

1.HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ KAMP RAPORU

3-6 Ağustos 2022 / *ŞİRİNCE*

Bu kampların amacı, kurumsallaşmış eğitim-öğretimin biçimsel ilişkilerinden sıyrılarak ve öğreten ile öğrenen arasındaki hiyerarşik ilişkinin ortadan kaldırılması ile doğa ile iç içe bir şekilde alternatif bir akademi formatının prototipini önermektir. Böylece alanında kendini yetiştirmiş müellif/hocalarla birlikte belli bir süre aynı yaşam alanını teneffüs ederek bu kişilerin bilgi ve deneyimlerinden sadece sunum sırasında değil sunumlar dışında kalan vakitlerde de ortak yaşam alanlarında zaman geçirme imkanı sağlanmış olacak ve hep birlikte başka bir şekilde nasıl var olabileceğimizin imkanları sorgulanacaktır.

Gerek meslek hayatı gerek metropoller, bizleri çoğu zaman belli davranış kalıplarıyla davranmaya zorlamakta ya da toplumsallık gereği uyum içinde bir arada yaşayabilmek için belli normlara uymamız sosyal bir gereklilik olmaktadır. Fakat bu gereklilikler çoğu zaman da bireyi kendine yabancılaştırmakta ve birey böylece ekseriyetle kendi yargıları ile değil ama toplumun/bulunduğu çevrenin yargılarıyla eylemektedir.

Burada, Karl Max'ın '*İnsan doğaya ne kadar yabancılaşır o kadar toplumsallaşır, ne kadar toplumsallaşır da o kadar kendine yabancılaşır.*' önermesi irdelenmeye değerdir. Halbuki bir de insanı politik/sosyal bir canlı olarak tanımlayan Aristo vardır. Yani bir nevi insanı insan yapan bir toplumsallık boyutundan söz etmek zorundayızdır. Belki de kaba bir tabirle 'tarzanlaşmadan' belli bir toplumsallık dahilinde doğayı ve kendimizi anlamaya çabalamak en uygun koşuldur bizler için.

Bu yüzden bu kamplar da temelde, kendimizi hem birey olarak hem de topluluk olarak daha farklı bir şekilde nasıl var edebileceğimiz üzerine düşünmeye imkan verecek ve bunu inşa edebilmek için uygun koşulları sağlayacak şekilde gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle kamp süreci katılımcılar tarafından her an yeniden oluşturulan bir sürece de dönüştürülebilmektedir. Kampta yapılacak olan sunumların bir çok kurumda veya atölyede ulaşılabilecek içeriklerden olması, olası bir durumdur fakat süreç kümülatif bir şekilde ele alındığı vakit deneyim olarak biricik olduğu muhakkaktır. Bu noktada kamp süresince sunum yapacak hocaların yanında katılımcıların her biri de asli bir aktöre dönüşmekte ve buna katkı sunma imkanına sahip olmaktadır. Böylece bu kısa bir kaç günlük birliktelikler bizlere çok şey söyleyebilir.

Spinoza'nın da yüzyıllar öncesinden bizlere seslendiği gibi bir özgürleşme pratiği olarak 'anlamak' hedeflememiz gereken en muteber gayelerden biri olmalıdır.

Av.Muhammed Zeki YILMAZ / Kamp organizatörü

Teşekkür

Kamp organizasyonunun en başından sonuna kadar sürecin her aşamasında yer alan ve kampın gerçekleştirilmesine önayak olan Komisyon Başkanı Av. İbrahim AYCAN'a ve raporun hazırlanmasında bizlerle işbölümünde bulunarak raporun ortaya çıkmasına katkı sunan Av. Eda KURT'a teşekkürü borç biliriz.

Metod

Rapor, oturumlar sırasında sunum yapan hocaların da izni dahilinde alınan ses kayıtlarının çözümü ile oluşturulmuştur. Daha sonra yazıya dökülen bu dökümanlar sunum sahibi katılımcılara gönderilerek rızaları alınmış ve bir çok katılımcı/hoca yapılan dökümanlar üzerinde uygun gördükleri düzenlemeler ile ekleme-çıkarmaları yapmış ve dipnotlar eklemiştir.

