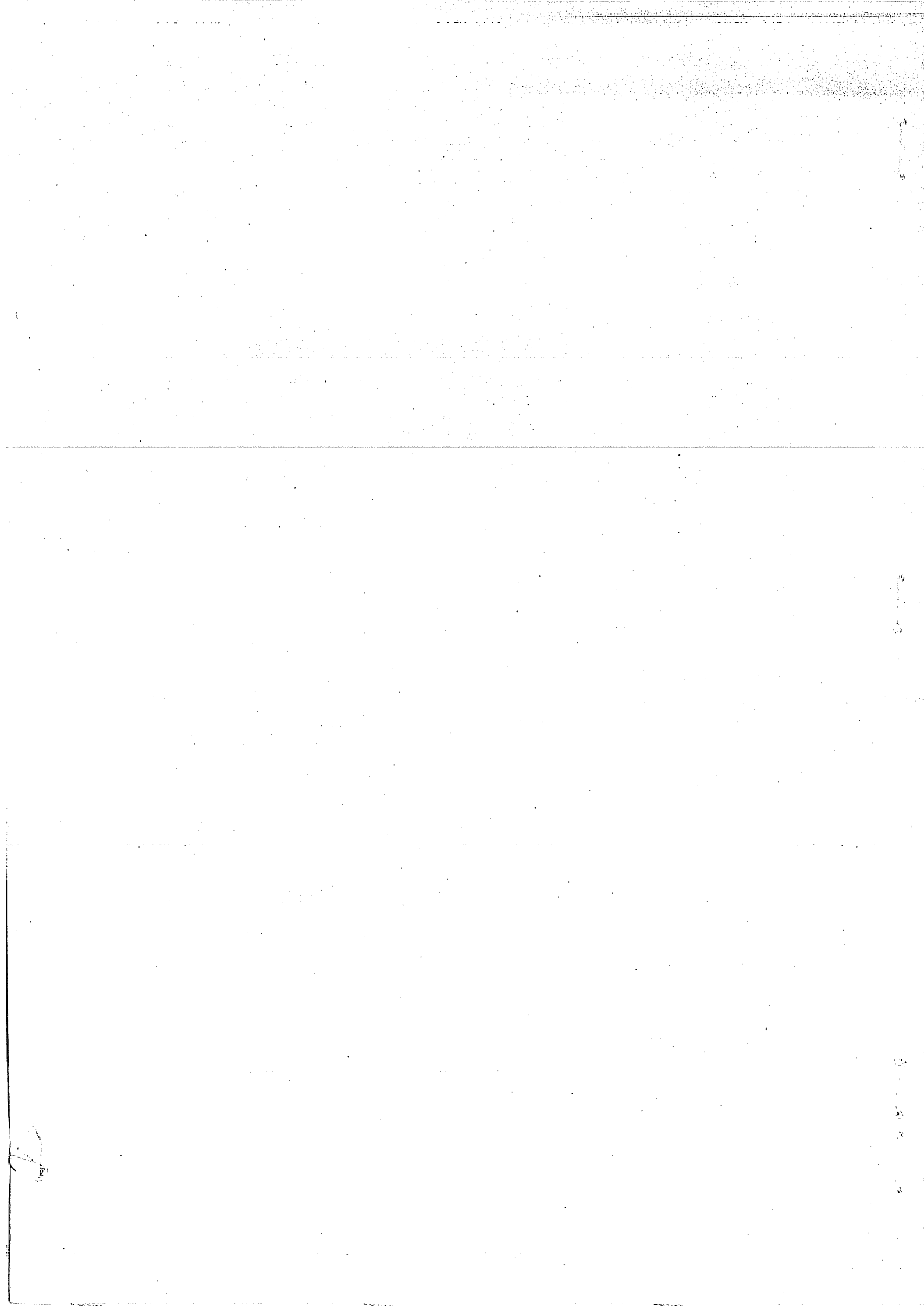


7.25tl

D. Ü. HUKUK FAKÜLTESİ  
HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSİ NOTLARI  
( 2. SINIF)

YRD. DOÇ. DR. MUSTAFA KOÇAK



## DERS 1

### HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

Kantorowicz'den beri devam eden ve halen içinde bulunduğumuz bilim çevresinde de belli ölçülerde kabul gören bakış açısı olarak, hukukun üç boyutluluğundan söz edilmektedir. Bu yaklaşım hukukun analitik olarak araştırılması için uygun bir çerçeve sunar.<sup>1</sup> Hukukun üç boyutluluğu, üç fonksiyonundan ve bu üç fonksiyona tekabül eden üç unsurdan oluşur. Bu üç unsur ve karşılıkları üç fonksiyonu, konunun daha başlangıcında şu şekilde tespit etmekte yarar vardır:

- I. Norm - Düzen
- II. Sosyal Olgu ya da Toplumsal Gerçeklik – Pratik Yarar
- III. Etik Değer - Adalet

Hukuk, her şeyden önce bir düzen olarak tanımlanmaktaysa da hukukun öngördüğü düzen, fiilen gerçekleşen bir düzen değildir. Hukuk bir toplumsal düzen olarak, toplum içinde insanların gerçekten nasıl davrandıklarını değil, nasıl davranmaları gerektiğini gösterir. Hukuk insanları belirli yönde davranmaya sevk ederken aynı zamanda bu davranışın doğru olduğunu da ima eder. Bu anlamda hukuk düzenin öngördüğü kurallar, kendilerinde bir değer yargısı taşır. Hukuk düşüncesi açısından en yüksek değer yargısı adalettir. Bu nedenle hukuk kuralları düzeni sağlarken bu düzenin adil bir düzen olmasını da amaçlar. Başka bir ifade ile hukuk düzeni, doğduğu andan itibaren bireyin karşısına kabul edilmesi ve uyulması gereken, kesinlikle doğru kurallar olarak çıkarken, bu kurallara uymanın adaleti gerçekleştireceğini varsayar. Ancak insan özgür bir varlıktır ve iradesini hukukun buyrukları doğrultusunda kullanabileceği gibi, onlara aykırı bir yönde de kullanabilir. Bu nedenle toplum içinde insanların tutum ve davranışlarının hukuk kurallarına uymaması her zaman mümkündür. Bu açıklamalardan sonra "Hukuk, insan davranışlarını değerlendiren, çıkar çatışmalarına adil çözümler getiren kurallardan, normlardan meydana gelen bir sistem, bir bütündür" denilebilir. Daha özlü bir tanımla:

*"Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal bir yaşama düzenidir."*

Bu tanımdan, hukukun üç ayrı fonksiyonu yerine getirdiğini görmekteyiz. Bu fonksiyonlar düzen, pratik yarar ve adalettir.

**Düzen fonksiyonu;** Hukukun bu fonksiyonu ile anlatılmak istenen, hukukun toplumsal yaşamı düzenleyip insanların barış ve güvenlik içinde bir arada yaşamalarını sağlamaktır. Hukukun düzen fonksiyonu pozitif hukukun dogmatik özelliği ile gerçekleşir. Bilindiği gibi hukuk dogmatik hukukun kayıtsız şartsız uygulanması anlamına gelmektedir. Kesin ve kesintisiz uygulama toplumda ister istemez bir düzenlilik sağlayacaktır.

**Pratik yarar (sosyal ihtiyaçların karşılanması);** Hukukun pratik amacını, toplumsal gerçeklik/ sosyal olgular belirler. Herhangi bir sosyal olgu ile bağlantısız bir hukuk kuralı anlamsız bir kuraldır. Hatta hukuk kuralı olduğu bile söylenemez. Hukuk bu fonksiyonu ile toplum içinde yaşayan insanların, birbirleri ile kurmak zorunda oldukları ilişkilerini ve biyolojik, psikolojik bir varlık olarak insanın yapısından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır. Hukuk bu fonksiyonu ile doğum, evlenme, ölüm vb. önemli biyolojik

<sup>1</sup> Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Üçüncü Baskı. İstanbul. Kavim Yayınları, 2007, s. 7

## İÇİNDEKİLER

### DERS 1

#### HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

##### I. NORM

- A. Bir Tasarım Olarak Hukuk Düzeni
- B. Bir Taraf Olarak Devlet ve Hukuk

##### II. SOSYAL OLGU

- A. Norm ve Sosyal Olgunun Örtüşmesi
- B. Norm ve Sosyal Olgunun Çatışması

##### III. ETİK DEĞER

Hukuk Düzeni ve Meşruluk

##### IV. HUKUK SOSYOLOJİSİ HUKUK FELSEFESİ İLİŞKİSİ

### DERS 2

#### HUKUKUN SOSYAL OLGU BOYUTU

##### I. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN NEDENLERİ

- A. POZİTİF HUKUKUN ÇIKMAZI
  - B. DOĞAL HUKUKUN YETERSİZLİĞİ
  - C. SOSYAL OLGUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİ
- "Olan- Olması Gereken" Sorunu

##### II. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

### DERS 3

#### HUKUKUN ETİK DEĞER BOYUTU-DOĞAL HUKUK

##### I. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ DİĞER FELSEFİ VEYA HUKUKİ YAKLAŞIMLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

##### II. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ İÇYAPIYA İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

- A. İnsan Doğası
- B. Akıl
- C. İnsan Onuru

##### III. DOĞAL HUKUKUN PRATİK UYGULANABİLİRLİĞİ

##### IV. DOĞAL HUKUK-POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ

- A. Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Kaynaklık Etmesi
- B. Doğal Hukukun Pozitif Hukuku Değerlendirme Kriterlerini İçermesi

##### V. DEĞERLENDİRME

EK 1; Neden Doğal Hukuka ve Doğal Haklara İhtiyaç Duyuyoruz?

ALMANYA'DAKİ UYGULAMALAR

EK : 2; Adil Olmayan Yasalar Karşısında İnsanların İtaat Görevi Var Mıdır?

ÖRNEK OLAY

EK 3; Radbruch Formülü

EK 4; Güncel Tartışmalar: İnsan Onuru-İşkence Yasağı

olayları da çeşitli hükümlerle düzenler. Hiçbir hukuk düzeni yaşamın temel gerçeklerini görmezden gelemez. Hukuk düzeni, insanın doğal yapısına ve bundan ileri gelen ihtiyaçlarına uygun olmak zorundadır. Hukuk önemli ölçüde, ekonomik gerçeklere de bağlıdır; ekonomik ihtiyaçlara uymalı ve onları karşılamalıdır.

**Adalet;** hukuk bu fonksiyonu ile belirli bir düzenleme altına aldığı sosyal ihtiyaçları, özü salt bir eşitlik düşüncesi olan adalet ölçüsüne vurarak gerçek kimliğini kazanır. Hukukun idesi ve ideali adalettir. En kısa tanımıyla adalet, "bir eşitlik düşüncesi"dir.

Adalet aslında ahlâki bir kavramdır; Bu kapsamda, erdem, fazilet gibi değerlerle bağlantılıdır. Ancak bir erdem veya fazilet olarak adalet, kişinin bir özelliğini değil, kişilerin somut durumlarda gerçekleştireceği ilişki biçiminin bir özelliğini deyimler. Hukuk alanında hukuki değer olarak söz konusu olan adalet, bu nesnel anlamda adalettir. Çünkü hukuk, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, adalet amacına yönelen normlar bütünüdür.

Toplum içindeki davranış ve ilişkilerin değerlendirilmelerini içeren kurallar bütünü olarak hukuk, bu değerlendirmelerde adalet ölçüsünü kullandığı ve kullanmak durumunda bulunduğu göre, adaletin böylece, hukukun da bir değerlendirilme ölçüsü olacağı doğaldır. Hukuk normlarında adalet acaba ne ölçüde yansıtılmıştır? Mevcut hukuk ne denli adaletlidir ?

Burada yasa üstü adalet kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu, tüm hukuk sistemine ve sistemlerine egemen bulunan, nesnel ve salt bir değer niteliğindeki adalettir. Hukuk bir toplum düzenini içerir. Hukukun varlık nedeni de adalettir; gerek mevcut düzeni korumak, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalet başvurulur. Nesnel ve yasa üstü adalet hukukta karşımıza kurulu hukuk düzenlerinin asli örneği, olması gereken hukuk anlamında hukuk idesi olarak çıkar. Bu niteliği ile adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur. Yine bu özelliği ile adalet, aynı zamanda hukukun idealidir. Hukukun gerçekleştirmek amacını güttüğü şey adalettir.

Birbirleri ile olumlu ve olumsuz karşılıklı ilişkilerde bulunan bu üç fonksiyon denge içinde olduklarında, adil bir hukuk düzeninin gerçekleşmesi sağlanır. Normal olarak tüm hukuk normları bu üç fonksiyonu da kapsar. Sonuç olarak hukuk, hem adaleti gerçekleştirecek, hem toplumsal yasama uyacak, hem de bu toplumsal yaşamın barış içinde sürebilmesi için bir düzen görünümünü sağlamaya çalışacaktır.

## I. NORM

Hukuk araştırmacıları ve öğrencilerinin hukuka yönelik ilgisi, genellikle yürürlükteki hukukun belirlediği, devletin işleyişi, yetkileri ve yurttaş olarak bireylerin sahip olduğu haklar, özgürlükler ve sorumluluklar üzerine yoğunlaşmıştır. Bu yönelim çerçevesinde hukukun ne olduğu konusundaki düşünsel soruşturma, hukuk düzeni tarafından belirlenmiş usule göre yürürlüğe konulmuş kuralların temel yapısını oluşturduğu pozitif hukuk düzenin anlaşılmasına ve anlatılmasına odaklanmıştır. Burada hukuk, meşruiyeti daha önce temin edilmiş devletin yasama organı tarafından konulmuş kuralları ekseninde toplumsal hayatın düzenlendiği ve az çok istikrarlı bir yapının sağlandığı bir kolektif uzlaşma biçimi olarak anlaşılır.

Hukuk bilimi de, en geniş anlamda, temel unsurları pozitif hukuk kurallarında veya bunların yaşamın her türden ayrıntısını kuşatmadığı durumlarda boşlukları doldurmaya olanak veren ikincil düzeydeki hukuk kuralları ve kaynaklarında yer tutan normatif yaşam düzenini inceler. Hukuk normları, yasama organından çıktığı hali ile genel olarak mantıksal tutarlılık içinde bir sistem durumunda olmadığından, bunların sistemleştirilmesi, çelişkilerinin giderilmesi, bağlantıların kurulması ve yorumlanması hukuk bilimine ve bilim adamlarına

düşmektedir. Hukukçu bilim adamları tüm bunları yaparken, hukuk kurallarını, iç tutarlılığı olan, genelden özele giden, bütünden ayrıntıya ulaşılan, en nihayetinde mantıksal bütünlüğü olan müesseseler toplama haline getirmeye ve bu bütünlük içinde sunmaya çalışırlar.<sup>2</sup>

Hukuk, bu anlaşılış biçimi ile pozitif hukukçunun inceleme alanı ile sınırlı bir bilim olarak değerlendirilmektedir. Hukuk düzeninin parçaları arasında uyum ve uyumsuzluğun analitik olarak incelenmesi yeterli görülmektedir. Hukuku münhasıran pozitif hukuktan ibaret saymak ne tarihi ve sosyolojik gerçekliğe ne de halihazırda müşahade edebilme imkânı bulduğumuz yasama faaliyetinin yapısına uymasa da, hukukun bu sınırlı kavranışının nedeni; hukuku toplumsal gerçekliklerin sonucu olarak ortaya çıkan bir sistem olarak değil de adeta idealleştirilmiş bir yapı olarak kabul eden düşünce biçimidir.

### A. Bir Tasarım Olarak Hukuk Düzeni

Pozitif hukuk bakış açısından hukuka dayalı toplumsal yaşam, çatışmasız ve herkesin kendisine ayrılan rıza göstererek yaşadığı veya verili toplumsal düzeni eleştirenler varsa, karşı çıkışların da düzenin tanıdığı araç ve olanaklar çerçevesinde yapılabildiği bir düzen tasarımı ifade eder.<sup>3</sup>

Ancak pozitivizmin bu iddiasına rağmen açık bir hakikat olarak şunlar söylenebilir: Hukuk düzeni toplumu tam olarak yansıtmaz. Hukuk düzeni daha çok belli bir bakış açısının toplumu algılama ve yorumlama biçimi ile bağlantılıdır. Yani, yasa ve bir bütün olarak hukuk yapıcılara insana ve topluma özsəl/ apriori bir bakış açısı ile yaklaşır. Hukuk; hukuk yapmaya muktedir egemenlerin bakış açısından idealleştirilmiştir ve bu idealleştirmenin somut görünümü pozitif hukuk metinleridir.

### B. Bir Taraf Olarak Devlet ve Hukuk

Diğer yandan devlet ve hukuk çoğu zaman toplum içinde çatışan gerçekliklerden biri adına taraf olur. Yani hukuk yapıcılarının sosyal gerçekliği düzenlerken adil olacakları beklentisi varsa da bu beklenti her zaman gerçekleşmez. Söz konusu taraflılık toplumun çoğunluğu ya da önemli bir kesimi yönünden kabul edilebilir değilse, o toplumda düzeni ve istikrarı sağlamak güçleşir, giderek sonu gelmez bir kargaşa dönemi yaşanabilir.<sup>4</sup>

Dworkin'in belirttiği gibi yasaların büyük çoğunluğu- sosyal, ekonomik, siyasi haklar, eğitim ve dış siyasetle ilgili yasalar- genellikle yansız olamaz, çünkü bu yasalar çoğunluğun ve onların temsilcilerinin ortak yararları ile ilgili subjektif görüşlerini yansıtır.<sup>5</sup>

Pozitif hukuk normlarının, yapıcılarının zihinsel tasarımlarının ürünü olması ve yine yapıcılarının çıkarlarından bağımsız olmaması ihtimalinin yüksekliği karşısında, herhangi bir konudaki hukuk normunun, hukukun diğer iki unsuru olan sosyal gerçekliği doğru biçimde yansıttığı ve adaletle uygunluğu konularında şüpheli olmamız gerekmektedir. Hukukun sadece normlardan oluşan kapalı bir sistem olmadığı gerçeğini keşfetmemiz, bizi tutarlı bir hukuk düşüncesinde yer alması gereken diğer unsurlar olan hukuka kaynaklık eden hukukun "sosyal olgu" boyutunu ve hukukun dayanması gereken temel ilkeleri belirlememizi sağlayan hukukun "etik-değer" boyutunu araştırmaya sevk etmektedir.

<sup>2</sup> Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 1

<sup>3</sup> Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 7

<sup>4</sup> Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 5

<sup>5</sup> Mehmet Turhan, "Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları", HFS A 17, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.79

## II. SOSYAL OLGU

Doğruluğu genellikle ispatlanmış olan önermelere olgu (phenomena) denir. Bir şeyin var olma durumudur. Gözlem ürünüdür, yaşadığımız dünyadan elde ettiğimiz verilerdir. Kısaca gerçekleşmesi beklenen olaylara/eylemlere olgu denir. Olguları oluşturan vakalara olay denir. Örneğin, Güneş tutulması, gece, gündüz, yağmur yağması bir olgu, salı günü Diyarbakır'a yağmur yağması ise tikel bir olaydır. Olgu; nesnel ve irade dışı oluşumdur ve sık sık olay ile karıştırılır. Olgunun temel özellikleri şunlardır: 1 - Nesnel, 2 - İstenç (irade) dışıdır.

Sosyal olgu, gruplaşma olayı içinde kendiliğinden ortaya çıkan ve kendine özgü özellikleri olan bir oluşumdur. Sağlam bir devamlılık ve kalıcılık gösteren gruplar belli nitelikte süregelen bazı olayların yaşandığı beşeri çevreyi oluştururlar. Bu süreklilik gösteren benzer olaylar dizisine sosyal olgu denir.<sup>6</sup>

Öyleyse sosyal olgu: genellikle başlangıç ve bitiş zamanı bilinmeyen, nerede başlayıp nerede bitebileceği kesin olarak tespit edilemeyen bir sosyal oluşum ve değişimi ifade eder. Tek tek meydana gelen sosyal olayların genel bir ifade tarzıdır. Ayşe ile Mehmet'in evlenmesi bir sosyal olaydır. Ama tüm evlilik olaylarının hepsine birden genel bir nitelendirme ile "evlenme olgusu" denir.

Sosyal olgu, birey üzerinde baskı icra etmeye muktedir olan, bireysel tezahürlerden bağımsız, kendine özgü bir varlığı olan, belirli bir toplum çerçevesinde genellik taşıyan, sabit ya da sabit-olmayan her yapma tarzı toplumsal olgudur. Bu açıklamadan anlaşılacağı gibi sosyal olgunun iki özelliği vardır: öncelikle kişisel bir eser değildir yani tek tek kişilerin dışında grubun eseridir; ikincisi, zorlayıcı ve sınırlayıcıdır. Grubun üyeleri; kişisel seçim ya da tercihlerinin ötesinde sosyal olguyu, dışarıdan gelen bir sınırlama ve baskı olarak hissederler.<sup>7</sup>

Sosyal gruplaşma insanların basit bir şekilde bir araya gelmesinden oluşan gruplar değildir. Ortaklaşa bazı kültür ve medeniyet ürünleri vardır. Hukuk da toplum içinde bir tür grubun içinden adeta kendiliğinden ortaya çıkan bir sosyal olgudur. Çok genel bir tanımla, hukuk, bir grubun içinde cereyan eden sosyal olguları düzenlemek amacı ile ortaya çıkan, kendini grup üyelerine empoze eden ve grup üyeleri arasındaki ilişkilerden kaynaklanan tikel olaylara adil çözümler getirmeye çalışan kurallar bütünüdür.<sup>8</sup>

Normla sosyal olgu arasındaki ilişkinin düzenlenmesi iki biçimde olabilir. Normla sosyal olgu ya örtüşür ya da çatışır.

### A. Norm ve Sosyal Olgunun Örtüşmesi

"Herkesin yasayı bilmekle yükümlü olması",<sup>9</sup> hukukun toplumsal bir olgu olduğunun en iyi örneğidir. Bu örnek aynı zamanda sosyal olguların hukuken düzenlenme biçiminin toplumsal beklentilerle örtüşmesi gerektiğini veya örtüştüğü varsayımını gösterir. Teknik tabirle hukuk burada bir "faraziye" (fiction) oluşturmaktadır. Faraziyeler karinelere farklı olarak aksi ispat edilemeyen önermelerdir. Herkes gibi kanun koyucu da aslında pekala bilir ki, vatandaşların büyük çoğunluğu kanunların önemli bir miktarı hakkında herhangi bir bilgi sahibi değildir. Ancak bu faraziyenin hukukta kabul edilmesi, sosyal olgunun inkarı için

<sup>6</sup> Niyazi Öktem – Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Dördüncü Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2009, s.250

<sup>7</sup> Emile Durkheim, *Sosyolojik Metodun Kuralları*, Çev: E. AYTEKİN, 2. Bası. İstanbul: Sosyal Yayınları, 1994, s. 49; Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black*. İstanbul: Derin Yayınları, 2009, s. 13

<sup>8</sup> Öktem – Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 250

<sup>9</sup>

değil; bazı olgulara her halükârda hukuki netice bağlamak içindir. Zira hukukun bir faraziye ile sosyal olguyu ele alması yine sosyal hayatın icaplarını göz önünde tutmak zaruretinden kaynaklanır. Yani eğer kanun koyucu, hukuk sisteminde bir kanun hükmünün bilinmediğini veya bilinmeyeceğini ispat eden bireylerin kanun hükümlerinin bağlayıcılığından kurtulabilmesine imkan veren bir istisna hükme yer verseydi hukukun üstünlüğünden söz edilemeyeceği gibi hukukun bir amacı olan toplumsal hayatın düzenliliğini gerçekleştirmek de mümkün olmayacaktı.<sup>10</sup>

Normların sosyal olguları/gerçeklikleri doğru biçimde yansıtması durumunda hukukun iki unsuru arasında bir örtüşme sağlanır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, hukuk hiçbir zaman bütün sosyal gerçekliği bünyesine alamaz. Zira somut gerçeklikler her zaman için soyut normlardan daha zengin bir çeşitlilik arzeder. Ancak hukuk düşüncesi açısından bütün sosyal gerçekliklerin bir normla düzenlenmesi zaruretinden söz edilemez. Buna imkan olmadığı da söylenebilir. Ancak kaçınılması gereken, normların toplumda önemli ağırlıkları olan sosyal olguları çarpık ve adaletsiz bir biçimde düzenlemeye çalışmasıdır.

## B. Norm ve Sosyal Olgunun Çatışması

Öte yandan bir hukuk düzeni içinde hukuki faraziyeler istinai olmak zorundadır. Hukuk toplumsal olguları kendi realiteleri içinde ele alarak düzenlemelidir. Olgu-norm örtüşmesi hukuk düzenin istikrarı için gereklidir. Ancak hukukun daha önce açıkladığımız gibi onu yapanların zihinlerinin ideal bir tasarımı olması ve bu idealleştirmede aşırıya gidilmesi durumunda hukuk düzeni ile gerçek hayatta cereyan eden ilişkilerin talep ettiği çözümler arasında uyumsuzluk artar. Bu çatışma iki türlü olabilir: İlkinde, hukukun devrimci bir biçimde yukardan aşağıya doğru topluma dayatılması söz konusudur. Hukuk, sosyal mühendisliğin bir aracı olarak kullanılır. Burada, toplumun kendine özgü ilişkilerini yansıtmayan bir hukuk sistemi resepsiyon ya da yasama yolu ile empoze edilir ve pozitif hukukun umulanı gerçekleştirmesi yani kendine uygun sosyal ilişkileri, yapıları ve giderek yeni bir toplum ve insan tipolojisi oluşturması amaçlanır. (Türkiye’de 1923’ten sonra yapılmaya çalışılan şey.) İkincisinde ise yürürlükteki hukukun toplumsal gelişmenin gerisinde kalması durumudur. Burada pozitif hukuk, eskimiş, güncelliğini yitirmiştir ve yeni sosyal ilişkiler yeni bir hukukun oluşturulmasını talep etmektedir. (1982 Anayasasının öngördüğü temel hak ve özgürlükler anlayışının farklı toplumsal kesimlerin beklentilerinin iyice gerisinde kalması gibi)<sup>11</sup>

Başka bir anlatımla, toplumsal gerçeklik, idealleştirilmiş bir tasarım olan hukuktan önce gelir ve daha geniştir. Hukuk düzeni toplumsal gerçekliği dikkate almıyorsa, ilgili sosyal olgunun zorlayıcılığı ile hukukun zorlayıcılığı toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturur.<sup>12</sup>

Hukuk ile sosyal olgu arasındaki çatışma kaynakları olarak şu alanlar öne çıkmaktadır:

- Hukuksal çözümlerin yaygın örf ve adet pratiklerini değiştirememesi. (Örneğin halen özellikle kırsal kesimlerde kadınların miras haklarının yürürlükteki kanunlara göre değil de geleneksel örf ve adete göre belirlenmesi)
- Dinsel pratiklerin, farklı inanç gruplarının hukuk tarafından tanınma talepleri.
- Kültürel-dilsel kimlik farklılığı ve aynı biçimde söz konusu farklılıkların hukuk tarafından tanınması talepleri

<sup>10</sup> Esat Arsebük, “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 1943-1944 Yılı Açılış Dersi”, HFS A 17, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 58-59

<sup>11</sup> 1982 Anayasasının hak ve özgürlükler alanındaki anti-demokratik niteliği, anayasanın kabul edildiği tarihten itibaren kabul edilen ve bilinen bir olgu ise de günümüz şartlarında anayasanın arkaik yapısı iyice belirginleşmiştir. Ayrıca bkz. Türkbağ, Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black, s.22

<sup>12</sup> Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 4



- Ekonomik eşitsizliği sürdüren uygulamaları ortadan kaldırma konusunda hukukun yeterli güvence sağlayamaması (örneğin sosyal güvenlik hukukunun pratikte çoğu kez kendinden beklenen işlevini yerine getirmekten uzak kalması)

### III. ETİK DEĞER

Değer sorunsalı, “hakikat”, “erdem”, “iyi”, “geçerlilik” gibi değişik bağlamlarda irdelenmiştir. Bütün bu kavramlar, “olgu”, “şimdi olan”, “geçmişte olmuş”, ya da “gelecekte olan” şeylerle değil de; “olması gereken”, başka bir deyişle “değer”le ilgili ilgilidir. Değer kavramının filozoflarca genel olarak, “iyi”, “arzu edilir” gibi terimlerin deyimlediği şeyi içerecek biçimde dar anlamda ya da “hakikat”, “erdem”, “güzellik”, “doğruluk” gibi terimleri içerecek biçimde daha geniş ve soyut anlamda kullanıldığı görülmektedir. Değerlerin önemli bir özelliği onların geçerliliğinin ortaya konmasının, deneysel ya da mantıksal kanıtlamalarla sağlanamaz oluşudur. Dar anlamda değer yargıları, olgusal anlamda gerçekliği deyimlemedikleri gibi mantıksal ya da mantıkdışı da değildirler.<sup>13</sup>

Ayrıca etik değerlerin iki temel özelliğinden söz edilebilir ve bu iki özellik bir arada etik temellendirme için bir mantık geliştirmemizi sağlar. Birinci özellik, “evrenselleştirilebilirlik”tir. Evrenselleştirilebilirlik, bir olaya ilişkin olarak verilen ahlak yargısının, bu olaya tam olarak benzeyen başka bütün olaylar için de verilmesi gerektiğini ifade eder. Buna göre, temel ahlaksal ilkeler, doğaları gereği evrenseldirler: ahlaksal ilkelerimiz yalnızca bizim için söz konusu değildir. İkinci özellik ise “bağlayıcılık”, özelliğidir: etik değerlerin önemli bir özelliği, mutlak bir istemi dile getirip, insandan buyurucu bir biçimde gerçekleşmeyi beklemeleridir. Bu ise, temel özellik taşıyan ahlaksal yargılarımızın eylem ve davranışlarımız üzerinde etkiye sahip olduğunu; sözü edilen bu ahlak yargılarına inanıyorsak, elimizden geldiğince onlara uygun davranmamız gerektiğini ifade eder. Bu iki biçimsel özellik, etik temellendirmeye yardımcı olur. Kant’ın ifade ettiği biçimi ile bir davranış evrensel yasa olabilecek biçimdeyse ahlaksal açıdan iyidir: tersi durumda yani evrensel yasa olabilme özelliğine sahip değilse, ahlaksal açıdan iyi bir davranış değildir.<sup>14</sup>

Etik değerle hukuk ilişkisine gelince şunlar söylenebilir: Etik değerler hukuk düzeninin eleştirisini mümkün kılar. Hukuk felsefecisinin öncelikli inceleme alanıdır. Hukuk felsefecisi, hukuk düzeninin meşruluğunu temel araştırma konusu yapar. Bu bağlamda meşruluk kriterlerinin özenle ve hassasiyetle belirlenmesi, cari hukuk düzeninin sağlıklı bir kritiğe tabi tutulmasında hayati rol oynar. Bu kriterleri tüketici olma iddiasında olmadan şu şekilde sayabiliriz.

- insan onuruna saygı
- insan hakları
- hukuk devleti ilkesi
- demokratik yönetim
- özgürlük
- eşitlik
- toplumsal adalet

### Hukuk Düzeni ve Meşruluk

Hukuk bireylerden onaylanmayı talep eder. Devletin de kendi meşruluğunu ifade etmede ve topluma kabul ettirmede hukuk düzenine ihtiyacı vardır. Devlet, kendini meşrulaştırma düşüncesiyle ve dayandığı esaslarla pozitif bir şekil verdiği hukuku da meşru

<sup>13</sup> Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)*, İkinci Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 69-70

<sup>14</sup> Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)*, s. 70-71

hale getirir. Böylece çift yönlü bir meşruiyet algısı ortaya çıkar. Bir yandan devlet hukuka uyduğu için meşru bir güç olarak telakki edilirken diğer yandan da devletin oluşturduğu pozitif hukuk uyulması gereken meşru normlar olarak bireyleri, toplumu ve bizzat devletin kendisini bağlar. Hukuk düzeninin ve devletin meşruluğu bir bütün olarak hukuk devleti ilkesinde somutlaşır.

Ancak bu çözümleme, hukuk devletinin verili bir yönetim anlayışı olmayıp, ortaya çıkarılması, oluşturulması, varlığı gözetilen ve korunması, hatta geliştirilmesi gereken bir ilke olduğunu da bize ima eder.<sup>15</sup> Hukuk devleti ilkesi, devlet iktidarının her koşulda meşru olmadığını, devlet iktidarını ve bu iktidarın kaynağı olan hukuku, yukarıda sayılan temel ilkeler çerçevesinde teste tabi tutmamız gerektiğini gösterir. Buna göre söz konusu ilkelerle örtüşen ya da asgari bir uyum içinde olan bir hukuk düzeni meşruluk kazanabilecekken, bu ilkelere açıkça aykırı düzenlemeler içeren hukuk düzeni ve onu oluşturan iktidarın meşruluk iddiası geçersiz olacaktır.

Tekrar etmek gerekirse birbirleri ile olumlu ve olumsuz karşılıklı ilişkilerde bulunan yukarıda açıkladığımız üç unsur ve fonksiyon denge içinde olduklarında, adil bir hukuk düzeninin gerçekleşmesi sağlanır. Normal olarak tüm hukuk normları bu üç fonksiyonu da kapsamalıdır. Sonuç olarak hukuk, hem adaleti gerçekleştirecek, hem toplumsal gerçeklikleri doğru biçimde yansıtacak, hem de bu toplumsal yaşamın barış içinde sürebilmesi için öngörülebilir/pozitif bir düzen görünümünü sağlamaya çalışacaktır.

#### IV. HUKUK SOSYOLOJİSİ HUKUK FELSEFESİ İLİŞKİSİ

Hukuk sosyolojisi önceleri hukuk felsefesi içinde yer almaktaydı. Daha sonraları hukuk mantığı, hukuk psikolojisi ve hukuk sosyolojisi bağımsız disiplinler olarak hukuk felsefesinden ayrıldılar. Toplumsal değişimler, deneysel araştırma ve soruşturmalarda sosyolojide yeni bir yöntem olarak kabul edilmesiyle birlikte hukuk sosyolojisinin hukuk felsefesinden kopuşu zorunluydu. Ancak her iki hukuk disiplinin birbirinden kesin sınırlara ayrılması mümkün değildir.<sup>16</sup> Zira aşağıda açıklanacağı gibi toplumsal olayların gereği gibi anlaşılması onların tespiti kadar belki de daha fazla onların doğru bir biçimde değerlendirilmesine bağlıdır. Zira Raymond Aron'un belirttiği gibi olguları, bir düzeni veya kurallar sistemini tasvir etmek yeterli değildir. Bir olguyu veya kurallar sistemini onaylamak veya mahkum etmek daha önemlidir. Hukuk söz konusu olduğunda hukuksal olguların kritiğe tabi tutulup değerlendirilmesi hukuk felsefesinin verileri ile mümkündür.

Hukuk sosyolojisi ile hukuk felsefesi arasındaki ilişki hukuka ilişkin önemli bir tartışma alanı olan "olan- olması gereken" ayırımından kaynaklanmaktadır.

Hukuk normatif yapısı gereği, öncelikle "bir olması gereken"i ifade eder. Hukuk sosyolojisi 20. yüzyılda ortaya çıkan eğilimlere paralel olarak olgusal verilerin salt sayısal ifadelerle ortaya çıkışını tespit etmekle yetinemez. Zira bu sayısal ifadelerin aynı zamanda yorumlanması ve anlamlandırılması da gerekir.

Olanın olduğu gibi saptanması yeterli değildir. Zaman- toplum ilişkisinde geçmiş bugün ve gelecek çizgisi üzerinde bir süreç olarak hukuk öngörülebilir bir program sunmaktadır. Teknik olarak "hukuk düzeni" adını alan bu süreç, hem siyasi sistemin taşıyıcısıdır hem de toplumsal ve kültürel zeminin barış içinde gerçekleşmesini garanti etmelidir. Hukukun bir düzen olarak yürürlüğünü salt yasa koyucunun iradesine ya da yapılan ve öngörülen bir düzene değil aynı zamanda hukukun akla ve vicdana uygun gerçekleşemeye değer bir şey oluşuna da bağlamak gerekir. Bu zorunluluk, hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisinin kesiştiği noktadır.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 3-4

<sup>16</sup> Öktem – Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 253

<sup>17</sup> Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s. 35

Diğer yandan hukukun öngördüğü davranış normlarının toplumsal gerçekliğin bir bölümünü biçimlendirmesi, yer ve zaman gibi koşullarla olan ilişkisi de açıktır. Benzer sosyal ilişki ve sosyal gereksinimlerden doğan hukuk normları her toplumsal yapıda farklı biçimlerde de olsa mutlaka düzenlenmektedir. Evlilik, velayet, boşanma, mülkiyet ve sözleşme ilişkileri, haksız fiil, şiddet ve cezalandırma bunlara belli başlı örnekler olarak verilebilir.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, s. 33

## DERS 2

### HUKUKUN SOSYAL OLGU BOYUTU

#### I. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNÇESİNE DAHİL EDİLMESİNİN NEDENLERİ

Hukukun niteliğine ve uygulanması biçimlerine ilişkin olarak üretilmiş görüşlerden doğal hukukçu ve hukuki pozitivist görüşler hukuk kavramını tek başlarına açıklamaya yetmemektedir. Her iki yaklaşımın da aşağıda açıklanacak olan eksiklikleri hukukçu ve sosyologları hukuku, toplumsal bir fenomen olarak incelemeye yöneltmiştir.

##### A. POZİTİF HUKUKUN ÇIKMAZI

Pozitif hukukçu yaklaşımdaki hukuk düzeni olarak özetlenmiş toplum imgelemi, bu imgelemin yürürlükteki hukuk normları çerçevesinde ele alınabilmesi nedeni ile sınırlıdır. Bunun nedeni, toplumsal ilişkilerin tümündeki zenginliğin topluma görece olarak statik durumda olan hukuktaki toplum imgeleminden daha kapsamlı olmasıdır.<sup>19</sup>

Hukukun toplum biliminden ve etik değerden ayrıştırılarak incelenmesi, hukuku salt normla özdeşleştirme sonucunu doğurmaktadır. Bu anlayış, "yasa eşittir hukuk" formülünün, hukuk düşüncesine, bilimine ve uygulamasına hakim olmasına neden olmaktadır. Ancak bir şekilde bireysel ve toplumsal ihtiyaçlar ve sosyal olgularla ilintili olmak zorundadır. Gerçekte de öyledir. Pozitif hukuk normları ile toplumsal olgular arasındaki ilişkinin sorunlu olması; hukuk sisteminin sosyal olguya rağmen oluşturulması ya da sosyal olgunun hukuk sistemine gereği gibi aktarılmaması nedenlerine dayanabilir.

Daha açık bir ifade ile hukuk ile toplumsal olgu arasındaki uyumsuzluk iki kaynaktan beslenmektedir. Birincisi siyasal bir devrim sonucu oluşan devrim hukuku ile toplumsal hayatı düzenleyen geleneksel uygulama biçimleri arasındaki çelişki (Buna hukuki resepsiyon da eklenebilir), ikincisi de tarihin normal seyrinde hukuksal değişimin çoğu kez toplumsal değişim taleplerinin gerisinde kalması.<sup>20</sup> Her iki durumda da hukukun öngördüğü normlar sistemi ve içerdiği buyruk, yasak ve emirler ile toplumu örgütleyen ilişkilerin cereyan tarzı arasında bir uyumsuzluk, giderek bir çatışma vardır. Hukukun salt yasa koyucunun iradesine bağlanmasının hukuku nesnellikten uzaklaştıracağı gerçeği, sosyolojik hukuk okullarından çok önce doğal hukukçular tarafından dile getirilmiştir.<sup>21</sup> Nesnellikten uzaklaşma olgusal alanın eksik veya yanlış tespitinden kaynaklanabileceği gibi, hukuk normunun içerdiği değer boyutunun subjektif giderek çarpık bir idealle şekillenmesinden de kaynaklanabilir.

Pozitif hukukçu yaklaşımın bir sonucu olarak, hukukun salt yasa koyucunun iradesine indirgenerek, yargıcın bu iradeyi birebir yansıtmakla görevli bir araç konumuna indirgenmesi daha dar bir çerçevede uzman hukukçuların dünyasında da bir tepkiye neden olmuştur. Zira bu görüş hakimin kuralları yorumlama ve takdir yetkisini büyük ölçüde kısıtlayan bir sonuç doğurmaktadır. Oysa bazı somut olaylarda hakimin adaletli bir karar verebilmesi için hem kuralı yorumlaması hem de takdir yetkisine sahip olması gerekebilir.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Mehmet Tefik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Üçüncü Baskı. İstanbul: 2007, s. 35

<sup>20</sup> Mevcut hukuk sisteminin bireysel ve toplumsal taleplerin gerisinde kalması durumunda ilgili talepler sosyal olgu olarak tespit edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, değişim taleplerinin sosyal olgu ve toplumsal gerçeklik olarak kendini fiili olarak dayatmasının yanında, bu taleplerin çoğu kez doğal hukuk argümanları ile haklılaştırıldığı da tespit edilmesidir.

<sup>21</sup> Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Üçüncü Baskı. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011, s.227

<sup>22</sup> Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s.215

## B. DOĞAL HUKUKUN YETERSİZLİĞİ

Diğer yandan hukuku insan aklının bir ürünü “ aklın ilkelerinin her zaman ve her yerde aynı sonuçları vereceğini” dolayısı ile evrensel ve değişmez kurallarla toplumlara yön verilebileceği görüşünün de uygulama alanında somut ve olumlu sonuçlara ulaştırmada naif kaldığı görülmüştür. Zira bir yandan doğal hukuk ilkelerinin nicelik olarak birkaç belirli ilkedен öteye geçememesi, diğer yandan toplumun gerçeklerinden tümüyle soyutlanmış ideal ilkelerin, bireysel gereksinimleri karşılayamaması, doğal hukukun akılcı ilkelerinin ancak sınırlı alanlarda uygulanabilirliği sonucunu doğurmuştur. Bunlar da genel olarak insan onuru ve eşitlik ilkeleri, özel hukuk alanında “söze bağlılık” ve kamu hukuku alanında “temel insan hakları” olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>23</sup>

Doğal hukukun ilkeleri ancak 18. yüzyıl sonundaki Amerikan (1776) ve Fransız (1789) Devrimlerinden sonra kısmi somut bir gerçeklik kazanmışlardır. Ancak bu devrimlerden sonra ilan edilen bildirge ve yapılan anayasalardan sonra dahi içerik olarak değişmez normlardan oluşan ‘Code’lar ile yaşanan gerçeklikler arasında beliren çelişkiler, adil hukukun aranması konusundaki sorunun hiçbir zaman kesin olarak çözümlenemeyeceğini göstermiştir. 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında değişen içerikli bir doğal hukuk anlayışının ortaya çıkması bile, “doğru”, “adil”, “haklı”, gibi niteliklerle donatılmak istenen hukuk son aşaması olamamıştır.<sup>24</sup>

Sosyal olguyu dışlayan yaklaşımın yanlışlığı anlaşılmış ve hukuk felsefesi de hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanma yoluna gitmiştir. Böylece doğal hukuka, olgu ile güçlendirilmiş yeni bir kimlik kazandırılmış ve bu yeni konumu ile doğal hukuk teorisi, hukuk felsefesi içinde yeniden ama daha güçlü bir biçimde temsil edilebilir duruma gelmiştir.<sup>25</sup>

Hukukun kaynağı sorusuna cevap aranırken, yalnızca yasa koyucunun iradesinden, ya da insan aklının belirleyici gücünden yola çıkılmasının yeterli olamayacağını anlaşılmış üzerine, hukukun, doğrudan toplumun içerisinde yaşayan ilişkilerde, özetle toplumsal olgularda aranıp bulunması gerektiği düşünülmüştür.<sup>26</sup>

## C. SOSYAL OLGUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİ

1. Hukuk, toplumun ya da sosyal gerçekliğin içerisinde aranacağına göre, öncelikle bu gerçekliğin konumunun ve niteliğinin belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, hukuk, kendisine kaynaklık eden “gerçekliğe” ilişkin bilgileri, “toplumsal”ı çözümlyerek elde edecektir. Bunu yaparken de genel sosyolojinin yöntemlerini kullanmalıdır.<sup>27</sup>

2. Hukukun ve onun sağlayacağı adaletin bir yandan genel bir nitelik taşıması (hukukun düzen fonksiyonu); diğer yandan da genel nitelikli normların olası her bireysel gereksinmeye karşılık verebilmesi gerekir (adalet fonksiyonu). Böyle bir zorunluluk ise, yasalarda ya da hukuki kuramlarda dile getirilen, ama gerçek sosyal yaşamla hiçbir bağlantısı bulunmayan analitik önermelerle yerine getirilemez. Çünkü tanım ya da önerme gerçekliği doğru yansıtmayabilir. Başka bir deyişle, tanımlardan bir varlık ya da gerçeklik yaratmaya olanak yoktur. Yani herhangi bir toplumsal düzen kurallarının, olgusalı belirleyen mevcut

<sup>23</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 215-216

<sup>24</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 227

<sup>25</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 228

<sup>26</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 216

<sup>27</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 216

toplumsal koşullar göz önünde tutulmaksızın oluşturulmasına olanak bulunmadığı gibi, hukuksal tanımların gücü de toplumsal gerçeklikleri değiştirmeye yetmemektedir.<sup>28</sup>

Örnek 1:

Tüm insanlar eşittir.

Sözleşme özgürlüğü vardır.

Öyleyse feodal senyöre bağlı köylü de özgürdür.

Örnek 2:

1982 Anayasasının 66. maddesi

I. Türk vatandaşlığı

MADDE 66- Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Her iki örnekte aslında olgusal gerçekliği yansıtmamaktadır.

3. Hukuk üzerine düşünme, hukukun etik değer, norm ve sosyal olgu üçlüsünden oluştuğu varsayılan öğeleri arasından sosyal olguyu diğerlerine nazaran gecikmeli biçimde ele almıştır. Bu gecikmenin bir sonucu olarak hukuk içinde sosyal olgunun taşıdığı önem abartılı değerlendirmelere neden olmuştur. Ancak, hukukun salt olgu ile özdeşleştirilemeyeceği ve olgusalı salt olduğu biçimi ile benimsemenin, toplumu kaosa sürükleyeceği açıktır. Zira kan davası, töre cinayeti vb. toplumsal olgularda gözlemlenebildiği gibi salt olgusal olan çoğu kez tesadüfiliğin, düzensizliğin giderek kuralsızlığın ve nihayet çatışmanın kaynağıdır.

Bu nedenle bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olması, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Hukuk sistemi de değerlerle örülüdür ve esas tartışmalı alan, toplumsal ve kültürel olarak kabul gören değerlerle, hukuk sisteminin korumaya layık gördüğü değerler arasında bir çatışmanın ortaya çıkması ile başlar. Hukuk sisteminin beslediği değerlerin kültürle örtüşme ya da ayrışma derecesi, gerek ilgili kuralların içeriğinde gerek hukuk uygulamasında ortaya çıkacak olumlu ya da olumsuz tepkiyi biçimlendirir.<sup>29</sup> Bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olmasının, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaması, bizi, hukuk düşüncesindeki tartışmalı bir konu olan “olgusal” ve “gereksel” alanlar karşısında hukukun konumuna götürmektedir

### “Olan- Olması Gereken” Sorunu

“Olan” ve “olması gereken” kavramlarına mantık bilimi açısından bakıldığında bu bilimin bize, “olan”dan “olması gereken”e ulaşamayacağını gösterdiği anlaşılacaktır.

Mantıksal çıkarsamalar belirli kurallara uygun olarak yapılabilir. Yapılan çıkarsamanın doğruluğu, kullanılan çıkarsama kuralının geçerli olmasına bağlıdır. Bu çıkarsama kuralı ise ancak doğru öncüllerden hiçbir zaman yanlış bir sonuca götürmezse geçerli olabilir; ya da başka bir anlatımla, öncüllerdeki doğruluğu, yanılmaksızın sonuca geçiren çıkarsama kuralları geçerli olabilir.<sup>30</sup>

Bütün bunların üstünde gerçekte önemli olan şudur: Hiçbir “olgu” hiç kimseye kendiliğinden “belirli bir tavır takınma” ödevini yüklemeye yetkinliğinde değildir. Daha doğrusu belli bir etik değere dayanmaksızın herhangi bir olgu karşısında belirli bir tavır

<sup>28</sup> Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 228

<sup>29</sup> Saim Üye, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, *HFSA 17*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 115

<sup>30</sup> Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme) Gözden Geçirilmiş İkinci Bası*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 13

kendiliğinden oluşmaz. Bunun nedeni herhangi bir dış olguya birden çok biçimde tepki gösterilmesinin olanaklı oluşudur. Bütün bunlar bize “olan”dan “olması gereken”nin çıkarsanamazlığını göstermektedir. Sözgelimi “açlık olgusu” kendiliğinden “yardımda bulunma tavrını ya da inancını” sonuçlandırmaz. Ya da işsizliğin fazla olması olgusu kendiliğinden devletin, istihdam politikalarına ve sosyal güvenlik hukukunda reforma sebep olmaz. Dolayısı ile herhangi bir dış olgu karşısında, yalnızca belirli bir tavır takınılması gerektiği mantıksal bir doğruyu yansıtmamaktadır. Bir dış olgu karşısında her zaman için birden çok tavır takınılması olanaklıdır ve bu tavırların hiçbiri o olgunun kendisinden kaynaklanmaz. Bir dış olgu karşısında takınılabilecek çeşitli tavırların arasından birini seçme işi, artık bizi değerlendirme kavramına götürür. Olgunun değerlerden ayırt edilmesi ile böylece, “arı varlık”ın karşısına “soyut bir gerek” koymak söz konusu olmaktadır. Bu durumda ideal düzey yani “olması gereken” alanı insanın etik yaşantısına karşılık gelir.<sup>31</sup>

Hukuk söz konusu olduğunda değer boyutu, insan onuru, insan hakları, eşitlik, özgürlük, sosyal adalet, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleridir. Bunlar hukukun iç değerler sisteminin dayanması gereken temel ilkelerdir. Dolayısı ile sosyal bir olgudan bir değer yargısı çıkartılamayacağı mantıki kuralı, hukukun iç değerler manzumesinin açığa çıkartılması konusunda bizi değerler teorisine götürmekte ve bir olguyu düzenleyen çağdaş hukuksal normların adı geçen ilkelere dayandırılması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu çözümleme, hukukun hiçbir unsurunun tek başına ele alınmasının yetkin bir hukuk kavrayışı için yeterli olmadığını bize bir kez daha göstermektedir.

## II. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Hukuk kuralları, her zaman ve her yerde geçerli olan bir gerçeklik yargısı niteliğinde olmayıp “değer yargısı” niteliğini taşımaktadırlar. Bu bağlamda hukuk kuralı “olan”ı değil bir “olması gerekeni” göstermektedir. Olması gerekenin ne olduğu ise olana bakılarak çıkarsanamaz. Dolayısı ile olgusal alanın tespiti hukuk kavrayışımızın oluşmasında önemli bir faktör ise de tek başına hukukilik oluşturamaz.<sup>32</sup>

Öyleyse olgusal alanın gerçekliklerinin norma dönüştürülmeleri sırasında bunların, akıl, mantık ve adalet süzgecinden geçirilmesi gerekmektedir. Bu, basit bir gereklilik değil yaşamsal önemde bir zorunluluktur. Çünkü hukuk normları vasıtası ile topluma biçim verilmekte, giderek bir kimlik kazandırılmaktadır. Eğer bir düzenleme toplumsal gerçeklik ya da talepler ile örtüşmüyorsa, adaletin temel ilkelerini zedeliyorsa, bilim ve mantık dışı nedenlerle insanın özgürlüğünü kısıtlıyorsa veya artık anlamı kalmamış toplumsal örf ve adetleri ya da ideolojileri yüceltip normlaştırıyorsa, kısaca evrensel değerlerle bağdaşan çağdaş bireysel ve toplumsal talepleri görmezden geliyorsa hukukun farklı unsurları arasında bir çatışma var demektir.<sup>33</sup>

Kısaca belirtmek gerekirse hukuk salt iradi ya da salt olgusal olan ile özdeşleştirilemez, böyle olunca da insanların adaleti ahlaksal bir değer olarak benimseyen genel eğilimi doğrultusunda, hukuk bazı etik değerleri gerçekleştirmekle yükümlü bir sosyal kontrol aracı olarak ele alınmalıdır. Şu halde yasa koyucunun ilk görevi, kendi iradesi dışında nesnel olduğu kabul edilecek değerleri saptayıp, normlara dönüştürmektir.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Gürbüz, Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), s.13-14

<sup>32</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 229

<sup>33</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 229

<sup>34</sup> Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 228

## DERS 3

### HUKUKUN ETİK DEĞER BOYUTU-DOĞAL HUKUK

#### I. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ DİĞER FELSEFİ VEYA HUKUKİ YAKLAŞIMLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

1. İlk olarak, doğal hukuk ve doğal haklar geleneği her yer ve zamanda geçerli evrensel ve objektif temel ilke veya normlar olduğu iddiasındadır. İlkelerin formülasyonu değişmekle beraber ilkelerin evrensel geçerliliği iddiası ortaktır. Örneğin, St. Thomas'ın pratik aklın birincil ilkesi olan "iyi olanı yap kötü olandan kaçın" buyruğu her yerde, her zaman herkes için geçerli ahlâkî normdur. Yine Locke'un insanların devredilemez, dokunulmaz haklara sahip olduğu ilkesi evrensel geçerlilik iddiası taşır. Bu açıdan doğal hukuk geleneği, skeptik (şüpheli) ve rölativist (göreceli) felsefi yaklaşımlardan ayrılır<sup>35</sup>

Doğa kanunu deyimi, doğa bilimlerinde doğada nedensellik ilkesine bağlı olan düzenliliği ifade için kullanılır. Buna karşı hukuk dilinde doğal kanun ve hukuk terimleri "ideal hukuku", "olması gereken hukuku" anlatır.<sup>36</sup> Doğal/Tabii hukuk anlayışına göre, bazı şeyler vardır ki bunlar objektif, a priori yani deneyden bağımsız olarak tespit edilebilir. Doğruluk, iyilik, insan onuru, adalet, özgürlük, eşitlik gibi kavramları biz deneyle veya duygu ile tespit edemeyiz. Ancak bunların deney ve duygu metotları ile tespitinin yapılamaması onların olmadığı anlamına gelmez. Adı geçen kavramların varlığını, olması gerektiğini, şöyle veya böyle sezgi yolu ile biliriz.<sup>37</sup>

2. Doğal hukuk ve doğal haklar geleneğinin bir diğer temel özelliği deontolojik olmasıdır. İlkeler ve normlara kendi uğurlarına saygı duyulur ve ilkelere başka bir amaç yüzünden değil kendileri hatırına uyulur. Normların ve ilkelerin savunulmasının ve onlara saygı duyulup uyulmasının nedeni, uyulması halinde onlardan beklenen sonuçlar, faydalar veya ulaşılabilecek hedefler değildir. Sonuçsal ve faydacı felsefi ekollerde olduğu gibi ilkeleri belirleyen sonuçlar ya da faydalar değildir. Doğal hukuk ilkelerine uygun davranmak ahlâken doğru, uygun davranmamak ise ahlâken yanlış olduğu için "şu" ya da "bu" şekilde davranılır. Normlar, yerine getirilip getirilmemelerinden ortaya çıkan sonuçları dikkate alınmaksızın, kendi başlarına değerlidir ve kendinden amaçlıdır. Bu açıdan, doğal hukuk kökenli bütün hukuk teorileri sonuçsalcılık ve faydacılığın karşısında yer alırlar.<sup>38</sup>

3. Doğal hukuk felsefi geleneğinde doğal yasalar ve beşeri yasalar arasında kritik bir ayırım yapılır. Doğal yasalar beşeri yasaların değerlendirilmesinde ölçü olarak alınması gereken normlar olarak kabul edilir. Doğal hukuk teorisi, normatif bir teori olarak mevcut hukuk sistemlerinin ve yasaların ahlaki meşruiyet taşımaları gerektiğini, adil olmayan veya hakları ihlal eden yasaların kaldırılması gerektiğini ileri sürer. Bir yasanın ahlaki geçerliliği için egemenin iradesi veya egemenliğe meşru yoldan sahip olması temel olarak alınmaz. Bu açıdan doğal hukuki pozitivizmin karşısında yer alır.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, İkinci Baskı Ankara: Liberte Yayınları, 2011, s.43

<sup>36</sup> Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s.229

<sup>37</sup> Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s.232

<sup>38</sup> Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, s.43-44

<sup>39</sup> Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, s. 45



## II. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ İÇYAPIMINA İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

Düalist Yapı: Ahlak ve Hukuk arasında bir kesişim alanı, ahlaki somutlaştırarak tüketemediğimiz için.

Evrensellik ve Sonsuzluk:

A Priori Fikirlerle Bağlılık:

### A. İnsan Doğası

Doğal hukuk geleneğinin felsefi dayanaklarının ilki ve temeli olan kavram *doğadır*. Doğal hukukun ayırt edici karakteristik özelliği genel olarak bir doğa ve spesifik olarak da "insan doğası" nosyonuna dayanmasıdır. Doğa, evrensel ve mutlak ahlaki ve hukuki ilkelere giden yolda sağlam, tarafsız ve itiraz edilemez bir kaynak işlevi üstlenmeye elverişli bir zemin olarak ele alınır.

Nerdeyse her doğal hukuk teorisyeni, bir insan doğası anlayışını ya kendisi ortaya koymuş ya da hali hazırdaki anlayışlardan birini açıkça ya da dolaylı olarak benimsemiştir. İnsan doğası, doğal yasaların, yani ahlaki ilkelerin keşfedildiği kaynak konumunda görülmüştür.

Ayrıca belirtilmesi gereken ilk önemli husus; -beşeri alana ilişkin doğal yasalar ile pozitif alana ilişkin yasalar arasında her ne kadar kesinlik ve değiştirilmezlik açısından benzerlik varsa da- beşeri alana ilişkin doğal yasaların pozitif bilimlerdeki birebir benzeyen determinist ve mekanik yasalardan farklı bir biçimde anlaşıldığıdır.

İkinci olarak dikkat edilmesi gereken nokta ise, beşer için gerekli olan doğal yasalardan söz edilirken insan doğasının biyolojik ve fizyolojik yasaları ile bu doğayı dış dünyaya yansıtan bilinçli davranışlara ilişkin yasaların farklı kategoriler oluşturduğudur. Burada, bir tarafta kesin belirlenmişlik özelliği gösteren biyolojik yasalar diğer tarafta ise irade ve aklın hakim olduğu şuurlu davranış yasaları vardır. İşte doğal hukuk derken insanın bilinçli eylem alanı olan ahlaki düzene ilişkin yasalardan söz edilmektedir. Doğal hukuk geleneğinde, söz konusu ahlaki düzen daha geniş bir evren algısının parçası ya da uzantısı olarak değerlendirilmektedir.<sup>40</sup>

### B. Akıl

Doğal hukuk ve doğal haklar geleneğinin ikinci ana unsuru *akıldır*. Akıl gelenekte ikili bir role sahiptir. Bir yandan insan doğasının ayırt edici bir niteliği diğer yandan doğal hukuk ilkelerini keşfeden araç konumundadır.

İnsanın rasyonel bir canlı olması; kişinin kendi kendisini yönetebilmesi, otonom olması ve serbest bir biçimde tercih yapabilmesi, yani irade özgürlüğüne sahip olması anlamına gelmektedir. Akıl insanı hayvanlardan farklı olarak, ahlaki bir fail statüsüne yükseltir. İnsan akli ile doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden, akli olanı akli olmayandan ayırt edebilir. Akıl, genellikle hem insanların özgürlüğü hem de eşitliği için temel referans noktası olarak değerlendirilmektedir. Kısaca insan akıl sahibi olduğu için haklara sahiptir.

Diğer taraftan, insan, pratik akıl yürütme ile doğasında bulunan ve kendisi için geçerli olduğunu düşündüğü ilkeleri keşfetmek, ortaya çıkarmak ve uygulamaya geçirmek için kullanabilir. Doğal hukuk geleneğinde akıl bu yönü ile araçsal bir fonksiyon üstlenerek anlam kazanır.

<sup>40</sup> Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, s.44-45. Ancak şu husus belirtilmelidir: Doğal hukuk geleneğinde doğa, felsefi çerçeveyi çizen temel unsur olarak kaldığı için süreç içinde pozitif bilimlerdeki gelişmelerle değişen evren ve doğa anlayışlarına paralel olarak doğal hukuk teorisyenlerinin insan doğası anlayışları da değişim geçirmiştir.

Akıl - doğal hukuk ilişkisi çerçevesinde, doğal hukukun ilkeleri sıklıkla “doğru aklın ilkeleri” olarak tanımlanır. Doğru olan, pratik akla uygun olandır. Ahlaki ve otonom varlıklar olarak insanlar beşeri ilişkilerde geçerli olacak meşru ilke ve kuralları akıl vasıtası ile elde ederler. Her insan akla sahip olması nedeni ile potansiyel olarak bu ilkeleri kendisi keşfetmeye, araştırmaya ve hayatı için geçerli kılmaya yetkili ve sorumludur.<sup>41</sup>

### C. İnsan Onuru

Doğal hukukun ne olduğu akıl aracılığı ile kavranılabılırsa de doğal haklara sahip olma başka bir kavramla da temellendirilebilmektedir. Bu kavram özellikle II. Dünya savaşından sonra kabul edilen ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde sıkça kullanılan “insan onuru” kavramıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) başlangıç kısmı insanlık ailesinin bütün üyelerinin sahip olduğu onurun, dünyadaki özgürlük, adalet ve barışın kaynağı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle insan onuru fikri, 1966’da insan hakları üzerine kabul edilen iki uluslararası pakttan başlamak üzere önemli insan hakları belgelerinin kalbi konumundadır. Bunlar; Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Paktı (MSHUP) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktıdır (ESKHUP). Ayrıca, işkenceyi, köleliği, insanlık dışı ve alçaltıcı muameleler ile her türlü ayrımcılığı yasaklayan antlaşmalarda da ‘insan onuru’na atıf yapılmıştır.

İnsan onuru genellikle tanımlandığı üzere, insan haklarının dayandırıldığı temel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yasal normların düzenlenmesinin nihai akli/başvuru kaynağı olması şartıdır.

İnsan onuru kavramı, her ne kadar uluslararası insan hakları belgelerinin merkezinde yer almaktaysa da bu belgelerce açıkça tanımlanmış değildir. Bununla beraber, bu belgeler ilk olarak, “bu onur, insanlık ailesinin bütün fertlerinde vardır” (İHEB, başlangıç); ikinci olarak, “bütün insanlar, onurda ve haklarda özgür ve eşittirler” (İHEB, 1.madde); üçüncü olarak, “bu haklar insan kişinin tabii onurundan türemiştir” (MSHUP ve ESXHUP Başlangıçları) diyerek bu nosyonun anlaşılması için değerli bir rehber geliştirmişlerdir.<sup>42</sup>

Bu üç fikir, her ne kadar son derece belirsiz görünseler de uluslararası hukukta kullanılan insan onuru kavramının açıklığa kavuşturulması için değerli bir rehber sunmaktadırlar:

a. ‘Tabiatında’ terimi, ‘bir şeyin özsel karakterinde ya da yapısında var olan’ı, “hakiki” terimi, “bir şeyin kalıcılığı ya da şeye atfedilen özelliği” ifade eder. Bu tabir insan sıfatı ile birleştirildiğinde ifade edilen fikir, bu onurun insanlık durumundan ayrılamayacağıdır. Bu nedenle onur insan kişinin tesadüfi bir özelliği veya genç veya yaşlı, kadın veya erkek, sağlıklı veya hasta, olmak gibi bazı hususi kişisel niteliklerden türetilen bir değer değil, fakat, herkesin basitçe sırf insan olduğu için sahip olduğu koşulsuz kıymettir. Aynı fikir, bütün insanlar bir “kişidir” denilerek de ifade edilebilir. Gerçekten de “kişi” terimi, sadece tasvir edici ya da kökensel değil, fakat kurucu bir terimdir. (nomen dignitatis)

b. Uluslararası hukukta insan onurunun yüklendiği ikinci önemli sonuç, herkes için temel hakların eşit olduğudur: eğer insan onuru herkes için aynı ve hakların temeli ise bu durumda bütün insanlar eşit temel haklara sahiptir. Bu, ayrımcılığın, farklı kategorilerdeki insanlara haksız bir ayırım nedeniyle farklı davranmanın neden insan onuruna doğrudan karşıt olduğunu bize gösterir.

<sup>41</sup> Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, s.45-46

<sup>42</sup> Roberto Andorno, “Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, s.4-5

c. Hakların insan onurundan kaynaklandığını vurgulayan uluslararası hukukun üçüncü beyanının ayrıca önemli pratik sonuçları da vardır: eğer temel haklar otorite tarafından verilmemişse (ve) fakat her insanın tabiatında önceden var olan değerler ise meşru bir biçimde ihlal edilemez. Yani insan tabiatından kaynaklanan temel haklar, tanınmadığında, tanındığı halde etkin bir biçimde korunmadığında ihlal edilmiş olur.<sup>43</sup>

Diğer yandan insanlık durumundan ayrılması mümkün olmayan içsel onur herkes için aynıdır; kazanılmaz ve kaybedilemez aynı şekilde azalamaz ve artamaz. En kötü suçlular bile onurlarından arındırılmaz, insanlık dışı muameleye tabi tutulmaz ve cezalandırılmaz.

Bununla beraber 'onur' tek başına sorunları çözmez. Fonksiyonel olmak adına, onur genellikle haklar terminolojisi kullanılarak formüle edilen başka somut nosyonlara ihtiyaç duyar. (Örneğin, fiziksel bütünlük, mahremiyet, ayrımcılığa uğramama vs.) İnsan Hakları ve insan onuru böylece karşılıklı olarak birbirine farklı biçimlerde bağımlıdır. Aralarındaki ilişki, somut bir legal normun bir ilkeyi gerçek hayatta görünür kılmasıdır.<sup>44</sup>

### III. DOĞAL HUKUKUN PRATİK UYGULANABİLİRLİĞİ

Doğal hukuk, bazen yanlış olarak anlaşıldığı gibi çok sayıda ve her konuyu kesin bir biçimde düzenleyen sayısız kurallar sıralamaz. Evrensel ahlaki normlar olarak çoğunlukla bir ya da iki tane temel prensip belirtir ki bunlar birincil ilkelerdir. Birincil ilkeler diğer bütün alt kural ve ilkelere genel bir rehberlik yapar veya alt kurallar bu birincil ilkelere türetilir.

Birincil ilkelerin oldukça genel bir biçimde formüle edilmesi ve sadece temel kuralları içeriyor olması, beşeri yasaların düzenlenmesinde yer veya zamana bağlı olarak kişilerin ve toplumların koşullarını dikkate almaya ve oldukça geniş bir tercih ve karar alanı bırakmaya elverişlidir. Ancak zamana ve yere göre esnek uygulanabilirlik özelliği, doğal yasaların bütün beşeri yasalar ve kurallar için en üst değerlendirme ölçüsü olma iddiası her zaman ve her ilkede sürdürülür. Bu nedenle, doğal hukuk felsefesinin demokrasi, çokkültürlülük, farklılık/çeşitlilik ve çoğulculuk gibi çağdaş değerler ile uyumlu olmasını sürpriz sayılmamalıdır.

*Radbruch* su soruyu soruyor:

"İnsanın görüşlerinde değil de, aklında temellendirilmiş bir doğal hukuk var mıdır?" Bu soruya cevabı şudur: "Tabii ki mutlak bir akla dayalı ve ebediyen geçerli olan bir doğal hukuk yoktur; buna mukabil -elimizdeki paradoks izin verdiği ölçüde diyelim- günümüz için gerekli olan tarihsel akıl üzerine kurulmuş bir doğal hukuk vardır. *Radbruch*, 1932 tarihli Hukuk Felsefesi eserinde doğal hukuka ilişkin konumunu çok daha belirgin hale getirir. *Radbruch* "doğal hukuk" terimine ancak, "eski tarz, değişmez içerikli doğal hukuk kavramı" yerine "değişken içerikli doğal hukuk" kavramının geçerli kabul edildiği durumlarda sıcak baktığını belirtir.<sup>45</sup> Değişken içerik biraz da pratik ihtiyaçların zaman ve mekana bağlı olarak ortaya çıkan farklı karşılanma yöntemleri ile ilgilidir.

### IV. DOĞAL HUKUK-POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ

Pozitif hukukun dışında ve üstünde bir hukuk düşüncesi olarak ifade edilse bile, doğal hukuk, pozitif hukukla sürekli bir ilişki içindedir. Bu ilişki kapsamında, doğal hukukun pozitif hukuk üzerindeki etkisi, özellikle iki temel noktada görülmektedir:

#### A. Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Kaynaklık Etmesi

<sup>43</sup> Andorno, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, s.10

<sup>44</sup> Andorno, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, s. 8-10

<sup>45</sup> Kristian Kühl, "Radbruch Formülü", Çev: Mehmet Cemil Ozansu, *IÜHFİM. C.LXX*, (s.369-374), 2012, s. 371

Doğal hukukun ilk etkisi, pozitif hukuka örnek teşkil etmektir. Diğer bir deyişle pozitif hukukun esin kaynağı olmasıdır. Buna göre yasa koyucu toplumsal bir alanı düzenlerken, birbirine aykırı çıkarlar ve istekler ile karşılaştığında bunlar arasındaki dengeyi ancak adalet prensiplerine yani tabii hukuka başvurarak sağlayabilir. Bu doğrultuda yasa koyucunun en önemli görevi, pozitif hukuku doğal hukuka yaklaştırmak ve vatandaşlarını adalet yönünden tatmin edebilecek bir hukuk düzeni kurmaktır.

## B. Doğal Hukukun Pozitif Hukuku Değerlendirme Kriterlerini İçermesi

Doğal hukukun ikinci etkisi, pozitif hukukun adalete uygunluğu açısından kontrolüne ve değerlendirilmesine imkan tanınmasıdır. Özellikle pozitif hukukun anlamını belirlemeye çalışan hukukçuya/yorumcuya yol gösterecek ilkeler ancak tabii hukuk anlayışı ile tespit edilebilir.

Doğal hukuk, kanun koyucuyu uyararak, yol göstererek onu keyfiliğe düşmekten kurtaracak manevi bir kontrol mekanizması olarak işlev görür.<sup>46</sup>

## V. DEĞERLENDİRME

Hukukun temel amacı, toplum hayatında güvenliği ve düzeni sağlamaktır. İnsanlar hayatlarında kesinlik ve belirlilik istedikleri için uyacakları hukuk kurallarını tespit etmişlerdir. Toplumlar düzene ve güvenliğe yaptırımla güvence altına alınmış pozitif hukuk normları ile ulaşır. Ancak düzen ve güvenliği sağlamak hukukun ilk amacı ise de en değerli amacı değildir. Hukukun asıl ve nihai amacı, düzen ve güvenlik içinde yaşayan bir toplumda bireyler arasında adaleti sağlamaktır.<sup>47</sup> Adalet ise herkes için eşit özgürlük tanındığı zaman gerçekleşebilir. Devletin ve hukukun amacı herkese azami eşit özgürlük tanımak ve bireylerin özgürlüklerini kullanabilecekleri haklarını tanımak ve güvence altına almaktır. Bu perspektiften bakıldığında, çağımız uluslararası toplumunda devletin ve hukukun meşruluk temeli, vatandaşlarının haklarına saygı göstermek, onları korumak ve işlevlerini yerine getirmesini sağlamaktır. 1993'te ilan edilen Birleşmiş Milletler Viyana Deklarasyonunun ilk paragrafında alışılmadık fakat doğru bir biçimde, "İnsan hakları ve temel özgürlükler bütün insanların doğuştan sahip olduğu haklardır; Hükümetlerin birinci sorumluluğu, insan haklarını korumak ve desteklemektir" ifadesi yer alır.<sup>48</sup>

Pozitif hukukun ilk amacının insan haklarını hayata geçirmek olması gerektiği anlayışı, günümüzde de devam eden pozitif hukuk-tabii hukuk ayırımının kaynağı durumundadır. Zira insan hakları dinamik bir içeriğe sahiptir. Günümüz modern toplum şartlarında insanların sahip oldukları ya da olmaları gereken haklar, ihlal edilmeye daha müsaittirler. Zira insan haklarını ihlal edebilecek olgular, araçlar her zamandan daha fazladır. Bu durumda insanların haklarını güvenceye alacak olan pozitif hukuk kendini, sürekli yenilemek zorundadır. Bu yenilenme ise kuşkusuz, sosyal ihtiyaçlar ve tabii hukuk ilkelerine göre olmalıdır.

Kısacası pozitif hukuk-tabii hukuk ayırımını hiçbir zaman ortadan kalkacak bir ayırım değildir. Tabii hukuk ilkeleri evrensel ve ebedidir. Pozitif hukukun görevi bu ilkeleri hayata geçirerek pozitif hukuk ile tabii hukuk arasında bir örtüşme sağlamak ve olaylar ve şartlar bu örtüşmeyi bozduğunda, yeni bir örtüşme için kendisini yenilemektir.

<sup>46</sup> Hırş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, s. 97

<sup>47</sup> Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, 10. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2005, s.38

<sup>48</sup> Jack, Donnelly. "Human Rights, Globalizing Flows, and State Power". *Globalization and Human Rights*. Edited by Alison Brysk. University of California Press: California, London, p.228-229

## Neden Doğal Hukuka ve Doğal Haklara İhtiyaç Duyuyoruz?

EK: 1

### ALMANYA'DAKİ UYGULAMALAR

- 1806'dan önce Kutsal Roma Germen İmparatorluğunda yasal eşitsizlik temel ilkeydi
- Vatandaşlık; Şehirden şehre değişiklik göstermektedir.
  - Vergi yükümlüsü olanlar vatandaşı sayılıyordu,
  - Vatandaşlık ücreti ödeyenler,
  - Mezhebe bağlı vatandaşlık uygulaması da vardır,
  - Yahudiler, doğal yerleşimciler olarak görülüyordu.
- Napolyon çağında vatandaşlığa ilişkin yasal statülerde değişimler oldu. 1840 ve 1869'da birçok kısıtlama kalkmıştır.
- 19 yüzyıl ortalarında başta Yahudiler olmak üzere Alman olmayanlara karşı halk hareketleri başlamıştır.
- Yahudilerle karışık evliliğe karşı çıkan bir milyon kişinin imzaladığı bir dilekçe hükümete iletilmiştir.
- Muhafazakar Parti Yahudi özgürleşmesine karşı çıkmıştır.
- Heirich Class, 1912'de "Eğer İmparator/Kaiser Olsaydım" adlı kitabında Yahudilere yönelik şu politikaları izleyeceğini belirtmiştir.
  - Yahudilerin vatandaşlık haklarının geri alınması ve yabancı statüsüne düşürülmesi,
  - Yahudilerin Alman toplumsal hayatından tamamen dışlanması,
  - Kamu hizmetleri ve kurumlarına alınmama; gazetecilik, bankacılık vs.
  - Arazi sahibi olamama
- 1889 Alfred Dilmann Çingenerin parmak izi ve diğer bilgilerini toplama amacı ile "Münih'te Çingene Rahatsızlığı ile Mücadele İçin Merkez Ofisi"ni kurdu.
- 1926'da Bavyera'da "Çingener, Gezginler, Serseriler ve Aylaklar ile Mücadele Yasası" kabul edildi.
- Buna göre 16 yaşından büyük olan Sinti, Roman ve Çingenerin ıslahevine gönderilmesi ve iki yıl içinde düzenli bir işe sahip olmayanların kayıt altına alınması uygulamaları başlamıştır.
- 1926 Bavyera yasası ulusal düzeyde bir norma dönüşmüştür. Ek olarak Çingenerin topluluk halinde gezmesi ve kamp kurması yasaklanmıştır.

30 Ocak 1933'te Adolf Hitler İktidara geliyor.

1 Nisan 1933 Yahudi mallarının boykotuna yönelik Nazi hareketi

15 Eylül 1935'te Swastika Alman Resmi Bayrağına girmiştir.

### I. Alman Kanı ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanun

Kanun teklifi bir doktor olan Gerhard Wagner tarafından verilmiştir. Kanunun oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bölüm 1:

Yahudiler ile Alman ve Almanlara akraba ırklar arasındaki evlilikler yasaklanmıştır. Bu yasanın sonuçlarından kaçınmak için (başka bir ülkede sonuçlanmış olsa da) gerçekleştirilen evlilikler geçersizdir.

#### Bölüm 2:

Yahudiler ve Alman Devletinin vatandaşları ve akraba ırkları arasındaki evlilik dışı ilişkiler yasaklanmıştır.

#### Bölüm 3:

Yahudilerin 45 yaşın altındaki Alman ya da Akraba ırklardan kadınları çalıştırmaları yasaktır.

#### Bölüm 4:

Cumhuriyetin ve Ulusun bayrağı ve renklerinin Yahudilerce kullanımı yasaklanmıştır. Yahudiler kendi ulusal renklerini kullanabilirler.

#### Bölüm 5:

1. Bölüm 1'de belirtilen yasağa aykırı davrananlar, ağır işlerde çalışma zorunluluğu cezası ile,
2. Bölüm 2'de belirtilen yasağa aykırı davrananlar, hapis cezası veya ağır işlerde çalışma zorunluluğu cezası ile,
3. Bölüm 3'te belirtilen yasağa aykırı davrananlar, 1 yıl hapis veya para cezası ile cezalandırılırlar.

Ayrıca bazı kararnameler, karışık evlikler için kısırlaştırma yöntemlerini ve böylece ırksal saflaştırmayı öngörmüştür.

Nazi döneminden önce Romanlar/Çingeneler hakkındaki geleneksel Alman politikası Romanların ana topluma entegrasyonunu öngörürken, Nazi rejimi boyunca Romanlar aşağı ırk olarak kabul edilmiş ve Alman Halkının devamı ve Alman kanının saflığı için tehlike olarak görülmüştür.

Örneğin 1933 Temmuzunda çıkarılan "Kalıtımsal Olarak Hasta Olanların Üremesinin Engellenmesi Kanunu", belirsiz soydan gelenlerin, Romanların, yarım Romanların ve karışık soydan gelen Romanların kısırlaştırılmasına neden olmuştur.

Kasım 1933'te Tehlikeli İtiyadi Suçlulara Karşı Kanun kabul edilmiştir.

Bu kanun ile polise, Romanlar, aylaklar, evsiz serseriler, kronik alkolikler, dilenciler, fahişeler ve asosyal kişileri tutuklama yetkisi tanınmıştır.

## II. Alman Cumhuriyet Vatandaşlık Kanunu

Bu kanun ile Yahudilerin oy hakkı kullanma hakları elerinden alınmış ve resmi kurumlarda çalışmaları yasaklanmış ve Yahudilerin Alman sivil hayatına katılmaları engellenmiştir.

Başlangıçta Yahudiliğin açık yasal tanımının yapılmasındaki zorluk, bazı Yahudilerin ayrımcı uygulamalardan kurtulmalarına imkan tanımıştır. Ancak kimin Yahudi sayılacağına ilişkin yasal tanımlamanın yapılması ile beraber Alman Yahudilerin temel haklarının kısıtlanması kolaylaşmıştır. Nuremberg yasaları olarak adlandırılan bu yasalar; dört atası da Alman olanları "Alman veya akraba kandan olan" olarak, üç ya da dört atası Yahudi olanları "Yahudi" olarak, bir ya da iki atası Yahudi olanları "Arada", "Melez/Karışık Kanlı", "Çapraz Nesil" olarak tanımlamıştır.

Bir süre sonra Kanunun kapsamı genişletilmiştir. Siyahlar, Çingeneler, ve bunların melez ırkları benzer ayrımcı uygulamalara muhatap olmuştur.

### III. Profesyonel Kamu Hizmetlerinin Restorasyonu Hakkında Kanun

Aryan olmayanlara ve siyaseten Nazi İktidarı muhaliflerine kamu hizmetlerinde görev almak yasaklanmıştır.

Yahudiler, doktorluk, avukatlık, hakimlik, gazetecilik, öğretmenlik gibi mesleklerden men edilmişlerdir.

Ayrıca devlet hastanelerini, parkları, kütüphaneleri, kumsal ve plajları kullanmaları yasaklanmıştır.

Yahudi çocuklarına 14 yaşından sonra devlet tarafından eğitim verilmemeye başlanmıştır.

Piyangolardan ikramiye kazanmaları durumunda ikramiyeleri verilmeyecektir.

Savaş hatıratlarından, özellikle I. Dünya savaşına ait olanlardan Yahudi isimleri çıkartılmıştır.

### III. İsim Değişiklikleri Düzenlemesi (17 Ağustos 1938)

Yahudi olup da geleneksel Yahudi ismi taşımayanlar için kullandıkları isim ile soyadları arasına bir Yahudi ismi alınması zorunluluğu getirilmiştir. Kendileri bir isim belirlemedikleri takdirde kadınlar için "Sara" erkekler için "İsrael" isimleri devletçe verilmiştir.

### IV. Diğer Uygulamalar

1. 1930'da Yahudilerin dini usullere göre hayvan kesmesi yasaklanmıştır.

1. Yahudilerin pasaportuna "J" (Jewish) damgası vurulmuş ve Yurtdışına çıkmalarına izin verilmiştir. Ancak "J" damgası taşıyan pasaport sahiplerinin tekrar Alman topraklarına girişi yasaklanmıştır.

2. 1939'da Almanya Polonya'yı işgal etmiştir. Bu işgalle beraber Polonya Yahudileri için Davut yıldızlı sarı rozet taşıma zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk Eylül 1941'de Nazi işgali altındaki bütün topraklara doğru genişletilmiştir.

3. Alman Kanı ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanunda yapılan değişiklik ile Yahudiler için "ölüm cezası" getirilmiştir.

Nuremberg yasaları "Bilimsel İrkçilik" üzerine kurulmuştur ve genetiğin ilkel anlaşılışından devşirilmiştir. Almanlar/Naziler bunu marjinal boyutlara taşımışlardır. Bu anlayışın temelleri şu fikirlere dayanmaktadır:

Üstün İrk/Master Race

İrk Islahı/Eugenics

Sosyal Darwinizm/Social Darwinizm

İnsan Altı Gruplar/ Çingenler, Siyahlar, Yahudiler Aryan Olmayanlar

4. Yukarıda söz edilen uygulamaların bazılarını Nazi işgalinde olan ya da işgal tehdidinde olan doğu Avrupa ülkelerinde de rastlanmıştır. Bu ülkeler ve ayrımcı politikaların bu ülkelerdeki başlangıç tarihleri şöyledir; Macaristan 1938, Romanya 1940, Bulgaristan 1940, Slovakya 1941, Hırvatistan 1941.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Adı geçen ülkeler, bir süre önce Avrupa Birliği ülkesi olmuşlardır. Avrupa Birliği'nin en önemli ülkesi olan Almanya bu ülkelerin Birlik üyeliğine destek vermiştir. Almanya'nın sadece savaş zamanında değil barış zamanında da doğu Avrupa'ya doğal nüfuz alanı olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

## Adil Olmayan Yasalar Karşısında İnsanların İtaat Görevi Var Mıdır?

EK : 2

Birbirinden farklı iki davada Alman ordusundaki askerler Nazi rejimini eşlerinin yanında eleştirmişlerdir. Askerlerin eşleri kamu makamlarını bu eleştirileri ihbar etmişlerdir. İki asker de Nazi rejimi yasalarına göre idam cezasına mahkum olmuşlarsa da cezaları sonradan hapis cezasına çevrilmiştir. Her iki hükümlü asker de II. Dünya savaşı sonrası eşleri ve kendilerini yargılayan hakimler hakkında (1871 tarihli Alman Ceza Kanunu 239. maddesi uyarınca hürriyetten yoksunluk nedeniyle) suç duyurusunda bulundular.

