerine işaret etmekte kalmaz, devletlerin ekonomik ve siyasi özerkliğinin sonunu da zorunlu kılar. Paradoksal şekilde günümüzde yeni egemenlik, dünyanın geri kalanıyla ilişkiye girebilmeyi ve dünya düzensizliği [world disorder] içerisinde bir aktör olabilmeyi sağlayan siyasi yetenek olarak görülmelidir³⁰.

Tam bu noktada hukuki çoğulculuğun bu ele alınış tarzına yönelik iki itirazı incelememiz gerekiyor.

İlk itiraz Kelsen'e dayanan hukuk teorilerinden gelir. Bu teorilere göre, şayet belirli ölçüde tek bir *Grundnorm*'a bağlanabiliyor ve ondan çıkarıla-

³⁰ A. Chayes, A.H. Chayes, **The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements**, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1995, s. 26.

biliyorsa kaynakların çokluğu, kendiliğinden hukuk düzenlerinin çoğulluğu anlamına gelmez³¹. Dolayısıyla devlet kökenli bir dizi farklı hukuk düzeni, gerçek anlamda hukuki çoğulculuğa yol açmaz; devlet hukukunun kaynaklarının çokluğu anlamına gelir. Eğer anayasada birbirinden farklı kaynaklar için tek bir yasama kuralı tespit edilebiliyorsa uluslararası hukuk, uluslar üstü hukuk ve ulusal hukukun aslında aynı sistemin parçaları olduğu söylenebilir. Farklı kaynaklar arasındaki hiyerarşinin belirgin olmaması ve açıkça tanımlanmaması, sistemi tek bir sistem olmaktan çıkarmaz.

Anayasanın devlet hukukuna önceliğinin yukarıda dikkat çekilen sonuçları gösterilmek suretiyle bu itiraza cevap verilebilir. Anayasanın öngördüğü hukuk kaynaklarındaki çokluk, aslında farklı hukuk düzenlerinin resmen tanınmasıdır. Anayasanın bizatihi kendisinin koyduğu geleneksel esaslara uyulması için devlet hukuku, bu gerçeği bir dereceye kadar dikkate almak zorundadır. Bu sebeple sadece hukuk sisteminin teklifine dair monist tezin değil, dualist tezin de ötesine geçmek gerekir. Ayrıca anayasanın devlete önceliğinin resmi hukuk düzenlerine dair çoğulcu teze kapı araladığını da kabul etmeliyiz. Kabul etmemiz gereken diğer bir husus da anayasanın devlete önceliğinin, aynı zamanda bu düzenlerin birbirini karşılıklı tanınması sorununu gündeme getirmesi ve somut olaylar açısından bakıldığında aralarındaki karşılıklı ilişkinin değişken ve girift olmasıdır.

Bu sorunları çözmek, yani somut bir olaya uygulanacak hukuk kuralını tespit ve tayin etmek için “içeriden bakış” yönteminin iki aşamalı yapısını göz önünde bulundurmak gerekir. Bu aşamalardan biri hukuk alanına [juridical space] aittir; yani ilgili hukuk düzenlerinin oluşturduğu çoğulcu yapının sınırlarını belirlemeye yöneliktir. Diğer aşama ise tek bir hukuk düzenine, yani hukukun somutlaştığı ve tekil bir olaya uygulandığı alana aittir. Hukuk alanı, bir kereliğine ve herkes için geçerli değildir³²; somut olaya dair meselelerin doğasına, ilgili özneler ve bu öznelerin davranışları ve kararlarının etkilerine bağlıdır (*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*). Ortak bir hukuk alanına ait farklı hukuk düzenleri içerisinde yer alan kurumlar, bu arada öncelikle yargı kurumları, aynı zamanda ilgili hukuk düzenleri arasındaki karşılıklı ilişkileri düzenleme veya başka bir alanda üretilen kuralların (*lex alius loci*) bir hukuk düzeni açısından taşıdığı önemi belirleme konusunda uzmandır. “Hukuk alanı” kavramı, alışıldık “hukuk sistemi” kavramından daha önemli ve daha belirleyici bir hâle gelmektedir.

³¹ Gurvitch de zaten kaynakların çokluğunun monist hukuk anlayışıyla tam anlamıyla bağdaştığını söylemiştir.

³² Tıpkı Avrupa Birliği’nde olduğu üzere bu, yargı alanının uluslararası antlaşmalar aracılığıyla daha da güçlenmesi ve kurumsallaşması ihtimalini dışarıda bırakmaz.

Bir başka itiraz da hukuki çoğulculuk teorisi hakkında ilk çalışan hukuk sosyologları ve antropologlarından gelmiştir³³. Kavramları çeşitlilik arz etse de devlet odaklı önyargıyı reddetmekte ve devlet hukuku ve devlet dışı hukuk farkının, sonrakinin gerçek hukuk olmadığı anlamına gelmeyeceği konusunda hepsi de hemfikirdir. Bu kısa incelemeyi sınırlandırdığım devlet hukukunun farklı türlerinin oluşturduğu çokluk, dar anlamda “hukuki çoğulculuk”³⁴a işaret etmez. Daha çok, devlet odaklı ön yargının maskelerinden biri gibi gözükmektedir.

Ancak, devletler arası, devletler üstü ve devletler içerisindeki bu farklı hukuk düzenlerinin ortaya çıkma ve gelişme sebeplerini öğrenmek istersek şu olguyu kabul etmemiz gerekir: Devletlerin ve hukuk sistemlerinin yerine getiremediği çok yaygın ve büyük toplumsal, kültürel, ekonomik ve siyasi taleplerden bahsediyoruz. Bu ise söz konusu taleplerin, farklı türde süreçler aracılığıyla hukukileştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu açıdan baktığımda, toplumsal gruplar ve iç örgütlenmelerinden oluşan ve aşağıdan yukarıya doğru gelişen geleneksel çoğulculuk [pluralism] ile devletler arası örgütlerin oluşturduğu yukarıdan aşağıya doğru gelişen bu çokluk [multiplication] arasında herhangi bir fark görmüyorum. Bütün bunların hepsi, hukuk ile toplum arasındaki ilişkinin geleneksel konularına girer ve bugün daha da açık görüldüğü üzere artık küresel bir boyut kazanmıştır.

Bu yeni alanlarda, kendi içinde bir ölçüye kadar teknikleşmiş bir hukuk dilinin kullanılıyor gibi görünmesine aldanmamalıdır. Zira aslında bu alanlarda kullanılan dil, ekonomik, bilimsel ve ahlâki nitelikte makuliyet kuralları ve biçimlerinden oluşmaktadır. Bu kurallar ve biçimler ise çoğu zaman yanlış bir şekilde hukuk normları ile karıştırılmaktadır. Aslında bu yeni hukuki ve yarı hukuki çerçeveler, birbirinden ayrılmayacak surette iç içe geçmiş hukuki ve hukuk dışı söylemlerden oluşmakta ve hukuka, emredici olmaktan çok işlemsel, parametre düzeyinde değil de işlev düzeyinde bir nitelik kazandırmaktadır.

Hukuk sosyolojisinin geleneksel ilgi alanına giren toplumsal gruplardan farklı bir olguyu, yani “yeni bir hukuki çoğulculuk”u tanıyacaksak, Teubner’le birlikte biz de şöyle söylemeliyiz: “Günümüzde hukuk söylemi, artık toplumsal normları hukuk normları olarak yanlış yorumlamanın değil, ekonomik ve teknik gelişmelerin ürünlerini hukukun ürünleriymişçesine ele almanın sonuçlarını içine almaktadır”³⁴. Bu yeni durumda çok daha acil bir şekilde hukuk kavramı ve kanunilik ilkesi sorunlarıyla yüzleşirken kendimizi bulmamız gerçeği, devlet odaklı bir ön yargının kesinlikle terk edilmesi gerektiğinin kanıtıdır kanaatimce.

³³ Krş. N. Rouland, *Anthropologie Juridique*, PUF, Paris 1988.

³⁴ G. Teubner, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cordozo Law Review*, 1991-2, vol. 13, s. 1459.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE SİYASİ TOPLUM

Tam bu noktada akla şu sorular gelir: Devlete veya ulusal hukuk sistemlerine uygun hukukun üstünlüğü modeli devlet dışı hukuk düzenleri için de geçerli midir? Bu resmi hukuk düzenleri arasındaki karşılıklı yakın ilişki ve müdahale imkânı, aynı zamanda devlet hukuku açısından hukukun üstünlüğü modelinin yeniden formüle edilmesi anlamına da gelmiyor mu? Bu iki sorunu birlikte ele alacağız.

Tıpkı demokrasi kavramında olduğu gibi hukukun üstünlüğünün, herhangi bir hukuki düzenlemenin hem doğruluğunu hem de adilliğini garanti eden bir nitelik olduğu konusunda bol miktarda retorik yapıldığından hiç kimse kuşku duymaz³⁵. Hukukun üstünlüğü ilkelerine uygunluk, fikir olarak ilk kez uluslararası antlaşmalarda ortaya çıkmıştır. Avrupa antlaşmalarında ve Adalet Divanı'nda da özel olarak vurgulanmıştır³⁶. Bu ilkelere saygı duyulmasını isteme, çoğu zaman özellikle Batılı olmayan devletlerle ekonomik ve ticari ilişkilerin kurulması için bir ön şart olarak sunulur. Çünkü böyle bir ön şartın, aynı zamanda siyasi ve toplumsal reformlara girişilmesini teşvik edeceği düşünülür³⁷.

Eğer hukukun üstünlüğünün geleneksel formülüne bakarsak barındırdığı üç temel özelliği birbirinden ayırmamız gerekir: ön kabulleri, değerler alanındaki talepleri ve hukuk uygulamaları.

Ön kabuller, hukukun üstünlüğü formülünün uygulanacağı siyasi bağlamla ilgilidir. Biliyoruz ki hukukun üstünlüğü, ulus devletin hukukuna gönderme yapılarak pekiştirilir. Bu bağlamda ulus devlet, ortak değerler üzerine kurulu ve toplum yaşamının (hukuk toplumu) temel ihtiyaçları açısından bütünlüklü³⁸ bir siyasi toplumdur.

Bu sebepten ötürü hukuk kuralları genel olmalı, kişisel olmamalıdır. Kimliklerin ve özel durumların çoğulculuğu hukuki açıdan uygun değildir. Bu tarz bir çoğulculuk, eşitlik için tehlikelidir. Eşitlik ise iktidarın keyfi kullanımının önündeki zorunlu engeldir. Yasama kuvveti, kişilerin ne olduğu ve şimdi ve burada ne yaptığıyla değil, gerçekleştirmek zorunda olduğu eylem türüyle ilgilenir³⁹.

³⁵ Bu retorik'in zirvesi, 1959 tarihli Yeni Delhi Deklarasyonu'dur. Krş. **The Rule of Law in A Free Society: A Report of the International Commission of Jurists**, Genova, 1959.

³⁶ Özellikle Avrupa Birliği Antlaşması'nın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ve Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 220. maddesinde (eski 164. madde). Krş. M.L. Fernandez Esteban, **The Rule of Law in the European Constitution**, Kluwer, Londra, 1999, s. 102 vd.

³⁷ Krş. G. Silverstein, "Globalization and the Rule of Law: A Machine that Runs of Itself?", **International Journal of Constitutional Law**, 2003, no. 1(3), s. 427-45.

³⁸ Krş. J.M. Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, Clarendon, Oxford, 1980, s. 147 vd.

³⁹ "Hukukun üstünlüğü, *kim* olduğunuz sorusunun yerine *ne* olduğunuz sorusunun tercih edildiğinin ifadesi görünümündedir –yani tam olarak burada ne yaptığınızın yerine genel

Eğer toplum bütünlüklü bir toplum ise her boyutuyla siyasi iktidarın kontrolünü üstlenebilmek için hukuk da öyle olmak zorundadır. Her biri diğerine mantıkça bağlı, dolayısıyla birbiriyle çelişmeyen, uygulanabilir ve mümkün merteye boşluk içermeyen genel normlardan müteşekkil kapalı bir hukuk sistemi fikri, bu zorunluluğu yerine getirir. (Ayrıca bu durum hukuk biliminin rasyonel amaçlarına da uygundur.)

Bireyler, birlik ve bütünlüğe sahip bu tarz bir hukuk düzeni içerisinde hayatlarını sürdürür ve kendi kişisel tasarıları için gerekli koşulları tedarik etmeye çalışır. Dolayısıyla bizler rastlantısal ve kesintili talimatlarla değil, genel düzenlemelerle karşı karşıyayızdır. Rawls'un da dediği gibi bu genel düzenlemeler, siyasi topluma doğdukları an giren ve öldüklerinde de bu toplumdan çıkan vatandaşları muhatap alır⁴⁰.

Dolayısıyla kapalı bir hukuk sistemi, “siyasi bir yapı” olarak devlet, tutarlı bir ortak değerler manzumesi olarak ulus; bütün bunlar bütünlüklü bir siyasi topluma uygun özü gereği tutarlı bir paket oluşturur. Belirli bir hayat anlayışına uygun şekilde kendini gerçekleştiren kişi fikri ile bunun mümkün olabilmesi için birlikli ve bütünlüklü bir toplum düzeninin gerektiği inancı arasında yakın bir ilişki olduğu düşünülmektedir.

Bu ön kabullerin hiçbiri artık geçerli değil. Anayasacılık, kişilerin kimliklerine, haklarına ve somut yaşam durumlarına saygıyı ön plana çıkardı. Kural yerine olay bir kez daha hukukun merkezine yerleşti; varlık sebebi hâline geldi. Dolayısıyla günümüz hukukunun temel sorunu, daha önce inşa edilmiş bir kuralın uygulanması değil, kuralın inşasıdır. Bu amaca yönelik olarak, yasalar, ilkeler ve somut olayın kendisi, kuralın inşa edileceği “hukuki malzemeler” şeklinde kabul edilmektedir. Bu tam anlamıyla şu demektir: Söz konusu hukuki malzemeler, yorumcunun yorum faaliyetinden önce de vardır ve yorum faaliyetini bağlar. Fakat aynı zamanda yorumcu, gerçekleştirdiği yorum faaliyetinin konusunu yine kendisi belirlemeli ve çerçevesini çizmelidir. Bunu yaparken de yorum tercihlerini açıkça gerekçelendirmek zorundadır. Kısaca artık yorum faaliyetini, daha önceden inşa edilmiş mevcut bir normun sürekli somut olaya uygulanması şeklinde tanımlamak doğru değildir. Zira yorum faaliyeti aslında henüz tam anlamıyla hukuk âlemine çıkmamış bir kuralın oluşturulma sürecidir.

olarak ne yaptığınızın tercih edilmesidir.” F. Schauer, “Rules, The Rule of Law, and the Constitution”, **Constitutional Commentary**, 1989, no. 6, s. 69.

⁴⁰ “(...) herhangi bir siyasi toplum gibi demokratik toplum da bütünlüklü ve kapalı bir toplumsal sistemdir. Bütünlüklüdür, zira kendi kendine yeterlidir ve insan hayatının en temel amaçlarının gerçekleşmesi için imkân sunar. Aynı zamanda kapalıdır (...), zira ancak doğumla üyesi olunur ve keza yine ancak ölümle üyeliği sona erer.” J. Rawls, **Political Liberalism**, Columbia University Pres, New York, 1996, s. 40-1.

Devletlerin birbirine bağımlılığı, hukuk düzenlerinin parçalı hâle gelişi ve birbirinin içine girebilmesi, ulusal toplumun bütünlüğü ve dolayısıyla tek ve bütünlüklü bir hukuk sistemi iddialarını geçersiz hâle getirmiştir. Bu bağlamda hukukun üstünlüğünün ancak bürokratik bir adalet modeline indirildiği gözükmektedir. Bu, hukuk kurumlarının doğru işlemesine özen gösteren, hakkaniyetin gerçekleşmesine katkı sağlama dışında birbiriyle hiçbir ilişkisi olmayan yalıtılmış bireylere [isolated individuals] hitap eden bir görüştür⁴¹. Fakat bu şekilde anlaşıldığında hukukun üstünlüğü, asli özelliği olan siyasi karakterini de yitirecektir.

Bireyler ve toplumsal gruplar, belirli bir yaşam tasarısına göre kendi varlıklarını sürdürmek istemeye devam edeceğinden, aslında siyasi boyuttan vazgeçemeyiz. Dolayısıyla farklı hukuk sistemlerinin oluşturduğu çoklu yapıyı, bütünleşme yoluyla bir düzene sokma zorunluluğu vardır. Her ne kadar mutlak olmasa da bu düzen, kişinin kendi eylemlerinin sonuçlarını öngörebilmesi için gerekli temeli sağlayan belirli bir sabitliği garanti eder. Bunun gerçekleşmesinde hukuk asli bir işleve sahiptir (hukuk aracılığıyla bütünleşme). Hukukun var olabilmesi için gerekli olduğu varsayılan siyasi toplum, böylece hukuk aracılığıyla ulaşılmak istenen bir hedef hâline gelir. Hiç de küçük bir dönüşüm değildir bu. Siyaset, kendi özgün anlamına kavuşmuştur. Ötekilerin, yani farklı iyi anlayışlarına sahip kişilerin kabul edildiği bir ortam hâline gelmiştir. Gerçek bir tanıma, benzer olandan değil farklı olandan doğar.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN YÜZLEŞMEK ZORUNDA OLDUĞU YENİ MEYDAN OKUMALAR

Bu açıdan bakıldığında hukukun üstünlüğü formülü acaba ne tür bir işleve sahiptir günümüzde?