3 Ağustos 2022 Çarşamba

CICERO’NUN İLK MÜDÂFİLİĞİ: PRO SEXTO ROSCIO AMERINO

Dr. Fehmi Kerem BİLGİN / Prof. Dr. Halide GÖKÇE TÜRKOĞLU

Roscio davası M.Ö. 80 yılında Roma ‘da gerçekleşen tarihi bir davadır. Ayrıca Cicero’nun ilk ceza davası olma özelliği de göstermektedir. Roma davanın görüldüğü dönemde iç savaşlarla çalkalanmakta idi. Davayı siyasi anlamda önemli kılanın da devletin içinde yer aldığı bu konjonktür olduğu söylenebilir. Ayrıca Sulla rejiminin sebep olduğu siyasi, kurumsal ve sosyal dönüşüm zemininde görülen ve Cumhuriyetin krizlerine ışık tutan bu dava Roma ceza yargılamasının gelişimini göstermesi açısından da büyük öneme sahiptir.

Dava her ne kadar bir cinayet davası olsa da öldürülen kişinin mallarına el konulması, öldürülen kişinin yasaklananlar listesinde adının yer alıyor olması sebebiyle suçun hukuka uygunluk hali içermesi, failin öldürülenin öz oğlu olduğu iddiası, suç isnat edilen öz oğlun babasının mallarından mahrum bırakılarak fakirleşmesi ve dönemin siyasi ve sosyal çalkantıları sebebiyle, davanın siyasi ve sosyolojik bir nitelik kazandığı görülmektedir. Cicero da savunmasında bu hususlara yer vermiş ve savunmasını siyasi konjonktürden uzak tutmaya çalışarak salt sebep, sonuç, fayda ve eldeki deliller ışığında mesnede dayandırmaya çalışmıştır. Bir yandan Sulla’nın himâyesi altındaki Chrysogonus’un yasaklama uygulamasını sũstĩmal etmesinin tartışılmasıyla dolaylı olarak rejimin sorgulandığı intibainı uyandırma riski, diğer yandan geleneksel güçlerini kazanmayı arzulayan soyluların Sextus Roscius’u desteklemeleri davaya siyasi bir nitelik yüklemiştir.

Öncelikle bu davayı neden Cicero’nun üstlendiği üzerinde durmak gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere öldürülen kişinin taşra eşrafından varlıklı biri olması, yasaklılar listesinde yer alıyor olması ve dönemin iç savaş itibarıyla konjonktürü sebebiyle davanın siyasi bir yanı mevcuttu. Bu siyasi niteliği davayı Sulla’ya karşı bir duruş haline de getirmekteydi. O yüzden deneyimli hatipler davadan çekindiler. Ayrıca deneyimli hatiplerin savunmalarında söyleyecekleri ifadeler yanlış yerlere kayarsa buna mũsamaha gösterilmesi, deneyimsiz olan Cicero’ya mũsamaha gösterilmesinden daha düşük bir ihtimaldi. Ezcümle Cicero yüksek bilgisi ve yeteneği yüzünden değil, bu korku ortamı ve deneyimsizliğinin konforu sebebiyle bu savunmayı üstlenmiş görünmektedir. Ayrıca savunmada Cicero’nun Sulla ‘yı hiçbir şekilde hedef almaması hatta ona büyük övgüler düzmesi de samimiyetsiz olmasının yanı sıra, savunmayı siyasi saiklerden uzak tutma çabasının bir ürünü olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar direkt Sulla’ya karşı bir suçlama yapılmasa da Cicero savunmasında, rejimin neden olduğu ahlaki çöküşten ve siyasi olaylardan duyulan rahatsızlığı ifade etmiştir. Bu sebeple Sexto Roscio’nun savunmasını üstlenen Cicero başlı başına bir cesaret örneği göstermiştir.

Dava senatörlerden oluşan jüriden teşekkül eden daimi bir mahkeme önünde görülmüştür.