Birinci davada Bölge İstinaf mahkemesi, ilgili Nazi yasalarını içerdiği ağır cezalar nedeni ile çok zalimane bulunduğunu ve Alman halkının büyük çoğunluğu tarafından terör yasaları olarak görüldüğünü ifade ederken, bunların her şeye (rağmen) doğal hukuku ihlal eden yasalar olarak görülemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme sanıklardan askeri hakimın mevzuata göre karar verdiğinden beraat etmesi, kocasını ihbar eden kadının ise beraat etmesinin gerekmediği sonucuna ulaşmıştır. Kötü niyetli bu kadın, yetkililere yaptığı bu bildirim sağduyulu, vicdan sahibi kişilerin adalet duygusunu rencide edeceğini bilmeliydi.

İkinci davada, Federal Temyiz Mahkemesi kararında, bir mahkeme kararının legalitesinin/yasallığının ilgili tüm kişiler için aynı olması, söz konusu davada ihbarcı eş ve karar veren hakimın her ikisinin ya mahkum olması ya da beraat etmesi gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre mevcut gerçekler karşısında her ikisinin de mahkum olması gerekir. Askerlere yöneltilen rejimi eleştirme suçunun temel ögesi, eleştirinin aleni olması gerekliliğidir. Aile içi iletişim aleniyet kriterini karşılamak için yeterli değildir. İlâveten bu eylem suç oluşturduğunda dahi ciddiyet derecelendirmesi (eylemin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediği) açısından en alt düzeyde olması gerekir. Bu nedenle hükmedilen yaptırım orantısız görülmüştür. Bu analiz ışığında kadın, eşinin mahkeme huzuruna çıkmasına neden olduğu, hakim de adli takdir hakkını uygun şekilde kullanmadığı için suçlu görülmüştür.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Üçüncü Baskı. Ankara: 2009, s.72



DERS III IV.

Altım

Prof. Dr. ERNEST HIRŞ

DERS. 2.

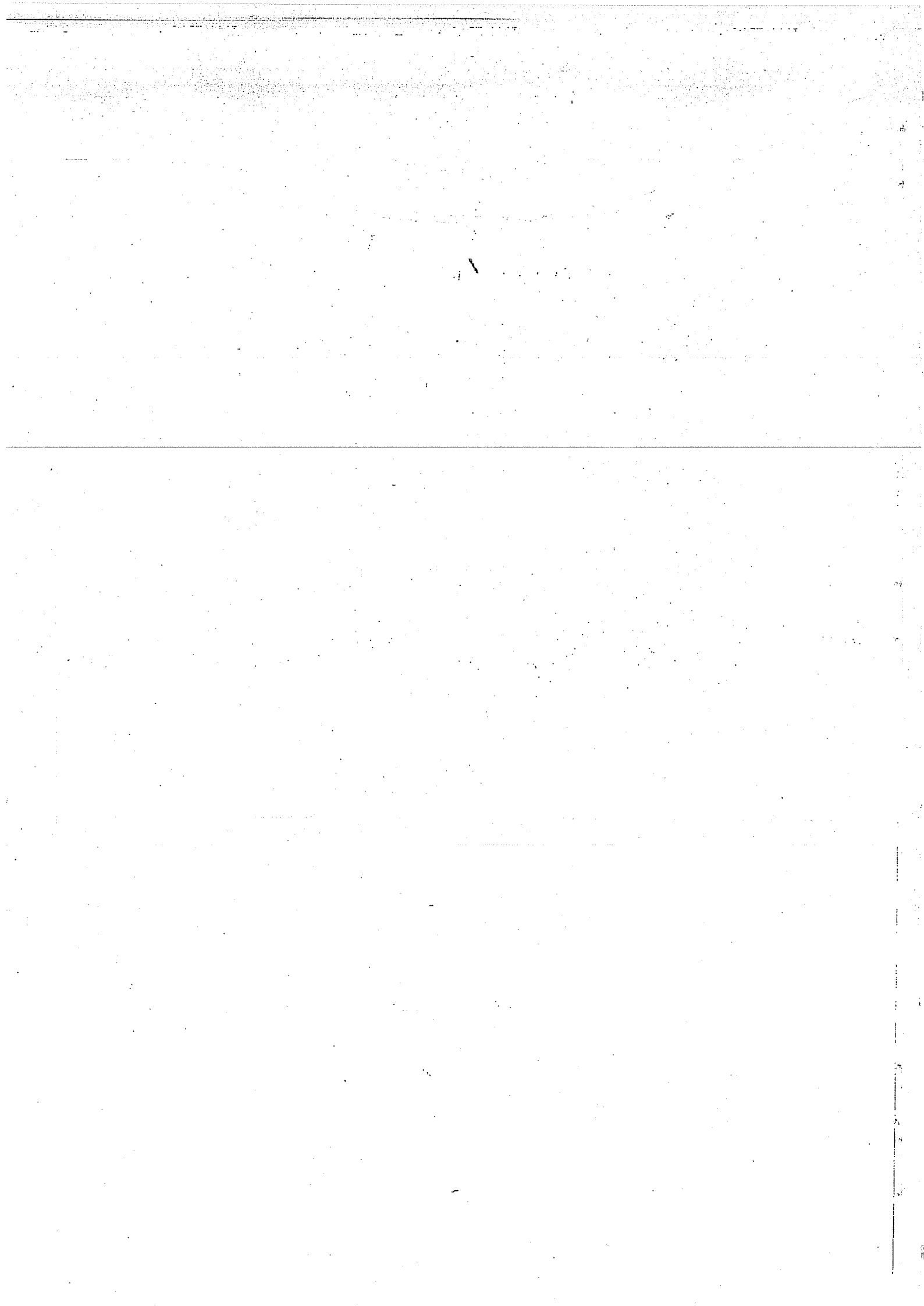
HUKUK FELSEFESİ  
ve  
HUKUK SOSYOLOJİSİ  
DERSLERİ

Güncel Dile Uyarlayan  
SELÇUK BARAN (VEZİROĞLU)

ÜÇÜNCÜ TIPKI BASIM



BANKA ve TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ  
Türkiye İş Bankası Vakfı - Hukuk Fakültesi, Cebeci/Ankara



(b) *İradecilik* (fr. *volontarisme*) Okulu'na göre esas olan içgüdü, tutku, duygu ve çaba gibi irade belirtileridir. Yani irade, zihinden önce gelir ve daha yüksek konumdadır (örnek, *Schopenhauer*, *Wundt*).

Böylece genel felsefedeki çeşitli görüşleri, çeşitli düşünüş tarzlarını genel hatlarıyla yani şema halinde belirlemiş bulunuyoruz. Zaten amacımız, felsefî görüşleri derinleştirmek değil, hukuk felsefesi alanına kısa bir göz atmak ve bu alanda konuşulan dili anlamaktır. Herhangi bir filozofun düşüncesini nitelendirebilmek için kullanılan bir deyimle rastladığımız zaman, verilen plana göre bu deyimle neyin kastedildiğini kolayca kestirebiliriz.

Örnek olarak *Descartes*'i ele alalım: "*Descartes* akılcıdır, yani akılcılık okulunun temsilcisidir" dersek neyi anlatmış oluruz?

"Akılcılık", felsefe yapısının hangi katındadır? Birinci katta, yani bilgi kuramı katında; bu katın da birinci, yani bilginin kökeni bölümündedir. Kısaca bu, *Descartes*, bilgi kuramı alanında bilginin kökeni sorununda, bilginin akıldan çıktığını savunur, demektir.

*Descartes* "sezgici" ve "bireyci"dir, demekle neyi amaçlıyoruz? Felsefe yapısının ikinci katında, yani değer kuramı alanında görgülcülük ve şekilcilik okuluna değil, sezgicilik ve özcülük okullarına mensuptur, demek istiyoruz.

*Descartes*, "monist"tir dersek, onun fizikötesi alanda Tanrı'yı tek neden olarak kabul ettiğini ileri sürüyoruz demektir.

Aynı şekilde, "*Descartes* monist ise de, dünyanın temel unsurları bakımından düalisttir" dersek bununla, onun ikicilik sınıfına girdiğini, madde ve ruh gibi iki ayrı temel kabul ettiğini söylemiş oluruz. vb...vb...

## BÖLÜM 2

### HUKUK FELSEFESİ OKULLARI

#### § 17

### HUKUKÎ DÜŞÜNÜŞ SORUNU

Hukukî olaylar üzerinde çalışan insan zekâsı, kendi gelişme derecesine göre çeşitli zamanlarda, çeşitli açıklama biçimlerine ulaşmış ve bu nedenle çeşitli açıklama biçimleri arasında çok büyük farklar meydana gelmiştir. Aslında bu farklar ne yalnızca hukukî olaylar alanında söz konusudur ne de yalnızca sosyal ve manevî bilimlerin alanına özgüdür. *Zekâ*, bütün doğa olaylarını her yüzyılda başka türlü açıklamış, her zaman en sonuncu açıklamanın en doğru açıklama olduğuna inanmıştır.

Güneşin doğması ve yağmurun yağması gibi, bugün en basit fizik "kanun"larıyla açıklanan olayları, insan zekâsı, bazı çağlarda bugün için düşleyemeyeceğiniz kadar imkânsız olan esrarlı nedenler yaratarak açıklamaya kalkışmıştır. İnsan zekâsının büyük bir özelliği de, gerçek nedenleri bulup ortaya çıkaramayınca, bunların yerine, düşsel nedenler icat etmesi ve kendisini bu uydurma nedenlerle tatmin etmeye çalışmasıdır. İnsan zekâsının, kendi icat ettiği birtakım soruları yine salt kendi çabasıyla -yani deneyin yardımı olmaksızın- cevap vermesinin garip sonuçlarını her bilim tarihinde gözlemleyebiliyoruz. Sosyal bilimlerde, özellikle hukuk alanında da, bugünkü aklımızın kabul etmediği birçok açıklamaya rastlanır ki, bunlar, egemen oldukları zamanlarda en doğru ve akla en yakın hususlar olarak kabul edilmişler ve yüzyıllarca bir inanç halinde yaşamışlardır.

Çünkü insan aklı da olgunlaşmakta, yüzyılların biriktirdiği düşünsel kazançlarla gelişmektedir. Bugün, ilk çağlarda yaşamış bir filozofun, pozitif bilim alanında akla çok aykırı olan, çok yanlış bir görüşe sahip olmasına şaşabiliriz. Aynı şekilde bir ortaçağ şövalyesinin de uğruna bütün hayatını feda etmeye hazır olduğu kutsal bir fikre gülmek elimizden gelmez. Fakat bütün bu fikir ve görüşler, kendi çağlarında "kusursuz" bir gerçek olarak benimsenmişler, o zamanların insanları da bütün bunlara içtenlikle inanmışlardır. Kısaca insan aklı dediğimiz şey, her dönemde başka bir olgunlaşma evresinde bulunduğu için bizim bugün "aklen olanaksız" diye karşı çıktığımız görüşler bir zamanlar tamamen "akla yakın" sayılmıştır.

O halde, herhangi bir kuramı incelerken, herşeyden önce o kuramın doğuşu ve olgunlaşması sırasındaki düşünce düzeyini, insanların ulaştıkları kültür derecesini mutlaka göz önünde bulundurmak gerekir. Çünkü insan zekâsının her çağdaki olgunluk derecesi, o çağın bilimsel gerçeklerini ve manevî inançlarını derinden etkiler. Daha doğrusu belirli bir çağdaki insan zekâsı ancak o çağdaki gelişim derecesine ve kültür hazinesine göre ürün verir. Bu esası belirledikten sonra hukuk hakkındaki anlayış ve görüş tarzları arasındaki farkları, bu anlayış ve görüşlerin egemen olduğu zamanlara göre, daha doğrusu o zamanlarda egemen olan genel kültür kavramlarına tâbi olarak açıklayabiliriz. Açıklamamızı basitleştirmek amacıyla hukukî olaylar ve kurallar hakkındaki kuramların hangi "olgu"lara dayanılarak hangi "soru"ları yanıtlamakla elde edildiğini görelim. Çünkü her kuram, aslında bir yanıtın başka bir şey değildir. Ortada sorulan bir soru, ortaya konulan bir sorun, ne olduğu merak edilen bir husus olmadan herhangi bir kuram kurulamaz. Kuramlar, insan zekâsının kendi kendine sorduğu bir takım sorulara gene kendisinin bulduğu yanıtlardan ibarettir. Şöyle bir sınıflandırma yapalım:

1. Hukukî olaylar, hangi olaylar arasında, hangi olgular âleminde aranmıştır?
2. Hukukî kuralları kim koymuştur? Bunların kökenleri nelerdir?
3. Hukukî kurallar hangi toplumlarda ve hangi zamanlarda bulunur? Zaman ve yer bakımından bu kuralların geçerli olmadığı bir durum düşünülebilir mi?
4. Hukuk kurallarının içerikleri nedir? Değişmez (sâbit) midirler yoksa değişken mi?
5. Bu hukuk kuralları iyi midir, kötü mü? Bunların değerlerini neye göre ölçeriz? Kötü olduklarına karar verirsek değiştirebilir miyiz?

Yukarıda sıraladığımız çeşitli sorulara insan aklı belirli zamanlarda belirli cevaplar bulmuştur ve bu cevaplar sistematik bir şekilde toplanarak *çeşitli hukuk felsefesi okullarını* meydana getirmiştir. Bu okullardan her biri, yaşadığı zamanın ve toplumun gelişim derecesiyle yakından ilgili olduğu için *bunlardan herhangi birinin, diğerinden daha yanlış ya da doğru olduğunu söylemek yersiz olur*. Nihayet hepsi çok çetin, çok zor bir konunun ancak belirli bir yönünü aydınlatmak görevini üstlendiği için, hukukî gerçeğin araştırılmasında hepsinin yararı olmuştur. Sonradan gelen okullar önceki okulların noksanlarını gidermeye çalışmışlar, böylece her okul, hukukî düşünce alanında kendine düşen bir gerçek parçasını ileriye taşımış ve rolünü bitirmiştir.

*Hukuk okullarının en eskisi tabii hukuk okuludur*<sup>5</sup>. Yalnız şuna dikkat etmek gerekir: "Tabii Hukuk Okulu" adı ancak 17. ve 18. yüzyıllardaki tabii hukuk akımlarına verilen bir isimdir. Oysa tabii hukuk fikri çok eskidir. Tabii hukuk düşüncesine eski Yunan uygarlığında bile rastlamaktayız. Ayrıca en eski hukuk felsefesi okuludur. Aynı zamanda bu okulların en süreklisi en dayanıklısıdır. Çünkü en ağır saldırılara bile dayanmış ve çeşitli nedenlerle her yıkılıştan sonra yeniden bir canlanma göstermiştir. Bu yüzden genel olarak söz ettiğimiz zaman bu akıma "tabii hukuk düşüncesi" diyeceğiz. Tabii hukuk düşüncesine göre yukarıda saydığımız soruların yanıtlarını ana hatlarıyla vermeye çalışalım. Yalnız bu düşünce çeşitli evreler geçirdiği için onu da üç gruba ayıralım:

(5) Bu konuda bkz. Honig, Eski ve Yeni Tabii Hukuk, Adliye Ceridesi 1939, s. 1473; Bonnard (Çev. Aybar), Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk, İst. Huk. Fak. Mec. 1936 (2) 32-59; H. de Page (Çev. Hâlide Uzbar), Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm, Ank. Huk. Fak. Der. C. 2, S. 1, s. 96, 126; Cuche (Çev. Hâlide Topçuoğlu), Hukuk Felsefesi Konferansları; Ankara Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Tercüme Serisi, S. 2, s. 9-25; Gurvitch (Çev. Hâlide Uzbar), Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk mu? Ank. Huk. Fak. Der. C. 2, S.4, s. 156-196,

A- Tabiat felsefesine dayanan eski tabîî hukuk anlayışı (eski tabîî hukuk).

B- Dinî felsefeye dayanan "ortaçağ" skolastik tabîî hukuk anlayışı (dinî tabîî hukuk).

C- Akla dayanan yeni çağlar tabîî hukuk anlayışı (aklî tabîî hukuk).

### § 18

#### TABIAT FELSEFESİNE DAYANAN TABİİ HUKUK

Bu çağda (eski Yunan ve Roma uygarlıkları çağı)<sup>6</sup> henüz evrensel dinlerin egemenliği yoktur. Zekâ, olayların açıklanmasında kendini oldukça özgür hisseder. Bütün düşünce alanlarına "doğa hayranlığı", "doğa inancı" hâkimidir. Doğa her şeyin yaratıcısı ve düzenleyicisidir. Doğada her şey bilinçli ve amaçlıdır. Doğada büyük ve şaşmaz bir düzen vardır. Astronomi biliminin gelişimi, evrenin akıllara durgunluk veren bir düzenle işlediğini göstermiştir. Doğa yanılmaz, atlamalar yapmaz. Her şey değişmeyen, yanılmayan bir düzen içinde doğar, büyür, ölür; yani her şey doğadan çıkar ve doğaya döner.

"İnsan"a gelince, insan bütün özelliklerine ve değerine karşın, bu koskoca doğanın küçük bir ürünü, bir parçasıdır. O halde o da bu doğanın buyruklarına ve gereklerine boyun eğer.

*Öyleyse sosyal kanunlar ne anlama gelir?*

I. Önce şunu söyleyelim, bu dönemde henüz "sosyal kanun" deyimi, tabîî kanun kavramından ayrılmamıştır<sup>7</sup>. Tek tür kanun vardır. Yağmur, rüzgâr, zelzele gibi olaylar nasıl doğanın gereği ise, insanlar için yürürlükte bulunan devlet kanunları da gene aynı doğanın bir buyruğu, bir gereği, bir konusudur. Doğa düzeninin değişmeyen kanunları hem olayları hem de insan topluluklarındaki olayları düzenler. Çünkü, bu topluluklar da sonunda doğanın bir parçasından başka bir şey değildir<sup>8</sup>.

O halde hukuk düzeni, gerçekte büyük evren düzeninin bir ucundan ibarettir. Demek ki, bu çağdaki tabîî hukuk görüşü, *hukukî olayı bütün evren olaylarından, yani doğa olaylarından ayırmamakta, hepsini bir bütün olarak incelemektedir.*

(6) Denis (Çev. Fındıkoğlu), Kadim Yunan'da Ahlâkî ve Hukukî Fikirler, İst. Huk. Fak. Mec. C.10, s. 773-793, C. 11 s. 320-339.

(7) Yukarıda §5 IV e bkz.

(8) Honig (Çev. Yavuz Abadan), Sofistlerde Tabîî Hukuk Esasları, İst. Huk. Fak. Mec. 1937, S. 3, s. 177-214.

*apri bötorselel*  
Bu ayrım noksanlığı, dinî ve aklî tabîî hukuk okullarında da ortaktır. Doğa olayları ile toplum olaylarını her zaman aynı geniş evren olayları grubuna sokmak ve hepsini ortak ve tek bir nedenle bir "dünya düzeni" esası ile açıklamak eğilimi vardır.

## II. Bu kuralları kim koymuştur, bunların kökeni nedir?

Bu kuralları doğa koymuş ve insanlara öğretmiştir. Ünlü Romalı hukukçu *Ulpianus* şöyle der: "Tabîî hukuk, doğanın canlılara öğrettiği şeydir. Çünkü bu hukuk, yalnız insanlara özgü değil, ister karada, ister denizde doğmuş olsun, kuşları da içine almak üzere, bütün canlıları ortaklaşa ilgilendiren bir hukuktur." Gene ünlü Romalı hukukçu *Çiçeron* tabîî hukuku şöyle betimler: "Kuşkusuz asıl kanun doğru akıldır. Bu kanun, tabiata uygun her yerde varolan, değişmez, ilksiz ve sonsuzdur. Emir verirken göreve çağırır, yasaklarken insanı hileden uzak tutar. Dürüst insanlara ise emir vermez, yasaklar koymaz; dürüst olmayan insanları da bu emir ve yasaklarla kışkırtmaz."

"Bu kanunu yürürlükten kaldırmamak tanrının emri gereği olduğu gibi, kanundan kaçmak da doğru olmaz. Bu kanunu ne bütünüyle ortadan kaldırmamız ne de senatonun ya da halkın gücüyle ondan kurtulabiliriz; açıklamak ve yorumlamak için bir şerhe başvurmak söz konusu olamaz. Bu kanun Roma'da ne ise, Atina'da da odur ve bugün ne ise yarın da öyle kalacaktır. O her devlette her zaman ilksiz ve sonsuz olarak, değiştirilmesi olanaksız tek kanun oluşunu sürdürecektir; herkesin ortak yol göstericisi ve imparatoru gibi tek tanrı olarak kalacaktır."

Görülüyor ki, bu çağın düşünürleri "tabîî hukuk" ile bizim bugün bildiğimiz toplumların bir özelliği olan soyut ve yapay olaylar toplamını değil, bütünüyle dünyaya egemen olan oluşum (tekevvün) ve hayat kanunlarını anlıyorlardı. Daha doğrusu, bu tabîî kanunlarla kanun koyucunun koyduğu yapay kuralları birbirine karıştırıyorlardı.

## III. Zaman ve mekân bakımından şöyle söyleyebiliriz:

Madem ki bu kurallar "tabiatın" eseri ve gereğidir, onlar tabiatın olduğu her yerde mevcuttur ve tabiat durdukça varlığını sürdürecektir. O halde öncesiz ve sonsuzdur.

IV. Kuralların içeriklerine gelince, tabiatın gerekleri ve kanunları kesindir. Bu yüzden onun emirleri demek olan beşerî kanunlar da kesindir. Tabîî ilişkiler değişmediği için onun ifadesi olan kanunlar da değişmez. Bazı görelî farklar olsa bile esas hep aynıdır. Yani tanrıların buyrukları mahiyetinde olan bu esaslar değişmez, ancak başka kılıklara bürünür.

Bu değişmeyen esaslar yazılı değildir. Yani onlara emirname ya da kanunnamelerde rastlayamazsınız. Bunları insanlara doğa öğretir.

Romalı hukukçu *Çiçeron* bütün tabii hukuk kurallarını, aşağıdaki şekilde sıralar:

- 1- Tanrılara karşı tapınma görevi (*religio*).
- 2- Aileye ve vatana karşı saygı borcu (*pietas*),
- 3- Hizmetimizde bulunanlara karşı minnet borcu (*gratia*).
- 4- Büyüklere karşı saygı ve ululama (*observantia*).
- 5- Haksızlığa karşı savunma hakkı (*vindicatio*).
- 6- Sözünde durmak borcu (*veritas*).

Aynı şekilde Romalı hukukçu *Ulpianus* yukarıdaki kuralları üç temelde toplar:

- 1- Dürüst, namuslu yaşamak (*honeste vivere*).
- 2- Kimseye zarar vermemek (*alterum non laedere*).
- 3- Herkese kendisine ait olanı vermek (*suum cuique tribuere*).

V. Bu kurallar hakkında bir değer hükmü vermek gerekirse doğanın her şeyi iyidir. Doğa en gerekli ve zorunlu olanı buyurur. Daha doğrusu doğanın buyruğunu tartışmak yersizdir. Doğa ancak mümkün olanı buyurur. Onun için buyruğun başka türlü olmasını düşünmek anlamsızdır. Doğaya uygun olan şey, zaten iyi demektir.

O halde eski tabii hukuk son kertede tutucudur. İnsanın hazır bulduğu sosyal düzen bir olupbittidir. Doğanın belirli bir zamandaki belirtisidir; bu yüzden kutsaldır, korunması zorunludur. Çiğnenmesi, ancak bastırılması gereken bir başkaldırı sayılır, doğaya karşı başkaldırı!

## § 19

### DİN FELSEFESİNİN ETKİSİ ALTINDAKİ TABİİ HUKUK

I. Ortaçağda evrensel dinlerin egemenliği altında kalan bütün düşünce alanı artık hukuku da içine alıyordu. Tanrı kavramı, eski uygarlıklardaki "doğa" kavramının yerini almıştı. Daha doğrusu, doğadan üstün ve doğayı yaratan, idare eden daha yüksek bir kavram ortaya atılmıştı. Evren, Tanrı'nın bir arzusunun gerçekleşmesinden, bir buyruğunun yerine getirilmiş olmasından doğmuştu. Tanrı "ol!" demiş ve evren oluvermişti. Evren, tanrının bir başka emri yüzünden sürmekteydi. O halde her olay gibi, hukukî olay ve emirler de tanrının buyruklarından başka bir şey değildir. Görülüyor ki, gene *hukukî olaylar* bütün evren olaylarıyla karışık ve aşağı yukarı aynı mahiyette sayılmaktadır.



## II. Hukuku kim yaratmıştır? Tanrı.

III. Zaman ve mekân bakımından yürürlük: Tanrı'nın emri her yerde ve her zaman mevcuttur. Hukuk kuralları da tanrısal bir emir olduğundan her zaman ve yerde bulunmaktadır ve yürürlüktedir. Yani öncesiz ve sonsuzdurlar.

IV. İçerikleri: Tanrı, insanların hayrını peygamberleri aracılığıyla bildirmiştir. Hukuk kuralının içeriği işte bu tanrısal emirlerde bildirilen hususlardır, on emir gibi. On emir, insanların gereksindiklerini bütün incelikleriyle bildirir. Bunları ancak Tanrı'nın yetkili kıldığı kişiler yorumlayabilirler. Diğer insanlar, onları kendi istekleri doğrultusunda yorumlayamazlar. Değiştirmekse söz konusu bile olamaz, küfür sayılır. Bu kurallar bütün zamanlarda aynı şekilde yürürlükte olmuşlardır.

Adı geçen hukuk kurallarından on tanesi "evamiri aşere" (on emir, décalogue) adıyla anılır. Tanrı bu emirlerini peygamberleri yoluyla bildirmiştir. Tevrât, İncil ve Kuran'da farklı ifade tarzlarına rastlanır. Bu emirlerden çeşitli kurallar çıkarılmıştır. Asılları şunlardır:

- 1- Allah'a şirk (ortak) koşmamak, tek bir Allah'a inanmak,
- 2- Put yapmamak,
- 3- Allah'ın adına hürmet göstermek, gereksiz yere zikretmemek,
- 4- Haftada bir gün tatil yapmak,
- 5- Anaya babaya boyun eğmek,
- 6- Adam öldürmemek,
- 7- Zina etmemek,
- 8- Hırsızlık yapmamak,
- 9- Yalan yere tanıklık etmemek,
- 10- Komşusunun malına, karısına göz dikmemek.

V. Bu kurallar iyi midir, kötü müdür? Hepsisi de Tanrı'nın emirleri olduğu için ve bu yüzden iyidirler. Onları eleştirmek, Tanrı'nın emirlerine karşı gelmek, dinden çıkmak demektir.

Görülüyor ki, gerek doğa felsefesine dayanan, gerek Tanrı'ya dayanan tabii hukuk görüşleri, insanın kendi bilinç ve iradesinin üstünde bulunan bir varlığın verdiği emirlerle, öğrettiği kurallarla uğraşmaktadır. Bu üstün varlık ya "doğa" ya "Tanrı"dır. İnsan aklının, insan iradesinin rolü ikinci derecede kalır. Hatta dinsel hukuk inancına göre, insan iradesi hemen hemen yoktur. İnsan aklı, Tanrı'nın hikmetini anlamak için ancak bir araçtır. Tabii hukukun bu ikinci evresinde tanrı, insanlara tikel (cüzî)

bir irade vermiş, onlara belirli emirlere uyup uymamak özgürlüğünü tanımıştır. Böylece insan, tikel (cüzi) iradeye sahip bir yaratık olmak sıfatıyla yaptıklarının sorumluluğunu taşımaktadır. Tümel (külli) irade, Tanrı'ya özgüdür. İnsanlara az bir özgürlük, seçme hakkı vermesi, gerçekte onları sınamak içindir. İnsanlar, hayır ile şerden (iyi ile kötüden) birini seçmek gücüne sahip olduklarından, doğanın diğer öğelerinden, diğer varlıklarından ayrılırlar. Dinî emirlere uymak ancak onlar için farzdır. Oysa doğa felsefesine dayanan tabii hukuk görüşü, daha ziyade bütün canlılara uygulanan bir dünya düzenini anlatmaktaydı.

## § 20

### AYDINLAMA ÇAĞINDA TABİİ HUKUK

Ortaçağın en karakteristik niteliği, insan zekâsının özgürce işlemesine engel olmak eğilimidir. İnsan zekâsının mutlaka belirli dinî prensiplere göre işlemesi istenir. Eğer bir kimse dinî prensiplere aykırı düşünür ya da onları eleştirirse, Tanrı'ya karşı suç işlemiş sayılır. Dinî inançlar, beşerî düşüncenin hemen her alanına, her dalına karışmaktadır.

Yalnız toplumsal bilimler değil, doğa bilimleri de dinsel otoritenin etkisi altındadır. Beşer zekâsının işlemesi, ancak "naklî" metod ya da "autorité" metodu dediğimiz yolla mümkündür. Yani her fikir, geçmişte yaşamış bir bilim ya da din adamının temel düşüncesine başvurulmak suretiyle doğrulanır. Eğer yeni bir düşünce, eski ustaların, ünlülerin keşfettikleri prensiplere uymazsa, o düşünce doğru değildir; bu yanlış düşüncede direnmek dine karşı küfür demektir.

İnsan zekâsı bu baskıdan rönesans ve reform hareketleriyle kurtulmuştur.

Aklın, özgürlüğüne kavuştuktan sonra ilk yaptığı şey, kendini bütün bâtil inançlardan temizlemek olmuştur. Bütün olayları, evrenin bütün olgularını özgür ve geçmişten bağımsız bir beyinle düşünmek, her şeyi boş inançlardan temizlenmiş özgür bir akılla ölçmek... Ancak aklın bulabildiği gerçekleri kabul etmek... O zamana kadar kutsal bir kural (nas) olarak belletilen her fikri kuşku ile karşılamak ve bu fikrin gizlediği gerçeği korkusuzca ortaya koymak...

İşte aydınlanma çağının heyecanlı havasında yaşamış olan düşünürlerin temel ilkeleri hemen bunlardır. Şimdi bu düşünüş biçiminin hukuk alanındaki yankılarını görelim<sup>8a</sup>:

(8a) *Le Fur* (Çev. Nihat Erim), 17. Yüzyıldan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin (İst. 1940); Yavuz Abadan, Grotius ve Tabii Hukuk (Cemil Bilsel'e Armağan) s. 523-566.

Mevcut insan toplumları üzerine yönelen bu özgür akıl, neyi gözlemlemişti? Görünen şuydu: İnsan toplulukları, herhangi bir hükümdarın buyruklarını kanun olarak kabul ediyor ve bunlara sürekli boyun eğiyordu.

Bu boyun eğme haline tek tek karşı çıkıldığında ceza veriliyor, toptan karşı koymalar ise politik önlem ve zorlamalarla bastırılıyor, mevcut düzen sürdürülüyordu. Oysa bu itaat hali, insanların doğal eğilimleriyle bağdaşmıyordu. İnsanların hemen hepsi, yaradılış itibariyle, uyruk değil, hükmeden olmak istiyordu. Hükümdar tek bir insandı, uyruklar bütün bir kitleyi oluşturuyordu. O halde insanlar neden isteklerine aykırı bir biçimde yaşamlarını sürdürüyor, hükümdarlarının emirlerini dinlemek zorunda kalıyorlardı?

Bu sorulara "Tanrı böyle istemişti" cevabı artık verilemiyordu. Şimdi insan aklı, bütün bunları kendi kendine, yalnız başına açıklamak istiyordu. Bu açıklamanın süreçlerini, şimdiye kadar izlediğimiz sıraya uygun olarak görelim:

I. Hukukî olaylar, daha geniş olarak da toplumsal olaylar, artık bütün evren olayları ile karıştırılmış durumda değildir. Henüz bütünüyle gevşememiş olan tanrı kavramına bağlılık, bu dönemin düşünürlerini akıl ile bulunabilen ve inançla bulunulabilen gerçekleri birbirinden ayırmaya yöneltmiştir. Aklın özgürlüğü, birinci tür olayları ilgilendirmektedir. Bu olaylar grubuna bütün dünyevî ve nesnel olaylar, bu arada toplumsal olaylar giriyordu. İnsanlar mevcut politik düzenin sırrını, mevcut kanunların kökenini, değerini akılları ile kavrayabiliyorlardı. Bu dünyaya ilişkin olayların bize öbür dünyadan haber veren gerçeklerle anlaşılmasına gerek yoktur. İnsan aklı dünya ile ilgili sorunları kendi kendine çizebilirdi. O halde hukukî olaylar, insan aklı tarafından kavranabilecek olaylardandı.

II. Hukuk kurallarını kim koymuştu? Bunu ne tüm tabiatı kapsayan bir kanunla ne de Tanrı düşüncesiyle açıklamaya gerek vardı. Bu kuralların her gün insanlar tarafından ortaya koyulduğu görülmekteydi. Emirnameleri krallar çıkarıyordu. Krallar da artık tanrısallık düşüncesinden soyutlanmış, sıradan insanlardı. Öyleyse neden hükümdarların kanun koymak, emir vermek yetkileri vardı? Bu yetkiyi, kendi güçleriyle kazanmış olamazlardı.

Çünkü, "zorla alma" hali ancak geçici bir süre için hükümdarlığı sağlar, karşı bir zorlama ile iktidar bir başka ele geçebilir. Yani bütün insanları zorla, isteklerine karşın baskı altında bulundurmamak ancak kısa bir süre için mümkün olabilirdi. Böyle bir durum başkaldırı ve ayaklanmayı doğurur ve güçlü sanılan iktidar derhal çökebilirdi. Oysa insan toplumları yüzyıllardan beri boyun eğmeyi kabullenmişti. O halde hükümdarın durumu güçle, yani bir mücadeleyi zaferle bitirerek iktidarı bir kez ele geçirmiş olmasıyla açıklanamazdı. Acaba tâbi durumda bulunan insanların da bu duruma *isteyerek boyun eğdikleri* düşünülemez miydi?

Gerçekten de bu olasılık, *aklın kolayca kabul ettiği tek olasılıktı*. Milyonlarca insan, rızası olmadan sürekli bir boyun eğme durumunda yaşayamazdı. O halde *insanlar toplum halinde yaşamaya* ve bir disipline tâbi olmaya rıza göstermişlerdi.

Acaba bu razı oluş, bu karşılıklı anlaşma nasıl olmuştu? Bu anlaşma olmadan önce ne vardı? İnsanlar hangi durumdaydılar? İşte bu soruların cevaplandırılması bize, aydınlanma çağındaki tabîî hukukun iki ünlü meselesini hatırlatır:

- 1- Tabîî hal meselesi,
- 2- Toplum sözleşmesi meselesi.

Tabîî Hukuk Okulu bu meseleleri şöyle açıklar:

*1. Tabîî Hal:* Toplum halinde yaşamak, insanın yaratılışı gereği olan özgürlük ve kayıtsızlık eğilimlerine aykırı olduğundan, toplum hali insan için tabîî ve eski değil, yapay ve sonradan edinilmiş bir durumdur. Herhalde insanlar yaratılışlarını izleyen evrelerde, birbirlerinden ayrı, tek başına ve tabîî bir halde yaşamışlardı. İşte "tabîî hal" dediğimiz durum, bu evredir. Fakat bu evre uzun sürmemiştir. Tabiat kanunlarıyla tek başına savaşıyor insanlar, bu güçlerle başa çıkamayacak durumdadırlar. Çünkü gelişmiş bir canlı olan insanın hayvanî güçleri, maddî güçleri sınırlıdır. Bunları çoğaltmak ve tabiat kuvvetlerini kendi başına yenmek elinden gelmez. Bu durumda insanoglu iki seçenekten birini yeğlemek zorunda kalmıştır: Ya birbirleriyle birleşip tabiata karşı ortaklaşa savunuya geçmek ya da yalnız kalıp tabiat kuvvetlerine yenilerek yok olmak. Bu zorunluluk, insanları, soylarının sürdürülmesi için birleşmeye çağırmıştır. Bu zorunluluğu duyan insanlar, kendi aralarında bir anlaşmaya varmışlardır. Bu anlaşma ile tabîî haldeki sınırsız özgürlüklerinin bir bölümünden vazgeçmek, buna karşılık da toplum halinin sağlayacağı "güven"den yararlanmak istemişlerdir.

Bir tür güven ve özgürlük değiş tokuşu görünümünde olan bu ilk anlaşmaya "toplum sözleşmesi (contrat social)" adı verilir. Bu anlaşmanın fiilen yapılmış olduğunu ileri sürmek olanaksızdır. Bu düşünce, tabîî hukuk okulunu eleştirenlerin abartılı alaylarının sonucudur. Tabîî hukuk düşünürleri bu anlaşmanın yalnızca varsayıldığını söylemişlerdir.

Toplum sözleşmesi böylece kabul edildikten sonra, insanlar artık kendi atalarının verdikleri sözle bağlanmış bulunuyorlardı. Toplum halinde yaşamının bütün sıkıntılarına bu anlaşma bağı dolayısıyla katlanıyorlardı. İşte toplumun ve toplumsal kuralların, kanunların, emirlerin kökeni bu toplum sözleşmesine dayanmaktadır. Bu emir ve kurallara karşı gelmek, insanın kendi yaptığı ya da katıldığı bir anlaşmaya karşı gelmekle birdir; bu nedenle suç sayılıyordu.

2. *Sözleşmenin Niteliği*: Değişik politik düşüncelerden esinlenen çeşitli filozoflar, birbirinden farklı açıklamalarda bulunmuşlardır:

Hükümdarın durumunu sağlama almak isteyen mutlakiyetçi filozoflara göre, bu anlaşma bir tarafını "halk"ın, öteki tarafını "hükümdar"ın teşkil ettiği bir "uyrukluk anlaşması"dır. Halk, hükümdara kendini terketmiş, bağışlamıştır.

Tabîî hal, yaşanması zor bir vahşet dönemi olduğundan, insanlar, kendilerini ancak başlarına bir hükümdar seçerek kurtarabileceklerini anlamışlar ve bu ilk hükümdara karşı bir "uyrukluk sözü (taahhüdü)" vermişlerdir. Bütün haklarını ona devretmişler, buna karşılık hükümdarın kendilerini iyi idare etmesini istemişlerdir. Şimdi artık hükümdar bütün haklara sahiptir, halkı da ilk toplum sözleşmesi gereğince, iyi idare eder. Hükümdar kötülük yapmaz; bu yüzden herhangi bir başkaldırı söz konusu olamaz. Görüldüğü gibi bu görüş, çok tutucu bir görüştür.

Oysa diğer bazı filozoflara göre, bu anlaşma, insanların birbirleriyle yaptıkları bir toplum statüsü gibidir. Herkes bir miktar hakkını, özgürlüğünü bırakıp, karşılığında güvenlik sözü almıştır. Daha doğrusu tabiat halindeki özgürlüğünü vermiş, medenî insanlara özgü sınırlı fakat güvenli bir özgürlük parçası elde etmiştir. Hükümdarsa, bu insanları idareyle yükümlü herhangi bir insandan başkası değildir. Onun hükümdarlığı, halkın kendisine verdiği bir idare yetkisinden başka birşey değildir. Bu yüzden hükümdar, hareketlerinde başıboş (keyfî) olamaz. Toplum sözleşmesinin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Bu zorunluluğa uymazsa, hükümdarlık hakları elinden alınır.

Görülüyor ki, bu ikinci iddia, açık bir şekilde devrimcidir.

Özet olarak, aydınlanma çağındaki tabîî hukuk fikri, hukuk kurallarının kökenini insan aklına ve insan aklının bir buluşu olan toplum sözleşmesi fikrine dayandırır. Artık bu hukuk kuralları ne tabiatın ne de tanrının değil, yalnızca insan aklının eseridir. Onun için bu okula "Aklî Tabîî Hukuk Okulu" da denir.

III. İnsan aklı ve insan doğası sâbittir. İnsan aklı ve insan doğası sâbittir. Her zaman ve her yerde herkes için aynıdır. O halde tabîî hukuk kuralları, aynı insan aklının ürünü ve aynı beşerî serüvenin sonucu olduğundan her zaman her yerde aynı olarak kalır; insandan da ayrılmaz. Çeşitli toplumlardaki ve çeşitli zamanlardaki hukuk kuralları arasındaki farklar, temelde aynı kalan tabîî hukuk gereklerinin farklı belirtilerinden ibarettir. Temel ilkeler hep aynı kalır.

IV. Tabii hukuk kurallarının içerikleri, insanların "tabii hal" deki haklarının "toplum halinde" bile korunduğunu, doğrulandığını gösteren hükümlerdir.

O halde, "toplum hali" insana yeni bir şey vermez, ancak "tabii hal" de var olan tabii ve öncesiz hakkını biçimlendirir, doğrular. Yani "tabii hal" de insanın zaten sahip olduğu hakkını, "toplum halinde" de korumak ve doğrulamak hakkını verir. O halde tabii hukuk kurallarının neleri içerebileceği ancak tabii halde insanların hangi haklara sahip olduklarının bilinmesiyle anlaşılır. Bu nasıl bilinir? İnsan aklı, tabii halde yaşayan soyut bir insanın hangi hak ve özgürlüklere sahip olduğunu düşünerek bulabilir ve bulduğu kuralları da tabii haklar olarak ilân edebilir.

Demek ki, artık tabii hukuk kurallarının sayısı artmakta, daha doğrusu bu kuralların ortaya çıkış biçimleri çoğalmaktadır. İnsan aklı her zaman yeni bir kuralı keşfedebilir ve bunun tabii hukuka ait olduğunu kanıtlayabilir.

Burada üzerinde durmamız gereken bir konu bulunmaktadır: Gerek eski tabiat felsefesine dayanan gerek tanrısal temele dayanan tabii hukuk görüşleri, daha çok bizim bugün "objektif hukuk" dediğimiz şeyi açıklamaya çalıştığı halde, aydınlanma çağındaki tabii hukuk, "sübjektif hukuku" yani hakları açıklamaya çalışmaktadır. Çünkü bu çağdaki düşüncenin odağı artık ne tabiat ne de devlet ve onun emirleridir; artık bütün beşer düşüncesi "insan"la, "birey"le uğraşmaktadır. Onun tabii bir yaratık olan "beşer" sıfatıyla sahip olduğu hak ve özgürlüklerini, toplumsal niteliği bir soyutlamadan ibaret olan "birey" sıfatı yüzünden yitirmemesine çalışılmaktadır. Bütün amaç, tabii varlıkla medenî vatandaş arasındaki uygunluğu sağlamaktır. Bu amacı sağlamak için ortaya atılan düşünceler, toplumlar üzerinde güçlü yansımalar (akisler) yapmış ve kitleleri çeşitli ihtilâllere sürüklemiştir. İnsan haklarına, insanların tabii ve doğuştan sahip buldukları haklara kıyıcı ve zorba idarelerce el konulduğu, bu hakların geri alınmasının insanlık onurunun ilk gereği olduğu düşüncesi yüzyıllarca kitlelere hâkim olmuş, Büyük Fransız İhtilâli bu düşüncelerin etkisi altında yapılmıştır.

Böylece Fransız İnsan Hakları Bildirgesi, aydınlık çağındaki tabii hukuk fikirlerinin anıtsal bir örneğini oluşturmuştur. Bu bildirgenin bazı maddelerini okuyalım:

Madde 1- İnsanlar hukuken özgür ve eşit doğar ve öyle kalırlar. Toplumsal ayrılıklar ancak ortak yarara dayanabilir.

Madde 2- Her siyasî topluluğun amacı, insanın tabii ve zamanaşımına uğramaz haklarının korunmasıdır. Bunlar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya direnme haklarıdır.

Madde 3- Her türlü egemenlik ilkesi her şeyden önce milletin kendisindedir; hiçbir kurul, hiçbir birey açıkça millettten gelmeyen otoriteyi kullanamaz.

Madde 4- Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmeye dayanır. Onun için, her insanın tabii haklarının sınırı, toplumun başka üyelerine aynı hakları sağlayan sınırlardır. Bu sınırlar ancak kanunla belirlenebilir.

V. Tabii hukuk kurallarının hepsinde ortak olan bir nitelik de "ikinci (dualist)" olmalarıdır. Yani daima bir yanda fiilen uygulanan kanun maddeleri vardır, bir de bu kanun maddelerinin eleştirisinde ve hazırlanışında bir model rolünü oynayan tabii hukuk ilkeleri vardır. Aydınlanma çağında tabii hukuk ilkeleri artık yazılmaya başlandığı zaman, bütün diğer hukuk kurallarının değeri, bu hukuk ilkelerine uygunluk derecelerine göre ölçülmüştür.

*Pozitif kanunlar, tabii hukuk prensiplerini doğruladıkları oranda iyi, bu ilkelere uymadıkları oranda da kötüdür.*

Böylece tabii hukuk görüşlerini ana hatlarıyla özetlemiş bulunuyoruz. Her üç evredeki tabii hukukun ortak ve ana niteliklerini tekrarlayalım:

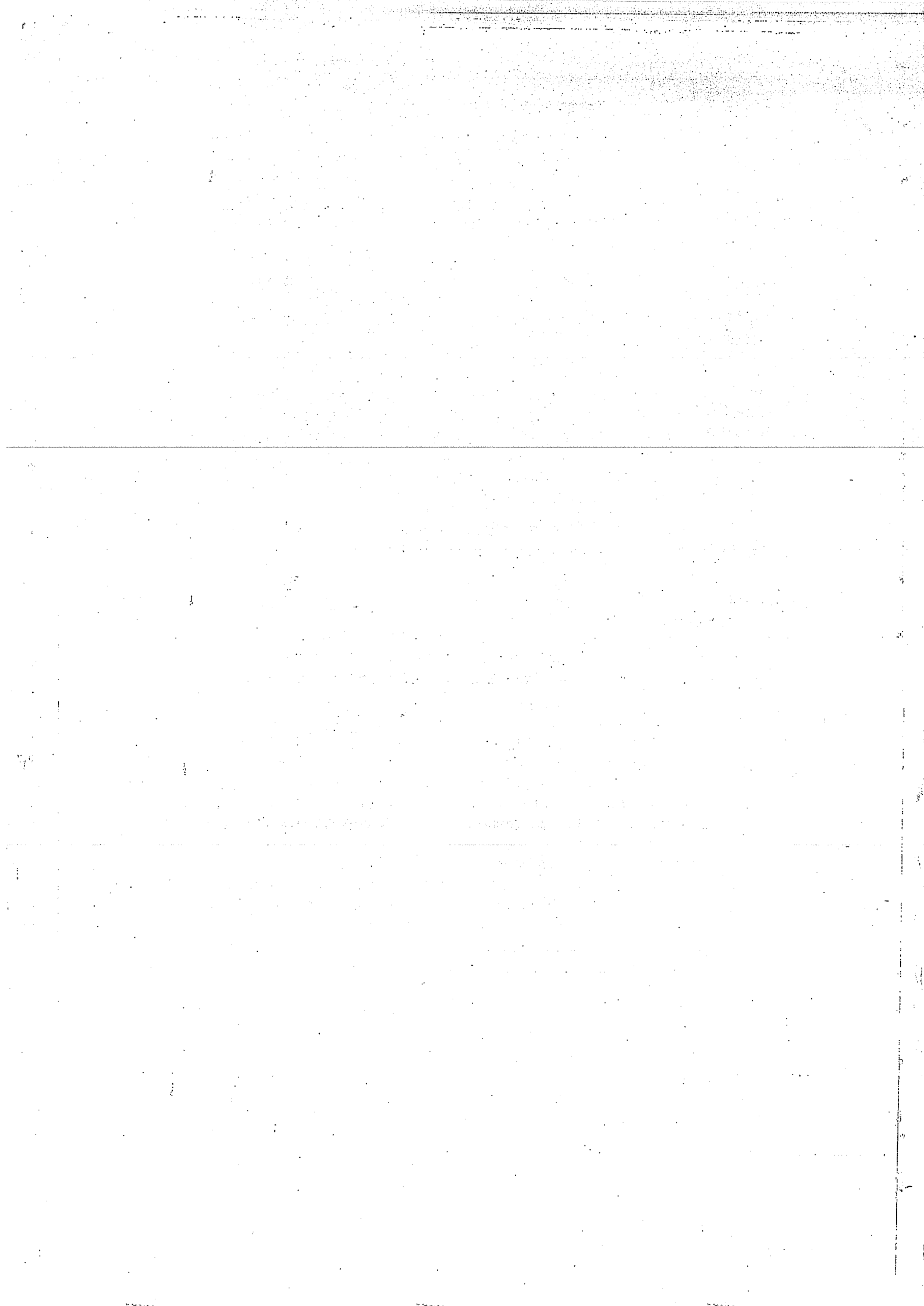
1- *İkicilik*: Bir tarafta fiilen yürürlükte olan pozitif kanunlar, diğer tarafta tabiatın, tanrının ya da insan aklının emrettiği *tabii hukuk kuralları*.

2- *Evrensellik ve Sonsuzluk*: Yani bütün zamanlarda ve bütün toplumlarda geçerli olan bazı değişmez ilkelerin varlığını kabul etmek.

3- *A Priori Fikirlerle Bağlılık*: Bu ilkelerin deney ve gözlemden uzak olarak salt aklın işlemesiyle bulunabileceğine inanmak. Gerçi tanrısal hukukta bunlar akıl ile değil, inançla yani kutsal esine inanmakla bulunur. Fakat biz burada akılcılığı, deneyciliğin zıddı olarak alıyoruz.

İster sezgi ve esin yoluyla olsun ister aklın işlemesiyle olsun, zihnin, deneyin ve gözlemin yardımından ayrı olarak kendi kendine işlemesiyle bu prensipleri keşfedilebileceğine olan inanç, tabii hukukun belirgin bir niteliğidir. Buna "*a priori*" düşüncelere bağlılık da diyebiliriz.

Tabii hukuk fikrinin geçirdiği evreleri böylece üç esas döneme ayırırken, bu düşünceye dayanan kuramın çeşitli hukuk felsefesi okulları arasında en dayanıklısı ve en fazla geliştirmeye, düzeltmeye elverişli bulunduğunu da söylemiştik. Bu düşüncenin, 19. yüzyıl sonunda ve 20. yüzyıl başında yeni bir canlanışına daha tanık oluyoruz: "Tabii Hukuk Rönesansı" adını alan bu hareketten daha sonra söz edeceğiz. Çünkü bu hareket, tarihçi ve pozitivist hukuk okullarındaki hatalı ve noksan yönlerin bir tepkisi olarak ortaya çıkmıştır. Bu okulları incelemeden tabii hukuk rönesansından söz etmemiz yararsız olur (§ 23'e bkz.).





## ANLATIM PLANI

## MÜLKİYET

## I. LİBERAL GÖRÜŞ

- A. John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Görüşü-Emek Teorisi
- B. Immanuel Kant'ın Özel Mülkiyet Hakkındaki Görüşü- İrade Teorisi

## II. KOLEKTİF MÜLKİYETİ SAVUNAN GÖRÜŞ

- A. 1936 Tarihli Sovyet Rusya Anayasası
- B. Sovyet Sisteminde Mülkiyet Tipleri
  1. Devlet Mülkiyeti
  2. Kolektif Çiftlik Mülkiyeti
  3. Kişisel Mülkiyet
  4. Özel Mülkiyet

## III. SOSYAL FONKSİYONCU GÖRÜŞ

## MÜLKİYET

Hukukun sosyolojik temellerinin başında ekonomik değer olarak mülkiyet kurumu yer almaktadır. Toplumun örgütlenmesi başlangıçta ekonomik temellidir. İnsanlar ihtiyaçlarını tek başına karşılayamadıklarından bir arada yaşamak durumundadır. İnsanların ihtiyaç duydukları malların üretilmesi, tüketilmesi ve bunlardan yararlanma olgusu sosyal bir çevre içinde gerçekleştiği için bu mallara kimin nasıl sahip olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu özelliği dolayısı ile mülkiyet hem sosyal çatışmanın hem sosyal düzenlemenin ve bu özellikleri nedeni ile nihai olarak hukukun konusu olma niteliği taşımaktadır.<sup>46</sup>

Mülkiyet Arapçadan gelme bir kelimedir. Mülk sözcüğünden türemiştir, hüküm ile bir şeyin zaptı ve tasarrufu olarak tanımlanır ve "saltanat" anlamına gelir. Melik, mülke sahip olanı niteler. Mülk, malik, melik gibi kelimelerin hepsinde güç, iktidar anlamlarının bulunduğu görülmektedir. O halde mülkiyetle hakimiyet kavramları arasında etimolojik ve ilerde görüleceği gibi sosyolojik ve siyasi bir ilişki vardır.<sup>47</sup>

İnsanın mal ile olan ilişkisi, yaşamını sürdürebilmesi bakımından zorunludur. Maddi ve manevi yaşamın temeli olan mülkiyet, insanla doğa ve insanla insan arasındaki ilişkileri kapsayan geniş bir kavram ve olgudur. Ancak yaşamak için gereksinim duyulan şeyler kıt ve bunlar çoğu kez büyük güçlük ve emekle elde edilebilmektedir. Öyleyse malların sınırlılığı, sınırlı malların elde ediliş yöntemleri ve mülkiyet ilişkilerinin toplum içinde cereyan etmesi, mülkiyet sorununun temelini teşkil eder. İnsanların ihtiyaç duyduğu malları sosyal bir çevre içinde üretmek, tüketmek ve onlardan yararlanmak zorunda bulunması genel olarak üç soruyu ortaya çıkarır.

<sup>46</sup> Nihat Bulut, "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Hukukunda Mülkiyet Hakkı", EÜHF. C.x, S.3-4 (2006), s.15

<sup>47</sup> Bu ilişki, Yunan ve Latin Dillerindeki mülkiyeti ifade eden kelimelerde de görülmektedir. Latince Mülkiyet anlamına gelen başlıca iki kelime vardır; "proprietas" ve "dominium". Dominium, domus'tan (ev) gelmektedir ve evi yönetmek, ona egemen olmak anlamına gelmektedir. Proprietas, proprius sıfatından türetilmiştir. Proprius özel özgü anlamına gelir. O halde proprietas birine özgü demektir. Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji Hukuk ve Devlet, İstanbul: Der Yayınları, s. 270.

Birinci soru, bu mallara **kim** sahip olabilir sorusudur. Bu soru, mülkiyet üzerinde tasarruf, kullanma ve yararlanma iktidarının kime ait olduğuna ve bu iktidarın hangi sınırlar içinde nasıl kullanılacağına cevap arar.

İkinci soru ise bu mallara **nasıl** sahip olunabilir sorusudur. Bu soru ise mallar üzerindeki meşru mülkiyetin nasıl tesis edileceği ile ilgilenir

Diğer yandan mülkiyet hakkı, temelde ekonomik değerlerden yararlanmayı (usus), onun ürünlerini kullanmayı (fructus) ve onun üzerinde tasarrufu (abusus) içermektedir. Bu durumda üçüncü soru, usus, fructus ve abusus haklarının ne ölçüde geçerli ve hangi koşullarda sınırlanabileceğine yanıt arar.<sup>48</sup>

Yukarıda değinilen üç soruya verilmiş cevapları üç temel görüş altında toplamak mümkündür. Bunlar;

1. Liberal Görüş (Özel mülkiyeti savunur)
2. Kolektif Mülkiyeti Savunan Görüş
3. Sosyal Fonksiyoncu (Özel mülkiyet hakkını kamu yararı temelinde kısıtlamayı savunur)

<sup>48</sup> Öktem- Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji Hukuk ve Devlet*, s. 270-271. Hukuk sosyolojisi, kurumların tarihlerini karşılaştırmalı olarak incelediği takdirde, o kurumun bugünkü görünümü hakkında bilimsel sonuçlara ulaşabilir. Ancak biz, burada mülkiyet kurumunun tarihsel analizini ayrıntılı olarak yapmayacağız. Bugün pozitif hukuk sistemleri içinde değişik görünümler alan mülkiyet kurumu tarihsel açıdan ele alındığında şu hususların tespit edilmesi mümkündür:

a. İkel toplumlarda toprak mülkiyetinin mistik öğelerle iç içe olduğu görülmektedir. Toprak, ölüleri de içeren gruba aittir. Klan mensupları ancak, ölülere ve grubun tamamına ait olan toprağın ürünlerinden faydalanabilmektedir. Ancak ilkel toplumlarda kişinin bizzat ürettiği veya yaptığı, kendi eseri olan mallarda özel mülkiyete yer vermiştir. Burada kişinin emeğinin özel mülkiyeti meşrulaştıran bir fonksiyon üstlendiği söylenebilir. Fakat özel mülkiyetin de mistisizmden ve kutsallıktan arındırılmadığını görüyoruz. Ölümle birlikte tüm mallar ya yakılır ya da ölüyle birlikte gömülürdü. Bu uygulamanın izlerini 1829 tarihli Kanunla yasaklanmasına rağmen halen Hindistan'da bir vakta olarak devam eden "satı" de görmek mümkündür. Bir töre olan satı'ye göre eşi ölen dul kadın eşinin cesedi ile beraber yakılmaktadır.

b. Antik Yunan'da mülkiyet aile kurumu ve kutsallıkla iç içe bir olgu olarak değerlendirilmiştir. Özel mülkiyetin ortaya çıkışı ailenin ölülerinin karıştığı toprakla kurulan mistik ilişki sayesinde olmuştur. Başlangıçta ailenin kutsal ortak mülkiyeti söz konusudur. Miras hakkı en büyük erkek çocuğa aitti. (En büyük erkek çocuğun miras hakkı Avrupa'nın birçok yerinde Fransız İhtilali'ne kadar devam etmiştir.) Ancak zamanla paranın ortaya çıkması, ve ticaretin gelişmesi ile aile mülkiyeti kutsallığını yitirmiş ve yerini bireysel özel mülkiyete bırakmıştır.

c. Roma'da, bireysel aile ve kamu mülkiyeti aynı anda görülmüştür. Gelişmiş bir hukuk düzenine sahip olan Romalılar mülkiyetin üç fonksiyonunu (usus, fructus ve abusus yani kullanma, yararlanma ve ) birbirinden ayırmışlardır. Roma'da mülkiye temelde bireysel bir nitelik taşımasına rağmen mülkiyet hakkı hiçbir zaman sınırsız ve keyfi bir iktidar olarak anlaşılmamıştır. Roma'da görülen bazı uygulamalar (kamulaştırma, binaların belli yüksekliği geçmesine izin verilmemesi vs.), mülkiyet hakkının gerektiğinde kamu yararı nedeni ile kısıtlanabileceğini bize göstermektedir.

d. Semavi dinler olan Musevilik, Hıristiyanlık ve İslamiyette baktığımızda, özel mülkiyet hakkının bulunduğu ancak mülk edinmenin kişinin ahlaki ve dini vecibelerini unutturmaması gerektiğini savunan bir anlayışın ortak bir düşünce olarak geliştiğini görmekteyiz. Mülkiyet kavramının tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji Hukuk ve Devlet*, s. 272-283

<sup>48</sup> Emile James, "Giriş", Pierre Joseph Proudhon, *Mülkiyet Nedir? İçinde (23-34)*, İstanbul: Toplumsal

## I. LIBERAL GÖRÜŞ

Liberal düşüncenin temel aldığı esas değer ferttir, bu sebeple kişi-eşya ilişkisinde kişiye sınırsız haklar tanır. Malikin mülkü üzerinde mutlak sınırsız ve tekelci bir hakimiyet hakkı vardır. En koyu klasik mülkiyet anlayışına göre, bu hak kişiye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz kutsal bir haktır. Nitekim liberal ilkelere bağlı ilk burjuva devrimi olan Fransız Devriminden sonra ilan edilen Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin 2. ve 17. maddelerinde mülkiyet hakkının bu niteliği belirtilmiştir.<sup>49</sup>

Liberal mülkiyet anlayışı esas itibarı ile iki düşünürün görüşleri ile şekillenmiştir. Bunlar John Locke ve Immanuel Kant'tır.

### A. John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Görüşü-Emek Teorisi

Locke'a göre Tanrı dünyayı insanlara ortaklaşa vermiştir. Başka bir deyimle, Tanrı'nın yaratmış olduğu bu dünyada var olan, bu dünyanın (doğanın) ürünü olan her tek şey üzerinde ve bütün olarak dünya üzerinde her insanın eşit ve başkalarinki ile aynı orana sahip ortak bir hakkı vardır. Her nesne üzerindeki hakkın eşit ve her nesnenin mülkiyetinin ortak olduğu böyle bir durum içerisinde, hiç kimsenin diğerlerini dışlayarak, bir nesne üzerinde tek başına hak iddia edebilme ve tasarrufta bulunma olanağı yoktur. Bu durumda bir kişinin bir nesnenin mülkiyetine kişisel olarak sahip olabilmesi (yani nesneyi özel mülkiyeti haline getirmesi), ancak bu nesnede hakkı olan bütün diğer insanların haklarından feragat etmesi ve nesnenin söz konusu kişinin mülkiyetine dönüşmesine izin vermesi ile gerçekleşecektir.<sup>50</sup>

Ancak bu son durumun Locke için kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Zira mülkiyet kavramının kapsamı ve insan ihtiyaçlarının çeşitliliği, ertelenemezliği ve sürekliliği düşünüldüğünde her nesne için her insanın onayını almak zorunluluğu kabul edilemez. Her nesnenin kullanımı, tüketimi ya da mülkiyeti için her defasında bütün insanların onayını aramak, insan türünün bugüne kadar varlığını nasıl olup da sürdürebildiğini açıklamakta yetersiz kalır. Oysa söz konusu ihtiyaçlar ve ihtiyaçların nitelikleri dikkate alındığında bazı nesnelere üzerinde kurulması kaçınılmaz olan özel mülkiyet insan türünün varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan en önemli araçtır. Ancak dünyadaki bazı nesnelere başlangıçta var olan ortak mülkiyet bütününden nasıl olup da ayrıldığı ve bu ayrılan nesnelere üzerinde özel mülkiyetin kurulup kurumsallaştığı açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>51</sup>

Locke'a göre, doğal olan her şey ortak mülkiyetin kapsamı içindedir. Bütün insanların bunlar üzerindeki hakkı eşit orandadır. Dolayısı ile insan bu eşitliği bozmak için doğal olana kendisinin olan, kendisinden olan bir şeyi katması nesneye kendisinden bir şeyi karıştırması gerekir. Bunu yaparak, kişi, doğal ve ortak mülkiyete konu olan nesnelere kişisel ve özel olarak değerlendirilecek nesnelere birbirinden ayıracak bir kriter ortaya koymuş olur. Bu ayırımı yapacak olan, doğal olanı doğallıktan çıkarıp özel kılacak olan emektir. Emegi katmak çoğu zaman doğal olanın niteliğini değiştirip onda bir değer artışı meydana getirmek anlamına gelir. Doğal olanın üzerine kişisel emeğimizle yeni bir şey katmak, bizi bu yeni

<sup>49</sup> Madde 2: "Her siyasal toplumun amacı, insanın doğal ve zaman aşımı ile kaybedilmeyen haklarını korumaktır. Bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir."

Madde 17: "Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz."

<sup>50</sup> Hamdi Bravo, "Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı", Hayrettin Ökçesiz (Hzl.), HFS 16 içinde (169-178), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 170.

<sup>51</sup> Bravo, "Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı", s. 171

şeyler üzerinde mülkiyet hakkına sahip kılar. Nesneye katılan yalnızca bizim emeğimiz olduğu için nesne, Tanrı tarafından bütün insanlara verilmiş o eski nesne olmaktan çıkmıştır.<sup>52</sup>

Emek teorisine göre insan kendisinin ve uzuvlarının sahibidir. Buna göre insan, kendi uzuvları üzerindeki sahiplik hakkının uzantısı olarak, uzuvları vasıtası ile işlediği başta toprak olmak üzere diğer nesnelere üzerinde de bir sahiplik hakkına sahiptir. Yani doğada ham halde bulunan nesnelere bireyin emeğini katması ile ortaya çıkan ürünler, şeyler ve metaller üzerinde kişinin özel bir hakkı vardır.<sup>53</sup>

Bütün bu söylenenler bir başka soruyu gündeme getirir: emek verdiğimiz her şeyin mülkiyetine sahip olabilir miyiz; yoksa özel mülkiyetin de bir sınırı var mıdır?

Emek sayesinde kazanılmış olan özel mülkiyet hakkı, Locke'a göre, sınırsız bir hak değildir. Hiç kimse, ne yeryüzünün bütününe ya da yeryüzünün bütün ürünlerine sınırsızca, ne de keyfinin istediği oranda sahip olabilir. Kişi ancak kullanabileceği kadar nesne ve mal üzerinde özel mülkiyet hakkına sahiptir. Yani herhangi bir kişi, ancak bozulmadan, gürütmeden kullanabileceği kadar doğal ürünü emeği vasıtası ile mülk edinebilir ve kişinin bu ölçütlere uygun olarak elde ettiği şeyler üzerindeki hakkı, doğal yasadaki kaynaklanan meşru bir haktır. Özel mülkiyet hakkını tanıyan doğal yasanın öngördüğü sınırlamalar ise onun toplumsal boyutunu oluşturur.<sup>54</sup>

Ancak Locke'un, emek ve işgücünün, ortak malların bir kısmı üzerinde kişi lehine özel mülkiyet yaratacağı şeklindeki görüşü özellikle sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan mülkiyet ilişkilerini çözümlemek konusunda yetersiz kalmıştır. Çünkü, sanayi devrimi sonucunda sermayenin giderek belirli kesimlerin elinde toplanması sonucunda bazı kişiler emek harcamadan ve belirli bir ücret karşılığında başkalarının emeklerinden yararlanarak gereksinimlerinden fazla malvarlığına sahip olmuşlardır. Liberal düşüncenin kapitalist aşamasında, artık insanlar diledikleri kadar malvarlığına sahip olabileceklerdir.<sup>55</sup>

## B. Immanuel Kant'ın Özel Mülkiyet Hakkındaki Görüşü- İrade Teorisi

Kant'a göre evrensel adalet yasası, yani aklın hukuksal kategorik imperatifi, karşılıklı uzlaşabilirliği varsayar, ve bu uzlaşabilirlik ölçütüne uygun olarak herkesin eylem özgürlüğü bir yandan sınırlanırken diğer yandan da adil olması kaydıyla her insana, eşit bir şekilde, istediği her şeyi yapabileceği geniş bir özgürlük alanı tanır.

Nesnelerin kullanımı ve temellükü söz konusu olduğunda, söz konusu ilke gereği, tek tek herkes dış dünyadaki bir nesneyi mülk edinme hakkına sahiptir. Buna göre herkes kendi özel mülkiyetini diğerlerinin kullanımından ve müdahalesinden koruma yetkisine de sahiptir. Özgürlükle temellenen akılsal adalet, özel mülkiyet hakkının tanınmasını gerektirir. Çünkü sadece özel mülkiyet, kişiyi başkalarına bağımlılıktan kurtarır ve özgür kılar.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Bravo, "Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı", s. 171

<sup>53</sup> Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyoloji Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt II*, Işın Yayıncılık : Ankara, 1984, s. 108

<sup>54</sup> Bravo, "Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı", s.174

<sup>55</sup> Yasemin Işıktag, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s.162

<sup>56</sup> Wolfgang Kersting, "Politika, özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", Hakan Çörekçioğlu (Der.) *Kant Felsefesinin Politik Evreni içinde (57-79)*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 62-63

Kant, mantık kuralları çerçevesinde düşündüğümüzde, yeryüzünün ve üzerindeki insanların irade ile donatılmış bir tür olan beşeriyetin yani insanlığın emrinde olması gerektiğini belirtir. Bu anlamda dünyadaki diğer şeylerin hiçbir hakka sahip değildir. Yeryüzünün hakiki ve ilk sahibi beşeriyettir. Ancak beşeriyet soyut bir kavramdır. Beşeriyetin yeryüzünden ve üzerindeki kişilerden mülk olarak faydalanabilmesi, kendi üyeleri olan somut fertlerin mülkiyete konu olabilecek şeyler üzerinde tasarruf edebilmesi ile mümkündür. Ancak şeyleri kullanma özgürlüğümüz sınırsız değildir. Zira beşeriyetin her üyesinin iradesi en az diğer üyelerin iradesi kadar saygıya değer olduğundan, bir üyenin tasarrufu ancak diğer üyelerin iradesi ile çatışmadığı oranda meşru olur. Bu durumda beşeriyet, tikel bireyin temellük ve tasarrufunu, başkalarının iradelerini ihlal etmediği takdirde meşru sayacak, onaylayacak giderek bunu bir hak olarak değerlendirecek ve zamanla temellük iradesini hukuken korumaya layık bulacaktır. Kant'a göre ilk meşru mülkiyet hakkı şu şekilde tezahür etmiş olmalıdır: Birey üzerinde başkalarının temellük iradesi bulunmayan bir şeyi, yani daha evvel bireysel bir başka irade ile mülk edinilmemiş bir şeyi, kendi iradesini kullanarak egemenliği altına alabilir ve kendine tahsis edebilir. Yani şeyi kendine mülk kılabilir. Böyle bir halde beşeriyet, herhangi bir iradeler çatışmasına yol açmamış olan böyle bir ihrazı, meşru bir temellük sayar. Böylece bu ilk ihraz, meşru mülkiyetin kaynağını oluşturur. Bundan sonraki mülkiyet intikalleri meşruyetlerini işte bu ilk ihrazdan alacaktır.<sup>57</sup>

Kant'ın mülkiyet teorisinden şu sonuçlar elde edilebilir:

1. Her şey ilkece birinin özel mülkiyeti haline gelebilir ve öyle kalabilir.
2. Herkes, sahipsiz şeyleri kendi mülkiyetine alma ve adalete uygun olarak onlara sahip olma yetkisine sahiptir. Yani kişi, başkalarını, hukuka uygun olarak kendi mülkiyetini kullanmaktan mahrum etmeye yetkilidir.
3. Herkes, herkese şu prensip çerçevesinde davranmakla yükümlüdür: Herkes kendi mülkiyet haklarını oluşturabilir ve kendi özel mülkiyet düzenini tesis edebilir.

Bu sonuçlar göstermektedir ki, Kant'a göre, bireyin şeyler üzerinde iradesi ile kurduğu ilk ediniminden (prima occupatio) kaynaklanan özel mülkiyet, toplumun diğer fertlerinin onaylaması ile kurulmaktadır. Ancak bireyin bu ilk edinimi (işgal) ve toplumun bunu onaylaması hukuksal olarak tamamlanmalıdır. Öyleyse hukukun görevi bu ilişkileri, herkesi kapsayan kurumsallaşmış yasama vasıtası ile mülkiyet hakları olarak nitelendirmek ve teyit etmektir.<sup>58</sup> Kant'ın irade ya da işgal teorisinin pozitif hukuktaki somut uygulanması Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanasını ile kazanılmasını düzenleyen 713. maddesinin birinci fıkrasında görmek mümkündür. Bu hükme göre:

"Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir." (Olağanüstü zamanasını)

Benzer bir hüküm sahipsiz taşınır malların mülkiyetinin edinilmesini düzenleyen Medeni Kanunun 767. maddesinde vardır. Bu hükme göre:

"Sahipsiz bir taşınır malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun maliki olur."

Liberal düşüncenin yansıdığı ilk Tedvin edilmiş olan Medeni Kanun olan 1804 tarihli Code Napoléonda (Fransız medeni Kanunu) Roma Hukukunda olduğu gibi mülkiyet mutlak

<sup>57</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyoloji Dersler* s. 110

<sup>58</sup> Kersting, "Politika, özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", s.65-66

bir hak olarak görülmüştür (jus utendi, fruendi et abutendi). Mülk sahibi olunca kişi özgürlükle kendi mülkünden yararlanabilmekte, ürünlerini devşirebilmekte ve hatta kötüye kullanabilmekte ve giderek imha edebilmektedir. Code Napoléon'u hazırlayan hukukçular mülkiyeti genelde kutsal ve tabiatan gelen bir hak olarak görmüşlerdir. Fransız Medeni Kanununun hazırlayıcılarından ünlü hukukçu Portalis'e göre, "mülkiyet kutsal bir haktır. İnsanlar var olduğundan beri mülke sahip olanlar da olmuştur. Mülkiyet hakkı ne bir sözleşmenin ne de pozitif hukukun bir sonucudur. Mülkiyet, insanın kendisinden varlığından doğmaktadır."<sup>59</sup> Diğer yandan liberal ekonomistlere göre özel mülkiyet ancak mutluluğun temellerini sağlayabilirdi. Siyaset bilimciler ise özel mülkiyete sosyal düzeni muhkemleştiren bir enstrüman olarak işlevi yüklemektedir.<sup>60</sup>

## II. KOLEKTİF MÜLKİYETİ SAVUNAN GÖRÜŞ

Farklı coğrafyalarda tarihin değişik dönemlerinde kolektif mülkiyeti savunan birçok düşünür bulunmasına rağmen kolektif mülkiyet görüşünü, en etkili şekilde ifade eden ve bunu uygulama imkanı bulan doktrin, marxist dünya görüşüdür. Ancak marxist kolektif mülkiyet anlayışını izah etmeden ve somut uygulanma biçimlerini aktarmadan önce Marxist doktrinini konumuzla ilgili bazı temel görüşlerini ifade etmek yararlı olacaktır.

1. Marxizm'e göre, tüm sosyal ilişkiler arasında ekonomik ilişkiler, temel yapı ilişkileridir. Üretim ilişkilerinin tümü toplumun ekonomik yapısını oluşturur ve bu temel üzerine hukuki, siyasal, entelektüel yapı kurulur. Altyapı kurumu olan üretim biçimi, toplumun üstyapısını oluşturan sosyal, siyasal, hukuksal ve entelektüel kurumların nitelikleri üzerinde belirleyici bir rol oynar. Ekonomik altyapı, tüm üretim ilişkilerinden oluşur ve bu maddi temel, mülkiyet ilişkileri yani üretim araçlarının mülkiyetinden doğan ilişkilere bağlı olarak, değerlerin paylaşılması, mübadele biçimleri ve sosyal sınıflar arasındaki ilişkileri kapsar.<sup>61</sup> Konumuz açısından bakıldığında, Marxizm'in bu ön kabulünün sonucu olarak, hukuk düzenin kendiliğinden bir geçerliliğinden söz edilemez, hukuk esasında toplumdaki iktisadi ilişkilerin bir ürünüdür ve hukuk düzeni toplumda ekonomik güç temelinde farklılaşmış sınıflar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir.

2. Topluma baktığımızda onun sınıfsal bir özellik gösterdiğini görüyoruz. Sınıflara bölünmüş bir toplumda devlet, ekonomik bakımdan güçlü olan sınıfın siyasal örgütlenmesini aksettirmektedir. Devlet kısaca mülk sahiplerinin devletidir. Mülk sahipleri her ne kadar sayısal olarak toplumda bir azınlık oluşturmaktaysa da örgütlenme kapasitesi, ekonomik gücü ve devletin zorlayıcı aygıtları olan ordu, polis ve mahkemelere hakim olması nedeni ile çoğunlukta olan emek sahiplerini sömürmektedir. Böylece marxisme göre devlet ekonomik bakımdan güçlü sınıfın baskı aracıdır. Hukukun da görevi, yönetici sınıfın çıkarlarını en başta da mülkiyet haklarını korumaktır. Yönetici sınıfın iradesi ve buyrukları yasa olarak somutlaşmaktadır.<sup>62</sup>

3. Marxist düşüncenin ortaya çıktığı 19. yüzyıla baktığımızda, sanayi devriminin sonucu olarak büyük işletmeler ile rekabet edemeyerek kendi üretim araçlarını ve küçük mülkiyetlerini kaybeden geniş bir işsiz sınıfı ve bir o kadar da ucuz iş gücü bulunduğunu görmekteyiz. Bu koşullar altında sermaye sahipleri, yüzlerce işçiyi çok düşük ücretlerle

<sup>59</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 10. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2005, s. 165

<sup>60</sup> Emile James, "Giriş", Pierre Joseph Proudhon, *Mülkiyet Nedir? İçinde* (23-34), İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yayınları, s. 24

<sup>61</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1998, s. 286

<sup>62</sup> Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, s.287

fabrikalarında çalıştırmakta ve ortaya çıkan ürünün de mülkiyetini kazanmaktadır. Kısaca işverenler hiçbir emek harcamadan, sadece başta kurulmuş olan bir işletmenin meşru maliki oldukları için işletmenin bütün karına el koymaktadır.

4. Bu koşullar dikkate alındığında marxisme göre, özel mülkiyet insanın mutluluğuna karşıdır. Özel mülkiyet toplumdaki çatışma ve kötülüklerin nedenidir. Buna göre mülkiyete dayalı ekonomik güç eşitsizliği, insanı insana bağımlı hale getirmekte, giderek insanın insan üzerindeki egemenliğini pekiştirmekte ve hatta birçok insanın sömürülmesine neden olmaktadır. Mülkiyet burjuvazi için özgürlük demektir. Mülk sahiplerinin bulunduğu bireyci bir toplumda bu tanım genel olarak doğrudur; çünkü insanı, yaşayabilmesi için emeğini satmaktan, zorunlu çalışmaya mahkum olmaktan sadece yeterli miktarda mülk sahibi olmak kurtarır.<sup>63</sup> Ancak sınıflı bir toplumda özel mülkiyet, burjuva için özgürlük iken çalışan sınıf için özgürlük bir yana köleliğe yakın bir durumun yaşanmasının nedenidir.

Marxist dünya görüşü, 20. yüzyılda dünyanın önemli bir kısmında fiili olarak uygulanma imkanı bulmuştur. Biz burada doktrinin uygulandığı en önemli yer olan Sovyetler Birliğindeki durumu -konumuzla sınırlı olarak- inceleyeceğiz.

#### A. 1936 Tarihli Sovyet Rusya Anayasası

5 Aralık 1936 tarihli Sovyet Rusya Anayasasının mülkiyet konusunda başlıca iki önemli özellik taşıdığı belirtilebilir. Sovyet Anayasasında mülkiyetle ilgili çok sayıda madde bulunması, mülkiyet kurumunu en ince teferruatına kadar dikkatli bir şekilde düzenlemek konusunda Anayasayı hazırlayanların aşırı bir çaba gösterdikleri kanısını uyandırmaktadır. Oysa, kapitalist ekonomi sistemim benimsemiş olan bazı ülkelerin anayasalarında mülkiyet hakkı bu kadar ayrıntılı düzenlenmemiştir. Sovyet sisteminde devlet mülkiyetinin başlıca yeri işgal etmesi, ferdi mülkiyet hakkının anayasa düzeyinde teferruatlı şekilde düzenlenmesinin nedeni sayılabilir.<sup>64</sup>

Sovyet Anayasasının 4. maddesinde, devletin ekonomik temeli ve amacı marxist doktrini yansıtabilecek şekilde şöyle açıklanmıştır: "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinin ekonomik temelini, kapitalist ekonomi sisteminin tasfiyesine, üretim aletleri ve araçları üzerindeki özel mülkiyetin ilgasına ve insanın insan tarafından sömürülmesinin ortadan kaldırılmasına dayanan sosyalist ekonomi sistemi ve üretim alet ve araçlarının sosyalist mülkiyeti teşkil eder." Bu madde, üretim araçları mülkiyetinin genel ilke olarak özel mülkiyet konusu olmadığı açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır.<sup>65</sup>

Sosyalist ortak mülkiyetin kutsallığını açıklayan ve Anayasanın "Vatandaşların Temel Hak ve Ödevleri" bölümünde yer alan 131. madde ise, sosyalist mülkiyete ferdi mülkiyetin üstünde bir değer kazandırmak amacını belirtmektedir: "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği vatandaşlarından her biri, Sovyet sisteminin kutsal ve ihlâl edilmez temeli, memleket zenginliğinin ve gücünün, çalışan halkın kültürünün ve refahının kaynağı olan ortak sosyalist mülkiyeti korumak ve kuvvetlendirmek ödevi altındadır. Ortak sosyalist mülkiyete karşı suç işleyen kişiler halkın düşmanıdır."<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Ernest Mandel, *Siyasal Düşünce*, Michael Rosen- Jonathan Wolff (Der.) içinde (461-463), Ankara: Dost Yayınları, s.463

<sup>64</sup> Adnan Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 294

<sup>65</sup> Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, s. 295

<sup>66</sup> Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, s. 295

## B. Sovyet Sisteminde Mülkiyet Tipleri

Sovyet sisteminde mülkiyet dört temel tip olarak incelenmektedir.

### 1. Devlet Mülkiyeti

Sovyet Anayasasının 6. maddesinde devlet mülkiyetinin kapsamı belirtilmiştir. Buna göre, "topraklar, toprak altı zenginlikleri, sular, ormanlar, değirmenler, fabrikalar, madenler, demiryolu, su ve hava ulaştırması, bankalar, posta telgraf ve telefon, devletçe organize edilen tarım teşebbüsleri (devlet çiftlikleri, makina ve traktör istasyonları ve benzerleri) belediye teşebbüsleri ve şehirlerdeki ve endüstri merkezlerindeki ikamet yerlerinin büyük kısmı devlet mülkü yani bütün halkın malıdır."<sup>67</sup>

Anayasanın bu maddesi, toprak dahil olmak üzere üretim araçları mülkiyetinin devlete yani bütün halka ait bulunduğunu açıklamaktadır. Sovyet düzeninde, devlet mülkiyetinin başlıca ve hâkim yeri işgal ettiği ve bütün diğer mülkiyet tiplerini devlet mülkiyetine dönüştürmenin bir amaç kabul edildiği söylenebilir.

### 2. Kolektif Çiftlik Mülkiyeti

Sovyet Anayasasının 5. maddesinde devlet mülkiyetinden farklı bir mülkiyet tipi olan kolektif çiftlik mülkiyeti düzenlenmiştir. Buna göre, şöyle: "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinde sosyalist mülkiyet, ya devlet mülkiyeti (bütün halkın mülkiyeti) veya kooperatif ve kolektif çiftlik mülkiyeti (kolektif çiftlikler mülkiyeti, kooperatif birlikler mülkiyeti) şeklinde mevcuttur." Ayrıca gene Anayasanın 8. maddesinde: "Kolektif çiftliklerin (kolkhozy) işgal ettikleri topraklar, karşılıksız yararlanma için ve sınırsız bir süre ile yani daimi olarak onlara verilmiştir" denilmektedir. Bu maddenin gösterdiği gibi, kolektif çiftlikler (kolkhozy) toprağı üzerinde mülkiyet hakkı devlete ait bulunmakla birlikte, yararlanma hakkından devlet parasız ve süresiz vazgeçmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, bu tür toprakların, rakabesi (çıplak mülkiyeti) devlete ve yararlanması kolektif çiftlik veya kooperatif üyelerini temsil eden kolektif çiftlik veya kooperatif tüzel kişiliğine ait olmak üzere ayrı bir mülkiyet tipini temsil ettiği söylenebilir. Kolektif çiftliklerde kullanılan üretim araçlarının ve çiftliklerde üretilen malların kolektif çiftliklerin ortak sosyal mülkiyetini meydana getirdiği anayasada belirtilmiştir. Sovyet Anayasasının 7. maddesinin, I. fıkrası, kolektif çiftliklerin toprak dışındaki mallarının niteliğini şöyle açıklamaktadır: "Kolektif çiftliklerin ve kooperatif kuruluşların hayvanları ve araçları, kolektif çiftliklerin ve kooperatif kuruluşların ürünleri ve ortak binaları, kolektif çiftliklerin ve kooperatif teşekküllerin ortak sosyalist mülkiyetini teşkil eder."<sup>68</sup>

### 3. Kişisel Mülkiyet

Sovyet hukukunda, batı ülkeleri hukuklarında görülmeyen, başka bir deyimle batı hukuk sistemine yabancı nitelik taşıyan bir mülkiyet sınıflandırması yapılmakta ve özel mülkiyet iki ayrı kısımda ele alınıp incelenmektedir.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s. 296

<sup>68</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.297-298

<sup>69</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.299



Bu mülkiyet türlerinden birisi kişisel mülkiyet olarak isimlendirilmektedir. Genel olarak kişisel kullanmaya ve yararlanmaya tahsis edilebilen mallar kişisel mülkiyet kapsamına girmektedir. Sovyet Anayasasının 10. maddesinde vatandaşların çalışmaktan doğan gelirleri ve tasarrufları, ikamet yerleri ve yardımcı ev ekonomilerine yarayan malları, kişisel kullanma ve istirahat eşyaları üzerinde kişisel mülkiyet haklarının ve kişisel mülkiyete mirasçı olmak haklarının kanunun himayesi altında bulunduğu açıklanmıştır. Sovyet Medeni Kanununun 105. maddesinde kişisel mülkiyet kavramının daha açık ifade edildiği söylenebilir: "Vatandaşlar, maddi ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kişisel mülkiyet sahibi olabilirler. Her vatandaş, çalışmaktan ve kendi tasarrufundan doğan gelire, bir eve veya bir evin bir kısmına, yardımcı ev araçlarına, evde yararlanılan eşyaya ve kişisel kullanma ve konfor eşyasına sahip olabilir. Kişisel mülkiyet konusu olan mallar, çalışmadan gelir elde etmek amacıyla kullanılamaz."