Bu soruyu cevaplandırmak amacıyla çağdaş hukuk açısından bana çok önemli gözükten bazı sorunlara değinmek istiyorum şimdi.

Her şeyden önce, merkezi siyasi iktidarların yerel sınırların içinde ve dışında yayılması, hatta zaman zaman hiçbir tanımlanabilir bir mekânla sınırlı olmaması, bireyler ve topluluklar için iktidarın, kuruluş ve uzmanlık açısından kesin bir şekilde tanımlanmış kurumsal organlar elinde toplanmasından hiç de daha az tehlikeli değildir. Sorumlulukların tayin edileceği merkezin tespiti daha da zordur. Hâlbuki Dicey'in bize öğrettiği gibi, siyasi gücün nasıl kullanılacağına denetlenmesinin en etkili yolu,

⁴¹ “Bu görüş bürokratiktir, zira bürokratik kurumların işlem ve eylemlerini, yalıtılmış bireylerle ilişkisi açısından ele alır.” J. Raz, “The Politics of the Rule of Law”, *Ratio Juris* 1990, no. 3(3), s. 332.

sorumlulukların tayinidir. Üzerinde düşünülmesi gereken bir nokta daha vardır: Daha önce sadece devletin düzenleme yapabildiği, fakat günümüzde uluslararası ve uluslar üstü kuruluşlar tarafından da düzenleme yapılabilen özel uzmanlık alanlarının ortaya çıkması, uzman otoritelerin sayısının fazlalaşmasına, dolayısıyla da iyi tanımlanmış sabit hiyerarşilerin olmadığı bir ortamda birey özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların artmasına yol açmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında sadece kuvvetler ayrılığı ilkesinin yeniden gözden geçirilmiş bir yorumu değil⁴², otoritelerin dolaşımına ve birbiriyle yarışan hukuk düzenleri arasındaki bağlantılara ilişkin ortak kuralların da hukukun üstünlüğüne eşlik etmesi gerekir. Bütün bunlar, uluslararası ve uluslar üstü hukukun hâlen devam eden anayasallaşma sürecinin tamamlanmasını⁴³ ve bunun yanı sıra ulusal anayasalarla da yakın bir işbirliği içerisine girmesini (çok katmanlı anayasacılık) [multilevel constitutionalism] gerektirmektedir⁴⁴. Farklı otoriteler arasında bir düzen oluşturmanın yollarından biri olarak örneğin fer'ilik ilkesini [principle of subsidiarity] benimsemek, düzenlenecek menfaatlere ve bu düzenlemeden etkilenecek bireylere en yakın otoriteye önceliği vermek gerekir. Bu, hukuk kaynaklarının önceden kurulmuş ve formel hiyerarşisinden değil de ilgili öznenen hareketle varılan bir çözümdür⁴⁵.

Çağdaş hukuk açısından önem taşıyan ikinci sorun, hukuk kuralının oluşturulması sorunudur. Çok iyi bilindiği üzere anayasanın üstünlüğü ve anayasa hukuku, belirlenemezliği resmi olarak hukuk kuralının yapısal bir unsuru hâline getirir⁴⁶. Özel kuralların veya normal kanunların anayasal

⁴² Topluluk Hukuku'na ilişkin acil çözüm bekleyen sorunlardan birinin de Adalet Divanı'nın yargısal aktivizminin yanı sıra yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki muğlak ayırım olduğu bilinmektedir.

⁴³ Uluslararası hukuk için, devletler arası antlaşmaların uyması gereken bağlayıcı normlar dizisi olarak *ius cogens*'in ortaya çıkışını; Topluluk Hukuku içinse Avrupa Anayasası'na doğru giden zorlu yolu gösterebilirim.

⁴⁴ Krş. I. Pernice, "Multilevel Constitutionalism in the European Union", **European Law Review** 2002, vol. 27(5), s. 511-529 ve ayrıca M. La Torre, "Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law", F. Snyder (ed.), **The Europeanisation of Law: The Legal Effect of European Integration**, Hart Publishing, Oxford 2000 içinde, s. 125-138.

⁴⁵ Bilindiği üzere fer'ilik ilkesi, Maastricht Anlaşması'yla "anayasallaştırılmış", örneğin İtalyan Anayasası'nın 118. maddesinde olduğu gibi bazı ulusal anayasalarda yer almıştır. Fer'ilik ilkesinin çeşitli yönleri için krş. N. MacCormick, **Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth**, Oxford University Press, Oxford 1999, Bölüm 9.

⁴⁶ Krş. L. Kutz, "Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", **The Yale Law Journal** 1994, vol. 103, s. 997-1030; sorununu siyasi yönü içinse bkz. G. Alexander, "Institutionalized Uncertainty, The Rule of Law, and the Sources of Democratic Stability", **Comparative Political Studies** 2003, vol. 35, s. 1145 ve devamı.

ilkelerden çıkarılabildiği durumlarda bile yorum konusunda belirli bir esneklik vardır. Bunun bir sebebi söz konusu kural veya kanunların, tıpkı pratik akıl için geçerli olduğu gibi, başvurulması zorunlu bir yol değil de arka planda hazır bekleyen pek çok mümkün ve makul tercihler arasından yapılacak bir seçim imkânı oluşturmasıdır. Waldron'un da işaret ettiği gibi çoğulcu bir sistemde yasama kendi içinde farklı değerlerin çatışmasını barındırır ve nihai bir çözüme gitmez. Hukukun üretilmesi sürecine özgü anlaşmazlıklar, bir anlamda yorum ve uygulama aşamasına taşınmıştır⁴⁷. Tarafsız bir yargılama yapmış ve bir karara varmış olsa bile mahkemeler de bu tartışmaya katılır. Bunun anlamı şudur: Hukuki sonuçların mahkemelerin işleyişine dayalı öngörülebilirliğinin, kuralların uygun bir şekilde teşekkülünde etkili olması pek aranmayacağı gibi bu sürece bağlı da değildir. Hukuki sonuçların öngörülebilirliği, öngörülebilir standart hukuki düşünme yolları aracılığıyla gelişme imkânında aranır. Zira bu hukuki düşünme yolları hem sağlam bir hukuk öğretisi ve pratik aklın gereklerine genel anlamda riayet eden bir grup hukukçu tarafından denetlenir, hem de vatandaşların ortak sağduyusuna seslenir.

Kuralın belirlenemezliği, farklılıklardan oluşan bir siyasi toplum inşa etme amacı için de çok önemlidir. Hukuki olaylarda görülen benzerlik ile farklılık arasındaki diyalektik, hukuki akıl yürütmenin en tipik özelliğidir. Hukuki akıl yürütmedeyse tündengelimden çok, kıyas ağır basar. Yasama kuralının genelliği şeklinde kabul edilen eşitlik ile hakim kararının gerekçelendirilebilir ve dolayısıyla aklılığı şeklinde kabul edilen eşitlik arasındaki fark, şimdi açıkça görülebilir.

Kuralın belirnebilirliği, hukukun üstünlüğünün vazgeçilmez bir gereği değildir; aksine ideolojik kullanımını sağlar. Zira kişilerin, hakimlerin hukuku oluşturmaktan çok, yalnızca uyguladığını düşünmesini sağlar⁴⁸. Hukukun üstünlüğünün asıl vazgeçilmez gereği, kararı destekleyen bütün gerekçelerin hukuki kanaatin oluşumunda kullanılması ve böylece gerekçelendirici argümanların kamuoyunun itirazına, ret veya kabulüne açık bir hâlde gelmesinin sağlanmasıdır.

Çağdaş hukuk açısından önemli üçüncü sorun, bu farklı hukuk düzenlerine muhatap olanlara baktığımızda, çoğu zaman ilgili kuralların egemen irade tarafından konmadığını, düzenleme yapılan toplumsal pratiklerde içkin hâlde bulunduğunu kabul etmek zorunda kalışımızdır. Ekonomi, teknoloji ve bilim alanlarında keyfi tercihler yapmak mümkün değildir; eğer hedeflenen sonuçlar

⁴⁷ J. Waldron, **Law and Disagreement**, s. 33-42.

⁴⁸ J. W. Singer, "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", **The Yale Law Journal** 1984, vol. 94, s. 12.

elde edilmek isteniyorsa sadece zorunlu eylem tarzları söz konusudur. Fakat gerçekte çoğu zaman durum hiç de böyle değildir. Zira elimizdeki, sadece zengin ülkelerin fakir ülkelere zorla kabul ettirdiği küreselleşme buyruklarıdır. İnsan eylemi, varsayılan teknik kurallar aracılığıyla müzakereyi ve tercih özgürlüğünü engelleyecek bir yola sokulmaktadır. En azından uygulama safhasında bu kuralların hukukun denetimi altına alınması talebi, hukukun üstünlüğünün aslı gerekleri arasında yer alır.

Bu talep sadece söz konusu kuralların uygulanmasında eşitliğe ve ayrımcılık yasağına yönelik bir sayęı meselesi değil, bu kurallar ile etik ve siyaset gibi pratik aklın diğer farklı alanları arasında bir diyalog kurulması talebidir de. Örneğin Dünya Ticaret rgt'nün denetimi altındaki pratiklerde, ticari ürünlerin serbest dolaşımı ilkesine sayęı ile doğaya veya hayvan ve insan haklarına sayęı arasında daha çok çatışma çıkmaktadır. Dünya Ticaret rgt, bir etik boşluk içerisinde çalışmakla suçlanmaktadır. Fakat bu kez de ticari bakış açısıyla kesin bir tespiti yapılamayacak değerlere başvurulduğunun işaretleri grlmektedir⁴⁹. Farklı değerler arasındaki çatışmaları, bilhassa hukuk kurumları ozmek zorundadır. Zira hukuk, farklı eylem türleri arasındaki iletişimin dilidir.

Nihayet dördüncü olarak, geleneksel hukukun üstünlüğü listesinde sözleşme hukukuna atıf yapılmadığının üzerinde durulmalıdır. Artık bu mümkün değildir. Kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrımanın zayıflaması, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise zaten zayıf olması, özerk bir hukuk alanına dönüşen sözleşme hukukunu, yargının hukuk yaratmasının temel bir aracı ve açıkça otoriteden yoksun kalan bağlımsızlaştırılmış hukukun [decontextualized law] alâmet-i farikası hâline getirmiştir. Sözleşme, hukukun yerine geçme veya onu desteklemenin yanı sıra kamu çıkarlarını da koruma rolünü üstlenmiştir. Sözleşme koşulları salt bir genel çerçeveye indirgenmiş ve taraf iradelerine odaklanmıştır. Uluslararası ticaret sözleşmelerine ait ilkelerin bir araya getirildiği ve Unidroit'nin oluşturduğu derlemeden de açıkça görüleceği üzere diğer bütün gerekler dışarıda bırakılmıştır.

Geleneksel hukukun üstünlüğü formülü sözleşmelerle hiçbir şekilde ilgilenmez. Önceleri zel alana özgü kabul edilen sözleşmelerin günümüzde kamuya yönelik işlevleri daha da artmakta, hatta hukukun üstünlüğünün yerine sözleşmenin üstünlüğü fikri oluşmakta ve böylece sözleşme hukuku, dünya hukukunun temel ilkelerinden biri hâline gelmektedir.

⁴⁹ “Tuna balığı/yunus davası”, bir yandan ticari sistemin evre sorunlarını nasıl ihml etmeye çalıştığının, diğer yandan da bunda çok fazla da başarılı olamadığının sembolü hâline gelmiştir.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN ESNEKLİĞİ VE POZİTİF HUKUKUN EVRENSELLEŞMESİ

Bu çalışmada ele alınan ve hukukun üstünlüğü formülüne yönelik söz konusu zorlayıcı taleplere muhatap hukuk düzenleri arasındaki ilişkilerle ilgili hâlen devam eden süreçler vardır. Bu süreçler, konunun bundan sonra nasıl ilerleyeceğine dair ipuçları da vermektedir. Hakimlerin çağdaş hukukun dolaşımındaki merkezi rolü açıktır. Gerçek bir adli kurumun varlığı, bir dizi ekonomik ve toplumsal ilişkinin gerçek bir hukuk düzenine dönüşmesinin alâmet-i farikasıdır.

Avrupa Adalet Divanı olmaksızın Topluluk Hukuku'ndan gerçek bir hukuk sistemi olarak bahsedemeyiz. Adalet Divanı, kendi yargılama faaliyetinin Topluluk Hukuku düzeninin özerkliğini geliştirmede inhisari bir yetkiye sahip olduğuna ve bağlayıcılık taşıdığına dikkat çekmektedir⁵⁰. Ulusal mahkemeler kendilerini, Avrupa Adalet Divanı'nın mı yoksa ulusal anayasa mahkemelerinin mi, Topluluk Hukuku'nun mu, kendi ulusal hukuklarının mı üstünlüğünü tercih edebileceklerine karar vermek zorunda kaldıkları bir konumda bulabilirler; dolayısıyla uymak zorunda oldukları farklı kamu kurumları arasında da tercih yapmak zorundadırlar. Adalet Divanı'nın amaçlarının başarıya ulaşması ulusal mahkemelerin davranışlarına bağlıdır ve olgular gösteriyor ki ulusal mahkemelerin hakimlerinin ilgisini, ulusal yasama organlarından çok, Avrupalı hakimlerin yönelimleri daha fazla çekmektedir. Nerede uygulanırsa uygulansın yargı işlevi konusunda tam bir işbirliği vardır.

Bunun yanı sıra, karar alma mekanizmalarının yargısallaşması, geleneksel diplomatik süreçlerin tersine uluslararası alanda ortaya çıkan hukukun üstünlüğü kavramının ilk zorunlu koşulu kabul edilebilir. Uluslararası hukukun yukarıda ele alınan dört alanında –uluslararası ticaret, güvenlik, iş ve çevre hukuku– uyuşmazlık çözüm yollarının devam eden bir yargısallaşması süreci söz konusudur. Davalıların bu yollara pratikte başvurmayı tercih etmelerinde de bir artış vardır. Bugün dünya genelinde çoğu 1990'larda kurulmuş 40'dan fazla uluslararası mahkeme ve mahkeme benzeri kuruluş hizmet vermektedir.

Bu durumu en iyi gösteren örnek Dünya Ticaret Örgütü'dür (WTO). Eski Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'yla (GATT) karşılaştırıldığında Dünya Ticaret Örgütü, siyasi açıdan daha bağımsız bir karar alma

⁵⁰ Bu konuyla bağlantılı olarak Common Law sisteminin münhasır yargılama yetkisi öğretisine başvurulmuştur. Yargılama yetkisi, sadece yargılamayı gerçekleştiren makamın doğasından kaynaklanıyorsa münhasır yargılamadır. Krş. A. Arnall, "Does the Court of Justice Have Inherent Jurisdiction", *Common Market Law Review* 1990, vol. 27, s. 701 vd.

süreci uygular. Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki diğer bütün organların üzerinde bir Temyiz Organı [Appellate Body] oluşturulmuştur. Bu organ içerisinde uzmanlar yer alır. Uzmanlar, her olay için ayrı ayrı seçilmez; dört yıllığına görevlerinde kalırlar. Devletlerden tamamen bağımsızdırlar ve tamamen normal mahkemelerin hakimlerinin gördüğü işlevlere benzer işlevler gerçekleştirirler. Bu karar alma prosedürü, zorunlu bir yargılama şeklinde işler ve sadece devletler değil; bireyler, özel gruplar ve uluslar üstü özneler tarafından da harekete geçirilebilir⁵¹. Uluslararası mahkemelerin çoğunun henüz bu aşamaya ulaşmadığı açıktır. Fakat her halükârda bu, engellenemeyecek bir eğilimdir. Zira çoğulculuk için, tarafsızlığa göre tarafsızlık, devlet aklına [*raison d'état*] göre de hukuki uzmanlık çok daha avantajlıdır.

Çağdaş hukuki çoğulculuk açısından hakimlerin merkezi bir role sahip olmasının sebeplerini, yargı kuvvetinin, farklı hukuk düzenleri arasındaki iletişimi yasama ve yürütme kuvvetlerinin aksine engellemediği, bilâkis mümkün kıldığı gerçeğinde bulabiliriz. Bu iletişim, dikey ve resmi düzeyde uluslararası anayasa ve uluslar üstü yargılama kavramlarında, yatay ve resmi olmayan düzeydeyse ulusal yargı makamları arasında her geçen gün sayısı daha da artan spontan işbirliği projelerinde ve operasyonel ilişkilerde ifadesini bulur. Buradan iletişim için gerekli karşılıklı tanıma ihtiyacı da doğar. Sorun, sadece aynı hukuk sistemi içerisinde aynı işlevi gören farklı kişiler arasındaki benzer eğilimlerin değil, kuralların yorumlanmasında kullanılacak farklı yöntemlerin tanınması ve başka hukuk sistemlerinin kendi kurallarının kabul edilebilir ve makûl olmasıdır.