Davanın Konusu;

Baba Roscius M.Ö. 81 yılında bir gece yemekli bir davetten dönerken yanında kendisine eşlik eden iki kölesi olduğu halde Roma'da Palatium hamamları yakınında sokakta bıçaklanarak öldürüldü. Baba Roscius, memleketinde sevilen bir kişi olmakla birlikte, Titus Roscius Magnus ve Titus Roscius Capito adlı Ameria'lı iki şahısla mülk ihtilâfları sebebiyle uzun zamandır husûmet (inimicitia) içinde olmuştu. Cinâyet gecesi oğul Sextus ¹ve Capito Ameria'da iken, Magnus devamlı sûrette yaşadığı Roma'da bulunmaktaydı.

Cinâyet haberini Ameria'ya götüren ilk kişi Magnus'un mahmî (cliens) olan Mallius Glaucia adlı bir azatlı olmuştu. Ne var ki Glaucia haberi babası katledilmiş Sextus'a değil de, maktulün hasmı Capito'ya yetiştirmişti. Dahası cinâyet gecenin çökmesinden bir saat sonra işlendiği halde, Glaucia Roma ile Ameria arasındaki mesâfeyi haberi Capito'ya şafak vakti ulaştıracak kadar hızlı kat etmişti.

Magnus cinâyetten dört gün sonra Roma'ya bağlı birliklerin muhâsarası altında bulunan Volaterrae şehri yakınındaki askerî kampa bir ulak göndererek Sulla'nın gözde azatlılarından Lucius Cornelius Chrysogonus'u gelişmelerden haberdar etmişti. Chrysogonus bu yolla baba Roscius'un neredeyse tümü Tiber nehri kıyısında bulunan on üç çiftlik içeren malvarlığının kapsamı ve değeri hakkında bilgilendirilmişti. Baba Roscius gibi nüfuz ve îtibar sahibi bir kişi büyük bir güçle karşılaşmaksızın öldürülebilmişken, Sextus Roscius gibi Roma'da tanınmayan saf bir taşralıyı bertaraf etmenin kolay olacağı anlatılmıştı. Magnus ve Capito bu hususta gerekeni yapmayı taahhüt etmişlerdi. Böylelikle maktulün mallarını elde etmeye yönelik fesat bir plan üzerinde mutâbakata varılmıştı. Buna göre Chrysogonus baba Roscius'un adının Sulla'nın muhâliflerini tasfiye etmek için oluşturduğu yasaklama listelerine yazılmasını sağlayacaktı. Bu sûrette Roscius'un mallarına el konularak açık artırmada satılmalarının önünün açılmasıyla bunların uygun bir bedelle iktisap edilmeleri ve paylaşılmaları imkânı doğacaktı. Bu gayeye ulaşmak üzere Cicero'nun ifâdesiyle bir "ortaklık" (societas) kurulmuştu.

İç savaş döneminde alenen soylulardan yana taraf almış bir kimse olmasına rağmen ismi yasaklama listelerine yasa dışı sûrette eklenen baba Roscius'un on üç çiftliğin yanı sıra çok sayıda köleyi içeren malvarlığı satışa çıkarılmış, altı milyon sestertius değerindeki kül manceps olarak Chrysogonus tarafından sadece iki bin sestertius'a satın alınmıştı. Akabinde çiftliklerin yönetimini Chrysogonus'un mümessili (procurator) sıfatıyla alan Magnus Ameria'ya giderek Sextus Roscius'u mülklerinden kovmuştu. Tüm bunlar baba Roscius'un öldürülmesinden îtibâren dokuz gün içerisinde gerçekleşmiş, öyle ki Sextus'a cenâze âyinlerini tamamlama vakti dahi tanınmamıştı. Saygın bir hemşerilerinin öldürülmesi ve mülklerinin oğlunun elinden haksız sûrette alınması Ameria'lılar arasında infîâle yol açmıştı. Öyle ki Ameria şehir kurulu önde gelen on üyesinden (decem primi) oluşan bir heyetin iç savaş sırasında soyluları desteklemiş baba Roscius'un îtibarının ve acze itilmiş oğul Roscius'un mallarının îâdesi için Sulla'yla görüşmeye gitmesini kararlaştırmıştı. Lâkin Chrysogonus Volaterrae'deki askerî kampa ulaşan Ameria heyetiyle görüşerek babanın adının yasaklama listelerinden terkinini ve oğulun mülklerinin îâdesini sağlayacağını taahhüt etmişti. Chrysogonus ayrıca heyet üyelerini Sulla'yla görüşmekten vaz geçirmek için bazı soylu kişileri (homines nobiles) araya sokmuştu. Heyette yer alması bir talihsizlik olan Capito'nun da Chrysogonus'un vaatlerinin yerine