Kişisel mülkiyete giren ev veya ikamet yeri üzerinde nasıl bir mülkiyet hakkının bulunduğu tartışmalı bir konudur. Anayasa ve medeni kanun, devletin toprak üzerinde münhasır bir mülkiyet hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Şu halde ev, daire veya ikamet yeri üzerindeki mülkiyetin yalnızca bina kısmıyla ilgili bulunduğu, kişisel malikin binanın üzerinde kurulu bulunduğu toprakta süresiz ve karşılıksız bir faydalanma hakkından yararlandığı söylenebilir. Medeni Kanunun 106. maddesinde, ikamet yeri üzerindeki mülkiyetle ilgili bazı esaslar açıklanmıştır. Bu esaslara göre, her vatandaş ancak bir eve veya bir evin bir kısmına sahip olabilir. Birlikte oturan karı veya koca ve küçük çocukları ancak bir eve veya bir evin bir kısmına malik olabilirler. Kişisel mülkiyete konu olan ikamet yerinin 60 metre kareyi geçmeyeceği gene aynı maddede açıklanmıştır. Bununla birlikte, kanunda bu yüzölçümü şartına bir istisna konulmuş ve ailenin kalabalık olması veya ilâve yaşama alanı hakkının yetkili organlarca aileye tanınması halinde, 60 metre kareden daha geniş bir konuta sahip olunabileceği belirtilmiştir. Gene, Sovyet Medeni Kanununun 107. maddesinde birden fazla ikamet yerine sahip olanların, bu ikinci ikamet yerini bir yıl içinde elden çıkarmalarının gerektiği ifade edilmiştir.<sup>70</sup>

Hem anayasadan hem de medeni kanundan çıkarılabilecek sonuç, kişisel mülkiyet kavramına, genel olarak kişinin ikamet yeri de dahil olmak üzere maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılayan malların girdiği ve bu malların çalışmadan gelir elde etmek amacıyla kullanılamayacağıdır.<sup>71</sup>

#### 4. Özel Mülkiyet

Özel mülkiyet, kişisel mülkiyetten farklı olarak, bir insanın kendisine gelir sağlamak amacıyla kullandığı mallar üzerindeki mülkiyettir. Sovyet hukukunda bu mülkiyet tipinin kapsamı ve sınırları açık seçik belirtilmiş değildir. Ancak Sovyet Anayasasının 9. maddesinde bu mülkiyet tipinin varlığı, dolaylı şekilde de olsa kabul edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre : "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinde hâkim olan sosyalist ekonominin yanında, kanun, çiftçilerin ve zanaatkarların kişisel çalışmaya dayanan ve başkalarının emeğini sömürmeyen küçük ekonomilerine müsaade eder". Medeni Kanununun 115. maddesi de, kanun tarafından başka şekilde düzenlenmedikçe, kişisel emeklerine dayanarak, başkalarının iş gücünü kullanmaksızın çalışan zanaatkarların mülkiyet hakkının, kişisel mülkiyet esaslarına göre kanunca korunacağını belirtilmektedir.

<sup>70</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.301

<sup>71</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.300

Kişisel mülkiyet ile özel mülkiyet arasındaki temel farkın bir malın tahsis edildiği kullanma amacından doğduğu görülmektedir. Bir nesne, malikin ve ailesinin kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılıyorsa, kişisel mülkiyet kavramına girmekte, aynı nesnenin gelir elde etmek amacıyla kullanılması durumunda nesne özel mülkiyet kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin, bir dikiş makinesinin, malik tarafından kendi veya ailesinin ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılması halinde kişisel mülkiyet söz konusu iken, aynı dikiş makinesi, kazanç sağlamak için kullanıldığı zaman, özel mülkiyet durumu ortaya çıkmaktadır.<sup>72</sup>

### III. SOSYAL FONKSİYONCU GÖRÜŞ

Günümüzde mülkiyet kavramının özünde sadece yetkileri gören, buna karşılık ödevleri yadsıyan klasik mülkiyet anlayışı terk edilmiş ve yine burjuva düşüncesinin inkarı olduğu kadar bu düşüncenin ürünü olup üretim araçları üzerinde mülkiyete yaşam hakkı tanımayan marksizmin kendisine özgü mülkiyet yaklaşımı da bir kenara itilerek özde mülkiyet hakkının varlığını tanıyan; fakat biçimde bu hakkın kullanılmasını sınırlandıran ve bunun toplum yararına aykırı olamayacağını benimseyen bir karma mülkiyet anlayışı geliştirilmiştir. Geliştirilen bu anlayış içerisinde mülkiyet hakkının özüne egemen olan tasarruf serbestisini sınırsız olarak kabul etmek ise artık olanaksızdır.

Modern görüşe göre, mülkiyet, klasik anlayış tarzının aksine, mutlak ve sınırsız yetkiler tanıyan dokunulmaz bir hak olmamalıdır. Bu görüş, mülkiyetin muhtevasında sadece yetkiler değil, yetkilerin yanında ödevler de bulunduğunu kabul etmektedir. Bu anlayış tarzı 1982 Anayasasına da yansımıştır.<sup>73</sup>

Anayasanın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir" denilerek, ferdi mülkiyet garanti altına alınıp kolektif mülkiyeti savunan marksist düşünceye karşı çıkmıştır. Maddede mülkiyet hakkının uzantısı olan miras hakkı da kabul edilmiştir. 1982 Anayasası, miras hakkını, mülkiyet hakkının bir devamı, onun özel bir şekli olarak düşündüğünden, mülkiyet ve miras haklarını aynı maddede ardarda düzenlenerek anayasal güvence altına almıştır. Özel mülkiyetin devamlılığı miras hakkının varlığına bağlıdır.

Klasik liberalizmin mülkiyet hakkının sınırsız, mutlak olduğu anlayışı da Anayasada benimsenmemiştir. Bu sebeptendir ki, mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanacağı ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı 1982 Anayasasında klasik haklar arasında düzenlenirken, bu hakla ilgili kamulaştırma, devletleştirme, kıyılardan yararlanma hakkı gibi haklar sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında, ayrı bir bölümde düzenlenmiştir.

35. Maddede, bu hakkın, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği belirtilerek mülkiyet hakkının idarenin keyfi tutum ve davranışlarına karşı korunması amaçlanmıştır. Sonra kamulaştırmaya ve devletleştirmeye ilişkin 46 ve 47. Maddelerde karşılıklarının verilmesi öngörülerek de bu hak korunmak istenmiştir.

Mülkiyete yüklenen sosyal ödevlere, tahmin edilebileceği gibi Sovyet hukuk sisteminde de rastlanmaktadır. Örneğin, Medeni Kanununun 141. maddesinde, malikin kişisel mülkiyetine giren bir binaya bakmaması, onu harap olmaya bırakması halinde, kendisine binayı tamir etmesi için elverişli (makul) bir zaman süresi tanınacağı, bu süre içinde de

<sup>72</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.302.

<sup>73</sup> Yavuz Erdoğan, "Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı", [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale)

gereken tamir yapılmazsa, binanın mahkeme kararıyla ve tazminat ödenmeksizin yerel yönetim organlarının mülkiyetine geçeceği belirtilmiştir. Bundan başka bulunan mallarda (lûkata) malikin meydana çıkmaması halinde, mülkiyetin bulana değil, devlete geçmesi ilkesi Medeni Kanununun 141. maddesinde yer almıştır. Sovyet medeni hukukunda, hakkın kötüye kullanılması teorisi de, devletin sosyal ve ekonomik amaçlarına aykırı kullanılan özel hakların ve bu arada mülkiyet hakkının korunmaya lâyık olmayacağı ileri sürülerek kişilere ait mülkiyet haklarını sınırlamak için kullanılmaktadır.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, s.305

## DERS 6

### ANLATIM PLANI

#### KAVRAMLAR

#### SÖZLEŞME

#### I. SOSYOLOJİK BOYUTU

- A. Niteliği
- B. Negatif Özelliği
- C. Pozitif Özelliği

#### II. HUKUKİ BOYUT

- A. Çatışma
- B. Norm

#### III. DEVLET İDEOLOJİSİ AÇISINDAN SÖZLEŞME

- A. Liberal Devlet Anlayışına Göre Sözleşme
  - Liberal Sözleşme Anlayışının Borçlar Kanuna Yansımaları
- B. Sosyal Devlet Anlayışına Göre Sözleşme
  - 1. Sosyal Devlet Anlayışının Borçlar Kanuna Yansması
  - 2. Tüketicinin Korunması
  - 3. Uzun süreli Sözleşmeler
  - 4. Rekabetin Korunması

#### KAVRAMLAR:

**Toplum:** Ortak inançları, tutumları ve davranış biçimlerini paylaşan ve eylemleri ortak hedefler tarafından şekillenen, etkileşim içinde bulunan bireyler topluluğu

**Sosyoloji:** İnsanların bir arada yaşamaları ile insanlar arası olanla ilgili bir teori, sosyal süreçlerin ve sosyal oluşumların bilimi

**Hukuk Sosyolojisi:** Hukuku, sosyal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parçası olarak ele alan ve diğer sosyal olaylarla ilişkisi bağlamında inceleyen bilim.

**Sözleşme:** Sözleşme iki veya daha fazla kişinin aralarında hak ve hukuki yükümlülük doğuracak biçimde iradelerinin birbirine uygun olarak açıklanması şeklinde tanımlanabilir. (Savigny)

### SÖZLEŞME

Sözleşme kavram ve olgusu, mülkiyet veya ceza kurumları ile birlikte hukuk sistemlerinin temel ilişkisidir. Bazı yaklaşımlara göre var olana insanın kattığı her şey kültür olarak tanımlanmaktadır. Hukuk da toplumsal kültürün bir görüntüsüdür. Levi-Strauss, kültürel örüntünün temelinde mübadele ilişkisini koymuştur. Strauss genel olarak doğadaki (ve toplumdaki) ilişkilerin düzenliliğini bir alıp verme olarak tanımlamaktadır. Ancak kültürel alandaki ritim ile doğa alanındaki ritim arasında temel bir farklılık vardır. Doğa alanında bir mübadele ilişkisinden çok salt alınanın verilmesi veya devredilmesi söz konusudur. Kültürel alandaki mübadele ilişkisinde ise karşılıklık farklılaşmıştır. Bazen verileden daha fazlası alınabildiği gibi alımandan daha fazlası da verilebilir. Dolayısı ile hukuksal alanda da mübadele ilişkilerinde salt bir eşitlik gerekli değildir.

İnsanları sözleşme yapmaya götüren temel neden işbölümü ve yardımlaşma durumlarıdır. Başka bir ifade ile sosyal ilişkiler insanları sözleşme yapmaya zorlamaktadır. Sözleşme ilişkisi sayesinde ki yaşamımızı sürdürebilmekteyiz. İnsanlar arası ilişkinin temelinde birbirine karşı yükümlenmeler yatmaktadır. Dünya nimetlerinden yararlanabilmemiz, hayatımızı sürdürmek için gerekli olan farklı ihtiyaçların tatmini ancak sözleşme ilişkilerine girmekle mümkün olmaktadır. Hukuk sistemleri mülkiyet olgusunda

özne-nesne ilişkilerini yani kişi-şya ilişkilerini düzenlerken, sözleşme olgusunda özneler/kişiler arası ilişkileri ele almaktadır.

Görüldüğü gibi sözleşmenin sosyolojik temeli dayanışma olgusu çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Dayanışmanın karşıtı olan çatışma ise sözleşmenin hukuki temelini oluşturur. Başka bir ifade ile hukukun gelişiminde rol oynayan iki faktör olan çekişme ve uzlaşma/dayanışma, sözleşmeler hukuku alanında da etkisini göstermektedir.

## I. SOSYOLOJİK BOYUTU

### A. Niteliği

Sözleşme ya da borç ilişkisi bir yükümlenme bir söz verme olaydır. Sözleşme ilişkisinde verdiği bir sözle yükümlülük altına giren kişi sözleşmenin karşı tarafında yer alan kişiye bir edimde bulunacağına dair güvence vermiş olur. Söz verme bütün sözleşme ve borç ilişkilerinin temelidir.

Söz verme, iradi bir işlemdir. İnsan, kendi özgür iradesi ile özgürce söz verir. Özgür iradeler, özgürce bir araya gelip, özgürce karşılıklı söz vererek sözleşmeleri meydana getirir. Hukuk düzenleri içerisinde çeşitli sözleşme tipleri görülmektedir. İş sözleşmesi, alım-satım, vadeli satış, kira vs. Bunların hepsinin ortak veya kendine münhasır özellikleri vardır. Ama hepsinin dayanağı söz verme ve verilen sözün tutulması olgusudur.

### B. Negatif Özelliği

Her sözleşme ilişkisi, yükümlülük altına giren kişi açısından ilk bakışta özgürlüğüne getirilen bir sınırlama, bir yabancılaşma gibi görünmektedir. Çünkü her sözleşme ile egemenlik alanımızda yer alan konularda serbest tasarrufta bulunma imkanı azalmaktadır. Bireysel egemenlik alanlarında ve özgürlükte bir sınırlama sözleşme ilişkisinin negatif tarafıdır.

### C. Pozitif Özelliği

Sözleşme ilişkilerinde egemenliğimizden bir takım ödünler vermekteysek de bunun karşılığında başka egemen birey veya tüzel kişiler, bize salt kendi çabamız ile elde edemeyeceğimiz avantajlar sağlamaktadır. Sözleşme ilişkisinde iki suje arasında karşılıklı bir yarar elde etme saiki mevcuttur.

## II. HUKUKİ BOYUT

### A. Çatışma

Sözleşmeler toplumdaki ekonomik güçler arasındaki ilişkiden doğar; çeşitli ekonomik menfaatler karşılaşır ve sözleşme ile bir mübadele ilişkisine girer. Sözleşmenin tarafları arasında her zaman bir denge yoktur, taraflardan biri diğerine göre ekonomik açıdan daha güçlüdür. Sözleşme yapılırken durum genelde böyledir. Ancak aktin-ifası sırasında roller değişebilir. Rollerin değişimi nasıl olabilir?

Söz vermenin, bütün sözleşme ilişkilerinin temeli olduğunu belirtmiştik. Verilen söz tutulmadığı takdirde hangi gerekçe ile ne tür bir yaptırımla karşılanmaktadır? Öncelikle söz

tutulmadığı takdirde karşılaşılan yaptırım, bir değer olgusuna dayandırılmaktadır. Verilen söz tutulmadığı takdirde önce bir ahlâk değerine, yani iyi kavramına aykırı davranılmıştır. Verilen sözün tutulmaması, tek tek bireylerde ve genelde toplumda bir reaksiyona yol açmış ve yerleşik adalet duygusunu zedelemişse, hukuka aykırı davranış alanına geçilmektedir. XVII. Ve XVIII. yüzyıllarda, sözün kendiliğinden ahlaki bir değere sahip olduğu, bunun doğruluğunun akıl yolu ile kanıtlanabileceği düşünülmüştür. Sözün hukuk tarafından tanınıp sözün içeriğinin uygulanmasının talep edilebilmesinin, sözün taşıdığı ahlaki güçten kaynaklandığı söylenebilir.

Burada yukarıda değindiğimiz, çatışma olgusu ortaya çıkmaktadır. Çatışma olgusu ise bir kez daha etrafında birleşecek ve sosyal hayatı düzenleyip, onu bu düzene göre devam ettirecek ilkeler ve kurallar bütününe olan ihtiyacı dışa vurmaktadır. İnsanın yaradılış gereği toplum içinde yaşaması zorunluluğu ve bu zorunluluğun kendiliğinden bir düzen yaratmaması, rasyonel bir müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Sosyal uyumu gerçekleştiren düzenlemeler içinde en fazla rasyonelleştirilebilir olanı hukuktur. Buradan hukuksal norm kavramına geçilmektedir.

## B. Norm

Sözleşmelerle ilgili hukuk kurallarının temel amaçlarından birisi, makul bir biçimde önceden görülebilen karşılıklı güveni belirli sınırlar içinde korumaktır. Bu nedenle sözleşmelerle ilgili kural ve ayrımların yöneldiği temel amaç, sözleşme ilişkisine giren tarafların karşılıklı olarak birbirlerine olan güvenlerini korumaktır. Sözleşme kurallarını, bu somut içerikli/güven amaca ulaşılmasını kolaylaştıracak bir biçimde değerlendirmek gerekir. Norm, çatışma ile bozulan dayanışma olgusunu tekrar tesis etmektedir. Hukuk kuralları dayanışmayı sağlayan diğer kurallardan farklı olarak, öngörülebilirliği ve caydırıcılığı en etkili olanlardır. Hukuk kuralları, sözleşmenin amacı olan güveni koruyacak ve güvene aykırılık halinde hangi yaptırımların ne ölçüde uygulanacağını belirlemede en işlevsel toplumsal dayanışma kurallarıdır. Böylece hukuk kuralları önceden sözleşme alanlarını, şekillerini ve sonuçlarını belirleyerek bir yandan bireylerin haklarını ve güvenlerini diğer yandan toplumsal dayanışmayı korumuş olmaktadır.

Sosyolojik düzlemde incelediğimiz özgür irade, hukuksal boyuta hak olarak yansımaktadır. Hak, hukukun kişilere tanıdığı bir özgürlük durumdur. Bir hakka sahip olmak bir şeyin(x) sahibinin, o şey üzerinde diğer kişilere oranla tek başına egemen olması ve bu durumun korunmasını da içerir. Hakkın bir örneği, sözleşmelere girebilmek özgürlüğüdür.

Hakların sadece belirlenimler olarak ele alınması, başkaları için kayıt ve sınır işlevi görmesi yeterli değildir. Hak sahipliğinin yarattığı etki ve yetki alanı kadar hakların devri, karşılıklılığı ve kullanımları da önemlidir. İşte nisbi veya mutlak bir hakkın devri, karşılıklılığı veya kullanımı söz konusu olduğunda sözleşme kavramı ortaya çıkar. Sözleşme hukuku, hakkı olan devir ve talep olanağı sunan bir hukuksal olanaklılık alanıdır. Devir ve talep, takas ilişkisi ile başlayan en ilkel anlamdaki ekonomik ilişkilerden başlayarak giderek tüm hukuku kapsayacak genişlikte bir sözleşme alanından bahsedebiliriz. Öyle ki aile hukuku, evlilik, evlatlık ilişkisi, miras hukuku kadar neredeyse şahsın hukukuna bağlı alanlar bile sözleşme benzeri ilişkiler alanı olarak algılanabilmektedir.

Coing'e göre hukuk düzeninin görevlerinden birisi, bireysel hak durumlarının korunmasıdır. Öyle ki iyi düzenlenmiş bir toplumda bireyler için temel bir hak olan sözleşmeye girebilme hürriyeti neticesinde kurulmuş olan sözleşmelerin ifası sonucunda,

bireyler sözleşme ile irade etmedikleri hak kayıplarına uğramamalıdır. Hukuk düzenin amacı, bireyler arasındaki güven ilişkisinin ve karşılıklı yarar elde etmenin bir sonucu olan sözleşmenin adil şartlarda kurulmasını ve ifa edilmesini sağlamaktır. Hukuk düzeni ve onun uygulayıcısı olan devlet, sözleşmeden doğan hakları korumak ve borçların ifasını sağlamak görevlerini üstlenmiş olmaktadır.

Teşkilatlı devlet otoritesinden yoksun bir topluluk hayatında sözleşmenin hukuki bağlayıcılık kazanması güçtür. Devlet vazettiği pozitif hukukla sözleşmenin geçerlilik şartlarını belirlediği gibi, sözleşmelerin uygulanması konusunda mahkemeleri ve diğer organlarıyla son sözü söyleyen kuruluş niteliğine de sahip bulunmaktadır.

### III. DEVLET İDEOLOJİSİ AÇISINDAN SÖZLEŞME

#### A. Liberal Devlet Anlayışına Göre Sözleşme

1789 ihtilali ile burjuvazinin kazanımları sistematik haklar kataloguna dönüşmüştür. 1789 ihtilali şu ilkeleri deyimler; “özgürlük, eşitlik, kardeşlik”. Bu üç ilkenin çok daha genel anlamları olmakla birlikte doğrudan sözleşme ile ilişkisini kurma imkanımız vardır. Şöyle ki:

“Özgürlük”, liberal haklar anlayışına uygun olarak, sözleşmenin konusu oluşturabilecek, tüm şeylerin değiştirilebilirliğini kabul eder. Sözleşmenin konusu olabileceklerin sınırını tarafların iradesi belirler. Sözleşme hürriyeti ilkesi, kişilerin serbest iradeleri ile kendilerini bağlayabilecekleri düşüncesine dayanır. Bu fikir de insanların kişisel çıkarlarını en iyi şekilde bildikleri ve gerçekleştirebilecekleri inancından beslenir. Herkes kendi çıkarını kendi hür iradesi ve seçimi ile en iyi nasıl gerçekleştirebileceğini belirleme hakkına sahiptir. Herkesin kendi çıkarını takip edebilmesine sözleşme hürriyeti çerçevesinde izin verilmesi toplumsal faydayı arttırdığı gibi sosyal dayanışmayı da güçlendirir.

Ancak devlet sözleşmelerin yerine getirilmesini sağlayan hukuk düzenin uygulayıcısı olduğundan, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını pozitif hukuk belirlemektedir. Bu nedenle mutlak nitelikli bir sözleşme özgürlüğüne hiçbir toplum ve hukuk düzeninde rastlanmaz. Hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmeler yapılamaz.

“Eşitlik”le anlatılan sözleşmeye taraf olanların açıklanan iradelerinin ve rızalarının eşit işleme tabi tutulacağı ve eşit değerde geçerli olacağıdır. Sözleşme yapanların irade hürriyetine sahip olmaları, onların eşit oldukları anlamına da gelmektedir. Eşitlik başlangıçta kurulan bir eşitlik olarak ele alınmaz. Bir şekilde ve belirli bir noktada karşı karşıya gelen tarafların, hak ve yükümlülüklerinin karşılıklılık esasında eşitlenmesidir.

“Kardeşlik” sözleşme ile devredilebilir alanın sınırlarını belirler ve “insan onuru” kavramı ile olan bağlantısı nedeni ile önemlidir.

Liberal ideolojiye göre insan irade hürriyetine sahip olduğuna göre insana başkaları ile serbestçe ilişkiye girebilme hakkının tanınması gereklidir. Liberal ideolojiye göre söz verme iradi bir işlemdir. İnsan kendi özgür iradesi ile özgürce söz verir ve karşılıklı sözleşmeler meydana getirir. Liberal bireycilik, liberal rasyonellik ve liberal mülkiyet anlayışlarının somut görünümü olan liberal toplum ve liberal devlet anlayışlarına göre kimse buna müdahale edemez. Müdahale etmeme mükellefiyeti devleti, toplumu ve bireyleri bağlamaktadır. Klasik liberal bireyci anlayışa göre devlet “akit serbestisi” ilkesini benimsemiştir. Akit serbestisinin sonucu olarak sorumluluk da sözleşmenin tarafları arasında paylaşılmıştır.

## Liberal Sözleşme Anlayışının Borçlar Kanuna Yansımaları

**Madde 1** - İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.

**Madde 11** - Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir.

**Madde 16** - İki taraf kanunen hususi bir şekle tabi olmıyan bir akdin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit takarrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz.

İki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmiyerek tahriri şekilden bahsetmiş oldukları takdirde, kanun bu şekle riayet olunmasını emrediyorsa, iki tarafın ona riayet etmesi lazımdır.

**Madde 17** - Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir.

**Madde 19** - Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalâfet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugâyir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.

Klasik liberalizme göre, özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve piyasa koşullarının varlığı korunurken, mülkiyetin edinilmesinde, sözleşmelerin kurulmasında-ifasında şiddet ve hilenin önlenmesi, yerine getirilmeyen sözleşmelerin gerçekleştirilmesi koşullarının sağlanması ve kişilerin istedikleri kadar üretip istedikleri kadar satabilecekleri bir kamu politikası da talep etmektedirler.

## B. Sosyal Devlet Anlayışına Göre Sözleşme

Sözleşme ilişkisinin içerdiği, eşitlik ilkesi, güçlü ile güçsüzün bir arada yaşadığı toplumlarda, güçsüzün toplumsal düzenlemelerle korunmasının doğal görüldüğü bir ortamda, son derece sorundur.

Klasik liberal devletten sosyal devlete geçilirken "akit serbestisi", görüşünden tam olarak vazgeçilmemiştir. "Akit serbestisi" temel prensip olarak korunmuş, ancak devletin gerektiğinde sözleşmelere olumlu müdahalesi de kabul edilmiştir. Devletin sözleşmelere müdahalesi "kamu yararı" ölçütüne göre gerçekleşmektedir. Çünkü sosyal devlet, ekonomiye, olumlu müdahalelerde bulunan, mülkiyetten, alım-satıma, her türlü borç ilişkilerine kadar her türlü hukuksal kurum ve tasarrufların varlık ve işleyişinde kamu yararı gözeten devlettir.

Sözleşme alanında bazı sınırlamaların olduğu görülmektedir. Sözleşme hukukundaki değişme sözleşme hürriyetini kısıtlamak değildir. Bu alandaki değişim kişilerin sözleşme hürriyetini kanun aracılığı ile ve kanunun öngördüğü sınırlar içinde güvence altına alarak, liberal anlayışın öngördüğü eşitliği sözde kalmaktan kurtarmak ve sözleşme hürriyetini fiilen gerçekleştirmeye yöneliktir. Günümüzde sözleşme kurumunun kamu hukukundan gelen müdahalelere maruz olduğu açıktır. Bunun tipik örneği işçiler ve işverenler arasındaki toplu sözleşmedir. Burada artık tek tek işçilerin sözleşme yaptıkları söylenemez. Sözleşmeler işçi sendikaları ile işveren sendikaları arasında yapılmaktadır. Ancak burada amaç zayıf olan işçiyi korumaktır.



## 1. Sosyal Devlet Anlayışının Borçlar Kanuna Yansıması

### III:Gabin :

**Madde 21** - Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

**Madde 23** - Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz.

**Madde 158** - Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.

**Madde 161** - Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler.

Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.

Borçlu talep etmese de, feragat geçersiz, borçlu tacir ise indirim talep edemez. Yargıtay'a göre hakim BK.m.20 çerçevesinde ahlaka aykırı bulabilir

## 2. Tüketicinin Korunması

Günümüzde hukuk düzenleri tüketiciyi koruyucu önlemler almaktadır. Kamu yararı ve tüketicinin korunması hususunda iki yol görülmektedir. Tüketicinin yasal dernekler kurup, çalışmalar yaparak sesini duyurması ve normatif düzenin, yani hukuk kurallarının tüketiciyi koruması, buna göre hukuk düzenleri "sosyal devlet" anlayışı içinde önlemler alabilir.

Devlet tüketiciyi kötü mala ve yüksek fiyata karşı korumak için bazen doğrudan bazen de mahalli idareler aracılığı ile girişimlerde bulunabilir. Anayasanın 172 maddesinde, "devlet tüketiciyi koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" esası vardır. Kanun koyucu özellikle aldatıcı reklamlara, taksitli satış sözleşmelerindeki cezai şartlara ve alacağın muacceliyet şartlarının orantısız uygulamalarına karşı tüketiciyi korumak amacıyla önlemler alabilir.

## 3. Uzun süreli Sözleşmeler

**Hayat müddetince yahut on seneden fazla için yapılan akit**

**BK. Madde 343** - Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebilir.

## 4. Rekabetin Korunması

Sosyo hukuki açıdan pazar değeri olan malların veya hizmetlerin üretilmesine veya değiştirilmesine yönelik kişilerarası çekişme rekabet olarak nitelendirilmektedir. İşçi ile işveren, alıcı ve satıcı, kiracı ile kiraya veren gibi. Aynı alanda faaliyet gösteren iki tacir de

rekabet içindedir. Rekabet, toplum ve hukuk tarafından gerekli görüldüğü takdirde sınırlanabilir. Mümkün anlamda rekabetin ise mümkün ve istenebilir olmadığı açıktır.

Serbest ekonomik sistemlerde mal ve hizmetlerin nicelik ve niteliğini geliştirdiği ölçüde iyi ve yararlı sayılır.

Hukuk rekabete iki biçimde müdahale etmektedir.

1. Rekabeti yasaklayarak (BK: m.348)
2. Haksız rekabeti önleyerek (TK.m.56)

**Madde 348** - İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler.

Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir.

İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır.

**Madde 349** - Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir.

#### **4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**

Bu kanunun amacı, "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak"tır. Kısaca kanun tröst ve karteli önlemeyi amaçlamaktadır.

##### **a. Tröst**

Piyasaya hakim olan teşebbüslerin fiyat konusunda anlaşmalarını ifade eder.

##### **b. Kartel**

Bir teşebbüsün piyasada belli bir mal veya hizmet sunmada tekel olması veya şirketlerin birleşerek tekel elde etmesi durumunu anlatır

# DERS 107

## SOSYAL KONTROL, CEZALANDIRMA VE YAPTIRIM

### ANLATIM PLANI

#### I. GİRİŞ

#### II. SOSYAL DÜZEN, SOSYAL KONTROL VE MÜEYYİDE SORUNU

##### A. Müeyyideler Düzenin İki Yönü

1. Düzeni Bozucu İnsan Eylemlerinin Saptanması
2. Düzeni Bozucu İnsan Eylemlerinin Karşılığı Olan Müeyyidelerin Belirlenmesi

##### B. Sosyal Düzene Aykırı Eylemleri Belirleyen Kuralların Nisbiligi

##### C. Sosyal Kontrol Araçları

1. Hukuki Müeyyideler
2. Cezai Müeyyideler
3. Sosyal Kontrol Araçlarının İşlevleri

#### III. SOSYAL KONTROLÜN TÜRLERİ

##### A. 1982 Anayasası

##### B. Siyasi Partiler Kanunu

##### C. Milletvekili Seçim Kanunu

##### D. Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun

##### E. Şapka İktisası Hakkında Kanun

##### F. Ceza Kanunu

#### I. GİRİŞ

Bir hukuk sistemi tarafından uygulanan yaptırımların ve verilen cezaların niteliği, hukuk sisteminin içinden çıktığı devlet felsefesi geleneğine ve suç sayılan eylemin toplumsal değerlendirilmesine göre şekillenmektedir. Suç sosyolojik olarak tanımlandığında toplumun üyesi olan bireyin eyleminin yanlışlığını ifade eder.

Suç, toplumlarda rastlanan normal bir olaydır, çünkü her toplumda suç olgusuna rastlanmıştır. Ancak suçun mahiyeti suç teşkil eden fiillerin hangileri olduğu toplumların gelişim süreci içinde değişik şekillerde tezahür etmiştir. Hatta aynı zaman ve mekân koşullarında bile belli katmanlarca (zümre) suç kabul edilebilecek bir fiil, diğer katmanlar tarafından suç kabul edilmeyebilir. Keza bir zamanlar suç kabul edilen ve ağır bir şekilde cezalandırılan davranışlar, aradan bir süre geçtikten sonra, sadece masum bulunmakla kalmaz, şerefli bir davranış olarak yüceltilebilir de.

İlkel dönemde en büyük suçlar klanın düzenini koruyan tabulara karşı işlenen suçlardı. Tabuların koruyucuları büyücülerdi. Bu nedenle büyücülük normal, gizli büyücülük ise kurulu düzeni bozabileceği endişesi ile suç kabul edilmişti. Günümüzde de en ağır cezaları içeren suçlar devlete karşı işlenen suçlardır. Burada da devlet düzeninin korunması esas amaç olarak benimsenmiştir. Daha sonra insan yaşamına yönelik suçlar suç sayılmıştır. Cinsel suçlar, örneğin zina da şiddetle cezalandırılan suçlardandır. Özel mülkiyetin ortaya çıkması ile "mala karşı işlenen suçlar" önem kazanmıştır. Ancak zaman zaman çok sert şekilde cezalandırılırsalar da, mala karşı işlenen suçlar hiçbir zaman cana karşı işlenen suçlar kadar ağır bir yaptırıma bağlanmamıştır. Bunun nedeni insan hayatının her zaman kutsal kabul edilmesidir.

Cezalandırmanın birden fazla amacı olduğu bilinmektedir. Bunlar genelde şu şekilde sınıflandırılır

a. Özel Önleme; suç işleyen kişinin tekrar aynı veya farklı bir suçu işlemesini engellemek

b. Genel Önleme; suç işleyen birey dışındaki bireylerin suç işlemelerini engellemek

c. Suçluyu Islah Etmek; ceza müeyyidesinin amacı anti-sosyal davranışlar sergileyen suçlunun tekrar topluma kazandırılmasıdır. Buna göre uygulanacak yaptırımın niteliği, suçludaki suç işleme eğilimini izale edici olmalıdır.

d. Adaletin Sağlanması; Buna göre cezalandırmanın amacı, yukarıda sayılanlardan hiçbiri değildir. Cezalandırmanın amacı, anti sosyal kişiliği ve eylemleri ile topluma zarar veren kişiye verdiği zararın karşılığı ve adaletin gereği olarak bazı yaptırımların uygulanmasıdır.

Ceza Hukukunun temel amacı toplumsal düzeni korumaktır. Toplumsal düzen ise birey üzerinde sosyal kontrolün sağlanması ile gerçekleşebilir. Sosyal kontrolün en başta gelen aracının ceza adaleti sistemi olduğu konusunda bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Suçun kontrolü, genel sosyal kontrolün bir kısmıdır. Suçun kontrolü, toplum içinde kişilerin güvenliğini garanti ederek, suçların işlenmesini kamusal organları vasıtası ile engellemeyi ve önlemeyi amaçlayan yapılar ve merciler ile meşgul olur.

Sosyallik, ahlâk, gelenek, örf, eğitim vs. gibi toplumsal kurumlar da birey üzerinde sosyal kontrollü gerçekleştirme fonksiyonuna sahiptirler. Ancak hiçbiri cezalandırma kadar etkili olamaz Suç kontrolü, ceza hukukunun birey üzerindeki sosyal kontrolüdür. Genel olarak hukuk, sosyal kontrol aracı olarak görülebilir. Hukukun sosyal kontrol işlevi ise etkin ve şiddetli biçimde ceza hukuku olarak tezahür eder. Onu taşıyanlar, esaslı olarak polis, ceza yargısı ve infaz kurumlarıdır.

Diğer yandan ceza hukuku'nun sosyal politika tedbirleri dolayısıyla sosyal devlet uygulaması ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bir ülkede ortaya çıkan suçluluk sadece ceza hukuku araçları ile önlenemez. Başarı isteniyorsa önlemek telafiden iyidir ilkesi ön plana alınmalıdır. Fiillerin ve cezaların türü bir milletin toplumsal ve politik durumunu yansıtır. İyi bir yasa koyucunun asıl amacı suçları önlemek olmalıdır. Önlemek cezalandırmaya tercih edilmelidir. Çünkü suçları önlemek gelecekte adil ve insan haysiyetine yaraşır bir toplumsal düzen yaratmaya yöneliktir. Ceza hukuku sosyal hayatın çekilebilir bir hale getirilmesinde yararlanılabilecek en son araçtır.

## II. SOSYAL DÜZEN, SOSYAL KONTROL VE MÜEYYİDE SORUNU

İnsanların toplu halde yaşamaları, ortak yaşamlarını sürdürebilmeleri, aralarında belirli bir düzenin ve bunun gereği disiplinin varlığı ile mümkün olabilir. Sosyal düzen ve disiplin bulunmadığı takdirde insanların bir arada yaşamaları olanaksızdır. Her bir toplulukta alışılmış olan ve o topluluğu karakterize eden davranış biçimleri bulunur. Bu davranış biçimlerine genel olarak teamüller denilebilir. Bütün toplumsal teamüllerin arkasında toplumun otoritesini veya toplumsal otoriteyi temsil eden bir güç vardır. Bazı teamüllere aykırı davranış bir yaptırma bağlanmışken bazılarında aykırılık halinde ise karşılaşılan bir yaptırım olmayabilir. Bir yaptırım, toplumun veya üyelerinin önemli bir kısmının teamüllere aykırı gördüğü eyleme gösterdiği tepkidir. Yaptırımlar vasıtası ile teamüllerden sapma gösteren bireyler üzerinde sosyal kontrol gerçekleşir.

Sosyalizasyon sürecinin bir uzantısı olarak sosyal kontrol, kısaca, bireylerin topluma uyum sağlamalarını, düzenin devamı için uygulanan yöntem ve süreçleri ifade eder. Sosyal kontrol, genelde, sosyal sapma bağlamında anlam taşır. Sosyal sapma ise, toplumun genelinden, norm ve değerlerinden, yani, normalden farklılaşmayı içerir. Sosyal yapı içerisindeki karşılıklı etkileşimlerinden dolayı, kültür, hukuk, bilimsel bilgi ve yaşanan toplumsal değişmelerle, sosyal kontrolün değişen yapısı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Toplumun norm ve değerleri, sapmanın tanımı kadar, bu tür davranışlara yapılan müdahalelerin niteliğini ve etkinliğini de belirlediğinden, sosyal kontrol süreci; toplumun, norm ve değerlerindeki, kültürel yapısındaki değişmelere paralel olarak değişmektedir. Demokrasinin, liberalizmin, sekülerleşmenin, eğitimin ve insan haklarına saygının gittikçe önem taşıdığı modern dönemlerle birlikte, sosyal kontrol anlayışı, fiziksel, şiddet ağırlıklı cezai yaptırımlardan uzaklaşma eğilimindedir. Ancak her şeye rağmen cezalandırma, sosyal kontrolü sağlayan en önemli araç olma niteliğini korumaktadır.

Sosyal düzen ve disiplin küçük ölçekli topluluklarda genellikle, dış müdahalelere gerek olmaksızın kendiliğinden oluşur; çünkü her sosyal sistem kendi düzenini korumak, bireylerin sosyal normlara uygun biçimde eylemlerde bulunmaya yöneltmek için sosyal kontrol mekanizmalarına sahiptir.

Ancak toplumun sınırı genişleyince düzenin tabii biçimde gelişen ve ortaya çıkan şekline ek olarak, bunu sağlamanın bir kamu hizmeti biçiminde örgütlendirilmesi ve üstün bir otoritenin uyguladığı müeyyideler düzeninin kurulması zorunludur. Sosyal düzen ve bundan doğan disiplin bozucu hareketler belirlenirken, neticede kamuoyunun hükmü esas alınmış olur. Çünkü normlara şekli veren siyasal iktidarlar ve kurumlar içinde yaşadıkları toplumun ürünüdürler ve ondan etkilenirler. Bütün sosyal düzen normlarının arkasında kamuoyunun gücü yer alır. Bununla beraber bazen kanun koyucular, kamuoyunu değil ve fakat belirli bir gruba ait çıkarları, nüfuz gruplarını izler ve küçük bir grubun menfaatlerini bozucu fiil ve hareketleri disiplini tahrip edici fiil ve hareketler olarak belirlerler. Ancak bu tür kanunlar uzun süreli olmazlar ve kısa veya uzun zamanda metrukiyete uğrarlar, uygulandıkları takdirde de bir adaletsizlik yapılmakta olduğu hissini uyandıracakları için kamuoyunda otoriteye karşı var olan güven ve saygının azalmasına yol açarlar. Bu durumda Montesquieu'nun ifadesi ile insanları doğruya sevk etmesi gereken kanunlar insanları bozmuş olur. Dolayısı ile toplumsal düzeni sağlayan ve sosyal kontrolü gerçekleştiren kurallar sadece bir sınıfın, zümrenin ya da grubun değil toplumun genelinin çıkarlarını koruyucu nitelikte olması gerekir.

## A. Müeyyideler Düzenin İki Yönü

### 1. Düzeni Bozucu İnsan Eylemlerinin Saptanması

Bu eylemler düzene zarar veren hareketler şeklinde yani icrai nitelikte olabileceği gibi, düzenin sürekliliği için bireylerce yapılması zorunlu hareketlerin yapılmaması şeklinde de yani ihmal niteliğinde de olabilir. Bu tür fiiller, hukuk normlarıncı farklı hukuk disiplinlerince (özel hukukta farklı, kamu hukukunda) farklı biçimlerde saptanmıştır.

### 2. Düzeni Bozucu İnsan Eylemlerinin Karşılığı Olan Müeyyidelerin Belirlenmesi

Fiilin kanunlarındaki karşılığına bakılarak yapılan bir tespit işleminden ibarettir.

## B. Sosyal Düzene Aykırı Eylemleri Belirleyen Kuralların Nisbîliği

Sosyal düzen ve disiplini bozan eylemleri belirten kurallar nisbîdir. Yani müeyyide konusu eylemlerin neler olduğu toplumdan topluma farklılık gösterir. Gerçekten de gelişmiş ve büyük ölçekli toplumlarda sosyal disipline aykırı fiillerin tespiti işi belirli siyasal gruplar tarafından yerine getirilen bir fonksiyondur. Bu sebeple yasak eylemlerin tespiti işi bir siyasal tercih konusu olmaktadır. Grup tarafından tarif olunan zararlar, böylece subjektif değerlendirmelerden kaynaklanabilmektedir. Belirli istisnai durumlar dışında hiçbir zararın mutlak bir değeri yoktur. Zarar kavramı çeşitli dönemlerde her toplumun içinde değiştiği gibi aynı zaman dilimi içinde toplumdan topluma da değişebilmektedir. Belirli bir fiil veya düşünce aynı toplum içinde farklı dönemlerde farklı değerlendirmelere konu olabilir. Rusya'da Çarlık döneminde sosyalist bir düzen fikri suç olarak değerlendirilirken, SSCB döneminde ise kapitalist bir toplum ve devlet düzenini savunmak suç olarak değerlendirilmiştir. Bir diğer deyişle ceza hukukunda neyin suç olup olmadığı "ceza politikası"na belirlenir ve ceza politikası, politikanın bir türüdür.

Özetle sosyal bakımdan ve bilimsel bir görüşle sosyal disiplini bozucu hareket sayılan fiilleri belirten kurallar, günümüzün karmaşık toplumlarında, çok kere, hem subjektif nitelik göstermekte ve hem de mekana bağlı olarak nisbîlik taşımaktadırlar. Zira sosyal düzen ve disiplin bozucu hareketler, topluma zarar veren fiillerdir. Hangi hareketlerin topluma zarar vermekte olduğu ise, nüfuz sahibi siyasal ve sosyal grupların takdirine göre değişiklik gösterebilmektedir. Bununla beraber hayat ve mülkiyet hemen hemen bütün insan topluluklarında korunan değerlerdir. Hırsızlık ve adam öldürme daima bireylere zarar veren ve toplumun düzenini tehdit eden fiiller olarak değerlendirilmiştir.

### C. Sosyal Kontrol Araçları

Herhangi bir verili toplumda az veya çok sistematik bütünlüğe dayanan farklı birincil yaptırımlar sosyal kontrol mekanizmasını inşa ederler. Yüksek düzeyde sekülerleşmiş modern toplumlarda ve devletlerde sosyal kontrollün birincil yaptırımını cezai müeyyideler oluşturur. Hukuki müeyyideler ise sosyal kontrollü sağlamada ikincil rol oynarlar.

Daha önce de belirtildiği üzere sosyal düzen ve disiplini bozan eylemlerin müeyyideleri, toplumun tepkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Sosyal düzeni sağlayan araçlar olan müeyyideler de toplumsal şartlara göre tür veya uygulanma şiddetleri itibarı ile zamanla değişime uğramıştır. Ancak günümüzün modern toplumlarında müeyyideler hukuki ve cezai olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

#### 1. Hukuki Müeyyideler

Sosyal ve hukuksal normlardan sapılmasından doğan zarar, toplumun genelinden çok bireyler üzerinde doğuyorsa ve meydana gelen zararın giderilmesi mümkün ise uygulanacak müeyyideler, verilen zararla orantılı ve zararı giderme amacına matuf hukuki müeyyidelerdir. Bunlar, genel olarak tazminat, eski hale iade ve cebri icra vasıtası ile mülkiyete el koyma biçimlerinde görülen hukuk davaları sonucunda ortaya çıkan yaptırımlardır. Bu yaptırımların amacı, kişisel ve somut zararların yok edilmesi, bunların tazmini, eski halin iadesidir. Söz konusu yaptırımlar çoğu kez istek üzerine zorla uygulanan müeyyidelerdir.

Müeyyideye konu olan zarar genelde somut ve bireyseldir, zararın giderilmesi konusunda hukuk düzenininin tavrı talebe bağlıdır. Hukuksal düzenin uygulayıcısı olan merciler kural olarak zararın giderilmesi hususunda resen harekete geçemez.

## 2. Cezai Müeyyideler

Buna karşılık meydana gelen zararın ağır olması ve sosyal barış ve sükûnu esaslı surette ve sürekli biçimde bozabilecek eğilimi taşıyan eylemler, hukuki müeyyidelerden daha ağır olan ceza adı verilen müeyyidelerle karşılaşır. Ceza müeyyidelerinin uygulandığı olgular dikkate alındığında genel olarak şu ortak özelliklerinin bulunduğu söylenebilir.

- Sosyal düzeni bozucu eylemin sonucu olarak doğan zarar, bireyler üzerinde veya toplum üzerinde olabilir. Ancak zarar sadece bireyler üzerinde doğsa bile zarar genelde başta zarar görenin yakın çevresi olmak üzere toplumdaki diğer fertleri de etkilemektedir.
- Ortaya çıkan zararın telafisi bazen mümkün olmayabilmektedir.
- Zarar verici eylemin tekrür etmemesi konusunda toplumun büyük bir menfaati söz konusudur. Bu tür fiiller ağır derecede zarar vermektedirler ya da zarar vermemiş olsalar bile, ağır derecede zarar verme tehlikesini bünyelerinde taşımaktadırlar.

İşte bu özellikleri taşıyan bir eylemde, toplum artık faille sadece hukuki yaptırımlar uygulayarak sosyal düzeni ve bireyleri koruyamaz. Bu tür eylemlere karşı daha sert bir sosyal kontrol gereklidir. Sosyal kontrollün daha şiddetli bir boyutta kendisini göstermesi cezai müeyyidelerle mümkün olmaktadır. Ceza, topluma karşı yapılan zararlı bir fiil dolayısı ile toplum adına uygulanan bir müeyyidedir.

Ceza normu, davranışı toplumun tepkisine konu olan kişiye yönelik şekilde önceden tanınmış belirgin bir yaptırımdır. Ceza yaptırımlarının birçok değişik biçimi bulunur, en önemli ve yaygın olanları şöyledir:

- medeni veya dinsel haklarını kaybetmek de dahil olmak üzere, toplumsal yaşamdaki ve verdiği haklardaki tam katılımından geçici veya daima dışlanma; (örneğin seçilme hakkını kaybetme)
- sosyal hiyerarşideki yeri spesifik şekilde kaybetme veya rütbenin indirilmesi; (kamu hizmetlerinden uzaklaştırılma)
- para cezası, zora dayalı el koyma veya malların yok edilmesi sureti ile, mülkiyetin kaybedilmesi cezası;
- bedensel acı verme cezası; organ kesme veya dağlama, ki bunda acı, failin suçluluğunu daimi surette sergilemek için verilir;
- sürgünle yapıldığı üzere, topluluktan daimi surette dışlanma;
- hapis cezası; (kısa süreli hapis cezası, ağır hapis, müebbet hapis cezası)
- ölüm cezası.

Siyasal, askeri veya dinsel mahiyette kurulu bir otoritenin tayin ettiği durumlarda, bu yaptırımlar hukuksal yaptırımlardır.

## 3. Sosyal Kontrol Araçlarının İşlevleri

Sosyal kontrolü sağlayan yukarıda saydığımız yaptırımların işlevleri düşünüldüğünde, en önemli taraf yaptırım uygulanan kişi üzerindeki etkileri değil, fakat bundan daha fazla, içinde yaptırımın uygulandığı topluluktaki genel etkileridir. Yaptırımlar; böylece, topluluğun birliğini, esenliğini ve düzenini etkileyen olaylara tepki olduklarından tek tek bireylere uygulanmakta olsalar dahi toplumun tamamı üzerinde oluşması istenen etkiler çoğu kez öncelikli amaçlardır. Bu genel etkiler özellikle ceza müeyyideleri söz konusu olduğunda daha

belirgindir. Yukarıda giriş bölümünde belirtilmiş ise de burada sosyal kontrol araçlarının özellikle cezai müeyyidenin amaçlarını tekrar belirtmek gerekirse bunlar;

a. Özel Önleme; suç işleyen kişinin tekrar aynı veya farklı bir suçu işlemesini engellemek

b. Genel Önleme; suç işleyen birey dışındaki bireylerin suç işlemelerini engellemek

c. Suçluyu İslah Etmek: ceza müeyyidesinin amacı anti-sosyal davranışlar sergileyen suçlunun tekrar topluma kazandırılmasıdır. Buna göre uygulanacak yaptırımın niteliği, suçludaki suç işleme eğilimini izale edici olmalıdır.

d. Adaletin Sağlanması; Buna göre cezalandırmanın amacı, yukarıda sayılanlardan hiçbiri değildir. Cezalandırmanın amacı, anti sosyal kişiliği ve eylemleri ile bireylere veya topluma zarar veren kişiye verdiği zararın karşılığı ve adaletin gereği olarak bazı yaptırımların uygulanmasıdır.

### III. SOSYAL KONTROLÜN TÜRLERİ

Sosyal kontrolün iki türü olduğu söylenebilir: dar anlamda **toplumun asayişe yönelik sosyal kontrolü** ve **toplumun politik/ideolojik kontrolü**. Birinci tür sosyal kontrolün amacı, toplumun güvenlik ihtiyacını karşılamak iken ikinci tür sosyal kontrolün amacı, toplumun ve devletin değişim sürecini kontrol etmekle ilgilidir. Ancak söz konusu ikinci sosyal kontrolün de büyük ölçüde ceza kanunları ile gerçekleştirildiği hatırlatılmalıdır. Ceza kanunlarının dışında başta anayasalar olmak üzere, siyasal alanı düzenleyen diğer kanunlar (Siyasi Partilerin Hukuki Statülerini ve Faaliyet Alanlarını Belirleyen Kanunlar, Seçim Kanunları, Yüksek Yargı Organlarının Kuruluşunu Düzenleyen Kanunlar vs. ) da büyük ölçüde toplumun siyasal kontrolünü gerçekleştirmeye çalışırlar. Biz burada bu ikinci ve geniş anlamdaki sosyal kontrol üzerinde duracağız. Bunu yaparken de Türkiye'deki pozitif hukuk uygulamalarından örneklemelerle konuyu açıklayacağız.

#### A. 1982 ANAYASASI

**MADDE 4-** Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.

#### III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

**MADDE 14-** (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

#### VIII. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti

**MADDE 26-**

İkinci Fıkra (Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

#### IX. Bilim ve sanat hürriyeti



## **MADDE 27-**

(İkinci Fıkra) Yayıma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

## **X. Basın ve yayımla ilgili hükümler**

### **A. Basın hürriyeti**

## **MADDE 28-**

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

## **II. Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi**

**MADDE 42-** Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

## **III. Siyasî partilerle ilgili hükümler**

### **A. Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (\*\*)**

**MADDE 68-** (Değişik: 23/7/1995-4121/6 md.)

Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.

### **B. Siyasî partilerin uyacakları esaslar**

**MADDE 69-** (Değişik: 23/7/1995-4121/7 md.)

(Beşinci fıkra) Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.

## **I. İnkılâp kanunlarının korunması**

**MADDE 174-** Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisıyla kabul edilen, evlenme aktinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;
7. 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun;
8. 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

\*\* Bu maddenin kenar başlığı; "A. Parti kurma, partilere girme ve partilerden çıkma" iken, 23/7/1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunun 6 nci maddesiyle değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

## B. SİYASİ PARTİLER KANUNU

### Azınlık Yaratılmasının Önlenmesi

#### Madde 81- Siyasi partiler :

a) Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler.

b) Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler ve bu yolda faaliyette bulunamazlar.

c) Tüzük ve programlarının yazımı ve yayılmasında, kongrelerinde, açık veya kapalı salon toplantılarında, mitinglerinde, propagandalarında Türkçe' den başka dil kullanamazlar; Türkçe'den başka dillerde yazılmış pankartlar, levhalar; plaklar, ses ve görüntü bantları, broşür ve beyannameler kullanamaz ve dağıtamazlar; bu eylem ve işlemlerin başkaları tarafından da yapılmasına kayıtsız kalamazlar. Ancak, tüzük ve programlarının kanunla yasaklanmış diller dışındaki yabancı bir dile çevrilmesi mümkündür.

Madde 84- Siyasi partiler, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarmak ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini korumak amacını güden Devrim kanunları (Bkz. 1982 Anayasası md.174)

Hükümlerine aykırı amaç güdemezler ve faaliyette bulunamazlar.

Madde 96- Komünist, anarşist, faşist, teokratik, nasyonal sosyalist, din, dil, ırk, mezhep ve bölge adlarıyla veya aynı anlama gelen adlarla da siyasi partiler kurulamaz veya parti adında bu kelimeler kullanılamaz

## C. MİLLETVEKİLİ SEÇİM KANUNU

### GENEL BARAJ VE HESAPLANMASI

MADDE 33 - (Değişik 1. Fıkra: 3377 - 23.5.1987) Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar. Bu siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür.

## D. TÜRK HARFLERİNİN KABUL VE TATBİKİ HAKKINDA KANUN

Kanun Numarası: 1353, Kabul Tarihi: 01/11/1928, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 03/11/1928, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 1030

Madde 4 - Halk tarafından vaki müracaatlardan eski Arap harfleriyle yazılı olanlarının kabulü 1929 Haziranının birinci gününe kadar caizdir. 1928 senesi Kanunuevvelinin iptidasından itibaren Türkçe hususi-veya resmi levha, tabela, ilan, reklam ve sinema yazıları ile kezalik Türkçe hususi, resmi biltümle mevkut, gayri mevkut gazete, risale ve mecmuaların Türk harfleriyle başılması ve yazılması mecburidir.

## E. ŞAPKA İKTİSASI HAKKINDA KANUN

Kanun Numarası: 671, Kabul Tarihi: 25/11/1925, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 28/11/1925, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 230

Madde 1 - Türkiye Büyük Millet Meclisi azaları ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilimüm müessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumî serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder.

tanınma ve statü elde etmeye yönelik talepleri, kültürlerinin yeniden üretilebilmesi bakımından karşılaştıkları dezavantajların giderilmesini gerektirir.<sup>217</sup> Bir ekleme yapmak gerekirse, telâfi edilmesi ekonomik eşitsizliklere kıyasla daha güç, hatta azınlık kültürlerine yönelik çoğunluk ve kurumlarının bakış açısı değişmediği sürece imkânsızdır.

Laclau'nun demokrasi için belirttiği gibi, bundan böyle sadece demokrasiyi değil eşitliği de düşünmek sadece benzerlik temelinde eşitlikten değil, çoğulluğun ve farklılıkların kabulünden geçmektedir.<sup>218</sup>

Son olarak, Sartori'nin belirttiği gibi, hiçbir şekilde önemsiz sayılamayacak ve sık sık gözden kaçan özgürlüğün anlamlı bir biçimde var olması isteniyorsa 'eşit özgürlüğün' her bir kişiye ve herkese 'aynı özgürlük' anlamına geldiğinin kabul edilmesi gerekliliğidir. Özgürlükler\* eşitliğin ortaya çıkış biçimleridir.<sup>219</sup> Özgürleşme, herhangi bir konuşan varlığın herhangi bir başkası ile eşitliğinin doğrulanmasıdır.\*\*

### G. Kültürel Hakların Sınıflandırılması

Günümüzde devletlerin meşruluk temelleri büyük ölçüde insan haklarına riayet etmeleri ile ölçülmeye başlanmıştır. Çağımız uluslararası toplumunda devletin meşruluk temeli, vatandaşla-

---

kavramlarımızın anlamını toparlayan ve bunların sonuçlarını görmemizi sağlayan bir açıklama düzeneği olarak görmeliyiz. Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, s.89

\* Aslında haklar demek daha doğrudur. Zira özgür olmak başkasına karşı ileri sürülebilir haklara sâhip olmaktır. Hukuksallaşmış her hak, genel özgürlük kavramının bir alanını düzenler ve söz konusu alana belirli bir biçim kazandırır. Özgürlük bütün hakların ortak kökeni olarak görülebilir, ancak özgürlük de haklarla ifade edilir ve özgürlüklerin aracı olarak gündeme gelse de haklar, özgürlüğün dışı vurulmasına normatif güvence sağlar. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.15-17

\*\* Rancière, *Siyasalin Kıyısında*, s.73; Rancière göre, özgürleşme süreci, dâima kendilerini bu eşitliğin ilke olarak ya da sonuçları bakımından tanımadığı bir kategori –emekçiler, kadınlar, siyahlar ya da başkaları– adına işleme konur. Ama eşitliğin işleme konması, bu yüzden söz konusu kategoriyi has olanın ya da bu kategorinin vasıflarının dışı vurumu değildir. Bir haksızlığın mağduru olan ve haklarını gündeme getiren bir kategorinin adı dâima adsızın adıdır, kim –olduğunun– önemi yok'un adıdır. Rancière, *Siyasalin Kıyısında*, s.73. İkinci bölümde incelenecek olan dil hakları bağlamında bu; 'bilinmeyen bir dilin' adıdır.

rının haklarına saygı göstermek, onları korumak ve işlevlerini yerine getirmesini sağlamaktır. 1993'te ilân edilen Viyana Deklarasyonunun ilk paragrafında alışılmadık fakat doğru bir biçimde, "İnsan hakları ve temel özgürlükler bütün insanların doğuştan sâhip olduğu haklardır; Hükümetlerin birinci sorumluluğu, insan haklarını korumak ve desteklemektir." ifadesi yer alır.<sup>220</sup> Bugün geldiğimiz noktada, azınlık kültürlerinin talep ettiği kültürel hakların artık tartışmasız bir biçimde insan hakları kataloğunun ayrılmaz bir parçası olması gerektiğinin kabulü gerekir.

Çokkültürlülük politikalarının talep ettiği kültürel hakların güçlü bir savunusu, hak taleplerinin kaynağını olarak Rousseau'nun "Toplumsal Sözleşme'sinin girişindeki ünlü cümleyi temel alabilir: "Araştırmak istediğim şey, medenî bir düzende, *insanları olduğu gibi kanunları ise olabilecekleri gibi* kavrayan herhangi bir meşru ve kesin yönetim kuralının bulunup bulunmadığıdır."<sup>221</sup> Gerçekten de Rousseau bu ifadesi ile çokkültürcülüğün çok önemli iddialarını yetkin bir biçimde formülleştirmiştir. Çokkültürcülüğün ilk önemli iddiası kültürün önemi ve olduğu gibi ele alınması ise ikinci iddiası da bu öneme uygun meşru ve âdil bir siyasal toplumun inşa edilmesidir.

Çağdaş liberal düşünür Rawls da adâlet teorisini toplumsal sözleşme fikri üzerine kurmuş ve Rousseau'nun düşüncelerini geliştirmiştir. Rawls'a göre liberal bir adâlet kavramının gerçekçi olması için iki koşulun var olması gerekir:

1. Adâletin gerçek doğa kanunlarına dayanması ve bu kanunların gerektirdiği istikrarı, yani doğru nedenlere dayanan istikrarı, sağlaması gerekir. Buna göre, adâlet, insanları doğa kanunları gereğince oldukları gibi, başta anayasa olmak üzere yasaları ise olabilecekleri gibi, yani yeterli derecede âdil ve iyi düzenlenmiş demokratik bir toplumda nasıl olacaksa öyle ele alır.

2. Birinci ilkelerin ve ahlâkî kuralların, mevcut siyasal ve toplumsal düzen içinde işlerlikli ve uygulanabilir olmasıdır.<sup>222</sup>

Rawls'ın bu önermesinin, adâlet ilkelerinin gereklerinin –sadece gözetilmesi değil– yerine getirilmesini, bu ilkelerin, toplumsal yapı içinde uygulanabilirliğine bağladığı söylenebilir. Adâletin emrettiklerinin uygulanmasına verili toplumsal yapı izin vermiyorsa, bu durumda Rawls'un birinci koşulu uygulanmaz.\*

Diğer yandan ilk koşul ikinci koşul bağlamında uygulanabilir değilse, adâletin talepleri ile toplumsal yapı arasında bir çelişki çıkacaktır, fakat toplum gerçekten birinci koşul olan adâletin gereklerine göre yaşamak istiyorsa veya hâlihazırda öyle olduğunu iddia ediyorsa birinci koşulun uygulanmasının önünde bir engel kalmaz. Birinci koşulun gösterdiği adâlet ilkeleri her şeye rağmen tatbik edilemiyorsa toplumsal yapının adâleti aksettirmediği söylenebilir, yani adâlet ilkeleri tespit edildikten sonra hâlen uygulanamıyorsa âdil olmayan kötü düzenlenmiş bir toplum söz konusudur.

Çokkültürlülük büyük ölçüde kötü düzenlendiğine ve âdil olmadığına inanılan bir siyasal yapıya karşı geliştirilen bir politika ve ileri sürülen hak taleplerini kapsar. Çokkültürcülerin, talep ettiği, –genel olarak– Rousseau'nun ve sonrasında Rawls'ın da kabul ettiği gibi, insanları olduğu gibi ele alan âdil yasalara tâbi olmaktır. Ancak çokkültürcüler bu noktada Rawls'ın iki koşu-

\* Rawls'un bu önermesinin adâleti toplumsal istikrara bağımlı kılan bir anlayışı yansıttığı söylenebilir. Gerçi, Rawls, anayasal bir rejimde öngörülen tipte temel hak ve özgürlüklerin genel iyilik ve mükemmeliyetçilik değerlerine kıyasla bir önceliği olacağını belirtmiştir. Ancak Rawls, her iki argümanı da kültür, kültürel kimlik ve onun işlevleri gibi olguları dikkate almayan, egemen çoğunluk grubunun deneyimleri, bilgileri, perspektifleri tarafından biçimlendirilmiş bir adâlet anlayışı çerçevesinde ve kültürel açıdan nispeten homojen olan ya da öyle olduğu varsayılan bir toplum bağlamında ileri sürmüştür. Rawls'ın Kültürel haklar ile ilgili görüşlerinin bir değerlendirmesi için bkz. Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, s.193-219. Oysa Walzer'in belirttiği gibi, "...Rejimler, biri diğerinde ayrı düşünülmemeyen avantajları ile ve dezavantajları ile siyasî ve kültürel bütünler olsalar bile, organik bütünler değildirler. Yani, iç bağlantılarından bazıları koparsa ya da yeniden düzenlenirse, rejimin siyasî ölüme mahkûm olduğu doğru değildir." Adâlet prensipleri, bazen bir rejimin yeniden düzenlenmesini hatta Walzer'in belirttiği gibi iç bağlantılarından birisinin kopmasını gerektirebilir. Bkz. Walzer, *Hoşgörü Üzerine*, s.19

lu bir arada ele alan önermesinden farklı olarak ilk koşulun her hâlde tatbik edilmesini isterler. Bu ısrar iki nedenle izah edilebilir. Öncelikle, ilk koşulun uygulanmasını ikinci koşula bağlamak, adâletin hiçbir zaman uygulanmaması sonucunu doğurabilir. İkinci olarak, ilk koşul uygulanamıyorsa, toplum, âdil bir şekilde düzenlenmediğinden uygulanmıyordur ve ilk koşula uygun olarak yeniden düzenlenmelidir.

Kültürel haklara ilişkin iddialar ve adâletin gerçekleştirilmesi için, etnik, dinsel ve dilsel çoğulculuğun desteklenmesine yönelik özel politikaların ve hakların neleri içerdiğini Levy'in bir hayli yararlı sınıflandırması<sup>223</sup> çerçevesinde sekiz başlık altında toplayabiliriz.

### 1. Muafiyetler

Muafiyetler genel olarak kültürel pratikleri yasaklayan veya cezalandıran bazı kanunların, kültürel azınlıklara mensup bireylere uygulanmaması olarak anlaşılabilir. Buna göre, muafiyetler, bir kültürel pratiğin egemen olmayan bir grubun üyeleri için önemli, farklı anlam ve statüsü olduğu, bu yüzden de genel kanun ya da politikanın uygulanmasının, söz konusu pratiği bozduğu ve o pratiğe farklı bir yük getirdiği ya da o pratikle çeliştiği temelinde talep edilmektedirler.<sup>224</sup> Bu politikalar genellikle, dini yaşam biçimlerinin gerekleri yüzünden ana toplumdaki belli bir derece ayrılık, ana toplum içinde faaliyet gösterdiklerinde de bazı kurallardan muafiyet isteyen dini grupların taleplerini kapsar görünür. Talep edilen muafiyetin biçimi ise bir gruptan diğerine çeşitlilik gösterir.<sup>225</sup>

Örneğin Sihlerin motosiklet kullanırken kask kullanmayı zorunlu kılan yasalardan muaf tutulma istemleri, Aborijinlerin avlanmaya ilişkin kanunların geleneksel yaşam biçimlerini sürdürebilmek ve hayatta kalabilmek için gerekli yeteneklerini

koruyabilmeleri için kendilerine uygulanmaması yönündeki talepleri, Ortodoks Yahudilerin orduda kendi dini başlıklarını takmalarına izin verilmesini istemeleri, Müslüman kız ve kadınların işyerlerinde ve kamusal okullarda başörtüsü takma talepleri veya peyot gibi uyuşturucu etkisi olan bir bitkinin Amerikan yerlileri tarafından dinsel törenlerde kullanılmasının narkotik ve uyuşturucu maddelerin yasaklanmasına ilişkin kurallardan muaf tutulması ya da 1930'lardaki içki yasağı sırasında şarabın Katolikler ve Yahudiler tarafından sembolik kullanımına izin verilmesi ve Yahudi ve Müslümanların yemek için, hayvanların canlı kesilmesine ilişkin yasaklardan muaf tutulması örnekleri ilk akla gelebilecek muafiyet talepleridir. Bu türden muafiyetler, bazı maddelerin kullanımının yasaklanamayacağı anlamına gelmemektedir. Daha çok bir yasağın herkesi eşit etkilemediğini göz önüne alır ve muafiyet taleplerini reddetmek için güçlü ek sebeplerin mevcudiyetini arar.<sup>226</sup>

Muafiyet taleplerinin dile getirildiği veya tanındığı olaylarda azınlık kültürü için ayırt edici bir statüsü ve anlamı olan bir pratiğin, çoğunluk için farklı anlamları olması nedeniyle yasaklanması, düzenlenmesi veya kendisinden başka bir şeye icbar edilmesi söz konusudur. Muafiyet talepleri işte bu farklılıkların tanınmasını haklılaştırmak için başvurulan yollardan biridir. Muafiyet talepleri genellikle din kaynaklı olduklarından muafiyetler dinsel özgürlüğün yaşanabilmesinin bir gerekliliği olarak savunulmuştur. Ancak muafiyet taleplerine ilişkin örneklerin neredeyse tamamı toplumda hâkim pozisyonda olmayan gruplar kökenlidir. Bu durumda dinsel cemaatler dışında bireysel muafiyet taleplerinin konumunun ne olacağı sorulabilir. Raz'a göre dinsel cemaatler için tanınan muafiyetlerin bireysel muafiyet taleplerinden bir farkının olmaması gerekir ve dinsel gruplar için tanınan muafiyetler kolaylıkla başka alanlar için muafiyet hakları

olarak genişletilebilir. Örneğin vicdani ret ileri sürülerek zorunlu askerlik hizmetini yapmama talebi bireysel bir muafiyet türüdür.

Bu taleplerin içerikleri incelendiğinde, grupların, dini ve kültürel gerekliliklerini yerine getirmekten vazgeçmeden kamusal alanlara çoğunluk mensupları ile birlikte dahil olmayı istedikleri görülür. Bu talepler ahlında kültürel azınlıkların kendi kimlikleri ile ana toplumla bütünleşme arzusuna dayanır.\*

Muafiyetler hukukun ve kanunun dışına çıkılmasına imkân verdikleri ve bazılarında diğerlerinin sâhip olmadıkları özgürlükleri bahsettiği için eleştirilmiştir. Bu, genelde cumhuriyetçi ve liberal teorilerin üzerinde yükseldiği, eşit özgürlük ilkesinin öneminin yadsınmasının yarattığı bir problem olarak ele alınmıştır. Liberal iddiaya göre eşit uygulama tek bir kanunun uygulanmasını gerektirir ve farklılaştırılmış davranışın kendisi eşitsiz bir sonuç doğurabilir. Muafiyetlerin problem teşkil ettiği düşünülen bir diğer konu da hukuk kurallarının uygulanması ve kapsamı açısından genelliğine vurgu yapan hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin muafiyetler karşısında zedelenip zedelenmediğidir. Muafiyetlerin eleştiri konusu yapıldığı bir diğer husus da muafiyetleri tanıyan bir devletin bireyleri/yurttaşları ait oldukları gruplara göre tanımlamak zorunda kalacak olmasıdır. Belki en önemli problemlen alan, özellikle din kaynaklı muafiyetlerde muafiyet talebinin hakikîliğinin adlî araştırma konusu olması

\* Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, s.285. Yazar bütünleşmeci dini gruplar ile siyasal yönden fundamentalist dini gruplar arasında bir ayrım yapılması gerektiğini belirtiyor. Tok'a göre bütünleşmeci dini gruplar, ülkenin demokratik kurumlarını değiştirmeden ana toplumu katılmak isterken, siyasal yönden fundamentalist gruplar ise tersine laik demokratik düzeni tehdit ederler. Onu dine dayalı bir sistemle değiştirmeyi amaçlarlar. Yine yazara göre bütünleşmeci dini grupların taleplerine karşı itirazların çoğu, bu gruplarla fundamentalist grupların birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. İlki liberalleşme ve modernleşmenin bileşiminin bir sonucu olarak ortaya çıkan, kimlik temelli bir taleptir ve amaç yerleşik laik demokratik düzende kendine bir yer bularak katılmadır; ikincisi ise aynı sürece (liberalleşme ve modernleşme süreçlerine) bir tepki ve süreci değiştirme hatta tersine çevirme arayışıdır. İkinci tür tepkiye karşı duyulan korku, ikincisi ile beraber ilkinde de bir itiraz olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle her iki grubun talepleri arasındaki farkın tespit edilmesi önemlidir. Liberal demokrasiler birinci tür taleplere açık olmalı ve bunları düzenlemelidir, fakat ikincilere karşı sıkı bir şekilde korunmalıdır. Bkz. Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, s.286.



ihdimâlidir. İdarî makamlar muafiyet talebinde bulunan kişinin inancında samimî mi yoksa muafiyet fırsatından yararlanmak için mi talepte bulunduğunu araştırmak zorunda kalabilecektir.\* Diğer taraftan bütün muafiyet talepleri bireyin bir grubun üyesi olduğunun resmî makamlarca kayıt altına alınmasını gerektirir ki bunun da bazı sakıncaları olabilir. Son bir eleştiri konusu da grupların hakların taşıyıcısı olamayacaklarına ilişkindir.\*\*

## 2. Teşvik ve Yardımlar

Çoğunluğun herhangi bir yardıma ihtiyaç duymadan yerine getirebildiği pratiklerin azınlık kültürlerine mensup bireylerce de yerine getirilebilmesi için azınlık gruplarının desteklenmesini ifade eder. Kamu hizmetlerinin çok dilli yürütülmesi, olumlu ayrımcılık, etnik temelli vakıf ve derneklerin kurulabilmesi, okul ve araştırma kuruluşlarının kamusal yardım alması, göçmenlerin farklı kültürel ihtiyaç ve pratiklerinin anlaşılabilmesi ve tanınmasına yönelik kültürel çeşitlilik ve sosyal algılama programları teşvik ve yardım politikaları kapsamına girer.<sup>227</sup>

Destekleme hakları, çoğunluk kültürüne karşı azınlıkların farklılıklarına bir koruma temin eden muafiyet hakları gibi, azınlıkların ana topluma katılmasının önündeki engellerin aşılmasına hizmet eder. Kültürel farklılıklardan doğan dezavantajlar veya ortak aktivitelerin dizayn edilmiş biçiminin bir şekilde azınlıkta olan grup üyelerinin dışarıda bırakılması sonucunu doğurması durumunda özel destekleme programlarının devreye girmesi söz konusu olur. Bu tür taleplerin daha çok, göçmen gruplar tarafın-

\* Örneğin dini inançlarının silâh taşımayı ve savaşmayı yasakladığı gerekçesi ile zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmayı isteyen Yehova Şâhitleri vb. grupların taleplerinin samimiyetinin tespiti sorun olabilmektedir.

\*\* Levy, "Classifying Cultural Rights", s.23, 28; Çoğu liberal, etnik ve ulusal grupların talep ettiği 'kollektif hakların' tanım gereği kişi haklarına karşı olmasından çekinmektedir. Bu görüş, Kanada'da 'bireyin önce geldiğini' ve hak sâhiplerinin yalnızca bireyler olduğunu söyleyerek Québec'in öz-yönetim haklarından kaynaklanan bazı yetkilerine muhalefetini açıklayan eski başbakan Pierre Tradue tarafından popüler hâle getirilmiştir. Kymlicka, *Çokkültürlü Yurttaşlık*, s.73

dan talep edildiğini söylemek mümkündür. Göçmenler, bir yandan göç ettikleri toplumla bütünleşmek isterken, bir yandan da kültürel miraslarının ve kimliklerinin bazı yönlerini korumak isterler, teşvik yardım politikaları, göçmenler için önemli olan bazı kültürel pratiklerin anlaşılmasına ve ilk aşamada formel hukukî vatandaşlık ile psikolojik özdeşlik\* arasındaki boşluğu doldurmayı amaçlasa da giderek kültüre ait bazı unsurların sivil toplumda görünür kılınmasına ve kamusal olarak tanınmasına hizmet eder. Önde gelen destekleme hakları dile ilişkin haklardır. Bir azınlık dilini konuşuyor olmak devletle ilişkilerinde ya da devletin korumasından ve diğer hizmetlerden yararlanmada azınlık diline mensup kişiler için özel destekleme programları gerektirir. Bu destekleme hizmetleri, oy pusulalarının birden fazla dilde basılması, mahkemelerde ve kamu kurumlarında çevirmen bulundurulması, yargılama faaliyetinin ve kamu hizmetlerinin iki veya daha fazla dilde yerine getirilmesini içerir. Oy kullanma, mahkeme ve okulları kullanma ve kamu hizmetlerine girme azınlık dillerini konuşan bireylerin en çok gereği gibi yararlanamadıkları alanları oluşturmaktadırlar. Bu tür engellerin aşılması belirli özel destekleme programlarını gerektirmektedirler. Ancak bahsi geçen hizmetlerin iki veya daha fazla dilde yerine getirilmesi belirli bir maliyet gerektirmektedir. Destekleme hakları taraftarları, söz konusu maliyetin azınlık dilini konuşan kişilerin zorunlu olan hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarından kaynaklanan adaletsizliklerden daha az önemli olduğunu belirtirler.<sup>228</sup>

\* Formel hukukî vatandaşlık ile içten benimsemeyi ifade eden yurttaşlık arasındaki ayrım özellikle Fransa'da dikkat çekmektedir. Fransa'da vatandaşlığın, anayasal bir kavram olarak birey ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir anlamı varken, yurttaşlığın ise bireyin devletle olan formel hukukî ilişkisini aşan, Fransız devletine ve toplumuna sadakatini ifade eden bir anlamı vardır. Bkz. Gaye Petek, "Türkiye Kökenli Göçmenlerin Fransa'da Siyasal Katılımı ve Temsiliyet", Burcu Yoleri-Barış Yıldırım (çev.), Didem Danış-Verda İrtiş (Der.), *Entegrasyonun Ötesinde Türkiye'den Fransa'ya Göç ve Göçmenlik Halleri* içinde, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s.73, dnp.1; Tok da Carens'i tâkip ederek vatandaşlığın hukukî, psikolojik ve siyasal boyutları olan bir kavram olduğuna dikkat çekerek çokkültürlü bir devlette vatandaşlık kavrayışının bu üç boyutu da kapsamasa gerektiğini vurgular. Bkz. Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, s.278 vd. Ayrıca bkz. Carens, *Culture, Citizenship, and Community*, s.162-176.

Pozitif ayrımcılıktan hareket eden destekleme haklarına ilişkin bir uygulama olarak Amerika'daki siyahların durumu verilebilir. J. F. Kennedy'nin 1961 tarihli bir kararında kullanılan 'olumlu ayrımcılık', Johnson ve Carter dönemlerinde belirli hedefler doğrultusunda sistemli bir politikaya dönüşmüştür. Olumlu ayrımcılık politikası, özünde, Amerikan toplumdaki siyahların toplumsal hareketliliğini yaklaşık yüzyıl süreyle engelleyen yasa ve gelenek temelli ırk ve sınıf sınırlamalarının sonuçlarını telâfi etme amacına yönelik olmuştur. Söz konusu politikanın yürürlüğe konulması bir dizi federal yasa ile desteklenmiştir. Bu politikalar, azınlık girişimcilerine çeşitli kolaylıklar sağlanması, federal eğitim burslarının etnik toplulukların sayıları ile orantılı olmaksızın dağıtılması örneklerinde olduğu gibi özellikle istihdam, eğitim, vb. alanlarda hedefler, kotalar ve tercihli muameleler içermektedir. 1964'teki Medenî Haklar Yasası'nın ürünü olan Eşit İstihdam Olanakları Komisyonu'nun ilk önemli icraatı, işverenlere istihdam ettikleri, Siyah, Asyalı, İspanyol, Amerikalı ve Amerikalı yerlilerin sayısını raporlarla bildirmeleri talebi olmuştur. Renk körlüğü döneminden renk bilincine geçişi ifade eden bu tür uygulamalar bir anlamda hükümetin her istihdam alanında, her özgül azınlık grubu için istatistikî hedefler belirlemesi anlayışını ortaya koymaktaydı.<sup>229</sup>

### 3. Geleneksel Kültürün ve Hukukun Tanınması

Geleneksel hukuk kodlarının hâkim hukuk sistemi tarafından tanınmasıdır. Kültürel kimlik talepleri içine, geleneksel yasal düzenlemelerin tanınması ve uygulamaya sokulması da girebilmektedir. Genel hukuk kurallarına uyulmakla birlikte, bir kültürel kimlik kendi yaşam alanı içindeki belli düzenlemeler için kendi kültürüne dönük 'geleneksel yasal düzenlemeleri kullanma ve uygulama hakkının' talep edilmesi, bu temelde ortaya konulmaktadır.<sup>230</sup> Örneğin aborjinlerin toprak hakları, geleneksel

veya grup özelliklerini yansıtan aile hukukuna ilişkin kuralların tanınması. Veya İngiltere’de son dönemde kabul edildiği gibi ülkedeki Müslümanların şeriat mahkemelerinde boşanmalarına imkân veren yeni hukuksal rejimlerin uygulanmaya konulması azınlık kültürel gruplarının geleneksel kültür ve hukukunun tanınmasına örnek olarak verilebilir. Srilanka’da toprak ile ilgili miras düzenlemelerinde geleneklerin kullanılmasının talep edilmesi de bu bağlamda örnek verilebilir.

#### 4. Dış Korumalar

Kültürel azınlıklara mensup bireylerin münhasıran kendilerini ilgilendiren konulardaki haklarını dışardan gelebilecek etkilere karşı korumak amacını güden bir çeşit mutlak veto yetkisidir. Örneğin Quebec’te dille ilgili bazı yasalarda yer aldığı gibi, Fransız kökenli ailelerin ve göçmenlerin çocuklarının İngiliz dilinde eğitim veren okullara gönderilmesinin engellenmesi veya yerli bölgelerinde seçimlerde yerleşik beyazların oy kullanmasının daima veya geçici olarak engellenmesi ya da beyazların yerli arazileri üzerinde mülkiyet hakkı sâhibi olmasının kısıtlanması tipik dış koruma örnekleridir.

Dış korumalar gruplar arası ilişkiler ile ilgilidir; yani etnik, ulusal, kültürel ya da dilsel grup, büyük toplumun kararlarının ve faaliyetlerinin etkisini, kendi ayrı varlığını ve kimliğini koruyup sürdürmek için sınırlandırmak isteyebilir.<sup>231</sup>

Bazı vâkıalarda belirli bir kültürün korunmasının o kültüre mensup olmayan fakat o kültürle yakın temas hâlinde bulunan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğurabileceği dile getirilmiştir. Bu türden itirazların dile getirilmesine vesile olan önde gelen örneklerden birisi, Québec’te ticarî işaretlerde İngilizcenin kullanılmasının yasaklanmasıdır. Gerçekten de Québec’te örneğin bir ticarî işte, taraflar Fransızca dışında bir

dil kullanmak istediklerinde söz konusu yasalar onları etkilemektedir. Québec'te dil ile ilgili bir diğer yasak da elliden fazla işçi istihdam eden yerlerde işlerin Fransızca ile yürütülmesinin zorunlu olmasıdır. Bu yasaların ilk akla gelen haklılık gerekçesi, Kanada'daki anglofon çoğunluğun ekonomik ve politik baskıları karşısında frankofonları güçlendirip eşit fırsat sağlamaktır. Bu hâliyle söz konusu yasalar, özellikle frankofonların işyerinde Fransızca konuşmasına imkân sağlayarak başarılı olmuştur. Ne var ki bu yasaların bazı hükümleri ilerde incelenecek olan iç kısıtlamalar da getirir. Örneğin yasa yalnızca ticarî işaretlerin Fransızca da olabilmelerini temin etmekle kalmaz aynı zamanda İngilizce işaretlerin kullanılmasını da sınırlar ve böylelikle frankofonların gönüllü de olsa İngilizceyi seçebilmelerini kısıtlar.\* Québec'liler kendi toplumlarının istikrarını korumak için üyelerinin seçimlerini sınırlamış olmaktadır. Başka bir deyişle, Québécoislere, varlıklarını sürdürme yolundaki ortak amaçları adına, kendi hükümetleri tarafından kısıtlamalar getirilmiştir. Bu, kısmen anlaşılabilir bir durum ise de anglofonların dillerini kullanma özgürlüklerini sınırladığı için aşırı bir uygulama olarak değerlendirilebilecek bir dış korumadır.<sup>232</sup>

Belirli kültürleri dıştan gelebilecek tesirlere karşı korumak yolunda verilebilecek bir diğer örnek de –yine yerli halklar örneği– yerli kültürün yaşam alanı bulduğu yerlere göçmen yerleşiminin kısıtlanması ya da tamamen engellenmesidir. Göç ile ilgili bu

\* Bu madde, Yüksek Mahkeme tarafından Québec İnsan Hakları Yasası'na ve Kanada Sözleşmesi'ne aykırı bulunarak reddedilmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi, ticarî belgelerin Fransızca dışındaki dillerde hazırlanıp imzalanmasını yasaklayan koşulu iptal etmiştir. Ama Mahkeme üyeleri, bu kararı verirken, başka bir dilin eşliğinde olduğu zaman bile, bütün imzaların Fransızca olmasını talep etmenin makûl bir istek olduğu konusunda görüş birliğine varmışlardır. Başka bir deyişle, onlara göre, Québec için tek dilli İngilizce belgelerin imzalanmasını yasaklamak, kabul edilebilecek bir yasal düzenlemedir. Québec bağlamında Fransızca'yı koruma ve destekleme gereksinmesi, bunun için yeterli gerekçe oluşturmaktadır.