Yargı işlevinin küreselleşme sürecini değerlendirirken ihtiyatlı davranmak, bu sürecin risklerini göz ardı etmemek gerekir⁵². Ulusal yargı organları ile şu an dünya çapında yaygınlaşan yargısal aktivizm arasındaki ilişkilerin artması, küresel bir mahkemeler topluluğunun⁵³ ortaya çıkması veya yeni bir dünya düzeninin göstergesi şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁴. Tam tersine bu, bir kargaşa hâli olduğunu ve düzenli bir çoğulculuk ihtiyacının hâlâ tam anlamıyla giderilemediğini açığa çıkarır⁵⁵. Daha da derinlerde

⁵¹ Bu ve benzeri sonuçlar için bkz. B. Zangl, “The Rule of Law: Internationalization and Privatization: 4. Is There an Emerging International Rule of Law?”, *European Review* 2005, vol. 13, supplement s1, s. 73-91.

⁵² Krş. J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris 2005.

⁵³ Krş. örneğin W.W. Burke-White, “A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, 2002, vol. 24, s. 1-101.

⁵⁴ Krş. A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, N.J. 2005.

⁵⁵ M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris 2004, s. 19.

hukuk sistemleri ile pozitif hukukun bizatihi kendisi arasındaki ilişkilerin geneli itibariyle tamamen yeni bir anlayışla ele alınması sorunuyla karşı karşıya olduğumuz anlamına gelir.

Eğer pozitif hukuku, tek bir toplumsal grup içerisinde oluşturulup yaygınlaştırılan kural ve ilkelerin uygulanması şeklinde anlarsak pozitif hukukun sadece bu grup için geçerli olduğunu, grubun dışındaysa geçerli olmadığını düşünebiliriz⁵⁶. Fakat bu uygulama faaliyetinin unsurları, yani kurallar, tündengelim başta olmak üzere yorum yöntemleri ve kavramları aslında bir toplumsal gruptan diğerine intikal edebilecek niteliktedir. Meselelerin hukuki bir yolla ele alınması etkinlik veya önemli değerlere saygı açısından kendi kendine bir kanıt oluşturuyorsa herkesin ve her hukuk düzeninin kullanabileceği bir hukuki mirasın parçası hâline gelir. Hukuka uygulandığı şekliyle pratik akıl, kendi uzun tarihi boyunca bize büyük bir çeşitlilik sergileyen hukuki pratikler kazandırmıştır. Konusu aynı olan bu çeşitli hukuki pratikler, değer çatışmalarının çözümünde ve kullanılan tekniklerde birbirinden farklılaşır. Bunlardan en gelişmiş hukuk sistemlerinde kullanılanlar; ortaya çıktıkları yerel ve kültürel sınırları aşma ve giderek olgunlaşma yönünde özel bir değere ve kapasiteye sahiptir. Bir hukuki pratiğin, ortaya çıktığı hukuk sisteminin ötesine geçecek şekilde genişlemesi aynı zamanda, hukuki prosedürleri güvenilir hâle getiren geleneksel hukukun üstünlüğü ilkesinin de bir başarısıdır. Gündelik yaşamın çoğulcu hukuki biçimlerinin oluşturduğu bu pekiştirilmiş hukuk mirası, hukukun üstünlüğü ilkesinin yüz yıllardır hayli gelişmiş ulusal hukuk sistemlerinde uygulanmasının sebebidir.

Ne demek istediğimi açıklamak için pek çoğu arasından sadece iki sembolik örnek vereceğim. Bunlardan bizi en fazla ilgilendiren ilki hukukun dolaşımı, hukuki ilkelerin ve kurumların belirli bir hukuk düzeninden alınıp diğer bir hukuk düzenine aktarılması ve uygulanmasıyken diğeri, *Common Law* sistemi ile *Civil Law* sistemi arasında giderek artan uzlaşma ve yakınlaşmadır.

İlk örnek, çok daha sık karşılaşılan bir durumla, ulusal mahkemelerin kendi hukuklarını yorumlamak ve boşluklarını doldurmak amacıyla yabancı hukuk sistemlerine başvurularıyla ilgilidir. Bu tarz kapalı bir hukuk anlayışı çerçevesinde, hukuk sistemi kendi bünyesinde yer alan kaynakları kullanarak varlığını sürdürmek zorundadır; yabancı hukuka dayalı bir argüman pek bir anlam taşımadığı gibi, geleneksel hukukun üstünlüğü ilkesinin işaret ettiği hukuki sonuçların öngörülebilirliğini de kabul etmez. Yabancı bir hukukun yol göstericiliğini tanımak, hukuku, mevcut hukuki

⁵⁶ Krş. F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

otoritelerin koyduğu bir dizi norm şeklinde kabul eden hukuk anlayışı reddedilip hukukun fiilen ne ise o şekilde düşünülmesi, yani gündelik yaşamın sorunlarını çözmek için kullanılan yorumlayıcı ve gerekçelendirici pratikler toplamı kabul edilerek mümkün olur. Bu sorunlar, özellikle aynı medeniyet seviyesine ulaşmış toplumların hepsinde ortaya çıktığı ve farklı olmakla birlikte aktarılabılır yollarla çözüldüğü için, diğer insanların tecrübelerinden faydalanmak anlamlıdır.

Eğer hukuk sadece yasa koyucunun iradesi meselesi olsaydı diğer ülke vatandaşlarına yönelik hukuki emirlerden ve yabancı hukuk sistemlerine ait normlardan ne öğrenebileceğimiz meçhul kalırdı. Buna karşılık şayet hukuk, özünde bir sorun çözme girişimiye, yani pratik aklın konusuysa⁵⁷ bu durumda, başkalarının aynı sorunlarla nasıl yüzleştiğini gözlemlemek ve bizim çözmek zorunda kaldığımız olaylar ile benzer olaylara yönelik dünyanın diğer kısımlarında geliştirilen çözüm yolları arasındaki akli ilişkileri araştırmak anlamlıdır⁵⁸. Bu araştırma karar verme faaliyetinin ve hukuk öğretisinin bir görevidir. Yani hukuki sonuçların öngörülebilir olma zorunluluğu, hukuki pratik akıl alanının tamamına yönelebilmek için yoruma ve argümantasyona ilişkin bu kaynakları dikkate almayı gerektirir.

Farklı bir durum ise kültürel haklar konusunda olduğu gibi yabancı hukukun, ulusal hukukun uygulanmasını sınırlandırmak için göz önünde bulundurulmasıdır⁵⁹. Burada hukukun yer bakımından geçerliliği ile kültürel ve kişisel karakteri birbirine karışır. Bu tür bir birlikteliğin temelindeyse eşit koruma, din ve dernek kurma özgürlüğü, danışma hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi anayasal güvenceler yer alır. Bunun hukukun uygulanmasında belirli bir önem taşıması, söz konusu hak ve özgürlüklerin yalnızca örnek değerler olmasına değil, bu hak ve özgürlükler aracılığıyla kendi kimliklerini bulan insanların bu sebepten ötürü saygı görmesine dayanır.

Common Law ile *Civil Law* sistemleri arasında giderek artan uzlaşmaya verilebilecek bir çok örnekten birisi⁶⁰ doğrudan Avrupa Topluluk Hukuku'yla ilgilidir.

⁵⁷ "Law is an argumentative discipline", N. McCormick, **Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 14.

⁵⁸ Her ne kadar bu durumu *ius gentium*'un bir örneği kabul eden Waldron'a katılmasam da vardığı sonuçları benimsiyorum. Krş. J. Waldron, "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*", **Harvard Law Review** 2005, vol. 119, s. 146-7.

⁵⁹ Örnek olarak göçmen davalıların aslında suç teşkil eden fiillerini suç olmaktan çıkaran kültürel delil (veya kültürel savunma) sorununa işaret edebilirim. Krş. A.D. Renteln, **The Cultural Defense**, Oxford University Press, New York 2004.

⁶⁰ Benzer uygulamalar Amerikan hukukunda ve Dünya Ticaret Örgütü'nde de görülür, fakat Avrupa'dakiler federasyon veya uluslararası örgüt bünyesinde yer almama niteliği gösterir.

Tek tiplilik anlamına gelmeyen bir birliği ve anarşi olmayan bir farklılığı güvence altına almayı amaçlamak suretiyle Avrupa Birliği, düzenli bir hukuki çoğulculuğu hedefler⁶¹. Farklılıkların yönetimi, temel olarak denklik kararlarıyla garanti edilir. Bu kararlar, Topluluk'un himayesi altına girebilecek menfaatlerin ve ihtiyaçların korunmasına ilişkin her ulusal hukuk düzenlemesinde mevcut olan kurallar ve güvenceler ile bu güvencelerin daha etkin olmasını sağlayacağı düşünülen araçlar hakkındadır. Ulusal disiplinler arasında asli bir eşitliğin tesis edilmesi ve farklılıkların hukuk açısından önemsizleşmesi sağlandığında, uygun kuralların geçerliliği karşılıklı olarak tanınır. Böylece bu kuralların her biri münhasır olmaktan çıkar⁶².

Avrupa yargı sahasında farklı hukuk tarzları vardır. Her biri hukuki ve aksiyolojik açıdan bir birine denktir. Farklı hukuk sistemlerine ait olmasına karşın yine de hepsi eşit derecede geçerlidir. Sonuç itibarıyla –Adalet Divanı'nın öncü kararları ışığında– her ulusal mercinin kendi hukuk sisteminin en avantajlı veya en tercihe şayan kurallarını seçme ve buna dayanarak kendi davranışını sergileme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bazı özneler için –ki bunlar sadece ekonomi alanındakiler değildir– gerçek bir hukuk seçimi, yine o hukuku kabul edenler tarafından gerçekleştirilebilir⁶³. Bu da sadece normların değil düzenleyici otoritelerin ve mahkemelerin de seçimi meselesidir (*alış veriş forumu*).

Uygulamanın hukukiliğinin bu kabulü, tanıma kuralının tekliği, normları belirlemenin münhasırlığı, sistemin sıkıştırılmış yapısı, hukukun öncelikli rolü ve kamu alanları ile özel alanlar arasındaki çatışma gibi hukuk sistemi kuramının katı kavramlarına yönelik büyük bir meydan okumadır. Çok daha uygun koşullar sunmak suretiyle koydukları normların muhataplarını etkileme gayretindeki hukuk sistemleri arasında düzenleme faaliyetine ilişkin bir rekabetin varlığından ve hakların garanti altına alınması konusunda kıyasıya bir yarış tehlikesinden bahsedilmektedir⁶⁴. Bu durumun hukuk normu kavramında bir değişikliğe işaret ettiği belirtilmelidir. Bu değişiklik, önceden inşa edilmiş verilerden bir tercihe veya ürüne yöneliktir

⁶¹ Avrupa Anayasası'nın Giriş'inde “çeşitlilik içinde birlik” denmektedir.

⁶² Karşılıklı tanıma, alternatif bir entegrasyon aracı olarak görülmekte ve uyumlulaşmayla karşılaştırıldığında fer'ilik ilkesine çok daha uygun gibi gözükmektedir. Genel olarak krş. M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 2004.

⁶³ Bu seçme imkânı, Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerindeki *hukukun seçimi* (ve daha genel anlamda da *kanunlar ihtilâfi*) ile karıştırılmamalıdır. Hukukun seçiminde yargıç, uluslararası özel hukukun normlarına göre hangi hukukun mevcut olaya uygulanabilir olduğuna karar vermektedir.

⁶⁴ Krş. N. Reich, “Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?”, *Common Market Law Review* 1992, vol. 29, s. 861 ve devamı.

(*ürün olarak hukuk*)⁶⁵. Bütün bunlar, şu an burada tartışamayacağımız çözülmemiş sorunlardır⁶⁶. Bu gelişmelerin, hukukun üstünlüğünün yeniden formüle edilmesi konusunda ne tür etkilerinin olacağını merak ediyoruz.

Devlet hukukunun tekelci karakterinin zayıflaması, hukuk ile kişi arasında daha güçlü bağlar kurmak için duyulan anayasal ihtiyaçtan kaynaklanır. Bir yasanın sahip olması gereken yapısal biçimleri ve hatta devlet görevlileri tarafından uyulması gereken usulleri tespit etmek yeterli değildir; yasaların, herkesin kendi davranışını kendi isteğiyle uyduracağı kurallar şeklinde düşünülmesi de gerekir. Bu durumda, uyacağı hukuku tercih etmede kişiyi serbest bırakmaktan daha iyi bir çözüm yoktur.

Hukukun üstünlüğünü destekleyen temel gerekliliklerden birisinin de bireylere, kendi var oluşunu istediği gibi tasarlama ve ona uygun davranma imkânı sağlamak olduğu doğrudur o zaman, belirli koşullar altında belirli bir hukuk sistemini tercih etme bu gayeye tam anlamıyla uygundur. Yerel ve küresel toplumun oluşturduğu çoğulcu düzen, insanların oluşturduğu düzenle bir araya getirilmeli ve sonuç itibarıyla insanların düzeni için işlevsel kılınmalıdır. Kendi kendini düzenleme [Self-Rule] olarak bir hukuk düzenine [Law-Rule] yönelik gittikçe artan bir talep vardır. Bu ise anayasacılığın iki önermesini bir araya getirecek bir düzendir. Bu iki önerme yasalarla yönetilen insanların siyasi yönetimi ile insanlar tarafından yönetilen insanların siyasi yönetimidir. Fakat bu durum, siyasi faaliyetin, farklı toplumsal ve kültürel kimliklerin her birinin diğeri tarafından tanınmasını sağlayacak bir insani iyi anlayışın kabul edilmesiyle mümkündür ancak⁶⁷. Aksi takdirde hukukun değil, insanların yönetimi hayaleti geri gelir.

Bununla birlikte hukuk seçiminin, yeni bir hukuk yaratmak olmadığını belirtmek gerekir. Hukuk seçimi, hukuk kurallarının, yorumlama ve argüman getirme uygulamalarının, sorunların hukuki yollarla çözümünün önceden var olduğuna işaret eder. Normlardan oluşan bir süpermarket de değildir hukuk seçimi; tersine, insanların birlikte var olması durumuna uygulanan pratik aklın dünyasına girer. Büyük bir hukuki çözümler çeşitliliği gösterir. Bu çözümler, kültürel farklılık ve diğeri için tehlike arz edebilecek bir takım değerlere yönelik duyarlılığın büyüklüğü açısından bir birinden ayrılır. Bu hukuki kurumlar bireyler tarafından icat edilmemiş, fakat kendi kendini

⁶⁵ Krş. R. Romano, "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", **Journal of Law, Economics & Organization** 1985, no. 1, s. 225.

⁶⁶ Krş. A. Zoppini (ed.), **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**, Laterza, Roma-Bari 2004.

⁶⁷ F. Michelman, "Law's Republic", **The Yale Law Journal** 1988, vol. 97(8), s. 1500-03.

oluşturan ve kendi kendini denetleyen bir uygulama içerisinde üretilmiştir⁶⁸. Hukuk düzenlerinin çoğulculuğu, bir birini karşılıklı tanınması ve bir birine bağlı oluşu, inhisarilik yetkisini kabul edilemez hâle getirmektedir. Bunun sebebi, hem hukuki düzenlerin hiçbirinin tamamlanmış olmaması hem de her birine ait yasama yetkisinin mümkün pek çok yasama faaliyetinden sadece birisi olmasıdır. Yerleşik siyasi otorite, nasıl davranılması gerektiğini nihai olarak belirlemektense bireylerin tutarlı bir davranış şekli sergilemelerini sağlamaya çalışmalıdır. Siyasi otorite düzeni sağlar; fakat her zaman içeriğini belirleme yetkisine sahip değildir.

Dolayısıyla hukukun haklara ve adalete yönelik kullanımına ilişkin pratik bilgi konusunda birikimle oluşmuş bir patronaj dünyası vardır⁶⁹. Tek tip ve sistematik bir hukuki ilkeler ve yönelimler külliyyatından değil, ortak hayatın hukuki biçimlerinden oluşan bir rezervden bahsediyoruz. Bu hukuki biçimler, tarihin sınavından geçmiştir ve bir anlamda evrenselleştirilebilir ve bir biriyle değiştirilebilir niteliktedir. Yani kültürel gettolarda sıkışıp kalmış değildirler. Bir anlamda aklilik, pozitif hukukun bizatihi kendisini evrensel hâle getirir.

SONUÇ

Hukuki çoğulculuğun bir şekilde ulusal hukuk sistemleriyle bağlantılı bu kaba ve eksik analizinden sonra sonuç niteliğinde bazı mülâhazalarda bulunabiliriz.

Hukukun üstünlüğü iki farklı açıdan ele alınabilir: bir düzenleme modeli olarak ve hukuk faaliyetinin temel niteliklerinin bir toplamı olarak.

Daha önce belirtildiği gibi ulus devlete veya bütünlüklü siyasi toplumlara bağlanan sosyo-politik bağlamlara atıf yapılmak suretiyle güçlendirilmiş geleneksel hukukun üstünlüğü formülü, demokrasi ve hakların korunması ile birlikte insan onurunun korunması için gerekli bir savunma aracıdır. Fakat içeriği tartışmalı, uygulamasıysa belirsizdir⁷⁰. Kendisine hangi koşullarda saygı duyulması gerekir?

⁶⁸ R. Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *Ratio Juris* 2001, vol. 14(4), s. 374.