¹ Baba ile oğul aynı ada sahiptir.

getirileceğine dâir teminat vermesi üzerine diğer üyeler meselenin hallolacağına ikna olmuşlardı. Neficede decem primi taleplerini Sulla'ya sunmadan Ameria'ya geri dönmüştü. Bu arada Capito çabalarının karşılığı olarak Roscius çiftliklerinden üç tanesinin kendisine devri konusunda Chrysogonus'la anlaşmaya varmıştı.

Chrysogonus ve Capito verdikleri sözlere rağmen sorunların çözümü için herhangi bir adım atmadıkları gibi, Sextus Roscius'u öldürmenin yollarını aramaya başlamışlardı. Bu durum karşısında Sextus arkadaşları ve yakınlarının tavsiyesi üzerine Roma'ya giderek babasının dostâne ilişkiler içinde bulunduğu Caecilia Metella adlı saygın bir hanımefendinin evine sığınmıştı. Bu aşamadan itibaren Roma'nın soylu aileleri arasında kendisine destek toplamıştı. Cicero'ya göre bu sâyede Sextus öldürülüp isminin yasaklama listelerine yazılmasından kurtulmuştu. Gördüğü himâye karşısında Sextus Roscius'u ortadan kaldıramayacaklarını anlayan Magnus ve Capito bu defa da onu babasını öldürmekle itham ederek karşı hamlede bulunmuşlardı. Chrysogonus da cinâyet ve zehirleme mahkemesinde Sextus aleyhine suçlamayı yöneltmesi için Gaius Erucius adlı tecrübeli bir accusator'la anlaşarak baba katli iddiasının yargıya taşınmasını sağlamıştı.

Mahkeme:

Roma cezaî yargı sisteminde temel bir dönüşüm yaratan gelişme dâimî mahkemelerin ortaya çıkışı oldu. Vilâyetlerin idâresiyle görevli magistra'ların yetkilerini kötüye kullanma ve yolsuzluk fiillerini bastırmak için tribunus plebis Lucius Calpurnius Piso Frugi'nin hazırladığı lex Calpurnia de repetundis'le irtikâp suçlarını (crimen repetundarum) yargılamak üzere kurulan quaestio de repetundis (veya repetundarum) Roma cumhuriyetindeki ilk dâimî mahkeme oldu (M.Ö. 149). Kovuşturma usûlü medenî yargılamayla benzerlik gösteren bu mahkemenin başında praetor peregrinus bulunmaktaydı. Quaestio de repetundis'in kararları tribunus'ların vetosuyla askıya alınmadığı gibi, bunlara karşı comitia'ya temyiz başvurusunda bulunulamamaktaydı. Ama tümüyle senatörlerden müteşekkil bu yargı merciinin senato sınıfından kişileri mahkûm etmekteki isteksizliği sebebiyle yozlaşmış olduğunu düşünen tribunus plebis Gaius Sempronius Gracchus mahkemenin senatörler yerine münhasıran equester sınıfı mensuplarından oluşmasını öngören bir kanunun kabulünü sağladı (M.Ö. 123-122). Müteâkip kırk yıl içerisinde belirli suç tiplerine ilişkin davaları görmek için quaestio de repetundis'i model alan muhtelif dâimî mahkemeler kuruldu. Çoğu halde bunların yargı sâhaları vatana ihânet (crimen maiestas), seçimlere hile karıştırma (ambitus) ve zimmet (peculatus) gibi üst düzey magistra'lar ve subayların görevlerini yerine getirirken işledikleri suçları kapsamaktaydı. Sulla'nın diktatörlüğü döneminde çeşitli suçlar ve cezaları bir dizi kanunla yeniden tanımlandı. Bu çerçevede en az yedi adet dâimî mahkeme kurularak cezaî yargı teşkilâtı dönüştürüldü (M.Ö. 81). Lex Cornelia de repetundis'le quaestio repetundarum ıslâh edildi. Vâli ve komutanların isyanlarını önlemeyi hedefleyen lex Cornelia de maiestate Lucius Appuleius Saturninus tarafından M.Ö. 103 civarında kurulmuş olan quaestio de maiestate'yi vatana ihânet suçunu yargılayacak başlıca mahkemeye dönüştürdü. Seçimlere hile karıştırma suçunu (ambitus) yargılamakla görevli mahkeme muhâfaza edilmekle birlikte lex Cornelia de ambitu'yla bu suçun cezası ağırlaştırıldı. Sulla'dan önce zehirleme vakaları için quaestio de veneficiis tesis edilmişti. Ayrıca M.Ö. II. asırdan beri cinâyet vakalarını inceleyen quaestio de sicariis mevcuttu.