Ancak, burada şunu da belirtmek gerekir ki, imzalarla ilgili maddeler, Sözleşmede bulunan ve belli durumlarda yasaların, Sözleşme ile ilgili olarak mahkemelerde alınan kararların kısa süre üstünde sayılmasını sağlayan bir koşul nedeni ile yeniden geçerlilik kazanmıştır. Taylor, *Tanırma Politikası*, s. 64-65 ve 83, dph. 29

türden kısıtlamalar, devletlerin göçmen kabul etmesi ya da reddetmesi konusunda sâhip oldukları yetkilere benzetilebilir. Dışa karşı bu türden korumalar sağlayan haklar, kültürel topluluğun kendi kendisini yönetmesi hakkına doğru bir genişleme gösterebilir. Kymlicka'nın bazı yorumlarında, dış korumaların ancak kültürel topluluğun bağımsızlığının tehlikede olduğu zaman haklı olarak kabul edilebileceği görülmektedir. Benzer şekilde Buchanan da ayrılmanın bir alternatifi olarak dışa koruma sağlayan hakların desteklenebileceği görüşündedir. Dış korumaların bazıları, kültürel topluluğa devletleşmeye ihtiyaç olmadan devlet benzeri yetkilere sâhip olarak kendi varlığını devam ettirme imkânı vermektedir. Dış koruma sağlayan hakların kendi kendini yönetme hakkının bir türevi olduğu söylenebilir.<sup>233</sup>

Dış korumalar, iddia edildiğinin aksine azınlığa çoğunluğa karşı bir ayrıcalık sağlamaz. Bir gruba toprak ya da dil hakları tanımak, onun öteki gruplar karşısında ayrıcalık kazanıp onlar üzerinde tahakküm kuracak konuma gelmesini ifade etmediği gibi, tersine böylesi haklar, küçük grubu büyük grup karşısında kendini daha iyi savunabilir duruma getirerek, çeşitli grupların daha eşit bir konuma gelmesi olarak değerlendirilmelidir.

## 5. İç Kısıtlamalar

Dış korumalar gibi iç kısıtlamalar da etnik, ulusal ya da kültürel toplulukların istikrarını korumaya matuftur. Genel topluma karşı ileri sürülen dış korumalardan farklı olarak iç kısıtlamalar topluluğun kendi üyelerine karşı ileri sürdüğü taleplerdir. İç kısıtlamalar grubu içerideki muhalefetin istikrar bozucu etkilerinden yani üyelerin bireysel olarak geleneksel pratikleri ya da âdetleri izlememe kararlarından koruma amacı güder.

İç kısıtlamalar grup içi ilişkiler ile ilgilidir. Etnik, ulusal veya kültürel grup, grup dayanışması adına kendi üyelerinin özgürlü-

günü kısıtlamak için devlet gücünü kullanmak isteyebilir. Bu bireylerin baskı altına alınması tehlikesini doğurur. Kolektif hakları eleştirenler, bu anlamda, gruba tanınan hakların bireylere tanınan haklardan önce gelmesi hâlinde neler olabileceğine örnek olarak sık sık kadınların baskıya uğradığı ve dinsel ortodoksinin yasal olarak güç kazandığı teokratik ve ataerkil kültürleri gösterirler.

İç kısıtlamalara yönelik eleştiriler şu şeklide yanıtlanmaktadır: Öncelikle kuşkusuz tüm yönetim biçimleri, ve tüm siyasî otorite kullanımları otoriteye tâbi olanların özgürlüğünü değişen derecelerde kısıtlar. Ne kadar demokratik ve liberal olursa olsun bütün devletler yurttaşlarından kamusal harcamalarını karşılamak için vergi alır, askerlik gibi bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini zorunlu kılar. Bazı ülkelerde seçmenlerin oy kullanmaları zorunludur. Kısacası bütün devletler yurttaşlarından asgari düzeyde bir yurttaş sorumluluğu bekler ve bu sorumluluğun somutlaştığı bazı görevlerin yerine getirilmesini zorunlu kılar. Bu nedenle etnik veya kültürel gruplara yöneltilen üyelerinin özgürlüğünü kısıtladığı şeklindeki eleştiriler, liberal demokratik ülkelerin kimi uygulamalarına da yöneltilebilir. İç kısıtlamalar, onlara daha az ihtiyaç duyulabilecek ülkelerde de mevcuttur. Kültürel pratikleri içerideki muhalefetten koruma arzusu, belli bir oranda her kültürde, homojen ya da homojen olduğu varsayılan ulus devletlerde bile vardır.<sup>234</sup>

İkinci olarak, dışardan bakan birinin yerli ya da ulusal azınlığa tanınan iç kısıtlama yetkilerinin temel kişi haklarını ihlâl edildiğini kolayca değerlendirmesi genelde zordur. Baskının tespiti özellikle başka kültürler söz konusu olduğunda, özgül duruma duyarlılıkla yaklaşmayı gerektirir.<sup>235</sup>

Üçüncüsü, somut verilere bakıldığında bizatihi azınlık gruplarının üyelerinin kendileri büyük ölçüde kendilerine ya da grubun diğer üyelerine makûl olmayan iç kısıtlamalar dayatılması-

na pek destek vermez. Örneğin batı demokrasilerinde genelde göçmen örgütlerin çok azı bu tür iç kısıtlamalar peşindedir. İç kısıtlama talebinde bulunanların göçmen ve dilsel azınlık gruplarından ziyâde dinî cemaatler olduğu görülmektedir.<sup>236</sup>

Son olarak, dış korumalar yeterince tanındığı ve etkili bir şekilde uygulandığı zaman iç kısıtlamalara duyulan ihtiyaç minimum düzeye inecektir. Dış koruma haklarına sâhip gruplar kendi üyelerinin medenî ve politik haklarına sonuna kadar saygı gösterebilirler.<sup>237</sup> Özellikle dil hakları gibi tanındığında, diğer temel haklarla çatışma ve onları engelleme imkânı son derece güç olan haklar söz konusu olduğunda iç kısıtlamaların uygulanması düşük bir ihtimâldir.

## 6. Temsil Hakları

Kültürden beslenen kimlik politikalarının açılımı, doğrudan doğruya temsil sorunu ile ilgilidir.<sup>238</sup> Bu haklar, azınlıklara mensup kişilerin demokratik çoğulculuk gereği, siyasal alanda aktif rol oynayabilmesini, başta meclisler olmak üzere karar alma süreçlerine katılımlarını ifade eder.<sup>239</sup> Temsil hakları, kısaca azınlıkların yönetim organlarında temsil edilmesinin garanti edilmesi –kota sistemi– veya kolaylaştırılması amacına yöneliktir. Kültürel grupların, kültürel miras bütünü bir parçası oldukları, sadece formel yasal vatandaşlık ile değil, gerçek anlamda da siyasal toplumun bir parçası oldukları hissi verilerek, kültürel grupların üyelerinin ortak kamusal kurumlara girişlerini kolaylaştırmayı ve girdiklerinde de onların bu kurumlar içerisinde kendi kültürel kimlikleri ile yer almalarını amaçlar.<sup>240</sup>

Azınlıklar, haklarını, çıkarlarını, tarihsel imtiyazlarını korumak; ayrımcılığa uğramamak; kamu politikalarının belirlenmesinde söz sâhibi olmak, grupların farklı seslerinin ve ihtiyaçlarının tanınmasını sağlamak için genellikle devletin sadece yasama



organında değil, diğer önemli karar alma ve yürütme ile yargı organlarında belirli bir oranda temsil garantisi isterler.<sup>241</sup> Young, birçok ülkede kanunen bir zorlama olmamasına rağmen siyasi partilerin kadınların temsili konusunda hassas olduklarını belirtmektedir. Birçok ülkede siyasi partiler kadınların siyasette temsil edilmesi yönündeki geleneksel engelleri aşmanın bir yolu olarak cinsiyete dayalı kota sistemi uygulamaktadır. Kadınlara ayrılan kotalara benzer kotaların azınlık gruplarına ayrılması gerektiği yönünde bazı talepler çoğulcu toplumlarda dile getirilmiştir. Baskı altında olan ve dezavantajlı konumda olan azınlık kültürlerine politik karar alma mekanizmalarında özel temsil hakkı tanınması gerekliliği üzerinde duran Young, özel temsil hakkının sadece, baskı altındaki ve dezavantajlı gruplara tanınmasını ise çoğunluğun hâlihazırda zaten temsil edilmekte olduğu gerçeğine dayandırmıştır.<sup>242</sup> Young'a göre, demokratik bir halkın, baskı altında kalan ve dezavantajlı konumda bulunan grupların seslerini duyurabilmeleri için etkili bir tanıma ve temsil mekanizması geliştirmesi gerekir.<sup>243</sup>

Azınlıkları korumanın en iyi yollarından birisinin, onlara yerel ve ulusal düzeylerde yasama ve yürütme organlarında temsil hakkı tanımak olduğu söylenebilir. Temsil hakları farklı düzeylerde ve kapsamda tanınabilir; parlamentolarda, yürütme organlarında ve bazen mahkemelerde azınlık grubunun temsil edilmesi gibi. Örneğin Polonya'da azınlık partileri yüzde beşlik seçim barajından muaf tutulmuştur. Romanya Anayasası, seçimlerde yeterli oyu alamayarak parlamentoda temsilci bulunduramayan azınlıklar için birer sandalye ayırmıştır. (AY. m.59/2). Slovenya'da Macar ve İtalyan azınlık grupları, Ulusal Meclis'e birer temsilci seçme hakkına sâhiptir (AY. m.80/3). Macaristan'da ulusal ve etnik azınlıklar, ulusal ve yerel organlarda temsil edilme hakkının yanı sıra, (m.68/2 ve 3) kendi azınlık yönetimlerini oluşturma hakkına da (m.68/4) sâhiptir. Etnik

ve ulusal azınlıklara ilişkin kanuna göre, yerel bir yönetimde temsilcilerin yarısından fazlasının azınlık grubundan gelmesi durumunda temsilciler kendilerini azınlık yönetimi olarak ilân edebilirler. Macaristan'da, 1990'larda bu türden 800 azınlık özerk yönetiminin var olduğu belirtilmektedir.<sup>244</sup> Karadağ Anayasası, sadece devlet kurumlarında ve makamlarında değil, aynı zamanda kamu hizmetlerinde orantılı bir temsil sistemini öngörür: "ulusal ve etnik grup mensupları, kamu hizmetlerinde, devlet kurumlarında ve özerk yerel yönetimlerde orantılı bir temsil hakkına sâhiptir." (m.73)<sup>245</sup>

Temsil haklarının uygulanmasına başka örnekler de verilebilir. Zimbabve'de siyahların yönetimi ele aldıkları ilk on yıllık süre için beyazlara parlamentoda yüzde yirmilik bir sandalye kotası ayrılmıştır. Kanada Yüksek Mahkemesi'nde dokuz üyeliğin üçü Quebec'e tahsis edilmiştir. Daha geniş kapsamlı bir örnek olarak İsviçre'de yürütme organı yedi kişilik bir heyetten oluşur ve bunlar rotasyon usûlü ile belirli süreler başkanlık yaparlar.\* Belçika'da da dil hakkındaki bir yasanın yürürlüğe girebilmesi, her dil grubunun parlamentodaki çoğunluğunun kabulü şartına bağlanmıştır. Belçika'daki dilsel gruplara tanınan bu yetki aynı zamanda bir dış koruma işlevi de görmektedir.<sup>246</sup>

## 7. Öz-Yönetim Hakları

Etnik, kültürel ve ulusal azınlıkların kendi kendilerini yönetmelerini ifade eder. Kendi kendini yönetme farklı şekillerde olabilmektedir. Slovenya'nın eski Çekoslovakya'dan ayrılmasında

\* İsviçre'deki yedi üyeli ulusal yürütme organı Federal Konsey farklı grupların temsili konusunda bir koalisyonun iyi bir örneğini oluşturur. Üç büyük parti yani Hıristiyan Demokratlar, Sosyal Demokratlar ve Radikal Demokratlar ve İsviçre Halk Partisi, 1959'da oluşturulan 2:2:2:1 formülü uyarınca yürütme organındaki yedi makamı orantılı olarak aralarında paylaşırlar. Almanca konuşan dört ya da beş, Fransızca konuşan bir ya da iki ve sıklıkla İtalyanca konuşan bir üye olmak üzere dil gruplarının sayılarıyla orantılı olarak temsil edilmeleri de buna ek olarak yürürlükteki bir diğer ölçüttür. Her iki ölçüt de resmî olmayan kurallardır ancak bunlara katı bir şekilde uyulur. Arend Lijphart, *Demokrasi Motifleri, Otuzaltı Ülke'de Yönetim Yapıları ve Performansları*, Güneş Ayas ve Utku Umut Bülün (çev.), İstanbul: Salyangoz Yayınları, 2006, s.44 (Bundan sonra *Demokrasi Motifleri* olarak kısaltılacak)

olduğu gibi tam ayrılma, Kanada'da Québec'in federal statüsü, İspanya'daki bölgeler yönetimi veya Porto Rico'nun özel statüsü gibi farklı kendi kendini yönetme biçimleri vardır.

Öz-yönetim politikaları, ulusal azınlıkların yerleşik olduğu alanlarda, azınlık kültürlerini yansıtan kamusal kurumların kurulup desteklenmesini, bunlar üzerinde ve vasıtası ile siyasî iktidarın kullanılmasını ve hukukî denetimin gerçekleştirilmesini amaçlar. Genel devlet yetkilerinin bir kısmının yerel yönetimlere aktarılması şeklinde uygulama bulur. Öz yönetim hakları, siyasal toplumun ve kurumlarının meşruiyetini sorgulamaktadır. Bu nedenle siyasal topluluğun birliğini hedef aldığı söylenebilir.<sup>247</sup> Ancak öz yönetim hakları tanınmadığında da birçok ülkede siyasal istikrarın olmadığı görülmektedir. Bunun nedeni öz yönetim hakkı taleplerinin genelde farklı kültür ve dille olan bağlantısıdır. Öz yönetim talep edenler, yalnızca öz yönetim yetkisi ile donatılarak güvence altında olan, tanınan kimliklerin çeşitli karşılıklı çıkarlar ve avantajlara dayalı bir siyasal birliği sürdürme ya da kurma yolunda harekete geçerler. Katı merkezîyetçi yönetimler kültürel farklılıkların tanınmasına, temsiline ve korunmasına yeterince hizmet etmedikleri –ve çoğu zaman da buna izin vermedikleri– için ulusal azınlıklar kendi kültürlerini yerelde temsil edecek kurumlara ve bu kurumlar üzerinde denetime sâhip olmalarını sağlayacak yönetim yetkilerine sâhip olmaya çalışırlar.<sup>248</sup>

### 8. Sembolik Taleplerin Kabul Edilmesi

Farklı grupların varlığının, değerinin ve statülerinin farkında olmayı ifade eden bir yaklaşımdır. Ülkenin ismi, ulusal gün ve tâtilleri, bir kültürel grubun tanınacağı isim veya bir kültürel azınlığın tarihinin ve kültürünün okul müfredatında öğretilmesi veya sunuluş biçimi ve önemli ve kutsal günlerinin tâtıl günleri olarak kabul edilmesi gibi meselelerle ilgilidir. Muafiyet politikalarının genelde dini gruplar tarafından talep edildiğini belirtmiş-

tik. Sembolik tanınma talepleri ise genelde etno-kültürel gruplar tarafından dile getirilir. Etno-kültürel gruplar, ülkenin kurucu halkı olduklarının, önemli katkılarda bulduklarının veya farklı ve değerli bir kimlikle var olduklarının tanınmasını sağlamak için bu talepleri karşılayan politikaların uygulanmasını isterler. Sembolik terimi, 'nisbî bir önemsizlik' anlamı çağrışırsa da buradaki taleplerin çoğunun ulusal kimlikle bağlantılı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle bu tür taleplerin karşılanması *prima facie* görüldüğü gibi kolay olmamaktadır. Bu tür talepler genellikle çoğunluk grup tarafından devletin statüsüne ve ulusal kimliğe karşı bir meydan okuma olarak görülür.<sup>249</sup>

Bir ülkenin isminin siyasal toplumun birliği bakımından önemli sonuçları vardır. Bazı azınlık etno-kültürel gruplar yaşadıkları ülkenin ismini, özellikle kültürel kimlikten kaynaklanan diğer hakları da güvencelenmemişse, kendi kültürel kimliklerini egemen çoğunluk kültürel grubuna tâbi kılıyor ve kendilerini görünmez kılıyor olarak algılayabilir. Bu yüzden bir ülkenin ismi dahil bir çok konuda anlaşmazlıklar çıkabilir. Örneğin Çek ve Slovakların ayrılmasından önce Slovaklar Çekoslovak olarak tanımlanmayı bir başka halkın kolonisi olmak gibi algılamışlardır ve Mart 1990'da Slovaklar devletin isminin Çeko-Slovakya olarak değiştirilmesini talep etmişlerdir. 12 Nisan 1990'da parlamento-da varılan uzlaşma sonucu devletin o güne kadar ki resmî ismi olan Çekoslovakya Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti olarak değiştirildi. Bu değişiklik sembolik bir tanıma örneği olarak Slovakları ülkenin kurucu halklarından biri olarak tanıyan bir eylemdi.\*

\* Levy, "Classifying Cultural Rights", s.48; Devletin resmî ismini Slovak kimliğini tanıyacak şekilde değiştirmenin dahi siyasal toplumun birliğine katkıda bulunmadığı ve Slovakların ayrılmasını önleyemediği düşünülebilir. Fakat bu tam olarak doğru değildir. Her şeyden önce Slovaklar bir ulus olarak geniş bir özerklik istiyorlardı, ayrılmayı değil. 1992 seçimlerinden sonra Çek Yönetimi beklenmeyen bir biçimde statükonun anormalliklerini daha fazla kabul etmeyeceğini ilân etti ve Slovaklara sınırlı bir seçenek sundu: ya-Slovak kurumlarının Prag'a tâbi olduğu bir federasyon ya da bağımsızlık. Slovaklar bu durum karşısında bağımsızlığı tercih ettiler. Bkz. Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, 289. Türkiye'de 1990'lı yıllarda tartışmaya açılan Türkiyelilik veya Türkiye halkı terimleri, sembolik tanı-

Sembolik tanınmaya ilişkin tartışmalar sadece ülke isimleri üzerine çıkmamakta, fakat bölge, yer, şehir, köy, hatta birey isimleri ve trafik ve yol işaretleri için hangi dillerin kullanılacağı üzerine de çıkmaktadır. Devletler asimilasyonu amaçlayarak veya bölücü görerek, azınlık dillerdeki köy, bölge hatta birey isimlerini zaman zaman yasaklamaktadırlar. Azınlık etno-kültürel grupları, bu tür uygulamaları varlıklarının yadsınması olarak algılayıp buna karşı çıkabilirler ve köyleri, bölgeleri ve çocukları için kendi dillerinde isimler talep edebilirler. Örneğin Galler'de olduğu gibi yol ve trafik işaretlerinde devlet dili yanında kendi dillerinin de kullanılmasını talep edebilirler. Bu tür talepleri karşılayan düzenlemelerin yapılması, azınlık etno-kültürel grupların üyelerinin, kendilerine saygı duyulduğunu ve ülkenin kurucu halklarından biri olarak tanındıklarını hissetmelerini sağlayabilir.\*

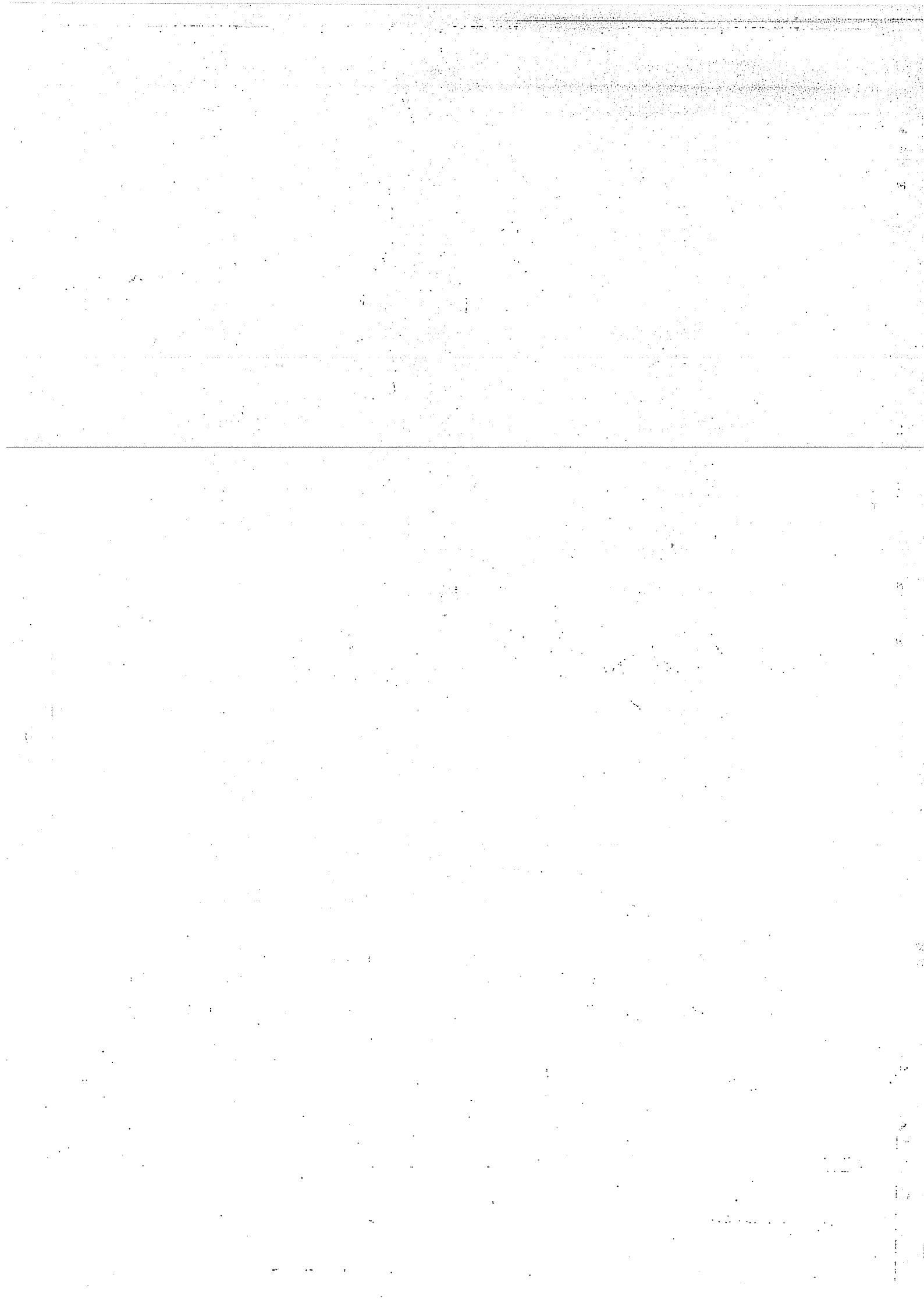
## Sonnotlar

- 1 Raymond Willams, *Kültür*, Ertuğrul Başer (çev.), İstanbul: İletişim Yayınları, 1993, s.8-9
- 2 Onur Bilge Kula, *Demokratikleşme Süreci ve Eleştirel Kültür Bilinci*, Ankara: Gündoğan Yayınları, 1992, s.15
- 3 Zeki Hafızoğulları, "Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni", *AÜHFD*. C:45, S:1-4, 1996, s.3-4
- 4 Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular*, Kemal Atakay(çev.), İstanbul: Metis Yayınları, 1996, 115
- 5 Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular*, s.116
- 6 Philippe Bénétón, *Histoire des mots culture et civilisation*, Presses de la fondation des sciences politiques, Paris, 1975, s.23 vd., s.92'den aktaran Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular*, s.116
- 7 İmmanuel Wallerstein, "Culture as the Ideological Battleground of the Modern World System", *Theory, Culture&Society*, Vol. 7, s.31
- 8 Wallerstein, "Culture as the Ideological Battleground of the Modern World System", s.31; Ali Şafak Balı, "Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adâlet", *HFSA*, Sayı:8, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.13-14

---

ma olmadan Türkler dışında kalan diğer etnik gruplarda ve özellikle Kürtlerde-muhtemelen sadece Kürtlerde-bir çeşit aidiyet hissi geliştirmeye yönelik çabalar olarak değerlendirilebilir.

\* Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, 289-290



## Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar\*

Yrd. Doç. Dr. Saim Üye\*\*

### ÖZET

*Bu makale hukuk literatüründe "kültürel suç" ve "kültürel savunma" kavramlarına verilen anlamları ve kültürel savunma lehine ya da aleyhine geliştirilen argümanları konu edinmektedir. Konuya ilişkin tartışma hukuki fikirlerin çatışan öncüllerini, bunlar arasında denge kurmanın ve bu dengeyi çağdaş çokkültürlü toplumların ceza mahkemelerinde gerçeğe dönüştürmenin zorluklarını ortaya koymaktadır. Kültürler çatışmasının yarattığı sorunların üstesinden gelmeye yönelik ihtiyaç, hukuk sistemlerini değiştirmeye ya da çokkültürlü sosyal gerçeklikle uyum halinde olan yeni yorum biçimlerini benimsemeye zorlamaktadır.*

*Anahtar Kelimeler: Hukuk ve Kültür, Kültürel Suç, Kültürel Savunma, Çokkültürlülük, Kültürel Çoğulculuk.*

### Cultural Defense: Concept and Arguments

#### Abstract

*This article deals with the meanings attributed to the concepts of "cultural offense" and "cultural defense" in the legal literature, and with the arguments raised in favor of or against the recognition of the cultural defense. The debate surrounding the issue figures out the conflicting premises of the legal ideas, the difficulty in balancing them and in realizing that balance in the criminal courts of contemporary multicultural societies. The compelling need to overcome the problems of clash of cultures forces the legal systems to change or to adopt new forms of interpretation in line with multicultural social reality.*

*Keywords: Law and Culture, Cultural Offense, Cultural Defence, Multiculturality, Cultural Pluralism*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD

## Giriş

İngiltere’de Nijerya kökenli bir kadın (Adesanya) oğullarının yüzlerini jiletle kazıyarak onlara fiziksel zarar vermek suçlamasıyla karşılaştı. Adesanya savunmasında, mensubu bulunduğu Yoruba kabilesinin sembolünü çocukların yüzlerine çizdiğini; bunun kültürel bir gereklilik olduğunu, kendi kültüründe bunu yapmanın çocukları kimliksiz bırakarak onlara zarar vermek olarak algılandığını ileri sürdü.<sup>1</sup> Kaliforniya’nın Fresno kentinde Laos kökenli Hmong kabilesine mensup Kong Moua, aynı kabileden bir kadını zorla kaçırmak ve tecavüz etmekle suçlandı. Sanık savunmasında, eyleminin Hmong kültüründe olağan kabul edilen bir evlilik ritüeli (*zij poj niam – marriage by capture*) olduğunu iddia etti. Yerel kültürde yaygın olduğu anlaşılan bu uygulamaya göre, kadının kaçırılmaya direnmesi de, erkeğin bu direnci kırmak için güç kullanması da ritüel gereği idi.<sup>2</sup>

Yakın geçmişte ABD’de ve Avrupa’da örnekleri çoğaltılabilecek bu türden davalarla karşılaşılması hukuk literatüründe kültür odaklı tartışmaların yoğunlaşmasına yol açtı. İçerik bakımından değişseler de, bu tür davalarda ortak bir özelliği saptamak mümkündür. Azınlık kültürüne mensup failer kendilerini içinde yaşadıkları toplumun hukuk düzeninin talepleri ve aidiyet halinde buldukları kültürün gereklilikleri arasında sıkışmış durumda bulmaktadırlar. Mahkemelelerin böyle bir olayla karşılaştıklarında nasıl davranmaları gerektiği, makalenin başlığının ifade ettiği sorunun özünü oluşturmaktadır. Kültür temelli gerekçeler dikkate alınmadan, aynı eylemi gerçekleştiren egemen kültür mensubu diğer herhangi bir fail için nasıl karar verilecekse öyle mi karar verilmelidir? Yoksa failin sorumluluğunu saptarken onun eylemini yönlendiren özgün kültürel normları hesaba katmak, dolayısıyla eylemi farklı bir kategoride değerlendirmek adaletin bir gereği midir? Hukuk doktrinini giderek daha fazla meşgul ettiği anlaşılan bu sorunun<sup>3</sup> ilk bakışta görünenden daha derin bazı felsefi tartışmaları bünyesinde barındırdığı açıktır. Ahlak ve hukuk ilişkisi, cezanın amacı, kanun önünde eşitlik, kültürel çoğulculuk, hakkaniyet, ahlaki rölativizm gibi konular bu bağlamda sözü edilebileceklerden birkaçıdır.

Konuyu tartışmak üzere Avrupa doktrininde genellikle ayrı bir suç kategorisini ifade etmek üzere “kültürel suç” terimi kullanılmakta iken, ABD doktrininde

- 1 Alison D. Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004, s. 49-50.
- 2 Ayrıntılar için bkz. Deidre Evans-Pritchard & Alison D. Renteln, “The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Fresno, California”, *South California Interdisciplinary Law Journal*, 4/1, 1994-1995, s. 8-13. İntihar eden kadının küçük çocuklarını da kendisiyle birlikte öldürmesini gerekli gören kültürel norm gereğince çocuklarını öldüren, fakat kendisi kurtarılan Japon kökenli Kimura’nın davası için bkz. Saim Üye, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 17, 2007, s. 109 vd.
- 3 Sorun üzerine tartışmalar ABD, İngiltere, Belçika, Hollanda, Kanada, Avustralya gibi ülkelerde yaygın biçimde görülmektedir. Bkz. Alison Dundes Renteln, “The Use and Abuse of the Cultural Defense”, *Canadian Journal of Law and Society*, 20/1, 2005, s. 47; Alison D. Renteln & Rene Valladares, “The Importance of Culture for the Justice System”, *Judicature*, 92/5, 2009, s. 194.



“kültürel savunma” teriminin tercih edildiğini görüyoruz.<sup>4</sup> Bu bir ölçüde, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile *common law* geleneğindeki tarihsel biçimleniş farklılıklarının sorunlara yaklaşım tarzını belirleyişine bağlanabilir. İctihadilik niteliğinin ağır bastığı *common law* geleneğinde faillerin yargılama sürecindeki savunma pratiklerinin gözleminden hareket edilerek fikir üretimine girilirken, yasamaya ve kodlara öncelik tanıyan Avrupa yaklaşımında eylemin mevzuat bakımından suç oluşturma potansiyelinin öncelikle dikkat çektiği ve odak farklılaşmasının bundan kaynaklandığı düşünülebilir. Bu farklılık üzerinde yoğunlaşmak gerekli değildir; zira bu iki terimin birbirini gerektirdiği açıktır. Aynı olgu, fail tarafından bakıldığında bir savunma tarzı, hukuk sistemi tarafından bakıldığında bir suç türü olarak görünür hale gelmektedir. Dolayısıyla, bu iki terimin aslında aynı deneyime işaret ettiği, gerçekliğin iki farklı görünümünü ifade ettiği ve hatta birbirini tamamladığı söylenebilir.

Mağkemelerin karara ulaşırken kültürel aidiyeti hesaba katmalarının gerekip gerekmediği sorusu üzerine tartışma, esasen kültürün insan davranışını yönlendirme yeteneğine dair tartışmayla bağlantılıdır. Bu uygulamaya taraftar olmanın temel öncülü, kültürün birey davranışı üzerinde güçlü bir etkiye sahip olduğu, onu kültürlenme sürecinde kendisine öğretilen tarzda davranmaya yönlendirdiği fikridir.<sup>5</sup> Aşağıda öncelikle bu noktadan hareket edilecek, kültür ve suç algısı arasındaki bağlantıya değinildikten sonra, kültürün hukuken hesaba katılabilirliğine ilişkin soruya olumlu ve olumsuz cevap geliştirenlerin dayandıkları temel argümanlara yer verilecektir.

### I. Kültür ve Suç

Bir eylemi salt “sosyal” olmaktan çıkarıp ona “kültürel” olma niteliğini kazandıran husus, onun gerçekleştirilme nedeninde ve tarzında belli ideallerin, inançların ya da değerlerin rol oynamış olmasıdır. Bu farklılık, gündelik davranış rutinlerinin ürettiği kalıplar ile gereklilik duygusunu değerlerden ve ideallerden alan kültürel normlar arasında bir ayırım yapılmasını olanaklı kılar. Bunlardan ilkinin ikincisine dönüşmesi elbette mümkündür. Her durumda, kültürel normlar değerlerden aldıkları güç sayesinde bireyden daha ciddi bir itaat ve bağlılık talep eder. Ceza hukukunun ihlalini yaptırma bağladığı belli kuralların bu türden kültürel değerleri güvenceye aldığı ve onlara kalıcılık kazandırdığı düşünülür. Eylemin değer ihlali nedeniyle cezai sorumluluk doğurması, suç algısının kültürel boyutunu ortaya koyar. İki kültür arasında suç algısının farklılaşması, daha genel düzeyde kültürler çatışması olarak adlandırılan olgunun ceza hukuku alanındaki somut yansımalarına işaret eder.

4 Jeroen Van Broeck, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9/1, 2001, s. 1.

5 Renteln (2004), s. 10; (2005), s. 48.

## 1.1. Kültür ve Bireysel Davranış

Kültür, en geniş anlamıyla bireyin bir toplumun üyesi olmak sıfatıyla hayatında yer alan, bilgi, sanat, inanç, ahlak, gelenek gibi tüm olguları kapsar. Elbette daha dar anlamda tanımlar da üretilebilir. Ancak hangi tanım kabul edilirse edilsin, her bir kültürün özgün bir anlamlar ve simgeler sistemi oluşturduğu üzerinde uzlaşılabilir. Simgenin asli niteliği, bir kültürü biçimlendiren farklı anlamların aktarımını sağlayan bir araç olmaktır.<sup>6</sup> Öznelerarası bir simgeler sistemi olarak kültür, bireye kendine ve kendi dışındaki dünyaya yönelik olarak özgün bir bakış sağlar. Bu simgeler sisteminin hem bilişsel hem de değerlendirici işlevleri bulunur. Bilişsel işlev dış dünyanın algısını ortaya koyan zihinsel insanın kategorileri ile işlerken, değerlendirici işlev belli normlara göre yorumlama ve yargılama olanağı sağlar. Bunu, normal kabul edilen bir dizi ortak idealler, değerler ve davranış standartları üreterek yapar.<sup>7</sup>

Kültürel antropologlar, kültürün değer boyutunu hesaba katarak, bireyin maddi davranışı ile bu davranışın temelinde yatan zihinsel süreci birbirinden ayırmaktadırlar. Kültürün etkisi, gözlemlenen maddi davranışın bizatihi kendisinden ziyade, bu davranışın yansıtmakta olduğu inançlarda ve değerlerde bulunur.<sup>8</sup> Ne kadar ortaklaşmış olsalar da, bu inançlar ve değerler açık ve net biçimde tanımlanmış ya da tek bir biçim almış olmak zorunda değildirler; bunlar farklı toplumlarda değişebileceği gibi, aynı toplumun alt katmanları arasında da değişebilir. Kültürel grubun üyelerinin aynı değerleri paylaşmaları, her birinin aynı durumda aynı biçimde davranacağı anlamına gelmez. Diğer yandan kültür, kuşaktan kuşağa aktarılırken dönüşüme uğrayabilir. Her türlü özcü tanımdan, değişmezlik ya da tek biçimlilik vurgusundan uzak kalınsa da, her kültürün bireyleri bir arada tutan kendine özgü bir iç mantığa ve sistemli bir yapıya sahip olduğunu belirtmek yanlış olmaz.<sup>9</sup>

Kültürün bireyin davranışı üzerindeki yönlendirici etkisinin gücüne ve kapsamına dair farklı görüşler vardır. Bunlar, faile atfedilen özgür davranma yeteneğinin derecesine, tersinden söylenirse kültürün failin davranışı üzerindeki kontrol gücünün düzeyine bağlı olarak farklılaşmaktadır.<sup>10</sup> Bu görüşler bir düşünsel yelpaze üzerine yerleştirilirse, bu yelpazenin bir ucunda bireyin davranışlarının kültürel koşullanmadan bağımsız olduğu düşüncesi yer alır. Bu fikre göre kişi, yetiştiği kültürün öğrettiklerinden bağımsız olarak belli eylemlerin bizatihi kötü olduklarını görebilir ve bu yüzden bunları gerçekleştirdiğinde sorumlu tutulması meşru-

6 Michael Richardson, *Experience of Culture*, Sage, 2001, s. 4.

7 Richardson, s. 5; Broeck, s. 8.

8 Michael Fischer, "The Human Rights Implications of a Cultural Defense", *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997, s. 669.

9 Kay L. Levine, "Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Sociological Perspective on Cultural Defense Strategies", *Law and Social Inquiry*, 28/1, 2003, s. 76.

10. Levine, s. 46.

dur. Dahası, içinde yaşadığı toplumun farklı ilkeler temelinde örgütlenebileceğini düşünme yeteneği her insanda doğallıkla vardır; kişi kendi kültürüne eleştirel bir gözle dıştan bakarak onun bazı uygulamalarının yanlış olduğunu saptayabilir ve bunları gerçekleştirmekten kaçınabilir. Dolayısıyla, bu görüşe göre, belli bir kültür içinde yetişmiş olmak kişiyi ahlaki ve hukuki sorumluluktan bağışık tutmaz.<sup>11</sup> Yelpazenin diğer ucunda ise, kültürün birey davranışı üzerinde doğrudan mutlak belirleyici etkisinin olduğuna dair fikir bulunur. Bu çerçevede kültürel bağlamın kişinin davranışını koşullandırdığı ve ona başka biçimde davranma olanağı bırakmadığı düşünülür. Bu kaçınılmazlık elbette eleştirilemezliği beraberinde getirir ve kişiyi eylemi nedeniyle ahlaken ve hukuken sorumlu tutmanın doğru olmadığı sonucuna ulaştırır.<sup>12</sup> Determinizm ve özgür irade tartışmalarına girmeden bu noktada belirtilebilir ki, gündelik hayatımıza yerleşik ahlaki ve hukuki sorumluluk algılarımızı anlamsızlaştıran her tür determinist görüş gibi, bireysel seçime olanak tanımayan bu son görüş de olağan kabullerimizle örtüşmemektedir.

Determinist yaklaşım gibi, kültürel koşullanmanın her türünü reddeden mutlak irade özgürlüğü yaklaşımı da düşünürlerin çoğunluğunca benimsenmemektedir.<sup>13</sup> Kültürün bireysel davranış üzerindeki etkisinden söz ederken bu iki uç görüşten birini kabullenmek elbette zorunlu değildir. Davranış yönlendirme hedefine yönelik fiziksel bir zorlama söz konusu olmasa bile, bu, söz konusu etkinin ihmal edilebilir düzeyde olduğu sonucuna ulaştırmaz. Kültürel normlar birey farkında olmadan onun kimliğinde ve eyleminde etkin biçimde yer edinebilirler; bunlar bireyi mutlak biçimde yönlendirmeden veya onun davranışlarını kaçınılmaz biçimde programlamadan da ciddi bir etkide bulunabilir. Sonuçta kültür birey tarafından üretilmemekte, içine doğulan toplumda hazır bulunmakta ve türlü kültürlenme biçimleriyle öğrenilmektedir. Kültürlenme süreci bireyin algılarını biçimlendirmekte ve davranışlarını etkilemektedir. Bu, büyük ölçüde bireyin farkındalığının dışında işleyen bilinçdışı bir süreçtir.<sup>14</sup> Hangi davranışın meşru ve kabul edilebilir sayıldığına dair birçok normatif yargı öğrenme yoluyla dışarıdan edinilir. Kültürel normlar kişiyi kabul edilebilir biçimlerde davranmaya yönlendirirken, gerek başkalarının davranışlarının yorumlanmasında gerek onların değerlendirilmesinde, dolayısıyla onlara gösterilecek olumlu ya da olumsuz tepkinin biçimlenmesinde kişiye normatif dayanak sağlar. Aynı şekilde, kültür bireye belli koşullar altında kullanabileceği belli araçlar sunar; birey bu araçlardan dilediğini seçmekte özgür sayılsa bile, araçların kapsamaları ve nitelikleri kültür tarafından belirlenmiştir. Kültür, belli davranış tarzlarına dair bir doğallık ve normallik duy-

11 Mark Tunick, "Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis", *Punishment and Society*, 6/4, 2004, s. 397, 398.

12 Alison D. Renteln., "A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse", *S. Cal. Review of Law & Women's Studies*, 2, 1992-1993, s. 445; Levine, s. 44; Tunick, s. 401.

13 Levine, s. 45.

14 Renteln (2004), s. 12; (2005), s. 47-48; Renteln & Valladares, s. 194; Tunick, s. 400.

gusu yaratarak bireyi bu biçimlerde davranmaya yönlendirir; dolayısıyla, bireyin özgürlüğünü kullanabileceği alanın sınırları kültür tarafından belirlenmiştir ve dahası, bu alan kültür tarafından yapılaştırılmıştır. Bu durum, kişinin eylemi nedeniyle ahlaken ve hukuken sorumlu sayılıp sayılamayacağı değerlendirilken, onun aidiyet hissettiği kültürel normların davranışları üzerindeki etkilerinin konu dışı görülmemesi için yeterli bir gerekçe sağlar.<sup>15</sup>

## I.2. Kültürler Çatışması

Kültürler çatışması terimi, farklı değerlere, normlara ve davranış standartlarına sahip iki ayrı kültürün karşılaşması halinde ortaya çıkan çatışma durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kültür bireylerin davranışlarıyla somutlaştığına göre, burada önemli olan, kendini bu çatışma ortamında bulan bireyin konumudur. Literatürde kültürler çatışmasının en görünür ve güncel hali olarak, ekonomik ya da politik nedenlerle kendi ülkelerini terk edip Batı ülkelerine yerleşen göçmenlerin durumuna işaret edilmektedir. Diğer yandan, sömürgecilik döneminde sömürge yönetiminin dayattığı kültür ile yerel kültür arasında ortaya çıkmış olan karşıtlığa değinilmektedir. Sömürge yönetimlerinin sona ermesinden sonra da, sömürgeci devletle ilişkilerini sürdüren yerel elitlerin yönetimi altında benzer bir çatışmanın devam ettiği belirtilmektedir.<sup>16</sup> Ancak, kültürler çatışmasından söz etmek için mutlaka bu türden bir göçmenlik ya da sömürge saptaması yapmak zorunlu değildir. Pekala bünyesinde farklı kültürlerin bulunduğu tek bir toplum içinde bu tür bir çatışma söz konusu olabilir. Hangi şekilde oluşursa olsun, kültürel çatışma durumunda, egemen bir kültür ile bir azınlık kültürünün ya da azınlık kültürlerinin bireyin hayatını yönlendirmede yarışması söz konusudur.

İki kültürün karşılaştığı her durumda mutlaka çatışma sonucunun doğacağını düşünmek gerekmez. Kültürler arasındaki benzerlikler farklılıklardan daha çok olabilir ve bu bir çatışmaya vücut vermeyebilir. Avrupa'dan ABD'ye göç etmiş olanların ya da Türkiye'ye yerleşmiş olan Azerilerin durumunda bunu gözlemliyoruz. Veya farazi olarak, belli azınlık kültürleri egemen kültür içinde eriyip dönüşebilir. Ancak yaşanan deneyim, bu dönüşümün çok kolay olmadığını göstermektedir. Araştırmalar belli merkezi kültürel değerlerin oldukça dirençli ve kalıcı olduğunu ortaya koymaktadır. Çalışmalar, egemen bir grupla karşı karşıya kaldığında bir azınlık grubunun kendi geleneksel değerlerini hemen kaybetmediğini, hatta kimi durumlarda onlara olan bağlılığını daha da güçlendirdiğini göstermektedir. Bir azınlık grubu içinde belli değerler egemen kültürün etkisiyle ortadan kaybolursa da, belli çekirdek değerler korunur ve hatta daha da güçlendirilir. Azınlık grubunun etnik ve kültürel kimliğini biçimlendiren ve ona bir tür kalıcılık sağlayan bu merkezi değerlerin değişmesi oldukça zordur. Egemen kültürün küçümseyici ve dışlayıcı tavrı söz konusu ise, değerleri somutlaştırdığına inanılan belli dav-

15 Levine, s. 46; Renteln (1992-1993), s. 445; Renteln & Valladares, s. 195; Tunick, s. 402.

16 Broeck, s. 11.

ranış tarzlarına olan bağlılığın daha da güçlendiği anlaşılmaktadır. Dışlama pratiği bireyi grubuna daha da bağımlı hale getirmektedir. Diğer yandan, özellikle sosyal ve ekonomik olanaklara erişim bakımından daha alt durumda olan azınlık gruplarında, kültürel aidiyet birey için tek korunak olarak önem kazanmaktadır. Bu türden nedenlerle aidiyet halinde bulunduğu sosyal gruptan dışlanmayı göze alamayan birey için bu grubun kültürel normlarının zorlayıcılığı, dolayısıyla bireyin özgürlüğünü kısıtlayıcı özelliği güçlü biçimde varlığını sürdürmektedir.<sup>17</sup>

Kültürler çatışmasından söz edebilmek için kültürler arasında mutlak ve kapsayıcı bir çatışma halinin aranmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Böyle olabileceği gibi, tedrici bir farklılaşma da söz konusu olabilir. Önemli olan husus, bir eylemin değerlendirilme ölçütlerinin ve ona yüklenen anlamların iki kültür arasında derece itibarıyla farklılaşması ve bunun, seçim yapmak durumunda olan bireyin konumunu etkilemesidir.<sup>18</sup> Kültürler çatışmasının konumuzu ilgilendiren boyutu suç algısının kültürler arasında değişebilmesi ve bunun "kültürel suç" terimiyle ifade edilen olguyu ortaya çıkarmasıdır. Çatışma hukuk sisteminin ilgi alanındaki konulara dahil olup yargılama sürecinde gündeme getirildiğinde, mahkemeler failin kültürel aidiyetinin sonucu etkileyecek biçimde dikkate alınmasının gerek-  
kip gerekmediği sorusuyla karşı karşıya kalmaktadırlar.<sup>19</sup>

### 1.3. Kültürel Suç

Kültürler arasında hangi eylemin cezayı hak ettiğine, dolayısıyla hangi eylemlerin suç sayılması gerektiğine dair algı farklılaşabilir. Egemen kültürel kodların hukuk sisteminde ifade bulması, kültürel çatışmaya hukuki bir boyut katar. Bir ülkenin ceza kanunlarında suç sayıldığı belirtilen eylemlerin o toplumdaki egemen kültürel normların bir yansıması olduğu düşünülürse, o topluma sonradan katılan veya suç algısı değişik olan diğer kültürler ile ceza kanunları arasında bir çatışma çıkması beklenebilir.<sup>20</sup> Bu durum, kültürel çatışmanın hukuki boyutunun bugün göçmenlik nedeniyle Batı'da yaygın biçimde görünürlük kazanan ve dolayısıyla en çok dikkat çeken türüne işaret etmektedir. Diğer yandan, böyle bir sonradan katılım söz konusu olmasa bile, farklı kültürlerin bir arada bulunduğu aynı toplumda egemen konumda olan kültürün ceza kanunlarına yansıdığı düşünülürse, bu kez egemen kültürel kodların yasal ifadesi ile azınlık durumundaki kültürel grupların suç algısı arasında bir çatışma ortaya çıkabilir. Kültürel türdeşliğin bulunmadığı her toplumda böyle bir durumla karşılaşmak mümkündür. Egemen kültürün toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunca paylaşılan kültür olduğu varsayılabilir, ama bunun bir zorunluluk olmadığını belirtmek gerekir; eğer ceza kanunlarını

17 Broeck, s. 12-13.

18 Broeck, s. 16.

19 Renteln (1992-1993), s. 438.

20 John C. Lyman, "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", *Criminal Justice Journal*, 9, 1986, s. 87-88.

belirleme yetkisi belli bir grubun elinde bulunuyorsa, pekala bu grubun kültürel kodları kanunlar aracılığıyla egemen bir konum kazanabilir. Hatta hukuk sistemini iktibas yoluyla oluşturmuş ülkelerde, hukuk sistemine yerleşik değerlerin kökenini bir başka ülkenin kültüründe bulmak da mümkün olabilir. Böyle anlaşıldığında, egemen kültür terimi ceza kanunlarının ideolojik dayanağını oluşturan kültürü ifade eder. Dolayısıyla, ceza kanunlarında ifade bulan kültürün, çoğunlukça paylaşılsın ya da paylaşılmasın, yerel olsun ya da olmasın, egemen kültür olduğu düşünülebilir.<sup>21</sup> Bu son durum, kültürel çatışmanın hukuka dair sonuçlar üreten görünüm biçimini daha belirgin biçimde ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalar, “kültürel suç” teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunda bazı ipuçları sunmaktadır. Ceza kanunlarının suç saydığı bir eylem kültürel bakımdan onaylanan bir eylem ise, birey kendisi üzerinde bağlayıcılık iddiasında buluna iki ayrı kodlama karşısında seçim yapmak durumunda kalır. Eğer seçimini kültürden yana yaparsa, ortaya çıkan eylem pozitif hukuka göre suç teşkil eder; ancak kültürel değerler tarafından motive edilmiş olması onu diğer suçlardan ayırarak “kültürel suç” haline getirir. Belçikalı bir hukukçunun tanımına göre;

“Bir kültürel suç, azınlık kültürünün bir üyesi tarafından gerçekleştirilen ve egemen kültürün hukuk sistemi tarafından suç olarak görülen bir eylemdir. [Söz konusu] eylem failin içinde bulunduğu kültürel grup tarafından göz yumulmakta, o normal bir davranış olarak kabul edilmekte ve onay görmekte, hatta belli durumlarda desteklenmekte ve teşvik edilmektedir.”<sup>22</sup>

Tanımdan anlaşıldığı üzere, ceza kanunları tarafından suç sayılan eylem, failin aidiyet halinde bulunduğu kültürel grup tarafından ya görmezden gelinmesini haklı gösterecek kadar basit sayılmakta, ya normal ve olağan olduğu düşünülmekte, ya da onun belli koşullar altında “olması gereken” statüsüne hak kazandığı kabul edilmektedir. Burada belirtilmesi gereken husus, kültürel suç teriminin suç kültürü ya da suç üreten kültür gibi bir takım imalara sahip olmadığıdır; her toplumda bir suç algısının varlığı anlamında suç olgusunun evrenselliği anlaşılabilir bir durumsa da, neyin suç oluşturduğu konusunda göreceli bir durumun egemen olduğu açıktır. Dolayısıyla, kültürel suç terimi ile ifade edilen husus, her ikisi de kendine özgü değerlere ve ideallere sahip iki kültürün normları arasındaki uyumsuzluktan daha fazlası değildir. Özetle, söz konusu terimin, bir azınlığın kültürel normlarının (yukarıda bahsedilen anlamda egemen kültürün bir yansıması olan) yürürlükteki hukuk kuralları tarafından meşru sayılmaması halini kavramsallaştırdığı söylenebilir. Başka deyişle, kültürel suç, failin pozitif hukuk sistemi tarafından benimsenmeyen bazı kültürel normlara bağlılıkla eylemde bulunmuş olmasından kaynaklanır.<sup>23</sup>

21 Broeck, s. 6.

22 Broeck, s. 5.

23 Broeck, s. 15.

Diğer yandan, buradan hareketle kültürel suç olarak adlandırılan olgunun unsurlarını saptamak mümkündür. Her şeyden önce, ortada kültürel grup olarak teşhis edilecek bir grubun var olması ve bu grubun kendine ait özgün kültürel davranış kodlarını bünyesinde barındırması gerekir. Bu davranış kodları belli eylemleri kabul edilebilir saymakta, dahası belli koşullarda belli eylemlerin gerçekleştirilmesini değer ihlali olarak kabul etmekte ve buna türlü biçimlerde tepki göstermektedir. Bu tepki öldürmekten grup dayanışmasından dışlamaya kadar değişebilir. Kültüre dayalı bu saikle, ya da tepki korkusuyla gerçekleştirilmiş olan eylem pozitif hukuk sistemi tarafından suç sayılmakta ve onun karşılığı olarak cezai yaptırım öngörülmektedir.<sup>24</sup>

Kültürel suçun saptanmasının, yani bir suçun bir "kültürel suç" sayılmasının ceza hukuku açısından önemi ne olabilir? Ceza hukuku bilindiği üzere özgür irade ve bireysel sorumluluk ilkeleri üzerinde yükselir. Failin farklı biçimde davranma olanağı bulunduğu halde suç oluşturan eylemi gerçekleştirdiği, bu nedenle bu iradi seçiminin sonuçlarından bireysel olarak sorumlu olması gerektiği düşünülür. Dolayısıyla davranış serbestisinin varlığından söz edilemeyen durumlarda sorumluluk da doğmaz. Diğer yandan, eylemin içinde gerçekleştiği koşulların bağlamı da cezai sorumluluğun saptanmasında dikkate alınır; meşru müdafaa, zorunluluk hali ya da haksız tahrik hallerinde olduğu gibi. Sorun, failin eylemin gerekçelendirilmesinde kültürel normlara başvurması durumunda, tüm bu sayılanların kültürel bağlam çerçevesinde yeni bir değerlendirmeye tabi tutulması ihtiyacının doğmasıdır.<sup>25</sup>

Saik saptamasının ceza hukuku açısından taşıdığı önem açıktır. Esasen bu önem, genel olarak hukuk ve ahlak, özel olarak hukuki suçluluk ile ahlaki suçluluk arasında kurulmak istenen bağdan kaynaklanmaktadır. Saikin hukuken hesaba katılabilirliği, onun ahlaki bir içeriğe sahip olmasına bağlıdır. Zengininden çalıp yoksula veren bir hırsızın eylemi ahlaken kınanabilir olma özelliğini koruyabilirken, çocuğunu beslemek için hırsızlık yapan birini ahlaken suçlu bulmakta biraz zorlanırız. İlkinin saikinin hukuken hesaba katılmaması gerektiğini, ikincininse ceza almaması ya da daha az ceza alması gerektiğini savunurken kullandığımız argüman tamamen ahlaki bir argümandır.<sup>26</sup> Hukuki suçluluk ile ahlaki suçluluk arasındaki boşluğu doldurmak üzere saikin dikkate alındığı başka bazı kurumlar da vardır. Faruk Erem'in ifadesiyle:

"Herhangi bir hükmün doğru ve haklı olarak kabul edilebilmesi, suçlunun psikolojik bakımdan anlaşılması olmasını, yani "Suç Saikleri"nin bilinmesini gerektirir. Aynı fiili, saikine göre haklı veya haksız buluruz. Meşru müdafaa halinde adam öldürme haklı, hırsızlık için adam öldürme haksız sayılmak-

24 Broeck, s. 19.

25 Levine, s. 46.

26 Renteln (1992-1993), s. 443.

tadır. [...] Haklılık ve haksızlık hususunda hüküm, suçlunun saikine göre değişir. Saik bilinmeksizin, herhangi bir fiil hakkında hüküm verilemez.”<sup>27</sup>

Kültürel suç saptaması yapıldığında, bir başka deyişle failin saikinin kültürel boyutu dikkate alındığında, sorumluluğun belirlenmesinde bu durumun hesaba katılması gereği ortaya çıkar. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, kültürel suça asli niteliğini kazandıranın, kültürel normların özellikle suçun manevi unsurunun oluşumunda koşullayıcı bir etkisinin bulunuşudur. Maddi unsur saptamanın çok güç olmadığı durumlarda bile, manevi unsuru saptamak her zaman bir tür yorum gerektirir.<sup>28</sup> Failin zihnine, en azından güncel teknik koşullarda, nüfuz etmek mümkün olmadığına göre, eylemin gerçekleştirilme tarzından ve somut sonuçlarından hareketle manevi unsurun varlığını saptamaya girişmek kaçınılmazdır. O halde sorun, bu yorum sürecine kültürel koşullanmanın dahil edilip edilmeyeceği sorunudur ki, bunun yapılması durumunda, olgunun öteki yüzü, yani kültürel savunma uygulaması kendiliğinden karşımıza çıkacaktır.

## II. Kültürel Savunma

Yukarıda açıklanan özellikler doğrultusunda kültürel suç olarak kabul edilen bir eylemi gerçekleştirmiş olan bir fail, savunmasında eyleminin kültürel uygunluk, gereklilik ya da koşullanmışlık nedeniyle işlenmiş olduğu yönünde bir tez ileri sürebilir. Bir başka deyişle, aidiyet halinde bulunduğu grubun kültürel normlarını savunmasının bir parçası haline getirebilir ve cezasızlık ya da daha az cezaya muhatap olma talebinde bulunabilir. Bu durumda failin savunması “kültürel savunma” niteliğindedir.<sup>29</sup>

Literatürde kültürel savunma kavramının farklı biçimlerde ifade edildiğini görüyoruz. Örneğin Harvard kaynaklı anonim bir yorumda, kavramdan “*faillere ait kültürel zeminde temellenen [...] savunma*” olarak söz edilmektedir.<sup>30</sup> Coleman’ın tanımına göre, kültürel savunma “*Sanığın ve mağdurun aynı kültürden olduğu ceza davalarında [...] geleneklerin cezadan kurtulmaya yönelik delil olarak [...] sunumunu*” ifade eder.<sup>31</sup> Lyman ise, şöyle bir tanım öngörmektedir: “*Kültürel savunma, eylemlerin failin kültürel mirasına veya geleneğine bağlı olarak uygunluklarına ilişkin makul ve iyi niyetli bir inançla gerçekleştirilmeleri durumunda, ceza sorumluluğunun ortadan kaldırılmasını ya da azaltılmasını sağlar.*”<sup>32</sup>

27 Faruk Erem, “Psikanalizmi Açısından Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44, 1995, s. 485, 486.

28 Elaine M. Chiu, “Culture as Justification, Not Excuse”, American Criminal Law Review, 43, 2006, s. 1319.

29 D. L. Coleman, “Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals’ Dilemma”, Columbia Law Review, 96/5, 1996 s. 1094; William Torry, “Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense”, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 44, 1999, s. 128.

30 Note, “The Cultural Defense in the Criminal Law”, Harvard Law Review, 99, 1985-1986, s. 88.

31 Coleman, s. 1100.

32 Lyman, s. 88.



Tanımlarda betimleyicilik niteliği ön planda bulunsa da, son tanımdaki örtülü normatif gönderme dikkatten kaçmamalıdır. Kültürel savunma tartışmalarına asli niteliğini kazandıran da esasında budur; kültüre dayalı savunmanın mahkeme dinlenmesinin gerekip gerekmediği, delil değeri taşıyıp taşımadığı ve dinlenebilirliği kabul ediliyor ise bunun tarzının ne olacağı, tartışmanın ana eksenini belirlemektedir.

Bu noktada kültür temelli savunmanın dar anlamda ve geniş anlamda kabulü arasındaki farka da işaret etmek gerekir. Dar anlamda kabul söz konusu olduğunda, özel kast yokluğu veya hukuka uygunluk nedenlerinde hata gibi diğer savunmalarda kullanılan klasik savunma olanaklarına kültürel savunmayı da içeren yeni bir yorum getirilebileceği öngörülmektedir.<sup>33</sup> Bu durumda olay büyük ölçüde bir yorum sorunu olarak ortaya çıkacaktır. Geniş anlamda kabul ise, klasik savunma olanaklarının yanı sıra, kültürel savunma olanağının ayrı bir hukuki kategori olarak benimsenmesi gerektiği anlamını içermektedir. Klasik savunma olanaklarının kültürel sorunlarda yetersiz kalacağını düşünenler, geniş anlamda kabulün ayrı bir doktrin olarak resmen onaylanması, hatta bunun bir yasa aracılığıyla ifade edilmesi ve böylece mahkeme salonlarının kültür temelli delillere açılmasının hukuki güvence altına alınması gerektiğini ileri sürmektedirler.<sup>34</sup> Elbette, kültürel savunma olanağının kabulünün istenmeyen etkilere yol açacağı tahmininden hareketle, kabule karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır.<sup>35</sup> Süregelen tartışmalara bakıldığında, normatifik içeren iddiaların olumlu ve olumsuz sonuca varan türlerinin herhangi biri üzerinde öğretiler ve uygulamada halen bir uzlaşmaya ulaşılamadığı anlaşılmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, her iki yönde de ciddi argümanlar ileri sürülmektedir.

Özetle; kültürel savunma, ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir eylemin, failin aidiyet halinde bulunduğu kültür tarafından olağan, meşru ya da gerekli sayıldığı- nın anlaşılması halinde, bu durumun failin ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracak ya da azaltacak bir faktör olarak kabul görmesi gerektiği yönündeki düşünceye taraf olanlar ile karşıt olanlar arasındaki tartışmanın konusu durumundadır.

### II.1. Kültürel Savunma Karşıtı Argümanlar

Kültürel savunma karşıtları, suçluluğun ve cezai sorumluluğun değerlendirilmesinde failin kültürel aidiyetinin hesaba katılmasına çeşitli gerekçelerle karşı çıkmaktadırlar. Karşıtlıklarını haklılaştırmak üzere, ceza hukukunun kamu dü-

33 Lyman, s. 115; Taryn F. Goldstein, "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A 'Cultural Defense'?", Dickinson Law Review, 99, 1994-1995, s. 167; Carolyn Choi, "Application of A Cultural Defense in Criminal Proceedings", UCLA Pac. Basin Law Journal, 8, 1990, s. 88.

34 Linda F. Ramirez, "The Virtues of the Cultural Defense", Judicature, 92/5, 2009, s. 207; Note, s. 1294-1295; Renteln (2005), s. 49; Evans-Pritchard & Renteln., s. 35-37.

35 J. Tom Morgan & Laurel Parker, "The Dangers of the Cultural Defense", Judicature, 92/5, 2009, s. 206.

zenini sağlama işlevine, ceza uygulamasının caydırıcılığına ve önleyiciliğine, bu görüşe taraftarlığın kültüre dair birtakım yanlış genellemeler ve varsayımlar üzerinde kurulu olmak bir yana, grup içindeki bireyin durumunu göz ardı etmek gibi istenemez yan etkilere sahip olacağına değinmektedirler.

### II.1.1. İlkeye Dayalı Argümanlar

#### A. Kamu Düzeni Sorunu

Bu argümana göre, hukukun ve özel olarak ceza hukukunun birincil ve asli işlevi kamu düzenini sağlamaktır. Belli eylemleri suç sayıp bunlar için yaptırım öngörmek, her şeyden önce, kamu düzenini koruma kaygısından kaynaklanır. Bu doğrultuda ceza hukuku caydırıcılık sağlama gereğinden vazgeçemez. Kültürel savunmanın kabulü, gerek genel önleme gerek özel önleme anlamında caydırıcılık hedefini zayıflatır. Kişinin eylemi kültürel gerekçelerle suç olmaktan çıkarılır ya da cezası hafifletilirse, gerek o kişinin gerek onun aidiyet halinde bulunduğu kültürün diğer üyelerinin benzer eylemleri gerçekleştirmekten kaçınmalarını sağlamak zorlaşır. Bunun da ötesinde, kendilerini bu tür bir hukuki teminat altında hissedenler aynı eylemi gerçekleştirmek üzere daha cesaretli de davranabilirler. Dolayısıyla, bu yolla kültürel gerekçelerle suçun meşrulaştırılması gibi bir sonuç doğabilir ki, bu durum kamu düzeninin bozulmasına ve hatta anarşiye yol açabilir.<sup>36</sup>

#### B. Hukukun Üstünlüğü

Kültürel savunma karşıtlarının diğer argümanı hukukun üstünlüğü ilkesine dayalıdır. Buna göre, bireylerin ve grupların öznel değerlendirmelerinden bağımsız olarak herkesin uyması gereken bir hukuk sisteminin kurulması bir zorunluluktur. Bireylerin ve grupların ancak kendi değer yargılarıyla uygun olduğu ölçüde hukuka uygun davranmaları kabul edilirse, bu hukukun üstünlüğü ilkesinin sonunu getirip geleneğin üstünlüğüne yol açar. Bir toplumda yaşamayı seçenler o toplumun hukukuna saygı göstermek, onu kendi hayatlarına uyarlamak, dolayısıyla ona uymak zorundadırlar. Hiç kimsenin kültürel aidiyetine bakılarak hukukun üstünde sayılması kabul edilemez. Hukukun üstünlüğü ilkesi kültürel savunma olanağının reddini gerektirir.<sup>37</sup>

#### C. Kanun Önünde Eşitlik

Aleyhteki görüşlerin bu dayanağına göre, ceza sorumluluğunun kişilerin öznel inançları, kültürel aidiyetleri ya da gelenekleri hesaba katılarak farklı biçimlerde belirlenmesi, kişilerin hukuk düzeni tarafından eşit biçimde korunmaları gereği-

36 Goldstein, s. 160; Evans-Pritchard & Renteln, s. 28; Malek-Mithra Sheybani, "Cultural Defense: One Person's Culture is Another's Crime", Loy. L.A. Int'l & Comp. Law Journal, 9, 1986-1987, s. 780; Julia P. Sams, "The Availability of the 'Cultural Defense' as an Excuse for Criminal Behaviour", Ga. J. Int'l & Comp. Law, 16, 1986, s. 348.

37 Lyman, s. 97, 115; Sams, s. 337.

ni göz ardı etmek anlamına gelir. Dahası, aynı eylemler ceza hukukuna kaynaklık eden egemen kültüre aidiyet halinde bulunanlar bakımından suç olmayı sürdürmeceğine göre, bu durumun onlar aleyhine bir ayrımcılık yaratması kaçınılmazdır. Oysa eşitlik ilkesi azınlık kadar çoğunluğu da korumalıdır.<sup>38</sup> Hukuki ayrımcılığın her türü kabul edilemez ise, azınlık lehine ve çoğunluk aleyhine olan bu ayrımcılık türünün de kabul görmemesi gerekir. Bireylerin hukukla eşit biçimde muhatap olmalarını gerektiren kanun önünde eşitlik ilkesi ve dolayısıyla ayrımcılık yasağı, kültürel savunmanın reddini gerektirir.<sup>39</sup>

#### *D. Ortak Değerlerin Korunması Gereği*

Karşıt argümanlar arasında, değerlerin işlevselci sosyolojik analizinden hareketle hukuk sisteminin bazı ortak değerleri güvenceye alma işlevine değinenler de bulunmaktadır. Her toplumun kendi varlığının temelini oluşturan bir ortak değer algısına ihtiyacı vardır. Bu değerlere bağlılık kişiler arasında güçlü bir birliktelik duygusu yaratarak toplumun varlığını ve devamını mümkün kılar. Ceza hukukunda somutlaşan ahlaki eylem standartları bu değerleri koruma altına alır. Bundan çıkarılacak sonuç, kültürel farklılığa göre değişen farklı hukuki uygulamaların değer ortaklığına zarar verme potansiyeli taşıdığıdır. Dolayısıyla azınlığa ait kültürel değerlerin hukuki anlam taşımalarını sağlayan kültürel savunma, hukukun ortak değerlerle olan bağıni kopartarak bu türden bir zarara yol açar. Kültürel savunmanın kabulü, Pandora'nın kutusunu açmak gibidir.<sup>40</sup>

### **II.1.2. Yanlış Varsayım ve Yan Etki Argümanları**

#### *A. Özcü Kültür Varsayımı*

Bu görüşe göre, kültürel savunma uygulamasının kabulü kültürlerin öz bakımından birbirinden farklı niteliklerini ön plana çıkaran bir kültür algısına dayanmak durumundadır. Oysa her bir kültür, basit davranış modellerinden aileye, mübadeleye, yönetime ve inançlara kadar birçok değişik unsuru bünyesinde barındırır. Bu bütünsellik onu oluşturan unsurlara indirgenemez ve ondan bir öz çıkarılamaz. Özcü anlayış, yanlış biçimde birtakım klişelere dayanır. Bir kültürü özü itibariyle belirlemeye çalışmak onu gerçekliğinden kopararak yapay hale getirir. Hangi tekil davranış modelinin ya da değerlerin bir kültürü asli biçimde tanımladığını saptamak olanaksızdır. Bu tutum, kültürün etnisite, din, ahlak ya da gelenek bakımında sahip olduğu içsel çeşitliliği ve canlılığı yadsımakla kalmaz, ona bir tür kalıcılık ve değişmezlik atfı yapmayı da gerektirir. Oysa her bir kültür dinamik ve değişkendir; sabit bir öze sahip değildir. Kültürler birbirinden etkilenerek

38 Lyman, s. 116; Goldstein, s. 161; Sams, s. 351.

39 Morgan & Parker, s. 206; Lyman, s. 113; Choi, s. 87.

40 Lyman, s. 92, 109; Bazı yazarlar kültürel savunma olanağının "farklılığı fetişleştirmek" anlamına geldiğini ileri sürmektedirler; bkz. Leti Volpp, "(Mis)identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense", Harvard Women's Law Journal, 17, 1994, s. 72.

değişir ve gelişirler. Kültürel savunma ise, kültürleri birbirinden ayıran ontolojik varsayımı nedeniyle bu türden bir etkileşimin yolunu tıkayarak aradaki uzaklığın korunmasına yol açar.<sup>41</sup>

### B. Seçicilik

Diğer yandan, eğer her kültür kendi içinde bir çeşitlilik içeriyorsa, kültürel savunma sürecinde bunlardan bir bölümünü seçip yargılama gündemine taşımak zorunlu olacaktır. Yargılama failin eylemini gerekçelendirmek üzere başvurduğu kültür doğrultusunda şekilleneceğine göre, birçok kültürel unsur arasından olayla ilgili ve ona uygulanabilir olanlar seçilmiş olacaktır. Seçimi yapan kişi, yani yargılayan, bu kez kendi değer ölçütleriyle hareket etmek durumunda kalacaktır. Seçilen unsurlar özgün kültürde o unsurun taşıdığı sahici otantik anlamı ve önemi yansıtmayabilir. Dışlanan unsurları önemsizleştiren bu uygulama ise, yine kültürün çeşitlilik içindeki bütünsellikten kaynaklanan özgün anlamını bozmaktan başka bir işe yaramaz.<sup>42</sup>

### C. Kültürü Yargılamak

Kültürel savunmanın kabulüne karşı olanlar arasında, bu uygulama yoluyla kültürün yargılama konusu yapılması gibi bir yan etkinin ortaya çıkacağını ileri sürerler de bulunuyor. Bunlara göre, ceza hukuku fail ile eylem arasındaki maddi ya da manevi bağ üzerinde odaklanmak durumunda iken, eylemin kültürel temelini ön plana çıkarmak, bir bakıma kültürü sanık sandalyesine oturtmak anlamına gelir. Bu durumda yargılamanın odağı fail ve eylem arasındaki bağ olmaktan uzaklaşıp kültürel değerlere kayar. Faili suça iten neden olarak kültüre işaret etmek kültürü suçlamak demektir. Sonuçta sorumluluğun şahsiliğinden uzaklaşan bu tutum kültürün yargılanmasını meşrulaştırmaktadır.<sup>43</sup>

### D. Birey Hakları

Kültürel savunma karşıtlığında en çok yararlanılan argüman, bu yolla birey haklarının ihlal edilmesinin yolunun açılacağıdır. Her bir kültür kendi içinde çeşitlilik içerdiği gibi, aynı kültürel gruba aidiyet halinde bulunan her bir bireyin kültürel normlara karşı geliştirdikleri tavır da çeşitli olabilir. Bir kültürel aidiyete sahip olmak o kültürün tüm normlarını onaylamış olmayı gerektirmez. Kültür belli normları benimsemeyen bireyler üzerinde ciddi biçimde baskı uygulayabilir ve onların özgürlüklerini sınırlayabilir. Yapılan araştırmalar özellikle kadınların ve çocukların bu anlamda mağdur olduklarını ortaya çıkarmaktadır. Ataerkil bir kültür kadına yönelik şiddeti meşru sayabilir ya da şiddeti çocukların eğitimi için

41 Anthony Good, "Cultural Evidence in Courts of Law", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 14, 2008, s. 52; Alison Matsumoto, "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", *Journal of Int'l Law & Practice*, 4, 1995, s. 528-529.

42 Morgan & Parker, s. 206; bkz. yuk. dn. 40.

43 Lyman, s. 92, 101-103; Goldstein, s. 166; karşı. Levine, s. 80.

bir araç olarak kullanmayı uygun görebilir. Kültürel savunma yoluyla faillerin aklanması, bu tür durumlarda kültürün mağdurlarının seslerini duyulmaz hale getirir; haklarını kullanmaktan alıkoymak onların ezilmişliklerinin devamını sağlar. Bu, mevcut mağdurların ve potansiyel mağdurların menfaatlerinin faillerin menfaatlerine kıyasla daha az korunmaya değer görülmesi demektir. Hukuk böylece güçlüden yana tavır alarak ayrımcılığı pekiştirmiş olur. Bu yüzden kültürel savunma olanağı, hukuki korumanın toplumun daha zayıf üyelerine ulaştırılması amacıyla çelişen bir yan etki üretme tehlikesi taşır.<sup>44</sup>

### E. Pratik Sorunlar

Diğer yandan, kültürel savunmayı mümkün kılan unsurların varlığını objektif biçimde saptamanın zor olduğu belirtilmektedir. Kültür tanımlarındaki çeşitlilik ve tanımlarda içerilen kavramlardaki muğlaklık, hangi grubun "kültüre" sahip bir grup olarak niteleneceğine dair objektif bir ölçüt bulunamayacağını gösterir. Örneğin bir yoksulluk kültüründen ya da gecekondü kültüründen bahsetmenin mümkün olup olmadığı sorusu açıkta kalır. Benimsenen kültür tanımı bazı azınlık gruplarının dışarıda tutulmasına yol açabilir. Bunun gibi, hangi kültürel normların eylemin meşru gerekçesini oluşturacağı ya da failin kültürle bütünleşme derecesi gibi hususları objektif olarak saptamaya yarayan ölçütler yoktur. Yine, samimi savunmalar ile ceza normlarını dolanmak maksadıyla eylemini kültürle gerekçelendirmek isteyen kötüye kullanımları birbirinden ayırt etmek gerekecektir. Yargılamada delillendirme ve delilleri değerlendirme sürecinin hangi araçlarla ve nasıl işleyeceği de bir başka pratik sorundur.<sup>45</sup>

## II.2. Kültürel Savunma Lehinde Argümanlar

Kültürel savunma taraftarı olanlar ise bir yandan aleyhteki argümanları çürütmeye çalışmakta, diğer yandan uygulamayı haklılaştıran alternatif bazı ilkelerin varlığını ileri sürmektedirler. Aşağıda önce bunlardan ilkinde, sonra ikincisine değinilecektir.

### II.2.1. Karşıt Argümanlara Yanıtlar

#### A. Kamu Düzeni, Hukukun Üstünlüğü, Eşitlik ve Ortak Değerler

Kültürel savunmanın kabulüne taraf olanlar, bu olanağın kamu düzenine ve cezanın suçu önleme işlevine zarar vereceği iddiasının tartışılabilir olduğunu ileri sürmektedirler. Hukuken suç sayılan kültür temelli bir eylem bir kişinin hayatında çok sık yer edinen bir eylem değilse, bir başka deyişle benzer eylemin aynı kişi tarafından tekrarlanma olasılığı çok düşük ise ki, genellikle böyledir, kamu

44 Coleman, s. 1095; Goldstein, s. 162-163; Choi, s. 89; Jishering Li., "The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense", University of Hawaii Law Review, 18, 1996, s. 773.

45 Choi, s. 89; Sams, s. 345-348.

düzeninin tehlike altında olduğu varsayımı dayanaksız kalır. Bu durum ayrıca özel önleme arayışını önemsiz hale getirir. Diğer yandan, eğer kültürel zorlama nedeniyle eylem gerçekleştirilmiş ise, failin cezalandırılmasının, aynı biçimde motive edilmiş diğer bireyler üzerindeki caydırıcılığı ancak marjinal düzeyde kalır. Önleyici etki gerek özel bakımdan gerek genel bakımdan marjinal düzeyde kaldığına göre, kültürün bir mazeret olarak hesaba katılmasının kişileri suç işlemeye teşvik edeceği iddiası ileri sürülemez. Eğer bu iddia kabul edilirse, tutarlılık adına aynı tezin hukuken meşru kabul edilen diğer mazeretler için de söz konusu olabileceğini kabul etmek ve onları da reddetmek gerekecektir. Ayrıca, taraftarlarına göre, kültürel savunma olanağı failin ancak hak ettiği kadar ceza almasını gerektiren suç ile ceza arasındaki orantılılık ilkesinin bir gereğidir.<sup>46</sup>

Bu düşüncedekilere göre, kültürel savunmanın kabulü kamu düzenini bozmak yerine onun bozulmasının engellenmesine hizmet eder. Kültürel savunmanın dinlenilebilir sayılmaması azınlık grubunun kültürel değerlerinin küçümsendiği algısını doğurabilir; bu grubu içinde yaşadığı topluma yabancılaştırabilir. Bu yabancılaşma ise düşmanlık üreterek gruplar arası çatışmalara yol açabilir ki, sonuç tam da bu durumda kamu düzeninin bozulması olur.<sup>47</sup>

Kimi yazarlara göre, hukukun üstünlüğü fikri bir gerçekliğe değil, bir efsaneye dayalıdır. Çünkü bu fikir, hukuka ve devlete toplumdaki tüm bireylere ve gruplara aynı mesafede duran objektif ve tarafsız bir olgu olma özelliğini atfeden bir öncülü bünyesinde barındırır. Aslında bunlar, belli dünya görüşlerini tüm topluma yaygınmış gibi gösteren, bu anlamda onları olağanlaştıran ve normalleştiren kurumlardır. Dolayısıyla her bir hukuk sistemi üretilmiş olduğu toplumun egemen kültürel değerlerini, hatta eğer çoğunluğun temsilcisi değillerse, hukuk üretme yetkisine fiilen sahip olanların benimsediği kültürel değerleri kendisine eklemiş durumdadır. Bu durumda, hukukun üstün olduğunun savunulması, aslında hukuka yansımış olan belli kültürel değerlerin diğerleri aleyhine desteklenmesi anlamına gelir. Kültürün hukuk üzerindeki kurucu etkisinin farkına varılırsa, hukuka gizemli bir üstünlük tanıyan fikrin gerçekliği ifade etmediği ortaya çıkar. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü fikri, kültürel savunma olanağının reddini gerektiren, sanıldığı kadar sağlam bir dayanak teşkil etmez.<sup>48</sup>

Kültürel savunma taraftarlarına göre, kanun önünde eşitlik ilkesi bu olanağın reddini değil, aksine kabulünü gerektirir. Zira kanun önünde eşitlik ilkesinin orantısal bir boyutu da vardır; aynı eylemi gerçekleştirenlere içinde buldukları farklı koşullara bakılmaksızın aynı kuralların katı biçimde uygulanması eşitliği sağlamak yerine ona zarar verebilir. Koşullardaki bu farklılık pekala kültürel temelden

46. Noté, s. 1303, 1304; Renteln (1992-1993), s. 442; Li, s. 769; Evans-Pritchard & Renteln, s. 35.

47. Note, s. 1305.

48. Ramirez, s. 210; Levine, s. 69. Bir yorumda, mahkeme salonunda "kültür" tartışmasına karşı çıkanların aslında kendi hukuk sistemlerini "kültürler-üstü" gibi algılama yanlışına düştükleri belirtiliyor; bkz. Volpp, s. 81.

de kaynaklanabilir.<sup>49</sup> Yazarlar kültürel savunma olanağının azınlık konumunda bulunanlara tanınmasının çoğunluk aleyhine bir ayrımcılık oluşturduğunu düşünmenin, akıl sağlığı bozuk olanlara yapılan farklı hukuki muamelenin akıl sağlığı yerinde olanlar aleyhine bir ayrımcılık oluşturduğunu düşünmek kadar saçma olduğunu vurgulamaktadırlar.<sup>50</sup> Diğer yandan, yukarıda belirtildiği üzere, eğer hukukun belli kültürel değerleri diğerleri aleyhine benimsemiş olduğu doğru ise, kanun önünde eşitlik ilkesi de tartışmalı hale gelir. Bu, kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuk kurallarının içeriğiyle ilgili olmamasından kaynaklanır. Eğer şekli hukuki eşitliğin sınırlarından kurtulup maddi eşitliği sağlamaya yönelmek isteniyorsa, hukukun kültürel farklılıklara duyarsız kalmaması gerekir. Farklı kültürlerin sesini duyulur kılan kültürel savunma olanağı, bu anlamda maddi eşitlik arayışının bir parçası olarak görülmelidir.<sup>51</sup>

Ortak değerlerin korunmasına duyulan ihtiyaca gelince, çoğunluktan kopuk biçimde kendi etnik grubunda yetişmiş ve ortak değerlere bağlılığı sağlayacak sosyalleşme kurumlarından yoksun kalmış kişilerin durumu sorgulamaya açılmaktadır.<sup>52</sup> Diğer yandan hukukun ortak değerler etiketi altında sadece belli değerleri bünyesinde barındırdığı doğru ise, ortak değerleri korumakta olduğu pek söylenemez. Bundan söz etmek, ancak hukuk sisteminin oluşturulduğunda farklı değerlere sahip farklı kültürlerin kendi katkılarını özgürce sunmuş olmaları durumunda anlamlı olur. Değerlerin ortaklığı esasen bir kültürün diğerini görmezden gelmesi ya da onu asimile etmeye çalışmasıyla değil, farklı kültürler arasındaki doğal entegrasyon sürecinde ortaya çıkacak bir durumdur. Kültürel savunma olanağının kabulü böyle bir entegrasyon sürecinin varlığına katkıda bulunacaktır.<sup>53</sup>

### B. Özcülük, Seçicilik, Kültürü Yargılamak

Tüm bunlar, kültürel savunma taraftarlığının özcü kültür tanımlarını kabullenmeyi, seçiciliği benimsemeyi ve kültürü yargılama konusu yapmayı gerektirmediğini de gösterir. Her şeyden önce, bu tür sorunların görüldüğü mahkemelerde gerekli duyarlılık gösterilerek klişeleştirici ifadelerden kaçınılabilir; o kültürün değişmez bir öz içerdiği ve o kültüre mensup olan herkesin aynı durumda aynı

49 Ramirez, s. 209; Note, s. 1298-1299.

50 Ramirez, s. 210; Li, s. 769.

51 Ramirez, s. 209; Evans-Pritchard & Renteln, s. 34. Nitekim Dworkin eşit muamele ile eşit olarak davranılma arasında fark gözetiyor: “[Vatandaşların] sahip olduklarının söylenebileceği iki farklı türde hak vardır. Birincisi, bir olanağın, kaynağın veya yükün eşit dağıtımı olan *eşit muamele* [*equal treatment*] hakkıdır. ... İkincisi, *eşit olarak davranılma* [*treatment as an equal*], bir yükün veya yararın aynıyı alma değil de, herhangi biriyle aynı saygıyı ve ilgiyi göstererek davranılma hakkıdır. ... [e]şit olarak davranılma hakkı... temel ve eşit muamelenin türevi[dir] ... Bazı koşullarda eşit olarak davranılma hakkı eşit muamele hakkını içerecektir, ancak hiçbir şekilde her koşulda değil.” Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, 2007, s. 272.