⁶⁹ Ortak anayasal patronaj veya medeni ulusların paylaştığı ortak hukuk ilkeleri gibi alışıldık ifadeler, burada dile getirmek istediğim fikri, yani ilkeler düzeyinde gerçekleşen asgari yakınlaşmadan çok hukuki uygulamalar ve hayat tarzlarına ilişkin kültürler arası iletişimi tam anlamıyla izah etmemektedir.

⁷⁰ Krş, J. Waldron, “The Rule of Law as a Theater of Debate”, J. Burley (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell, Oxford 2004 içinde, s. 319-336.

İnsanlar, geleneksel anlamda hukukun üstünlüğünü inşa eden vasıfların nasıl tanımlanacağından bahsetmektedir. Yorumcu ve hermönetik hukuk kuramları, “Hukuk”un belirli bir sabit standartlar kümesi olmadığını⁷¹, normların önceden değil de yorum neticesinde belirlendiğini, hukuk kuralımsa somut olayın ışığında şekillendiğini göstermiştir. Hukukun üstünlüğüne ilişkin yasamacı anlayış, hukukun gerçek uygulamasını saklamaya hizmet eden bir ideolojiye dönüşmüş bir düşünce şeklidir⁷².

Ümitsizlik içinde ne kadar çabalarsa çabalasın siyasi iktidar aslında kendi koyduğu normların anlamını belirlemede başarılı değildir. Bu normların anlamı, resmi yasama usulleri tarafından konan sınırlandırmalardan kurtulacak şekilde toplumsal yaşamın içerisinde üretilir⁷³. Bir hukuk sisteminin kimliği ve devamlılığı, biçimsel geçerlilik ilkesinin varlığına değil, ifade ettiği toplumun kimliği ve devamlılığına dayanır⁷⁴. Dolayısıyla hukuk uygulamasında hukuk kuralı oluşturulurken, toplumun doğrudan katılımına yönelik karşı çıkılmaz bir ihtiyaç vardır. Zira hukuk bir kurallar kitabı değil, bir toplumsal yorumlama pratiğidir.

Hukuk sisteminin temelinde yer alan toplumun devamlılığı ve kimliği düşüncesi ortadan kalktığında bu durum, esaslı şekilde karmaşıklaşır. Her biri devlet temelli hukuk sisteminin [state legal system] bir bölümüne denk düşecek şekilde hukuk düzenlerinin parçalı hâle gelmesi, sadece toplumun sınırlarının genişlediğini değil, toplumu nihai anlamda bir bütünlükmüş gibi düşünmenin imkânsızlığını da gözler önüne serer. Artık tek bir tane değil pek çok yorum toplumu vardır. Bu toplumlar eylem tipine, verilen taahhütlerin ve alınan kararların sonuçlarına göre çeşitlilik arz eder.

Sonuçta geleneksel hukukun üstünlüğü formülünü, mükemmeliyetçiliğin hedefe aykırı⁷⁵ olabileceği ilkesi temelinde yeniden ele almak tek başına yeterli değildir: müzakereci bir demokratik yöntemin eşliğinde bir *anayasal*

⁷¹ R. Dworkin, **Justice in Robes**, Harvard University Press, Cambridge, Mass., s. 234.

⁷² Örneğin krş. A. Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules”, **The University of Chicago Law Review** 1989, vol. 56(4), s. 1175-88.

⁷³ “Hukuk kuralları anlamlı olmak zorundadır, fakat bu anlamı mecburen toplumsal faaliyetle ortaya çıkan materyallerden ödünç alır. Bu toplumsal faaliyetse biçimsel hukuk yaratma ismini verdiğimiz kaynakla sınırlı değildir. Otorite sahibi kurumlar, koydukları kurallara anlam biçmeye çalıştıklarında bile izin verilmeyen bir tarzda hareket etmiş olurlar.” R.M. Cover, “Nomos and Narrative”, **Harvard Law Review** 1983, vol. 97(1), s. 18.

⁷⁴ Krş. J.M. Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, in: A.W.B. Simpson, **Oxford Essays in Jurisprudence**, Second Series, Clarendon, Oxford 1973, s. 69.

⁷⁵ Bu, geçmişe yönelik olmayan yasalar şeklindeki temel ilkeye de uygulanabilir. Krş. Ch. Sampford, **Retrospectivity and the Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 266 vd.

hukukun üstünlüğü düşüncesi yönünde dönüştürmeye de ihtiyacımız vardır⁷⁶. Burada uluslararası hukukun ve Topluluk Hukuku'nun, ulusal hukuka müdahale etmesi oranında hukukun üstünlüğüne ilişkin muğlaklığın ulusal hukuka da sirayet etmesi ve hukuki kurumlar arasındaki ilişkilerin sarsılması tehlikesi hâlâ mevcuttur⁷⁷.

Bunun yerine şayet hukukun üstünlüğünün, insan ilişkilerinin yönetiminde hukuk uygulamasının genişlemesini öngören genel bir ülkü olduğunu kabul edersek toplumsal bağlamların konumuna göre değişen ölçülerde uygulandığını gözlemleriz. Bir yandan uluslararası örgütler gibi belirli bir ölçüye kadar hukukileştirilmesi gereken toplumsal düzenlere sahibiz; diğer yandan, örneğin Avrupa Topluluk Hukuku gibi yüksek derecede hukukileşmiş, fiilen uygulanan karmaşık hukuki oluşumları yaşıyoruz.

Şurası açık ki önceki uluslararası örgütler, ayrıntılardan arındırılmak suretiyle hukukun üstünlüğü ülküsüne yaklaşmakta, sonraki ise [Avrupa Topluluk Hukuku] hukukun üstünlüğü ülküsünün daha fazla yaygınlaşmasını temsil etmekte ve başarısını göstermektedir. Fakat ikisi de doğal adalet ilkelerine, mahkemelerin oluşumuna ve erişilebilirliğine, bir kamusal akıl türü olarak hukuki akıl yürütmeye ve hakimlerin temyiz yetkisine işaret eder. Keza aynı şekilde hukuk kurallarını koyma, yürütme veya uygulama konusunda, yetki sahibi kişilerin her birinin sorumluluğunu da gösterir. Bütün bu vasıflar, Fuller'in oluşturduğu listede merkezi bir rol üstlenen yasaların genel özelliklerinden çok daha önemlidir⁷⁸.

Geleneksel hukukun üstünlüğü formülünü, şu an mevcut *bir hukuk sisteminin erdemi* olarak düşünebiliriz. Fakat çağdaş hukukta işler hâlde bulunan hukukun üstünlüğünü artık bütün genişliğiyle göz önünde bulundurmalıyız. Zira hukukun üstünlüğünün genişlemesi, toplumsal ve siyasi düzenlerin hukukileşmesidir. Toplumsal ve siyasi düzenler kendilerine özgü yollarla hukukun, yani yaşayan ve gelişen bir hukukun üstünlüğü düşüncesinin tedrici hakimiyeti altına girmekte ve böylece aynı zamanda birbirleriyle temas kurabilmektedirler. Böylesi bir temas, parçalı bir dünyada siyasi kimliğin yeniden inşa edilmesi için gereklidir.

⁷⁶ R. Fallon, “‘The Rule of Law’ as a Concept of Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review* 1997, vol. 97(1), s. 1-56. Anayasal hukukun üstünlüğü de biçimsel bir modeldir ve dolayısıyla Dworkin'in haklar düşüncesiyle de, T.R.S. Alan'ın **Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford 2001'deki yaklaşımıyla da karıştırılmamalıdır. Her ikisi de hukukun üstünlüğüne ilişkin maddi yaklaşımlardır.

⁷⁷ Krş. Th.A.J.A. Vandamme, J.-H. Reestman (eds.), **Ambiguity in the Rule of Law**, Europa Law Publishing, Groningen 2001.

⁷⁸ Bu genişletilmiş hukukun üstünlüğü anlayışına örnek olarak bkz. D.M. Betty, **The Ultimate Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford 2004.

DERRİDA VE HUKUK: HUKUKÎ KURGULAR *

Margaret Davies **

Çev. Rabia Sağlam ***
Kasım Akbaş ****

Üç metin, bir hukuk. Veya diğer deyişle üç metin, kuruluşu olmayan hukuk veya anti-kuruluşun kurulmamış hukuku. Derrida'nın açıklamalarını dayandıracığım üç metni, hukuk sorununu en açık şekilde veya doğrudan ele alan metinlerindedir. Metinler arasındaki bu ayrımı sadece kolaylık olsun diye yapıyorum, zira bana göre Derrida'nın çalışmalarının çoğu öyle ya da böyle hukuk sorununa değinmektedir.¹ Buna karşın burada hukuk *adını* taşıyan metinlerle -“Yasanın Önünde/*Devant la loi*”, “Tür Yasası/*The Law of Genre*”, “Hukukun Gücü/*Force of Law*”²- ilgileniyorum. Hukuk adlandırmasının bu

* Bu çeviri hakem incelemesinden geçmiştir.

Margaret Davies, “Derrida and Law: Legitimate Fictions”, *Jacques Derrida and the Humanities, A Critical Reader*, ed.: Tom Cohen, Cambridge University Press, 2001'den yazarın izniyle çevrilmiştir.

** Prof. Dr., Avustralya Flinders Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

*** Yrd. Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

**** Yrd. Doç. Dr., Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Bkz. S. Weber'in, (“Deconstruction Before the Name: Some Preliminary Remarks on Deconstruction and Violence”, *Cardozo Law Review*, Vol: 13, 1991, s. 1181) makalesinin başındaki Derrida alıntısının yorumları. Bu sözler, Derrida'nın çoğu eserlerinde ortaya çıkan bir temanın; “ayrimsal bulaşma yasası” (*differencial contamination*)'nin olduğunu ileri sürer. Bu yasa hukukun temelindedir, hukuka yerleşik ve kuşatıcıdır. “Hukukun Gücü”nde Derrida şöyle der: “Yapıbozumsal tarzdaki çalışmaların hukuk, yasa ve adalet problemi ile sonuçlanması normal, öngörülebilir ve arzu edilebilir bir şeydir”, *Cardozo Law Review*, Vol: 11, 1990, s. 929. Ayrıca bkz. Margaret Davies, *Delimiting the Law: Postmodernizm and the Politics of Law*, London: Pluto Press, 1986.

² Jacques Derrida, “Before the Law”, içinde *Acts of Literature*, ed. Derek Attridge, London and New York: Routledge, 1992, ss. 181-220. [Jacques Derrida, “Yasanın Önünde”,

bölümün bağlamı açısından özel bir önemi var. Bu adlandırmayla metin, kendini açığa vurup, hukukî içeriğe yol verir. Derrida'nın "Yasanın Önünde" metninde belirttiği gibi, "Yasa adını taşıyan başlıkta daha baştan (...) sanki yasa kendi kendisini adlandırıyor gibi bir şaşırtmaca az da olsa vardır."³ Bu yorum, benim bu makalede ilgilendiğim hukuk kuramıyla ilgili sorunların tam da özüne dokunuyor. Hukukun kendi kendini nitelemesi, ebeveyne ait "çünkü ben öyle söylüyorum"un anayasal yetkiye tercüme edilmiş halinden başka bir şey değildir. Ana akım hukuk felsefesi -meşruyet muhafızı ve müdafî olarak- mutlak bir hukukîlik kaynağı keşfetmeye ya da tanımlamaya girişerek böyle bir keyfiyetten kaçma mücadelesi vermektedir. Bu "hukukun yasası" ya da "otoritenin kaynağı" yalnızca hukuk felsefecilerinin kafasını meşgul etmemekte, yurttaş ve yasal yetkililerin benzer gerçek bir güce sahip olduğunu varsaymakta ve belirli bir hukukî rejimi kabul etmeyenler için, hukuku uygulayıp koruyanlar tarafından müzakerenin, anlaşmanın veya uzlaşmanın reddedilmesi anlamına da gelmektedir.

Açıklayacağım gibi, hukukun kaynağını, doğasını veya yasasını ortaya çıkarmaya ilişkin felsefî proje, bazı çözülemez çelişkiler ve paradokslarla maluldür. Derrida'nın hukuk üzerine çalışmaları ne bu kuramsal zorlukları çözmeye dairedir ne kavramsal açıdan bütünsel ve tutarlı bir hukuk tablosu oluşturmada başarısız olan klasik hukuk kuramını toptan reddetmeyi gerektirir. Derrida'nın hukukla ilişkili çalışmaları, hukukî düşüncenin çelişki ve paradokslarını, (öz-düşünümsellik hataları dışında) kavramsal hatalar olarak değil, daha ziyade herhangi bir anlam (ve dolayısıyla olağanlık, otorite ve anlayış) probleminin odağına uzanan sistematik felsefî meseleler olarak görmemizi sağlar. Diğer bir ifadeyle, hukuk felsefesinin ve hukuk sistemlerinin boşluk ve çelişkileri aynı zamanda genel olarak felsefî sistemlerin de boşluk ve çelişkileridir.

Bu bölüme hukuk kuramı birikimiyle yaklaşanlar için belki bundan daha başka giriş vurgularının yapılması gerekebilir. Her şeyden önce, burada sözü edilen "hukuk"un ne olduğu meselesi var. Ana akım hukuk felsefesi –

Edebiyat Edimleri, çev. Mukadder Erkan, İstanbul: Otonom Yayınları, 2010]; Jacques Derrida, "The Law of Genre", *Glyph*, Vol: 2, 1980, s. 202. [Jacques Derrida, "Tür Yasası" *Edebiyat Edimleri*, çev. Mukadder Erkan, İstanbul: Otonom Yayınları, 2010]; Jacques Derrida, "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", *Cardozo Law Review*, Vol: 11, 1990, s. 919. [Jacques Derrida, "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, çev. Zeynep Direk, İstanbul: Metis, 2010]. (Aynı metnin farklı basımı için bkz. *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. D. Cornell ve diğerleri, New York: Routledge, 1992. (Bu makale *Cardozo Law Review*'de yayımlanan versiyona atıf yapmaktadır). Jacques Derrida, "The Laws of Reflections: Nelson Mandela, In Admiration", *For Nelson Mandela*, ed. Mustapha Tlili, New York: Henry Holt and Co., 1987.

³ Derrida, "Before the Law", s. 189.

açık nedenlerle– cinsel kimlik, sosyal gelenek veya edebî bir eser yazma normları gibi var oluşumuzu bilgilendiren çok sayıda diğer tür buyruk üzerine değil de kurumsallaşmış pozitif hukuka yoğunlaşma eğilimindedir. Aslında John Austin bu normların bir çoğunun ancak uygunsuz ve bazen de metaforik anlamda “hukuk” olduğunu söylemişti.⁴ Anglo-Amerikan hukuk kuramı bu nitelendirmeyi kabul etme eğilimi gösterdi. Tabii ki hukuk kavramının tek kullanılma biçimi bu değil ve Derrida’nın hukuk üzerine yazıları, diğer konularda olduğu gibi, belirsizlik ve kesişme noktalarının daha kolay tespit edilebilmesi için çok katmanlı çalışır. Bu, “hukuk”un aynı anda kurumsallaşmış pozitif hukuk, Freud’un dile getirdiği psiko-sosyal gelişme yasaları, ahlâk yasası ve fikri ürün yasaları olduğu, “Yasanın Önünde” metninde en belirgin halini alır. Bununla birlikte, bu bölümde bilerek kendimi daha klasik hukuk kuramı konusunun analiziyle, fakat nihayetinde konunun Austin’in “metaforik” hukukundan ayrılamazlığına işaret etmeye çalışarak sınırlandırdım.

İkincisi, bana öyle geliyor ki, “hukuk”un bu muhtemel boyutlarının çeşitliliği içerisinde Derrida, kurumsal hukuka *odaklandığında*, çıkış noktası olarak, hukukun “diğer”inden, yani hukuk olmayandan (ki genellikle hukuk felsefecileri tarafından, adına “ahlâk” denilen bir dizi belirsiz norm olarak nitelendirilir) gerçekten ayrı veya ayrılabilir olduğuna ilişkin pozitivist yaklaşımı almaktadır. Klasik “hukuk” kavramı üzerindeki bu vurgu bilhassa “Hukukun Gücü”nde belirgindir. Bunu vurgulamak ve Derrida’nın yaklaşımının hukukun ya da hukukî pozitivizmin içeriden veya dışarıdan bir eleştirisi olmadığı, daha ziyade hukuk fikrinin kavramsal sınırlarının sorgulanması biçiminde olduğunu göstermek önemlidir. Dolayısıyla Derrida’nın bir hukuk kuramı olarak pozitivismi onayladığını yahut reddettiğini kesin surette ifade etmek mümkün değildir: Daha ziyade Derrida metinlerinin odağı, kavramsal sınırlarını ifşa etme ve ortaya çıkan etik ya da politik sorunlara –hukuka ne dışsal ne içsel, fakat hukukun sınırlarında olan– alternatif bir yer önerme sürecinde, pozitivist hukuk nosyonunun “çözeltmesi” yahut yapıbozumdur. İlginç bir şekilde, bu kavramsal sınırların çoğu, pozitivist düşünürler tarafından çeşitli şekillerde tanınır, ancak çoğunlukla geçiştirilir yahut yeteri kadar vurgulanmaz.