Sulla döneminde kabul edilen lex Cornelia de sicariis et veneficiis'le quaestio de sicariis et veneficiis kuruldu. Bu mahkeme ayrıca parricidium, kentsel kundakçılık ve capital bir suçtan ötürü mâsum bir kişinin mahkûmiyetine yol açmak suçları için de yetkiliydi. Dövme (pulsare), darp (verberare) ve konut dokunulmazlığını zor kullanarak ihlâl (domum introire) gibi iniuria türlerini yargılamak için lex Cornelia de iniuriis'le quaestio de iniuriis oluşturuldu. Nihâyet lex Cornelia de falsis çerçevesinde resmî belge, vasiyetnâme ve parada sahtecilik vakalarına bakmakla görevli quaestio de falsis kuruldu. Bu mahkemeler münhasıran senatörlerden oluşan jüriye sâhipti. Jüri üyeleri mahkemelerde görev yapmaya ehil muhtemelen dört yüzden fazla senatörün adlarının yer aldığı bir liste içerisinden münferit davalar için karmaşık bir usûl izlenerek seçilmekteydiler. Bunların sayısı mahkemelere göre farklılık göstermekteydi. Önemli mahkemelerde bu sayı yetmiş beşe ulaşırken, diğerleri için elli bir kişilik jüriler teşkil edilmekteydi. Dâimî mahkemelerin başkanlığını kural olarak bir praetor yapmaktaydı. Nitekim praetor'ların sayısının Sulla tarafından altıdan sekize çıkarılması bu görevi destekleyen bir tedbir olmuştu. Praetor'ların sayısı yetersiz kaldığında genellikle evvelden aedilis'lik⁶³ yapmış senatörler mahkeme başkanlığına iudex quaestionis sıfatıyla atanmaktaydılar. Bazı hallerde ilgili mahkemenin jüri üyelerinin seçtikleri bir senatör de quaesitor sıfatıyla başkanlık görevine getirilebilmekteydi.

Jüri yargılamanın sonunda kararını oy çokluğuyla “mahkûmiyet” (condemno) veya “berâat” (absoluo) şeklinde verirdi. Oyların eşit dağılımı durumunda sanık berâat ederdi. Ancak suçluluk veya mâsumiyetin delil durumu îtibârıyla sâbit olmadığı kanaati temelinde jüri üyelerinin çoğunluğunun non liquet yönünde oy kullanmaları halinde yargılamaya bir hükme varılıncaya kadar devam edilirdi. Jüri üyelerinin ikinci kez bu yönde oy kullanma imkânları bulunmamaktaydı. Mahkeme başkanı oy kullanmayıp, hüküm verir ve cezayı tâyin ederdi. Dâimî mahkemelerin verdikleri hükümler nihâî ve kesin olup, temyize tâbi değildiler. Sextus Roscius Sulla'nın yargı reformu çerçevesinde kurulmuş olan cinâyet ve zehirleme mahkemesinde yargılandı.

Suç ve Ceza:

Suç özgür Romalı olan yakınların öldürülmesi anlamını taşıyan *parricidium*² suçudur. Bu suç için öngörülen geleneksel ceza se çuval cezasıdır. Ceza, mahkumun bir çuvala koyularak nehre atılmasıyla tatbik edilmekte idi. Çeşitli kaynaklarda cezanın içeriği konusunda mahkûmun kırbaçlanması ve çuvala çeşitli hayvanların yerleştirilmesine dâir ayrıntıları zikretmeyip, parricida'ların canlıken bir çuvala konularak nehre atılmalarının atalar tarafından buyurulduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte poena cullei'nin infazında çuvalın içine bazı hayvanların yerleştirilmesine dâir verilere daha geç tarihli muhtelif edebî ve hukukî metinlerde rastlanmaktadır.