52 Note, s. 1299, dn 34.

53 Note, s. 1306.

biçimde davranacağı yönünde örtülü bir anlamın topluma iletilmesinin ve böylece klişelerin devamının önüne geçilebilir. Ayrıca, entegrasyonu mümkün görmek kültürlerin değişmezliği varsayımı ile bağdaşmaz. Kültürel savunma olanağı, dışlama yoluyla farklılıkları keskinleştirmeyi değil, entegrasyonun önünde engel oluşturan hukuki unsurları temizlemeye yarar.<sup>54</sup>

Diğer yandan, seçicilik, yukarıda belirtilen argümanlar ışığında değerlendirilirse, hukuk sisteminin özünde zaten vardır. Hukuk sistemi belli değerleri halihazırda seçmiş ve korunmaya değer saymış durumdadır. Yine, kültürel savunmanın reddinin kişinin tüm kültüründen değil, sadece onun egemen sistemin suç saydığı unsurlarından uzaklaşmasını istediği düşünülebilir. Ancak bu da bir seçiciliktir ve sisteme karşıt durumdaki değer kişinin kültürel kimliğinin asli bir parçasını oluşturuyor olabilir. Bu durumda kişinin kültürel kimliğindeki bütünlüğü bozmadan bu unsurlardan uzaklaşmasının mümkün olup olmadığı sorgulanabilir. Diğer yandan, her bir kültürün kendi içinde de bir çeşitlilik barındırdığı doğrudur. Zaten kültürler çatışmasını mutlaklıktan tedriciliğe kaydıran budur. Azınlık kültürünün içinde egemen kültürün kabule ihtiyaç duyacağı ya da yararlanacağı unsurlar da pekala bulunabilir. Kültürel savunmanın reddi bu olumlu unsurların da dışlanması sonucunu doğurabilir.<sup>55</sup>

Ayrıca, kültürel savunmanın kabulünün kültürü yargılamak anlamına geldiğini düşünmek abartılıdır. Yargılanan bir kültür değil, o kültürün gereği olarak ortaya çıkmış olan eylemin kendisidir. Yargılama sonunda ilgili kültüre dair bir değer yargısı üretilmez; kültür burada sadece failin saikinin değerlendirilmesinde hesaba katılan bir faktör olarak devreye girer. Ayrıca bu uygulamada söz konusu edilen, bütün olarak bir kültür değil, o kültürün sadece bir parçasını oluşturan bir normdur ve bunun yanlış anlamalara yol açmamak üzere özellikle vurgulanması gerekir.<sup>56</sup>

### *C. Birey Hakları Sorunu*

Kültürel savunma taraftarlarının bu uygulamayla grup içi bireylerin haklarının tehlikeye gireceği iddiasını abartılı buldukları anlaşılmaktadır. Onlara göre, her şeyden önce bu uygulamanın sadece kadına ya da çocuğa yönelik şiddet içeren olaylarla ilgili olduğunu düşünmek hatalıdır. Bu türde olmamakla, yani bu sonuçları doğurmamakla birlikte ceza hukukuyla çelişen başka kültürel pratiklerin de bulunması mümkündür. Bazı yazarlar, kadına yönelik şiddeti meşrulaştırdığı gerekçesiyle kültürel savunma olanağına kökten karşı çıkanları, kadının sadece "kadın" değil, aynı zamanda "etnik aidiyet sahibi" olduğunu görememekle eleştirmektedir. Bu bağlamda, kimi kültürel normların kadınlar lehine sonuç doğurabileceğine işaret edilmektedir.<sup>57</sup>

54 Volpp, s. 100; Renteln (2005), s. 64-65.

55 Bkz. yuk. dn. 52, 53.

56 Renteln (2005), s. 65.

57 Volpp, s. 81; Li, s. 773.



Diğer yandan kültürel savunma olanağının yargılamada kabulü bu olanağın her durumda faili mazur göstereceği anlamına gelmez. Yani, tıpkı diğer savunma olanaklarında olduğu gibi, her durumda kültürel savunmanın fail lehine sonuç doğurması kaçınılmaz değildir. Kabul edilebilir düzeyin ötesinde hak ihlaline neden olmuş olaylarda, kültürel gerekçelerin dava sonucuna hiçbir etkide bulunmamasının sağlanması pekala mümkündür.<sup>58</sup> Başka deyişle, kültürel savunmanın (aşağıda değinilecek) sınırları vardır.

#### D. Bilirkişi Olarak Kültürel Antropolog

Yukarıda kültürel savunma karşıtlarının işaret ettiklerini belirttiğimiz pratik sorunların çözümü için, kültürel savunma taraftarları bir çözüm önerisi getiriyorlar. Bir grubun kültür diye nitelenmeyi hak eden bir pratiğe sahip olup olmadığını saptayacak, sahip ise bu grubun kültürel kodlarını açığa çıkaracak kişiler, bunu bilimsel temelde yapmaya yetkin oldukları düşünülen kültürel antropologlardır.<sup>59</sup> Dolayısıyla, kültürel suçun varlığı belirlenirken bu kişilere görev düşecektir. Bilgi kaynağı olarak kendilerine başvurulabilecekler arasında azınlık gruplarının örgüt temsilcilerine de yer verilmektedir. Bu yolla failin eyleminin kültürel gerekçeler temelinde açıklanıp açıklanamayacağı sorusunun objektif biçimde yanıtlanabileceği düşünülmektedir. Aynı şekilde, belli etnik ya da dini kültür grupları üzerine çalışarak uzmanlaşmış kişilerin oluşturacağı profesyonel örgütlerin ve bünyesinde ilgili birimleri barındıran üniversitelerin de mahkemelere yardımcı olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim uygulamada bu yollara başvurulduğu, kültürel antropologlara davalarda bilirkişi sıfatıyla görev verildiği görülmektedir.<sup>60</sup>

## II.2.2. İlkesel Argümanlar

### A. Adaletin Bireyselleştirilmesi

Ceza hukuku bağlamında adaletin bireyselleştirilmesi ilkesinin nihai hedefi öngörülen ceza ile failin kişisel kusurluluğu arasında uyum sağlamaktır ve bu, sorumluluk derecesinin ve yaptırımın saptanmasında failin içinde bulunduğu özgün durumun hesaba katılmasını gerektirir. Kültürel savunmadan yana olanlar bu ilkenin failin eylemini yönlendiren kültürel faktörlerin hesaba katılmasını gerektirdiğini savunmaktadırlar.<sup>61</sup> Zira farklı bir kültürel aidiyete sahip olan birine maddi ceza hukuku kurallarını katı biçimde uygulamak adaletsiz sonuçlar doğmasına yol açabilir. Kişi, yetiştiği kültür kendisini öyle davranmaya zorlamış olduğu için belli bir biçimde davranmış olabilir ve hakkaniyet gereği bu durum göz

58 Renteln (1992-1993), s. 501; Evans-Pritchard & Renteln, s. 35.

59 Broeck, s. 26. Konuya ilişkin bir metodoloji tartışması için bkz. Good, s. 55-57.

60 Öneriler arasında hukuk fakültelerinde farklı kültürleri tanıtan dersler verilmesi ve aynı konuda yargıçların meslek içi eğitime tabi tutulmaları da bulunmaktadır. Bkz. Renteln (2005), s. 65-66; Evans-Pritchard & Renteln, s. 33-34.

61 Note, s. 1299; Sheybani, s. 782; Choi, s. 86; Li, s. 769.

önünde bulundurulmalıdır.<sup>62</sup> Hukuk sisteminin etkinliği bireylerde kendisine yönelik bir ahlaki bağlılık hissi yaratması durumunda artar. Eğer kültürel normlar bu bağlılığı mevcut hukuk sistemine kıyasla daha güçlü biçimde sağlamış iseler; bundan birey sorumlu tutulmamalıdır. Nitekim özellikle ceza hukuku kurallarıyla çatışma halinde olan kültürel normların en temel ahlaki sorunlarla ilgili olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Böyle bir boyuta sahip kültürel normlarla çatışma halindeki hukuk kurallarına uymasını beklemek bireyden yapabileceğinin ötesinde bir tavır beklemek anlamına gelir.<sup>63</sup>

Bu görüş taraftarları, failin kültürel aidiyetinin hesaba katılmasının, yargılamada failin örneğin yaşının hesaba katılmasından çok da esaslı bir farklılık içermediğini belirtmektedirler. Bu nedenle eylemi yönlendiren kültürel normlar, bir hukuk sisteminin göz ardı edemeyeceği, adalet düşüncesinin ve onun bir paçası olan adaletin bireyselleştirilmesi ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkar.<sup>64</sup>

Kültürel savunma taraftarlarının vurguladıkları önemli bir nokta, faili yönlendiren kültürel normların hesaba katılması isteğinin, kişinin eyleminin onaylanması ve bu normların “iyi” ya da objektif biçimde “meşru” sayılması anlamına gelmediğidir. Eylemin veya normların iyiliği ya da kötülüğü üzerine bir tartışma, failin somut koşullar içerisinde ne ölçüde cezai sorumluluğa tabi tutulmasının adil olacağına dair bir tartışmadan bağımsızdır.<sup>65</sup> Adaletin bireyselleştirilmesi bunların ilkiyle değil ikincisiyle ilgilidir.

### *B. Hukuki Yükümlülükler*

Kültürel savunma taraftarları iddialarına normatif bir gerekçe olarak uluslararası insan hakları hukukunu göstermektedirler. Bu çerçevede, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’nin 22. maddesinde geçen “herkes onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir” cümlesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ve en güçlü formülasyon olarak Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 27. maddesine işaret etmektedirler. Adil yargılanma hakkı kişiye davanın esasına ilişkin olayları mahkemeye sunma ve bunların göz önüne alınmasını isteme olanağı sağlar ki, bunlar kültür temelli de olabilir. Adı geçen sözleşmenin 27. maddesine göre ise, “Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma [...] hakkından yoksun bırakılmayacaklardır.” Buradan hareketle, taraf devletlerin

62 Bazı yazarlar geleneğin etnik gruplar üzerindeki gücünü ve önemini fark edemeyen hukukçuları “miyopluk” terimini kullanarak eleştiriyorlar. Evans-Pritchard & Renteln, s. 32, dn. 121.

63 Note, s. 1301. Bu noktada Fuller’in hukukilik ilkeleri arasında “kurallar onlardan etkilenen kişilerin güçlerinin ötesinde davranışları gerektirmemelidir” ilkesine yer verdiği hatırlanabilir; Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale, 1963, s. 39.

64 Note, s. 1299; Renteln (2005), s. 48; Sheybani, s. 782; Choi, s. 87.

65 Tunick, s. 403.

kültürlerin korunmasına yönelik olarak hukuki bir yükümlülük altında olduklarını ve bu yükümlülüğün, diğerlerinin yanı sıra, kültürel savunma olanağının tanınmasını da içerdiği ileri sürülmektedir.<sup>66</sup>

### C: Kültürel Çoğulculuk

Bir başka güçlü dayanak, çoğul kültürel yapının korunmaya değer olduğu düşüncesidir.<sup>67</sup> Bu görüşe göre, çağdaş değerlerin asli bir boyutu toplumda kültürel çeşitliliği bir zenginlik olarak görmeyi ve onu yaşayabilir durumda tutmayı gerektirmektedir. Kültürel çeşitlilik topluma zayıflık getirmez, aksine ona güç kazandırır.<sup>68</sup> Farklı kültürel temellere sahip bireylerden oluşan bir toplumda kişilere kendi değerlerine uygun yaşama olanağı sağlamak kültürel bakımdan çoğulcu bir topluma vücut verir. Her azınlık grubunun kendi değerini gerçekleştirebilmesinin ve böylece kendi kimliğini oluşturabilmesinin yolunu açan kültürel çoğulculuk, özgürlük ve eşitlik ilkelerinin de bir gereğidir. Her bir kültürel grubun farklı olma hakkına saygı gösterilmesi, özgürlük değeriyle ilgilidir ve bu anlamda çeşitlilik özgürlük idealine bağlılığın bir göstergesidir. Diğer yandan etnisiteye ya da dine dayanan farklı kültürel gruplar arasında eşitlik, çoğunluğun azınlığı sadece farklı olduğu için cezalandırmamasını gerektirir.<sup>69</sup> Kültürel savunmanın reddi ise buna olanak sağlar. Bir azınlık grubundan eşit davranılmak için kendi kültürel değerlerinden vazgeçmesini, onları egemen değerlerle değiştirmesini beklemek adaletsizliktir. Kişinin aidiyet halinde bulunduğu kültürün normlarına uygun davranmış olması nedeniyle cezalandırılması, o kültürün de aşağılanması anlamına gelir. Dolayısıyla kültürel kimlik çeşitliliğine ve çoğulculuğa bağlılık, yargılamada kültürel savunma olanağının tanınmasını gerektirir.<sup>70</sup>

Robert Post, farklı grupların bir arada yaşadığı, dolayısıyla kültürel bakımdan türdeş olmayan bir toplumda hukuk düzeni için ulaşılabilir tepki türlerini analiz etmektedir. Post böyle bir durumda hukuk düzeni için üç farklı seçenek olduğunu ileri sürmektedir: Hukuk sistemi ilk olarak, öngördüğü yaptırımları egemen grubun kültürel perspektifine yerleştirip diğerlerini dışlayabilir; ikinci olarak, farklı grupların bu türden bir tahakkümden sıyrılarak kendi farklı değerlerini yaşayabilecekleri bir rejim üretebilir; son olarak, grup değerlerini ve yaklaşımlarını tamamen reddedip sadece bireysel taleplere tanınma sağlayabilir. Post, bu seçenekleri sırasıyla asimilasyon, çoğulculuk ve bireycilik olarak adlandırmaktadır. Hukuk düzenlerinin uygulamada bunların bir bileşimini içerebildiğini, örneğin belli bir konuda bireyci olurken diğer bir konuda asimilasyonu benimseyebildiğini eklemektedir.<sup>71</sup>

66 Renteln (2005), s. 48-49; Renteln & Valladares, s. 195-196.

67 Coleman, s. 1119.

68 Note, s. 1300; Sheybani, s. 781.

69 Note, s. 1301.

70 Note, s. 1302; Choi, s. 87; Li, s. 770; Evans-Pritchard & Renteln, s. 2. Yazarlar bunun yapılmaması halinde kültürel çoğulculuğun bir yanılısama olarak kalacağını ileri sürüyorlar, bkz. agm. s. 36.

71 Robert Post, "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment", California Law Review, 76, 1988, s. 299, 300.

Bu analizde, asimilasyonu benimseyen hukuk sistemi toplumu tek bir egemen grubun kültürel değerleri etrafında birleştirmeyi hedeflerken, çoğulculuğu benimseyen hukuk sistemi çeşitli ve potansiyel olarak rakip grupların kendi farklı kimliklerini koruyarak bir arada var olmayı sürdürebilecekleri temel kuralları üretmeye çalışır. Bu temel kurallar devletin farklı kültürel gruplar karşısında tarafsız oluşundan gruplar arasında karşılıklı saygıyı gerekli kılan normların icrasına kadar değişen bir yelpazede bulunabilir. Post'a göre, çoğulcu yaklaşım iki temel öncüle dayanmaktadır: (1) Çeşitlilik farklı grupların değişik perspektiflerinin doğasında vardır ve (2) bu çeşitlilik korunmalıdır. Bu öncüllerden ilki tanınmazsa asimilasyon yaklaşımı, ikincisi tanınmazsa bireyci yaklaşım ortaya çıkar. Çoğulcu yaklaşımda grup bireye göre öncelik taşımakta ve grupların kendi farklı değerlerini yaşayabilmeleri koruma altına alınırken, bireyci yaklaşım bireylerin gruba karşı korunmasına odaklanır. Başka deyişle, çoğulculuk kültürlerin çeşitliliğini değerli sayarken bireycilik kişilerin çeşitliliğini ön plana çıkarır.<sup>72</sup> Kültürel savunma taraftarları farklı kültürlerin bir arada var olmalarına olanak sağlayan çoğulcu yaklaşımı benimsediklerini ve böylece dinamik, yaratıcı ve evrim içinde bir kültürden yana tavır aldıklarını belirtmektedirler.<sup>73</sup>

Diğer yandan, kültürel çoğulculuğun birey haklarının görmezden gelinmesini zorunlu kılmadığı, birey hakları zedelenmeden de çoğulculuğun korunabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşte olanlara göre önemli olan kültürel savunma olanağının sınırlarını doğru belirlemektir; zira o her durumda sınırsız biçimde kullanılabilecek bir olanak değildir.

### III. Kültürel Savunmanın Sınırları

Kültürel savunmanın bağımsız bir hukuki kategori olarak kabulünden yana tavır alanlar bu uygulamanın sorunsuz işleyeceği gibi bir iddiaya sahip değildir; ancak bunların üstesinden gelinebileceğini iddia etmektedirler. Bu bağlamda en önemli kaygı, kültürün görünmez mağdurları olan kadınların ve çocukların bu yolla mağduriyetlerinin dolaylı olarak meşrulaşmasını ve devamını önlemektir. Ayrıca, ortada kültürel savunmayı haklı gösterecek bir durumun var olup olmadığını objektif biçimde saptamak ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulmak üzere her failin kültürel bir dayanak göstermesinden kaynaklanacak olası kötüye kullanımların önüne geçmek gereği doğmaktadır.

Konuya ilişkin literatürde, bir eylemin "kültürel suç" olarak nitelenip nitelenemeyeceğini belirlemek üzere izlenebilecek üç aşamalı bir yol önerildiği görülmektedir. Buna göre, ilk aşama olan öznelleştirme aşamasında failin eylemini haklı göstermek üzere kültürel normlara atıf yaptığının saptanması söz konusudur. Bu

72 Post, s. 302-305. Bazı yazarlar kişinin bulunduğu ülkenin kurallarına koşulsuz uymak zorunda oluşunu belirtmek üzere yaygın biçimde kullanılan "Roma'da isen Romalılar gibi davran" sözünün örtülü bir asimilasyon imasına sahip olduğunu savunuyorlar. Bkz. Renteln & Valladares, s. 195.

73 Note, s. 1301; Li, s. 770.

atıf doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Yani, fail eylemini haklı gösteren bir kültürel norma doğrudan işaret edebileceği gibi, açıklamasından eylemin yorumunda kültürel normlara başvurmuş olduğu dolaylı olarak da çıkarılabilir. Sadece eylemin değil, onun içinde gerçekleştiği koşulların da kültürel anlamının hesaba katılmasında, kültürün yukarıda söz edilmiş olan bilişsel işlevine dair bir kabulün yansımaları görmek mümkündür. İkinci aşama olan nesnelleştirme aşamasında, failin saiki ile ilgili bulunan öznelğin daha nesnel bir bağlama yerleştirilmesi gündeme gelir. Bunun yolu da, grup normunun saptanmasından geçer. Fail ile aynı kültürel normları paylaşan diğer grup üyelerinin eylemi ve eylemin koşullarını fail gibi yorumlamakta ortak bir kanaate sahip oldukları saptanır ise, nesnel bağlam ortaya çıkmış demektir. Burada aranan kültürel normlara dair bir konsensüs değil, eylemin kabul edilebilirliğine dair genel bir algının varlığıdır. Böyle bir algı var ise, eylemin dayanağının bir kültürel norm olduğu sonucu çıkarılabilir. Failin kendi kültüründe (güncel olarak) hoşgörüle karşılanmayan davranışlar kültürel savunma konusu olamazlar. Bu saptamaların yapılmasında, yukarıda belirtildiği üzere, uzman kültürel antropologlara iş düşecektir. Üçüncü aşamada ise, saptanmış olan bu kültürel norm ile hukuk sisteminde ifade bulan egemen kültürel norm arasındaki farklılığın derecesinin belirlenmesine sıra gelir. Farklılığın fazlalığı kültürel suçun saptanması için güçlü bir dayanak oluşturur.<sup>74</sup>

Dolayısıyla, mahkeme failin özgün bir kültürel grubun mensubu olduğunu, bu grubun geleneksel normlara sahip bulunduğunu ve failin eylem sırasında bu normların etkisinde kaldığını objektif biçimde saptamak üzere dikkatli davranırsa, olası kötüye kullanma durumlarını engelleyebilir. Bu saptamalardan herhangi biri eksik ise kültürel savunma olanağı tanınmayacaktır.<sup>75</sup>

Diğer yandan, kültürel bir suçun varlığının ve kültürel savunmanın olanak dahilinde olduğunun bu şekilde saptanmış olması, ileri sürülen gerekçelerin davanın sonucunu her zaman failin lehine dönüştürmesini gerektirmez. Bu noktada ilgili kültürel normların içerikleri ve eylemin sonuçları bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Böylece, kültürel aidiyete verilen önemin masum insanların zarar görmelerini haklılaştıracak düzeye ulaşmaması sağlanacaktır.<sup>76</sup> Kişinin kendi kültürünü yaşama hakkı bir değer olarak kabul edilse de, daha önemli ilkeler ve değerler karşısında bu hakkın ikincil konuma düşmesi kaçınılmazdır. Şiddet içeren suçlar söz konusu olduğunda mağdurların hakları kültürel savunma olanağına göre öncelik taşıyacaktır. Bu bağlamda, bir başkasının hayatına ya da vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel normlar yargılama sonucunu fail lehine etkilemeyecektir. En genel anlamda, kültürel savunma olanağının insan haklarının korunmasını risk altında bırakacak düzeye ulaşmasının önüne geçilecektir. Örneğin, aile içi şiddet, namus cinayetleri gibi gelenekler meşru kapsamın dışında tutulacaktır.<sup>77</sup>

74 Broeck, s. 23-24; bkz. Li, s. 783; Good, s. 54.

75 Renteln (2005), s. 49-50; Renteln & Valladares, s. 196-197.

76 Tunick, s. 404.

77 Renteln (2005), s. 50, 63; Renteln & Valladares, s. 196; Li, s. 782-783.

Eylemi yönlendiren normun ilgili kültür için merkezi bir önemi haiz olup olmadığı, eylemin şiddet içerip içermediği, tekrerrür ihtimali, bir mağdurun varlığı ya da yokluğu, eğer var ise onun eyleme yönelik rızasının varlığı ya da yokluğu, sonucun mağdurdâ ciddi bedensel veya duygusal zarara yol açıp açmadığı gibi ölçütler, her somut olayda mahkeme tarafından hesaba katılacak ölçütler olarak önerilmektedir.<sup>78</sup>

## Sonuç

Kültürel savunma argümanlarına ilişkin tartışmanın, değişik nedenlerle hemen tüm ülkelerde giderek daha da belirginleşmeye başlayan çokkültürlü toplum yapısının egemen ulusal hukuk düzenleri için doğurduğu sorunlarla ilgili olduğu açıktır. Sorunların kapsamına, çözüm önerilerine ve çözümleri hayata geçirecek hukuki araçların saptanmasına yönelik farklı görüşler olsa da, tartışmayı anlamlı kılan asli husus, kültürün bireyin davranışlarını ciddi biçimde etkileyen bir olgu olduğuna, farklı kültürler arasında doğal ve hiyerarşik bir sıralamanın bulunmadığına ve bundan da önemlisi, hukuk sistemlerinin bu duruma kayıtsız kalamayacağına dair farkındalık halidir. Her türlü toplumsal bağlamdan arınmış soyut birey algısını zayıflatan bu farkındalık, ahlaki ve dolayısıyla hukuki bir yönelim edinmekte de gecikmemektedir. Zira sözü edilen tartışmanın temelinde, içinde yetiştiği özgün kültürün etkisi altında eylemde bulunan bir failin, bu etki altında olmadan eylemde bulunan bir diğere kıyasla ahlaken daha az kınanabilir olduğuna dair fikir yatmaktadır. Öte yandan, hassasiyetleri uzlaştırmanın, insan hakları ve çoğulculuk gibi ilkeleri olgulara uygulanabilecek biçimde dengelemenin, kültürel farklılıkları her tür farklılığı kutsallaştırıp fetiş haline getirme tehlikesine düşmeden tanınmanın hukuki yolları üzerinde halen bir uzlaşmaya ulaşılamamış olduğu görülmektedir.

Çokkültürlü toplum yapısının hukukçuları yerleşik hukuk kalıpları üzerinde yeniden düşünmeye, onları mevcut durumu dikkate alan yeni bir yoruma tabi tutmaya yönlendirişi, sosyal gerçekliğin hukuk düşüncesini değişime zorlayışının güncel bir örneği olarak, olanca ciddiyetiyle gündemde bulunmaktadır.

78 Note, s. 1309; Renteln (1992-1993), s. 503. Kültürel savunmanın kadınlar aleyhine sonuç doğurmayacak biçimde kullanılabilmesini savunanlar, bu bağlamda bir değer olarak ikincilleştirme-karşıtlığı (*antisubordination*) ilkesini öneriyorlar; bkz. Volpp, s. 99. Faillerin kendi kültürlerini yaşamalarındaki menfaatleri ile mağdurların ve potansiyel mağdurların hukuk tarafından eşit biçimde korunmalarındaki menfaatleri arasında dengeyi ikinciler lehine çözen bir tartışma için bkz. Coleman, s. 1097 vd.

KAYNAKÇA

BROECK Van Jeroen, "Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9/1, 2001.

CHIU Elaine M., "Culture as Justification, Not Excuse", *American Criminal Law Review*, 43, 2006.

CHOI Carolyn, "Application of A Cultural Defense in Criminal Proceedings", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, 8, 1990.

COLEMAN D. L., "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma", *Columbia Law Review*, 96/5, 1996.

DWORKIN Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, 2007.

EREM Fâruk, "Psikanalizm Açısından Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44, 1995.

EVANS-PRITCHARD Deidre & RENTELN Alison D., "The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong "Marriage by Capture" Case in Fresno, California", *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 4/1, 1994-1995.

FISCHER Michael, "Human Rights Implications of A Cultural Defense", *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998.

FULLER Lon L., *The Morality of Law*, Yale, 1963.

GOLDSTEIN Taryn F., "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A 'Cultural Defense'?", *Dickinson Law Review*, 99, 1994-1995.

GOOD Anthony, "Cultural Evidence in Courts of Law", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 14, 2008.

LEVINE Kay L., "Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Socio-legal Perspective on Cultural Defense Strategies", *Law and Social Inquiry*, 28/1, 2003.

LI Jishering, "The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense", *University of Hawaii Law Review*, 18, 1996.

LYMAN John C., "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", *Criminal Justice Journal*, 9, 1986.

MATSUMOTO Alison, "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", *Journal of Int'l Law & Practice*, 4, 1995.

MORGAN J. Tom & PARKER Laurel, "The Dangers of the Cultural Defense", *Judicature*, 92/5, 2009.

NOTE: "The Cultural Defense in the Criminal Law", *Harvard Law Review*, 99, 1985-1986.

POST Robert, "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment", *California Law Review*, 76, 1988.

RAMIREZ Linda F., "The Virtues of the Cultural Defense", *Judicature*, 92/5, 2009.

RENTELN Alison D. & VALLADARES Rene, "The Importance of Culture for the Justice System", *Judicature*, 92/5, 2009.

RENTELN Alison D., "The Use and Abuse of the Cultural Defense", *Canadian Journal of Law and Society*, 20/1, 2005.

RENTELN Alison D., *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004.

RENTELN Alison D., "A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse", *S. Cal. Review of Law & Women's Studies*, 2, 1992-1993.

RICHARDSON Michael, *Experience of Culture*, Sage, 2001.

SAMS Julia P., "The Availability of the 'Cultural Defense' as an Excuse for Criminal Behaviour", *Ga. J. Int'l & Comp. Law*, 16, 1986.

SHEYBANI Malek-Mithra, "Cultural Defense: One Person's Culture is Another's Crime", *Loy. L.A. Int'l & Comp. Law Journal*, 9, 1986-1987.

TORRY William, "Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 44, 1999.

TUNICK Mark, "Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis", *Punishment and Society*, 6/4, 2004.

ÜYE Saim, "Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 17, 2007.

VOLLP Leti, "(Mis)identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense", *Harvard Women's Law Journal*, 17, 1994.



## Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma

Saim ÜYE\*

### Giriş

Japon kökenli Amerikalılardan biri olan 32 yaşındaki Bayan *Fumiko Kimura*, aile içi sorunlar yüzünden ciddi bir psikolojik sıkıntı yaşamaya başlar ve kendisini öldürmeye karar verir. Biri 4 yaşında diğeri 6 aylık olan iki çocuğunu da yanına alarak Santa Monica kıyılarına gider ve kendisini çocuklarıyla birlikte Pasifik Okyanusunun sularına bırakır. Önce çocukların su yutmasına yardımcı olan kadın, sonra aynı eylemi kendisi için yapmaya girişir. Durumu görenlerin müdahalesi çocukları boğulmaktan kurtarmaya yetmez; aneak anne kurtulmuştur. *Fumiko Kimura* hakkında iki çocuğunu kasten öldürmekten dava açılır. Yargılamadan haberdar olan ABD'li diğer Japonlar duruma itiraz ederek binlerce dilekçeyi davayı gören mahkemeye sunarlar. Dilekçelerde, *Kimura*'nın çocuklarını öldürme kastıyla hareket etmediği, niyetinin intihar etmek olduğu, eyleminde Japon kültürünün gereklerine uygun davranmaktan başka bir şey yapmadığı belirtilir. Buna göre, Japon kültürü, intihar edenlerin çocuklarını da kendileriyle birlikte öldürmelerini (*oya-ko shinju*) meşru saymaktadır.

29 Ocak 1985'te Kaliforniya'da gerçekleşen bu olay ve olayı makul göstermek için kullanılan gerekçeler kamu-

oyunda şok etkisi yarattı. Yerleşik kültürde çocukların anne ya da babaları tarafından öldürülmeleri şeklinde gerçekleşen her tür eylem bir vahşet olarak algılanmakta ve büyük bir tepki çekmekte iken, bir başka kültürde aynı eyleme belli koşullar altında olumlu bir anlam yüklenildiği ve faile sempati gösterilebildiği anlaşılmaktaydı. Durum sadece iki kültür arasında ortaya çıkan farklılığa ilişkin somut bir örnek sunmakla kalmamakta, aynı zamanda hukuk uygulaması bakımından da bir soruna işaret etmekteydi. Egemen anlayış tarafından onaylanmayan, bunun bir yansıması olarak hukuken suç sayılan ve şiddetli biçimde cezalandırmayı gerektiren bu eylem yargılama sürecinde değerlendirilirken, sanığın kültürel aidiyeti ve bu aidiyetin gereklilikleri dikkate alınacak mıydı? Yoksa sanık kültürel kökeninden bağımsız olarak yargılanacak ve Japon kökenli olmayan herhangi bir Amerikan vatandaşını benzer eylem nedeniyle bekleyen hukuksal sonuçların aynısıyla mı karşılaşacaktı?

Davanın sonuçlanmasının ardından da olay dikkat çekmeyi sürdürdü. Japon kültürüne ilişkin akademik çalışmalara yönelik ilgide artış yaşandı. Olay, daha geniş bir çerçevede mahkemelerin kültürel farklılıklarla nasıl başa çıkacağı soru-

(\* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.)

nunun hukukçuların gündemine taşınmasına katkı sağladı<sup>1</sup>.

Yukarda sözü geçen olayda somutlaşan kültür temelli uygulama ve buna ilişkin olarak yürütülmüş bulunan dava, bir yandan farklı kültürlerin benimsediği değerler arasındaki çatışmaya, diğer yandan kültürel farklılıkların hukuk uygulamasına olası yansıma biçimlerine görünürlük kazandıran bir örnek olarak, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Aşağıda, önce söz konusu olaya meşruluk kazandıran ve Batı düşüncesine karşıt bir konumda olduğu anlaşılan kültürel temellere sosyolojik yönüyle yer verilecek, sonra, Japon hukuk uygulamasında durumun nasıl çözümlenmekte olduğu ile karşılaştırılmalı olarak *Kimura* davasının ABD'de nasıl sonuçlandığına değinilecektir.

## 1. Sosyolojik Boyut

### 1.1. Genel Olarak

Japon toplumunun intihara yönelik eğilimi çeşitli araştırmalara konu olmuş bir olgudur. İntihar terminolojisine yapılan katkı bakımından herhalde hiçbir toplum Japonlarla yarışamaz. Japon dilinde

intiharla bağlantılı olarak 58 farklı terimin kullanıldığı ve günlük dilde adeta konuyla ilgili özel bir sözlüğün oluşturulduğu belirtilmektedir<sup>2</sup>. Tarihsel olarak *harakiri* (samurayların kendilerini törensel biçimde öldürmeleri), *kamikaze* (pilotların intihar saldırıları) gibi ünlü terimlerden bu bağlamda söz edilebilir<sup>3</sup>. Güncel olarak da intihar olgusu Japon toplumu için bir sorun olmayı sürdürmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün Mart 2002 tarihi itibarıyla sunduğu veriler, Japonya'yı intihar olaylarının dünya ölçeğinde en yüksek düzeyde olduğu ülkeler arasında göstermektedir<sup>4</sup>. 2003 yılına ait bilgiler, çeşitli ekonomik ve sosyal sorunlar nedeniyle yılda yaklaşık 100 kişinin hayatına son vermeyi tercih ettiğini ve bunun her 15 dakikada bir intihara tekabül ettiğini göstermektedir. Araştırmacılar, ülkede bir kişinin intihar yoluyla ölme olasılığının, trafik kazasında ölme olasılığından beş kat daha fazla olduğunu belirtmektedirler<sup>5</sup>. Japon medyasında intihara ilişkin haberlerin ABD medyasında trafik kazalarına verilen yer kadar sıradan bir konumda olduğu gözlenmektedir<sup>6</sup>.

(1) Note: "The Cultural Defense in The Criminal Law", *Harvard Law Review*, C. 99, 1985-1986, s. 1293; J. C. Lyman, "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", *Criminal Justice Journal*, C. 9, 1986, s. 91, 92; M. Sheybani, "Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime", *Loy. L.A. International and Comparative Law Journal*, C. 9, 1986-1987, s. 751; A. D. Renteln, "A Justification of the Cultural Defense As Partial Excuse", *South California Review of Law & Women's Studies*, C. 2, 1992-1993, s. 463; D. C. Chiu, "The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism", *California Law Review*, C. 82, 1994, s. 1100; T. F. Goldstein, "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A "Cultural Defense"?", *Dickinson Law Review*, C. 99, 1994-1995, s. 147; A. Matsumoto, "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", *Journal of International Law and Practice*, C. 4, 1995, s. 506; D. L. Coleman, "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberal's Dilemma", *Columbia Law Review*, C. 96, S. 5, 1996, s. 1093; N. S. Kim, "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis", *New Mexico Law Review*, C. 27, 1997, s. 117; W. I. Torrey, "Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense", *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, C. 44, 1999, s. 136; M. W. C. Wu, "Culture is No Defense for Infanticide", *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, C. 11, S. 2, 2003, s. 975.

(2) Y. Kawanishi, "Japanese Mother-Child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990, s. 42; T. L. Bryant, "Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990, s. 4.

(3) Kawanishi, s. 33.

(4) [http://www.who.int/mental\\_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/](http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/)

(5) J. S. Curtin, "Suicide also rises in land of rising sun", *Asia Times*, 28.06.2004, (<http://www.atimes.com/atimes/Japan/FG28Dh01.html>)

(6) Sheybani, s. 761, dn. 100.

*Shinju* kelimesi Japon kültüründe orijinal olarak ikiden fazla kişinin aynı yerde, aynı zamanda ve aynı amaçla iradi olarak kendilerini öldürmeleri şeklinde ortaya çıkan eylemi ifade etmekle birlikte, günümüzdeki yaygın kullanımı intihar eden kişinin kendisiyle beraber yakınlarını da öldürmesi durumunu anlatmaktadır. Burada ilginç olan nokta kelimenin Japon dilindeki karşılığının intihar ya da ölüm temalarını içermemesi ve "kalbin merkezi" ya da "kalplerin birliği" anlamına gelmesidir. Bu terim, ölenler arasındaki duygusal yakınlığa dem vurarak eylemi özgül hale getirir. Anne ya da babadan birinin küçük çocuklarını da öldürerek intihar etmesi durumunda eyleme genel olarak *oya-ko shinju* (anne-baba-çocuk intiharı) adı verilmekte, bunun alt ayrımları olarak da, eylemi gerçekleştiren kişinin anne olması halinde *boshi shinju* (anne-çocuk intiharı), baba olması durumunda *fushi shinju* (baba-çocuk intiharı) terimleri kullanılmaktadır. Tüm ailenin birlikte intiharı ise *ikka shinju* (aile intiharı) olarak adlandırılmaktadır<sup>7</sup>.

Araştırmalar, Japonya'da anne-baba-çocuk intiharı olaylarının dikkate değer miktarda olduğunu göstermektedir. Nitekim, 1977 yılında yapılan bir araştırmada Japonya'da öldürme eylemlerinin kurbanlarının %17'sinin intihar eden ya da intihar teşebbüsünde bulunan anne-babalar tarafından öldürülen çocuklardan oluştuğu saptanmıştır<sup>8</sup>. Sözü geçen olay-

ların çoğunluğunun anne-çocuk intiharı şeklinde gerçekleştiği gözlenmektedir. 1946 - 1972 yılları arasını kapsayan bir araştırma, bu yıllarda gerçekleşen birlikte intihar olaylarının % 66.2'sinin anne-çocuk intiharı olduğunu ortaya çıkarmıştır. 1986 yılına ait bir başka çalışmada ise, çocukların anneleri tarafından öldürülmeleri sonucunu doğuran olayların en az yarısında, failin intihar iradesinin de bulunduğu görülmüştür<sup>9</sup>. Eylemi gerçekleştiren kadınların genellikle 20'li ya da 30'lu yaşlarda olduğu, çocukların ise okul öncesi dönemde buldukları belirlenmekte, kişileri bu eyleme yönelten en yaygın nedenler sayılırken aile içi uyumsuzluklara ilk sıralarda değinilmektedir<sup>10</sup>.

## 1.2. Kültürel Temeller

Kültür araştırmalarında, binlerce yıllık gelenek birikimi üzerinde şekillenen Japon kültürünü vurgulayan ana özellikler olarak paternalizmin, otoriteye saygının, sosyal statüye verilen önemin ve aidiyet duygusunun güçlülüğünün ön plana çıkarıldığını görüyoruz<sup>11</sup>. Bu özellikler kaçınılmaz olarak, kişilerin kendi benliklerini algılama biçimlerine, varlıklarına atfettikleri anlama, üstlenecekleri sosyal rollere ve günlük yaşam pratiklerine yansımaktadır.

### 1.2.1. Kendinden Vazgeçiş Kültürü

Genel olarak Asya kültürünü farklı bir konuma yerleştiren temel faktör, "bi-reycilik" düşüncesinin Batı'da olduğu gi-

(7) Y. Takahashi, D. Berger, "Cultural Dynamics and the Unconscious in Suicide in Japan", A. Leenaars, D. Lester (ed.), *Suicide and the Unconscious*, Northvale, 1996, s. 248-258, (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Shinju.html>); J. Young, "Morals, Suicide and Psychiatry: A View from Japan", *Bioethics*, C. 6, S. 5, 2002, s. 419, 420; Bryant, s. 4.

(8) Kawanishi, s. 33, 34.

(9) Bryant, s. 13.

(10) Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Y. Takahashi, "Culture and Suicide: From a Japanese Psychiatrist's Perspective", *Suicide & Life-Threatening Behavior*, C. 27, N. 1, 1997; s. 143; Kawanishi, s. 34; Young, s. 420; Bryant, s. 8, 9.

(11) Matsumoto, s. 508-509.

bi günlük yaşamda güçlü bir etkiye sahip olmamasında aranabilir. Batı anlayışında önem kazanan "bağımsız ve özerk birey" vurgusu, Asya kültüründe önemini yitirmekte ve yerini kişiler arasındaki "karşılıklı bağlılık" duygusuna bırakmaktadır<sup>12</sup>. Bu durumda kişiler başkalarının beklentilerine yönelik bir hassasiyet geliştirmekte ve davranışlar, esas olarak, başkaları üzerindeki etkileri ve bunlar tarafından geliştirilebilecek olası tepkiler çerçevesinde anlamlandırılmaktadır. Japonya'da bir süre kalan Batılı bir araştırmacının, tepki beklentilerinin kişilerin günlük yaşamda çatışmaya yol açabilecek biçimde kendilerini ifade etmekten olabildiğince kaçınmalarına neden olduğu yönündeki gözlemi bunu doğrulamaktadır<sup>13</sup>. Aynı gözlem ABD'de yaşayan Asyalı kültürel gruplar için de söz konusudur; bu grupların günlük yaşamlarında "karşılıklı bağlılık" üzerinde odaklanan bir psikolojik eğilim gösterdikleri saptanmıştır<sup>14</sup>.

Araştırmacılar, Asya'daki hayatı algılama tarzında, Budist düşüncenin ve Konfüçyüs felsefesinin geleneksel davranış kalıpları üretmek yoluyla kültür dünyasına yansımaları görmektedirler. Budist düşüncede temel amaç kişinin kendi 'ben'inden vazgeçmesidir; bunun, kişinin fiziksel dünyanın sınırlarını aşmasının ve kendisini evrensel "birliğe" ait hissetmesinin yolunu açarak kişiyi

zenginleştirdiğine ve özgürleştirdiğine inanılır<sup>15</sup>. Konfüçyüs felsefesinde de, bireyin kişisel çıkarlarını başkaları lehine feda etmesi ve başkalarının iyiliğini istemesi yüceltilir<sup>16</sup>. Bu düşünceler, kişiyi başkalarına karşı duyarlı, içinde yaşadığı grubun normlarına saygılı, itaatkar ve sadık olmaya yönlendirir; zira grubun iyiliği sonuçta her bir üyenin iyiliği demektir<sup>17</sup>.

Bireyin türlü sosyal bağlamlar içine gömülü olarak algılanan ikincil konumu, aidiyet, görev ve sorumluluk duygularını yüceltir<sup>18</sup>. Bu, bireyin ilgili sosyal grubun (aile, şirket, komşuluk, vs.) için bir parçası olarak görülmesine ve onun çıkarlarının bu grubun çıkarları karşısında önemsizleşmesine yol açar. Öyle ki, kişinin kendi varlığının değeri hakkındaki düşüncesi, ait olduğu grubun ona verdiği değerle doğrudan bağlantılıdır<sup>19</sup>. Aidiyet durumu kişinin sosyal statüsünü, dolayısıyla kimliğini şekillendirdiği için, kişi bu statüyü korumak adına grubun düzenli işleyişini bozacak davranışlardan sakınmak durumundadır. Aksine sosyal uyuma katkı sağlamak bir görevdir. Burada "ben" bir kolektif varlığa aidiyet temelinde ifade bulduğu için, Batı düşüncesinde, örneğin Kant felsefesinde olduğu gibi "kendinde amaç" olarak görülmez; bunun yerine o, ait olduğu grubun bir parçası olarak anlam kazanır ve gruba göre daha değersiz olduğu düşünülür. Bi-

(12) D. Berger, Y. Ono, H. Kumano, H. Suematsu, "The Japanese Concept of Interdependency", *American Journal of Psychiatry*, C. 151, S. 4, 1994, s. 628; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Young, s. 413, 415.

(13) D. Berger, "On the Practice of Medicine and on the Culture and Customs in Japan: An Impression of an American Medical Student", *Tokai Journal of Experimental & Clinical Medicine*, C. 10, S. 6, 1985, s. 637-645, (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Tokai1.html>)

(14) J. Shiang, R. Blinn, B. Bongar, et al.; "Suicide in San Francisco, CA: A Comparison of Caucasian and Asian Groups, 1987-1994", *Suicide & Life-Threatening Behavior*; C. 27, S. 1, 1997, p. 82; Kawanishi, s. 37.

(15) Kawanishi, 35, 36; Bryant, s. 5.

(16) T. Cleary, *Konfüçyüs Düşüncesinin Temelleri*, çev: S. Özbudun, İstanbul, 1997, s. 45, 79.

(17) Young, s. 415, 416; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6.

(18) Young, s. 413.

(19) Kawanishi, 37.

rey ve onun kişisel motivasyonları grubun bütünsel bir uyum ve düzen oluşturma yönündeki ihtiyacı karşısında geri plana düşer<sup>20</sup>. Kantçı anlamdaki evrensel görev duygusu yerine, dar çevredeki sosyal grup ile bağlantılı, bu anlamda yerel ve görelî nitelikli bir ödev duygusu önem kazanır. Birey, daha yüksek bir amacı temsil eden uyumlu grup yaşantısına ulaşmak üzere araçsallaşır. Bunun bir yansıması olarak grubun çıkarları lehine kişisel çıkarları feda etmek, bütün adına kendinden vazgeçebilmek, bir ahlaki değer olarak ortaya çıkar<sup>21</sup>. Japonya'da kendi çıkarlarını, isteklerini, önceliklerini ikinci plana atmanın, günlük yaşamın içinde sıradan bir davranış tarzı olarak benimsendiği belirtilmektedir. Örneğin, işyerini çalışma arkadaşlarından önce terk ederek onların olumsuz tepkilerini çekmeme kaygısı, çalışma zamanını geç saatlere kadar uzatabilir<sup>22</sup>. Japonların kurallara uymak ve ritüelleri önemsemek konusundaki ciddiyetlerinde, sosyal uyum ve hiyerarşi konusundaki hassasiyetlerinde de bu belirlemenin izleri bulunur<sup>23</sup>.

İntihar, kendinden vazgeçiş durumunun en uç noktasını oluşturur; böylece

onurlu ve değerli bir eylem olarak itibar görmesinin yolu açılır. Bu anlamda intihar, Batı'da algılandığı gibi kişisel bir eylem olmanın ötesine geçerek iletişimsel bir anlam kazanır. Araştırmalar, Asya kültüründe intihar olayının kişilerarası bir eylem olarak algılandığını göstermektedir. İletişimsellik ve simgesellik, eyleme yönelik görece sempatinin kaynağını oluşturur. Bu Batı düşüncesine karşıt bir konumdur. Sözgelimi Kant'ta insanlık başlıbaşına bir değer olarak görüldüğü için intihar onanmaz, zira "kendinde amaç" olan bireyin hayatını sona erdirmesi bir mantıksal çelişki oluşturur<sup>24</sup>. Burada ise intihar, yaşam değerinin reddi olarak görülmez; aksine ahlaki bir gereklilik biçiminde, bir görevin yerine getirilmesi isteğine benzer bir tarzda ortaya çıkar ve görünürde desteklenmese de kişilerin iç dünyalarında sempatiyle karşılanır<sup>25</sup>. İntiharı kabullenip romantikleştiren ve onurlu bir eylem haline getiren kültür, bireysel bilinçlerde böylece karşılığını bulmuş olur<sup>26</sup>.

İntiharı "irrasyonel" bir eylem olarak görüp onu kişinin psikiyatrik bozukluğuna bağlama eğilimi gösteren bilimsel tavır, Japon kültüründeki durumu açıklar.

(20) Shiang, Blinn, Bongar, et al., s. 89.

(21) Young, s. 415-417.

(22) Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Young, s. 414.

(23) A. B. Borovoy, "The Japanese Self in Cultural Logic", Book Review, *Anthropological Quarterly*, C. 78, S. 4, 2005, s. 1018, 1019.

(24) "Bir dizi felaketler yüzünden umutsuzluğa düşmüş biri, yaşamaktan bıkar usanır, ama intihar etmenin kendine karşı olan ödevine ters düşüp düşmediğini kendine soracak kadar akli başındadır. Şimdi şuna bakıyor: eylemlerinin maksimi acaba genel bir doğa yasası olabilir mi? Maksimi ise şudur: daha uzun sürdüğünde yaşam, hoş şeyler vaatmekten çok felaketler getireceğe benziyorsa, ben sevgisinden dolayı onu kısaltmayı ilke ediniyorum. Şimdi de, bu ben sevgisinden çıkan ilkenin genel bir doğa yasası olup olamayacağı sorusu kalıyor. Burada çok geçmeden görürüz ki, belirlenimi yaşamı geliştirmek olan aynı duyusla yaşamın kendisini yok etmenin yasa olduğu bir doğa, kendi kendisiyle çelişir ve doğa olarak var olamaz; dolayısıyla o maksimin genel bir doğa yasası olması olanaksızdır, sonuç olarak da en üstün ödev ilkesiyle tamamen çelişiyor." I. Kant, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, çev: I. Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1995, s. 38, 39. "...insan bir şey değildir, dolayısıyla sırf araç olarak kullanılmaz; bütün eylemlerinde hep kendisi amaç olarak görülmelidir. Bundan dolayı kendi kişimdeki insana onu sakatlayacak, bozacak ya da öldürecek şekilde davranmam." Kant, *age*, s. 47.

(25) Young, s. 413, 415, 416; Takahashi, Berger, yuk.dn. 6.

(26) Curtin, yuk. dn. 5.

maktan uzaktır. Burada, olumlu bir ahlaki eylem olarak kendinden vazgeçmeye atfedilen bir değer söz konusudur ve birey, bu amaçsal davranışıyla, sosyal sorumluluğunu yerine getirerek bir bakıma kendi varlığının ahlaki değerini kanıtlamış olmakta ve onurla anılacak bir kişi olarak dünyadan ayrılmaktadır<sup>27</sup>.

*Kimura* eylemi gerçekleştirdiğinde böyle bir ruh hali içindedir. Aile birliğinin bozulması ona kimliğini veren sosyal statünün yok olmasıdır ve bu başkalarının gözünde utanılacak bir şeydir. Onursuz bir hayatı onurlu bir hayata dönüştürmenin yolu ise, *Kimura*'ya, ait olduğu kültür tarafından gösterilmiştir. Bu yolu seçmekle, kendini var eden ve eylemini koşullandıran kültürün bir kez daha doğrulanmasına ve yeniden üretilmesine katkıda bulunarak son görevini yerine getirmiş olur.

### 1.2.2. İntiharın Sosyolojisi: Durkheim

İntihar, Durkheim metodolojisinde bir olguyu sosyal kılan tüm özelliklere sahip olarak görülür. Bu, insanların bir araya gelmeleriyle ya da aralarında bir etkileşim sürecinin başlamasıyla ortaya çıkan ve bu etkileşimin ürünü olan olguların nitelik itibarıyla bireylerin tekil özelliklerinden farklılık arz etmesi ve onları zorlayıcı biçimde yönlendirmesi durumunun burada da söz konusu olmasının bir sonucudur<sup>28</sup>. Sosyal etkileşim sürecinde değişen ve dönüşen bireyin, bireysel bilinçlerin mekanik toplamından ibaret olmayan, bu anlamda onlara indir-

genemeyen ve hatta onlara göre aşkın sayılabilecek kimi özellikler taşıyan kolektif bilincin etkisi altında eylemlerini anlamlandırması kaçınılmazdır<sup>29</sup>.

İntihar oranlarına ilişkin istatistiksel verilerin belli düzenliliklerin varlığını gösteriyor olmalarından hareket eden Durkheim, intihar olgusunun bireysel nedenlere indirgenerek anlaşılamayacağına, aksine belli sosyal değişkenlere bağlı olarak açıklanabileceğine işaret eder<sup>30</sup>. Bu bağlamda sözünü ettiği üç intihar türünü belirleyen temel ölçüt, ilgili toplum ya da sosyal grubun üyeleri arasında var olan entegrasyon düzeyinin yoğunluğudur. Bireyleri bütünleştiren sosyal bağların güçsüzlüğü, aşırı bireyselleşmeye ve izolasyona işaret eder ki, bu Durkheim'ın "bencil intihar" dediği türün ortaya çıkmasını sağlar<sup>31</sup>. Entegrasyon düzeyi yükseldikçe intihar oranlarında bir azalmaya rastlanır. Ancak, grup aidiyeti kendiliğinden bireyi intihardan uzaklaştıracak bir duruma vücut vermez; çünkü ilgili grup belli durumlarda bireyin kendisinden vazgeçmesini de isteyebilir. Dolayısıyla, yelpazenin öteki ucunda, bireyi değersizleştirecek biçimde aşırı entegrasyon yoğunluğunun yol açtığı "elcil intihar" türü bulunur<sup>32</sup>. Diğer taraftan, bireyi bağlayan sosyal normların ani ve beklenmedik biçimde değişikliğe uğramaları Durkheim'ın "anomik" dediği intihar türünü ortaya çıkarır<sup>33</sup>.

Durkheim'ın vurguladığı esas nokta, intihar olaylarının ortaya çıkış biçimi ile ahlakın sosyal örgütlenişi arasında var

(27) Young, s. 414, 417, 418.

(28) Durkheim E., *Sosyolojik Metodun Kuralları*, çev: E. AYTEKİN, İstanbul, 1994, s. 49; *İntihar*, çev: Ö. OZANKAYA, İstanbul, 2002, s. 28.

(29) Durkheim, *Sosyolojik Metodun Kuralları*, s. 22.

(30) Durkheim, *İntihar*, s. 153.

(31) Durkheim, *İntihar*, s. 243.

(32) Durkheim, *İntihar*, s. 245.

(33) Durkheim, *İntihar*, s. 275.

olan sıkı bağıdır. Örneğin, kişiye saygının en üstün değer olarak kabul edildiği, bu anlamda bireyin yüceltiildiği ve bireyciliğin kutsandığı bir ahlaki yapı ile bencil intihar arasında böyle bir bağdan söz edilebilir. Aynı şekilde, elcil intiharın temelinde, bireyi önemsizleştiren, özverinin ve 'ben'den arınmanın olağanın ötesinde önem kazanmasını sağlayan ahlak anlayışının varlığı görülebilir<sup>34</sup>. Durkheim'in özellikle bu son duruma ilişkin analizleri, yukarıda sözü edilen kendinden vazgeçiş kültürü ile intihar arasındaki bağlantı için de açıklayıcıdır. Zira, "... intihar türüne uygun düşen ve onunla bağlantılı olan belli bir ahlak yapısı vardır. Biri olmadan öbürü var olamaz; çünkü intihar, yalnızca bu ahlaki yapılardan her birinin özel, ama mutlaka ortaya çıkan kimi koşullarda aldığı biçimden ibarettir"<sup>35</sup>. Bu ahlaki yapının belirleyicisi ise kişiyi çevreleyen kültürel ortamdır.

### 1.2.3. Anne-Çocuk İntiharı

Japon toplumunda grup yaşantısına verilen önem intihar olaylarına yansiyarak "birlikte intihar" türünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Başkalarıyla birlikte intihar etmek, bir grup eylemi olarak, tek başına hayatına son vermekten daha değerli sayılmaktadır<sup>36</sup>. Güncel olarak, intihar etmek isteyenleri buluşturan internet sitelerinin varlığından söz edilmektedir<sup>37</sup>. Anne-çocuk intiharları da bir birlikte intihar türü sayılabilir. Bu tür olaylar, olağan çocuk öldürme eylemlerine kıyasla daha hoşgörülebilir durumdadır. Çünkü, olumsuz anlam taşıyan "çocuk öldürme" eylemi, burada olumlu an-

lamlarla yüklü "birlikte intihar" eylemine dönüşmektedir ve bu anlam dönüşümünü sağlayan faktör kültürel algılama biçimleri ve bunlara atfedilen değerlerdir. Anne-çocuk intiharlarını diğerlerinden farklı kılan husus, çocukların genelde intihar iradesine sahip olamayacak kadar küçük yaşta bulunmalarıdır<sup>38</sup>.

Sosyal statüye verilen önem ve aidiyet duygusunun güçlülüğü, aile kurumunun yapısına yansıdığına, kültürel olarak üretilen sosyal rollerle bütünleşir. Bu en çok, çocukların eğitilmesinden ve yetiştirilmesinden birinci derecede sorumlu olarak görülen kadının durumunda açıkça ortaya çıkar. Annelik durumu, kadının bireysel kimliğinde merkezi bir anlam kazanacak biçimde önemsendir. Anne ile çocuk arasındaki "karşılıklı bağlılık" duygusu, anneye biçilen sosyal rolün de katkısıyla, bu ikili arasında öyle bir ortaklığa yol açar ki, çocuğun başına gelebilecek her iyi şey annenin başarısına, her türlü olumsuzluk ise onun kusuruna işaret eder. Tüm bunlar anne ile çocuk arasında varoluşsal bir özdeşleşmeye olanak sağlar. Japon kadını çocuğuyla bir "birlik" duygusu içinde yaşamakta ve onu bağımsız bir birey olarak değil, "kendi varlığının doğal bir uzantısı" olarak görmektedir<sup>39</sup>.

Kendinden vazgeçişin ahlakiliği ile anne-çocuk özdeşleşmesi bir araya geldiğinde, kültürel kader ortaklığının yol açtığı birlikte ölüm durumu anlaşılır hale gelir. İntihar eden kadın kendisiyle birlikte çocuğunu da öldürdüğünde, kendisi dışında bir varlığın hayatına son verdiği-

(34) Durkheim, *İntihar*, s. 426.

(35) Durkheim, *İntihar*, s. 427.

(36) Young, s. 419.

(37) <http://www.csmonitor.com/2005/0719/p01s04-woap.html>.

(38) Kawanishi, s. 34; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6.

(39) Kawanishi, s. 35; Matsumoto, s. 509; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Bryant, s. 9.

ni düşünmemektedir; ona göre bu kendi varlığının ayrılmaz bir parçasını kendisiyle birlikte yok etmekten ibarettir ve doğal bir durumdur. Dolayısıyla, bu algılama tarzında, ortada bir öldürme ve bir intihardan oluşan iki ayrı olayın değil, tek bir intihar olayının varlığı söz konusudur; çocuğun ölümü bu tek olayın bir alt unsuru olarak gerçekleşir<sup>40</sup>.

Diğer yandan, olaya yüklenen başka anlamlar da bu noktada devreye girer. İntihar eden kadının çocuklarını geride bırakması, onun çocuklarına karşı yeteri kadar bağlılık hissetmediği, dolayısıyla iyi bir insan olmadığı şeklinde yorumlanır. Japon toplumunda, anne ya da babadan sadece birinin hayatta olması durumunda çocukların sosyal statülerinin düştüğü gözlenmektedir. Bu durumda çocuklar hayatları boyunca sosyal yönden sıkıntılar yaşayabilmektedir. Kendilerine, çocukların öldürülme yoluyla bilinçli olarak nasıl fiziksel bir acıya sürüklenebildiği sorulan Japon kadınları, korunmasız bir dünyada terk edilmenin doğuracağı acının bundan daha katlanılmaz olduğu yönünde cevap vermişlerdir. Dolayısıyla, kadının çocuklarını bu tür sorunlar içinde yaşamaya terk etmekten se onları da kendisiyle beraber öldürmesi daha kabul edilebilir hale gelmektedir. Bunu yapmazsa, ölen kadın kendisini şeytana benzer bir yaratık gibi gören çok kötü bir imajla hatırlanmakta, hayatta kalan çocuklar da böyle bir insanın doğal uzantıları olarak onun sahip olduğu olumsuz özellikleri taşıyan kişiler olarak görülmektedirler<sup>41</sup>.

Sosyal rolünü benimseyen ve çocuklarıyla aşırı bir özdeşleşme içinde olan

*Kimura*, onları geride bırakmayarak böyle bir durumun ortaya çıkmasını önlemekte, dolayısıyla çocuklarını çok sevdiği, hatta onları kendisinin bir parçası olarak gördüğü için böyle davranmakta, üstelik gelecekte kendisinin ve çocuklarının saygı ve sempatiyle anılmasını sağlamaktadır. Bu anlamda, çocuklarına zarar verdiğini değil, aksine onların iyiliği için bunu yaptığını düşünmektedir. Bu düşünce, ait olduğu kültürün diğer üyeleri tarafından da paylaşılmaktadır.

## 2. Hukuksal Boyut

Bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olması, kuşkusuz, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Hukuk sistemi de değerlerle örülüdür ve esas tartışmalı alan, kültürel olarak kabul gören değerlerle hukuk sisteminin korumaya layık gördüğü değerler arasında bir çatışmanın ortaya çıkmasıyla başlar. Hukuk sisteminin beslendiği değerlerin kültürle örtüşme ya da ayrışma derecesi, gerek ilgili kuralların içeriğinde, gerek hukuk uygulamasında ortaya çıkacak olumlu ya da olumsuz tepkiyi biçimlendirir.

### 2.1. Japon Uygulamasında Durum

Anne-çocuk intiharı olaylarına verilen kültürel anlamın hukuken de kabul edildiği bir an için düşünülse, çocuğu ölen fakat kendisi hayatta kalan annenin eyleminin intihara teşebbüs olarak nitelenmesi gerekir. İntihara teşebbüs genellikle suç sayılmadığından, bu durumda annenin cezasız kalması gündeme gelecektir. İntihar edene yardım suçtur; fakat kültürel anlama bağlı kalındığında, bu suç da olayda ortaya çıkmaz, çünkü çocuğun intihar iradesi yoktur. Ancak, Batı

(40) Kawanishi, s. 32; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6.; M. Iga, *The Thorn in the Chrysanthemum: Suicide and Economic Success in Japan*, Berkeley, 1986, s. 18, akt: Woo, "Cultural 'Anomalies' and Cultural Defenses: Towards an Integrated Theory of Homicide and Suicide", *International Journal of the Sociology of Law*, C. 32, 2004, s. 294; Bryant, s. 5.

(41) Kawanishi, 40; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Iga, yuk. dn. 12; Young, s. 420; Bryant, s. 23.



değerlerinin etkisiyle şekillenmiş olan modern Japon hukuk sistemi bu sonuca ulaşılmasını sağlamamaktadır; yani söz konusu eylem hukuken onaylanmamaktadır. Japon hukukunda, intihar iradesine eşlik edecek biçimde çocuğun öldürülmesi doğrudan bir suç olarak tanımlanmamakla ve durum çocuk öldürmeye özgü özel bir suç olarak da görülmemekle birlikte, eylem, genel insan öldürme suçunun kapsamında sayılmakta ve failer bu suçtan yargılanmaya başlamaktadır<sup>42</sup>.

Resmi/formel düzeyde görünüm bu olmakla birlikte, hukuk uygulamasında ve özellikle yorum sürecinde geleneksel kültürün dolaylı yansımalarının ortaya çıkışı durumu değiştirmektedir. Kültürel gerekçeler bir savunma olanağı olarak doğrudan dikkate alınmamakta, ancak hukuk sisteminin öngördüğü diğer savunma araçları (örneğin akıl sağlığına ilişkin hükümler) harekete geçirilmekte ve bunların yorumunda kültürel faktörler örtülü biçimde etkin olabilmektedir. Japon mahkemelerinden çıkan kararlara ilişkin olarak yapılan 1986 yılına ait bir çalışma, ilginç bazı saptamaları ortaya koymaktadır. Örneğin, sıradan insan öldürme suçunun faillerine kıyasla, kendi çocuğunu öldürenlerin genelde daha az ceza aldıkları görülmektedir<sup>43</sup>. Bunda, çocuğu onu dünyaya getirenlerin doğal uzantısı olarak gören anlayışın dolaylı bir etkisinin olduğu düşünülebilir. Çocuğunu öldürüp intihar teşebbüsünde başarısız olanların da, uygulamada genellikle daha hoşgörülü bir tavırla karşılaştıkları, kimi zaman ceza almadıkları, ceza aldıklarında ise hafifletici nedenlerden ya da erteleme hükümlerinden yararlandırıl-

dıkları gözlenmektedir<sup>44</sup>. Örneğin 1988 yılında Tokyo'da üç yaşındaki kızını bu yolla öldüren bir kadın, olay sırasında depresyon halinde olduğu gerekçesiyle cezasız bırakılmıştır<sup>45</sup>.

Uygulamaya ilişkin tipik bir örnek olarak Osaka'da gerçekleşen bir olay ve buna ilişkin mahkeme kararı gösterilebilir. Karar, çocuklarıyla birlikte intihar etmek isteğiyle evdeki gaz musluğunu açarak iki çocuğunun ölümüne neden olan, fakat kendisi kurtulup cinayetten yargılanmaya başlayan bir kadına ilişkindir. İlginç olan, mahkemenin resmi belgelerinde yer alan ifadeler ile yargılama sonunda ulaşılan karar arasındaki farklılıktır. Söz konusu belgelerde anne - çocuk intiharlarının ülkedeki yaygınlığına değinilmekte, bu tür olayların, toplum tarafından hoşgörülmesine rağmen hukuken kabul edilemez oldukları ve ciddi bir suç oluşturdukları belirtilmektedir. Sanığın ağır biçimde cezalandırılacağı izlenimi uyandıran bu ifadelerle rağmen, davanın iki yıl hapis cezasıyla sonuçlandığı ve bu cezanın da ertelendiği görülmektedir<sup>46</sup>.

Örneklerde ortaya çıkan bu durum, kültürel değerlerin, yazılı metinlerde yer almamış ve hatta açıkça aksi belirtilmiş olsa da, uygulama sürecinde dolaylı biçimde etkin olmasıyla açıklanabilir.

## 2.2. Amerikan Uygulamasında Durum

### 2.2.1. Kimura Davasının Sonucu

Kimura davasında mahkemeye Amerika'da yaşayan diğer Japonlar tarafından sunulan dilekçelerde, sanığın eyleminin ait olduğu kültür tarafından koşullandı-

(42) Bryant, s. 10, 13.

(43) Bryant, s. 14.

(44) Kawanishi, s. 32, dn. 2; Matsumoto, s. 515, 516.

(45) Bryant, s. 15, 16.

(46) Matsumoto, s. 521, 522.

ıldığı belirtilmesine rağmen, yargıç bu gerekçenin yargılama sürecinde dikkate alınmasını kabul etmemiştir. Zira, ilgili ceza hukuku kuralları kültür temelli argümanların doğrudan savunma aracı olarak kullanılabilmesine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bunu bilen sanık avukatı da savunmasında bu iddiaya doğrudan yer vermemiş, ancak mahkemeyi eylemin kültürel kökeni konusunda bilgilendirmeyi ihmal etmemiştir. Savunmanın esası, sanığın eylem sırasında makul davranabilme yetisini geçici olarak yitirdiği konusuna odaklanmıştır. Sonuç olarak eylemde kasten insan öldürme suçunun ortaya çıkabilmesi için gerekli manevi unsurun oluşmadığı düşünülmüş, iddia ve savunma arasında sağlanan –ABD ceza muhakemesi sistemine özgü bir yol olan– uzlaşma (plea bargaining) yoluyla isnad edilen suçun niteliğinde değişiklik yapılmış ve sanık, cinayetten (murder) değil, çocukların kast olmaksızın ölümüne yol açmaktan (manslaughter) suçlu bulunmuştur. Birden çok kişinin öldürülmesiyle ilgili mevcut kurallar ölüm cezasını bile gündeme getirebilecek durumda iken, dava, *Kimura*'nın bir yıl hapis cezası alması, beş yıl süreyle gözetim altında tutulması ve psikiyatrik desteğe yönlendirilmesi kararıyla sonuçlanmıştır<sup>47</sup>.

Karar gerekçesinde kültürel unsurların sonucu hafifletici rolüne değinilmediği gibi, yargılama sürecinde yer alan aktörler de mahkemenin pek ağır sayılmayan bu karara ulaşmasında kültür temelli argümanların hiçbir biçimde etkili olmadığı yönünde kesin görüş beyan etmişlerdir<sup>48</sup>.

### 2.2.2. Yorumlar

Sonucu yorumlayan yazarlar ise aynı kanıda değildirlere; onlara göre bu beyanlar gerçeği yansıtmamaktadır. Kararda kültürel faktörlerin dolaylı da olsa sonucu belirleyici bir rolünün bulunduğu inkar edilemez. Eylemde kasten öldürme suçunun manevi unsurunun bulunmadığı saptamasına ulaşılrken, kültürün eylemi koşullandırdığı gerçeği örtülü olarak hesaba katılmış durumdadır. Zira, eylemi hazırlayan ve eylem sırasındaki hareketler, sanığın bilerek ve isteyerek davranıldığı sonucuna ulaşmayı sağlayacak biçimde yorumlanmaya da pekala uygundur. Üstelik eylemi onaylayan bir kültürel altyapının varlığının bilinmesi, sanığın kendini bu kültüre ait hissediyor ve onun gereklerine uygun davranıyor oluşu, eylemin tasarlanarak gerçekleştirildiği sonucuna ulaşılmasını sağlayabilir. Bu durumda, kültürün meşrulaştırıcı ve zorlayıcı gücü bir yana bırakıldığında, kast unsuru gerçekleşmiş sayılabilir. Ancak eylemin kültür tarafından koşullandırıldığı düşünülürse, sanık öldürme eyleminin faili olmaktan çıkıp kültürel yapının mağduru olarak görülmeye başlar. Davada –resmen ortada olmayan– bu sonuncu argüman, olayı yorumlamak ve kuralları uygulamak yetkisine sahip olanların zihinlerinin bir köşesinde bilinçli ya da bilinçsiz biçimde yer etmiştir ve sanığı mağdura dönüştüren bu algılama sayesinde mevcut bir yasal düzenleme (makul davranabilme yetisinin yitirilmesinin kastı ortadan kaldırdığına ilişkin hüküm) zorlama yoluyla genişletilerek sanığın lehine kullanılabilir hale getirilmiştir<sup>49</sup>.

(47) Wu, s. 995; Bryant, s. 2; Renteln, s. 463; Matsumoto, s. 524.

(48) Wu, s. 996; Matsumoto, s. 526 dn. 89; Kim, s. 118.

(49) Wu, s. 996; Matsumoto, s. 526; Kim, s. 118; Goldstein, s. 148; Renteln, s. 463; Bryant, s. 2; Torry, s. 137.

Dolayısıyla, davada ortaya çıkan sonucun sanığın kültürel kökenine ilişkin değerlendirmelerden bağımsız olduğu söylenemez. Nitekim Japon kökenli olmayan bir Amerikan vatandaşı, *Kimura* olayına oldukça benzeyen eylemi nedeniyle ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. İki olay, kültürel gerekçeler dışındaki (faillerin psikolojik durumları dahil) tüm yönleriyle birbirine benzerdir; aradaki tek ayırım, sanıkların içinde yetiştikleri kültürün aynı eylemi farklı değerlendiriyor oluşlarıdır. Bu farklılığın bir biçimde yargılama sürecine dahil olması, sanıklardan biri ömür boyu hapse gönderilirken, diğerinin çok hafif bir cezayla kurtulması gibi zıt sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilmektedir<sup>50</sup>.

### Sonuç

Kültürün üreticisi konumunda bulunan insan, kaçınılmaz biçimde bağlı olduğu doğayı da bu üretim sürecinde kültüre dönüştürmekte ve olayları doğal haliyle sahip olmadıkları türlü anlamlarla donatmaktadır. Japon kültüründe rastlanan anne-çocuk intiharları, doğal bir olay olan ölümün simgesel anlamlarla yüklü kültürel bir kurum haline getirilmesinin tipik bir örneği olarak görülebilir. Söz konusu olaylar, bu yönüyle kültürel antropolojinin ilgi alanına girebilecek veriler sunmaktadır.

Her kültürün farklı anlam belirlemelerine ve değer yargılarına sahip oluşu, hiçbir kültürün diğerine göre doğal üstünlüğü savunulamayacağına göre, hukukun bu farklılıklar karşısındaki tavrını gündeme getiren bir sorun oluşturur. Esasen burada, bir yanda hukukun kültürden bağımsız olamaması ile diğer yanda onu dönüştürücü gücü arasında ortaya çıkan bir gerilim söz konusudur.

Özellikle çokkültürlü toplum gerçekliğiyle birlikte daha da gözle görülür hale gelen bu gerilimin bir yönü, kültür temelli argümanların ceza hukuku uygulamasındaki yeri ile ilgilidir. Bunların yargılama sürecinde savunma aracı olarak dikkate alınmasının onaylanması ya da reddedilmesi ayrı bir teorik tartışma konusudur. Nitekim, adaletin bireyselleştirilmesi, kültürel çoğulculuk gibi ilkelerden hareketle bu uygulamanın gerekliliğini savunanlar olduğu gibi, kamu düzeni, ortak değerler gibi temellerden yola çıkarak buna karşı çıkan yazarlar da vardır<sup>51</sup>. Söz konusu tartışma başka bir incelemenin konusu olabilir; bu çalışma çerçevesinde ön plana çıkarılmaya çalışılan husus ise, gerek Japon gerek Amerikan örneklerinde görüldüğü üzere, kültürün pratikte hukuka yansımalarıdır. Kuşkusuz bu yansıma ile kastedilen, hukuk kurallarının içeriğinin bilinçli biçimde kültürel değerlere uygun olarak düzenlenişi değil, ilgili kurallarda yer almayan ve hatta açıkça reddedilen bazı kültür temelli değerlerin, hukuk uygulayıcılarının yorumları yoluyla, dolaylı ve kimi zaman bilinçsiz biçimde, uygulama sürecine dahil oluşlarıdır. Bizde töre cinyeti faillerinin uzun süre haksız tahrik indiriminden yararlandırılmış olmaları da bununla ilintili olarak düşünülebilir. Bu saptama, ilgili hukuk metinlerinde yer alan genel kavramsal çerçevenin içeriğinin belirlenmesinde, hukuk uygulayıcısının yorumunun ve bu yoruma eşlik eden, bazen örtük de olabilen değerlendirmelerin önemini ortaya çıkarmaktadır. Sonuç olarak, uygulayıcının tavrının, hukuk – kültür geriliminde kültürün üstünlüğüne yol açabilmediği yönünde farklı ülkelerde ortaya çıkan gözlem, konunun evrenselliğine işaret etmektedir.

(50) Coleman, s. 1142, 1143.

(51) Wu, s. 984 vd.; Note, s. 1298 vd.; Chiu, s. 1097 vd.

KAYNAKÇA

- Berger D., "On the Practice of Medicine and on the Culture and Customs in Japan: An Impression of an American Medical Student", *Tokai Journal of Experimental & Clinical Medicine*, C. 10, S. 6, 1985. (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Tokai.html>)
- Berger D., Ono Y., Kumano H., Suematsu H., "The Japanese Concept of Interdependency", *American Journal of Psychiatry*, C. 151, S. 4, 1994.
- Borovoy A. B., "The Japanese Self in Cultural Logic", *Book Review, Anthropological Quarterly*, C. 78, S. 4, 2005.
- Bryant T. L., "*Oya-ko Shinju*: Death at the Center of the Heart", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990.
- Chiu D. C., "The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism", *California Law Review*, C. 82, 1994.
- Cleary T., *Konfüçyüs Düşüncesinin Temelleri*, çev: S. Özbudun, İstanbul, 1997.
- Coleman D. L., "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberal's Dilemma", *Columbia Law Review*, C. 96, S. 5, 1996.
- Curtin J. S., "Suicide also rises in land of rising sun", *Asia Times*, 28.06.2004, (<http://www.atimes.com/atimes/Japan/FG28Dh01.html>)
- Durkheim E., *Sosyolojik Metodun Kuralları*, çev: E. Aytakin, İstanbul, 1994.
- Durkheim E., *İntihar*, çev: Ö. Ozankaya, İstanbul, 2002.
- Goldstein T. F., "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A "Cultural Defense"?", *Dickinson Law Review*, C. 99, 1994-1995.
- Kant İ., *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, çev: I. Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1995.
- Kawanishi Y., "Japanese Mother-Child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the *Kimura Case*", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990.
- Kim N. S., "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis", *New Mexico Law Review*, C. 27, 1997.
- Lyman J. C., "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", *Criminal Justice Journal*, C. 9, 1986.
- Matsumoto A., "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the *Kimura Case*", *Journal of International Law and Practice*, C. 4, 1995.
- Note: "The Cultural Defense in The Criminal Law", *Harvard Law Review*, C. 99, 1985-1986.
- Renteln A. D., "A Justification of the Cultural Defense As Partial Excuse", *South California Review of Law & Women's Studies*, C. 2, 1992-1993.
- Sheybani M., "Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime", *Loy. L.A. International and Comparative Law Journal*, C. 9, 1986-1987.
- Shiang J., Blinn R., Bongar B., et al.; "Suicide in San Francisco, CA: A Comparison of Caucasian and Asian Groups, 1987-1994", *Suicide & Life - Threatening Behavior*; C. 27, S. 1, 1997.
- Takahashi Y., "Culture and Suicide: From a Japanese Psychiatrist's Perspective", *Suicide & Life - Threatening Behavior*, Vol. 27, N. 1, 1997.
- Takahashi Y., Berger D., "Cultural Dynamics and the Unconscious in Suicide in Japan". A. Leenaars, D. Lester (ed.), *Suicide and the Unconscious*, Northvale, 1996. (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Shinju.html>)
- Torry W. I., "Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense". *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, C. 44, 1999.
- Woo, "Cultural 'Anomalies' and Cultural Defenses: Towards an Integrated Theory of Homicide and Suicide", *International Journal of the Sociology of Law*, C. 32, 2004.
- Wu M. W. C., "Culture is No Defense for Infanticide", *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, C. 11, S. 2, 2003.
- Young J., "Morals, Suicide and Psychiatry: A View from Japan", *Bioethics*, C. 6, S. 5, 2002.
- [http://www.who.int/mental\\_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/](http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/)
- <http://www.csmonitor.com/2005/0719/p01s04-woap.html>

## F. CEZA KANUNU

### Şapka ve Türk harfleri

**MADDE 222.** - (1) 25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklere aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

### Temel millî yararlar karşı hareket

**MADDE 305.** - (1) Temel millî yararlar karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlayan vatandaşa, üç yıldan on yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir. Yarar sağlayan veya vaat eden kişi hakkında da aynı cezaya hükmolunur.

(2) Fiilin savaş sırasında işlenmiş ya da yararın basın ve yayın yoluyla propaganda yapmak için verilmiş veya vaat edilmiş olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Suç savaş hâli dışında işlendiği takdirde, bu nedenle kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

(4) Temel millî yararlar deyiminden; bağımsızlık, toprak bütünlüğü, millî güvenlik ve Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel nitelikleri anlaşılır.

## DERS 11

### Anlatım Planı

1. Kolektif Bilinç
2. Dayanışma ve Hukuk
  - Dayanışma - Hukuk İlişkisi
3. Mekanik Dayanışma
  - a. Mekanik Dayanışma ve Bastırıcı Hukuk /Ceza Hukuku
  - b. Pozitif Hukuk Metinlerinde Mekanik Dayanışmanın Yansımaları
    - aa. 1982 Anayasası
    - bb. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
4. Organik Dayanışma
  - a. Organik Dayanışma ve Düzeltici Hukuk
  - b. Pozitif Hukuk Metinlerinde Organik Dayanışmanın Yansımaları
    - 1982 Anayasası
5. Suç ve Ceza
6. İntihar
  - a. Bencil
  - b. Özgecil
  - c. Egoist
7. Dinin Fonksiyonu
8. Durkheim'in Dayanışmacı Hukuk Düşüncesinin Değerlendirilmesi

### EMİLE DURKHEİM (1859-1917) - DAYANIŞMACI HUKUK

Durkheim, Auguste Comte gibi, sosyolojiyi ve hukuku, spekülatif karakterli metafizik kavramlardan kurtarıp, bilimsel bir yaklaşımla ele almaya çalışmıştır. Durkheim'in hukuk düşüncesinde sosyal olgu olarak dayanışma kavramı temel önemde yer tutar. Dayanışma dışında, kolektif bilinç, nüfus hareketleri, dayanışmanın türleri, din olgusunun dayanışmaya etkisi, dayanışmanın yanlış örgütlendiğinin veya çözüldüğünün emareleri olarak intihar vakası ve intiharın türleri, dayanışma tipine bağlı olarak şekillenen hukuk sistemleri Durkheim'in sosyoloji ve hukuk arasındaki etkileşim konusunda incelediği özel hususlardır.

#### 1. Kolektif Bilinç

Durkheim'e göre XIX. Yüzyılda realist olduğunu ileri süren fikir akımları, hukuku ve sosyolojiyi organizmacı, coğrafyacı, tarihçi ve biçimci açılardan ele almaktaydılar. Bu düşünce ekolleri, bazı ön kabullerle harekete geçtiklerinden, toplumu incelerken ve hukuk üzerine düşündürken kendi eğilimleri doğrultusunda faaliyet göstermekteydiler. Bu önyargılar, sosyal bir temelden yoksun olarak oluşmuş, daha çok biyolojiye ve psikolojiye dayalı kanaatlerdi. Oysa Durkheim'e göre toplumun ayrı bir kimliği vardır. Eğer toplum üzerine düşünülecek ise sosyal faktör bizzat toplumun kendisi olmalıdır. Ancak toplumu doğrudan ele alırsak, incelersek toplumun yapısı üzerine doğru sonuçlara ulaşabiliriz. Durkheim, ruh (psikoloji) ve doğa (biyoloji) bilimleri alanına ait toplumsal olayların varlığını kabul etmekle birlikte, bunların, tek başına toplumu anlamada bize yeterince yardım etmeyeceğini vurgulamaktadır. Toplum ve toplumsal olaylar ne salt psikolojik bir durumundan ne de biyolojik ihtiyaçtan neşet eder. Toplumsal yaşam tek başına, ayrı, bütünsel bir olaydır.

Diğer yandan toplum ile birey arasındaki ilişkinin de çözümlenmesi gerekir. Durkheim'e göre, insanlar her ne kadar birleşip toplumu meydana getiriyorlarsa da toplumsal

karakter, kendisini birleştiren insanların kişisel özelliklerinden bağımsız, farklı bir niteliktedir.<sup>75</sup>

Toplum hangi düzeyde olursa olsun, tek bir kişinin kişisel düşünceleriyle, tasavvurlarıyla değil, sayısız insanın kuşaklardan beri oluşturdukları, kuşaktan kuşağa intikale eden bilgi ya da inanç türünden kolektif tasavvurlarla oluşmuş ve yaşamıştır. Kolektif tasavvurlar, toplumun bütün fertlerinin kişiliğine işlemiş, onu mensup olduğu grupla tek vücut haline sokmuş hisler ve inançlar ile ilgilidirler. Bireylerin kabul ettikleri, temel değer yargıları, inançları, ilkeleri, grubun kaderi ile ilgili hedef ve kaygıları kolektif tasavvurlardır.<sup>76</sup>

Ortak bir kültür çevresini paylaşan insanlar, bazı ortak kavramlarda ve değerlerde birleşirler. Söz konusu topluluk, "kolektif tasavvur" niteliği taşıyan bir çok ortak kavramı ve kurumu yaratır. Dil, din, sanat, hukuk, örf, adet, moda gibi kültür ürünleri; aynı şekilde, üretim, mübadele, dağıtım gibi ekonomik olaylar; devlet, iktidar, rejim, savaş, barış ve konumuz açısından önem taşıyan hukuk, gibi bütün olgular kolektif düşüncenin/tasavvurların ürünüdürler.<sup>77</sup>

Bir tanım yapmak gerekirse, kolektif tasavvurlar, birbirlerini izleyen kuşaklar boyunca sürüp giden ortak hayat sonunda, o toplumun orta seviyedeki insanları arasında bulunan ve nesilden nesile kişiden kişiye değişmeyen ortak duygular ve inançlardır.