Başlangıç Yasası

Öyleyse, ortodoks hukuk kuramının öngördüğü gibi, hukukî ya da normatif sistemlerin yapısı hususunda birkaç tespitte bulunarak başlayalım.

⁴ Bkz. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1954, ss. 10-14.

Bu konulara tekrar döneceğim, fakat öncelikle bunları daha karışık Derridacı sorunsalların basit bir biçimi olarak ortaya koymak istiyorum. Bu tanıtıcı hususlar nispeten kısa ve öz bir şekilde açıklanabilir.

İlk olarak, ana akım hukuk kuramının yaklaşık son iki yüzyılı, hukuka ilişkin bilgiyi nesnel ya da mutlak biçimde temellendirmek isteyen modernist arzuya şekillendi. Bazı aydınlanma ve liberal idealler ile –kanun önünde eşitlik, siyasi iktidara rasyonel bir temel sağlama arzusu gibi–hareket eden modernist hukuk düşüncesi, önceki hukuk doktrininin eşitsiz ve öyle anlaşılıyor ki irrasyonel uygulama ve inançlarını engellemek üzere, hukukî otorite ve hukuka ilişkin güvenilir bir bilgi için bir kuruluş belirlemeye girişti. Modernist hukuk düşüncesi hukuku kesin bir şekilde beşeri kişilerin üstüne yerleştirir. Yani, hukukî otoritenin kaynağının daha üstün ya da aşkın bir varlığa, en azından nesnel olarak belirlenebilir ve kesin bir varoluşa sahip olması gerekir. Bu minval üzere, çağdaş doğal hukuk düşüncesi, hukukun otoritesi olarak “pratik akıl”⁵, hatta bilindik tarzıyla doğanın fiziksel yasaları⁶ gibi bilimsel açıdan daha ayakları yere basan ilkeleri tercih ederek, değişken, her durumda sonsuz ve bilinemez bir tanrıdan geri adım atma eğilimi gösterir. Benzer biçimde, hukukî pozitivizmin gelişmesi ve mevcut egemenliği, tanımlanabilen, tartışmasız bir şekilde bazı ikincil ilkelerle temellendirilmiş ve (pratik açıdan olmasa da) kavramsal açıdan her türlü beşeri siyasetten ve hukukun tarafsızlığını tehdit edebilecek istikrarsızlıklardan ayrılan bir hukuk nosyonuna dayanır.⁷Kelsen’in hukukî olmayan etkenlerle⁸ kirletilmemiş “saf” hukuk kuramı fikri, konuya aydınlatıcı ve kesin bir yaklaşım getirir. Kelsen’in çalışmaları, pozitivist düşünce hususundaki yorumlarıma birçok açıdan dayanak teşkil edecektir.

İkincisi, açık ki hukukun otoritesinin kuruluşunu güvence altına almaya dair bu modernist çabaların hiçbiri, saf bir hukuk tanımı oluşturma arzusu ile tutarlı olan temel bir ilkeyi tatmin edici şekilde belirlemeyi başaramadı. Derrida’nın çalışmalarının da gösterdiği üzere, etkileri geniş kapsamlı olmasına rağmen, bu başarısızlığın felsefi nedenleri makul ve açık bir

⁵ Bkz. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1985.

⁶ Örneğin azınlık bir siyasi parti olan Doğal Hukuk Partisi’nin ethosu doğa ile harmoni içinde yaşamamız gerektiğidir.

⁷ Bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961; Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967. Temel ilke biçimleri farklı kuramcılarla değişti. Pozitivist geleneğin en son savunusu için bkz. Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1997.

⁸ Kelsen’in hukukî düşüncesinin kısa ve kapsamlı bir özeti için bkz. Iain Stewart, “The Critical Legal Science of Hans Kelsen”, *Journal of Law and Society*, Vol: 17, 1991, ss. 273-308; Ayrıca bkz. Iain Stewart, “Kelsen Tomorrow”, *Current Legal Problem*, Vol: 51, 1998, ss. 1-16.

şekilde açıklanabilir. Pozitivist kuruluşçuluk ile ilgili sorunun genel boyutlarını anlamak için, normatif otorite arayışını gerekçeleri deşmeye benzeterek imgeleştiren Wittgenstein'a kısa bir süreliğine dönmemiz gerekir. Bir kural veya yasa ile karşılaştığımda “neden bu kurala uymam gerektiğini” sorarım. (Wittgenstein daha çok şu soruyla ilgilenir: “Bu kuralın ne anlama geldiğini nasıl biliyorum?” Ne var ki nihayetinde bir kuralın ne anlama geldiğini ve ardında ne tür bir otoritenin olduğunu bilmek başka sorularla yakından ilgilidir: Yine, aşağıda tartışacağım gibi, Derrida'nın hukukun yorumlayıcı kaynaklarını edimsel olanlarla birleştirmesi bu noktanın daha iyi anlaşılmasını sağlar). Böylece, kural için bir gerekçe ararım –örneğin daha esaslı bir kural gibi– ve bu daha esaslı kural için bir gerekçe ararım ve bu böyle sürer: “Eğer gerekçeleri tükettiysen, ana kayaya ulaşırım ve kazmamın ucu kıvrılır. O zaman şöyle derim: ‘İşte yaptığım sadece bu.’”⁹ O halde bir sorunla karşı karşıyayız. Kurallarımızın altında yatan, potansiyel olarak sonsuza kadar indirgenebilecek gerekçeler, bir noktada durmalıdır, fakat bu, rasyonel bir kökene yahut hukukun içini dışından açıkça ayıran bir kökene ulaştığımız, tatmin olabildiğimiz bir yer değildir. Sadece oradadır, daha öte bir araştırmanın konusu olamayan bir varsayım ya da öncüdür.

Bu tam da, Hans Kelsen'in, hukukun tümüne salahiyet kazandırıp, hukukî normları hukukî olmayanlardan ayıran temel bir ilke belirleme girişiminde defaatle karşılaştığı sorundur. Kelsen, hukuk sistemindeki her normun, sistem içindeki daha üst bir otoriteyi haiz norm tarafından yetkilendirildiğini belirtir. Örneğin, hız sınırını aşmanız nedeniyle para cezasına çarptırıldığınızda, Kelsen'e göre (sadece size uygulanan) bireysel bir norma tâbi olursunuz.¹⁰ Polis memurunun bu tür bir cezayı size uygulama gücünü nereden aldığını sorduğunuzda, belirli bir hız sınırının üstünde seyahat etmeyi yasaklayan ve belirli kişilere ya da kurumlara ceza verme yetkisi tanıyan bir genel norm koyan parlamento yasasına (ya da *common-law* sisteminde emsal bir karara) ulaşırsınız. Biraz ısrarcıysanız, bu parlamento yasasının geçerliliğini nereden aldığını sorarsınız ve yazılı bir anayasa olmasa da, toplum adına bu tür kuralları koyma yetkisini parlamentoya veren anayasal bir hukuk yapısı olduğunu görürsünüz. Kelsen dahasını da söyler: Mevcut anayasal düzen (şayet varsa) önceki anayasalarca yetkilendirilir ve dolayısıyla nihayetinde devrim olmasından yahut evvelki hukuk düzeninin kökten ihlalinden önceki “tarihsel ilk anayasa”yı bulursunuz.¹¹ Yine de doğal olarak hâlâ bu anayasanın geçerliliğini nereden aldığını sormak mümkün ve burası Kelsen'in ana kayaya çarptığı yerdir.

⁹ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford: Basil Blackwell, 1958, s. 217.

¹⁰ Kelsen, *The Pure Theory of Law*, ss. 199-200. Kelsen'in idam cezasının infazı örneğini çok daha sıradan bir örnekle değiştirdim.

¹¹ *Ibid.*, s. 200.

Kelsen'in çözümü, bir hipotez, varsayım ve nihayetinde bir kurgu olarak farklı şekillerde tanımladığı "temel bir norm" önermekti.¹² Aslında Kelsen'in temel normu ne geçerli ne geçersizdir: Geçerli olamaz, zira geçerliliğe ilişkin soru sormak için daha öte bir yer yoktur ve geçersiz olamaz, zira her türlü geçerliliğin kaynağı kendisidir. Geçerliliğe ilişkin soruların ötesindedir. Dolayısıyla Kelsen'e göre temel norm, bir kurgu yahut daha ziyade "kendine mahsus" bir kurgudur, zira gerçeklik ile tezattır (hukuk olarak bir varoluşu yoktur, yalnızca kavramsal bir yapıdır) ve kendisi ile çelişir (hukukun otoritesi olmasına rağmen, bu otoriteyi yetkilendirecek şekilde yetkili değildir).¹³ Üstelik temel norm ya da "kurgu", ampirik olarak ayırt edilebilen kurumsal bir otoritenin temeli değildir, daha ziyade herhangi bir normun hukuk normu olarak kabul edilmesini temellendiren kavramsal bir koşuldur. Diğer deyişle, bir normu somut hukuk kaynağı değil de, hukukî yapan aşkınsal aklın bir koşuludur. Fakat yine de, bütünüyle "öznel" başka bir düzenin koşulu ya da "nesnel" açıdan norm olarak anlaşılan bir norm anlamında, hukukun *kaynağıdır*.¹⁴ Temel norm, bir hukuk sistemindeki nesnellik inşasının koşuludur. Bir diğer ifadeyle, hukukun insan iradesine üstünlüğünün kabul edilmesini sağlar.

Hukukun temelindeki bu paradoks ya da belirsizlik yalnızca Kelsen'in düşüncesinde değil, H.L.A. Hart gibi diğer hukuk kuramcılarının çalışmalarında ve en çok da parlamenter egemenlik paradoksu gibi çeşitli hukukî muammalarda ortaya çıkar.¹⁵ Açık ki hukukun kendini gerekçelendirme çabası, belirli bir yerde yapıdaki aksaklığa bağlıdır. Bu muammalardan çıkış yolu, otoritenin kaynağını tam anlamıyla hukuk sisteminin *dışına*, belirli bir toplumsal, siyasal ya da ahlâkî düzene yerleştirmektir. Örneğin, çağdaş pozitivist düşünür Tom Campbell, hukuka pozitivist yaklaşımı benimsemenin makul *etik* nedenleri olduğunu ileri sürer.¹⁶ Bu bize otoritenin kaynağını göstermez, sadece hukuk olanla olmayan arasında neden bir ayırım yapılması gerektiği hususunda ahlâkî bir argüman sağlar. Ayırımın lehindeki argümanın, hukuktaki kesinlik tasarımının gerçekleşmesinde yetersiz, aynı zamanda tabiatı gereği münhasır ve potansiyel olarak baskıcı etkiyi haiz bir

¹² Kelsen, "Logical Problems About Grounding the Validity of Norms", *General Theory of Norms*, trans. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, 59. Bölüm. (Ayrıca bkz. Stanley L. Paulson, "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol: 12, 1992, ss. 265-274).

¹³ Temel norm "(Hans Vaihinger'in mış-gibi felsefesi açısından) yalnızca gerçeklikle değil – zira böyle bir norm mevcut değil (...)– aynı zamanda kendisiyle de çelişen bir nitelikte, 'özgün' ya da 'kendine mahsus' bir kurgudur". *Ibid.*, s. 256.

¹⁴ Iain Stewart, "Kelsen Tomorrow", ss. 6-7.

¹⁵ Davies, *Delimiting the Law*.

¹⁶ Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*.

sınır kurduğu gösterilebilir. Bunun nedenleri, birazdan açıklığa kavuşacağı gibi, doğası gereği karar verilemez hukukun sınırlarında yatar.

Son olarak, hukukî düşünce, hukuk sistemini biçimlendiren normların yapısı ile sistemin “içinde” meydana gelen eylemler ve kararlar arasında münferit ve doğrusal bir ilişkinin olduğunu varsayma eğilimindedir. Kuralların, doktrinlerin ve ilkelerin ilksel hukuk kaynakları ya da araçları olduğu ve kararların bu kavramsal temelden ortaya çıktığı varsayılr. Belirli bir kurala kolayca uyan ve yargıcın herhangi bir aktif yorumunu gerektirmeyen kolay davalar ile yargıcın ya da karar verenin tutarlı bir sonuca ulaşmak için mevcut kurallara istinaden düşünmesini ve yorumlamasını gerektiren çetin davaların varlığı bu düşünce tarzının bir parçasıdır. Pozitivist düşünce, yerleşik kurallara ve hukukun ilksel araçları olan diğer normlara istinaden, hukukun edimlerini, uygulanabilir herhangi bir normun altında tutar. Böylece parlamento edimleri, anayasaya tâbidir, yargısal ve diğer edimler hukukî ilkelerce belirlenir. Bazı hukukî realistler, bunun yerine, yargıç faaliyetlerinin hukuku oluşturduğunu ileri sürerek bu düzeni tersine çevirdi. Ne var ki, sözleşme imzalama, düğün merasimi ya da yasaya “uygun” karar verme gibi hukukî “edimler” yalnızca hâlihazırda var olan hukukî yetkilerin kullanımı iken, ana akım hukuk düşüncesinin kuralların ve düşünsel oluşumların ilkselliğini –aslında bizzat hukukun kendisidirler– hâlâ varsaydığını söylemek mübalağa olmayacaktır. Hukukî yargıcın edimsel özellikleri (sonuçları tarafları bakımından uyuşmazlığa yahut yeni bir hukuk yaratmaya varan), genel hukukî ilkeye tâbi sayılır. Bu, “aktivist” bir mahkeme ya da yargıcın önünde hukukçuların hissettiği büyük kaygının nedenini açıklar: Sanki karar veren kendi edimini, aşkın hukuk ilkelerinin üstünde tutuyormuş gibidir.

Hukuk Yasasının Yasası

Batı hukuk kuramına ilişkin bu giriş niteliğindeki hususları akılda tutarak, şimdi, Derrida'nın bir kurguyla (belki de *belirli* bir kurguyla) başlayan hukuk üzerine düşüncelerini ayrıntılı bir şekilde incelemek arzusun-dayım. Derrida, “*Devant la loi*” [Yasanın Önünde]'nin başında Montaigne'e atfı yapar: “Hukukumuzun, kendi adaletinin hakikatini dayandırdığı hukukî kurguları olduğu söylenir.”¹⁷ Hukukî kurgu muamması, Derrida'nın “Hukukun Gücü”nde yeniden ele aldığı bir konudur. (Kelsen'in temel normu, tüm hukuk düzenini hukukileştiren bir kurgu; kendine mahsus bir kurgu olarak tanımladığını da burada hatırlayalım). Hukukî kurgunun, hukukî otorite açmazına karşılık geldiğini söyleyebiliriz.

¹⁷ Montaigne, *Essays II*, s. 12'den aktaran: Derrida, “Before the Law”, s. 183.

Bunu açıklamak için, en azından baştan, hukukî otoritenin kendisinin bulunduğu yerden başlamam gerek. Aslında Derrida, kökenlere ve hukukun kendisine dair bu mecburiyetin kaçınılmaz olduğunu belirtir (ve kaçınılmaz bir mecburiyete direnmek bana düşmez). Derrida okumasının konusu olan öyküde, Kafka'nın köylüsü, girmek istediği, bekçinin “şimdi değil” dediği yasanın önünde bekler. Giriş tümüyle yasak değildir, fakat ertelenir ve –sonradan anlaşılacağı gibi– sonsuza kadar ertelenir. Derrida bunu şöyle ifade eder:

Her yasada saklı ve görünmez kalan, dolayısıyla yasaların yasalarını, yasaların varlık-yasasını koyan şey, belki de hukukun kendisidir. Soru ve arayış kaçınılmazdır, hukukun konumuna ve kökenine yönelik bir yolculuğu karşı konulmaz kılar.¹⁸

Bu karşı konulmaz yolculuğun ve nihayete ermesinin imkânsızlığının burada çözülmesi gereken birçok aşaması vardır. İlk olarak, Derrida'nın söylediği gibi, köylü için yasa; “mutlak bir şekilde ortaya çıkan, mutlak ve herhangi bir kökenle ilişkisi koparılmış bir düzen olarak”¹⁹ kendisini sunar. Hukuk bizi hukukî kişilikler olarak tanıdığında, kendisini kabul etme hususunda hiçbir seçim hakkı vermez; önünde dururuz, ne var ki ötesini görmeye yahut tarihini, kaynağını ya da otoritesini sorgulamaya yetkili değildir. Hukukî otorite, şeffaflık ve erişebilirlik sözü vermesine rağmen, hukukun kendisinin koyduğu reform kanallarından geçmeksizin herhangi bir yasayı sorgulamanın beyhude olduğu tüm uygulama örneklerindeki anlamıyla, eleştirinin mutlak surette dışındadır: Yasayı abes, adaletsiz veya akıldışı bulsak dahi yasa yasadır. Belki de yasanın önünde bekleyen biri, hukukun şeffaf biçimde kendisini meşrulaştırmak adına herhangi bir yasa talebini ertelemesiyle birlikte (ya da bazen doğrudan reddetmesiyle), az çok yabancı, sarsıcı bu tanınmaya (belirlenmeye, gösterilmeye) erişecektir. Hukuk için hiçbiri önemli değil tabii ki. Hukuk, sahip olduğu kurumlarıyla kuruluşunun bu kadar yakından denetlenmesini yasaklar ve bu, –mahkemeler ve parlamentolar dışında– tarihsel, yerel, feminist, ırksal ve sınıfsal eleştirinin hukukun statüsü üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olmasının nedenlerinden biridir: Tüm bu eleştiriler, tarih ve bağlam dışı hukuk iddialarının tamamen sahte olduğunu ifşa eder. Hukukun kurulup, muhafaza edildiği *her* an, siyaset yüklüdür ve hukukun ayakları yere basan tarafsızlık iddiasına karşın, toplumdaki iktidar ilişkileri üzerinde etkileri vardır. Bu bakımdan hukukun ne olduğu sorusu ile yasanın kendisini arayış kaçınılmazdır, yine de bu sorunun ve arayışın tamamlanması durmadan ertelenir ve nihayetinde imkânsızdır.