Diğer yandan toplumda çeşitli kolektif tasavvurlara bağlı "manevi çevreler" vardır. Bu çevreler bireyi kuşatır, ve ona belirli yapış tarzları (muâşeret, giyinme, konuşma, terbiye, ahlak, din vs.), başka bir deyimle davranış ve düşünüş biçimleri öğretir. Bu öğretme bir çeşit baskı ve zorlama ile beraber yürür. Birey, yetişme süreci sırasında adı geçen davranış tiplerini, etrafında hazır bulur, öğretim, baskı ve zorlamanın etkisi ile bunları benimser, nihayetinde kendi öz kanaati haline getirir, daha doğrusu böyle zanneder. İşte bu ortak duygu ve inançlar bütününe oluşturduğu ve kendine özgür bir yaşamı ve seyri olan sisteme Durkheim, kolektif bilinç demektedir.<sup>78</sup> Kolektif bilinç, kendi gelişim şartlarına sahip bir sistemdir. Her bir kuşakta değişmez. Belirli bir toplumda neredeyse baştan beri vardır ve her bir kuşağı bir sonraki kuşağa bağlar. Kolektif bireysel bilinçten farklı olduğu gibi, bireylerin bilinçlerinin toplamı da değildir. Ancak kendisini bireylerin yaşamında gösterir. O halde insanda iki tür bilinç vardır; bireysel kişiliğin tezahürü olan ve ondan kaynaklanan bireysel amaçlara yönelen bireysel bilinç ki, bu, "ben" kavramı ile ifade edilir ve toplumsal amaca göre davranan, toplumu oluşturan "biz" kavramı ile ifadesini bulan kolektif bilinç.

Kolektif bilincin ağırlıklı olduğu toplumlarda aşağıda inceleyeceğimiz dayanışma "benzerlik"ten doğarken, bireysel bilincin daha güçlü olduğu toplumlarda ise "farklılık"tan doğar. Benzerlik dolayısı ile oluşan dayanışma türü, mekanik dayanışmadır. Mekanik dayanışmadan kaynaklanan hukukun niteliği ise bastırıcı ve cezalandırıcıdır. Farklılıktan kaynaklanan dayanışma organik dayanışma olarak adlandırılır ve bu ikinci dayanışmanın ortaya çıkardığı hukuk telafi edici, eski hale iade edici sivil/özel hukuk nitelikleri gösterir. Her iki dayanışma türünün ve ortaya çıkardıkları hukuksal yapının analizini yapmadan önce genel olarak dayanışma ve işbölümü kavramlarının açıklığa kavuşturulması ve dayanışma ile genel olarak hukuk arasındaki ilişkinin belirlenmesi gereklidir.

<sup>75</sup> Niyazi Öktem- Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Dördüncü Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2004, s. 299

<sup>76</sup> Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm I, Ankara: Işın Yayıncılık Ltd. Şti, 1984, s.

38

<sup>77</sup> Öktem- Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.300

<sup>78</sup> Öktem- Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.300; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm I, s. 39

## 2. Dayanışma ve Hukuk

Tüm sosyal ilişkilerin kökeninde birleşme vakıası vardır. Birleşme insanoğlunun tek başına yaşamını sürdürememesi gerçeğinden kaynaklanır. Bazı ihtiyaçlar vardır ki, insan bunu tek başına karşılayamaz. Başka bir tabirle bazı ihtiyaçlar ancak toplumsal koşullarda, toplum içinde karşılanabilir. Doğadan ve farklı gruplardan insanlardan kaynaklanan tehlike ve bunların verebilecekleri zararlardan korunma ihtiyacı, her dönemde, her toplumda ve her birey için geçerli temel nitelikteki ihtiyaçlardan birisidir. Buna, barınma, devamlı surette iye temini, üreme vs. gibi ihtiyaçlar eklenebilir. Nitekim Aristo, "toplum dışında bir yaşam sürebilmek için insanın ya bir hayvan ya da bir tanrı olması gerektiğini" söylerken, insan tabiatının bir yönü ile fazla ve diğer yönü ile eksik taraflarını vurgulamış olmaktadır. Demek ki, insan şuurlu bir varlık olarak hayvandan üstün ve başkalarına ihtiyaç duyduğu için de Tanrıdan daha aşağıdadır. İnsan tabiatını bu iki özelliği bir arada düşünüldüğünde, tek başına yaşadığı sürece diğer canlılara göre daha korunmasız ve fakat birleşik yaşadığı sürece ise onlardan üstündür. O halde tüm sosyal ilişkilerin kökeninde birleşme vardır. Durkheim buna dayanışma adını vermektedir. Ve Ona göre bu ahlaki bir olay değildir, somut bir zorunluluğa dayanır.<sup>79</sup> Ancak toplum halinde yaşamının sadece içgüdüsel değil, manevi ve rasyonel sebepleri de vardır. Manevi ilkeler, bireyleri ve toplumu, toplumsal yaşamı daha ileriye bir seviyeye ulaştırmaya sevkederken; rasyonel akıl bize bu amaca ulaşmanın araçlarını gösterir.<sup>80</sup>

### Dayanışma - Hukuk İlişkisi

Durkheim için temel problem, bireyi topluma bağlayan, onu kişisel tercihleri yönünde değil de, genellikle toplumun ondan bekleyişleri yönünde davranmaya sevk eden faktörlerin açıklığı kavuşturulmasıdır. En geniş tanımı ile "ahlaki otorite"nin kökenlerini açığa çıkarmak. Zira Durkheim'e göre "ahlakın en küçük bir parçası bile olmadan yaşayan bir toplum yoktur, bu, cemiyet için günlük ekmek gibidir." Durkheim burada her ne kadar ahlak kavramını kullanıyorsa da kastettiği norm'suz bir toplumun olamayacağıdır.

Bu anlamdadır ki yazar, normlar/yaptırımlar arasında organize olanlarla, yani hangi belli kurallara göre, ne suretle ve ne oranda uygulanacakları açık bir surette belli edilmiş olan yaptırımlarla; bu nitelikte olmayan, fakat varlığı ve geçerliliği kabul edilmiş, cemiyetin tüm insanlarınca bilinen ve uygulanan öteki normları birbirinden ayırır. Bu sonuncular teşkilatlı bir uygulaması olan ilk yaptırımların aksine uygulanmalarını tüm cemiyetten alır. Teşkilatlı organize yaptırımlar "hukuk" dediğimiz kuralların karşılığıdır, teşkilatsız yaygın yaptırımlar ise diğer ahlak kurallarının. Ancak unutulmamalıdır ki Durkheim sosyolojisinde hukuk da genel anlamda ahlakın bir dalıdır. Zira Ona göre, hukukun ruhu ahlaki fikirlere dir. Bir kanunun otoritesini sağlayan şey, onun canlandırdığı ve kesin formüller halinde ifade ettiği ahlaki idealdir. O halde, sosyolojik açıdan, bu ayrı tür davranış kurları arasındaki fark, sadece ihlaller halinde karşılaşılan sosyal tepkiler arasındaki farktan ibarettir.<sup>81</sup>

Hukuk niteliğindeki kuralların teşkilatlı ve belirgin yaptırımlarla desteklenmesi, toplumun onlara verdiği büyük önem vermesindedir. Bunun da nedeni, bu kuralların, toplum

<sup>79</sup> Dayanışmanın somut bir zorunluluğa dayanması ve dayanışma olgusunun çok katlı yorumlanması, bireysel iradenin silinmesine neden olacağından hukuk düşüncesinde ve haklar alanında sorunlu bir bakış oluşturur. Konunun bu yönünü ileride inceleyeceğiz.

<sup>80</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003, s. 323; Giorgio Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri II*, Çev: Suut Kemal Yetkin, İstanbul: İstanbul Maarif Matbaası, 1940, s. 240; Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 300

<sup>81</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm 1, s. 61-62



için hayati ehemmiyeti olan bir şeyin teminatı olmalarıdır, öyle ki bu, kendisi var olmadan toplumun var olmakta devam edemeyeceği bir şeydir: Kısacası, toplumu toplum yapan faktör, yani "toplumsal dayanışma". Başka deyimle, ayrı ayrı bireyleri sürekli ilişki içinde yaşatan: çekilip gitmelerine, toplumu terk etmelerine, dolayısı ile toplumun çözülmesine engel olan bağ. Ancak bu bağ, daha önce de belirtildiği gibi ahlaki bir ilkedен ya da değerden doğmaz. Bu bağ, zorunluluk olarak kendini gösterir ve gözlemlenebilir bir olgudan (dayanışmadan) kaynaklanır. Ancak bütün önemine rağmen biz, bu bağı dolaysız olarak göremeyiz. Dayanışma isteği toplumdaki fertlerin kolektif bilincinde ve vicdanında saklıdır ve ancak onun ihlaline verilen somut tepkilerden onun varlığını görebiliriz. Bu tepkilerin, ya da sosyal baskıların, kurallar halinde tezahür etmesi ve doğrudan bireyler tarafından algılanması ise hukuk vasıtası ile olur. O halde hukuk, toplumu tanımada ilk ve en sağlam ipuçlarını bize verecek tipik sosyal olgunun somut tezahürüdür. Çünkü istikrarlı sosyal ilişkiler "hukuk"la desteklenmeden yaşayamaz ve toplumun sosyal hayatının genişlemesi, çeşitlenmesi hukukun da aynı süreci izlemesini gerektirir.<sup>82</sup> Hukuk sisteminin yapısı ile toplumdaki ekonomik ilişkiler ve işbölümü arasında bir bağlantı vardır. İşbölümü artıkça hukuk sistemi de kompleks ve dıaylı bir karakter kazanır. Hukuk, toplumsal gelişmişliğin ölçütü olmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse, birlikte yaşam ya da Durkheim'in kullandığı tabirle dayanışma tarih boyunca rastlanan kaçınılmaz bir vakıası ise de dayanışmanın yöneldiği amaçlar ve büründüğü şekiller zamandan zamana değişiklik göstermektedir. Dayanışmanın türüne bağlı olarak hukuk da nitelik değiştirmektedir. Belirtilmesi gereken son bir husus da Durkheim'in hukuku, kolektif bilincin bir yansıması ve dayanışma olgusunun somut tezahürü olarak değerlendirdiğidir.

### 3. Mekanik Dayanışma

Kolektif bilinç kavramını incelerken bilincin "biz" ve "ben" şeklinde oluşmasından kaynaklanan türleri arasında bir ayırım yapmıştık. Mekanik dayanışma "biz" bilincinin, "ben" bilincine üstün olduğu toplumlarda görülmektedir.

"Biz" bilincinin etkisi altına aldığı insanlar benzer yeteneklerini aynı amaçlar için birleştirerek veya birbirlerinin hizmetine vererek birbirlerine karşılıklı olarak yardım ederler. Sosyal hayatın ilk unsuru bu şekilde oluşur ve böylece Durkheim'in benzeyiş dolayısı ile veya mekanik dayanışma dediği sosyal hayatın ilk biçimi ortaya çıkar.<sup>83</sup>

Benzerlikten doğan dayanışmaya mekanik dayanışma denilmektedir. Bu tür dayanışmaya genelde ilkel toplumlarda rastlanır. Bu toplumlarda dini inanışlar, dini törenler, örf ve adetler bireyleri bir arada tutar ve dayanışmayı sağlar. İkel toplumdaki bireyler inanış ve düşünce yönünden birbirlerine çok benzerler.<sup>84</sup> Bu tür toplumlarda henüz ekonomik işbölümü gelişmemiştir. Herkes hemen hemen her işi yapabilir. Toplumsal ve bireysel ihtiyaçlar sınırlı ve farklılaşmamıştır. Durkheim'in benzerlikten kaynaklanan dayanışmaya mekanik demesi, onu yapay ve mekanik usullerle sağlanmış olması anlamında değildir. Sadece, bu dayanışma tarzının, bireyleri tıpkı cansız-maddenin molekülleri gibi tam bir teslimiyetle toplumun bütününe bağlamış olmasındandır. Eşyayı insana bağlayan ilişki her ne ise, bu tarz dayanışmada bireyi gruba bağlayan ilişki de odur. Birey adeta grubun bir nesnesidir. Bu sebeple bu dayanışmanın niteliği mekaniktir, birey iradesi yok gibi en iyi ihtimalle belli belirsizdir.<sup>85</sup>

Mekanik dayanışma daha çok tarihin ilk dönemlerinde rastlanan bir birliktelik biçimi ise de aşağıda inceleyeceğimiz işbölümüne dayalı organik dayanışmanın geçerli olduğu yakın

<sup>82</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm 1, s. 62

<sup>83</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 323

<sup>84</sup> Öktem- Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 300-301

<sup>85</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm 1, s. 65

dönem toplumlarında da varlığını sürdürmektedir. Mekanik dayanışma tamamen kaybolmamıştır. Mekanik dayanışma, günümüz toplumlarında özellikle siyasetle yakın ilişki içinde olan hukuk dallarında varlığını korumaktadır.

#### a. Mekanik Dayanışma ve Bastırıcı Hukuk /Ceza Hukuku

Benzeyişten kaynaklanan dayanışma, tarihin ilk dönemlerinden feodalitenin çözüluşüne kadar olan dönemde varlığını sürdürmüştür. Daha çok insanların ilksel/verili özellikleri olan ırk, din etnisite, dil gibi birleştirici ve benzetici öğeler etrafında gelişme imkanı bulan bu dayanışma türü, aslında modern sayılan bir çok sanayi toplumunda bile varlığını sürdürmektedir. Mekanik dayanışmanın sadece tarihsel ve geçmişte kalmış bir toplumsal bütünleşme tipi olduğuna ilişkin kanaat yanıltıcıdır. Mekanik dayanışmanın izleri, özellikle Durkheim'ın kolektif bilincin somutlaşmış hali olarak gördüğü hukuksal metinlerin yeni hallerinde bile mevcudiyetini korumaktadır. Pozitif hukuksal metinlerin analizine başlamadan önce mekanik dayanışmanın genel özelliklerine bakmak yararlı olacaktır.

Her şeyden önce benzeyişin zorunlu kıldığı dayanışmayı bozanlar karşısında toplum sert tepkiler göstermektedir. Bu sertlik ortak kolektif bilinç ne ölçüde rencide olmuşsa, o ölçüde şiddetli olacaktır. Başka bir deyişle fiilin ihlal ettiği şey, konu, alan, toplumu oluşturan bireyler arasında ne kadar çok paylaşılıyorsa veya onlar tarafından müştereken ne kadar değerli telakki ediliyorsa, fiil o nispette şiddetle bastırılır. Mekanik dayanışma müşterek hususlara dayanan yani benzerliklere dayanan dayanışma olduğundan bu dayanışmayı ihlal eden fiiller, karşılarında bütün bir sistemi yek pare bulacaklardır. Mekanik dayanışma ile kolektif tasavvurlar arasında paralellikler vardır. Bir toplumda kolektif tasavvurların sahası ne kadar geniş ve etkisi ne kadar büyük ise mekanik dayanışma o kadar kuvvetli dolayısı ile onu ihlal eden yaptırımlar da o kadar şiddetli olur. Bu durumda yaptırımlar, ceza niteliği taşır.<sup>86</sup>

Kolektif bilinci ve dayanışmayı ihlal eden belirli fiile karşı duyulan ortak nefret, suç nitelendirmesinin kaynağını oluşturur; Durkheim'e göre bazı suçlarda fiilin suç olarak nitelendirilmesi, ahlaki bir tutumdan kaynaklanmaz. Suç, daha çok genel olarak kolektif bilinci ve özel olarak da bu bilincin ilgili olduğu tasavvurları zedelediği için suç olarak nitelendirilir.

Buna göre devletin suç olarak nitelendirdiği fiilleri belirleyen yasaların amacı, kolektif bilinci ve onun somutlaşmış pratik tezahürü olan dayanışmayı korumaktır. Suç fiiline karşılık verilen cezanın asıl amaç ve mahiyeti, kolektif bilinç ve vicdanın devamlılığını koruyarak dayanışmayı daim kılmak, geliştirmek ve güçlendirmektir.

Cezanın iki özelliği olduğu söylenebilir; cezanın tutkusal bir tepki olması ve teşkilatlanmış, yani devlet eliyle verilen bir tepki olması.

Cezanın temelindeki ihtirasi tepki, faille işlediği suçun kefarecini çektirmeye yönelmiştir. Toplumun gelişme düzeyi, mekanik dayanışmayı koruma amacındaki cezanın niteliğini belirleyecektir. Pre-modern, ilişkilerin yeterince farklılaşmadığı toplumlarda ceza, açık, şiddetli, ve acı çektirme amaçlıdır. Ancak sanayi toplumlarında bile eğer siyasal rejim, otoriter özellikler gösteriyorsa veya tamamen totaliter bir karakterde ise cezalar ağır ve uzun sürelidir. Zira mekanik dayanışma defalarca belirtildiği gibi benzeyişten doğmakta ve modern olsun olmasın siyasal rejim, benzeyişin mutlak olmasını istediğinde farklılıkları cezalandırmaktan imtina etmemekte kelimenin tam anlamı ile "benzetmektedir".<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s.66

<sup>87</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 302-303

## b. Pozitif Hukuk Metinlerinde Mekanik Dayanışmanın Yansımaları

Mekanik dayanışmayı yansıtan hukuksal metinlere, anayasalarda ve ceza kanunlarında rastlamak mümkündür. Biz burada örnek olarak vereceğimiz metinlerin ayrıca tahlilini yapmayacağız. Yukarıda verilen bilgilerden örnek metinlerin yorumlanması mümkündür.

### aa. 1982 Anayasası

#### Başlangıç Kısmı

Türk Vatani ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda (Birinci fıkra)

(Değişik: 3/10/2001-4709/1 md.) Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; (Beşinci fıkra)

Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarında, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu; (Yedinci fıkra)

#### II. Başlangıç ve kenar başlıklar

MADDE 176- Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.

#### II. Cumhuriyetin nitelikleri

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

#### V. Devletin temel amaç ve görevleri

MADDE 5- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

#### III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

MADDE 14- (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

#### VI. Din ve vicdan hürriyeti

MADDE 24- Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü maddede hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

## **IX. Bilim ve sanat hürriyeti**

**MADDE 27-** Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

## **II. Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi**

**MADDE 42-** Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

**Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.**

## **G. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu**

**MADDE 134-** Atatürkçü düşüncüyü, Atatürk ilke ve inkılaplarını, Türk kültürünü, Türk tarihini ve Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla; Atatürk'ün manevî himayetlerinde, Cumhurbaşkanının gözetim ve desteğinde, Başbakanlığa bağlı; Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu ve Atatürk Kültür Merkezinden oluşan, kamu tüzelkişiliğine sahip "Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu" kurulur.

## **İ. Diyanet İşleri Başkanlığı**

**MADDE 136-** Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasî görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.

## **bb. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**

### **Şapka ve Türk harfleri**

**MADDE 222. -** (1) 25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

### **Devletin egemenlik alametlerini aşağılama**

**MADDE 300. -** (1) Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alâmeti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır.

(2) İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

### **Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama**

**MADDE 301. -** (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

#### 4. Organik Dayanışma

Toplumsal yaşamın ilk biçimleri mekanik dayanışma biçiminde tezahür etse de zamanla bireyler arasındaki inanç, düşünce, davranış farklılıkları toplumunda yapısını etkilemeye başlar. Toplumlar geliştikçe ve bu anlamda genişledikçe yani nüfus artıkça iş bölümü farklılaşmaya başlar. İş bölümünün farklılaşması, eskiden birçok ihtiyacını iyi -kötü (aslında çoğu zaman kötü) kendi çabası ile karşılayan bireyi toplumun diğer bireyelerine bağımlı hale getirir. Bireylerin karşılıklı bağımlılığından kaynaklanan bu yeni dayanışma türüne organik dayanışma denir. Bu tür dayanışmada mekanik dayanışmadan farklı olarak, benzerlik değil farklılık ve işbölümü bireyleri birbirine yaklaştırır.<sup>88</sup>

Diğer taraftan insanların farklı yetenekleri ve değişik ihtiyaçları vardır. Bu ihtiyaçları, insanlar hizmet değişimi yolu ile kendi yetenekleri başkalarının ihtiyaçlarını karşılamak için kullanmak sureti ile giderirler. Bu hizmetlerine karşılık olarak da başkalarının hizmetlerinden yararlanırlar. Böylece insan topluluklarında kapsamlı bir işbölümü oluşur. Sosyal birleşme ya da dayanışma bu versiyonda benzerlikten değil farklılıktan, daha doğru bir deyimle işbölümünden kaynaklanır ve Durkheim terminolojisinde buna "organik dayanışma" denir. Bu dayanışma türüne organik dayanışma adı verilmesinin nedeni, her bir bireyin toplumda üstlendiği fonksiyonun, canlı bir organizmadaki (örneğin insan vücudu) farklı organların birbirlerini destekleyen işlevlerine benzetilmesidir.<sup>89</sup> Öyle ki her birey canlı bir bünyedeki farklı organlar gibi toplum hayatında bütüne bağlı bir fonksiyon üstlenir.<sup>90</sup>

Burada dayanışmayı güçlü kılan bireylerin benzerlikleri değil, farklı becerileri ve kişisel özerkliklerini geliştirme ve koruma imkanındır. Bireysel faaliyet geliştikçe ve genişledikçe işbölümü dolayısı ile oluşan organik dayanışmanın temelleri de güçlenir. Bireysel faaliyetler işbölümü sayesinde daha enerjik ve serbest gelişme imkanı bulunca, sosyal hayat daha giriftleşir ve dayanışma daha sağlam bir niteliğe kavuşur. Buna göre, kişisel özerklik, organik dayanışma ile ahenkli olarak gelişir ve derinleşir. Toplumda ne kadar farklı bireysel faaliyet alanı varsa yani işbölümüne dayalı uzmanlaşma ne kadar artarsa organik dayanışma da o ölçüde kuvvetlenir. Organik düzeye ulaşmış dayanışma sayesinde değişik ihtiyaçların karşılanmasında bireysel ve toplumsal tatmin yükselir. Sosyal hayat, bütün

<sup>88</sup> Öktem- Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 301

<sup>89</sup> Ancak gerçek bir organizma ile toplum arasındaki farkların belirlenmesi hukuk söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır. Organizmacı anlayışın ifrata taşınmasından kaynaklanabilecek sorunlara yerli gelince değinilecekse de burada il aşamada canlı organizma ile toplum arasındaki farkların ortaya konulması ile yetinilecektir. Herbert Spencer'ı takip ederek diyebiliriz ki farkları iki başlıkta toplayabiliriz. Daha kolay tespit edilen birinci fark, toplumun yoğun bir birliktelik gösteren, müşahhas, ayrılmaz bir bütün olmamasıdır. Toplumsal kesimlerin sabit bir konumları yoktur. Toplumsal kesimler ve bireyler toplumun gelişmesi ile birlikte hareket serbestisine, özerkliğe ve bağımsızlığa kavuşurlar. Kısaca toplum tam anlamı ile kavranamayan bir bütün iken canlı bir organizma bir somut, gözlemlenebilir, kontrol altında tutulabilir bir bütündür.

Diğer fark ise daha önemlidir. Organizmada tek bir gaye vardı: Bütünün hayatı. Kısımlar bütünün hayatını idameye yaradıkları ölçüde kıymetlidir ve ancak bütünün hayatı için yaşarlar. Oysa toplumun amaçları tek bir amaca indirgenemeyeceği gibi bireysel amaçlar ve haklarla, kolektif amaçlar ve yükümlülükler arasında hakkaniyetli bir dengenin kurulması çok önemlidir. Toplum ile organizma arasındaki bu fark kaybolursa ya da görmezden gelinirse hukuk tatbikatı birçok sorun çıkaracak demektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri II*, s.245

<sup>90</sup> Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm 1, s. 39; toplumun organik telakkisi maneviyatçı bir görünüm alabileceği gibi materyalist bir görünüm de alabilir. Örneğin "tarihi hukuk okulu" her milleti kendine mahsus bir ruh sahibi (halk ruhu ya da halk fikri) addederek bu telakkiyi maneviyatçı bir şekilde temsil eder. Schelling, Hegel ve Alman romantikleri de toplumu, ruhi veya ahlaki bir organizma olarak görme eğilimindedir. Diğer yandan Comte ve Spencer gibi pozitivistler ise toplumu daha ziyade biyolojik veya doğrudan materyal bir organizma olarak anlamak eğilimindedir. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri II*, s.243-244

veçheleri ile aktif bir hüviyete bürünür.<sup>91</sup> Sadece bireylerin refahı değil genel toplumun refahı ve devamlılığı da işbölümüne bağlıdır. Organik dayanışmanın bozulması, toplumun dağılmasına neden olabilir.<sup>92</sup>

### a. Organik Dayanışma ve Düzeltici Hukuk

Ekonomik faktörlerdeki gelişmeler, zamanla farklı iş ve meslek dallarının ortaya çıkması sonucu, toplumda benzerlikten doğan dayanışmanın yerini işbölümüne dayalı farklılıktan doğan organik dayanışma alır. İşbölümü bir kez ortaya çıktıktan sonra maddi ve ekonomik yaşam için zorunludur.

Organik dayanışma daha sağlam ve daha güvenilirdir. Organik dayanışmada kişinin şahsiyeti ve yeteneğine gösterilen saygı önemli bir hususu oluşturmaktadır. Kişi topluma diğer bireylerden farklı somut bir katkıda bulunmaktadır.

Organik dayanışma, grupları, zümreleri, devlet sistemlerini doğurur. Devlet organlarının kendi içinde görev yetkileri toplumsal işbölümünün uzantısı niteliindedir. Devlet toplum adına bazı konularda karar alma ve uygulama mercii durumundadır. Ancak devlet toplum adına hareket eden bir aygıt olsa da, toplumdaki kolektif bilincin doğrudan bir yansıması değildir. Kolektif bilinç, içeriği net olarak tespit edilemeyen, duygusal, belirsiz bir birlikte yaşama idealini gösterir. Hukukun kolektif bilincin ifadesi olduğuna değinen Durkheim'in görüşüne paralele olarak şunu söyleyebiliriz; organik dayanışmada hukuki kurallar, salt duygusal bir reaksiyona dayalı değildir. Rasyonel aklın faaliyeti sonucu ortaya çıkan bağlayıcı normlardır. Tutkudan arındırılmış hukuk düzeninde kurallar, genel kamusal yarar ile bireysel haklar arasında bir denge gözetilerek oluşturulmalıdır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki organik dayanışmanın temeli işbölümüne dayandığından ve işbölümü de büyük ölçüde ekonomik terimlerle kavrandığından, organik dayanışmadan doğan hukuk da daha çok ekonomik temelli hukuk alanlarında geçerli olacaktır. Bilindiği gibi, toplumdaki ekonomik temelli ilişkilere ilişkin kurallar ve uyumsuzlukların çözüm yolları daha çok özel/medeni hukuk alanlarında geçerlidir. Özel hukukta geçerli temel prensip, zarar veren failin cezalandırılması değil, zarar görenin uğradığı zararın maddi ve manevi araçlarla tazmin edilmesi, hukuki ilişkinin onarılmasıdır. Bu da hukuk düzenlerinde, tazminat, iptal, eski hale iade, tespit gibi davalarla ve bunlara ilişkin maddi hukuk kuralları ile sağlanır.

Organik dayanışmanın hakim olduğu toplumlarda, hukuku kuralının amacı, işbölümünün işlerliğini sağlayacak ölçüde bireyleri zorlamaktır. Toplumsal işbölümü gereği yüklendiği görevlerden kaynaklanan sorumlulukları yerine getirmeyen kişiyi, ağır yaptırımlara tabi tutmak hatta cezalandırmak, nihayetinde işbölümüne dolayısı ile dayanışmaya ve en sonunda da bireylere zarar verir. Bir örnek vermek gerekirse, bir malın teslimi, ya da bir hizmetin yerine getirilmesi için yapılmış bir sözleşmede, malı teslim etme ya da belirlenen hizmeti sağlama borcu altına girmiş kişileri, davanın koşulları oluştuğunda borca aykırılıktan dolayı dava ettiğimizde, yargılama sonucu mahkemeden istenen hüküm, borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazminidir. Yoksa borcu yerine getirmeyen kişinin cezalandırılması değil. Amaç, bozulan belirsizliğin giderilmesi, işbölümünün gereği olan normal durumun yeniden tesisi, hukuki ilişkinin düzeltilmesidir.<sup>93</sup>

Ancak günümüzde organik dayanışmanın salt ekonomik terimlerle anlaşılması gerektiği, organik dayanışmadan kaynaklanan bakış açısının siyasal nitelikteki hukuksal olaylara da hakim olması gerektiği söylenebilir.

<sup>91</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 323-324

<sup>92</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 301

<sup>93</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 303

## b. Pozitif Hukuk Metinlerinde Organik Dayanışmanın Yansımaları

Organik dayanışmayı yansıtan hukuksal metinlere, anayasalarda ve özel hukuka ilişkin kanunlarında rastlamak mümkündür. Biz burada sadece anayasadan bazı örnekler vermekle yetineceğiz ve örnek olarak vereceğimiz metinlerin ayrıca tahlilini yapmayacağız. Yukarıda verilen bilgilerden örnek metinlerin yorumlanması mümkündür.

### 1982 Anayasası

#### Başlangıç Kısmı

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu; (Dördüncü fıkra)

#### C. İdarenin kuruluşu

##### 1. Merkezî idare

MADDE 126- Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. (Birinci fıkra)

##### 2. Mahallî idareler

MADDE 127- Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. (Birinci fıkra)

Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir. (Beşinci fıkra)

##### 5. Suç ve Ceza

Durkheim sosyolojisi kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer konu suç olgusudur. Yazar, toplumda bir takım marjinal, sosyal dayanışmaya aykırı hatta onu bozan bazı davranışların bulunduğunu gözlemler. Ona göre anti-sosyal davranış olarak nitelenen suç olgusunun varlığı fazla yadırganmamalıdır. Toplumsal dayanışmayı bozan nitelikleri olsa da bu tür davranışlar, yine toplumdaki bireylerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bir yerde normal karşılanmalıdır. Durkheim bu anlamda birçok suçu, suç bilimcisi gibi patolojik (hastalıklı) bir olay olarak görmez. Ona göre bireysel anti sosyal davranışlar, bireylerin toplumsal dayanışma ağına katılamadıklarını, topluma yabancılaştıklarının göstergeleridir. Bu durumda yapılması gereken bu anti-sosyal davranışları, şiddetle cezalandırmak değildir. Şiddetli cezalandırma, suç olarak nitelenen fiilleri işleyen bireylerin topluma katılımını engellediği gibi, suç işlemeyen fakat devletin ceza politikası hakkında farklı düşünen kişilerin topluma gerekli katkıyı sağlamasını da engeller. Halbuki genel toplum kurallarından sapmaya nisbeten müsamaha gösterilmesi, toplumsal dinamizmin gerçekleşmesi ve yenilikler için gereklidir.<sup>94</sup>

Cezalandırmanın amacı ve niteliği söz konusu olduğunda, Durkheim, cezanın "fayda" veya suçlunun "islahı" amaçları ile verildiği tezlerini şüphe ile karşılar. Ona göre cezanın

<sup>94</sup> Öktem-Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 303-304

hakiki fonksiyonu, kolektif bilincin bütün canlılığını muhafaza ederek sosyal türdeşliği ve dayanışmayı, sosyal bağlantıyı el değmemiş bir halde tutmaktır. Bu anlamda cezanın asıl amacı suçlu da değildir. Cezanın amacı, dürüst suç işlememiş insanlar bütününe bir emniyet hissi telkin etmektir. Durkheim'e göre cezanın hakiki manası, suçlunun işlediği suçun karşılığını görmesi anlamında "kefarete teorisi" ile diğer bireylerin suç işlemesinin önüne geçilmesi anlamında "genel önleme teorisi"nin bağdaştırılması ile anlaşılabilir. Cezada tezahür eden kefarete özelliği, onun münferit mağdurun intikam hissine cevap oluşunda değil; belki toplumun talebi olan kolektif kefarete arzusuna karşılık teşkil edilmişinde aranmalıdır.<sup>95</sup>

## 6. İntihar

a. Bencil

b. Özgecil

c. Egoist

Kaynak kitaptaki bölümün okunması yeterlidir

## 7. Dinin Fonksiyonu

Kaynak kitaptaki bölümün okunması yeterlidir.

## 8. Durkheim'in Dayanışmacı Hukuk Düşüncesinin Değerlendirilmesi

Durkheim'in dayanışmacı hukuk anlayışının günümüz şartlarında taşıdığı önemin değerlendirilmesi, her şeyden önce dayanışma kavramının doğru anlaşılmasına bağlıdır. Dayanışma sosyolojik açıdan reddedilemeyecek bir olgu ise de bütün bir hukuk düşüncesinin ve siteminin tek bir kavramın parametreleri ile açıklanması mümkün gözükmemektedir. Hukuk her ne kadar sosyolojik olgulardan etkilense de olguların hukukun özerkliği ve bireysel (insan) hakları (nın) karşısında tek başına bir meşruiyet kaynağı ve ölçütü olarak ele alınması yerinde bir yaklaşım değildir. Hukuk düşüncesinin yöneldiği adalet ideali ve içeriğini somutlaştıran insan hakları hukuktan bahsederken bize rehberlik etmesi gereken kriterlerdir. Dolayısı ile kişinin haklarına ve özerkliğine değer vermeyen bir hukuk sistemi tasavvur edilemez. Kişisel hakları tanımayan ve insan onuruna değer vermeyen bir hukuk sistemi ancak otoriter ve totaliter rejimlerde mümkündür.

Durkheim sosyolojisi değerlendirilirken iki mekanik dayanışma türünü farklı değerlendirmek gerekir. Hakların önceliği çerçevesinde baktığımızda, mekanik dayanışmada birey zaten biz kavramının içinde erimiş olduğundan hakları kısıtlı veya ödev kavramı çok ağır bastığından haklardan yararlanma sınırlıdır. Diğer yandan mekanik dayanışmanın pre-modern, geçmişte kalan ya da kalması gereken bir örgütlenme türü olduğu kabul edilebilir. Dolayısı ile günümüz şartlarında toplumun mekanik örgütlenmesi ve hukuk sisteminin de bu dayanışma tarzını yansıtabilecek biçimde oluşturulması gerektiği kolayca savunulamaz. Ancak bu çekimser tavır, mekanik dayanışmadan kaynaklanan dar hukuk düşüncesinin organik dayanışma biçiminde örgütlenen modern toplumların hukuk sistemlerine sızmasına engel olmaz. Özellikle siyasal nitelikleri ağır basan temel hukuk metinleri olan anayasalar ile bireyler kadar belki de onlardan çok toplumu ve devleti koruyan ceza yasalarının hangi dayanışma türünün fikri etkisi ile hazırlandığı kolayca belirlenmeyebilir. Yukarıda Türk Hukuk mevzuatından verdiğimiz örneklerin tekrar hatırlanmasında fayda vardır.

<sup>95</sup> Topcuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt II, Bölüm 1, s.71. Durkheim'in bu görüşünü destekleyen bir uygulama olarak günümüzde cari olan ceza davası açma sistemi dikkate alınabilir. Gerçekten de modern ceza hukukunda savcı, kamu adına dava açar. Öyle ki birçok suçun kovuşturulmasında mağdurun şikayeti aranmaz.



Öyleyse yapmamız gereken organik dayanışmaya dayalı modern toplumların hukuk sistemlerinde artık olmaması gereken mekanik dayanışmanın izlerini taşıyan kuralların nasıl olup da çağdaş toplumların hukuklarına sızdığını tespit etmektir. Bu, Del Vecchio'nun tespit ettiği gibi organik dayanışmanın ekonomik temelli işbölümü kavramı ile değil de, canlı organizmacı biyolojik/materyalist terimlerle kavranmasından ya da toplumun aşırı maneviyatçı düşünce biçimi ile yüceltilmesinden kaynaklanır. Organik dayanışma işbirliğinden doğduğundan normal anlaşılışı çerçevesinde bireysel özerkliğe alan tanır ve kişi bu alanda haklarından özgürce istifade eder. Ancak organik dayanışmanın medeni bir işbölümü olarak anlaşılması gereğinden öteye gidilerek, toplumun canlı bir organizmaya benzetilmesinde aşırıya kaçılması durumunda, yani bireyler gerçekten canlı bir organizmanın parçaları seviyesine indirildiğinde ve kıymet ölçüleri bütün içinde üstlendikleri fonksiyona göre belirlendiğinde, hukuk düşüncesi açısından sırası ile, insan onuru, insan hakları ve temel haklar zarar görür. Organik dayanışmayı medeni işbölümü terimleri ile değil de biyolojik veya maneviyatçı terimlerle düşünmek ve öyle algılamak, insan onurunu (onurlu insanı /eşrefi mahlûkatı) göremezden gelmeye neden olur ve insan /birey, sadece kolektif amaçların ve bu amaçlarda somutlaşan iktidar tezahürlerinin (milletin, devletin, partinin, sınıfın) aracı seviyesine düşer. Toplumun organik birlikteliğini savunurken, tenkit ölçülerine kafi derecede pay vermeden, ve tanımlamanın bir benzetişten öte anlam içermediğini unutulursa geçmişte Platon ve Aristoteles'in düştüğü hataya günümüz koşullarında düşme ihtimali vardır. Mezkûr filozoflar toplumu bir organizmaya benzetmişler ve bu sayede köleliği meşru ve haklı görmüşlerdi. Günümüz şartlarında kölelik savunulamasa da benzer akıl yürütme, insanları üstlendikleri fonksiyona göre bir değerlendirmeye tabi tutabilir ve bazı insanların özellikle de genel toplum içinde azınlıkta kalan genele etnik, dinsel, dilsel yönlerden benzemeyen grupların bazı haklardan yararlanmaması gerektiği düşüncesine götürebilir. Çünkü bu bakış açısına göre bu gruplar, organizmanın parçası değildirler.

Organik dayanışmanın, işbölümü olarak değil de organizmacı bakışla anlaşılmasının bir diğer mahsuru, böyle bir fikrin, toplumun sadece biyolojik ya da maneviyatçı bağlar üzerine kurulduğu başka bir deyişle basit ve tekdüze bir ilişkiden ibaret olduğu düşüncesini kolaylıkla doğurmasıdır. Böyle bir algılama aslında anakronik olarak, işbölümüne dayalı dayanışmayı, mekanik dayanışmanın tasavvurları ile anlamaya çalışmak hatasına düşer. Halbuki toplumda tek bir kolektif bütün yoktur, birçok sosyal grup birlikte toplumu oluşturur.<sup>96</sup>

Dolayısı ile günümüz şartlarında dayanışma kavramı hukuk açısından bir kaynak olarak değerlendirilecekse, toplumun tek bir büyük bütün oluşturmadığı, içinde farklı grupları ve toplulukları barındırdığı, onların kendine özgü ihtiyaçları çerçevesinde örgütlenebileceği ve hukukun bunu tanıması gerektiği söylenebilir. Diğer yandan gerek genel toplumun örgütlenme biçiminin (devletin), gerekse farklı grupların dayanışma tarzlarının (yerel yönetimler, dernekler, dini gruplar) , bireysel özerkliği ve insan haklarını ihlal etmemesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu kriterleri taşıyan bir dayanışma kavramının hukukun anlaşılmasında ve yorumlanmasında bir sakıncası yoktur.

<sup>96</sup> Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s.245

## DERS 12

### Anlatım Planı

1. İnsanın Konumu ve Hakları
2. Ahlak Normu ve Adalet Duyguları
3. Sosyal Değer, Sosyal Olgu ve Dayanışma
4. Sosyal Norm ve İçeriği
5. Hukuk Kuralı
6. Devlet ve Egemenlik
7. Hukuk Türleri ve Zorlama
8. Leon Duguit'in Nesnel Hukuk Anlayışının Kritiği

### LEON DUGUIT (1859-1928)

### SOSYOLOJİK POZİTİVİZM VE NESNEL HUKUK

Sosyolojinin bağımsız bir bilim olarak Auguste Comte tarafından kurulması ve daha sonra Durkheim tarafından geliştirilmesi Duguit'ye kendi teorisini oluşturabileceği elverişli bir fikri atmosfer oluşturmuştur.

Bilimsel metot olarak Duguit de kendisinden önceki Comte ve Durkheim gibi, pozitivistliği seçmiştir. Pozitivist metot Duguit'nin insan, toplum, ahlak, sosyal norm, devlet, haklar ve hukuk kavrayışlarını belirlemiştir. Duguit'nin uyguladığı metodun temel özellikleri aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- a. Bilimsel ve doğru sonuçlara ulaşabilmek için olayların doğru biçimde gözlemini yapabilmek ve her türlü önyargıdan kurtulmak konusunda çaba harcamak gereklidir.
- b. Bilimsellik iddiası taşıyan her türlü çalışmada olaylar tarafından doğrulanmayan her hipotezi /varsayımı bir yana bırakmakta tereddüt etmemek bir zorunluluktur.
- c. Bütün a priori kavramları terk etmek ve fizik ötesi inançları hukuk dünyasından uzaklaştırmak amacı benimsenmelidir.
- d. Pozitif içerikli ve nitelikli bir sosyal bilimin dayanabileceği tek idealin zaman zaman yanlış ve kasıtlı yorumların konusu olsa bile "sosyal dayanışma" olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>97</sup>

#### 1. İnsanın Konumu ve Hakları

İnsan XVIII. Yüzyıl tabii hukukçularının anladığı şekilde toplumdan bağımsız bir varlık olarak düşünülemez. Olaylar ve tarih bilgisi böyle bir varsayımı hiçbir şekilde doğrulamamaktadır. İnsanın fizik yapısı bilimsel açıdan yeterince incelenenmektedir. Toplumdan soyutlanmış, hür ve bağımsız insan anlayışı yalnızca metafizik bir nitelik taşımamakta aynı zamanda insanın fizik doğası ile ilgili gözleme dayanan bilimsel metotlarla da reddedilebilmektedir. Gerek biyoloji gerekse de antropoloji, insanın fizik ve psikolojik yapısı nedeni ile yalnız yaşayamadığını, yaşayamayacağını ve tarihsel olarak istisnalar hariç hiçbir zaman tek başına yaşamadığını her zaman toplum hayatının içinde var olduğunu göstermektedir. İnsan toplumdan önce değildir. İnsan ve insan topluluğu birlikte meydana çıkmıştır. Kısaca insan toplumla yaşayabilir ve toplumda yaşayabilir. Bu nedenle de "sosyal

<sup>97</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6.Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003, s. 321

insan anlayışı" hukuk teorisinin ve buna bağlı olarak haklar rejimi ve devlet düzenin başlangıcı olmak durumundadır.<sup>98</sup>

Özerk, atomist bireyciliği reddeden Duguit, tabii hukuk ekolünün üzerinde ısrarla durduğu, tabii haklar görüşünü de reddetmektedir. Ona göre, insanın doğuşu ile birlikte topluma hak sahibi olarak katıldığı görüşü yanlıştır. Ona göre bireylerin, toplumun ya da grupların haklarından söz etmek, var olmayan şeylerden söz etmek demektir. Çünkü insan ancak topluma katıldıktan sonra toplumun üyesi olduktan sonra hak sahibi olabilir. Bu çerçevede bir adada tek başına yaşayan Robinsón'un hiçbir hakkı yoktur. Robinsón ancak diğer insanlarla karşılaştıktan sonra hak sahibi olabilir. Başka bir deyişle, toplumun üyesi oluncaya kadar insanın hiçbir hakka sahip olması mümkün değildir.

Hayat, hürriyet ve kişinin sahip olduğu şeyler üzerindeki mülkiyet hakkı bu hakların toplumun oluşmasından itibaren insanlar tarafından kabul edildiği anlamına gelmez. Bu haklar uzun bir gelişim süreci içinde oluşmuşlardır ve sosyal adaletin gelişimi içinde hukukun bir parçası niteliği kazanmışlardır.<sup>99</sup>

## 2. Ahlak Normu ve Adalet Duyguları

Duguit'nin ahlak normunu iyi ve kötünün ölçüsü olan, dolayısı ile yapılması veya çekinilmesi gerekeni gösteren a priori bir ilke saymadığı görülmektedir. Bu anlamda bir ahlak normunu kurabilmek veya bulabilmek için insanlar tarih boyunca çaba harcamışlardır. İyi ve kötünün, haklı ve haksızın ölçüsü olacak bir ilkenin ya da ilkeler bütünüünün bulunması Duguit'ye göre imkansızdır. Pozitif araştırma metotları ile böyle bir ilke bulunamaz.

Duguit'nin anlayışında ahlak normu, belirli bir zamanda belirli bir toplumda yaşayan insanların dış davranışlarını, diğer insanlarla olan ilişkilerini, giyim ve kuşanlarını, tapınma biçimlerini düzenleyen kuralları, başka bir deyişle örf ve adet kurallarını ifade etmektedir. Bu anlamda ahlaklı olmak toplumsal ahlak ve örf ve uymak anlamına gelir. Hukuk gibi ahlakında evrenselliğinden söz edilemez.

Diğer yandan toplumun üyeleri ahlak normlarına uymadıkları zaman zayıf veya kuvvetli bir tepki ile karşılaşmaktadırlar. Bu tepkinin varlığı ahlak normu ile diğer sosyal normların ortak özelliklerini ve kaynaklarını gösterir.<sup>100</sup>

Diğer yandan neyin adalete uygun, neyin adalete aykırı olduğu konusundaki fikirler sürekli olarak değişir ve farklılaşır. Ancak bir eylemin adalete uygun ve adaletsizlik nitelendirilmesine ilişkin duygular insan doğasının değişmeyen unsurlarıdır. Adalet duygusuna tarihin bütün dönemlerinde, bütün uygarlıklarda rastlanmaktadır.

Adalet duygusu Duguit'in kanısına göre tıpkı sosyallik gibidir. Başka bir deyişle adalet duygusu ne ideal bir ilkenin sonucudur, ne de a priori özellik taşır. Adalet, akıl aracılığı ile bulunan, mutlak ve rasyonel bir fikir değildir. Adalet duygusu, sosyal bir varlık olan insanın diğer insanlarla olan karşılıklı etkileşimi sonucu gelişir. İnsan sosyal bir varlık olarak kendini diğer insanlara karşı sorumlu hisseder. Sosyallik ve adalet duygusu bu anlamda iç içedir. Sonuç olarak adalet duygusunu ihlal eden her davranış aynı zamanda sosyal dayanışmayı da olumsuz yönde etkiler. Topluluğun üyeleri böyle bir davranışa karşı çıkar. Bu karşı çıkış zamanla norm halini ve ileride göreceğimiz gibi hukuk kuralı niteliğini alır.<sup>101</sup>

Özetlemek gerekirse, Duguit'e göre ne ahlak ilkelerinin, ne adaletin emirlerinin ne de hukuk kurallarının a priori olduğu söylenemez. Bunların hiçbiri evrensel özellik göstermez. Gerek ahlak ilkeleri, gerek adaletin anlaşılması gerekse de hukuk kuralları insanın içinde yetiştiği toplumsal yapının gerekleri ile bu anlamda sosyal dayanışmanın biçimi ve niteliği ile

<sup>98</sup> Güriz, Hukuk Felsefesi, s.320-321

<sup>99</sup> Güriz, Hukuk Felsefesi, s.331

<sup>100</sup> Güriz, Hukuk Felsefesi, s.321-322, 325

<sup>101</sup> Güriz, Hukuk Felsefesi, s.327-328

yakından bağlantılıdır. Söz konusu ilkeler ve kurallar bir boşlukta veya rasyonel akılda değil toplum ortamında sosyal gerçeklikte ortaya çıkar ve bu nedenle de buralarda aranmalıdır.

### 3. Sosyal Değer, Sosyal Olgu ve Dayanışma

Duguit'in sisteminde a priori nitelikte bir değer kavramı yoktur. Değer konusundaki yaklaşımı tamamen realist özellikler taşır. Dolayısı ile hukuku da realist bir temelde ele almayı istemektedir. Hukuk nereden çıkar kaynağı nedir sorusu, "basitçe sosyal dayanışmadan çıkar" biçiminde yanıtlanmaktadır. Sosyal dayanışma ya da sosyallik hukukun kaynağıdır. O güne kadar hukukun, "iyi", "yararlı", ya da "mutluluk" gibi yüksek ilkelere çıktığı söylenmiş ve tartışılmıştır. Oysa tüm bu metafizik ve a priori savlara gerek yoktur. Hukuk bu yüce ilkelerin zorlaması ile ortaya çıkmaz. Hukuku yaratan, "insanların toplumda yaşamaları ve yalnızca toplum içinde yaşayabilmeleri" realitesi, olgusudur.<sup>102</sup>

Bir değer kavramı olan "iyi" ile "hukuk" arasındaki ilişki ise şöyle kurulabilir. İnsanların uyumlu birlikteliğini yaratan, dayanışma olgusudur. Dayanışma olgusu, toplumsal birlikteliği ve bireysel ihtiyaçları karşılayan bir sosyal düzene karşılık geldiği için "iyi"dir. Bu durumda sosyal dayanışmaya "iyi" olma niteliğini veren, iyi kavramının genellikle içeriği belirlenemeyen soyut, metafizik niteliği değil, gözlemlenilebilir yolu ile bulunmuş pratik hayat tecrübelerinden elde edilen somut yararlardır. Hukukun amacı her ne kadar adaleti sağlamak ise de adaletin ne olduğu a priori belirlenemez. Adaletin en yüksek iyi olduğu açıklaması da yetersizdir. Öyleyse hukuk eğer bir değere dayandırılacaksa bu değer yine somut bir iyiye karşılık gelmelidir ki, Duguit'e göre gözlemlenebilen bu somut iyi, sosyal dayanışma olgusudur.

Duguit'in ilk ve temel isteği tam anlamı ile nesnel bir hukuk teorisi kurmaktır. Ona göre bilimsel bir hukuk kuramı o güne kadar süren pek çok kısır tartışmanın, spekülasyonun ve ideolojik tartışmanın sona ermesini sağlayacaktı. Bu ise düşünürü göre yalnızca olgularla akıl yürütme sonucu gerçekleştirilebilirdi. Realitede bulunmayan gözleme konu olmayan her şey hukuk alanından dışarı çıkarılmalıydı. Çıkarılacakların başında da a priori nitelik taşıyan her türlü bilgi, metafizik inançlar, önyargılar yer almaktaydı. Tüm bunlar yapıldıktan sonra sadece gözleme dayanarak hukukun ne olduğu tespit edilebilir. Duguit insanlara baktığında onların toplum içinde az çok uyumlu bir biçimde yaşadığını, iş bölümü çerçevesinde birbirlerine bağımlı olduklarını görür. Ona göre bilimsel olarak saptanabilen tek gerçek bireylerin işbölümü sonucunda gerçekleştirdiği sosyal dayanışma ve bununla yaşamalarıdır. Bu noktada O aradığı sarsılmaz ve tümü ile gözleme dayanan gerçeği, temel olguyu bulmuştur: "çok basit olarak bireylerin karşılıklı dayanışması olan sosyal olgunun, değişmeksizin sürekli gerçekleşmesi". Her türlü spekülasyonun ve ideolojinin üzerinde olan temel gerçek, iş bölümüdür, dayanışmadır, çünkü gözlemlenilebilir, çünkü dayanışma olmaksızın toplum var olamaz, toplum olmadığında da insanın yaşayabilmesi söz konusu değildir." Dayanışma Duguit'e göre sosyal bedenin yasasıdır, toplum bu yasaya göre yaşamını sürdürür ve geliştirir. Öyleyse yapılması gereken şey, dayanışma olgusu üzerine tüm bir değerler sistemini ve hukuk düzenini yerleştirmektir.<sup>103</sup>

Sosyal dayanışmadan çıkan hukuk nesnelidir. Çünkü, her türlü keyfi insan

Realist bakış açısı ile baktığımızda, değer kavramının sosyal olguya bağımlı olduğu görülecektir. Topluma baktığımızda değişmeden kalan, sabit olarak yerinde duran olgunun insanların karşılıklı bağımlılığı, veya dayanışması olduğu tespit edilebilir. Sosyal değerler dediğimiz bireyleri bağlayıcı normlar, sosyal olgudan, yani karşılıklı bağımlılık ve dayanışmadan kaynaklanmaktadır. Bu akıl yürütmenin mantığı sonucu olarak da insan,

<sup>102</sup> Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbag, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Dördüncü Basım: İstanbul: Der Yayınları, 2009, s.309

<sup>103</sup> Öktem-Türkbag, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.308

insanın sosyal faaliyeti, insanların oluşturduğu kurumlar (aile, toplum, devlet, hukuk düzeni vs.) “sosyal dayanışmayı” gerçekleştirme eğilimi taşıdıkları ölçüde sosyal değere sahip olabilirler. Bu nedenle insanın değerinin de “sosyal dayanışma” içinde ifa ettiği fonksiyona göre saptanması gerekir. Bu anlamda sosyal olgu olarak tespit edilen “sosyal dayanışma” hem yöneticilere hem de yönetilenlere hukuki nitelikli ödevler yüklemektedir. Yöneticiler ve yönetilenler “sosyal dayanışmaya” zarar verecek eylemlerden ve kararlardan kaçınmalıdır.<sup>104</sup>

#### 4. Sosyal Norm ve İçeriği

İnsanlar toplumda birleşmişlerdir ve toplumda birleşmiş olarak kalırlar. Çünkü insanların hem ortak ihtiyaçları vardır hem de farklı ihtiyaçları vardır. Sosyal normun amacı, toplum içinde yaşayan insanların ortak ve bireysel ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamaktır. Söz konusu ihtiyaçlar çerçevesinde, insanın yapmak zorunda olduğu (emir) ve yapmaktan kaçınmak zorunda olduğu (yasak) davranışlar vardır. Sosyal dayanışma gereği bireyin üstlendiği yükümlülükler ve vecibeler yerine getirilmediği zaman toplumun diğer fertlerinde ve toplumun genelinde bir kararsızlık kendini gösterir. Bu belirsizlik ve kararsızlık toplumsal uyumu zedeleyecek ve dayanışmayı bozacak nitelikte ise bireysel ve kolektif bir tepkiye neden olur. İşte sosyal norm, yapılması veya yapılmaması sosyal düzensizliğe sebep olacak olan davranışlarla ilgili emir ve yasaklardır. Sosyal normların -genel bir bakışla- bir bütünlük arzettiği düşünülürse de sosyal normlara yakından bakıldığında söz konusu bütünlüğün farklı kategorilerden oluştuğu görülür. Sosyal normlar, ahlaki, ekonomik ve hukuki karakterde olabilir.<sup>105</sup>

Toplum halinde yaşamaktan veya sosyal dayanışmadan kaynaklanan sosyal normların sosyal olgudan başka bir temeli yoktur. Bu anlamda sosyal normun temeli sosyal ilişkilerden başka bir yerde aranmamalıdır. Sosyal norm, toplum halinde yaşayan insanların ilişkilerini düzenlemek amacıyla güder. İnsan, insan olma niteliği dolayısı ile sosyal normlara ve sosyal düzenin bağlarına tabidir. Duguit doğrudan sosyal olgudan çıkan normlara sosyal kural olarak adlandırır. Ekonomik ve ahlaki normlar kendiliklerinden sosyal norm değildirler. Oysa, her hukuki norm, ya ekonomik ya da ahlaki norm niteliğini taşır. Önemli olan sorun, ekonomik ya da ahlak temelli normun nasıl hukuk kuralı haline geldiğini saptamaktır.<sup>106</sup>

#### 5. Hukuk Kuralı

Duguit'in kanısına göre, insanların zihninde pozitif hukuk kurallarının oluşmasından ve bunların yazılı kanun maddeleri haline getirilmesinden çok önce temeli ahlaki veya ekonomik olan hukuk kuralları mevcut bulunuyordu. Bu nedenle sosyal bir normun hukuk kuralı niteliği kazandığı an, sadece yöneticilerin veya devletin buna ilişkin irade açıklaması anına indirgenemez. Duguit'e göre hukuk kuralını ihlal edenlerin cezalandırılması, kuralı ihlal durumlarının önüne geçilmesi, kuralın ihlali ile bozulan sosyal düzenin yeniden kurulması, yöneticilerin normal ve düzenli biçimde kurala saygıyı sağlamak için mücadele edilmesi gerektiği fikri, insan topluluğunun bilincinde az ya da çok yerleştiği zaman hukuk normunun varlık kazandığı söylenebilir.<sup>107</sup> Zira toplumsal yaşam, kendi akışı içinde dayanışmayı sürdürmeye ve geliştirmeye yönelik davranışları kurallaştıracak, ve sosyal normları oluşturacaktır. Bunların en önemlileri de hukuk kuralları diye adlandırılacaktır. Tek bir cümle ile hukuk sosyal dayanışmadan kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İşte sosyal dayanışmadan kendiliğinden ortaya çıkan bu hukuku Duguit, Nesnel Hukuk (Objektive Law) olarak

<sup>104</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.322-323

<sup>105</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.324

<sup>106</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.325

<sup>107</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.327

nitelendirmektedir. Bu hukuk nesneldir; çünkü her türlü keyfi insan iradesinden, güç arzusundan bağımsızdır.<sup>108</sup> Sosyal zorunluluk ve adalet duygusundan aynı zamanda ilham alan bireysel bilinç, spontane olarak hukuk normunu kavrayabilir. Bu tür bir süreç olmaksızın hukuk normunun varlığından söz etmek çok zordur. Kişisel bilincin, sosyal zorunluluğun ve adalet duygusunun sonucu olarak bulduğu bir hukuk kuralı yanında, egemen gücün iradesinin sonucu olduğu için kendisini bireye ve topluma kabul ettiren bir hukuk kuralının varlığından söz edilemez. Bu tür bir hukuki düalizm reddedilmelidir. Ona göre, bir yanda toplumsal hayat içinde vücut bulmuş spontane hukuk normu, diğer yandan egemen devlet gücünün zorladığı başka hukuk kuralı olamaz.<sup>109</sup>

Kanun koyucu tarafından çıkarıldığı halde topluluk üyelerinin bilincinde yerleşmemiş olan kurallar ve toplumun bilincinde yer eden fakat henüz pozitif hukukça tanınmamış bulunan kurallar olabilir. Şu halde hukuk kurallarının gerçek kaynağı toplumu meydana getiren insan bilincidir. Duguit yaşlılarla, sakatlara ve şifa bulmaz hastalıklara tutulan muhtaç kimselere yardım edilmesini öngören sosyal hukuk normunun Fransa'da uzun bir süre toplumdaki geçerli olduğunu ve ancak 14 Temmuz 1905 tarihinde çıkarılan bir kanunla pozitif hukukun bir bölümü niteliği kazandığını belirtir. Duguit'e göre, toplumsal bilinçte yer alan bir uygulama pozitif kural niteliği kazanırken, sosyal dayanışmanın gereklerini yerine getirmeyen bir kanun parlamentoya kabul edilse bile ölü bir kanun olarak kalır.<sup>110</sup> Başka bir deyişle, hukukçuların bir kuralı kendiliklerinden benimsemesi, hatta hukukçuların oybirliği ile bir kuralı benimsemesi ve kabul etmesi, sosyal bir normu hukuk kuralına dönüştüremez. Hukukçular halkın bilincinde zaten mevcut bulunan bir kurala ışık tutabilirler ve kuralın kesin içeriğini saptayabilirler. Gerçekte sosyal norma hukuki bağlayıcılığı veren ve onu hukuk kuralı haline dönüştüren faktör, sosyal grubu oluşturan bireylerin bilincinde oluşan bağlılıktır.<sup>111</sup> Bu nedenle kanun koyucunun çıkardığı kanunların toplumda oluşan kuralların bir yansıması olduğu söylenebilir. Kanun koyucu hukuk yaratmaz, olsa olsa hukuku belirler. Kanun koyucunun fonksiyonu, toplum hayatında oluşan hukuk kurallarına uygun biçimde kanun normlarını benimsemektir.<sup>112</sup> Yani devletin hukuk yaratma gibi bir işlevi olduğu kesinlikle düşünülemez. Devlet ancak kendiliğinden var olan ve düzenlenmiş hukuku sistemleştirip yazılı hale getirebilir.<sup>113</sup>

## 6. Devlet ve Egemenlik

Duguit'e göre bilimsel ve realist yaklaşım, fizikötesi bütün fikirleri reddeder. Devlet söz konusu olduğunda devlet iradesi diye bir şeyden söz edilemez. Sadece yöneticilerin iradeleri söz konusudur. Yöneticiler belirli bir biçimde davrandıkları zaman, bunlar kolektif kişiliğin yani toplumun vekili veya topluma bağlı kişilikler olarak hareket etmezler. Bunlar olsa olsa kendi iradelerini açıklarlar. Bu anlamda temsil olgusu "kurumun hukuksal yapısı" düşüncesi ile geçerleştirilemez. Bunun dışındaki bir devlet kavramı gerçekçi değildir. Duguit'e göre toplum ve bireylerden başka bir gerçeklik yoktur. Kurumların statüsü söz konusu olduğunda, Ona göre, kurum denilen şey aslında birey topluluğundan başkası değildir. Her grup ya da kurumda aslında "güçlü bireyler zayıflara kendilerini zorla kabul ettirmek isterler" çünkü devlet ile diğer kurumlar yalnızca güç ilişkileridir ve bu nedenle hukuk yaşamının dışındadırlar. Ancak her ne kadar kurumlar, güç ilişkilerinin sonucu oluşmakta ve herhangi bir hukuksallığa ve meşruiyete sahip olmasalar bile işlemleri ve tasarrufları nesnel

<sup>108</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.310

<sup>109</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.329

<sup>110</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.327

<sup>111</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.328

<sup>112</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.329

<sup>113</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.311

hukuka uygunsu durum farklılaşır, yani nesnel hukuka uygun işlemler ve kararlar meşru kabul edilir. Yalnız burada meşruiyeti sağlayan organın yetkili olması, belirli prosedüre uygun olarak hareket etmesi ve karar vermesi değil, yalnızca yaptığı işlemin nesnel hukuka uygun olmasıdır.<sup>114</sup>

Duguit devlet teorisinin en önemli unsuru olan egemenlik kavramının devlet teorisi bakımından önemli ya da yararlı herhangi bir fonksiyon ifa edemeyeceğini şu şekilde açıklamaktadır:

Devletin egemen olduğu görüşü kabul edildiği takdirde, bu egemenliğin bazı sınırları olduğunu da kabul etmek gerekecektir. Devlet egemenliğinin sınırlarını, liberal/bireyci doktrine göre ferdin devletten önce gelen tabii haklarında aramak gerekir. Buna göre devletin görevi ferdin tabii haklarını güvence altına almak ve bu haklara saygı göstermektir. Devlet bireysel özerkliğe ve haklara ancak diğer bireylerin haklarını korumak amacı ile müdahale edebilir. Bu görüş benimsendiğinde şu çelişki ortaya çıkacaktır; kişinin haklarının devlet iktidarını sınırladığı kabul edilirse, devlet egemenliğinden söz etmeye imkan yoktur. Çünkü başka bir iradenin devlet iradesini sınırladığı veya ona sınırlar getirdiği kabul edilmektedir ki bu takdirde devletin egemenliğinden söz edilmemesi gerekir.

Diğer görüşe göre, devlet egemenlik hakkı sayesinde kişilerin hürriyetine kendi takdir yetkisine dayanarak bazı sınırlamalar getirmektedir ki bu durumda da ferdin özerkliği kaybolur.

Liberal bireyci doktrin kabul edildiğinde siyasal egemenliğin inkar edilmesi ve anarşi ortaya çıkmakta, devlet egemenliği mutlak kabul edildiğinde de bireysel özerklik ve haklar ortadan kaybolabilmekte ve siyasi rejim despotik bir karakter kazanmaktadır.<sup>115</sup>

Her iki anlayış da kabul edilemeyeceğine göre hukuk teorisi içinde egemenlik kavramını reddetmek gerekir. Egemenlik kavramı olmadığında devleti açıklamak da mümkün olmaz. Egemen olmayan bir devletten söz edilemeyeceğinden, devletin klasik anlaşılışı bir yanılığdan ibarettir. Bu durumda yöneticiler başta belirtildiği gibi toplum adına, temsil ilişkisi çerçevesinde hareket etmezler. Onlar olsa olsa kendi adlarına hareket eden ve kararlar veren kişilerdir.

## 7. Hukuk Türleri ve Zorlama

Sosyal dayanışmaya temel değerde önem veren ve hukukun oluşturulması sürecinde devlete sınırlı bir alan tanıyan ve devlete güvenmeyen Duguit, devleti de kayıtsız-şartsız hukukla bağlı kılmak ve keyfi düzenlemelerin önüne geçmek istemektedir. Bu nedenle bireylerin tabii olduğu hukuksal ilke ve kurumlarla devlet aygıtlarının tabii olduğu ilkeleri birleştirerek tek bir hukuk olduğunu savunur. Tek bir hukuk düzeninde hiyerarşik bir ilişki kalmayacağından devlet kavramı da belirsizleşir. Buna göre hukuku, kamu hukuku, özel hukuk diye ikiye ayırmak ve buna bağlı olarak yargı teşkilatını da adli yargı ve idari yargı olarak bölmek doğru değildir. Çünkü kamu hukukuna niteliğini veren hiyerarşi devletin egemenlik hakkına dayanmaktadır ki Duguit, egemenliği bir kavram olarak reddeder. Ona göre devlet bir egemen güç değil, kamu hizmetlerinin düzenli bir biçimde yürütülmesi için gerekli olan bir teşkilatlanmadır. Bir hizmet kuruluşu olduğu için, devlete bireylerin tabii olduğu hukuki rejimden farklı bir hukuki rejim tahsis etmek dayanışma kavramı ile çelişir. Hukukun kaynağı dayanışma olduğundan tek bir dayanışma olgusunun farklı farklı hukuk düzenleri ortaya çıkarması kabul edilemez. Bu nedenle İngilizler'in ve Amerikalılar'ın tek bir hukuk düzeni ve tek bir mahkeme teşkilatına sahip olmaları gereken uygulamadır.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Öktem-Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s.311

<sup>115</sup> Güriz, Hukuk Felsefesi, s.330-331

<sup>116</sup> Öktem-Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s.312-313

Son olarak Duguit, hukuksal pozitivistlerin bir hukuk teorisinde yaşamsal önem attıkları ve hukuk kurallarını diğer sosyal normlardan ayırmada belirleyici kriter olarak gördükleri "yaptırım" veya "zorlama" kavramını da reddeder. Ona göre, daha önce de belirtildiği gibi hukuk toplumdan doğmuştur, toplumu oluşturanlar kural üzerinde bir tür consensus'a varmışlardır. Bu nedenle böyle bir kuralın "yapay" olarak zorlanması ya da yaptırıma bağlanmasına gerek yoktur. Zaten Duguit'e göre bir kural ihlal edildiğinde toplum buna tepki gösterecektir. Hukukta fiziki zorlamayı ya da yaptırımı kabul etmeyen düşünür, psikolojik zorlamayı yeterli görmektedir. Ona göre hukuksal bir düzenlemeyi oluşturan bir zorlamanın varlığı değil, bu düzenlemenin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkardığı toplumsal tepkinin varlığıdır.<sup>117</sup>

## 8. Leon Duguit'in Nesnel Hukuk Anlayışının Kritiği

Duguit'in nesnel hukuk anlayışında sosyal dayanışma kavramı başlıca yere sahip bulunmaktadır. Fakat acaba sosyal dayanışma nedir? Sosyal dayanışmanın içeriğini ve gereklerini her zaman açıklıkla belirtmeye imkan var mıdır? Hatta belirli bir ülkede belirli bir dönemde sosyal dayanışmanın neleri içerdiğini ve nelerin sosyal dayanışma dışında kaldığını saptamak mümkün müdür? Elbette sorular çoğaltılabilir.

a. Bu tür sorulara genel bir cevap vermek gerekirse, sosyal olaylar tabii olaylara oranla çok karmaşık bir nitelik taşıdığı ve onların içerikleri ile oluş tarzlarının kesin bir bilgi ile izah etmenin çok daha zor ve hatta imkansız olduğu söylenebilir. Sosyal olaylarda vakıalar arasında ortak noktalar olsa bile her birinin kendine özgü özellikleri de vardır. Duguit'in hukuk teorisinin temelini oluşturan sosyal dayanışma kavramı her ne kadar tarih boyunca müşahede edilen bir olgu ise de sosyal dayanışmanın neyi gerektirdiğini tespit etmek her zaman mümkün olmayabilir. Hangi eylem ve kararların sosyal dayanışmayı güçlendirdiği, buna karşılık hangilerinin zayıflattığı kolayca tespit edilemeyebilir. Örneğin verili toplumsal siyasal ve hukuksal durumdan memnun olanlar, sosyal dayanışma kavramına muhafazakar bir içerik yükler ve onu korumaya çalışırken, memnun olmayanlar ise mevcut durumun çoğu zaman adaletsiz olduğu iddiası ile beraber değiştirilmesi gerektiğini zira halihazırdaki durumun adaleti önemsemeyen temelleri nedeni ile sosyal dayanışmaya zarar verdiğini söyleyeceklerdir.

b. Ayrıca sosyal dayanışmadan doğan hukuk kuralının anayasada yer alsın almasın, bu kuralın kanun koyucuyu sınırladığı tezini savunmaktadır. Kanun koyucunun yasama işlemi sonucu ortaya çıkan kuralının, dayanışmanın yarattığı sosyal norma aykırı olması durumunda bireyler, halk ve hakimler bu kuralının geçersizliğini ileri sürerek kurala uymayabilecekler ve uygulamaktan imtina edebileceklerdir. Bu anlayışın, hukuki güvenlik, genel kuralların bağlayıcılığı ve anayasanın üstünlüğü noktalarında günümüz hukuk anlayışı ile bağdaşmayacağı aşikardır. Duguit'in yaklaşımı eleştirdiği doğal hukukçuların "direnme hakkının"<sup>118</sup> başka bir gerekçe ile olumlanmasıdır.

Duguit aslında bir doğal hukuk ilkesi (sosyal dayanışma) kabul etmiş ve bundan iyi bir doğal hukukçu gibi bazı sonuçlar çıkarmıştır. Hatta bazı doğal hukukçular gibi devlet, nesnel hukukla yani sosyal dayanışma ile çatışan bir düzenleme yaptığında bireylere "direnme hakkı" tanımıştır.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.313-314

<sup>118</sup> Bilindiği gibi doğal hukukçu yaklaşıma göre siyasal otorite, bireylerin doğuştan sahip olduğu, dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez ve mutlak nitelikli haklarına müdahale ettiği zaman, bireyler ve toplum için direnme hakkı meşru olur.

<sup>119</sup> Öktem-Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.314

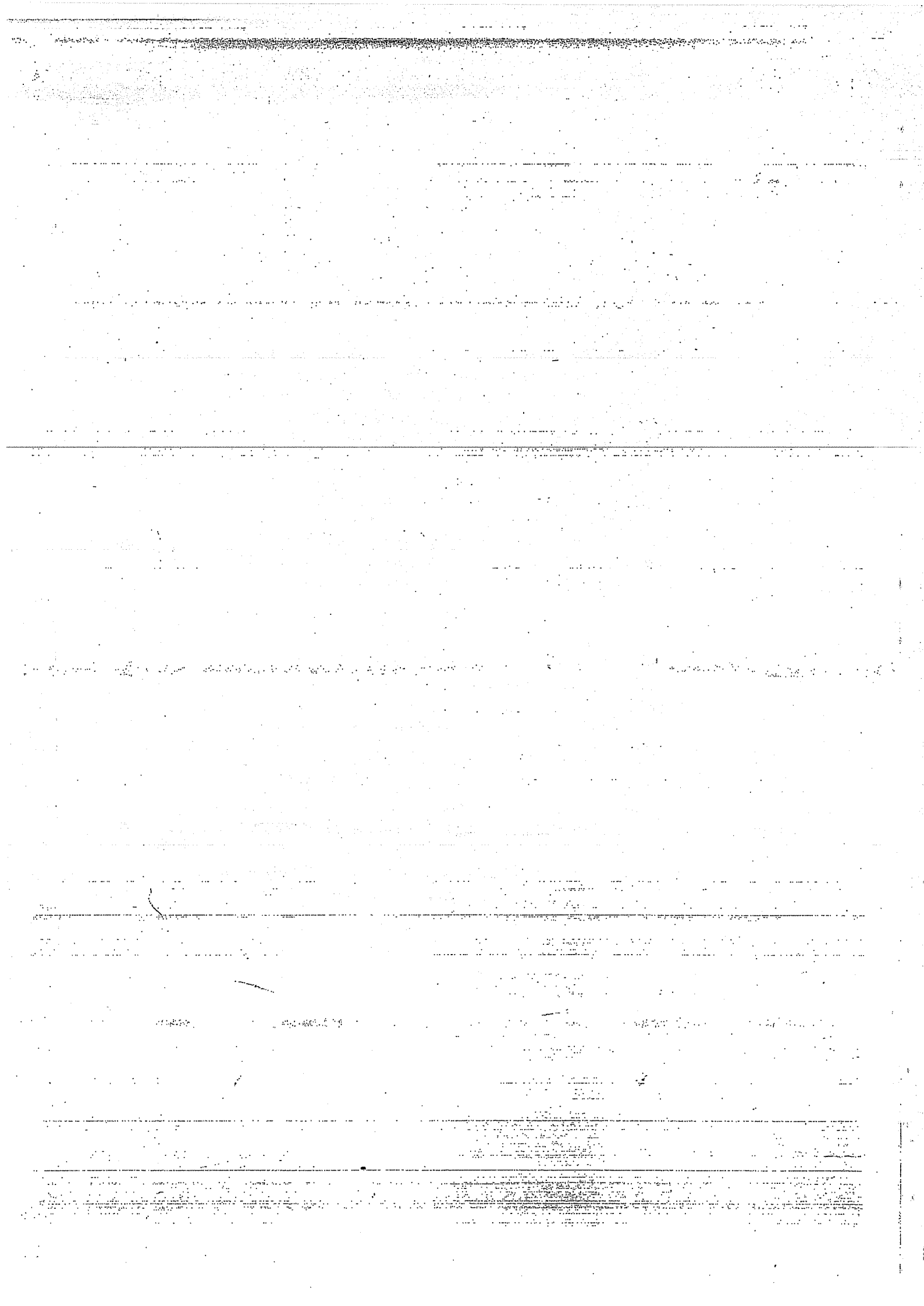


c. Diğer yandan XX. Yüzyılda devlet iktidarı bir yönü ile merkezileşip, pekişirken diğer yönü ile etki alanı genişlemiştir. Çok açıktır ki devlet iktidarı ve organları pozitif hukukun yaratıcısı durumundadır. Ve pozitif hukuk kuralları sanıldığından daha fazla bir yoğunlukla toplumsal taleplerle uyumlu değildir. Öyle ki bazı siyasal nitelikli yasalar açıkça sosyal dayanışmaya zarar verecek niteliktedir. Bu durumda Duguit'in bilimsel metodu ile keşfettiğini söylediği dayanışmadan doğan nesnel hukuk anlayışı bir temenniye giderek bir "olması gerekene" dönüşmektedir. "Olması gereken" ile "olan"ın örtüşmesi mümkünse de, bu, nadir gerçekleşen kısa süreli bir durumdur. Kısaca Duguit olgu olarak gözlemlediği sosyal dayanışmadan, bir olması gereken olarak nesnel hukuku çıkarmaktadır ki bu kendi pozitivist yöntemi ile çelişki içindedir.

d. Hukuk sisteminden yaptırım kavramını çıkarması da öyle kolayca kabul edilebilecek bir girim değildir. Zira Duguit hukuk kuralının ihlal edilmesi durumunda ihlali gerçekleştirene karşı oluşacak psikolojik nitelikli sosyal tepkiyi yeterli görmektedir. Ancak öyle bazı kural ihlalleri vardır ki, burada psikolojik tepki yetersiz kalır. Örneğin adam öldürme suçu karşısında salt psikolojik tepkinin faalde nedamet hissi uyandırması, eylemin tekrarlanmasına engel olması veya maktulün yakınlarını tatmin etmesi beklenemez. Diğer yandan -aynı örnekte- merkezileşmemiş bir yaptırım mekanizmasının olmaması durumunda katile kısas cezasının uygulanması riski de vardır. Bu tür uygulamaya kapı açmak ceza hukuku sisteminin geriye gitmesine neden olacağı açıktır. Benzer kaygılar diğer kural ihlalleri için de geçerlidir. Failin eylemi nedeni ile zarara uğrayanlar, toplumun psikolojik kınaması ve tepkisi ile yetinmeyerek bizzat haklarını elde etmek zararlarını tazmin etmek isteyebilirler ki bu, Duguit'in en son isteyeceği şeydir. Zira bu durumda sosyal dayanışma kısa sürede parçalanır.

e. Duguit'in teorisinin bir diğer zayıf tarafı, hukuk kuralının oluşum süreci ile bir diğer sosyal norm olan örf ve adetin oluşum sürecini birbirine karıştırmasıdır. Elbette hukuksal kuralların bir örf ve adet geçmişi olabilir. Ancak bir kurala hukuksallığını veren, örf ve adet ile uyumlu olmasından ziyade önceden yetkilendirilmiş makamlarca usulüne uygun olarak kabul edilmesidir. Örf ve adet kuralları ile ya da toplumun genel anlayışı ile bağdaşmayan hukuk kurallarının toplum tarafından kabul edilmesi, benimsenmesi ve uyulması konusu, kuralın hukuksallığından çok etkinliği ile ilgili bir konudur. Bu tür kurallar etkinliğini kaybederek zaman içinde metruk hale gelebilir. Ancak bu toplumun genel anlayışı ile bağdaşmayan kurallar dahi metruk olana kadar geçerli hukuk kuralı niteliklerini korur.

f. Duguit'in nesnel hukuk düşüncesinden günümüze kalan olumlu özelliklerin de vardır. Bunlardan birisi, hiç şüphesiz, mutlak egemen devletten, hizmet devletine geçiş sürecini iyi analiz etmesidir. Devleti belirli ilkelerle (dayanışma olgusu ile) sınırlamaya çalışması, hukuku yaratan üstün metafizik bir güç olarak değil, kendisi de hukuka tabi bir hizmet kurumu olarak kabul etmesi, sınırlı devlet ve hukuk devleti anlayışları açısından olumludur.



D.Ü.HUKUK FAKÜLTESİ  
HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSİ NOTLARI  
(2.SINIF)

İKİNCİ DÖNEM

YRD.DOÇ.DR. MUSTAFA KOÇAK

2.Sos

D.Ü.HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSİ NOTLARI

(2.SINIF)

---

İKİNCİ DÖNEM

~~NOT~~

YRD.DOÇ.DR. MUSTAFA KOÇAK

2012-2013

## ALTINCI BÖLÜM

## FAYDACI AHLÂK VE HUKUK TEORİSİ

## BİREYCI FAYDACILIK

## Genel Bakış

İngiliz düşüncesinin teorik olmaktan çok pratik bir yönü benimsemesi ve deneyim ile gözlem yolunun tümdengelim metoduna tercih edilmesi İngiliz felsefe hayatını Avrupa felsefe sistemlerinden ayıran en önemli özellik sayılabilir. XVII. ve XVIII. yüzyıllar boyunca bilgi teorisi alanında duyunculuk ve çağrışımçılık İngiliz felsefesinde başlıca yere sahip olmuştur. Bu eğilim zorunlu olarak rölativist bir nitelik taşımış ve mutlak ilkelerin varlığını kabul eden ve gerçeği aramak amacını güden akılcı doktrinlerin karşısı olarak dikkati çekmiştir. Faydacılık (utilitarianism, utilitarisme) Onyedinci ve Onsekizinci yüzyıllar İngiliz ampirist felsefesinden esinlenmiş, duyum ve çağrışım sonucu bulunabilecek prensiplerin ahlâk ve hukuk felsefesi alanında geçerliğini savunma amacına yönelmiştir. Kaynağını rasyonalizm'den alan Kara Avrupası düşünce okulları ise ahlâk ve hukuk konusunda daha çok idealist görüşlerin savunmasını yapmışlardır. Tabii Hukuk akımının XVIII. yüzyıl boyunca Avrupa'da kazandığı egemenlik Avrupa felsefesinin temelde rasyonalist yapısı ile sıkı sıkıya ilgilidir. Şu halde düşünce sistemlerinden birisi, yani Kara Avrupası düşünce sistemi daha çok idealist bir yönde gelişerek ulaştığı ilkelerin mutlak geçerliğini savunmuş, İngiliz düşünce sistemi ise rölativist ve faydacı görüşte karar kılmıştır.

İngiliz ve Avrupa sistemleri arasındaki ayrılık, sadece temelle ilgili bir fikir ayrılığı olmakla kalmamış, iki sistem yöntem bakımından da birbirinden ayrılmıştır. Avrupa'nın rasyonalist ve idealist düşünce okulları tümdengelim metodunu esas saydıkları halde, İngiliz ampirizmi ve faydacılığı tümevarım ve gözlem yöntemlerini tümdengelimle tercih etmiştir.

Faydacılık, dış dünyanın insan duyularına olan etkilerine yani olayların gözlemine değer vermiştir. Eğer dış dünyadan gelen etkilerin insanların duygu hayatı üzerinde doğurduğu sonuçlar incelenirse, bunları istenen ve istenmeyen olarak iki gruba ayırmanın mümkün olduğu görülebilir<sup>1</sup>. Bazı algıların insana haz verdiğini, diğer bazı algıların ise eleme neden olduğunu gözlem yoluyla saptamak mümkündür. İnsan tabiatı gereği haz veren şeyleri ister ve ıstırap veren şeylerden kaçınır<sup>2</sup>. Yani insan haz veren algıları, ıstırap doğuranlara tercih eder. Şu halde haz veren algıların mutluluk doğurmaları dolayısıyla iyi, ıstırap veren algıların da eleme neden olmaları yüzünden kötü olduğu iddia edilebilir. Bu gözleme dayanılarak yapılan akıl yürütme ile insan davranışlarının hazza neden olmalarına veya olmamalarına göre doğru ve yanlış, iyi ve kötü, haklı ve haksız sayılması imkânı vardır. Bir davranışın doğurduğu sonuçlar insana haz verdiği zaman bu davranış haklıdır, iyidir ve doğrudur. Ters olduğu yani davranışın doğurduğu sonuç veya sonuçlar elem biçiminde belirdiği zaman davranış haksız, fena ve yanlıştır. Faydacı düşünce, insan davranışının ahlâka uygunluğu konusunda hedonist (hazcı) yaklaşımı benimsemektedir. Davranışların haklılığı veya haksızlığı mutlak bir prensibe uygunluğa göre değil, fakat sonuçta haz veya ıstırapın doğuşuna göre belirlenmektedir. Oysa idealist ahlâk anlayışı, davranışı, doğurduğu sonuçlar ne olursa olsun *a priori* bir prensibe örneğin ödev prensibine göre değerlendirmek amacını izler. Davranış ödev esasında beliren ahlâk prensibine uygunsa doğuracağı sonuçlar ne ölçüde ıstırap verici olursa olsun yapılmalıdır.

Faydacı görüş, temelde İngiliz düşünürleri tarafından başarı ile savunulmuştur. Ancak bu fikir faydacı ve hazcı teorinin bir İngiliz buluşu olduğu anlamına gelmez. Çünkü eski Yunan düşünürleri Aristippus ve Epicurus'un hazcı (hedonist) ve faydacı (utilitarian) bazı görüşleri savundukları bilinmektedir. Ancak Faydacı teori İngiliz fikir adamları tarafından başarı ile açıklanmış ve olgunlaştırılmıştır. İngiliz düşünürlerinin faydacı teoriyi açıklıkla savunmuş olmaları, faydacılığın İngiliz düşüncesinin dünya fikir hayatına bir katkısı sayılmasına neden olmuştur.

İngiliz filozofu Hobbes'un XVII. yüzyılda insanın doğası bakımından egoist ve haz peşinde koşan bir varlık olduğunu ifade ettiği bilinmektedir. Daha sonra XVIII. yüzyılda teolojik içerikli bir fay-

1 Moore, G.E. Principia Ethica, Cambridge 1954, s. 62.

2 Halévy, E. The Growth of Philosophic Radicalism, 1952, s. 486.

dacılık Richard Cumberland, John Gay, David Hartley, William Paley gibi bazı fikir adamlarınca İngiliz düşünce hayatının gündemine getirilmiştir. Teolojik faydacılık daha sonra laik içerikli faydacı görüşü başarı ile savunan Jeremy Bentham'ın yararlanabileceği fikri atmosferin oluşmasında etkili olmuştur. Ayrıca İngiliz filozofu David Hume'da faydacı bazı görüşleri savunarak Jeremy Bentham'ı etkilemiştir. İtalyan hukukçusu Beccaria'nın ceza hukukunun fayda ilkesine dayanılarak düzenlenmesi ve geliştirilmesi yolundaki fikirleri faydacı düşünce bakımından önem taşır. Ancak Beccaria fayda ilkesiyle ilgili kapsamlı bir sistem kurabilmiş değildir.