¹⁸ Derrida, “Before the Law”, ss. 191-192.

¹⁹ Ibid., s. 135.

Hukukun konumu ve kökenine yönelik bu karşı konulmaz yolculuğun ikinci boyutu, hukuk felsefecileri ile aslında amacı kuramı birleşik tek bir parçayla ya da temel açıklayıcı bir ilkeyle sağlamlaştırmak olan logosentrik düşünürler tarafından gerçekleştirilenidir. Hukuk felsefecilerinin arayışı hukukun yasasıdır; temel bir kriter ya da geçerlilik ilkesidir. Yukarıda gösterdiğim gibi, kapalı bir hukuk sistemi düşüncesinin zorunlu kıldığı durma noktasının her daim totolojilerle ya da çelişkilerle altı kazılır.

Bunun nedenini anlamak için “Tür Yasası”nda ileri sürülen bir argümanı kısaca açıklayabiliriz. Edebiyatta “tür”, bir tiptir ya da kavramsal açıdan diğer tip ve kipten ayrılan bir ifade kipidir. Roman fikri kavramsal açıdan şiir fikrinden ayrıdır. Derrida’nın açıkladığı gibi, özgünlük bir sınıra, bir sınır yasasına işaret eder: “Tür sözcüğü dillendirilir dillendirilmez, işitilir işitilmez, biri onu kavramaya çabalar çabalamaz bir sınır çizilir. Ve bir sınır kurulduğunda, normlar ve yasaklar bunun gerisinde değildir.”²⁰ Derrida’nın yorumladığı gibi tür yasası, diğer türlerle ilişkisi olmayan ya da karışmayan, belirli bir bütünlüğe sahip olmayı ifade eder. Bu noktada pozitivist hukuk kuramlarının tüm projesinin, özgünlük ya da hukukun ayrılabilirliğini tesis etmek, gayri hukuk olandan ayırt edilebilir ya da ayrı, kendi başına bir tür olarak hukuku ortaya koymak olduğunu hatırlayalım. Örneğin Joseph Raz, hukukun hukuk olarak sınıflandırılmasını sağlamak için bazı metotlar gerektiren bu özgünlüğü açıklar: “‘Hukukun sınırları’ teziyle, hukuku hukuk olmayandan ayırt eden bir *sınamanın olduğu* düşüncesini kast ediyorum.”²¹ Tüm türler gibi, hukukun özgünlüğü bir sınırla, sınır yasasıyla kurulmalı ve sürdürülmelidir. Derrida’nın “hukukun yasası” ya da “hukukun varlık yasası” şeklinde işaret ettiği sınır tam olarak budur.

Şimdi, Derrida, şematik bir şekilde tanımlanabilen, fakat sonuçları kolayca kapsanamayan tür yasasının, kendi yasası (tür yasasının yasası²²) olduğunu ileri sürer. Her yasanın –hukukun sınırları tezine göre– onu “hukuk” kategorisine sokacak bir kriteri karşılamasının gerekmesi gibi, her türün de en azından tanımlayıcı bir niteliği veya emaresi olmalıdır. Ancak türe neyin dahil olduğunu belirleyen emarenin kendisi bu türe dahil değildir: Akademik bir makaleyi bu türe ait kılan her neyse, o şeyin kendisi akademik bir makale değildir. Bir yasayı hukukî yapan her neyse, o şeyin kendisi bir yasa değildir (örneğin bir varsayımdır), daha ziyade kavramsal açıdan öncel bir hukuk koşuludur, hukuk ile hukuk olmayan arasındaki hattı kontrol eden bir hukuk sınırıdır. Dolayısıyla emare, tanımladığı kategoride bulunmayışı

²⁰ Derrida, “The Law of Genre”, s. 203.

²¹ Joseph Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, Vol: 81, 1972, s. 823, 842.

²² Derrida, “The Law of Genre”, s. 206.

“ile tanınır”. Ne var ki bu şekildeki namevcudiyetine rağmen, yine de mevcuttur, zira tür içindeki *her* nesne onun tarafından mimlenir. Başka bir Derridacı terminolojiyle söylersek, tür içindeki her nesnede izini bırakır. Emare, yalnızca bir dış kenar değil, bir kategorinin ya da sistemin içi ile dışı arasında asla belirgin bir ayırımın olmaması anlamına gelen dahili bir mühürdür, zira dahili olan ötekinin iziyle tamamlanır. Dolayısıyla “aidiyet işaretinin kendisi ait değildir. Ait olmaksızın aittir.”²³ O yüzden, tür yasası içine gömülen işaret, aynı anda mevcut ve namevcut, aynı ve öteki olan bir yasadır, başka bir hukuktur ve hukuku, türü ve sınıflandırmayı mümkün kılan tam da bu “saf olmayan hukuk”tur. Saf hukukun ne olduğunu belirleyen bu saf olmayan hukuk olmadan hukuk olmaz.

Taşma, Aşırılık, Katışıklık, Bulaşma

Öyleyse, Kelsen’in yaptığı gibi, yalnızca pozitif hukuk sistemi hakkında bilgi vermeyen temel bir yasayla; bilinebilir, belirlenebilir ya da metinsel olan her şeyin yasasıyla mı karşı karşıyayız? Derrida, yine, “Tür Yasası”nda cevaplıyor:

Artık burada, daha önce andığım taşma, aşırılık yasasını, ait olmaksızın katılım yasasını, bulaşma yasasını çok hızlı bir biçimde geçiyorum. Bu size yetersiz, hatta neredeyse inanılmaz bir soyutlukmuş gibi gelecek. Ne türlerle, ne tiplerle, ne kiplerle ne de kavramın kesin anlamında herhangi bir biçimle özellikle ilgilidir. Bu yüzden bu yasaya teslim edilen alanın ya da konunun hangi başlık altına yerleştirilmesi gerektiğini bilmiyorum. Belki de sınırsız genel metinsellik alanıdır bu.²⁴

Yasa, bir şeyin tür, hukuk sistemi ya da bir bilgi alanı olup olmadığını belirleyen alandan taşar ve onu aşar. Yasanın kendisi, dahil olmaksızın katılım normlarını oluşturur. Her yasanın özüne başkalığını yerleştirirken – bu yüzden katışıklık ya da saflığın bulaşma yasasıdır- sınırlar çizer ve saflığını koruma altına alır. Böyle bir yasanın kendisi kurucu olamaz, zira asla kuruluşun sınırları içinde kalmaz (bu konuya sonra döneceğim) ve herhangi bir sistem ya da sınıflandırma karşısında daima ötekidir. Aynı zamanda herhangi bir kuruluşçuluğun dayandığı koşuldur: Katışıklık yasası, her türlü kategori ayırımının zorunlu unsuru ya da nesnelere türünü dayatma biçimidir.

Kelsen’in hukuk felsefesiyle mukayese etmek birçok açıdan basittir; fakat yine de aydınlatıcıdır: Temel normun hukuk sistemi için yalnızca

²³ Ibid., s. 212.

²⁴ Ibid., s. 212. [Bkz. Derrida, “Tür Yasası”, s. 247].

kurucu olmadığını, daha ziyade hukuk sistemini mümkün kılan bir kopma ya da bir sınır olduğunu söyleyebiliriz. Ötekinin *dışlanması* yoluyla tümüyle kendinden menkul bir geçerliliğe bel bağlayan “saf” hukuk kuramı bu noktada öteki *olur*: İçerisi ve dışarıyı karar verilemezdir ve bir katışıklık sınırimız vardır. Saflık ve hukukilik şartının kendisi bir katışıklık yasasıysa, o halde her yasa aynı zamanda katışıklık tarafından mimlenmez mi? Kelsen’i aşarak, sınırlı yasa kavramının içine aldığı her yasanın ve hukuk sistemi bütünlüğünün *dışladığı ötekilik tarafından mimmendiğini* söyleyebiliriz. Aslında bu tür bir sona erme yoksunluğu, pozitivist hukuk düşüncesi açısından bir dereceye kadar kabul edilebilir olmasına rağmen, hukukî yapıya içsel olarak tanınmaktan ziyade genellikle yarı gölge, açık metin ya da hukukun kıyısındaki çetin davalar sorununa havale edilir. Dolayısıyla ‘öz’ olmaktan ziyade marjinal olduğundan önemli bir anlam verilmez. Bu, katışık hukuk kuramıyla sonuçlanmasından ötürü pozitivistin reddedilebilir olduğunu ya da reddedilmesi gerektiğini göstermez. Burada bu kavramsal katışıklığı, Derrida’nın farklı alanlardaki eserlerinde olduğu gibi, saflık iddiasının koşulu olması ile bunu anlamının, politik ve etik sonuçları üzerine düşünmenin önemli olması çıkarımıyla alıyorum. Genel hukuk kabulü, sınırlılık (nesnellik, bütünlük, tarafsızlık) iddiasının belirli açıdan haklı olduğu varsayımına dayanıyorsa ve bu iddianın dışlama, unutmaya ya da baskı altında tutma edimine bağlı olduğu gösterilebiliyorsa, bu ideolojik ve kuramsal ipotek edimini yinelemekten ziyade vurgulamak daha elzem değil midir?

Gelinen bu noktada, tür yasası yasanın veya katışıklık yasanın, kesin bir şekilde hukukî analizle sınırlanamayacağı, herhangi bir türün kuruluşunun, dolayısıyla felsefenin kuruluşunun özüne ve anlamın kendisine kadar gideceği açıktır. Bu, Derrida düşüncesinde anlamlama koşullarına öncel olan ve bu koşulları düzenleyen bir başka *différance* anıdır: *Différance*, anlamların inşasını sağlayan ayırma ve erteleme, “uzamlaşma” (*spacing*) ve “zamanlaşma” (*temporization*) olarak adlandırılır.²⁵ Her anlam, karşıt(lar)ının aksine farklı açılardan tanımlanır ve sürdürülür: “Kedi” anlamı “kuş” anlamından ayrı tutulmalıdır –bu yalnızca farklılık değildir; anlam sürecinin farklılık olarak devam ettirilmesidir.²⁶ Aynı şekilde, kısaca açıklayacağım gibi, hukukun sınırları tezi hususundaki pozitivist ısrar, hukukun yalnızca *farklı olmasını* değil; farklı olarak yapılandırılmasını ve bu

²⁵ Jacques Derrida, “Différance”, *Margins of Philosophy*, Brighton: Harvester Press, 1982, ss. 7-8. [Jacques Derrida, “Différance”, çev. Önay Sözer, *Toplumbilim*, Sayı: 10, 1999].

²⁶ Anlamı gösteren terimler arasındaki uzamlaşmayı (ayırımı) sürdüren gücün açıklaması için (bkz. G. Bennington, “Derridabase”, *Jacques Derrida*, ed. George Bennington and Jacques Derrida, Chicago University Press, 1983, s. 71).

farklılığın hukukî süreçler vasıtasıyla muhafaza edilmesini de talep eder. İkincisi, “*différance*”, sonlandırma arzumuzu “henüz değil” biçiminde *erteleyen*, eksiksiz, mutlak ve otoriter bir anlam sürecine de işaret eder.²⁷ Hukukî otorite üzerine daha fazla soru sormanın –bu tür bir arayış hukukî, edebî, bilimsel ya da felsefî “disiplin(ler)” tarafından sürekli engellenmesine rağmen– daima mümkün ve gerekli olması gibi, anlam üzerine de daha fazla soru sormak her zaman mümkün ve zorunludur. Bu açıdan, Derrida’nın hem katışıklık yasası hem *différance* kavramı aynı ve öteki arasındaki ayırımı devam ettiren güç üzerindeki her kapanışın koşullu olduğu bir yapı önerir ve anlamın şimdide bulunuşunu sonsuza kadar askıya alır. Pozitif hukukla ilişkili olarak bu devam ettirme işi, hukuk özgünlüğünü kabul eden ve dolayısıyla uygulayan yargıçlar, kamu görevlileri ve tüzel kişiler tarafından gündelik olarak yürütülür.

Burada yasayla, hukukun yapısı olması manasında anlamlama yapısıyla ilgilendiğimizden, herhangi bir hukukî analizin, hukukçuların ve hukuk felsefecilerinin genellikle gerçek nesnelere olarak gördükleri şeyle; pozitif hukukla sınırlı tutulamayacağı gayet açıktır. Hukuk, kendi sahip olduğu anlamları belirli açıdan yasalılaştırmaya yetkili olsa dahi, anlamın anlamı hususundaki sorulara tâbi olduğu gerçeğinden kaçamaz. Fakat diğer taraftan anlamın kendisi, geçerlilik sorununa ve kendisini açıklayan bir “yasa”ya dayanır.²⁸ Yasanın anlamlamaya yahut söyleme içsel bir sorun olduğunu söyleyemeyiz, çünkü anlamlama ve söylemin kendisi bir hukuk türünce koşula bağlanır. Bundan ötürü Derrida, “Hukukun Gücü”nde, “yapıbozumsal tarzdaki çalışmaların hukuk, yasa ve adalet sorunlarına varmaları zaten normal, öngörülebilir ve arzu edilebilirdir (...) Eğer böyle bir yer olabilirse, onların en kendilerine has yerleri olacaktır bu yer”²⁹ şeklinde açıklar.

Bir katışıklık, bulaşma ve aşma “yasa”sı olduğunu söylemek ne anlama gelir? Münferit olmayan, heterojen koşul ve an’a dayanan bir münferitliği ve homojenliği gösteren Derrida argümanının tam karşısı bir münferitliği ve homojenliği ifade etmez mi? Genelde, hukuktan söz ettiğimizde bu tür bir münferitliği varsayabiliriz: Münferitlik, geçerliyi geçerli olmayandan veya hukukîyi hukukî olmayandan ayıran geçilmez bir hudut, basit bir sınır ya da

²⁷ Derrida, “*Différance*”, s. 8.

²⁸ Bir kitap ismi bu noktayı örneklendirmeye yardımcı olabilir: Costas Douzinas, Ronnie Warrington and Shaun McVeigh, “The Law of Text in the Texts of Law”, *Postmodern Jurisprudence*, London: Routledge, 1991. Bu kitap, hukukun metinselliğinin ve hukuk metinleri gerçeğinin metinsel yasalara tâbi olduğunu ileri sürer. Ne var ki, metinler de bir yasaya tâbi olduklarından, bu ilişkiyi metinsellik tarafından sarmalanan yasalardan biri olarak basitçe kavramsallaştırmak mümkün değildir.

²⁹ Derrida, “Force of Law”, s. 929. [Bkz. Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, s. 50].

belirgin bir hattır. Ne var ki Derrida düşüncesinde *sınır*, asla tekil ve basit bir varlığı varsaymaz, aksine paradoks, karşıtlık ya da suskunluk mekânıdır. Sınır, dışarısı ile içerisini ayıran bir hudut çizgisi değildir asla, daha ziyade iç ile dış arasındaki ayırımı aşan bir işarettir; içsel bir ötekidir.

Dolayısıyla “hukuk”un doğasını belirli durumlarda bir *sınır* olarak dile getirmek, mantığın hakim olduğu değil, iflas ettiği bir yerin var olduğunu söylemektir. Hukukun bu şekilde anlaşılması, yerleşik hukukî varsayımlar ve pratiklere karşı büyük bir tertip mücadelesinin habercisidir, zira bu bizi bir sonuca ya da daha ziyade bir başlangıç noktasına; keyfiyete, şiddete ve hukukun yapıbozuma uğratılabilir doğasına sürükler. Bu nedenle, kavramsal açıdan geçilmez bir sınırla tanımlanan tekil ve homojen bir hukuk hakimiyeti, gücün dışında bir şeyle sağlanamaz. Feminist, yerel ve diğer aktivistlerin hukuka konum sağlama mücadelelerinden hukuku korumanın etik bir temeli de yoktur. Aslında adalet, bu “ötekiler” gereği hukukun öz-düşünüm ve uyumlu dönüşümleri üstlenmesini talep eder.

Yine de, gösterdiğim gibi, hukuk yasanını arayışın üstlenilmesinin ardından ana akım hukuk kuramları, hukuk egemenliğine ya da üstünlüğüne meydan okumayı yasaklayan hukukî takdirin/tahkirin eleştirisini yapmaktan ziyade savunuculuğunu yaptı. Hukuk felsefesi, hukukun mutlak otoritesini belirleme ve tanımlama girişiminde, belirsizlik ve paradoksla yüzleşmek yerine, geçerliliği muhafaza etme eğilimindedir: Felsefe, tarafsız bir hukuk değeri adına ve “hukukun varlık yasası”na doğru, hukukun hukukîliğinin mistikleştirilmesiyle sonuçlanan bir yolculuğa hazırlanarak, hukukun başlangıcı olan bir yolculuğun bitimini kurgular. Beklendiği üzere, keşfedilen ve tanımlanan sözde evrensel hukukun doğası “demokratik” Batının hukukî rejimlerine şaşırtıcı derecede benzemektedir.³⁰ Muhtemelen çok daha fazla detaylandırılabilir bu aşırı iddialar için, şimdi hukukun kökeni olduğu varsayılan yere daha yakından bakalım.