XVIII. yüzyılın ortalarından itibaren faydacılık İngiltere'de egemen düşünce akımı haline gelmiştir. Bu egemenlik XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar devam etmiştir. John Stuart Mill'in Faydacılık (Utilitarianism) adlı eseri 1863 yılında yayınladığı zaman Faydacı Okulun İngiliz düşünce hayatındaki etkinliği azalmaya başlamıştı. Bundan kısa bir süre sonra da başlıca J. Bentham ve J.S. Mill'in temsil ettiği bu düşünce akımı dağılmış, etkinliğini yitirmiştir. Bununla birlikte İngiliz pozitivisminin oluşumunda ve gelişiminde Bentham'ın sürekli bir etkiye sahip olduğu ve bu etkinin bugün de önemini tamamen yitirmemiş olduğu bu vesile ile belirtilebilir<sup>3</sup>.

Faydacı düşünce akımının en önemli özelliklerinden birisi, İngiliz düşünce tarihinde ilk kez değişik fikir adamlarını çatısı altında toplamakta başarı kazanmasıdır. Bentham'ın kurduğu okulun Kantçı ve Hegelci felsefe okullarına benzediğini belirten İngiliz felsefe tarihçisi Sorley diyor ki "Faydacılar, İngiliz felsefesinde eşi olmayan bir özelliğe sahip bulunmaktadır. Basit birkaç ilke değişik alanlara uygulanmak için çalışkan bir fikir işçileri grubunca ortaklaşa savunulmuştur. Bu fikir işçileri üstadları Bentham'a bağlılıkta ve aynı amaçları gerçekleştirme hususunda birleşmişlerdir."<sup>4</sup>

Bentham ve arkadaşları bazan felsefi radikaller olarak da isimlendirilirler. XVIII. ve XIX. yüzyıllar İngiltere'sinin sosyal ve hukuki kurumlarını iyileştirmek ve değiştirmek için gösterdikleri çaba onların bu şekilde nitelendirilmesine neden olmuştur<sup>5</sup>. Kanunların fayda ilkesine göre hazırlanması yolundaki çabaları dolayısıyla R.

<sup>3</sup> Faydacı Düşünce Okulu konusunda bk. Güriz, Adnan. Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, Ankara 1963.

<sup>4</sup> Sorley, W.R.A. A History of English Philosophy, Cambridge 1920, s. 212.

<sup>5</sup> Halévy, E. The Growth of Philosophic Radicalism, 1952, s. 262.

Pound, bu okulu "kanun koyucular okulu" olarak isimlendirmenin uygun olacağını savunmaktadır<sup>6</sup>.

Faydacı hukuk teorisi, hukukun gerçek ödevinin toplumda en büyük mutluluğu sağlamak olduğunu savunmuştur. Hukukun amacı adaleti gerçekleştirmek değil, fakat insanların çıkarlarını korumak için en uygun şartları yaratmak olmalıdır. Bu nedenle faydacı düşünürler tabii hukuk teorisini reddetmişler ve soyut adalet idesi yerine somut ve rölatif fayda kayramını koymanın gereği üzerinde durmuşlardır. Menfaatlerin korunması, menfaatler arasında uyum sağlanması ve çeşitli hukuk dallarında fayda ilkesinin uygulanması faydacı okul mensuplarının amacı olmuştur. Anayasa hukukunda yöneticilerle yönetilenlerin menfaatleri arasında uyum sağlanması, ceza hukukunda suçların ve cezaların fayda ilkesine göre sınıflandırılması, sosyal menfaatlere verilen zararlara göre suçların derecelendirilmesi ve sosyal menfaatlere en zararlı olan suçların en katı biçimde cezalandırılması fayda ilkesinden çıkarılan sonuçlar olarak ileri sürülmüştür. Tabii Hukuk Okulu, pozitif hukukun oluşturulmasına, eleştirilmesine ve geliştirilmesine yarayabilecek mutlak ilkelerin araştırılması amacını güttüğü halde, Faydacı Okul, pozitif hukuku fayda ilkesini gerçekleştirmeye en elverişli duruma getirmeyi amaçlamıştır.

Faydacı Okulun başka bir özelliği de hem ahlâk, hem hukuk alanında aynı ilkeye yani fayda ilkesine dayanmış olmasıdır. Hareketin ahlâklılığı fayda ölçüsüne vurularak saptandığı gibi, aynı ölçü yani fayda hukukun da kriteri sayılmıştır.

#### HUME

Eğer Bentham Faydacı Okul'un kurucusu sayılırsa, David Hume'un faydacı teorisinin öncüsü olarak ayrı bir yeri olduğunu kabul etmek zorunluluğu kendisini gösterir. Kaldı ki bazı yazarlar David Hume'u faydacılığın kurucusu saymaktadırlar. XVIII. yüzyılın önemli filozoflarından birisi olan David Hume (1711-1776) felsefi fikirlerini başlıca üç eserinde açıklamıştır. Bunlar, "İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Araştırma", "İnsan Tabiatının Araştırılması", "Ahlâk İlkeleri Konusunda İnceleme" isimlerini taşımaktadır<sup>7</sup>.

6 Pound, R. The Spirit of the Common Law, 1921, s. 158, 159.

7 David Hume'un "An Inquiry Concerning Human Understanding" isimli eseri "İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Soruşturma" başlığı altında Oruç Aruoba tarafından dilimize çevrilerek Hacettepe Üniversitesince 1976 yılında yayınlanmıştır.



David Hume'un sistemi ampiristtir. Ona göre, psikolojik fenomenler arasında nedensel bir bağ vardır ve çağrışım insan aklındaki fikirleri oluşturan tek kaynaktır.

Hume'a göre, ahlâk konusunda deneysel metodun kullanılması en olumlu sonuçları verecektir. Bilimsel bir ahlâk anlayışının insan tabiatı hakkında tarihin vereceği bilgiden faydalanması şarttır. Böylelikle insan psikolojisinin kanunlarını belirtmek ve çeşitli şartlar altında insanların ne şekilde davrandıklarını bilmek imkânı bulunacaktır.

Hume, ahlâk konusunda duyuların oynadığı rolü "Ahlâk hakkında hüküm verilmekten çok duyulan bir şeydir"<sup>8</sup>, diyerek belirtmektedir. O halde bilimsel ahlâka varabilmek, herşeyden önce insan duygularının bilinmesine bağlı bulunmaktadır. Davranışların doğruluğunu ve yanlışlığını akli ilkelere göre açıklamaya çalışmak yararsız bir girişimdir. İnsan hareketlerinin doğruluğu, yanlışlığı, ahlâklılığı, veya ahlâka aykırılığı konusunda başvurulacak tek ölçü hazdır. "İnsan, haz veren veya hazza kavuşmaya araç olan şeyleri doğru bulur; ıstırap veren veya ıstırapın doğumuna neden olan şeyleri kınar."<sup>9</sup>

Bu nedenle hazza kavuşmak ve elemden kaçınmak, insan hareketlerinin amacı olmaktadır. Hume, insanın hazların egemenliği altında olduğunu kabul ederken egoizmin insan tabiatının düzenleyicisi olduğunu ifade etmek istememektedir. Özgecilik (altruisme) egoizmin üstü örtülü bir şekli değildir. Başkalarını mutlu görmek, insanı mutlu yapar. Başkalarına karşı duyulan sempati, özgeciliğin temelidir. Fakat özgeciliğin egoizm kadar kuvvetle insan ruhunu ve hareketlerini etkilediği iddia edilemez. Özgecilik egoizme oranla daha zayıf bir eğilimi ifade etmektedir.

Hume'a göre, fayda sadece ahlâki hareketin kriteri değildir. Bu kavram, hukuk ve devletin de temelini oluşturur. İnsanlar hukuk ve devleti korumak ve devam ettirmek zorundadır. Çünkü bu iki kurum onlara birçok yararlar sağlamaktadır<sup>10</sup>. Şu halde hukuk düzeni ve devletin devamı, fayda ilkesine dayanmakta ve bu iki kurum faydalı olmaları nedeniyle insanlar tarafından benimsenmektedir. İnsanların devlete uyması "sosyal sözleşme" veya "pacta sunt servanda"

8 Carritt, Ethical and Political Thinking, Oxford 1947, s. 29.

9 Plamenatz, J. The English Utilitarians, Oxford 1949, s. 27, 28.

10 Plamenatz, J. The English Utilitarians, Oxford 1949, s. 39.

ilkesine dayanmamakta, fakat, menfaat, alışkanlık ve inanç dolayısıyla olmaktadır<sup>11</sup>. Böylelikle devlet kudretine uyulması, toplumun devamını sağlayan zorunlu bir şart olmaktadır. Her devlette çoğunluk azınlık tarafından yönetilir. Devlet yönetiminin faydalı olduğu inancı çoğunluğu itaate götürür. Bu kısa açıklamadan anlaşılacağı gibi, Hume'un teorisinde siyasal iktidar meşruluğunu faydalı olmasından almaktadır. Hume, ferdlerin devlete itaat etmelerini temel saymakla birlikte, bazı istisnai durumlarda karşı koymanın itaate tercih olunabileceğini söylemektedir. Fakat sistemi bütün olarak otoriteye saygıyı göz önünde tutmaktadır.

İngiliz faydacılığının öncüleri arasında devlet ve hukukun fayda esasına dayandığını David Hume kadar başarı ile açıklayan başka bir fikir adamına rastlanamaz. Hume'un diğer bir özelliği faydacılığı laik bir temele dayandırmasıdır. Bu şekilde faydacılık teolojik unsurlardan arındırılmış ve laikleşmiştir.

#### BECCARIA

İtalyan ceza hukukçusu Beccaria (1738-1794) Bentham'dan önce faydacı bazı düşüncelerin savunmasını yapmıştır. Ünlü eseri "Suçlar ve Cezalar" da Beccaria haz ve elem duygularının insan üzerinde etkinliğe sahip olduğu kanısındadır. Ona göre görünmeyen bir güç insanı kendi refah ve mutluluğuna doğru iter<sup>12</sup>. Bu itici gücün etkisini ancak kanundan gelen yaptırımlar zayıflatabilir.

Beccaria'nın kanısına göre adalet kişisel menfaatleri birleştiren zorunlu bağdan başka birşey değildir. Beccaria, özellikle suç konusu üzerinde dururken, insan toplumunun çıkarının yalnızca az suç işlenmesinde olmadığını, fakat topluma zararlı suçların çok az işlenmesinde bulunduğunu belirtmektedir<sup>13</sup>.

İnsanın ruhsal yaşantısındaki zararı aynı olmayan iki suça eşit cezalar verilecek olursa, insanlar en ağır suçları işlemek hususunda herhangi bir engel görmeyeceklerdir.

Beccaria'ya göre en ağır suçlar, toplum hayatını bozmaya ve yıkmaya yönelenlerdir. Bu suçların da bu nedenle daha ağır biçimde cezalandırılması gerekmektedir.

11 Catlin, G. A History of the Political Philosophers, London 1950, s. 352.

12 Beccaria, Suçlar ve Cezalar, Çev: Göklü, Muhiittin. İstanbul 1950, s. 283.

13 Beccaria, Suçlar ve Cezalar, Çev: Göklü, Muhiittin. İstanbul 1950, s. 281.

Adaletin görevi ise, insanlar arasındaki çıkar çatışmalarını bertaraf etmektir. Çıkar çatışmalarını bertaraf etmek zorunluluğu insani adaletin temeli olan sosyal fayda fikrini doğurmuştur<sup>14</sup>.

Beccaria, iyi bir kanun koyucunun görevinin, insanların refah ve mutluluğunu en yüksek düzeye çıkarmak ve insanlığını uğrayacağı felaketlerden kurtarmak olduğuna inanmaktadır<sup>15</sup>.

Ancak Beccaria sadece fayda, haz ve elem gibi terimler üzerinde durmamıştır. Kendisi aynı zamanda sosyal sözleşmenin ve tabii hukukun, pozitif hukukun yaratılmasında etkin bir rol oynadığı fikrindedir. Bu nedenle Beccaria'yı faydacılığın bir öncüsü olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bentham'ın Beccaria'dan etkilendiği hususunda da inandırıcı herhangi bir kanıt bulunmamaktadır.

#### BENTHAM

İngiliz Faydacı Okulunun en seçkin düşünürü Jeremy Bentham'dır. Bentham (1748-1832) faydacı teorinin ana ilkelerini sistematik şekilde ve başarıyla açıklamıştır. Hukuk ve ahlâk sisteminin bütün insanları mutluluğa kavuşturacağını ve en kusursuz toplum formülünün kendi prensiplerinde saklı bulunduğunu savunmuştur.

Bentham'ın asıl önemi İngiliz düşünce tarihinde ilk kez bir felsefi okul yaratmasından doğmaktadır. Sadece bir kuramcı olarak kalmamış, İngiliz hukukunun modernleştirilmesi için de birçok önerilerde bulunmuş, tasarılar hazırlamıştır. İngiliz hukukunun modernleştirilmesi konusunda Bentham'ın ileri sürdüğü düşünceler İngiltere'de XIX. yüzyıl boyunca saygı görmüştür. Hukuk reformu için Bentham kadar ihtirasla çalışan başka bir filozofa güçle rastlanabileceğini söylemek mümkündür. Bentham herşeyi fayda ölçüsüne göre değerlendirdiği için uygulama olanağı olmayan bir ahlâk veya hukuk teorisini yararsız saymıştır. İngiltere'de gerçekleştirilen hukuk reformlarında Bentham'ın oynadığı rolü bir İngiliz fikir adamı "Bentham'ın zamanından beri onun etkisinden bağımsız bir hukuk reformu yapıldığını bilmiyorum" sözleriyle belirtmiştir<sup>16</sup>.

Bentham'ın başlıca eserleri şunlardır: "Hükümet Hakkında Bir Bölüm", "Ahlâk ve Yasama İlkelerine Giriş", "Yasama Teorisi", "Hukuk Bilimi Sınırlarının Belirtilmesi", "Ahlâk Bilimi".

14 Beccaria, Suçlar ve Cezalar, Çev: Gökü, Muhittin. İstanbul 1950, s. 289.

15 Beccaria, Suçlar, ve Cezalar, Çev: Gökü, Muhittin. İstanbul 1950, s. 403.

16 Jeremy Bentham and the Law, A Symposium, London 1948, Preface s. VIII.

Bentham'ın teorisi Onsekizinci yüzyılın soyut ve metafizik kuramlarına karşı bir tepkinin ifadesidir. Bentham rasyonalizme karşı ampirizmin, a priori ve karşı a posteriori'nin, soyuta karşı somutun savunmasını yapmıştır. Bu yüzden Tabii Hukuk Okulu onun şiddetli tenkidlerinin konusu olmuştur<sup>17</sup>.

Bentham, fayda ilkesinin insan hareketlerine yön verdiğine ve bu ilkenin ahlâk alanında haklılığın ve haksızlığın ölçüsü ve hukuk ilminin de tek amacı olduğuna inanmıştır. Bentham'ın fayda ilkesine güveni o derece köklü bir nitelik taşımıştır ki, diğer ahlâk ve hukuk teorilerinin lüzumsuz yanları atıldığı takdirde geriye faydacılığın kalacağını söylemiştir. Bentham'ın faydacılık dışındaki bütün kuramlar ve kuramcılar hakkında duyduğu küçümseme, onun zayıf yanlarından birisi olmuş ve yanlışlarını düzeltmesine imkân vermemiştir.

### Ahlâk Teorisi

Bentham hedonist (hazcı) bir ahlâk sistemine inanmıştır. Onun görüşüne göre, haz iyidir ve hazdan başka hiçbirşey iyi değildir. Gözleme dayanmayan bir ahlâk sistemi daima şüphe ile karşılanmalıdır. Ancak gözlem, her zaman için geçerli ahlâk ilkelerine erişmeyi mümkün kılar. Başka bir deyişle F. Bacon'un fizik alanında yaptığını Bentham ahlâk konusunda gerçekleştirmek istemiştir. Ona göre insan hayatının gözlemi, her insanın mutluluğa erişmek ve elemden kurtulmak amacını taşıdığını gösterir. "Ahlâk Bilimi" adlı eserinde diyor ki, "Her insanın hayatının başından sonuna kadar isteğinin ve çalışmasının amacı mutluluğunu çoğaltmak yani hazza erişmek ve ıstıraftan kaçınmaktır."<sup>18</sup> Hazza erişmek, yaşayan ve hareket eden her varlığın amacıdır. Hayvanlar da hazı yaşamak isterler, fakat onlar hazı ararken geleceğe ait herhangi bir düşüncenin denetimi altında değildirler. Ancak insan aklı bir varlık olduğu için belirli bir davranışın doğurabileceği haz ve elemi tahmin etmek ve buna göre karar vermek yeteneğine sahiptir. Böylelikle Bentham, ahlâkı yalın bir ilkeye dönüştürmektedir. Bentham haz terimi yanında, onunla eş anlamda olmak üzere mutluluk terimini de kullanmaktadır. Menfaat kavramı da haz ve mutluluk terimleri ile ilişkilidir. Çünkü insana haz veren davranış onun yararına da uygundur. Yalın bir terim olan fayda bir şeyin ıstırafta engel olma veya belirli bir iyiliği oluşturma niteliğini açıklar<sup>19</sup>.

17 Bk. Friedmann, W. Legal Theory, fifth edition, 1967, s. 312.

18 Bentham, J. Deontology, Vol I, 1834, s. 59.

19 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 2.

İnsanın mutluluğuna, faydasına aykırı ahlâk ödevlerinin varlığını savunmak imkânsızdır.

Fayda düşüncesinin insan hareketlerinde rol oynadığını belirtmek, insanların özgeci hareketler yapmadıklarını göstermez. Yalnız başkalarını mutlu kılmak için olan hareketlerimiz de temelde egoist bir nedene, yani böyle davranmanın bize haz vermesine dayanmaktadır.

Bentham'ın sisteminde hazlar arasında nitelik farkı bulunduğu kabul edilmemekte ve hiçbir hazzın kendine ait özellikleri dolayısıyla diğer hazlara üstün olamayacağı belirtilmektedir<sup>20</sup>. Önemli olan, hazlar ve ıstırabların nicelik bakımından ölçülmesidir. Nicelik yönünden eşit olan iki hazzı nitelik bakımından farklı olsalar bile eşit saymak gerekir. Nicelik aynı olmak şartıyla şiirin insana sağladığı hazla, bir kâhvehane oyununun verdiği haz arasında hiçbir fark yoktur.

Bentham'ın teorisinde, hareketlere saiklerin ve saikler sonucunda doğan niyetlerin yön verdiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Fakat insan hareketlerinin doğruluğunu ve yanlışlığını belirten asıl kriter sonuçlardır. Çünkü ancak sonuçların haz verici olması veya olmaması hareketlerin ahlâka uygunluk veya aykırılığını ortaya koyar.

Bentham'ın ahlak sistemi hazzın iyiliği haz veren şeylerin doğruluğu ve ahlâklılığı varsayımına dayanmaktadır. Ancak hazzın tek iyilik sayılması, hareketlerin ahlâkiliğini belirtirken ortaya çıkan sonuçların dikkate alınmaması anlamına gelmemektedir. Hangi hareketin haz verici ve faydalı olduğunu belirtmekte sonuçlar en şaşmaz ölçüdür. Bundan dolayı harekette bulunmadan önce hareketin doğurması muhtemel haz ve ıstırab verici sonuçları göz önünde tutmak, muhtemel ıstırabları muhtemel hazlardan çıkarmak ve buna göre bir hareketi yapmak veya yapmamak gerekir. Böylelikle Bentham bir ahlâk aritmetiği kurmak istemiştir. Hareketin muhtemel sonuçları veya hareketten sonra gözlenen sonuçlar birçok durumlarda birbirinden farklı olduğu ve harekette bulunan insanların durumuna göre değiştiği için, Bentham'ın ahlâk aritmetiği aslında objektif bir nitelik taşımamaktadır. İnsan psikolojisinin tamamen dış etkilere bağlı olduğu şeklindeki iddiası doğru olmadığı gibi, haz veya ıstırabı

20 Bentham, J. The Principles of Morals and Legislation, London 1948, s. 181, 182.

21 Bentham, J. The Principles of Morals and Legislation, Oxford 1948, s. 219.

devamlılık özelliğini taşıyan ruh halleri sayması, haz ve ıstırapı birbirinden ayırması ve tamamen farklı şeyler olarak nitelendirmesi de eleştirilmiştir.

### Fayda İlkesi

Bentham'ın fayda ilkesi konusunda yaptığı açıklamalar ahlâk teorisi ile çok yakından ilgilidir. Ona göre, fayda ilkesine uygun hareket, en büyük hazzı veren veya mutluluğu sağlayan harekettir. Yalnız fayda sadece kişisel fayda olarak değil, aynı zamanda sosyal fayda olarak da anlaşılabilir. Eğer herhangi bir hareket kişiye haz veya mutluluk sağlarsa ve ıstırapın doğumunu önlerse ferdin faydasına uygundur. Eğer hareket aynı sonuçları toplum için doğurursa toplumun faydasıdır<sup>22</sup>.

Ona göre, fayda ilkesinin her zaman geçerli sayılması, onun doğruluğunun isbat edilebilir olmasından ileri gelmemektedir. Fayda, ahlâki düşünme sisteminin temeli olan ilk prensiptir. Düşünme sisteminin temeli olan prensibin açık olması yeter. Bir de bu ilkenin reddedilmemesi gereklidir. Matematiğe ait aksiyomlar nasıl yanlışlıkları ispat edilmediği sürece doğru sayılıyorsa, fayda ilkesini de yanlışlığı ispatlanamadığı sürece doğru saymak gerekir. İnsanların büyük çoğunluğunun menfaatlerini düşünerek hareket etmeleri ve ilkenin yanlışlığının ispat edilememesi, onu doğru saymağa yeterlidir. Böylelikle Bentham felsefe temellerinin ispatlanamayacağını ve rölatif bir nitelik taşıyacağını kabul etmiş olmaktadır. Bu konuda Bentham diyor ki: "Fayda ilkesinin doğruluğu kesin olarak ispatlanabilir mi? İspatlanamaz. Çünkü herşeyi ispatlamak için kullanılan bir ilkenin kendisini ispatlamaya imkan yoktur. Kanıtlar zincirinin belirli bir başlangıç noktası olması gereklidir. Ancak bu başlangıç noktasını bulmak hem imkansız, hem de gereksizdir"<sup>23</sup>.

Fayda ilkesinin yanlışlığı ispat edilemediğine ve insanların büyük çoğunluğu davranışlarında fayda amacına uyduklarına göre, onu, insan davranışlarının doğruluğu ve yanlışlığı konusunda ölçü saymakta yanlışlık olamaz.

Bentham, ahlâki fayda kavramından çıkarmaya çalışmıştır. Mutluluğun niçin iyi olduğunun, başka bir deyimle, faydalı hareketin neden iyi sayıldığının isbat edilemeyeceğini kabul etmiştir. Fakat herke-

22 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 2.

23 Bentham, J. The Principles of Morals and Legislation, Oxford 1948, s. 128.

sin mutluluğa kavuşmak ve menfaat sağlamak için çalıştığını gözlemin gösterdiğine inanmıştır. Bentham doğruluk ve yanlışlığın haklılık ve haksızlığın faydaya göre belirtilmesini önermiştir. Fakat kabul etmek gerekir ki, fayda ilkesinin sübjektif sayarak reddettiği vicdana ve ödev duygusuna oranla niçin daha objektif olduğu sorusunu cevaplandırabilmiş değildir.

Bentham'm teorisi kişisel fayda konusunda açık bir mahiyet taşımakla birlikte, sosyal fayda hususunda aynı açıklığa sahip bulunmamaktadır. Bentham toplumu gerçek değil, fakat kişilerin birleşmesinin doğurduğu fiktif (varsayımsal) bir varlık saymaktadır. Fayda ilkesinin bir sonucu olarak devletin "*en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu*" nu gerçekleştirmesini ve kişilerin menfaatleri arasındaki aykırılıkların bu ilkeye göre çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>24</sup>. Bununla birlikte onun kişilerin kendi çıkarlarını gözetmesinin genel menfaati kendiliğinden gerçekleştireceğine de inandığı söylenebilir<sup>25</sup>.

### Hukuk Teorisi

Bentham felsefi görüşlerini açıklamaya başladığı sırada, tabii hukuk teorisi Avrupa'da dikkati çekici bir egemenliğe sahipti. Bu yüzden onun kendi sistemini kurarken tabii hukuk teorisini eleştirmesini doğal karşılamak gerekir. Bentham'a göre hiçbir hukuk tabiatından gelmez. Çünkü hukuk, her zaman ve her yerde devlet otoritesi ile yaptırıma bağlanmış bir kurallar toplamı anlamına gelir. İnsanların sahip olduğu tabii haklardan söz etmek temelden yoksun bir görüşü ifade etmekle birdir. Hürriyetin "başkasına zarar veremeyecek herşeyi yapabilme kudreti" olarak tanımlanmasını da Bentham kabul etmiyor. Çünkü "başkasına zarar vermemek" ifadesi objektif hiçbir geçerlik taşıyamaz. Zaten Bentham'a göre toplumdaki ve devletten önce gelen hakların bulunduğu varsayımı yanlıştır. Sosyal hayatın gerekleri hakların meydana getirilmesini zorunlu kılabilir. Başka bir deyişle pozitif hukuk düzeninin tanıdığı haklardan başka herhangi bir hak kategorisinin varlığı savunulamaz<sup>26</sup>. Bu yaklaşım Bentham'ın hukuk anlayışının pozitivist karakterini belirgin şekilde göstermektedir. İnsan için tabii olan sadece "haz ve istirahat" duygularıdır ve bunların

<sup>24</sup> Bu konuda bk. Bentham, J. The Works of Jeremy Bentham, Bowring edition, Vol IX, 1843. s. 5.

<sup>25</sup> Bentham, J. Theory of Legislation. 1911, s. 144.

<sup>26</sup> Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 72, 73.

varlığını da gözlemi doğrulamaktadır<sup>27</sup>. Sosyal sözleşme teorisi, tarihsel bir gerçek değildir. Sosyal sözleşmeyi bir varsayım olarak kabul eden fikir adamları ise, farklı ve birbirine aykırı görüşleri savunmuşlardır. Vatandaşların devlete olan itaat ödevini de sosyal sözleşme teorisine göre açıklamaya imkân yoktur. Devlete itaatin gerçek nedeni menfaattir. Devlet, insanların mutluluğu için gerekli ve onların yararına uygundur. Çünkü devlet olmaksızın insanlar emeklerinin karşılığını elde edemezler. Devletsiz bir toplum hayatı, mutluluğun en önemli şartlarından birisi olan güvenlik duygusunu insanlara veremez.

Hukukun, daha doğrusu hukuk politikasının, gerçek amacı, toplum mutluluğu (sosyal fayda) nu sağlamak, yani toplumda en az ölçüde istirap ve mutsuzluğa sebep olmak ve en büyük ölçüde mutluluğu yaratmaktır. Kanun koyucu, toplum mutluluğunu en yüksek dereceye çıkarmak için dört ilkeyi göz önünde tutmalıdır. Bunlar:

- 1- Geçim araçlarını temin etmek,
- 2- Toplumda refah yaratmak,
- 3- Eşitliği gerçekleştirmek,
- 4- Güvenliği sağlamaktır<sup>28</sup>.

*Geçim araçlarını sağlamak* hukukun ödevidir. Ancak tabiat insana bu konuda en güçlü içgüdüyü vermiş bulunmaktadır. Her insan yaşayabilmek için ihtiyaç duyduğu şeyleri elde etmek zorundadır. Eğer insan muhtaç olduğu yiyecek ve giyeceği bulamazsa, tabiatın çok sert yaptırımı olan ölümle karşılaşır. İnsanın sahip olduğu içgüdü ona cesaret, ileriye görüş ve çalışma enerjisi verir. Bu yüzden devletin doğrudan doğruya müdahalede bulunarak insanları çalışmaya zorlamasına ihtiyaç yoktur. Hukuk düzeni ancak zorunluluk durumunda cezalandırmak ve bazan da mükâfat vermek yoluyla geçim araçlarının sağlanması için müdahalede bulunabilir<sup>29</sup>.

Hukukun, *toplumda refah yaratmak* için müdahalesini de Bentham ilke olarak gerekli saymıyor. Çünkü karşılaştığı ihtiyaçların çeşitli oluşu, zenginliğe sahip olma isteği ve egoizm, insanı daha çok çalışmaya iter. İnsan çalışması fazlalaştıkça elde ettiği karşılığın da büyüdüğünü görerek daha fazla çalışmak ister. Refaha erişme eğili-

27 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 82, 83.

28 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 96;

29 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 100.



mini kanun koyucu teşvik etmelidir. Böylece toplum faydası için en elverişli şartlar yaratılabilir<sup>30</sup>.

Bentham *eşitlik* amacı üzerinde de durmaktadır. Kanun koyucunun ödevi, bütün insanların haz duymağa ve ıstırap çekmeğe aynı derecede elverişli olduklarını gözönünde tutmak ve ferdlerin mümkün olduğu ölçüde eşit muamele görmelerini sağlamaktır.

Hukukun dördüncü amacı *güvenliği sağlamaktır*. Bentham hukukun dört amacı içinde en önemli ve üstün olanın güvenlik olduğu kanısındadır. Çünkü geçim araçlarını temin etmek, refahı sağlamak ve eşitliği gerçekleştirmek ancak güvenliğin varlığı ile mümkün olabilir. Güvenlik olmadan ticaret, tarım ve endüstri mümkün olamaz. Güvenlik diğer üç ilkedен farklı olarak yalnız şimdiki değil, geleceği de kapsamaktadır. İnsanlar hayvanlardan farklı olarak sadece bugünde değil, gelecekte de yaşarlar. Güvenlik insanın yalnız bugün değil, geleceği de düşünerek çalışmasını, gelecek için plânlar yapmasını ve bu plânları gerçekleştirmek için çaba harcamasını mümkün kılar. İnsanların geleceğe ümitle bakmaları toplum düzeninin onlara güvenlik duygusunu vermesi halinde söz konusu olabilir. İnsanlık tarihi güvenliğe yapılan saldırıların ağır sonuçlar doğurduğunu göstermektedir<sup>31</sup>.

Bentham hukukun dört amacı arasında hürriyetten söz etmemektedir. Bunun sebebi, onun, hürriyeti güvenliğin belirtisi saymasıdır. Ona göre, hürriyet, ancak devletin zorlama gücü sayesinde ve bu güç var olduğu sürece anlam taşıyabilir. Devletin güvenliğini sağlayan kanunlar kişiyi, kişinin şerefini ve mülkiyetini güvence altına alır. Bu konuda Bentham diyor ki: "Pek çoğumuz hürriyetten söz ettiğimiz zaman gerçekte güvenliği kastederiz"<sup>32</sup>. Hukukun gerçekleştireceği dört amaç arasında güvenliğe birinci planda yer vermiş olması ve hürriyeti güvenliğin bir parçası sayması, Bentham'ın sisteminde "otorite" fikrinin asıl yeri işgal ettiğine kanıt sayılabilir.

Bentham'a göre, hukukun gerçekleştireceği bu dört amacı teorik bakımdan birbirinden ayırmak kolaydır. Fakat bunlar uygulamada çoğu zaman birbirine karışmaktadır.

30 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 101.

31 Bentham, J. Theory of Legislation, London 1911, s. 93, 137, 141.

32 Bentham, J. The Limits of Jurisprudence Defined, 1945, s. 34, 35.

## Hukukta Yaptırım Sorunu

Bentham'ın kanısına göre, hukuk kurallarının yürürlüğü onların yaptırımları ile yakından ilgilidir. Hukuk kuralı genel olarak iki bölümden oluşur. Birinci bölüm kanun koyucunun iradesini, ikinci bölüm ise insanların bu iradeye uymalarını sağlayacak yaptırımı içerir. Hukuk kuralının birinci bölümü insanın algılama yetisine, ikinci bölümü de iradesine yönelir. Yaptırım denilince hatıra ilk önce ceza veya zarar kavramları gelir. Oysa Bentham bazı durumlarda yaptırımın mükâfat da olabileceği görüşündedir<sup>33</sup>. Bu yaklaşım Bentham'ın ahlâk teorisinde insan davranışını haz ve elem duygularının belirlediğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Ona göre ceza şeklindeki yaptırım tehdit, mükâfat nitelikli yaptırım ise davet demektir. Bentham en çok kullanılan yaptırımın ceza olduğunu reddetmiyor. Bazı durumlarda ise mükâfatın yaptırım olarak kullanılabileceğini ileri sürüyor. Ancak mükâfatın yaptırım olarak uygulama alanı ona göre çok sınırlıdır<sup>34</sup>.

Cezanın hukukun yaptırımı olarak çok daha yaygın kullanılmasının nedenleri şunlardır:

- 1- Ceza mükâfata oranla daha kesindir.
- 2- Mükâfatın yarattığı hazzın etkisi sınırlı ve geçicidir, cezanın doğurduğu ıstırap ise kapsamlı ve devamlı nitelik taşır.
- 3- Mükâfatın yaptırım olarak sık kullanılması devletin mâli kaynaklarının karşılayamayacağı ölçüde çok harcama yapmasını gerektirir.

Genel bir yola zarar verilmemesini ve yolun bozulmaması için yola zarar verenlerin cezalandırılmasını öngören hukuk kuralı, söz konusu yolu bozan veya bozmaya teşebbüs eden herkese kural yürürlükte kaldığı sürece uygulanabilir. Buna karşı belirli bir yolu inşa edeceklere mükâfat verilmesi biçimindeki hukuk kuralı yolun yapılmasında hizmeti geçenlere mükâfatlarının verilmesi ile birlikte yürürlüğünü kaybeder<sup>35</sup>.

33 Bentham, J. *The Limits of Jurisprudence Defined*, 1945, s. 224, 225.

34 Bentham, J. *The Limits of Jurisprudence Defined*, 1945, s. 225.

35 Bentham, J. *The Limits of Jurisprudence Defined*, 1945, s. 226.

Bentham, bir hukuk kuralının aynı zamanda hem ceza, hem mükâfat yaptırımı içerebileceğine değiniyor. Soygunculuğu ihbar etmeyi cezalandıran ve ihbar edeni mükâfatlandıran bir hukuk kuralı, ona göre, hem ceza hem mükâfat yaptırımını içermektedir. Ancak Bentham bir hukuk kuralı mükâfatı içerse de onda cebir unsurunun egemen olduğunu görmektedir. Bir icatta bulunacak olanlara hukuk kuralı aracılığı ile mükâfat vaad edilmesi icatta bulunmak konusunda bir yükümlülük yüklememekle birlikte icatta bulunan kişiye mükâfatın verilmesi konusunda devlet memurlarına bir emir yöneltmek tedir<sup>36</sup>. Yani yaptırımı yalnızca mükâfat olarak görünen bir hukuk kuralında bile cebir unsuru dolayısıyla bulunmaktadır.

Bentham'ın mükâfatın hukuk kuralının yaptırımı olabileceği görüşünü İngiliz pozitivist Austin reddetmektedir. Ona göre Bentham'ın mükâfatı yaptırım sayması, saik ve yaptırım kavramlarını birbiri ile karıştırmasından doğmaktadır. Hukuk kuralı belirli bir davranışın yapılmasını sağlamak için mükâfat vaad ediyorsa, bir yükümlülük getirilmemekte fakat davranışta bulunanlara bir hak sağlamaktadır. Kuralın emir içerikli bölümü ise mükâfatı vermekle görevli olanlara yönelmektedir<sup>37</sup>. Austin ancak ceza biçimindeki yaptırımın insanı yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayabileceğini belirtmektedir.

Buckland, mükâfatlar verilmek suretiyle halkın devlet düzenine uymasının sağlandığı bir hukuk düzenini tasavvur etmenin mümkün olduğuna inanmaktadır. Buckland, bu konuda bazı hastalıkların haber verilmesini ceza yaptırımına bağlayan İngiliz hukukunun aynı zamanda hastalığı haber verecek doktorlara mükâfat verilmesini emrettiğini örnek olarak göstermektedir<sup>38</sup>.

Bununla birlikte mükâfatın bir yaptırım türü olmadığı ve hukuk düzeninin eski ve yeni, ilkel ve çağdaş bütün toplumlarda devletin doğrudan veya dolaylı biçimde cebir uygulaması sayesinde geçerlik kazandığı söylenebilir.

#### Hukuk Tanımı

Bentham hukuku şöyle tanımlıyor: "Hukuk, hükümler güç tarafından vaz edilen veya benimsenen ve hükümler gücün egemenliği altındaki insanların davranışlarını düzenleyen kuralları bütünüdür"<sup>39</sup>

36 Bentham, J. The Limits of Jurisprudence Defined, 1945, s. 235, 236.

37 Austin, J. The Province of Jurisprudence Determined, 1945, s. 16, 17.

38 Buckland, W. Some Reflections on Jurisprudence, 1945, s. 88, 89.

39 Bentham, J. The Limits of Jurisprudence Defined, 1945, s. 90.

Bu tanımla hukuk adalet unsurundan tamamen soyutlanmaktadır. Ayrıca egemen gücün kendi irade izharları dışında benimseme yoluyla bazı irade açıklamalarına hukuki nitelik kazandırabileceği kabul edilmek yoluyla geniş kapsamlı bir hukuk tanımına ulaşılmaktadır. Bu tanımda emir faktörü önemli bir yere sahip bulunmaktadır. Bentham hukuk kurallarının ya bir emri veyahut bir müsaadeyi öngördüğünü, fakat emir unsurunun hukuk kurallarının büyük çoğunluğunda etkili olduğunu ifade ederek *hukukun emriliği* görüşüne katılmaktadır.

Diğer taraftan, Bentham'ın kanısına göre hukuk hayatında hak, yükümlülük gibi fiktif (varsayımsal) terimler sık sık kullanılır. Ancak bunlar dış dünyada varlığını algıladığımız gerçeklikler değildir. Hukuk kurallarını uygulayabilmek için bu tür terimlere başvurulur. Bu nedenle hukukta kullanılan fiktif terimlerin hangi tür hayat ilişkilerini düzenlediğini araştırmak gereklidir.

Hukuk kurallarının yorumlanması konusunda Bentham genişletici yoruma karşı çıkmakta ve "kanun koyucunun yorumcuya değil, eleştirmene muhtaç olduğunu" savunmaktadır<sup>40</sup>.

Bentham, mülkiyet konusu üzerinde dururken pozitivist yaklaşıma bağlı kalmakta, mülkiyetin kişinin ve toplumun mutluluğu bakımından gerekli olduğunu, ancak mutlak hak özelliğini taşımadığını, pozitif hukukça fertlere tanınan yetkiyi içerdiğini belirtmektedir<sup>41</sup>.

### Ceza Hukuku

Bentham hukukun başlıca iki fonksiyonu olduğunu kabul ediyor. Hukukun pozitif fonksiyonu, toplumun mutluluğu için gerekli şartların sağlanması ve imkânların yaratılmasıdır. Buna karşı hukukun negatif fonksiyonu insanların zararlı davranışlarını önlemek suretiyle topluma istirap veren durumları azaltmaktır. Bununla birlikte toplumu oluşturan insanların mutluluğu asıl amaç olduğuna göre ceza vermek yoluna zorunluluk olmadıkça başvurmamak gerekir. Başka bir ifade ile, bir kötülüğün yapılmasına ancak daha büyük bir kötülüğü önlemek için müsaade edilebilir<sup>42</sup>.

Suçların ve cezaların belirlenmesinde duygusal ve subjektif nedenler rol oynamamalıdır. Fayda ilkesi insan davranışlarını husule

40 Bentham, J. *The Limits of Jurisprudence Defined*, 1945, s. 330.

41 Bu konuda bk. Bentham, J. *Theory of Legislation*, London 1911, s. 120-123.

42 Bentham, J. *The Principles of Morals and Legislation*, 1948, s. 281.

getirdikleri faydalı ve zararlı sonuçlara göre sınıflandırmak ve zararlı davranışları suçlar şeklinde objektif olarak saptamak imkanını verir.

Bir suçun sonuçları birinci derecedeki ve ikinci derecedeki sonuçlar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Suç yüzünden mağdur olan ve onunla ilişkisi bulunan kimselerin uğradıkları zararlar suçun birinci derecedeki sonuçlarıdır. İkinci derecedeki sonuçlar ise suçun işlenmesi dolayısıyla toplumun uğradığı zararları ifade eder.

Bentham cezaların saptanmasında üç önemli kuralın uygulanmasını öneriyor:

1- Ceza, suçun suçluya sağladığı faydadan daha büyük bir zararı içine almalıdır ki suçların sayısı azalsın.

2- Suçun doğurduğu zararın büyüklüğü oranında ceza da büyük olmalıdır.

3- Cezanın doğurduğu elem, suçun suçluya sağladığı yararı mümkün olduğu ölçüde az aşmalıdır. Her ceza ıstırap vericidir. Bu yüzden kanun koyucunun cezaları belirtirken dikkatli olması gerekir<sup>43</sup>.

Bu üç kural gösteriyor ki, Bentham bir yandan ceza vermekteki amacın toplum faydasını savunmak olduğunu kabul etmekte, diğer yandan da cezaların fazla sert ve elem verici olmamasını savunmaktadır. Genel fayda düşüncesi, onun sisteminde birinci derecede rol oynamakla birlikte kişisel menfaatlerin korunması da ihmal edilmemektedir.

Cezalandırma hakkını sosyal fayda ilkesine dayandıran anlayış büyük ölçüde gerçeği yansıtmaktadır. Cezanın belirtilmesinde suçun toplum için taşıdığı tehlikenin göz önünde tutulması gerektiği fikri de yanlış değildir. Toplum menfaatlerini daha ağır biçimde ihlâl eden fiillerin daha şiddetli şekilde cezalandırılması görüşü de gerçeğin ifadesidir. Bentham'ın cezalandırma hakkını sosyal faydaya dayandıran yaklaşımı daha sonra pozitivist cezacılar tarafından da benimsenmiştir<sup>44</sup>.

J.S. MILL

Genel Bakış

Bentham'dan sonra gelen en büyük İngiliz faydacısı John Stuart Mill'dir. J.S. Mill (1806-1873) faydacılığın İngiliz düşünce hayatında

43 Bentham, J. Theory of Legislation, 1911, s. 272.

44 Taner, Tahîr Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 1953, s. 30.

egemen olduğu ve faydacılıktan çıkarılan ilkelerin sosyal hayatta uygulanmaya çalışıldığı bir dönemde yaşamıştır.

Mill, insan bilgisinin, dış dünyanın duyular aracılığıyla zihinde doğurduğu izlenimlerin sonucu olarak meydana geldiğini kabul etmektedir. Zihinde husule gelen bu izlenimler, zaman ve mekân içindeki yakınlık veya birbiri ardı sıra gelme durumu nedeniyle birleşmekte ve fikirlerin teşekkülü mümkün olmaktadır. Bilgi teorisinde J.S. Mill'in İngiliz ampirizmine ve çağrışımcılığa bağlı kaldığını söylemekte yanlışlık yoktur.

Fizik alanında geniş kapsamlı bir determinizmin varlığına J.S. Mill inanıyordu. Ona göre, her olay kendisinden önce gelen olayların sonucudur ve bütün evreni kapsayan bir neden-sonuç ilişkisi vardır. Şu halde fizik olaylarını açıklayan tabiat kanunlarının doğruluğunu kabul etmek gereklidir. Fakat bütün tabiat kanunlarını tek bir kanuna dayandırmak imkânı yoktur. Çünkü tabiat kanunlarının varlığını deneyle ve gözlemle anlayan insan, tabiattaki genel düzenin nedenini bilemez. Olaylar arasındaki nedensellik ilişkisi ve tabiatta görülen determinizm konusundaki fikirlerinde J.S. Mill'in Comte'un etkisi altında kaldığı söylenebilir.

1843 yılında yayınladığı "Tümevarımcı ve Tümdengelimci Mantık Sistemi" adlı eserinde, J.S. Mill, fizik ve sosyal bilimlerde metod sorununu incelemektedir. Tümevarım metodunun fizik bilimler alanında doğurduğu başarılarla dikkati çeken Mill, sosyal bilimler alanında da bu metoddan faydalanılması lüzumu üzerinde durmaktadır. Mill'e göre, sosyal bilimlerde de tümevarım metodu başlıca yeri tutmalı, fakat sosyal olayların tek olarak açıklanmasında tümdengelim yoluna başvurulmalıdır.

J.S. Mill faydacılık teorisine hayatının sonuna kadar bağlı kalmış ve Bentham'ın felsefe sistemini benimsediğini söylemiştir. Ama kaynak ve nitelik yönünden faydacılıkla bağdaşmayan fikirlere sistemi içinde yer vermesi, onu bazı çelişiklere sürüklemiştir.

J.S. Mill'in önemli eserleri şunlardır: "Tümevarımcı ve Tümdengelimci Mantık Sistemi", "Hürriyet", "Faydacılık", "Siyasal Ekonomi", "Temsilî Hükümet Konusunda Düşünceler"<sup>45</sup>.

45 Mill, J.S. *Système de logique, déductive et inductive*, tome second, Paris 1909, s. 414-416.

46 John Stuart Mill'in "Faydacılık" isimli eseri Şahap Nazmi Coşkun'lar tarafından dilimize çevrilerek 1946 yılında, "Hürriyet" isimli kitabı da Osman Dostel tarafından tercüme edilerek 1956 yılında yayınlanmıştır.

## Ahlak Teorisi

J.S. Mill, faydacı ahlâk konusundaki düşüncelerini "Faydacılık" adlı eserinde açıklamıştır. Ona göre, düşünürler "summum bonum" (en yüksek iyilik) kavramı üzerinde durmuşlar ve bu sorun ahlâk konusundaki tartışmalarda her zaman önemli yere sahip olmuştur. Ancak bu konuda herhangi bir fikir uyuşması olmadığını kabul etmek gerekir.

Ahlâk ilkelerini belirtme yolunda yapılan çalışmaları J.S. Mill iki bölüme ayırıyor. Ahlâkı *a priori* ilkelere dayandırmak isteyenler, bu ilkelerin kendiliklerinden açık olduğunu ve bu nedenle onların oldukları gibi kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ahlâkı deneysel bir bilim sayanlar ise, ahlâk biliminin dayanacağı temel ilkelerin tümevarım ve gözlemden çıkarılmasını önermişlerdir. Ahlâk ilminin ilkelerini deney ve gözlemden çıkarmaya çalışmak, ilk ilkelere ispat edilebilir olması anlamına gelmez. Fakat ahlâkın dayanacağı ilk ilkelere belirtilmesinde gözlem ve deney yoluna başvurulması, daha doğru sonuçlara ulaşmayı mümkün kılar. Bu arada Mill, idealist bir ahlâk görüşünün ifadesi olan Kant'ın "kategorik emperatif" inden fiilî ahlâk ödevlerinin çıkarılamayacağını belirtiyor<sup>47</sup>. Deneysel bir ahlâk sisteminde ilk ilkelere *a priori* bir ahlâk sisteminde olduğu gibi isbat edilemez. Ama gözlem, deneysel ahlâkın temel ilkesini yalanlamamaktadır. Mutluluğun istenilen tek şey olduğunu, gözlemin verdiği sonuçlarla açıklamak mümkündür. Gözlem insanların mutluluğu istediklerini göstermektedir ve mutluluğun niçin istenmesi gerektiği konusunda gösterilebilecek tek kanıt insanların mutluluğu istemeleridir.

Mill, ahlâkın temel ilkesinin hazzın iyiliği olduğunu kabul eden Bentham'ın hedonist yaklaşımını aynen benimsiyor: "Fayda veya en büyük mutluluk ilkesini ahlâkın temeli sayan teori davranışları mutluluğu artırma eğilimini taşıdıkları ölçüde doğru ve mutluluğun tersine neden olma eğilimini taşıdıkları ölçüde yanlış sayar. Mutluluk, hazzın varlığını ve ıstırabın yokluğunu, mutluluktan yoksunluk ise ıstıراب ve hazzın yokluğunu gösterir"<sup>48</sup>.

Mill, haz ahlâkı konusunda Bentham'ın görüşlerine katılmakla birlikte bazı noktalarda ondan ayrılmaktadır. Bentham, hazlar ara-

47- Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 4.

48- Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 6.

sında nitelik bakımından herhangi bir ayırım yapmamış, hazlar arasında yapılacak karşılaştırma ve seçimde niceliğin temel sayılmasını ileri sürmüştür. Halbuki J. S. Mill hazların niteliğe göre sınıflandırılmasının mümkün olduğu kanısındadır<sup>49</sup>. Ona göre ruhsal hazlar bedenî hazlara oranla daha yüksek değer taşırlar. İnsanların çoğunluğunun bedenî hazları ruhsal hazlardan üstün tuttıkları doğru olmakla birlikte, bu durum ruhsal hazların bedenîlere üstün olduğu gerçeğini değiştirmez. Ruhsal hazları yaşamak zor ve elem vericidir. Fakat buna rağmen onlara kavuşmak için uğraşmak lâzımdır. Ruhsal hazlara ulaşmak için acı çeken insan bedenî hazlara sahip bir budalaya tercih edilmelidir.

Mill'in ahlâk sistemini Bentham'inkinden ayıran diğer bir özellik de ödev duygusuna bağımsız bir anlam tanınmasından doğmaktadır. Ona göre, bu duygu sempati, sevgi veya korku hislerinin sonucu olarak doğar. Dinsel duygular, çocukluğa ait hatıralar, onur duygusu ve seyrek olarak da kendini küçük görme, ödev duygusuna sebep olabilir. Mill'in ampirizmi onu doğuştan var olan bir ödev kavramını benimsemekten alıkoyuyor. Mill, ödev duygusunun insanın ruhsal hayatının bir sonucu olduğunu söylemekle *a priori* değil, fakat *a posteriori* bir ödev kavramına ulaşmaya çalışıyor. Ödev duygusunun tanımlanmasına imkân yoktur. Fakat onun varlığını gösteren çok kuvvetli bir kanıt vardır. O da "ödev yerine getirilmediği zaman kuvvetli veya zayıf şekilde duyulan elemdir"<sup>50</sup>. Vicdan olarak ifade edilen şey de gerçekte ödev duygusundan ayrı değildir.

Mill, fayda kavramının statik değil, dinamik bir kapsama sahip olduğunu ileri sürmüştür: "Fayda ilkesinden çıkarılan sonuçlar... sürekli bir gelişime tâbidir" diyerek fayda ilkesinin sürekli değişen ve gelişen içeriğini açıklamaya çalışmıştır. Toplum nasıl sürekli bir gelişim içinde ise sosyallik bağı ile topluma bağlı olan insan da öylece sürekli bir gelişim içinde bulunmak gerekir. Başka bir deyişle hayatın ve sosyal ilişkilerin değişen şartlarına göre fayda ilkesinin de içeriği değişmelidir<sup>51</sup>.

49 Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 7.

50 Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 26.

51 Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 28.



## Hukuk Teorisi

### a- Adalet ve fayda

Mill, bütün yüzyıllar boyunca fayda ilkesine yapılan en kuvvetli itirazların adalet idesine dayandırıldığına inanmaktadır. Haklı ve haksızın ölçüsü olarak fayda ilkesi ne zaman ileri sürülmüşse, faydacılık görüşünün karşıtları fayda kriterlerinin yanlışlığını ispat için adalet fikrine başvurmuşlardır. Düşünürlerin büyük çoğunluğu adaleti mutlak, kendiliğinden varlığa ve değere sahip bir kavram olarak anlamışlar ve bu kavramı rölatif nitelik taşıyan fayda fikrinden ayırmışlardır. Ancak faydacı görüşü kabul etmeyenlerin çabaları boşuna olmuştur. Bunun gerçek nedeni fayda ve adalet fikirlerinin birbiriy-le yakından ilişkili olmalarıdır.

Adalet, soyut bir kavram olarak ele alındığı zaman farklı davranış yönlerini bu kavrama dayanarak haklı göstermek mümkündür. Hukuk tarihi bunu doğrulayan örneklerle doludur.

Tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri adalet kavramı ile yakından ilgilidir. Daha doğrusu adalet kavramının unsurlarıdır. Ancak eşitlik, değişik zamanlarda ve değişik ülkelerde farklı biçimlerde anlaşılmıştır. Soyut adalet kavramı unsurları nasıl belirlenirse belirlensin değişik biçimlerde anlaşılmaya elverişlidir.

Mill, vergi toplanması konusunda çeşitli adalet ölçülerinin kullanılabilmesine dikkati çekiyor. Devletin her vatandaşın maddi durumu ne olursa olsun aynı ölçüde vergi alması adalete uygun sayılabilir. Nasıl ki derneklerde ve kulüplerde bütün üyelerden aynı aidat toplanmaktadır. Devlet bütün vatandaşları eşit ölçüde koruduğuna göre, vatandaşların da devlet giderlerine eşit şekilde katılmaları adaletin gereğidir denebilir. Bu görüş adalete uygun olabilir, fakat faydasızlığı ve elverişsizliği dolayısıyla uygulanmamaktadır. Çünkü geliri ne olursa olsun her vatandaşın aynı verginin istenmesi *sosyal fayda* ilkesine aykırıdır<sup>52</sup>. Diğer görüş ise, satın alma gücü daha fazla, yani iktisadi yönden daha güçlü olan vatandaşların daha çok vergi ödemelerini destekler. Bu görüşü savunanlar da adalet düşüncesinden esinlendiklerini iddia etmektedirler. İkinci fikrin kabul edilmesi ve uygulanması onun sosyal fayda anlayışına uygunluğundan ileri gelmektedir. Şu halde vergi konusunda da doğru bir çözüme gidebilmek için adaleti ve sosyal faydayı birlikte ele almak gerekir.

<sup>52</sup> Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 54, 55.

Mill'in kanısına göre, adalet ve fayda eş anlamlı kavramlar değildir. Fakat adaletin faydadan ayrılması da imkânsızdır. "Adalet duygusu" adalet ve fayda kavramlarını birbirine bağlamaktadır.

Mill "adalet duygusu"nun bazı kuralların insanlar arasında yerleşmesinde etken olduğuna inanmaktadır. Ona göre, insanların çoğunluğu, bir kimsenin kişisel hürriyetinden ve malından yoksun bırakılmasını adaletin ihlâli saymak eğilimini taşır. Şu halde herkesin hürriyetine ve malları üzerindeki hakkına saygı gösterilmesi, bir adalet kuralı sayılabilir. Bununla birlikte "her insanın hakkına sahip olması ve hakettiği cezayı çekmesi" en açık ve tutarlı adalet kuralıdır ve insanların büyük bir çoğunluğunca benimsenmektedir. Mill, bu şekilde belki de farkında olmadan tabii hukuk teorisinin geliştirdiği idealist adalet anlayışına yaklaşmış olmaktadır<sup>53</sup>.

#### b- Hürriyet ve Fayda

Bilindiği gibi Bentham hürriyeti, güvenliğin bir belirtisi olarak düşünmüş ve sisteminde hürriyete bağımsız bir yer vermemiştir. Mill ise, hürriyeti, kişi ve toplum menfaatlerine uygunluğu dolayısıyla yüceltmekte ve hürriyetin sınırlarını göstermeye çalışmaktadır. "Hürriyet" isimli eserinin başında Mill amacının "toplumca kişi üzerinde haklı şekilde kullanılabilen gücün tabiat ve sınırlarını" belirtmek olduğunu ifade etmektedir<sup>54</sup>. Mill'in kanısına göre, insanların ve toplumun kişinin hürriyetine karışması ancak kendini koruma durumunda haklı olabilir. Bu, şu mânâyâ gelir ki, kişinin maddi ve manevi mutluluğunu sağlamak için onun özgürlüğüne karışılması doğru değildir. Ama kişi, başkalarının menfaatlarına davranışlarıyla zarar veriyorsa o zaman toplum, kendi menfaatlarını korumak için müdahale edebilir<sup>55</sup>. Böylece Mill, insan davranışlarını ikiye ayırmaya çalışmaktadır. Bir davranışın doğurduğu faydalı ve zararlı sonuçlar, sadece hareketi yapan kişide kalıyorsa, toplumun karışmaya hakkı yoktur. Fakat davranış toplumun diğer üyelerini de etkiler, yani onlar için zararlı sonuçlara sebep olursa, o zaman toplumun ferdin hürriyetine karışmaya hakkı vardır. Etkisi yalnızca kişide kalan hareketlere kesin olarak karışılmaması gerekir.

Hürriyetin önemini belirtirken, Mill, fizikötesi ilkelere mümkün olduğu ölçüde kaçınmakta ve idealist hukukçuların savundukları

53 Mill, J.S. Utilitarianism, London 1943, s. 41.

54 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 1.

55 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 138, 139, 140.

kanıtlara dayanmamaktadır. Kendisi "soyut hak fikrini değil", gelişen bir varlık olan insanın sürekli menfaatlerinde kaynağını bulan faydayı, hürriyetin gerekliliğini göstermek için temel kabul ettiğini söylüyor<sup>56</sup>.

Devletin, kişisel özgürlüğe mümkün olduğu ölçüde az karışmasını Mill, en doğru çözüm yolu saymaktadır. İçki içip sarhoş olan bir kimseyi sadece bu nedenle toplumun cezalandırmaya hakkı yoktur. Fakat görevi başına sarhoş giden bir memuru cezalandırmak toplumun hakkıdır. Bunun gibi bir insanın içki alışkanlığı onun borçlarını ödemesine veya ailesini geçindirmesine engel oluyorsa, toplumun karışması doğru sayılabilir. Çünkü bu iki durumda kişinin hareketleri başkalarına zarar verici bir nitelik taşımaktadır.

Mill, hürriyetin kişi ve toplum bakımından lüzumunu göstermek için başlıca iki kanıt ileriye sürmektedir.

1. Hürriyet, karakter ve kişiliği olan insanların ortaya çıkmasını sağlar. Bu bakımdan toplum için faydalı bir kurumdur. Bir ulus belirli bir süre ilerledikten sonra gelişemez hale gelir ve gerilemeye başlarsa, bunun gerçek nedenini, hürriyetin dolayısıyla kişilik ve karakter sahibi insanların eksikliğinde aramak gerekir<sup>57</sup>. Toplumda hürriyet olursa farklı düşünce ve yaşama tarzları belirir. Bundan da toplumların ne ölçüde faydalandıklarının en açık örneği Avrupa uygarlığıdır. Avrupa uygarlığı, farklı düşüncelerin savunulabilmesi olanağından doğmuştur. Avrupa'da insanlar, sınıflar, uluslar farklı yönlerde gelişmek imkânını bulmuşlardır. Bundan da insanlığın öğündüğü bir uygarlık ortaya çıkmıştır. Dahiler de ancak hürriyet düzeni içinde kendilerini gösterirler. Dehalar her toplumda çok seyrek olarak ortaya çıkar. Fakat dehaların yetişebilmesi için de hürriyetin varlığı şarttır. Bunun başlıca nedeni dahilerin diğer insanlara oranla daha kuvvetli kişilikleri olması ve toplumun sınırlamalarına uymakta güçlük çekmeleridir. Dahi, hürriyet havası içinde kendi üstün yeteneğinin bütün ürünlerini verebilir ve bundan toplum büyük faydalar sağlar. Dehanın temsil ettiği orijinallik, ayrı düşünceler, ilk zamanda yadırgansa da daha sonra toplumun gelişimine etki yapar<sup>58</sup>.

2. Her insan kendi mutluluğunu nasıl sağlayacağını, başka insanlardan ve toplumdan daha iyi bilir. Ferd kendi yeteneğine en uygun yönü seçmek, kendi hayatını en iyi şekilde düzenlemek konusun-

56 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 15.

57 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 105.

58 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 94.

da birinci derecede yetkili durumdadır. Bu nedenle toplumun ferdin hürriyetine karışması faydalı değil, zararlı sonuçlar doğurur<sup>59</sup>.

Mill, toplumun belirli konularda nasıl davranacağı konusunda ferde bazı tavsiyelerde bulunabileceği, ancak kendisi ile ilgili konularda karar hakkının münhasıran ferde ait olması gerektiği kanısındadır. İnsanların yaşama biçiminin ve fikirlerinin toplum tarafından belirlenmesi halinde insanlar mutlu olamayacakları gibi böyle insanların oluşturduğu bir toplum da mutlu olamaz ve gelişemez.

Mill, "Hürriyet" isimli eserinde hürriyetin sosyal faydası dolayısıyla ulaşılması gerekli bir amaç olduğunu savunmaktadır. Onun bazı hürriyeti kendiliğinden (per se) iyi saydığı görüşüne de kapılmak mümkündür. Ancak esere faydacı düşüncenin hâkim olduğu şüphe götürmez. Çünkü Mill'in hürriyeti savunurken ileri sürdüğü kanıtlar, hürriyetin doğal bir hak olmasından değil, fakat ferde ve topluma faydalı olmasından kaynaklanmaktadır. Bentham, güvenliğin esas olduğunu, hürriyetin ancak güvenlik sayesinde gerçekleşebileceğini savunduğu halde Mill, hürriyetin hem fert hem toplum için vazgeçilmez bir mutluluk aracı olduğunu belirtmektedir.

Mill, hürriyet konusunu incelerken demokratik fikirlerin üstünlüğü bütün Avrupa'da kabul edilmiş bulunuyordu. Fakat yönetenlerin despotluğa kadar tehlikeli yeni bir despotluğun, çoğunluğun despotluğunun izleri belirmeye başlamıştı. Mill, "Hürriyet" isimli eserinde, toplum çoğunluğunun baskısı ile toplum üyelerinin belirli düşünceleri ve hayat şekillerini benimsemeye zorlanmasını da reddetmektedir. Çoğunluğun despotluğuna engel olmak isteği, onun "Temsili Hükümet Konusunda Düşünceler" isimli araştırmasında açıkça görülmektedir. Mill, demokrasinin sadece çoğunluğun hak ve yararının savunulduğu bir rejim olmadığına inanmaktadır. Çoğunluğun zorbalığını önleme konusunda en elverişli araç olarak nisbî temsil seçim sistemini görmektedir<sup>60</sup>.

Bentham ve Mill hazza erişmenin bütün insan davranışlarının amacı olduğunu kabul etmişlerdir. Her ikisi de insanların mutluluk peşinde koştuklarının gözlem sonunda anlaşılabilirliğini ileri sürmüşlerdir.

59 Mill, J.S. On Liberty, London 1930, s. 106.

60 Bk. Mill, J.S. Considerations on Representative Government, London 1928, s. 55 ve sonrası.

İlk önce haz kelimesi üzerinde durmak gerekir. Hazzın çeşitli insanlarca ayrı şekillerde anlaşılması mümkündür. Örneğin bir insana gezinti yapmak, başka bir insana beğendiği bir kitabı okumak ve nihayet diğer birisine de musiki dinlemek haz verebilir. Yani haz, değişik insanlara değişik şeyleri anlatır. Bütün insanların haz veya mutluluk aradıkları doğru olsa bile, haz kelimesinin insandan insana farklı şeyleri belirtmesi dolayısıyla objektif bir ölçüye varılması çok güçleşmektedir.

Bentham, hazların nitelik yönünden birbirinden ayrılmasına imkân olmadığı düşüncesindedir. Mill ise, hazların nitelik bakımından ayırma tâbi tutulabileceklerine ve ruhsal hazların bedenî hazlardan daha üstün olduğuna inanmaktadır. Hazzın insanın tek amacı ve iyiliğin ölçüsü olduğu kabul edildikten sonra hazlar arasında bir ayırım yapılması haz dışı bir ilkeye başvurmak anlamına gelir. Çünkü, hazların nitelik yönünden ayrılmasını sağlayacak ilke, gözlemden çıkarılamaz. Şu halde Mill bu şekilde fizikötesi bir ölçüye sisteminde yer vermiş olmaktadır.

Bentham özgeciliğin (altruizm) aslında büyük bir menfaat uğruna küçük bir menfaatten vazgeçilmesi demek olduğuna inanıyor. Mill, ise ferdi menfaatten başkalarının menfaati uğruna vazgeçmeyi özgecilik sayıyor ve özgeci hareketlerin gerçek nedenini, toplumun ve insanlığın faydasını gözetmenin doğurduğu büyük hazla açıklıyor. İnsanların özgeci davranışlarını, gelecekte yaşanacak bir haz veya kazanılacak bir menfaatle açıklamak teşebbüsü doğru olmayabilir. İnsanın başkalarına yardım etmesi, kendi çıkarlarından başkaları adına vazgeçmesi, gerçekte menfaat dışı nedenlere dayanabilir. İnsanın sahip olduğu ödev duygusu, başkalarına yardım isteği, özgeci hareketlerin yapılmasında rol oynamaktadır.

İnsan hareketlerinin çoğunluğunun özel ihtiyaçları karşılamaya yöneldiği yolundaki gözlemlerde önemli bir gerçek payının bulunduğu açıktır. İhtiyaçların sağlanmasının insana haz verdiği de ifade edilebilir. Fakat insanların mutluluk veya menfaat konusundaki fikirlerinin değişik oluşu, bu gözlemden sağlam bir ahlâk kriteri çıkarılmasını çok güçleştirmektedir. Kaldı ki, insanların bazı hareketleri menfaatle ilgili olmayan özgeciliğe yönelir. Diğer bazı hareketlerin, ise alışkanlık sonucu olduğunu kabul etmek gereklidir. Ahlâk bilimi insan hareketlerini açık bir kritere göre değerlendirmek amacını izlemelidir. Bu açık ölçünün olması gerekenden çıkarılması lüzumludur. Ancak

olması gerekenle ilgili objektif kriter arama çabaları umut verici sonuca bizi ulaştırabilmiş değildir. Olması greeken kavramında saklı bulunan sübjektiflik insanlığın yüzyıllar boyu süren uğraşının sonuçsuz kalmasının belki de en önemli nedeni olmuştur.

### Eleştiri

Bentham ve J.S. Mill, hukuku başlı başına bir amaç değil, fakat toplum mutluluğunu sağlamanın aracı sayıyorlar. Oysa toplum mutluluğu veya menfaati kavramının neleri içine aldığını veya alması gerektiğini kesinlikle belirtmeye imkân bulunmadığı söylenebilir. Bu konuda insanların ayrı görüşlere sahip olabileceklerini de kabul etmek gerekir. Yalnız her toplumda çoğunluğun, toplum mutluluğunun gerekleri konusunda bir görüşe sahip olduğu ileri sürülebilir. Ulus çoğunluğunun toplum faydası konusundaki fikirleri, toplumun gerçek faydasına aykırı olabilir. Fakat ulus çoğunluğunun, ister doğru ister yanlış olsun, kendi mutluluğunun neleri gerektirdiği hususunda tamamen açık olmasa bile bazı fikirleri olduğu söylenebilir. Ancak acaba sosyal mutluluk veya fayda hukukun gerçekleştirmek zorunda bulunduğu tek amaç mıdır? Bu soruya olumsuz karşılık vermek gerekir. Çünkü kanunların çıkarılmasında halkın taşıdığı ahlâki duygular ve sahip olduğu adalet anlayışı da menfaat gibi rol oynamaktadır. Bu yüzden mutluluk ilkesini kanunların hazırlanmasında hâkim olan tek amaç saymak doğru değildir.

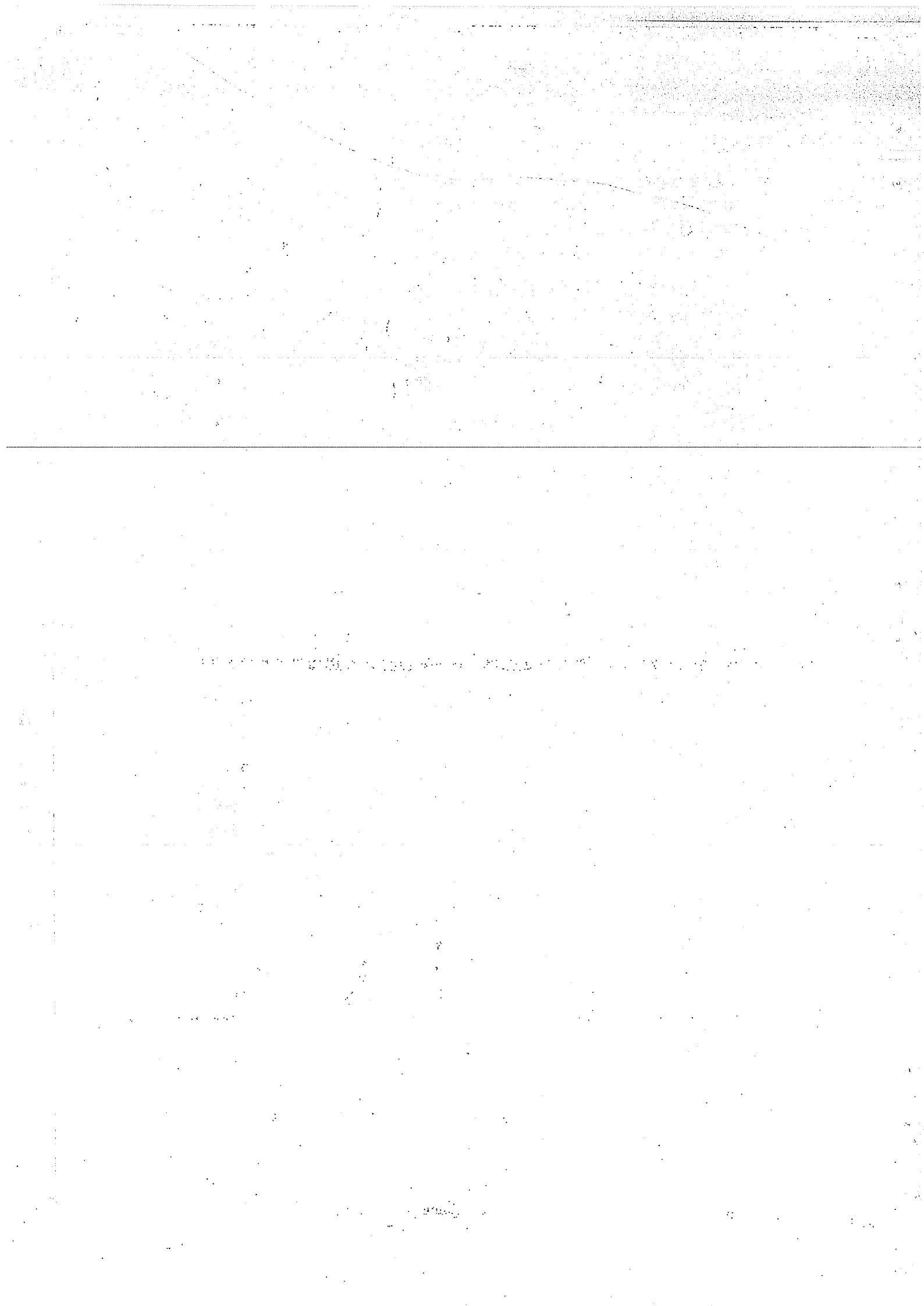
Bentham, tabii hukuk teorisini yermiş ve fizikötesi kavramların hukuk alanında kullanılmasını kabul etmemiştir. Bununla birlikte fizikötesi ilkelerin kullanılmasına karşı çıkan Bentham'ın bazı fizikötesi terimleri benimsediği söylenebilir. Örneğin üzerinde ısrarla durduğu "*en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu*" ilkesine hangi gözlem veya deney sonunda ulaştığını Bentham, açıklayamamaktadır.

Tabii hukuk teorisini reddetmesine rağmen XIX. yüzyılın gereklerine uygun bir toplum düzeninin kurulması konusunda Bentham'ın tabii hukukçularla paylaştığı pek çok fikir bulunmaktadır. Tabii hukukçuların hürriyet ilkesine dayanarak savunduğu değişiklikleri Bentham fayda temeline dayanarak haklılaştırmaya çalışmıştır. Böylece teorik açıdan tabii hukukçulardan ayrılmakla birlikte uygulamaya ait sorunlarda onlarınkine benzeyen çözümler önermiştir.

Bentham'ın hukukun emri niteliği ve hukuk kuralının analizi konusunda geliştirdiği fikirler İngiliz pozitivizmini kuvvetle etkile-

miŒtir. Onun İngiliz hukukunun modernleŒtirilmesi konusundaki çabalarının da İngiltere'de hem kanun hukukunun etkinliğinin güçlenmesinde, hem de hukuk kurumlarının iyileŒtirilmesinde faydalı ve yapıcı bir rol oynadığı inkâr edilemez.

Bentham'inkinden farklı bir çağın temsilcisi olan J.S. Mill, faydacılığın belki de son etkili düşünürü olmuŒtur. Ancak onun hürriyet kavramını savunmakta gösterdiği başarı, çoğunluk despotizminin tehlikesine dikkatleri çekmek suretiyle siyasi düşünceye olan katkısı, kendisine hukuk ve politika düşüncesinde ayrı bir yer kazandırmıŒtır.





yaşadığı zamanda tarihsel olarak nispeten geri duruma düşmüş olan Almanya'da geliştirmiştir: Hem yapılan hem yapılması gereken üzerine düşünmüştür. Hegel, açtığı Hristiyanlığın "dünyevileşme" si yoluna son taşları koymuştur.

### IX. MARKSİZM

#### Genel Olarak

Hegel felsefesi Almanya'da 1840'lı yıllara kadar hakim olmuştur. Bu etkinin iki ayrı yönde geliştiğini söyleyebiliriz. İlki genç Hegelciler olarak isimlendirilenler Max Stirner (1806-1856), Bruno Bauer (1809-1882), Aguste von Cieszkowski (1814-1894) ve Ludwig Feuerbach (1804-1872)'dir. Genç Hegelciler diyalektik yöntemden yola çıkıyorlardı ve toplumsal yapının çözümlenmesi onların temel sorunuydu. Genç Hegelciler'e göre, hem var olan politik düzen, hem de hakim din, felsefe ve hukuk anlayışları dönüşüme uğratılmalı hatta yıkılmalıdır. Tarihsel sürecin tamamlanmamışlığını ve diyalektik sarmalın yeni bir dönüşüme yol açacağını göstermeye çalışıyorlardı. Bu grup içinde yer alan Ludwig Feuerbach'ın düşünceleri Marx üzerinde oldukça etkili olmuştur.

Diğer akım ise Hegel felsefesini geleneksel idealizm çerçevesinde sürdürüyordu ve Hegel'in özellikle Hukuk Felsefesi kitabını, birey, toplum ve devlet ilişkilerinde bir yükümlülük olarak anlıyordu. Bu akımın taraftarları, bölünmenin temel nedeninin, tarihsel diyalektik kavramına verilen anlam olduğunu belirtmekteydiler<sup>433</sup>. Yaşlı Hegelciler, din ve felsefeyi, aydınlanmanın yıkıcı şüpheciliğinin üstesinden gelen ve inanç için yeni bir temel kuran, ileri düzeydeki bir uzlaşma olarak yorumlamaktaydılar. Hegel gibi III. Willheim'in Prusya'daki egemenliğini de "tin" in diyalektik açıdan doruk noktası olarak görmüşlerdir.

Engels, Marx'ın düşüncesi üzerinde Alman İdealizmi, Fransız Sosyalizmi ve İngiliz İktisat anlayışının etkisi olduğunu belirtmektedir. Marx'ın yabancılaşma teorisi, gerçekten Hegelci idealizme ilişkin tinin ya da düşüncelerin diyalektiğini, emeğin ve sınıf savaşının materyalist bir diyalektiğine dönüştüren materyalist eleştirisinin doğrudan bir uygulamasıdır. Marx, Hegel felsefesine büyük değer verir. Hegel'in hem ampiristlere hem de aydınlanmacılığın tutumuna yönelttiği eleştirilere katılır.

Ashında Marx'tan önce, insan toplumlarının evrimi ve devletin oluşumu konusunda, çağdaş Batı düşüncesinde Hobbes'tan Hegel'e kadar ortak bir tarih anlayışı egemendir. Felsefi idealizmin ürünü olan bu tarih anlayışına

433) West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş. s. 65 vd..

göre, devlet öncesi toplum, tutku ve içgüdülerin hakim olduğu, herkesin herkese karşı savaş halinde olduğu akıldışı bir toplumdur. Devlet, bu düzensiz güç egemenliğinin denetlenmiş bir özgürlüğe dönüşmesi, tutku ve içgüdülerin aşılması anlamına gelir. Bu nedenle de devlet, akılcı bir varlık olan insanın ortak yaşamının en yüksek ve en son aşaması olarak kabul edilebilir.

Machiavelli gibi devleti gözlemci-gerçekçilik çizgisinde kavrayanlardan, bir ideal olarak devleti doğal hukukun gerçekleştirici formu olarak kuran Hobbes, Rousseau ve Kant'a kadar, çizgi daima devlet kavramına dayandırılıyordu. Devlet olgusunun toplumların yaşamındaki rolünün ve tarihteki yerinin böyle algılanması elbette ki, devlet öncesi toplumu "olumsuz" bir aşama, devleti ise insan aklının evrimi sonucunda ulaşılan "olumlu" bir aşama olarak gören felsefi idealizmden kaynaklanmaktadır. Bu düşünce tarzının doruğu olarak Hegel'i görebiliriz. Hegel, Hukuk Felsefesi isimli çalışmasında devleti artık sadece bir gereklilik ya da ideal değil, tarihsel hareketin kavranması olarak algılamaktaydı. Bu tarih anlayışının, Marx'ın tarihsel maddeci yaklaşımı ile tersine çevrildiğini görüyoruz. Marx'ın tarihsel maddeciliğe ilişkin teorik çalışmalarının Hegel'in Hukuk Felsefesi'nin Eleştirisi (1843), 1844 El Yazmaları ve Alman İdeolojisi (1845-1846) ile şekillendiğini görüyoruz.

Düşünce tarihi açısından bir dönüm noktası olan Marksist düşüncenin önemi, daha çok sosyolojik ve iktisadi açıdan ele alınmaktadır. Oysa Marx kendi çalışmalarını, tepe taktak olan Alman idealist felsefesini ayakları üstüne oturtan bir felsefe olarak tanımlar. Kurmuş olduğu perspektifle tarihselci yanını da ortaya koyarak tüm insanlık ve zamanlar için bir açıklama şeması geliştirmesi bile başlı başına onun felsefe açısından ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Marksist düşünce temel alınarak başlatılmış olan yeni bir devlet modeli ve yeni bir sosyal yapılanma anlayışı, Marksizm'in önemini hukuk felsefesi açısından daha da arttırmaktadır. Marx, filozofu, "yabancılaşmış dünyanın ölçeği olarak ortaya koyan" insan olarak tanımlar. Burjuva toplumunun üyesi olarak filozof, "var olan durumun sadece transandantal, soyut bir anlatımıyla" uğraşır. Bu gözlemi, filozofun görünüşteki tarafsızlığı ile yabancılaşmış toplumsal ilişkilere karşı protestosu arasındaki organik ilişki anlayışıyla temelden bağlantılıdır<sup>434</sup>. Marx, toplumsal bir bilinç biçimi olarak felsefenin kavranamamış olmasının, daha önceki tutumların spekülâtif kalmasına yol açtığını düşünüyordu. Bilinçli bir tutumla felsefe, yanılsamaları aşan bir tutuma dönüşebilecektir.

1789 Fransız Devrimi'nin liberal bireyci düşüncesi, yasa önünde eşitlik

434) Oizerman, *Felsefe Tarihinin Sorunları*, s. 88.

ilkesinin sağlanması ile insanlar arasındaki eşitsizliğin kalkacağını savunmaktaydı. Bu eşitlik ilkesi özgürlük ve kardeşlikle tamamlandığında siyasal toplum en üst gelişmişlik düzeyine erişecekti. Aslında tüm sınıfsal yapıları kuşattığı söylemi ile yola çıkan Fransız Devrimi, devrimin gerçekleşmesi sırasında arkasında olan geniş yoksul ve emekçi kitlesini devrimin hemen sonrasında terk etmiştir. Devrim aristokrasinin yönetimden silinmesi anlamını taşıyordu. Böylece soy esasından gelen eşitsizlikler kalktığında toplumsal barışa giden yollar açılacak, herkes toplumsal yaşamda gösterdiği gayrete göre yaşamdan payına düşeni alacaktır. 1789 hareketi ile temelleri atılmış olan yeni siyasal yapılanma, mülkiyet hakkı, sanayi ve ticaret özgürlüklerini sağlamakla ve ulusal egemenliğe dayalı güçlü devlet yapısı ile yeni bir pozitivist anlayışın felsefi temsilcisi olmuştur. Eşitlik anlayışı belki soy esasının kaldırılması için kınılmıştı ancak ne cinsiyet açısından eşitlik ne de bu güçlü siyasi iktidarı belirleyecek seçimler için bir oy eşitliği söz konusu olmamıştır. Bu güçlü siyasal dalgalanmayı güçlü bir ekonomik kalkınma izlemiş, özellikle Avrupa hızla sanayileşme yoluna girmiştir. Fyzyokrat iktisat anlayışının öngördüğü kendiliğinden gerçekleşecek olan toplumsal refah bir türlü gerçekleşmemiş, önceki yönetimde yoksul olanlar daha da yoksul olmuştur. XIX. yy.'ın başlarında kapitalist düzenin aksaklıkları, sosyal ekonomik düzendeki bozukluklar, ekonomik krizler ve doğurduğu güçlükler düzenin daha da kötüye gitmesine, genel bir hoşnutsuzluk halinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. İnsanın, vicdan özgürlüğü ve mülkiyet hakkı da dahil liberal hakları, yetersiz yansımalara dönüşmüştür. Aslında bu haklar toplumdan koparılmış bencil insanın haklarıdır.

Fransız Devrimi ile kurulan sisteme ilk tepkilerin öncü sosyalistlerden geldiğini söyleyebiliriz<sup>435</sup>. Çoğunluğu ütöplast olan söz konusu düşünürler bu kötü gidişin durdurulmasının yollarını aramışlardır. Amaç yeni bir ideoloji değişikliği yaratmaktan çok uygulamalarla sistemin düzeltilmesidir.

Marx, tarihsel materyalizm ve ütöplast sosyalizmin, tek tek bireylerin ve sivil toplumun gözlemlenmesi yoluna gittiğini belirterek, kendi yaklaşımının, toplumsal varoluşun gelecekteki biçimine atıfta bulunduğunu söylemektedir. Ütöplast sosyalistler kapitalizmi ahlâksal bir kötülük ve insan doğasının çarpıtılışı olarak görmüş ve eleştirmişlerdir. Marx ise toplumun sosyalist dönüşümünü kaçınılmaz bir zorunluluk olarak kabul etmiştir<sup>436</sup>.

435) Saint-Simon'un yaklaşımları, Fourier ve Owen'in kurmuş olduğu sistemler buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak Marksizm tarafından bu yaklaşımlar hayalci olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, değişimin bu görüşleri aşan bir biçimde toplumsal hareketliliğin ivmesinden doğacağı belirtilmiştir. Marksizm öncesi sosyalizm için bkz. Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, ss. 306-323.

436) Hugh Collins, **Marxism and Law**, Oxford. Oxford University Press, 1982, s. 75.

Leibniz'in yanılmakta olduğunu, çünkü bu dünyanın olası tüm dünyaların en iyisi olmadığını ve değiştirilmesi gerektiğini öngörmektedir<sup>437</sup>.