“Olağandışı Bir Edimsel”³¹: Hukukun Gücü

Derrida’nın, yasanın kendisi, pozitif hukuk ya da “doğru ismiyle” hukuk üzerine en açık sözlü olduğu metin “Hukukun Gücü”dür. (Değerlendirmelerimin

³⁰ Bu özellikle, “uygar” hukuku “ilkel” hukuk ayırımına dayanarak tanımlayan Hart’ın eserlerinde böyledir. Bkz.: Hart, *Concept of Law*, 5. Bölüm.

³¹ Bir yerde Derrida şöyle der: “Bu temel yasa, hukukta veya olguda olsun, kendisini ilk elde kurumsallaştıran ve buna rağmen varsayan yasayı önceler: Tasarlar ve yansır! Bir imzanın kendisine imza atma yetkisini tanıdığı bu fevkalade edimi hiç bir şekilde önceleyemez. Tek kelimeyle, herhangi bir önceden var olan yasanın güvencesi olmaksızın kendisini kendisi üzerinden hukukileştirir.” Derrida, “The Law of Reflection: Nelson Mandela, In Admiration,” s. 20.

çoğunda, bu metnin girişinden, Derrida'nın tam anlamıyla bir giriş olmadığını ifade ettiği yerden yararlanacağını eklemeliyim).

Derrida, İngilizce konuşmasını icap ettiren yasa ile bu yasanın muhatabı olarak içinde bulunduğu konum üzerine yorum yaptıktan sonra (bildiri temalarını karakteristik bir biçimde yansıtan bir başlangıç tarzı), çalışmasını isimlendiren sözcük öbeği üzerine bazı mütalaalarla “Hukukun Gücü”ne başlar. Bir normun “hukukî güce” sahip olduğunu söylemek, yalnızca o normun hukuken buyrulduğu anlamına gelmez, aynı zamanda hukukî cebirle desteklenebildiği anlamına da gelir: “Hukuk daima yetkilendirilmiş bir güçtür.”³² Hukukî bir norm, gerçekte yapılmıyorsa dahi, cebredilebilir.

Bu durum, güç ve hukuk arasındaki ilişkiye dair çeşitli sorunlara yol açar, ancak bu noktada bu sorunlardan sadece birini ele almak istiyorum: Meşru hukukî cebir, şiddetten veya hukuku yaratan güçten nasıl ayırt edilebilir?³³ İlk olarak, Derrida'nın asli hukuk *şiddetini*; hukuk tarafından himaye edilemez bir şiddeti vurguladığına dikkat edilmelidir. Derrida'nın, hukuken yasaklanan bir şey olmaktan ziyade, hukuka dair bir şey olarak şiddeti öne çıkarması, pozitivist bir hukuka ve kendi meşruiyetini muhafaza etmeye vakfedilmiş bir hukuk kuramına dair beklentilerimiz açısından belki biraz sarsıcı ve çelişiktir. Gayrimeşru şiddete dayanan bir hukuk, sahip olduğu meşruiyet standartlarını yerine getiremez. Buna karşın, şüphesiz Batıdaki pozitif hukuk rejimlerinde, hukukun sınırına vardığımız, hukukî gerekçelerin tamamen tükendiği yerde, hukukun kendini gerekçelendirmede başarısız olduğu gerçeğinden kaçınılamaz. Bu yer, hem tarihsel hem kavramsal bir varlığa sahiptir. Bir hukuk sisteminin meşruiyet tarihinde, münferit bir edimin hukukiliğinin veya hukuk dışılığının karar verilemez olduğu bir nokta vardır. Söz gelimi, geriye dönük bir şekilde tüm hukukiliğin kaynağı olan başarılı bir *coup d'état* [*hükümet darbesi*], bir önceki hukukî düzene göre yasadışı kabul edilen bir eylemden hareketle tanımlanır.³⁴ Hâlihazırda yasa dışı olan bir eylem (örneğin bir ihtilal an'ı), gelecekte tüm hukukiliğin kaynağı olarak yorumlanacaktır: “Hukukî kurgu” budur. Aynı şekilde, yukarıda açıkladığım gibi, gerçekte Kelsen'in düşünsel sistemi, yurttaşlara hukukun bir hukukiliği *varmış gibi* davranmalarını dikta eden bir geçerlilik kurgusu; temel bir norm tarafından yapılandırılır. Temel norm, “objektif” hukukî statü tanınan yasama organı, yargıçlar ya da kamu

³² Derrida, “Force of Law”, s. 925.

³³ Ibid., s. 927.

³⁴ Mahkemedeki çok sayıda davada, ihtilal rejimlerince yaratılan yasaların geçerliliğinin belirlenmesi talep edildi. Bu davalar ve hukukun extra-hukukî kökeninden ileri gelen zorluklar, 1979 yılındaki Grenada askeri darbesinden kaynaklanan bir davada geniş ölçüde tanımlandı ve tartışıldı. Bkz. Mitchell v. DPP (1986), LRC (Const.) 35. Ayrıca bkz. Derrida, “Force of Law”, s. 993.

görevlilerinin “subjektif” iradi eylemleri aksini talep ettiği ölçüde, kavramsal ve yorumlayıcı şiddete dayanak teşkil eder.³⁵

Bu nedenlerden ötürü, hukukun düşünsel ve tarihsel kökeninde şiddet veya güç vardır. Tanımladığı normların hukukîliğini sağlayan, hukukun egemenliğine dair meydan okumaların ve rasyonelliğine ilişkin sorgulamaların derhal sona ermesini gerektiren bu şiddettir. Derrida, burada yalnızca fail yahut belirli bir egemen ideolojinin ya da iktidarın yaratımı olarak hukuktan söz etmediğimizin altını çizer: Kapsayıcı bir kültürel ya da politik güce maruz kalan hukuk sorunundan ziyade “daha deruni, daha kompleks”³⁶ bir ilişkidir söz konusu olan. Güç, aksi olsa idi, kendi kendini içerecek hukuku yetkiyle donatmaz. *Différance* ayrımındaki örtülü güç unsuru gibi, hukukun gücü, varlığı için son derece önemli olan *hukuk ile hukuk olmayan arasındaki ayrımı kurar ve muhafaza eder*. Dahası, bu ayrımı hukuk konusunda önceden verilmiş bir olgu şeklinde anlayan her hukuk kuramı, muhafaza işine, hukuk ile ahlâk, toplum ve politik çevre arasındaki zorunlu ayrıma ortak olur. (Göreceğimiz gibi, Derrida sadece hukukun kurucu şiddeti değil, hukuku koruyan şiddet üzerine de konuşur: Nihayetinde bu iki şiddet ayırt edilemezdir). (Hukuku) kurma an’ı karar verilemezdir, ne hukukidir ne hukuk dışıdır:

Bizzat kuruluşu ve kurumsallaşma anı, (asla bir tarihin homojen dokusuna kaydolmuş bir an değildir, çünkü bu dokuyu bir kararla yırtar), hukuku kurma, başlatma, haklılaştırma, yasa koyma faaliyeti bir güç darbesinden [*coup de force*] performatif ve dolayısıyla yorumlayıcı bir şiddetten müteşekkil olacaktır. Bu şiddetin kendisi ne adildir ne de adaletsizdir. Hiçbir adalet ve önceden elde bulunan ve daha evvelden kurucu olan hiçbir hukuk ne onunla çelişebilir ne onu geçersiz kılabilir.³⁷

Bir hukuk sisteminin kökenini tanımlayacak kesintisiz bir tarihsel gelişim yoktur, daha ziyade geçmişin deneyimleri ile birlikte bir kopma, yeni sistemi başlatan bir kesinti söz konusudur. Burada Derrida’nın *edimsel ve yorumlayıcı şiddetten* bahsettiğini not edelim: Söz gelimi, yeni hukuku ilan eden ve kurumsallaştıran edimsel eylemlerin oluşturduğu hukuku kuran cebir ile çoğunlukla ve esasen hukukîliğini anlamlandırma yasanını ve belirli hukuk yorumlarını dikta eden yorumlayıcı güç. *Logos*, yorumlayıcı karar verilemezliği hükümsüz kılan yorumlayıcı güç tarafından oluşturulur.³⁸ Derrida, (sorulara ilişkin bir) sınıra ve suskunluğa ulaştığımız yerin burası

³⁵ Kelsen, *General Theory of Norms*, ss. 254-255.

³⁶ Derrida, “Force of Law”, s. 941.

³⁷ *Ibid.*, ss. 941-943. [Bkz. Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, s. 58].

³⁸ Bkz. Jacques Derrida, “Platon’s Pharmacy”, *Dissemination*, London: Athlone Press, 1981. [Jacques Derrida, *Platon’un Eczanesi*, çev. Zeynep Direk, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2012].

olduğunu söyler ve “benim burada mistik adını vermeyi önerdiğim”³⁹ sözüyle devam eder. Bu, hukuka tamamen dışsal bir sınır ya da bir suskunluk değildir, çünkü hukukun bir parçasıdır. “Duvarlarla örülmüş, duvarların içine hapsedilmiştir, zira suskunluk dile dışsal değildir”⁴⁰: Hukuku hukuk yapan şeyin ta kendisidir.

Şiddetin Muhafazası

Hukukta eyzan mündemiç suskun veya mistik unsurlar, bir karar verilemezlik anına işaret eder. Bunu daha sonra kısaca açıklayacağım; fakat öncelikle bunun yalnızca hukukun kökenine zarar veren bir şey olmadığını anlaşılması önemlidir. Bu basitçe hukuku belirleyen dışsal bir güç değil, aksine hukuka içkin bir güçtür. Bu, Derrida’nın, Benjamin’in hukukla ilintili şiddetin iki türüne ilişkin ayrımını yapıbozuma uğrattığı “Hukukun Gücü”nün ikinci bölümünde uzun uzadıya ele aldığı bir konudur. Buradaki esas nokta, hukukun süregiden bir geçerliliğe sahip olması için, kurucu şiddetin tekrar edilebilir veya tercihen yinelenebilir olmasıdır:

“Kuruluş bir vaattir. Her düzenleme/koyma [yani yasa koyma] (...) müsaade ve vaat eder (*permet et pro-met*); *en mettant et en promettant*’i düzenler [koyar]. Ve vaat gerçekten yerine getirilmese bile, yinelenebilirlik, kuruluşun en zorlayıcı anında, vaadi muhafız olarak kayda geçirir. Böylece tekrarlanma ihtimalini, özsel olanın bağrına kazır. Bununla, artık saf bir kuruluş veya saf yasa koyma, dolayısıyla saf muhafaza edici şiddet dışında, saf kurucu şiddet kalmaz. Düzenleme zaten yinelenebilirliktir, kendi kendini muhafaza eden bir tekrarlanma çağrısıdır. Muhafaza, sırası geldiğinde, kurmayı iddia ettiğini muhafaza etmek için yeniden kurar.”^[41]

Her yasa, yasa özünü ihtiva ettiğinden, eğer kuruluş, bir şey kurmak ise, tekrar edilebilir olmalıdır. (Tür emaresi, sınıflandırılmasının tanımlayıcı özelliği olarak, türün her bir örneğinde ortaya çıkar.) Aslında, kuruluş yalnızca tekrar edilebilir değil, mesela her bir yasada, kendisine *öteki* olarak

³⁹ Derrida, “Force of Law”, s. 943.

⁴⁰ Ibid., s. 943.

^[41] karş. “Her kuruluş, bir vaattir. Her koyma (Setzung) izin verir (*permet*) ve öne-koyar (*pro-met*), koyarak ve vaat ederek koyar (*elle pose en metant et en promettant*). Ve bir vaat gerçekte (*en fait*) tutulmamış olsa bile, yinelenebilirlik (*iterabilite*) vaadin tutulacağı vaadini (*la promesse de garde*) kuruluşun en zorlayıcı, en sert anına kaydeder. Böylelikle tekrarın imkanını kökensel olanın yüreğine kaydeder. ... sonuç olarak, hukukun saf bir kuruluşu veya saf bir koyuluşu, yani saf şiddet olmadığı gibi, saf bir biçimde koruyucu şiddet de yoktur. Koyma çoktan bir yinelenebilirliktir, kendi kendini koruyan tekrara çağrıdır. Korumaya gelince, o da kurduğunu iddia ettiği şeyi koruyabilmek için yeniden-kurucu olur.” (J.Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, haz. Aykut Çelebi içinde, çev. Zeynep Direk, İstanbul: Metis Yayınları, 2010, s. 98.)

tekrar edildiği ve kendisinde hem ayınının hem ötekinin karar verilemezliğini taşıdığı için, aynı zamanda *yinelenebilirdir*. Böylece, yasa koymak, yasanın yinelenebileceğini ve bu şekilde muhafaza edileceğini koymaktır: “Koymak zaten yinelenebilirliktir.” Aynı zamanda yasanın her muhafazası, yasanın kuruluşuna dönmektir: Yargıç veya adli görevli, yasayı her uygulayışında, hukukun otoritesine, dolayısıyla hukukun kuruluşuna duyulan güveni de ima eder. Böylece hukuk, sürekli olarak kendi çabasıyla işler. Zira her karar, hukukun otoritesinin yeniden tasdikidir.

Demek ki hukuku yaratan şiddet ile hukuku muhafaza etmek için gerekli olan şiddet arasında mutlak bir ayırım olamaz. Bu nedenle Derrida'nın analizi, daha evvel gördüğümüz üzere, geçerliliğe ilişkin soruların kesileceği –çelişkili de olsa– tek bir nokta belirleyen Kelsen'inkiyle ilginç bir tezat sergiler. Kelsen'in hukuk sistemi izahı, temel norm kurgusuyla kesilir. Temel norm, her hukukî yasanın geçerliliğinin kaynağıdır ve “nesnel” hukuk olarak anlaşılacak için “öznel” iradi edimi gerektiren bir kurgudur. Her ne kadar Kelsen'in temel normunun, mantıken hukuk sistemindeki her bir norma hayat vermesi gerekiyorsa da, o bunu *dahili* bir kırılma olarak düşünmez: Kelsen için çelişki ancak temel norm düzeyinde ortaya çıkar. Ne var ki, bir külli hukukilik varsayımı ve bu yüzden sebep olduğu paradoks, sadece tek bir noktada kaim olamaz. Sistem boyunca baştan sona tekrarlanmış olmalıdır, yani özdeşliğin (veya farklılaşmanın) bedeli, ihtilaf, çelişki ve ayrışmayı sağlayan gücün bastırılmasıdır.

Bu konuda son olarak, otoritenin kuruluşunu bu şekilde ifade etmenin şiddeti veya cebri kutsamak anlamına gelmediği unutulmamalıdır.⁴² Ben bunu daha ziyade bildiğimiz haliyle hukukun nihai olarak meşrulaştırılamayacağı gerçeğinin *işşası* veya *teşhiri* ve pozitif hukukun kendi şiddetini, hiçbir zaman ortaya koyamayacağı gerekçelere referansla gizlemesinin ihtarı olarak görüyorum. Bu cihetle Drucilla Cornell şöyle der: “Barış olmadığında, sanki varmış havasına kapılamayız. Muhakkak ki, patriarkal düzen kadınlar için ‘huzurlu’ bir dünya sağlamıyor. Öyleyse, şiddetin teşhisi, hafifletilmesi yolunda atılacak bir adım olarak anlaşılabilir.”⁴³ Toplumsal cinsiyetin şedit bir hiyerarşi olduğuna veya heteroseksüelliğin mecburiliğine ilişkin argümanlar, cebrin onaylanması anlamına gelmez. Aksine geleneksel olarak anlaşıldığı şekliyle seksüel ilişki kavramındaki (ve dolayısıyla uygulamasındaki) şiddet gerçeğinin açığa çıkarılması anlamına gelir. Benzer şekilde, hukukun şedit bir zorlamaya

⁴² Örneğin bkz. Seyla Benhabib, “Some Comments on Deconstruction, Justice, and the Ethical Relationship,” içinde *Cardozo Law Review*, Vol:13, 1991, s. 1219, 1221.

⁴³ Drucilla Cornell, “Civil Disobedience and Deconstruction,” içinde *Cardozo Law Review* Vol: 13, 1991, s. 1309, 1314.

dayalı olduğu argümanı, hukukun tarafsız ve barışçıl bir arabulucu veya sosyal düzen aracı olduğu şeklindeki hukukî bağına gizemini azaltır, fakat zorunlu olarak hukuk ve şiddet arasında evrensel bir bağ kurmaz: Esas mesele şudur, hukukun sınırsızlığı tezi, varlığını hukuk insanlarının somut kararları ile tekrarlanan formel ve kavramsal bir cebre borçludur. Batılı ve yeni sömürgeci pozitivist hukuk mefhumunun şiddetinin anlaşılması, homojen hukuk ile hâlihazırda dışlanmış olan diğerleri arasındaki ilişkinin yeniden kavramsallaştırılıp, tecrübe edilebileceği bir alan sağlar.