Marx çağdaş toplumun hastalığının ekonomik olduğunu belirtir. Marksizm toplumsal gelişim süreci ile üretim ilişkileri arasında kurduğu bağlantı aracılığıyla gelişim sürecinin bir tasarımı yapmıştır. Materyalist tarih görüşüne göre, insan yaşamının, düşünceler de dahil olmak üzere, tüm yönlerinin gelişimi, bilincin farklı bütün teorik ürünleri ve biçimleri, din, felsefe, ahlâk ve diğerleri, gerçek üretim süreci yoluyla açıklanmak durumundadır. Marx'ın "ideoloji" konusundaki görüşleri, düşüncelerin gelişiminin, üretim tarzının sonucu olan güç ilişkileri tarafından belirlendiğini dile getirir. Bu ideoloji de din ve felsefe içinde biçimlenir. Bu nedenle din ve felsefe eleştirisi kaçınılmaz bir biçimde var olan toplumun değişimine götürür. Marx bu anlamda felsefeyi, politik eylemden ayırmaz. "Filozoflar, yalnızca dünyayı çeşitli biçimlerde yorumladılar, amaç onu değiştirmektir" derken, özellikle bunu vurgulamaktadır. Böylece teori ile pratik bir araya getirilmiş olmaktadır. Bu birlikte oluş, Marx'ın düşüncelerini tarih ve politika olaylarına yeni bir biçimde bağlar. Marx'ın felsefeyi eleştirel bir tarzda "aşma" ya da "geride bırakma" tavrı, felsefeye kesin bir veda, gerçekçi ve son çözümlenmede daha yararlı siyaset ve bilim araştırmaları için yeterli bir başlangıç olarak yorumlanmıştır.

Marx, "yönetici sınıfın düşünceleri her çağa hakim düşüncelerdir, eş değişle toplumun maddi gücü olan yönetici sınıfı aynı zamanda toplumun hakim entelektüel gücüdür. Maddi üretim araçlarını elinde bulunduran sınıf aynı anda, zihinsel üretim araçlarını da kontrol eder", demektedir. Toplumsal yaşamda asıl belirleyici olan üretim ilişkileridir. Daha doğrusu ikili bir yapılanmada ortaya çıkan toplumsal düzen üst yapı ve alt yapı ilişkilerinden oluşur. Alt yapı ekonomik ilişkilerdir ve onun aldığı biçim tüm üst yapı kurumlarını bu arada siyasal sistemi ve hukuku da belirler. Belli üretim ilişkilerinin geçerli olduğu toplumsal yapı kendisine uygun siyasal yapıyı doğurur. Bu yapıda etkinliği elinde bulunduran sınıf otoritesini güçlendirerek kurumları, hukuku ve kültürel yapıyı belirler. Ancak toplumsal akışkanlık devam ettiğinden hakim sınıfın yeri yeni bir sınıfla değişir.

Marksizmin hukuk felsefesine yansımada iki konunun ön plana çıktığını görmekteyiz. İlki, hukukun, sınıfların doğumu ve gelişimine etkisi ve tarihsel materyalizme göre bu etkinin nasıl bir açılımla ortaya koyulabileceğidir. İkincisi ise sosyalist ahlâk ve hukuk ilişkisidir. Sovyetler Birliği deneyimi, Frankfurt okulu ile güncellenen Alman eleştirel okulu, İngiliz dil

437) Oizerman, *Felsefe Tarihinin Sorunları*, s. 52.

analizi yaklaşımı ve tarih yaklaşımları, bu iki temel bağlamı Marksist perspektiften değerlendirmiştir<sup>438</sup>.

Sovyetler Birliği pratiğinin yeni bir açılım olarak ortaya konulmasında temel çalışma olarak Eugeny Bronislavovich Pashukanis (1891-1937)'in 1924 yılında yayınlanmış olan *The General Theory of Law and Marxism, An Experiment in the Criticism of Basic Juridical Concepts* isimli çalışması bir milat olarak alınmaktadır. Bu çalışma bir yandan yirminci yüzyıl hukuk felsefesinin Marksist doktrince yorumlanması olduğu kadar, bu yaklaşımın hukukun genel felsefi sorunlarına verdiği cevapları da içermektedir.

İkinci yaklaşım olarak belirginleşen Frankfurt Okulu'nun çalışmalarıdır. Başlangıçta Frankfurt Toplumsal Araştırmalar Enstitüsü olarak ortaya çıkan bu okul, Marksizm uygulamasının başarısızlığı ve kavramlarının içi- nin boşaltılmasının bir eleştirisini yapmaktaydı. Tüm bu olumsuz dene- yimden farklı olarak okul, Marksizmin çağdaş görüşler açısından yeniden yorumlanması amacındaydı. Theodor Adorno (1903-1969), Max Horkhei- mer (1895-1973) ve Herbert Marcuse (1895-1979) bu akım içinde önemli isimler olarak belirginleşir.

Marksizmi daha çok genel felsefi perspektifte inceleyen bu görüşler, hukuk felsefesi başlığını aşacağı için sadece ismen zikredilmiştir. Şimdi doğrudan Marx'ın kendi değerlendirmelerine geçelim.

## A. Karl Marx

*Filozoflar, sadece dünyayı çeşitli biçimlerde yorumladılar, amaç dünyanın değiştirilmesidir.* (K. Marx, **Feuerbach Üzeri- ne Tezler**)

### 1. Yaşamı

Karl Marx 1818'de Trier'de doğmuştur. Babası Alman Yahudisi bir avukattır. Bonn, Berlin ve Jena gibi ünlü üniversitelerde okumuştur. 1842'den başlayarak gazeteci olarak Almanya'da hayatını sürdürmüştür. 1843'de çalıştığı gazete kapanınca bir süre Paris'te yaşamış, 1845'te Fransa'dan sınır dışı edilmiştir. 1848 yılında hayatında çok önemli yer edinen Engels ile tanışmıştır.

Fransa'dan sınır dışı edildikten sonra önce Brüksel, daha sonra da Londra'ya yerleşmiş ve hayatını burada sürdürmüştür. 1848 tarihli olan ve Engels ile birlikte yazdığı Komünist Manifesto başta olmak üzere, ideolojik yaşamının önemli eserlerini İngiltere'de yazmıştır. En ünlü çalışması Ka-

438) Collins, *Marxism and Law*, s. 27 vd.

pital [Das Kapital] 1867-1894 yılları arasında tamamlamıştır. Aslında Marx ve Engels'in düşünceleri ayrılmaz bir bütün oluşturur. Alman İdeolojisi, Ekonomi Politikasının Eleştirisine Katkı ve bir çok makaleden oluşan Seçkiler'i, Marx'ın diğer önemli eserleridir. 1883'te ölmüştür.

## 2. Marx'ın Genel Felsefesi

Marx, filozofların dünyayı sadece çeşitli biçimlerde yorumlamış olduklarını, oysa görevlerinin onu değiştirmek olması gerektiğini söyleyerek felsefeye bambaşka bir anlam vermiştir. Pozitivizmin dışladığı felsefe, Marxist anlayışla yeni bir biçim olarak bilimsel bilgi ile bütünleşme noktasına taşınmaya çalışılmıştır. Bu ünlü önerme, bir yandan yorumlamanın felsefi bilginin temel gelişme biçimi olduğunu açıklamakta, öte yandan, kendi görevi de sadece var olan şeyi yorumlamak olan felsefenin kınanması amacını taşımaktadır<sup>439</sup>. Marx birbirinden son derece farklı görüşler ileri süren spekülatif felsefenin bir tarafa bırakılmasını ve yeni bilimsel bir felsefenin ortaya konulmasını istemektedir. Bununla, felsefe yapmanın, hakikatin araştırılması olarak betimlenecek herhangi bir sonuçla değil, belirli bir entelektüel doyumla ödüllenen bir tür bilgi arayışı olduğunu savunan burjuva felsefesindeki egemen inançtan farklı olacağı düşüncesindedir.

Marx'ın düşünsel etkileşim temelleri üç başlık altında toplanabilir:

— Diyalektik, bütünlük gibi kavramlar açısından özellikle Alman idealist felsefesi ve Hegel'den,

— Fransız sosyologları özellikle Saint-Simon ve Fourier'den burjuva, sınıf ve devrim gibi kavramların temellendirilmesi açısından,

— İngiliz siyasi ekonomisinden Adam Smith ve David Ricardo'nun mübadele değeri, anamal, üretim ve dağıtım gibi kavramlarından etkilenmiştir.

Marx siyasi teoriyi, siyasi eylemin bir parçası olarak algılamaktadır. Çünkü siyasi teori, gerçek üzerinde bir tasavvurdan öte, sosyal değişim için çalışan ya da bunun önüne geçmeyi hedefleyen siyasal mücadelede önemli bir araçtır, görüşündedir. Hegel'in dünyayı, düşüncelerin gelişiminin esasını oluşturduğu tarihsel diyalektik bir süreç olarak algılamasına, maddi yaşamın gelişiminin de temel yapılması gerektiği fikrini ekler. Böylece Hegel'in "idealist" tasarımı Marx'ın "materyalist" tasarımına dönüşür. Hegel'in kültürel-entelektüel yönelime (Geist) yaptığı öncelikli atfa karşın, Marx materyal-ekonomik yöne ağırlık vermektedir. Bu fark göz önünde tu-

439) Oizerman, Felsefe Tarihinin Sorunları, s. 146.

tulduğunda, Hegel'in "diyalektik idealizmi"nden Marx'ın da "diyalektik materyalizmi"nden söz edebiliriz.

Marksist felsefe, toplumsal gelişimin belirleyici gücünün ne dış doğa, ne de insanın doğasında olduğunu kanıtlama uğraşındadır. İnsanlar, toplumsal üretim, kendilerinin ve başkalarının gereksinimlerini karşılama süreci içinde, dış doğayı dönüştürürler. Üretim güçlerinin gelişimi, toplumsal ilişkilerin niteliklerini ve insanların yaşam tarzlarını belirler. Üretici güçler, insanların yarattığı üretim araçlarıdır. Burada, insanların tarihlerini kendilerinin yarattığını, ancak bunu istemlerine göre değil, her kuşağın kendinden öncekilerden gelen üretici güçlere uygun olarak yapacağını da belirtir.

Marx, özellikle diyalektikle ilgili görüşleriyle ve kapitalizme ilişkin eleştirileriyle ün kazanmıştır. Marx'a göre, gerçekten var olan her şey maddenin diyalektik hareketi sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, diyalektik sadece düşünceler için değil, doğadaki her şey için de geçerlidir. Diyalektik yöntem sosyal yaşama uygulandığında, gelişmenin harekete geçirici gücü Hegel'de olduğu gibi, bir ulusun ruhu ile değil, ulus içinde üretim süreçlerini belirleyen sınıflar aracılığıyla olur. Bununla birlikte toplumdaki sınıflar da, maddi faktörlerin ürünüdür. Sınıfları, üretim tarzları belirler. Bir toplumun sahip olduğu üretim teknolojisinin türü, bu toplumu içinde, söz konusu teknolojiye karşılık gelen bir sınıf yapısının ortaya çıkışına yol açar. Buna göre, etkin olan üretim teknolojisi, tarımsal kökenli ise ortaya feodalizm çıkar. Makineleşme etkin olduğunda ise yeni üretim teknolojisi, yeni bir sınıfsal yapılanmayı yani burjuvaziyi ortaya çıkarır.

Bu sınıfsal temelli gelişme modelini, özellikle kapitalizme ilişkin analiz çerçevesine oturtmuştur. Kapitalizm analizinde ekonomik değer kuramını benimsemiştir. Bu kurama göre bir şeyin değeri, o şeyin belirli koşullar altındaki üretim sırasında söz konusu olan emeğin fiyatı ya da değeriyle özdeşdir. Kapitalizm en fazla yararı elde etme düşüncesine dayanır. Bu amaca ulaşmak için sürekli olarak üretim araçlarını geliştirir. Bu gelişmenin toplum üzerinde bazı etkileri olur. Üretim artar; üretim arttıkça kar artar, kar arttıkça üretim sürecinde işçinin yerini makineler alır. Bunun sonucu, iş gücünün değerinin sürekli düşmesidir. Üretim artışının sonucunda ortaya çıkan bu iki karşıt eğilim, gittikçe emeğin değerinin düşmesine, iş gücünden başka bir şeyi olmayan bu insanların daha az ücrete çalışmayı kabul etmek zorunda kalmalarına yol açar. Bu da yoksulluğu artırır ve sınıflar arası uçurumu keskinleştirir.

Kapitalist sistemin itici gücü artı değerdir. Artı değer kapitalist ekonomideki, sermaye sahibinin kârını açıklar. İşçinin sahip olduğu tek şey emeğidir. İşçi bu emeği kapitaliste satar. Kapitalist ise bunun karşılığında işçiye

bir ücret öder. Bu ücret harcanan emeğin daima çok altındadır. İşte, işçinin ürettiği malın değeriyle aldığı ücret arasındaki fark artı değerdir. Zenginliği emeğiyle işçi yarattığı halde, bunun karşılığını alamadığı için çatışma ortaya çıkar. Bunun dışında başka ahlâki gerekçelerle de kapitalizm Marx tarafından eleştirilmiştir. Kapitalizm sadece kötü ve işe yaramayan bir ekonomik sistem olmakla kalmayıp, insanlar arası ilişkileri de bozar. Kapitalist toplumda yabancılaşmayı yaratan emektir. Çalışma zorunluluğu ve emeğin artı değer yaratması, insanın emeğinin efendisi olmasını engeller. Kapitalist toplumdaki biçimiyle “dönüştürülmüş” doğa karşısında güçsüzleşen insan hem kendine hem de diğer insanlara yabancılaştır ve nesneye dönüşür. Bunun nedeni ise çıkar savaşlarıdır. Toplum bir orman haline gelir. Rekabet ve başarı en belirleyici öğe olur. Sistem mutsuzluk üretir. Marx modern kapitalist toplumun sadece teknolojiye değer vermekle kalmayıp, teknoloji tarafından üretilen nesnelere taptığını söylemektedir. Modern kapitalist toplumda, insanlara gösterilmesi gereken saygı, teknoloji tarafından üretilen nesnelere verilir. Bu ise gerçek bir fetişizmdir. Kapitalist toplum, insanları birbirinden uzaklaştırır. Bu ahlâk kaybı ancak kapitalizmin yıkılışından sonra yeniden kurulacaktır.

Marksist tarihsel materyalizm, insan toplumlarının gelişiminin sınıf çatışması ile belirlendiğini savunmaktadır. Marksist kurama göre, sınıf çatışması, ekonomik üretim araçlarının gelişimi ile belirlenmiştir ve bu gelişimin kaçınılmaz sonucu da, kapitalizmin proleterya devrimiyle yıkılması olacaktır. Kapitalizmin yerini önce sosyalizm, bolluk ve zenginlik sağladıkdan sonra da tam anlamıyla komünizm alacaktır.

Marx, kapitalizmin insanlara hem üretim hem de değiş-tokuş ilişkilerinde amaç olarak değil araç olarak davrandığı görüşündedir.

Marx komünizmin, haklar, hoşgörü, temsili demokrasi, muhalif siyasi partiler, hukukun üstünlüğü ve piyasalar da dahil, liberal düşüncenin en temel ve en kapsamlı kategorilerine duyulan gereksinimi ortadan kaldıracığına inanmıştır. Çünkü bu kategoriler geçici çözümler sağlar<sup>440</sup>.

### 3. Hukuk ve Devlet Anlayışı

Marx, maddi-ekonomik ilişkiler alanı ile siyasal ilişkiler alanı olan devlet arasındaki ilişkinin, Hegelci idealist yaklaşımla kavranmasının eleştirisi ile siyaset felsefesine giriş yapmıştır. Bu noktada Hegel’in iddialarının aksine, maddi-ekonomik ilişkiler alanını düzenleyen devlet değildir. Devleti koşullandırıp düzenleyen maddi ve ekonomik ilişkilerdir.

440) Will Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, çev. Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 247.



TOPLUMSAL ÜSTYAPI  
-DEVLET, HUKUK, DİN vs.

TOPLUMUN MATERYAL TEMELİ  
-MATERYAL ÜRETİM KOŞULLARI

Marx, tarihsel olarak toplumun temelini, basit aile ya da klan biçimini almış birleşik aileye dayandırır. Bir siyasi oluşum olarak devlet, toplumun işbölümünün ve sınıf mücadelesinin doğrudan ürünüdür.

Topluma göre ikincil olan ve bağımlılık özelliği gösteren devlet, Marksizm'e kadar olan değerlendirmelerde belirleyen olarak gözükmüş olmasına rağmen bunun tam zıddı söz konusudur. Bu tespitten devletin aynı zamanda toplumsal evrim sürecinin son aşaması olmadığı ve mutlak olmadığı sonucu da çıkmaktadır<sup>441</sup>. Devleti var eden tarihsel koşullar ortadan kalktığında devlet de kural olarak ortadan kalkacaktır. Marx'ın Engels'le birlikte geliştirdiği bu maddeci tarih anlayışı, Hegelci anlayışın bütünüyle anti-tezi görünümündedir. Marx yaşadığı dönemde etkin olan idealist felsefe ve tarih anlayışına karşı eleştirilerini, Alman İdeolojisi isimli çalışmasında ilk kez sistemli olarak ortaya koymuştur. Alman İdeolojisi'nde, toplumsal işbölümü, mülkiyet biçimleri, sınıf ilişkileri ve devlet-hukuk-ideoloji ilişkisiyle belirlenen egemenlik sistemlerini detaylı biçimde incelemiştir.

Marx'ın toplumsal-siyasal yapılanmaya ilişkin değerlendirmelerini üzerine oturtmuş olduğu tarihsel materyalizm bir gelişim sürecidir. Marks tarihin düz bir çizgide ileri doğru bir hareketle gerçekleşmediğini düşünmektedir. Tarih daha çok niteliksel sıçrayışlarla ilerler.

İlkel komünal toplumla başlayan işbölümü, özel mülkiyet ve mübadelenin gelişmesi sonucunda komünal toplumun dağılmasına yol açmıştır. İlkel komünal toplum temelde eşitlikçi bir yapıdadır. İlkel komünal toplumun çözülüp dağılması, sınıflı ve organize olmuş devletli topluma geçişin ön şartı olarak görülmektedir. Komünal toplum dönemi aynı zamanda insanlığın yazılı tarih öncesi olarak adlandırılmıştır.

441) Morrison, *Jurisprudence from the Greeks to Postmodernism*. s. 127 vd..

— EKONOMİK ÜRETİM İLİŞKİLERİ

Toplumsal sınıf yok Çatışma yok	<b>İLKEK KOMÜNALİZM</b>	Devlet ve hukuk ilkel ve organik düzeyde
Efendiler ve köleler Çatışma ve sınıf mücadelesi	<b>KÖLECI ÜRETİM TARZI</b>	Devlet ve hukuk, yönetici sınıfın çıkarlarını korumak ve çalışanları sömürmek için geliştirmekte
Feodal lordlar ve serfler Çatışma ve sınıf mücadelesi	<b>FEODAL ÜRETİM TARZI</b>	Devlet ve hukuk toprağa bağlı serflerin sömürülmesini sağlamakta
Burjuvazi ve proletarya Çatışma ve sınıf mücadelesi	<b>KAPİTALİST ÜRETİM TARZI</b>	Devlet ve hukuk üretim araçlarının özel mülkiyetini korumakta
Diktatörlük ve proletarya Devrimci sınıf mücadelesi	<b>SOSYALİST ÜRETİM TARZI</b>	Devlet ve hukuk kapitalist yapıları yıkmak ve komünizmi kurmak için kullanılmakta
Toplumsal sınıf yok Çatışma yok Sınıf mücadelesi yok	<b>KOMÜNİST ÜRETİM TARZI</b>	Devlet ve hukuk anlamsız olduğu için bitmiş ve komünist ahlakla yer değiştirmiş

<b>TEZ</b>	<b>ANTİTEZ</b>	(1) tez ve antitez mücadelesi
Üretimin kurulu koşulları-Materyal	-Yeni ve karşıt üretim koşulları	(2) sonuç olarak sentezi üretir

**SENTEZ**  
Daha üstün üretim koşulları

<b>TEZ</b>	<b>ANTİTEZ</b>
Yeni kurulmuş üretim koşulları	Daha yeni ve karşıt üretim koşulları

**SENTEZ**  
Daha üstün üretim koşulları

Marx, yerleşik tarıma geçmeyle yapısal değişikliğe uğradığını belirlediği komünal toplumda üç farklı mülkiyet tipi ve üç farklı komünal örgütlenmeden söz etmektedir:

- Kollektif toprak mülkiyeti (Asyatik),
- Kollektif toprak mülkiyeti ve özel mülkiyetin birlikte bulunması hali (Antik),
- Toprakta bireysel mülkiyetin üstün olduğu sistem (Cermen).

Antik çağın site komünleri (Yunan ve Roma) ile Ortaçağ'ın Cermen komünleri Batı tipi geçişi simgeler. Doğu tipi toplumlarda ise gelişim çizgisi Asyatik tarım komünlerinden kaynaklanır. Doğu'da sınıflı topluma geçiş, Batı'nın tersine, özel mülkiyet değil, kolektif devlet mülkiyeti temelinde olmuştur. Doğu ile Batı'nın evrim çizgileri arasındaki bu tarihsel farklılığını mülkiyet biçimleri, üretim ilişkileri ve komünal örgütleniş tarzındaki farklılıktan kaynaklandığı tespiti, ilk kez Marx tarafından yapılmıştır<sup>42</sup>.

Batı'da köleci topluma geçiş Antik komünal toplum olarak isimlendirilmiştir. Bunun Roma tarihi içinde ortaya çıktığını belirtmektedir. İlkel site topluluğu, tarımcı savaşçı toplulukların sözleşme yoluyla ya da fetih yoluyla tek bir kent halini alması ile oluşmuştur. Antik kent komünü, özel mülkiyete sahip özgür bireylerin gönüllü ortaklığıdır. Sitenin ortak çıkarlarının gerektirdiği ortak emek harcamaları örneğin dinsel tören, savunma vb. gibi zorunlu harcamaların dışında özel mülkiyet olanaklarından yararlananların yarattığı bir artı-ürün ortaya çıkabilmiştir. Bu fazlalık beklentisi köle emeğinin kullanımına yol açmıştır.

Giderek kalabalıklaşan kölelere karşı, serveti elinde bulunduran güçlü ve dar bir üst sınıf ortaya çıkmıştır. Bu farklılık yeni bir yapılanmaya yol açmıştır. Büyük toprak ve köle sahiplerinin ortak çıkarlarını savunacak, onların ekonomik gücünü güvenceye bağlayacak bir organizasyon olarak "devlet" böylece ortaya çıkmıştır.

Yani devlet özel mülkiyete dayalı sömürü ilişkileri temelinde toplumun sınıflara bölünmesinin kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Marx bir aşamadan sonra feodal ilişkilerden kaynaklanan yeni bir toplumsal yapılanmaya ulaştığını belirtmektedir. Ortaçağ'ın başlangıcında Cermen komünal yapıları çözülmeye başlamıştır. Savaş ve göçler nedeniyle özgür toprak sahipleri korunma ve güvenlik talepleriyle yeni bir sınıflar sınıfının temelini oluşturacak olan askeri Cermen şeflerinin otoritesi altına girmiştir. Feodal ilişkilerde toprak mülkiyeti, zümreler hiyerarşisi

442) <http://www.marksist.com/kitaplik/onlinekitap>, 9 Haziran 2004, s. 5 vd.

biçiminde örgütlenmiş asillerin tekelinde geçmiştir ve özgür köylüler bir çeşit toprağa bağlı köle olan serflere dönüşmüştür.

Ortaçağ feodal yapısının yarattığı toplumsal ilişkiler dışı kapalı yerel topluluklar yaratmıştır. Sınırlı bir egemenlik alanı ve kaotik bir toplumsal ilişkiler ağı kurulmuştur.

Marx'ın modern tarih olarak isimlendirdiği aşamada ise evrensel ölçekli emek ve sermaye ilişkisi söz konusudur. Burjuva üretim ilişkileri toplumsal üretim sürecinin en son uzlaşmaz karşıtlık biçimi olarak tanımlanmıştır. Buradaki uzlaşmazlık bir bireysel karşıtlık değildir. Toplumsal koşullardan doğan bir karşıtlık halidir<sup>443</sup>.

Marx'a göre toplumun sınıflara bölünmesinin kaynağında üretim yetersizliği nedeniyle kaçınılmaz olan bireysel varoluş kavgası yatmaktadır. Bu nedenle toplumsal sınıfların ortadan kaldırılması, bu bireysel varoluş kavgasına son verecek düzeyde bolluğun yaratılmasıyla olanaklı hale gelir.

Üretim kaynaklarının eşitlenmesi, üretim araçlarının toplumsallaştırılması zorunludur. Böylece adalet ve eşitlik, Marksist tutumda özel kaynakların eşit dağılımı yerine kamu kaynaklarından eşit yararlanma biçimine dönüşmüş olmaktadır. Üretim araçlarının özel mülkiyeti kaldırılmalıdır. Çünkü bu mülkiyet, daha baştan adil olmayan üret-emek ilişkisini doğurur. Marksistler liberal adaletin temel kusurunun, emeğin alınıp satılmasına izin verdiği için sömürünün sürekliliğini garantiye almak olduğunu ileri sürerler. Sömürü, kapitaliste aktarılan "artı değer" aracılığıyla yapılmaktadır.

Marx, aslında burjuva tarzı üretimde sınıflar arası çatışmanın en üst düzeye çıkması insanlık için yeni bir olanığın yaratılmasına yol açacaktır, demektedir<sup>444</sup>. Pratik açıdan devlet sonrası toplum olması gereken aşamada Marx "komünist toplumda geleceğin devletinden" söz ederken, Lenin'de bu açılımın koşulu olarak devlet sözcüğünün kullanılmış olduğunu görmekteyiz<sup>445</sup>.

Marx, toplumsal evrimin kaçınılmaz olduğunu ve tarihin de bir sınıflar çatışması tarihi olduğunu savunmaktadır. Kapitalist aşamanın ortaya çıkmasında etkin olan burjuva sınıfının özgürlükler adına tarihte en etkin rolü oynadığını da vurgulamaktadır. Hegel'in ideal anlamda kurduğu diyalektik ilişki Marx tarafından toplumsal yapının açıklanmasında kullanılmıştır. Diyalektik yöntem, tez-anti tez çatışmasından yeni bir sentezin ortaya çıkması anlayışına dayanmaktadır. Heraklitos'a kadar kökenleri götürülebilen

443) Karl Marx. *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*, Sol Yayınları, 1979 s. 76 vd.

444) Marx. *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*, s. 12.

445) <http://www.marksist.com.Kitaplık/onlinekitap/MI.bolum.2.htm>, 9 Haziran 2004 s. 12 vd.

diyalektik anlayışı, Marx dönüştürerek diyalektik materyalizme çevirmiştir. Bu yöntem, tarihin ve toplumsal evrimin açıklanmasında kullanıldığı gibi, alt yapı ve üst yapı ilişkilerinin değerlendirilmesinde de kullanılabilir. Diyalektik yöntem şu kuralları içerir:

- Herşey her zaman değişir.
- Değişime sırasında, bütün varlık ve öğeler zıtlar da dahil olmak üzere birbirlerini etkiler.
- Herşey kendi zıttını beraberinde getirir ve kendi zıttını yaratır.
- Nicel alanda ortaya çıkan değişme bir süre sonra nitel alana da yansır.

Marx'ın geliştirdiği bir başka açıklama şeması olan alt yapı ve üst yapı, toplum düzeninin anlaşılmasında temel kriterlerden birisidir. Alt yapı; üretim araçları, üretim güçleri ve üretim ilişkileridir.

Marx, alt yapının üç yönünü birbirinden ayırmaktadır;

- Üretici güçler,
- Üretim ilişkileri,
- Doğal koşullar.

Üretici güç insan ve doğa arasındaki mücadelede gelişimin kaynağı olarak ortaya çıkar. Üretim ilişkileri ise kuramsal kalıplardır. Daha açıkçası üretim ilişkilerinin, üretim araçlarının mülkiyetine ilişkin koşullardır. Doğal koşullar ise üretim güçleri ve üretim ilişkilerinin gerçekleştiği verili koşulların tümüdür.

Marx, toplumsal yapılanmayı açıkladığı sınıf kavramını da üretim ilişkileri çerçevesinde ele alır. Üretim araçlarına sahip olanlar aynı zamanda sahip olmayanlarla bir sınıfsal karşıtlık içindedirler. Marx'a göre kapitalizm içsel karmaşalar taşımaktadır. Özellikle çalışan sınıf giderek fakirleşmektedir. Alt düzey orta sınıf, proletaryanın parçası haline gelecektir, çünkü servet gitgide küçülen bir azınlığın elinde toplanmaktadır. Yaygın iş kurumları aşırı üretime yol açacaktır. Bu gelişimin yarattığı karmaşa proletaryanın devrimci girişimi ile sona erecektir.

Ekonomik temelli olan bu alt yapı, üst yapıyı da belirler. Üst yapı ise; din, sanat, felsefe, ahlâk ve hukuk gibi kültür kurumlarından oluşur. Böylece Marx, ekonomi dışındaki bütün toplumsal göstergeleri üst yapı içinde değerlendirmiş ve bu çerçevede ele almıştır.

İnsanın toplum içindeki konumunu ve evrensel yerini de "iş (çalışma)"

kavramına bağlayarak açıklamaktadır. İş; insanı diğer canlı varlıklardan ayıran temel kriterdir. Neden insan işe gereksinim duymaktadır? Birincisi yaşamak için gerekli araçları sağlayabilmektir. Yemek, barınak ve giyecek gibi. Bu aşamada doyurulan ilk gereksinim, yen, gereksinimlerin ortaya çıkmasına yol açar. Bu, yeni ihtiyaçların üretilmesi aşamasıdır. İkinci olarak uzun süreli bakıma ihtiyaç duyan insan yavrusunun gereksinimlerinin giderilmesidir. Bunların yapılabilmesi için bir üretimin zorunluluğu ortadadır. Böylece insan iş ve üretim sayesinde kendisini gerçekleştirmiş olur. 1844 Felsefe Yazıları eserinde Marx şöyle demektedir:

“(…) Çalışma işçinin dışındadır, yani onun özsel varlığına bağlı değildir. Çalışırken mutsuzdur. Fiziksel ve zihinsel enerjisini serbestçe geliştiremez. Bedenini harcar ve zihnini yok eder. Onun için işçi ancak çalışma dışında kendine gelir ve çalışırken kendinde değildir. Onun için çalışması gönüllü değil, zorladır, zorla çalıştırılır.”

Burada Marx, çok önem verdiği ve değeri bugün daha da fazla anlaşılan “yabancılaşma” kuramını ortaya koymaktadır. Sınırlı toplumlar, özellikle de kapitalist burjuva düzeni, insanın kendi kendisinden kopmasına, asıl bilincinden uzaklaşmasına yol açarak, onu insanlığından uzaklaştırmaktadır. İnsanın kendi yarattığı şeylerden kopması, bunları kendi dışında soyut varlık, üstün birer güç olarak görmesi, bunlar karşısında kendi kişiliğinden, insanlığından olması, bunların boyunduruğu altına girmesi, Marx tarafından yabancılaşma olarak dile getirilmiştir. Temelde yabancılaşma üç başlık altında ele alınabilir:

Ekonomik yabancılaşma; işçi, iş gücünü satarak, makul koşullar altında kalmak suretiyle onu kapitaliste bırakmaktadır. Bu da, yabancılaşmadır. Çalışan, bir taraftan seri üretim ilişkisi içinde bir vidayı sıkın, bir kaportayı düzelden, bir cilayı yapan sıfatıyla üretimle ortaya çıkan ürünün bütününden uzaklaşmakta, ürettiğini somut olarak algılayamamaktadır. Bu üretilene yabancılaşmadır. Geleneksel üretim ilişkisinde, usta çırak ilişkisi içinde öğrenilen zanaatler bu açıdan bireyi bir yabancılaşmadan kurtarıyordu. Üretilene yabancılaşma, işbölümü ile yabancılaşma yoluyla da olmaktadır. İşbölümü, bireysel ailenin çıkarı ile, birbiriyle ilişki içindeki bütün bireylerin ortak çıkarı arasında bir çelişmeye yol açar. Kapitalist anlamda üretimde işi yapanla malın sahibi olan arasında da ortaya çıkan farklılaşma mülkiyete yabancılaşmaya yol açar. Ben yaptım ama benim değil.

Dinsel yabancılaşma; insanı dünya üzerinde razı etmek anlamında ele aldığı dini, temel sömürü araçlarından biri olarak görmektedir. Din, toplumların afyonudur. Din, egemen sınıfların ideolojisi olarak yabancılaşmaya hizmet etmektedir.

Politik yabancılaşma; asıl üretici olan sınıfın iktidarda olmaması anlamında bir yabancılaşmadır. Sınıflı toplum düzeni olan kapitalist burjuva düzeni ancak devrimle yıkılarak politik yabancılaşma kaldırılabilir.

Marksist teoriye yöneltilen eleştiriler:

1. Metodolojik eleştiriler: Marx'ın tüm teorilerin ideolojiye dönüştüğü eleştirisi kendi çalışmaları açısından da sorun yaratmaktadır. Diğer yandan Marx'ın çalışmalarının hem teorik hem deneysel oluş açısından yönetsel eleştirilere tabi tutulduğunu görüyoruz. Tarihsel kurgu açısından günümüze kadar gelen çizginin anlaşılması ile gelecek tasarımı arasında önemli bir fark olmalıdır. Bu geleceğin önceden bilimsel olarak kavranamayacağı ampirik tutumu açısından değerlendirilmesi gereken bir eleştiridir. Temelde toplumsal ilişkilerin ekonomi tarafından belirlendiğini savunan Marx, bu açıdan eleştirilmektedir. Toplumsal yapının tek yanlı nedensel ilişki açısından ele alınması doğru değildir. Hiç kuşkusuz ekonomik ilişkiler toplumsal olanın anlaşılmasında çok önemli bir role sahiptir. Ancak toplumsal düzeni gerçekleştiren diğer faktörlerle korelasyon halinde ele alınmaları gerekirdi.
2. Ekonomik determinizm açısından ise siyasetin düzeni en az ekonomik düzen kadar temel ve özektir. Ekonomik yapının olduğu kadar, siyasal yapının da önemli bir taşıyıcısı olan hukuk sistemini sadece yasa koyucunun bir irade açıklaması biçiminde gördüğü için hukuku önemsememiş ve sınıf ilişkileri çerçevesinde ele almıştır. İradeci bir pozitivist yaklaşımla hukuku değerlendiren Marksist yaklaşım için de hukuksal pozitivist için yöneltilen temel eleştirileri getirebiliriz. Yazılı olmayan hukukun, hukukun uygulaması ile ortaya çıkan içtihat hukukunun ve ilişkilerden doğan hukukun varlığı bütünüyle reddedilmektedir. Hukuksal anlamda iradenin ortaya çıkışı, salt sınıf bilinciyle açıklanamaz. Bu durumda da adaletle davranmak görevinin ya da hukukun insan hakları ile olan bağlantısının bütünüyle göz ardı edildiğini söyleyebiliriz. Adaletle ilişkin problemler, toplum yapısı nasıl olursa olsun düzenleme yapamamak fikri kadar insana ve onun içsel tutum alışına bağlı görülmektedir. Temel çelişki, yöneten yönetilen arasındaki çelişkidir. Hangi ekonomik düzen geçerli olursa olsun, bu ortadan kaldırılamaz. Nitekim Marksist teorinin uygulanmasına ilişkin örneklerde, burjuvazinin yerini teknokratların aldığı da bir gerçektir.
3. Sınıf teorisi: Burjuva devriminin gerçekleşme nedenlerini açıklamak için sadece din otoritesiyle imparatorluklar arasındaki ilişkileri temel

almak yetersiz bir yaklaşımdır. Rasyonel anlamda ortaya çıkan gelişmeler, doğu-batı çelişkisinin aldığı biçimler ve feodal ilişki ve üretim tarzları kadar önem taşımaktadır. Bu açıdan da konunun çok boyutlu ele alınması gerekirdi.

4. Marx'ın sınıf ve sınıf çatışması kavramları sorunludur. Sınıf kavramının temeli, üretim araçlarının mülkiyetinden yola çıkarak anlaşılıyorsa, modern kapitalist gelişim açısından sorunlar doğabilir. Şöyle ki: Örneğin işletmeyi yöneten, işletmeye sahip olmayabilir. Ya da işletmede dolaysız mülkiyet çıkarları bulunabilir. Resmî anlamda üretim araçlarına sahip olan kapitalistlerin aynı zamanda bunların nasıl kullanılacağına karar verdiklerini söylemek problemlidir. Modern kapitalist sistem her zaman için tamamen saf bir piyasa sistemi değildir. Tekeller ve ekonomik müdahaleler daima piyasayı etkiler. Diğer yandan ücretini kamu sektöründen elde eden devlet için çalışanlar hangi sınıfa ait olacaklardır? Marx'ın sınıf teorisinde, kapitalist toplumda işçi sınıfının gittikçe daha fazla yoksullaşacağı, yaşam koşullarının daha kötü olacağı ve daha devrimci olacağı öngörülmekteydi. Oysa 20. yy.'ın ikinci yarısında kapitalizmin geliştiği ülkelerde, işçi sınıfının yaşam koşulları düzelmiştir. Beklenenin aksine, sınıf bilincinin zayıfladığı görülmektedir. Kapitalist sistem, kendi savunma sibioplarını, refah devleti ya da Kara Avrupası'ndaki adıyla sosyal devlet aracılığıyla yaratmış, alt gelir grubundaki bireylere sunmuştur. Böylece daha geniş tabanlı bir orta sınıf yaratılarak, sınıflar arası çelişki giderilmeye çalışılmıştır. Anonim şirketler ya da küçük hisse senetli büyük yatırım grupları aracılığıyla, sermaye de yaygınlaştırılarak toplumsal refah düzeyi yükseltilmeye çalışılmıştır.

Marx'tan sonra Marksizm, oldukça farklı boyutlarda ele alınıp tartışılmıştır. Kaftsky ve Bernstein'la başlayan ilk öncüler, Adler, Hilferding, Renner ve Baver'le devam etmiştir. Bu düşünürlerin pek çoğu revisyonistlikle suçlanmıştır.

Batı dünyası, özellikle Marksizmin pratiği olarak ortaya çıkan uygulamanın teorik platformunu Pashukanis'in Marksist Felsefe Yazıları ile değerlendirmektedir<sup>446</sup>. Bu önemli çalışmada yazar 20. yy. hukuk teorisi tarihini anlatmaktadır. Modern sosyal gelişimin ve hukuk kavramının Marksist açıdan evriminin irdelendiği bu çalışma, genel Marksist tarih tezinin hukuka uygulanması niteliğindedir. Temel olarak hukuk kavramı, tanımı ve gelişimi, devlet, devletlerarası ilişki ve hukuk etkinliği kavramının bu bütünsel

446) Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*. 1924, ss. 40-131.



değerlendirmesi yeni bir perspektifi ortaya koymaktadır. Pashukanis, hukukun morfolojik bir değerlendirmesini yapmaktadır. Belirli bir felsefenin önemli bir uygulama alanı olarak hukukun araçlaştırılması, biçimsel bir hukuk kavrayışı olarak ortaya çıkar. Evrensel eşitlik kavramının doğal hukukçu kavranışının yadsınması da temel hareket noktalarından birisidir. Evrensel bir eşitliğin yerini "eşit sosyal ilgi" biçimindeki hukuksal düzenlemeler alacaktır. Hukuk sadece bir sınıfsal savaşım sonucu ortaya çıkmış prensipler olarak değil, sosyal gelişmenin zorunlu sonuçları olarak da Marksizm tarafından ele alınmaktadır. Marksist teorinin genel söylemine paralel olarak ilgisini hukuk kavramının gelişimine çevirmiştir. Feodalizm öncesi doğal hukuk düşüncesi, özel hukuktan kaynaklanan hakların tarihsel etkinliği ve biçimi bu çerçevede içinde kavranarak açıklanmaktadır. İki farklı uygulama olarak ortaya çıkan jürili yargılama ve hakim yargılaması karşılaştırılması da bu tarihsel perspektif içinde iki farklı yöntem olarak irdelenmektedir.

### OKUMA PARÇASI XXI

*Tarihsel materyalizmin temel kabulleri, zenginliğin üretilmesi ve iktidarın kararlaştırılmasıyla bağlantılı sorunların belirli bir ilişkisine dayanır. Marx, insanlık tarihinin belirli bir yoksulluk ekonomisi koşullarında gerçekleştiğinden yola çıkar. Malların üretimi, sınırlı bir üretilerdir. Toplumsal üretim, tüm gereksinimlerin doyurulmasına yetmeyen, sürekli bazı gereksinimlerin bastırılmasını ve bu yüzden de normatif olarak erk uygulayan bir kurumlar sistemi gerektiren, kısıtlı bir potansiyeldir. Ama erkin görelî bir eşit dağılımı ancak, üretilen zenginliğin, temel gereksinimlerin doyurulmasına yettiği ölçüde olasıdır. Bu artı ürün üretilir üretilmez, "fazlalığın" dağıtılmasına yönelik sistem sorunuyla birlikte, erkin asimetric dağılımı olasılığı ve bununla birlikte meşru gereksinim doyurumu şansının gruplara özgü dağılımını saptayan normlar hakkında bir savaşım ortaya çıkar. Bu nedenle, iktidarın yerleşmesi her zaman şu sorunun çözümlenmesine bağlıdır: Sosyal yükler ve tazminatlar, eşit olmayan ve yine de meşru bir biçimde nasıl dağılabilirler? Sosyal eşitsizlik nasıl meşrulaştırılabilir? Üretim güçlerinin düzeyi ve artı değerın ortaya çıkması, geleneksel ilişki biçimleriyle örgütlenmiş toplumu yeni ilişkilere zorlar.*

*Tarihsel materyalizmin en önemli kabullerini yeniden değerlendirirsek şu sonuçlara ulaşırız:*

— *Toplumlar ya da sosyo-kültürel sistemler, toplumsal yaşamın yeniden üretilmesine yararlar. Gereksinimlerin yorumlanması, üretici güçlerin gelişme düzeyiyle değişir.*

— Her sosyo-kültürel sistemde, zorunlu baskının ölçüsü, potansiyel olarak kullanılabilir toplumsal zenginliğin ölçüsüne bağlıdır. Bu baskının aracı normatif düzendir, yani bir anlamda hukuktur.

— Üretici güçlerin gelişim düzeyi, artı değeri ortaya çıkardığında, normatif erkin eşit dağılımı ne kaçınılmazdır ne de olasılık dışıdır, sınıf iktidarının ortadan kaldırılması tarihsel olarak olanaklıdır.

Üretim araçlarının sahipliği üzerinde temellenen ve verili bir dünya imgesiyle meşrulaştırılan iktidar uygulaması, belirli örgütlenme biçimlerinde, toplumsal zenginliğin elde edilmesi için kullanıldıklarında, üretici güçlerin işlevini üstlenen, ama aynı ölçüde iktidarı meşrulaştırmaya da yarayabilen stratejilere ve yönetme tekniklerine bağlıdır. Üretici güçlerin verili kurumsal çerçevede ilerleyen gelişmesi, iktidarın örgütlenme biçimiyle ve kurumsal sınır koşullarıyla bağdaşmayan, toplumsal emeğin örgütlenme biçimlerini gerektirir. Bu çelişki, gerçek toplumsal zenginlikle potansiyel toplumsal zenginlik arasındaki orantısızlığı dile getirir. Bu çelişki iktidarı meşrulaştıran dünya imgesinin inandırıcılığını sarsar, çünkü, bu dünya imgesi, şimdi görülebileceği gibi, tarihsel olarak aşılmış bir baskıcılığın kurumlar sistemini gerekçeledirmektedir. Bu demektir ki, kurumsal çerçevenin, üretici güçlerin verili bir düzeyinde gerekli olduğundan daha fazla gereksinimleri bastırıyor olduğu deneyimi, meşrulaştırıcı dünya imgesinin geçerliliğinin bağlı olduğu iletişim engellerini sarsar ve en azından geçici olarak, var olan kurumlar sisteminin geçerliliğini genel olarak sorgulanabileceği pratik tartışmalar için devinim alanı açar.

Meşruluğa duyulan kuşku, muhalefeti oluşturur. Şimdiye kadar geçerli olan normların temelindeki, katılan tarafların çıkarları açıkça öne çıkar. İletişimsel eylemin yerine, stratejik eylem geçer. Bu savaşım, karşıtlıkları yeni bir normlar sisteminde, yeni çıkarların yorumlanıp yerleşmesine yarar.

(Jurgen Habermas, "Tarihsel Materyalizmin Temel Kabulleri Üzerine Ek İnceleme", *Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine*, ss. 515-520'den özetlenerek alınmıştır.)

## OKUMA PARÇASI XXII

Liberal, muhafazakar ve sosyal demokrat olmak üzere modern batı siyasi düşüncesinin siyasi pratiklerini belirleyen üç kalın çizginin ortak noktaları, devletin aklın ürünü ya da akli bir toplum olarak kavranması, devletle sivil toplum ayrımının daha baştan vazgeçilmez veriler olarak kabul edildiği "ikinci bir model" in benimsenmesidir. Batının modern siyasi düşünce tarihinde, devlet son zamanlara kadar, şöyle ya da böyle temel ve vazgeçilmez

bir öge olarak benimsenmiştir. Bu üç kalın çizginin aralarındaki fark ise esasen sivil toplum ve öncelikler meselesidir. Liberaller ve bir kısım muhafazakarlar, sivil toplumdaki kendiliğinden süren hayatın gelişmenin ve refahın ana motoru olduğuna, devletin temel ve hatta biricik görevinin sivil toplumdaki bu bereketi korumakla sınırlı kalması gerektiğine inanırken, yine bir kısım muhafazakar ve sosyal demokratlar, sivil toplumun her türlü musibetin kaynağı olduğunu ve bu nedenle devletin koruyuculuk görevinden önce sivil topluma bir nizam vermekle yükümlü bulunduğunu savunurlar. Onların hepsi de gerek devlete gerek sivil topluma ayrı ayrı meşruiyet tanımakta, onlar arasındaki gerilimin uyumlu ve ahenkli bir şekilde yumuşatabileceğini düşünmektedirler. Liberaller ve sosyal demokratlar, siyasi küreyi esasen bir "Rechtstaat" (hukuk devleti) olarak görür, siyasi ve sivil küre arasındaki boşluğu yasallık (legitimation) sayesinde gidermeye çalışırken; muhafazakarlar ise devletin Hegelyen anlamda bir etik dayanağa, yani "Sittlichkeit" a ihtiyacı olduğunu, sivil toplum içinde kök salmış bu nesnel ahlâk sayesinde devlet otoritesinin meşrulaştırılabileceğini savunmaktadır. Ama devletle sivil toplum arasındaki ilişkinin açıklanması, bu siyaset teorilerinin her birinde mümkün olsa da, şüphesiz bu "ikinci model" in şahikası, siyaset felsefesini güçlü bir tarih felsefesiyle de desteklemiş olan Hegel'inkidir (Hegel yalnızca çok güçlü düşünce sistemiyle değil, öykümüzün ve ABD dış politikasının ana kahramanlarından Fukuyama'nın "Tarihin Sonu" tezine esin kaynağı olması nedeniyle de apayrı bir ilgiyi hak etmektedir ve bu ilgi bu yazıda gösterilecektir). Ama biraz sonra göreceğimiz gibi, Hegel'inkiler başta olmak üzere, devletle sivil toplum arasındaki dansı açıklamakta çok başarılı olan bu teorilere rağmen, modern batı siyasi pratiğinde eşler sık sık birbirlerinin ayağına basmakta, bu geçimsiz çiftleri boşamak için kimi zaman daha radikal öneriler gündeme gelmektedir. Ancak bu radikal önerileri ele almadan önce, kavram kargaşasının ve yanlış anlamamanın önüne geçebilmek için bir adım daha atmamız gerekmektedir.

Dikkat edilecek olursa, Batı siyasi düşüncesinin kalın çizgileri arasında sosyalizm ve Marksizm sayılmamıştır. Bu, sosyalizmin ve Marksizmin bizim tarafımızdan Batı siyasetinde, söz konusu çatlak nedeniyle hiçbir zaman pratiğe geç(iril)ememiş, tıpkı anarşizm gibi marjinal düşünce akımları olarak görülmesi nedeniyledir. Sosyalizm ve Marksizm, düşünce ekolleri olarak tartışmasız biçimde Batılıdır ama gündelik yaşam pratikleri anlamında Batılı bilinç için hep ekzantriklikler taşımışlar ve sınıf mücadelesi pratiğinde ütopya olarak bayraklaştırmalarına rağmen gerçek hayatta asla denenmeye değer bulunmamışlardır. Marx'ın İngiliz işçi sınıfından devrim beklentisini boşa çıkaran gerçek, bundan başkası değildir. Devlet-toplum ve bireyin farklı merkezkaç güçleri olarak yaşandığı Batılı bilinç için, üretimin toplumsallığı ile üretim araçlarının özelliği arasında yaşanan çelişki, tek başı-

na, dayanışmaya daha yatkın olan Doğulu toplumlarca eleştirilmiş, onların Marksizmlerinin Batılı Marksizmle ve Marx'la bir alakası kalmamıştır.

İşte bu nedenle biz, Batılı Marksizmi devletle sivil toplum arasındaki çatlağı kapayabilmek için ileri sürülmüş radikal önerilerden birisi olarak görüyoruz. Marx'ın Hegel'e itirazı çerçevesinde, aslında, sözünü ettiğimiz pratikte işe yaramayan, devleti akılcılaştıran bu "ikinci model" e karşı, devleti sivil toplumun içerisindeki sınıf mücadelesinin ve bunun sonucunda sınıfların kalkmasıyla ortadan kalkacak (daha doğrusu gereksizleşerek sönecek) bir üst-yapı kurumu olarak gören yepyeni bir düşünce gelişmiştir. Marx'ın Batı siyasi düşüncesinin sınırlarını zorlayan, devletin sivil toplum lehine ilgasını öngören bu tezi, Batı siyasi düşüncesinde son zamanlara kadar romantik ve ütopyik etkilerini saymazsak, ciddiye alınır kalıcı bir pratik etki yapamamıştır. (Zaten Salt Batılı gözlüklerle baktığımızda, Marx'ın tezi, proleterya diktatörlüğü vurgulu Leninist-Stalinist çizginin sayesinde, bir bumerang etkisiyle, Hegel'in devleti mutlaklaştıran kucaklayıcı çizgisine dönüp gelmemiş midir? Hegel de devlet müdahalesinin meşru olduğu şartlardan birisi olarak, bir sınıfın diğer sınıflar üzerindeki oligarşik tahakkümünü sayarak, sınıf mücadelesine devlet adına son vermeye çalışmıyor muydu? Hegel için de "tarihin amacı", özgürlük değil midir?)

Hegel'de, devletin müdahalesinin bir başka meşruiyet alanı ise halkın evrensel çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi olarak beliriyordu. İşte Batı siyasi tarihinde kalın bir çizgi haline gelmese bile, etkisi belli onlarca yıl kendisini hissettirecek olan, devlet-sivil toplum çatlağının kapatılması için öne sürülmüş bir başka radikal öneri, Hegel'in görüşleri üzerine yükseldi ve üstelik diğer ve karşıt öneri Marksizmden farklı olarak pratiğe geçme fırsatı yakaladı. Birinci Savaş'ın külleri üzerine yükselen doğulu proleterya diktatörlüğü denemesinden yirmi beş yıl sonra, Hegelci meşruiyetten kök alan açık devletçi çizgi devreye girecek, kendini topyekün devlet diktatörlüğü şeklinde örgütlemekte gecikmeyecektir. Faşizm (aralarında belirgin farklar olmasına rağmen bu kavramı Nazizimi kapsayacak şekilde kullanıyorum) denemesi de ikinci savaş felaketiyle son bulmuş; Batı'nın ölümcül çatlağı, yine kapanmadan kalmıştır.

Şu halde, Marksizm ve faşizm, daha önce sözünü ettiğimiz devlet ve sivil toplum arasındaki çatlağın meydana getirdiği gerilimin, toplumu ve devleti diğerinin lehine söndürmek voluyla, radikal bir biçimde tamir edilmesi çabaları olarak okunabilir. Biz, öyle okuyoruz.

(<http://www.erolgoka.com/aks01.html>, 09.06.2004'den alınmıştır.)

**AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ**

*Ertuğrul UZUN*

**1. Giriş**

Amerikan hukukî realizm akımı, 20. yüzyılın ortalarına kadar, Amerikan hukuk düşüncesinde hakim olan hukuk anlayışını temsil etmektedir. Akım içinde yer alan yazarların en temel özellikleri, (1) yargısal kararların verilmesinde hukuk kurallarının oynadığı rolden duydukları şüphe ve (2) hukuksal araştırmanın konusu olarak yargıyı merkeze almaları, bunun tespit edilmesi için de tek yolun, fiilen uygulanan hukukun ortaya çıkarılması olduğuna inanmalarıdır. Bu açıdan Amerikan realistleri, dönemlerinde geçerli olan, hukukun ne olduğuna ilişkin soyut açıklamalara ve mahkemelerde hüküm verme sürecinde emsal kararlara, mevcut hukuk kurallarına katı bağlılık ile mantıksal çıkarım metoduna karşı çıkmışlardır.<sup>1</sup>

Realistlere göre toplum devamlı değişmektedir ve hukuk, toplumsal faydaya hizmet eden bir araç olarak, bu değişime mümkün olduğunca ayak uydurmak zorundadır. Bunun, durağan karar ve içtihatlarla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu nedene yargıçlar, verdikleri kararlarda bu değişimi göz önüne almalıdır.

Amerikan realistlerinin, toplumun gelişmesinde mahkemelere bu kadar büyük bir rol vermesi, hiç kuşkusuz, Amerika'nın siyasal ve

<sup>1</sup> Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet&Maxwell, 2001, s. 799.

yargısal yapılanmasıyla yakından ilgilidir. Federal bir devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme, federe devletlerin çıkarmış olduğu yasaların anayasa uygunluğunu denetlemeyi de içine alan geniş yetkilere sahiptir. Bunun yanında, Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda anayasaya ve yasalara getirdiği yorumlar nedeniyle, zaman zaman, ikinci bir yasama organı gibi çalışmaktadır. Mahkeme'nin bu konumu, hukukçuların yargısal kararlar ve yargıçlar üzerinde, diğer hukuk sistemlerine oranla daha fazla incelemede bulunmasına yol açmıştır.<sup>2</sup>

Başlangıçta İngiltere hakimiyetinde olan ve daha sonra Amerika Birleşik Devletleri'ni kuran Amerikan federe devletleri, bağımsızlıklarını ilan etmelerinden sonra da, İngiliz yargı sistemini ve hukuk anlayışını bir süre devam ettirmiştir. Ancak, her açıdan İngiltere'den farklı olan ve kısa süre içerisinde çok büyük değişimler gösteren Amerika'da, John Austin'in analitik hukuk anlayışı büyük eleştirilere uğramıştır.

Yeni bir hukuk anlayışının ortaya çıkmasında, Amerika'daki felsefî hareketlerin de etkisi büyüktür. John Dewey ve Ch. S. Peirce'ün öncülüğünde gelişen pragmatik anlayış,<sup>3</sup> eylemlerin nedenlerinden ve bu eylemlerde bulunmak için kararların verilmesi şeklinden çok, eylemlerin sonuçlarına ve etkisine verdiği önemle, farklı bir düşünüş tarzının benimsenmesine yol açmıştır. Bizzat John Dewey, hukuk üzerine yazılar yazmış, Peirce ise, bir düşünce grubunda birlikte olduğu, hukukî realizmin öncüsü O. W. Holmes üzerinde etkili olmuştur.

Amerikan realizmini doğuran şartlar içerisinde, R. Pound ve B. N. Cardozo'nun öncülük ettiği Sosyolojik Hukuk Teorisi Okulu'na, Amerikan hukukî realizminin öncüsü olarak, kısa da olsa, değinmemiz gerekiyor. Bu okul, genel olarak, hızla değişen yaşam koşulları içinde, mevcut kanunların eksik kaldığı yönlerin, sosyolojinin de yardımıyla, toplumun ihtiyaçlarının karşılanması yönünde düzeltilmesi gerektiğini savunmuştur. Pound'a göre hukuk,

<sup>2</sup> McLeod, Ian, *Legal Theory*, Macmillian, London, 1999, s. 114-5.

<sup>3</sup> Bkz. Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, AÜHFY, Ankara, 1996, s. 355-60; Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İÜHFY, İstanbul, 1982, s. 6-26.

## ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNCESİNE GİRİŞ

insan ihtiyaçlarının karşılanmasından sorumlu toplumsal bir kurumdur ve hukuk bilimi de bu amacın sağlanması için gerekli araçları araştıran bir "sosyal mühendislik"tir.<sup>4</sup> Pound'a göre, "endüstriyel ve toplumsal gelişimden önce gerçekleştirilmesi gereken şey, siyasî ve hukukî gelişimdir. Endüstriyel ve toplumsal örgütlenmelerin gelişebileceği huzur, düzen ve istikrar ortamını ancak hükümet ve hukuk yaratabilir. Dolayısıyla, hukuk teorisinin de, günün ihtiyaçlarını karşılayabilecek noktada olması gerekmektedir".<sup>5</sup>

Gerek Sosyolojik Hukuk Teorisi Okulu, gerekse onlardan sonra gelecek olan realistler, dönemlerinde geçerli olan ve mekanik veya formalist olarak isimlendirdikleri hukuk anlayışına karşı çıkmışlardır. Bu açıdan her iki okulu da, formalizme tepki olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>6</sup> Amerikan İç Savaşı'nın ardından, ülke içindeki ticari faaliyet, teknolojik buluşların da etkisiyle hiç görülmemiş bir şekilde canlanmıştı. Bu dönemde bilim çevrelerinde paylaşılan inanç, her olayın belirli bir kural çerçevesinde işlediği yönündeydi. Ekonomik açıdan da, devlet gibi yapay varlıklar, pazar gibi doğal bir varlığın üzerindeki baskısını azaltarak pazarın kendi yasalarının işlemesini olanaklı kılmalıydı. Doğanın kendi kurallarına sahip olduğunu ve mutlak, evrensel kuralların varlığını sadece iktisatçılar değil, doğa bilimcileri ve sosyologlar da kabul ediyorlardı. Aynı tutumun hukukçularca da benimsenmesi, dönemin şartları açısından ilginç sonuçlar doğurmuştur. Bilimsellik adına hukukî metinlerdeki kelimeler üzerinde fazla hassasiyet gösteren, her kelimenin tanımını dar bir şekilde yapan ve bu tanımları olayların özelliklerini dikkate almaksızın olaylara uygulayan yargıçlar, örneğin, "imalat" ve "ticaret"i ayrı şeyler olduğunu söyleyerek, ticarete tekelleşmeyi yasaklayan bir yasanın, şeker üretimine uygulanmamasına neden

<sup>4</sup> Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHFY, Ankara, 1967, s. 16-8. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yörükoğlu, a.g.e., s. 31-74.

<sup>5</sup> Pound, Roscoe, "The Need of a Socological Jurisprudence", *Green Bag*, Vol. 19, 1907, s. 608.

<sup>6</sup> Freeman, a.g.e., s. 799.

olmuşlardır.<sup>7</sup> Bu yaklaşım, ekonominin gidişatını, salt hukuksal gerekçelerle engellemek istemeyen hukukçuların tepkisini çekmiştir.

## 2. Amerikan Realizminin Temel İlkeleri

Amerikan realizminin temsilcileri arasında hatırı sayılır görüş farklılıkları bulunmakla birlikte, K. Llewellyn'in dile getirdiği hususlar, realistlerin ortak özelliklerini yansıtmaktadır. Buna göre,<sup>8</sup>

- Hukuk toplumsal bir amaca ulaşmanın aracıdır, bizzat kendisi bir amaç değildir ve dolayısıyla da, meydana getirdiği etkiler çerçevesinde değerlendirilmelidir.
- Hukuk da, toplum da, daimi bir değişim içindedir. Bununla birlikte hukuki değişim, toplumsal değişimi hep bir adım arkadan izler. O zaman, hukukun toplumsal değişime ayak uydurabilmesi için sürekli gözden geçirilmesi, yenilenmesi gerekir.
- Değer yargıları hukukun ulaşmaya çalıştığı amaçların belirlenmesinde büyük önem taşır. Ancak hukuku eleştirel bir şekilde incelerken, 'olan', 'olması gereken'den ayrı tutulmalıdır. Böyle yapılmadığı takdirde, şeylerin gerçek hallerine, yani olana ilişkin algımız, onların olması gereken şekillerine duyduğumuz inanç nedeniyle bozulacaktır.
- Hukuk kural ve ilkelerinin, hukuk sistemi içerisinde gerçekten ne olduğunu gösterdiği düşüncesine güvenmemek gerekir. Aynı şekilde, yargının kararlarının hukuk kurallarınca yönetildiğini söyleyen hukuk teorisine de şüpheyle yaklaşılmalıdır.
- Davalar ve hukukî durumlar, dar kategoriler altında sınıflandırılmalıdır. Bu, özellikle, kural ve kavramların gündelik dile ifade edildiği durumlar için geçerlidir, zira, bu durum, kuralların uygulanacağı kamaşık alanı belirsiz hale getirilmektedir.

<sup>7</sup> White, G. Edward, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America", *Virginia Law Review*, Vol. 58, 1972, s. 1001.

<sup>8</sup> Llewellyn, Karl, "Some Realism About Realism", *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, s. 1235-7.



### 3. Hukuk Nedir?

Amerikan realistleri, mahkemelerin verdiği kararları, daha doğrusu, kendi tabirleriyle, "mahkemelerin davranışlarını" hukuk incelemesinin merkezine almışlardır. Bu açıdan hukukun iki boyutundan söz etmek gerekir: mahkemelerin (ya da resmî görevlilerin) eylemleri ve bu eylemlerin tahmin edilmesi. Örneğin Holmes, şöyle der:

Hukuku incelerken, bir gizemi değil, çok iyi bilinen bir mesleği inceliyoruz. İnsanlar, kendilerinden daha güçlü olana karşı hangi şartlar altında ve ne oranda risk alacaklarını bilmek isterler. O zaman da, bu tehlikeden ne zaman korkulması gerektiğini bulmak, bir meslek haline gelir. Öyleyse, çalışmamızın konusu tahmindir: mahkemeler aracılığıyla, kamusal gücün ne zaman ortaya çıkacağını tahmin.<sup>9</sup>

'Hukuk nedir?' sorusunun akla ilk gelen cevabı, 'usulüne uygun çıkarılmış yasalar'dır. Buna, hukukun kaynakları olarak isimlendirdiğimiz diğer hukuk metinlerini de ekleriz (ör. tüzük, yönetmelik vs.). Anglo-Sakson hukuk sisteminde, emsal kararlar da hukukun kaynağı olarak "hukuk nedir?" sorusunun cevabına dahil edilir. Ancak realistler bu cevabı yeterli bulmazlar. Hukuk, mahkemelerin yaptığı yargılamada somutlaşmaktadır ve "hukuk nedir?" sorusu, ileriye dönük bir sorudur. Holmes'e göre, hukuka kötü adamın gözleri ile bakmak gerekir:

Hukuku oluşturan nedir? şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyonlardan ... yapılan bir çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz kötü adamın gözleriyle bakarsak, aksiyonlara ya da çıkarsamaya hiç de önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachusetts ya da İngiliz mahkemelerinin gerçekte verebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. Benim hukuktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminlerdir, daha başka cafcacılı laflar değil.<sup>10</sup>

Dolayısıyla, belirli bir konuyla ilgili olarak, hukukun ne olduğunu belirlemek, ancak mahkemenin vereceği kararlarla belli olacaktır. Bu

<sup>9</sup> Holmes, O. W., "The Path of the Law", Harvard Law Review, Vol. 110, 1996-1997, s. 991.

<sup>10</sup> Aynı, s. 994.

durumda da, mahkemenin kararından önceki hukuk araştırması, ilgili hukuk kurallarını ele alarak, mantıksal çıkarımlarla belli bir sonuca ulaşmak değil, mahkemenin ne karar verebileceğini *tahmin* etmektir. Aynı konuda Jerome Frank şöyle der:

...[A]vukatlar "hukuk"un anlamı hakkında tartışırken, birisi tarafların arasına girer ve şöyle sorar onlara: "Neden bunun yerine, mahkemelerin gerçekte ne yaptığını tartışmıyorsunuz?"

Sorunun bu şekilde değiştirilmesi, ziyadesiyle haklı bulunabilir. Çünkü, avukatın yaptığı işin neredeyse tümü, mahkemenin yaptığı şey etrafında dönmektedir. Bir vasiyetname hazırlarken, bir alacağın garantisi olarak ipotek verirken, bir anlaşmazlığı çözmek için taraflarla görüşme yaparken ya da bir polise hazırlarken, avukat tamamıyla, bunlar bir davanın konusu olduğunda, mahkemenin ne yapacağıyla ilgilendir. Şu soruları cevaplamak için uğraşır avukat: "Bu belgeler ya da hukukî işlemler bir davanın parçası haline gelirse, ne olacak? Mahkeme bunların anlamı ve etkisi hakkında ne karar verecek?" Çünkü bir belgede yer alan ya da bir hukukî işlemle bağlantı olarak ortaya çıkan hukukî hak ve ödevlerin anlamı, ancak şunlardan birisi olabilir:

(1) Bu belge ya da işlemle ilgili olarak somut bir davada bir mahkemenin karar vermiş olduğu şey; ya da

(2) Bir mahkemenin, bu belge ya da işlemle ilgili somut bir davada, gelecekte, herhangi bir yerde vereceği karar.

Hukukçu olmayan kişiler, avukatlara giderler, çünkü, eylemleri bir davanın ortaya çıkmasına neden olabilir ya da zaten açılmış bir dava söz konusudur. Dolayısıyla avukatın düşündüğü şeyin merkezinde olması gereken, bu eylem, belge veya işlemlerin içinde yer aldığı bir davada, mahkemenin ne karar vereceğidir.

Genel bir ifadeyle, avukatın görevi şu şekilde özetlenebilir:

(1) Avukat, belirli bir davada, mahkemenin vereceği uygulanabilir kararları kestirmeye, tahmin etmeye çalışır.

(2) Avukat, davayı kazanmaya çalışır; yani, mahkemeyi, müvekkilinin istediği uygulanabilir kararları vermeye ikna edecektir.<sup>11</sup>

...Bu işlevleri en yüksek verimlilikle yerine getirebilmek için avukat, mahkemeyi, somut bir davada öyle değil de böyle ... karar vermeye ikna edecek şeyin tam olarak ne olduğunu bilmek isteyecektir. Avukatın bu bilgiyi hukuk cullarında ve hukuk kitaplarından edindiği düşünülür. Peki onun bunlardan öğrendiği şey ne? Sözde "hukukun kural ve ilkeleri" ve bu kural ve ilkelerin sözde "olaylara" sözde "uygulanışı".

<sup>11</sup> Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact – Part One", *Illinois Law Review*, Vol. 26, 1931, s. 645-6.

## ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNCESİNE GİRİŞ

Bu yeterli gelmedi mi? Kararlar, hukukun genel kural ve ilkelerinin belirli olaylara uygulanmasının sonucunda ortaya çıkmıyor mu? İlgili kural ve ilkeleri bilen bir avukat, kendinden emin bir şekilde, bir dava görülmeden önce, mahkemenin neye karar vereceğini söyleyemez mi?

...[O] sözde hukuk kural ve ilkelerini bilmek, mahkemelerin ne yapacağını tahmin etme işinde, sanıldığından çok daha az bir öneme sahiptir.<sup>12</sup>

Realistlerin önemli bir özelliği de, hukuka ilişkin araştırmayı, diğer bilim dallarının yardımıyla genişletmek olmuştur. Amerikan realizminde, sosyolojik yaklaşımın, hukuk araştırmasının temelini oluşturduğuna değinmiştik. Realistlerin önemle üzerinde durdukları bir başka bilim dalı da psikoloji olmuştur. Hukukî süreçlerde yer alan aktörlerin psikolojik durumları, realistlerin hukuk anlayışlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Frank, hukukun kendisinden beklenen kesinliği hiçbir zaman sağlayamayacağını, yani hukukun hiçbir zaman kesin olarak bilinmeyeceğini belirtirken, insanların hukukun kesinliğine inanmalarını bir efsane olarak nitelendirmekte ve bunu psikanalitik yaklaşımla açıklamaktadır.

Frank'e göre,<sup>13</sup> insanların hukukun kesinliğine inanmalarının temelini, çocukluktan gelen inançlarda aramak gerekir. Doğumdan hemen sonraki dönemde çocuk, az ve basit derecedeki ihtiyaçlarının anne ve babası tarafından kolaylıkla yerine getirildiğini görür. İlk yıllarda, her türlü sorusunun cevabı vardır, her şey düzen içerisinde. Ancak büyüdükçe, hayatın gerçekte karmaşık ve zor olaylardan oluştuğunu ve esasında güçsüz bir yaratık olduğunu anlar. Bu zayıflık ve zayıflığının farkına varmasından sonraki korku döneminde çocuk, anne ve babasının korumasına sığınır ve onların kendisini koruyacağına çok kuvvetli bir şekilde inanır. Baba, çocuk için, kesinlik, güven ve yanılmazlık anlamlarına gelmektedir.

Ancak zamanla, çocuk, babasının da başa çıkamayacağı olayların bulunduğunu anlar. Çocuğun bu olayları kesinlikle kontrol edecek ve halledecek birisinin varlığına duyduğu inanç, onu yeni kudretli kişiler aramaya yöneltir. Böylece, babasının yerine rahip, öğretmen vs. gibi kişileri koyar. Yaş ne kadar büyürse büyüsün,

<sup>12</sup> Aynı, s. 647.

<sup>13</sup> Frank'in *Law and Modern Mind* adlı kitabından özetle nakleden: Gürkan, a.g.e., s. 50-2.

kişideki bu otorite arayışı kaybolmamakta, ancak kişilere duyulan inanç yerine soyut kavramlar ve kurumlar konmaktadır. En son noktada, baba yerine artık hukuk koyulur. Çocuk için baba nasıl yanılmaz, kudretli ise, hukuk da aynı özelliklere sahiptir. Frank'e göre, insanların hukuka duydukları güvenin ve hukuktan kesin kararlar beklemelerinin nedeni budur.

#### 4. Kurallar, Olaylar ve Şüphencilik

Jerome Frank, realistlerin 'kural şüphencileri' ve 'olay şüphencileri' olarak iki grupta değerlendirilmesi gerektiğini söyler.

Kural şüphenciliği, kuralların varlığından değil, onların hukuk sistemi içerisinde sahip olduğu rolden şüphe duyar. Yargıç Holmes, bir eserinde şöyle der:

Bu kitabın amacı, Common Law'a ilişkin genel bir bakış ortaya koymaktır. Bunu yapabilmek için, mantık dışında araçlara ihtiyacımız var. Mantık, bir sistemin tutarlılığının, belirli bir sonucu gerektirdiğini gösterir; fakat mesele bununla bitmiyor. Hukuk yaşamı mantık değil, deneyim olagelmıştır. İster açıkça dile getirilmiş olsun isterse bilinçaltında kalsın zamana göre hissedilen ihtiyaçlar, öne çıkan ahlâkî ve siyasi kuramlar, kamusal politikanın öngörülerini, hatta yargıçların önyargıları, insanları yönetecek kuralların belirlenmesinde, kıyastan daha çok iş yapmıştır.<sup>14</sup>

Realistler, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sırasında, mahkemelerin yaptıkları fiilî uygulamaları göz ardı ederek, hukukun kendine ait aksiyomları ve çıkarım metotları çerçevesinde, belirli bir davanın nasıl sonuçlanması gerektiğinin ifade edilmesine karşı çıkmışlardır. Nitekim, hukukçuların, hukuk kitaplarında yaptıkları şey budur. Frank bunu bir oyuna benzetir:

'Biçimsel hukuk' ya da 'doktrinel hukuk' denen, hoş bir entelektüel disiplin var. Bu, bir tür zekâ oyunu ve söz konusu kural ve ilkeleri bilmeden bu oyunu oynayamıyorsunuz.

Oyunun pek çok güzel yanı var. Oynamak için mahkemeye gitmek zorunda değilsiniz. Sonucun pratik hayata herhangi bir etkisi de yok. Mahkemelerin gerçekte ne yaptığı, fiilî mahkeme kararları sonucunda kimin asıldığı ya da hapse

<sup>14</sup> Holmes, O. W., *The Common Law*, 1881, s. 1. Aktaran: McLeod, a.g.e., s. 116.

## ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNÇESİNE GİRİŞ

gittiği, kimin boşandığı ya da malını mülkünü yitirdiği, oyunu oynarken hiç önemli değil.<sup>15</sup>

Olay şüphecileri ise, kural şüphecilerinin görüşlerine katılmakta, buna ilaveten, mahkemelerin verecekleri kararların önceden kestirilememesinin sebebi olarak, mahkemelerde görülen davalarda tartışma konusu yapılan olayların (vakıaların) yargıçlar tarafından gerçeğe uygun bir şekilde değerlendirilememesini göstermektedir.

Frank'e göre klasik bir muhakemede kullanılan formül, "Kural (K) x Olay (O) = Hüküm (H)" şeklindedir.<sup>16</sup> Hükümün verilebilmesi için, hakim öncelikle, gerçekleştiği iddia edilen olayların gerçekten yaşanıp yaşanmadığını ve bu olayların nasıl cereyan ettiğini tespit etmek zorundadır. Ne var ki, bu formülün mahkeme dışında işletilmesi, böylece davanın sonucuna ilişkin kesin bir tahminde bulunulabilmesi mümkün değildir.

Bir an için şöyle farz edelim –ki bu açık bir hatadır–: açık ve kesin bir hukuk kuralları listemiz var ve her bir olaya karşılık gelen belirli ve tartışmasız bir hukuk kuralı, bu listede bulunmakta. Farz ediyoruz ki, eğer size bir davanın olaylarının Oa olduğunu söylersem, siz de hemen –ya da kitaplara bakıktan sonra– kuralın Ka olduğunu bileceksiniz. Şimdi işlemi yapabilirsiniz:

Ka x Oa = Ha

Fakat bir sorun var. Filî bir dava olmaksızın, davanın "görölmüş" olduğunu söylemek imkansızdır. ("Görölmüş" bir dava ile, tartışma konusu olayın ortaya konduğu ve söz konusu olaylarla ilgili çatışan tanık ifadelerinin dinlendiği davayı kastediyorum.) Dolayısıyla, belirli bir "görölmüş" davada, hüküm verilmeden önce O bilinmemektedir –ve bilinemez niteliktedir. Bizi H'ye götüren O, dava başlamadan önce varolan birşey değildir. "Görölmüş" bir davanın "olayları", yargısal amaçlar açısından, taraflar arasında gerçekten meydana gelmiş olan olaylar değil, mahkemenin meydana geldiğini düşündüğü olaylardır. Formülümüzdeki değişken O, mahkemenin olduğunu düşündüğü (ya da söylediği) şeydir. Bazı basit "görölmüş" davalardaki "olaylara" bakalım:

Robinson, White ile, White'in arabasını 200 dolara alma konusunda anlaşmış mıdır? Eğer anlaşmış ise, 200 doları ödemiş midir? Ve arabada herhangi bir sorun var mıdır?

Jones Smith'e vurmuş mudur? Eğer vurduysa, Smith onu nasıl tahrik etmiştir? Ve Smith'in yarası ağır mıdır?

<sup>15</sup> Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact", s. 648.

<sup>16</sup> Aynı, s. 649.

...Bunlar basit anlaşmazlıklar ve olaylar açısından, nisbeten basit sorular söz konusu. Fakat olaylar, yargılama başlamadan çok önce olmuştur. Olaylar kalkıp kendi kendilerine mahkemeye gelmiyor. Mahkeme gerçekten ne olduğunu tahmin etmek zorunda. Bunu yaparken, davanın başlamasından haftalar, aylar, hatta yıllar önce meydana gelen olaylar hakkında, yanılmaları mümkün şahitleri dinlemek ve seyretmek durumunda. Şahitler bazen yalan söyler, çoğunca yanlış ve mahkeme salonunun dışında gerçekten ne olduğu konusunda biri diğeriyle anlaşmazlığa düşer. Mahkemenin tanıklardan edindiği bilgi sonucunda yaptığı çıkarım yanlış olabilir ve mahkeme tahminde bulunurken bu hatalı olabilecek çıkarım hakkındaki tahminine dayanır.

Dolayısıyla, mahkemenin en basit olayların söz konusu olduğu davada dahi hakikati öğrenmesinin kesin bir aracı yoktur. Bu kesin olmadıkça, dava dinlenmeden önce, kararın ne olacağından emin olamazsınız; kurallar açık, belirli ve kesin olsa bile.<sup>17</sup>

Frank, olayların gerçekten nasıl cereyan ettiğinin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için, psikolojinin verilerinden faydalanılması gerektiğini söyler:

Avukatlar ve yargıçlar, psikologlar ya da psikiyatrlar gibi hareket etmeli. Avukat, bürosunda, müşterilerine karşı amatör bir psikaytr gibi hizmet vermektedir. Hukuk sözlüğümüz, mahkemelerin her gün psikolojik konularla uğraştığını gösteriyor. Örnek olarak şu kelimeler bakın: "saik", "niyet", "kötü niyet", "akıl hastalığı" vs.

Özellikle tanıkların psikolojisi bazı nedenlerden ötürü çok önemli: Davalarda verilen hükümler tarafların kaderini etkilemektedir. Bir ceza davasında, hüküm, davalının özgürlüğünü, hatta bazen yaşamını etkileyebilir. Bir hukuk davasında, taraflardan birinin iflas etmesine ya da itibarının zedelenmesine neden olabilir. Ve pek çok hüküm, tanıkların ifadesi üzerine verilmektedir. Pek çok davada olay, davadan çok önce gerçekleşmiştir; dolayısıyla, mahkeme bir tarihçi gibi çalışmalıdır: Bu olaylara ancak tarihçiler gibi ulaşabilir -ikinci veya üçüncü elden, tanıkların anlattığı hikayeler aracılığıyla. Eğer bir tanık, iradi ya da gayri iradi, hikayesini olaydan önemli derecede farklı bir şekilde anlatırsa ve yargıç ve jüri de ona inanırsa, bir insan hayatını, özgürlüğünü ya da servetini, sırf bu yüzden kaybedebilir.<sup>18</sup>

Bir tanık, yalan söylemese bile, hatalı ifade verebilir. Örneğin, gerçekten gördüğü şeyi söylüyordur ancak olayı yanlış algılamıştır; ya da hafızası zayıflamıştır ve olayı gördüğü gibi hatırlayamıyordu;

<sup>17</sup> Aynı, s. 649-50.

<sup>18</sup> Frank, Jerome, "Judicial Fact-Finding and Psychology", Ohio State Law Journal, Vol. 14, 1953, s. 183.

## ÇAĞDAŞ HUKUK DÜŞÜNÇESİNE GİRİŞ

veyahut da davadaki ifadesini veriş şekli; olayın dinleyenlerce farklı algılanması sonucunu doğurabilir.<sup>19</sup>

Hukuk kararlarının oluşmasında, yargıçların kişiliği de büyük rol oynamaktadır. Hukukun önceden kestirilebilecek kesin sonuçlar vermemesinin nedenlerinden birisi de budur. Yargılamanın her aşamasında, yargıçların kişisel yargıları, verdikleri kararın oluşumunu etkilemektedir.

...[B]ir yargıcın tanığa tepkisi, dolayısıyla vereceği hüküm, bilinçsiz bir önyargının sonucu olabilir. Bu önyargıdan yargıcın kendisi bile haberdar olmayabilir. Örneğin kişinin kızıl ya da siyah saçlı olmasına; bir kadın veya yaşlı bir kadın ya da genç ve güzel bir kadın olmasına; İrlandalı, papaz, Yahudi, Zenci, polis vs. olmasına karşı, olumlu ya da olumsuz peşin hükümlere sahip olabilir. Davalardaki karar verme süreci, işte bu gizli önyargıların merhametine kalmıştır.<sup>20</sup>

### 5. Sonuç

Burada, Amerikan realizminin hukukun niteliğine ilişkin ileri sürdüğü görüşler üzerinde durmaya çalıştık. Bunun dışında, geniş bir yelpazede işlenebilecek pek çok görüşe yer vermedik.

Amerikan realizmi, yeni oluşan Amerika Birleşik Devletleri'nin ve farklı bir toplumsal yapılanmanın kendi koşulları için yarattığı farklı bir hukuk yaklaşımıdır. Austin'in egemene itaat alışkanlığıyla temellendirilen egemenlik teorisi ve hukuku onun buyruklarına indirgeyen hukuk görüşü, 1900'lerin başında kabul edilemez hale gelmiştir. Ekonomik ve toplumsal gelişmelerin hızı, mevcut hukuk yapım yöntemlerinin kendisine ayak uyduramayacağı bir seviyeye ulaşmıştır. Bu durumda hukuk, toplumsal amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılacak bir araç olarak görülmüş; bu görevini yerine getirebilmesi için de, yargıçların verdikleri kararların önemi üzerinde durulmuştur.

Realistler, hukuku kanun metinlerinde, ders kitaplarında, genel kural ve ilkelerde arayan, muhakemeyi de mevcut kural ve ilkeler arasında yapılan mantıksal çıkarımlar olarak gören anlayışa karşı çıkmışlardır. Realistlere göre, hukukun ne olduğu tam olarak bilmek

<sup>19</sup> Aynı, s. 184.

<sup>20</sup> Aynı, s. 187.

mümkün değildir. Asıl olan, gerçek olan, mahkemelerin verdikleri kararlardır. Belli bir olayla ilgili olarak hukukun ne olduğunu söylemek için, o olayla ilgili olarak mahkemenin ne karar vereceğini tahmin etmek gerekir. Dolayısıyla hukuk tahminden ibarettir. Hukuk kuralları ise, yargıçlara yol gösteren yardımcı araçlardır. Hukuk kurallarına bakarak, davanın sonucunu kestirmek mümkün değildir. Bu yöndeki görüş, kural şüpheciliği olarak adlandırılmakta ve hukuk kurallarının karar verme sürecindeki rolünün sanıldığından çok daha az olduğunu savunmaktadır.

Olay şüpheciliği olarak anılan görüş ise, mahkemede verilecek kararın tahmin edilmesinin güçlüğü, davada dinlenen tanıkların ve yargıcın psikolojik durumlarının karar verme sürecine zorunlu etkisine bağlamaktadır. Mahkemede tartışma konusu yapılan olayların hiçbir zaman gerçeğe uygun bir şekilde tespit edilebilmesi mümkün değildir. Öncelikle, tanıklar olayları mahkemede anlatırken, ya kasıtlı olarak yalan söylerler, ya gördüklerini yanlış hatırlarlar, ya da öyle ifade ederler ki, mahkeme olayı gerçekten olduğu gibi alıyamaz. Mahkemenin kararı, tanıkların ifadelerine dayandığı için de, hiçbir zaman gerçeğe uygun bir karar verilemeyecektir.

#### KAYNAKÇA

- Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact – Part One", *Illinois Law Review*, Vol. 26, 1931, ss. 645-66.
- Frank, Jerome, "Judicial Fact-Finding and Psychology", *Ohio State Law Journal*, Vol. 14, 1953, ss. 183-9.
- Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet&Maxwell, 2001.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, AÜHFY, Ankara, 1996.
- Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHFY, Ankara, 1967.
- Holmes, O. W., *The Common Law*, 1881. Aktaran: McLeod, 1999.
- Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1996-1997, ss. 991-1009. Makalenin ilk yayımı:
- Llewellyn, Karl, "Some Realism About Realism", *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, ss.
- McLeod, Ian, *Legal Theory*, Macmillian, London, 1999.