Karar Verile(meye)bilir Hukuk

Böylece hukuk, bir karar verilemezlik anınca koşullanmış veya öncelenmiştir: Otoritenin kuruluşu “ne hukukîdir ne değildir” ve “kurulmuş olanla olmayan veya temelcilik ile anti-temelcilik arasındaki karşıtlığın” sınırlarının ötesindedir.⁴⁴ Ayrıca, daha sonra “Hukukun Gücü”nde de göreceğimiz üzere, kurucu şiddet veya cebir, basitçe bir temel sunmakla kalmaz, hukukun bütününe kavrar. Muhafaza edici cebir olarak her bir yasada tekrarlanır; her bir yasa ve hukukî karar veya uygulanma an’ı bu sınırla yüzleşir. Bu şekilde, daha evvel gördüğümüz üzere her türlü metinselliğin koşulu olan katışıklık yasası, hukukî yapının kendisi olarak yeniden belirir. Hukuk, herhangi bir başka metinsel fenomen (örneğin herhangi bir *belirgin veya belirleyici* fenomen) gibi, her düzenlemenin, her metnin, her sınıflandırmanın katışık ve aporetik doğasını sağlayan bir yasayla başlayan sınırlar ve farklılıklar sistemidir.

Bu nedenle, Derrida’nın “Benim burada tarif etmeye çalıştığım yapı, hukukun içerisinde (...) özünde yapıbozuma uğratılabilecek bir yapıdır”⁴⁵ iddiasıyla karşılaşmak şaşırtıcı değildir. Hukuk yapıbozuma uğratılabilir, zira “yorumlanabilir ve dönüştürülebilir bir metinsel zeminde kurulmuştur” ve “nihai kuruluşu, doğası gereği temelsizdir.”⁴⁶ Öyleyse şu hususu tekrar etmeye değer; hukuk yalnızca metinselliği nedeniyle yapıbozuma uğratılabilir değildir, aynı zamanda hukuk kavramı, hukukî olanla olmayan ve hukuka uygun olanla olmayan arasındaki ayrıma dayandığı için yapıbozuma uğratılabilir. Aynı zamanda, daha evvel gördüğümüz üzere, yapıbozumun kendisi, bir yasanın, “katışıklık yasası”nın veya “ayrimsal bulaşma yasası”nın tanınmasıyla gerçekleşir ve böylece Derrida’nın “yapıbozuma imkân veren (...) hukukun yapı bozuma uğratılabilir yapısıdır”⁴⁷ iddiasının ne anlama geldiğini anlamaya başlayabiliriz.

⁴⁴ Derrida, “Force of Law,” s. 943.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., s. 945.

Hukukun “özünde yapıbozuma uğratılabilir” olduğu gerçeği, eğer bir noktada sosyal, felsefi, siyasal veya bir başka normatif temelde savunulabilir bir hukukî yapıda ısrar etmek istersek, bizi bir zorluğa sürükler. Eğer hukukun kuruluşu belirlenemez ise, herhangi bir karar, yasa veya hukuk sisteminin diğerlerinden daha adil veya meşru olduğu hükmüne nasıl varılır? Hukukun kuruluşu, belli bir etik ile ilişkilendirilse bile, daima, bir sosyal sözleşme gibi bir kerede meşrulaştırılamayacak, fakat sürekli yeniden değerlendirme gerektiren asli bir dışlamaya ve cebre dayanılacaktır. Bu noktada benim görüşümün, gerek “Hukukun Gücü”nde ortaya konulduğu şekliyle hukukun yapıbozuma tâbi tutulabilirliğine gerekse hukuk için dışsal bir normatif zemine ilişkin sorunların, hukuku siyaset, ahlâk ve kültürden ayıran Batılı pozitivist bağlamdan ileri geldiği şeklinde olduğunu da eklemeliyim. Hukuk bir din, kültür, siyaset veya gelenek birikiminden ayrılmış varoluşunda ısrar etmek yerine bunlarla birleşse idi, durum farklı olurdu. Bu, argümanın önemini ihmal etmek anlamına gelmez, zira ifade ettiğim üzere, pozitivist varsayım büyük oranda Batılı ve yeni sömürgeci hukuk sistemlerine tekabül eder.

Hukukun yapıbozuma tâbi tutulabilirliği, neyin hukukî olduğuna ve somut durumda nasıl uygulanacağına karar verme mecburiyetinden kaçınmaları imkânsız olan hukukî karar vericiler için de bazı pratik sorunlar doğurabilir. Karar vermekten imtina eden yargıç, hukuken tayin edilmiş işlevini yerine getirmiyor demektir. Bu nedenle, her ne kadar hukukun kuruluşu ve dolayısıyla hukukun kendisi nihayetinde karar verilemez olsa da, hukuka konu olan herhangi bir somut olay tümüyle karar verilebilir olarak kabul edilmelidir. Karar verilemezliğe rağmen bir karar verilmeli, bir hükme varılmalıdır. Belirttiğim üzere, karar verme mecburiyeti, hukukî cebrin sürekli tekrar edilmesini sağlar. Belli bir normun hukuku temsil ettiğine ilişkin karar, hukukiliğin kurulma anında, bir kere de verilmez; kararın yalnızca mevcut bir hukukî normu mu uyguladığı yoksa yeni bir norm mu yarattığına ilişkin her bir kararla birlikte verilmiş olur.

Adil Yapıbozum

Öyleyse –hukukun yapıbozuma uğratılabilirliği akılda tutularak– hukuk ve adalet arasındaki ilişki meselesinde bir sorun ortaya çıkar. Buraya değin üzerinde yoğunlaştığım pozitivist hukuk felsefesinde adalet, hukuka dışsal olarak tasvir edilir. Çünkü pozitivist hukuk anlayışı, adillğine bakmaksızın, hukukun sadece hukuk olduğunda ısrar eder. “Adalet” terimini, tümüyle bir yana bırakmak veya (genel olarak “hukuka erişim”i kastettiğimiz) “adalete

erişim” veya (“hukuk yönetimi” dışında bir anlama gelmeyen) “adalet yönetimi” terimleri örneğinde olduğu gibi hukuka indirgeme eğilimi dahi söz konusudur. Hukukî anlamda yasa, adilliği ile değil, geçerliliği ile belirlenir. Hukuk, kendi kendisinin ölçütüdür ve her ne kadar yasa adil olmadığı için eleştirilebilirse de, bu eleştiri, mutlak bir biçimde hukukun dışında kalan bir pozisyondan kaynaklanmaktadır ve çoğunlukla hukukun varoluşuna ilişkin değildir.

Oysa pozitivist düşüncede hukuk ve adalet arasındaki farkın sebebi, adaletin, adalete ilişkin yerleşik felsefî yaklaşımlardan kaynaklanan idealleştirilmiş normatif bir düzen olarak kavramsallaştırılmasıdır. Adalet de hukuk gibidir, fakat başka bir uzamda kaimdir: Hukuk bu düzeni yansıtırsa da yansıtmasa da, herhangi bir kesişme hukukun veya adaletin yapısını veya varoluşunu değil, yalnızca kendilerine ilişkin niteliği etkiler.

İşte Derrida, hukuk ile adalet arasında, bu birbirine paralel, fakat kesişen normatif düzenler nosyonunu basitleştiren ve aynı zamanda yapıbozum ile etik, siyaset ve adalet arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturan, oldukça farklı bir ilişki tariflemiştir. Pek çok yorumcunun herhangi ahlâkî veya siyasal içerikten yoksun bir yaklaşım olarak yapıbozumu reddetmiş olmasına bakılırsa, bu ikinci sırada ifade ettiğimiz açıklığa kavuşturmanın vadesi dolmuş olabilir. Bu meseleye hemen döneceğim.

Açıkladığım üzere, Derrida hukukun yapı bozuma tâbi tutulabilir, otoritesinin kuruluşunun mistik olduğunu ve farklılığını (veya ayrımını) devam ettiren kurucu ve muhafaza edici cebrin hukukun kendi özdeşliğini koruyabilmesi için elzem olduğunu ifade etmiştir. Hukuk yapı bozuma tâbi tutulabilir, fakat bu hudut veya sınırlarının anlamsızca ortadan kalkması anlamına gelmez. Bu, yapı bozumu, tahrip etme olarak yanlış anlamak olur. Hukuk, tam anlamıyla yapıbozuma uğratılabilirdir *zira* bu hukuka uygun olan/olmayan, kurulmuş olan/olmayan bir yapıya sahiptir ve yorumlayıcı gücü sayesinde kendi hudutlarını, hukukun sınırları olarak korur. Hukuk için hayli karakteristik olan bu sınırları korumanın bir parçası ve bunun bir sonucu olarak, hukuk, hesap edilebilirlikle temsillenir. Bu cihetle Derrida şöyle der: “Hukuk (...) adalet değildir. Hukuk bir hesaplama ögesidir ve ancak orada hukuk olur, fakat adalet hesap edilebilir değildir.”⁴⁸ Bu çelişkiliymiş gibi görülebilir: Hukuk “özünde yapıbozuma uğratılabilirdir” ve aynı zamanda bir “hesaplama ögesidir.” Fakat hukukun yapıbozuma uğratılabilirliği, hesap

⁴⁸ Ibid., s. 947.

edilebilirliğini temsil ettiği için tam olarak öyledir. Hukuk, ancak kendisini sınırları çizilmiş belli bir özdeşlik olarak vücuda getirip muhafaza eden cebir sayesinde hesap edilirlği temsil etmeye başlar ve bu cebir sayesinde yapıbozuma tâbi tutulabilir.

Demek ki hukuk hesap edilebilirdir ve adalet hesap edilebilir değildir. Bu ne anlama geliyor? Karmaşık ve ayrıntılı bir argümanı özetlemek adına, adalet, hukuk boşluklarında veya çıkmazında [*“aporia”*] gerçekleşir. “Bu çıkmaz deneyimi –mamafih imkânsızdır- olmaksızın adalet de yoktur.”⁴⁹ Çıkmaz deneyimi imkânsızdır çünkü “çıkılmaz, yol-olmayandır” ve deneyim “belli bir varış yerine yönelen hareket veya seyahat edıştır.”⁵⁰ Hukuk bir hesaplama girişimidir, fakat daima yapıbozuma uğratılabilir. Bu bağlamda kuruluşunu, otoritesini, özdeşliğini ve uygulanabilirliğini sorgulamak, sınamak veya mistikleştirmek daima mümkündür. Adalet hesap edilemezdir; adaleti önceden hesap edip normalleştirmek mümkün değildir. Derrida, adalet *a venir*’dir; ileride gelecek olandır der.⁵¹ Bununla beraber, adalet bir boşlukta cereyan etmez. Yapıbozum gibi, adalet de bir vaziyet alış veya normalleştirilmiş koşullara, şu durumda hukuka verilmiş bir karşılıktır. Bu nedenle adalet ve hukuk karşıt değildir.⁵² Aksine adalet, somut bir vakada hukuka verilen hesap edilemez bir karşılıktır.

Derrida hukuk, yapıbozum ve adalet ilişkisi meselesine ve adaletin yeri veya konumuna (aşlında bir yeri yoksa da ve bir konum değilse de) dair üç *aporia* örneğine veya anına dikkat çeker. Birincisi, herhangi bir vakadaki başkalık, bir kural tarafından açıklanmaz ve adalet kural ile başkası arasında bir mutabakatı gerektirir:

Bir kararın adil ve sağduyulu olabilmesi için, eğer söz konusu ise, halis olduğu anda, hem düzenlenmiş hem de düzenleme dışı olmalıdır: Hukuku hem muhafaza hem de tahrip etmelidir veya her bir vakada onu yeniden icat etmeye yetecek şekilde askıya almalıdır, yeniden gerekçelendirmelidir, en azından ilkelerini yeniden doğrulayıp, yeniden ve serbestçe tasdik ederek yeniden icat etmelidir. Her vaka başkadır, her karar farklıdır ve herhangi bir mevcut, kodifiye edilmiş kuralın kesin olarak temin etmeyeceği veya edemeyeceği mutlak olarak emsalsiz bir yorumlama gerektirir.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., s. 969.

⁵² Ibid., s. 959.

Adaletle, sanki bir formülü varmışçasına, basitçe yasanın uygulanması ile ulaşılmaz. Adalet, hukuka yapıbozumsal yaklaşımdır: Hukukun sınırının aşılması, yine de hukukun yeniden icat edilmesidir. Adalet, vakanın münferitliğine ve başkılığına riayet ederek, hukuku yapıbozuma tâbi tutma fırsattır. İkincisi, daha evvel gördüğümüz üzere, hukukun kuruluşu karar verilemezdir. Derrida'ya göre eğer bir karar adil olacaksa, hükümlenmiş, olumsuzlanmış veya aşılmış, fakat –aynı *différance* gibi– anlamda daima askıya alınmış bu karar verilemezlikle yüzleşmelidir. Böylece, adaletin kapsanması, onu başkılığın ve karar verilemezliğin reddinde (dolayısıyla adaletin yadsınmasında) dondurmak veya sabit hale getirmek olacağından, adalet bir kararda dahi kapsanamaz ve sonsuzdur. Üçüncüsü, hukukun karar verilemezliğine ve adaletin her zaman ertelenmiş olduğu gerçeğine rağmen, yine de karar verme ihtiyacı söz konusudur. Hukukta, kararlar tümüyle kaçınılmazdır. (Bu, hukukun, onu bir şekilde anlamı saptama ihtiyacının hukukta olduğu kadar zorunlu veya hayati olmadığı edebî veya felsefî analizlerden ayırmış gibi görünen bir özelliğidir. Yine de, bu meselenin tartışılması gerektiğini düşünüyorum.) Karar sonludur, mübremdir ve “her zaman kendinden önceki juriko–veya etiko– veya politiko-bilişsel müzakerenin kesintiye uğrayışının altını çizer.”⁵³ Karar, daha sonraki sorulara ve rasyonelleştirmelere bir nokta koyar. (Raz kararı “bir meselenin veya vakanın değerlendirilmesinde söz konusu olacak diğer akılları engellemek üzere orada olan münhasır akıl” olarak ifade eder.⁵⁴) Ve bu nedenle, nihayet, aklın akışını kesintiye uğrattığı için karar, basitçe hesaplanabilir, rasyonel veya etik nedenlerle açıklanamayacağından “bir deliliktir.”⁵⁵

Bu fikirler bizi nihayet Derrida'nın “yapıbozum adalettir”⁵⁶ argümanının eleştirel veçhesine taşır. Adalet, hukukî yapı ile tanımlanamayan veya sadece bu yapı vasıtasıyla sağlanamayan öteki ile kurulan, fakat ötekine hukukun başarısızlığı, istikrarsızlığı, yetersizliği ve kurulmamışlığı aracılığıyla ulaşan bir ilişkidir. Yapıbozum, hem başkasının hukuktaki gömülmüşlüğünü hem katıksızlığın imkânsızlığını ortaya çıkaran hukuk içerisindeki bir müdahaledir. Yapıbozum ve adalet imkânsız, fakat zorunludur.

⁵³ Ibid., s. 967.

⁵⁴ J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990, Bölüm 1, “On Reasons for Action.”

⁵⁵ Derrida, “Force of Law,” s. 969.

⁵⁶ Ibid., s. 949.

Hukukun Siyaseti

Derrida'nın hukuk üzerine yaptığı çalışmanın daha kapsamlı çıkarımlarına ilişkin birkaç küçük açıklama ile bitirmek isterim.

Birincisi, yukarıda gösterdiğim üzere, hukukun cebrinden söz etmek, cebrin kaçınılmazlığını, bir düzeyde tasdiklenmesini önermek anlamına gelmez. Aksine, hukukî düşüncede ekseriya silinmiş olan hukuk ile siyaset arasındaki bağlantıyı açığa çıkarır; geçerlilik sorunu ve hukukun nihai otoritesi ile hukukun süjelerine uyguladığı günlük dışlama ve dayatmalar arasındaki ilişkiyi görmemizi sağlar. Burada hukukun, bir toplumun düzen ölçütüne kavuşması için uygulanacak “dayatmalar” anlamında, tartışmaya açık halim selim gereklerinden söz ediyor değilim. Bilakis, hukukun kadınlara, yerlilere, lezbiyenlere, biseksüellere, transeksüellere, gay'lere ve diğerlerine uyguladığı eşitlik kılığına bürünmüş şiddetten söz ediyorum. Hukukun sosyal ilişkileri şekillendirip belirlerken ortaya çıkarttığı tarafsız ilkeler kılığına bürünmüş şiddetten söz ediyorum.

Bence hukukun iktidar ilişkilerini belirleyip sürdürmesindeki rolünü gizleyebilmesi olgusu, hukukun cebrinin hukuken silinmesiyle doğrudan ilintilidir. Şiddet bizim hukuk kavrayışımızda sistematik ve yapısaldır, fakat bu şiddet, kendi kendini haklı çıkaran ve *bir noktada* nihai cebri olduğu gibi hukukun gündelik şiddetini de silen eşitlik, tarafsızlık, nesnel ilke ve benzeri hukukî ideolojilerle gizlenmiştir. Söz gelimi hukukî kişi olarak beyaz yetişkin erkeği varsayan hukukî cebir, hukuk sistemini kuran ve muhafaza