Yasaklama Listeleri:

İç savaşta karşısında saf tutmuş kişileri bertaraf etmenin hukukî vâsıtalarını senatodan elde edemeyen Sulla, bir edictum'la yasa dışı ilân ettiği muhâliflerinin isimlerinin yer aldığı bir listeyi Forum'a astırdı Akabinde lex Cornelia yasaklama uygulamasını teyit etti ve kapsamını

² Geç cumhuriyet döneminde

genişletti. Bu çerçevede üç adet yasaklama listesi hazırlandı. Bunların nüshaları Roma'da ve İtalya'nın tüm şehirlerinde asıldı.

Yasaklama listelerinde adı yer alan kişilerin öldürülmeleri câizdi. Yasaklanmış kişileri ihbar eden veya öldüren köleler âzat edilmekte, özgür kişiler ise 12.000 denarius'la ödüllendirilmekteydiler. Ödemeler usûlünce muhâsebeleri tutularak kamu fonlarından yapılmaktaydı. Ödülün alınabilmesi için öldürülen kişinin kesik başının Roma'da teşhir edilmek üzere teslimi gerekmekteydi. Bu şekilde katledilen yasaklılar için cenâze merâsimleri düzenlemesi ve yas tutulması yasak olduğu gibi, bunların vücutları demir kancalarla sürüklenerek Tiber nehrine atılmaktaydı. Yasaklanmış kişilere yardım ve yataklık edenler ölüm cezasına çarptırılmaktaydılar.

Lex Cornelia ayrıca yasaklanmış kişilerin mallarının müsâdere edilerek açık artırma yoluyla satılmalarını öngörmekteydi. Bu mallar genellikle râyiç bedellerinin çok altında meblağlara Sulla'ya yakın kişilerce satın alındılar. Kanun yasaklanmış kişilerin (proscripti) yanı sıra, Sulla'ya karşı savaşırken düşman hatlarında öldürülmüş (in adversariorum praesidiis occisi) kişilerin de mülklerinin satışa çıkarılacağını hüküm altına almıştı.¹¹⁹ Bu hüküm kanunun kabulü öncesindeki çatışmalarda öldürülenler kadar, gelecekteki çatışmalarda öldürülecek kişilerin de mallarını kapsamaktaydı. Lex Cornelia yasaklama (proscriptiones) ve satış (venditiones) işlemlerinin 1 Haziran 81 tarihinde son bulacağını öngörmüştü. Lâkin bu tarihten evvel yasaklanmış kişilerin sonradan da öldürülmeleri mümkündü. Dahası bu süre sınırlaması düşman saflarında öldürülenlerin mallarının satılmasına muhtemelen uygulanmamaktaydı. Yasaklananların çocukları ve torunları siyâsî haklarını yitirmekte ve magistra'lık görevlerine giremez hale gelmekteydiler.

Cicero, baba Roscius'un öldürülmesinin ve mallarının müsâdere edilerek satışa çıkarılmasının kanuna aykırılığını ortaya koymaktadır. İç savaş sırasında aristokratları destekleyerek Sulla'dan yana tavır almış baba Roscius'un yasaklanması hukuken mümkün değildi. Nitekim yasaklamalar devam ederken Roma'ya sıkça gelerek Forum'da dolaşması endişe duymak için herhangi bir sebep görmediğini göstermekteydi. Dahası katledildiğinde baba Roscius yasaklanmış bir kişi değildi. Adı yasaklama listelerine öldürülmesinden sonra derç edilmişti. Öte yandan baba Roscius'un Sulla'ya karşı savaşırken düşman hatlarında öldürülmüş bir kişi olmadığı da aşikârdı. İç savaş devam ettiği müddetçe Sulla'nın safında olmuştu. Cicero baba Roscius'un adının yasaklama listelerine yasadışı sûrette yazıldığını nutkunda iki defa belirtmektedir.

Savunma:

Cicero cinâyetin nasıl gerçekleştiğiyle ilgili tüm ayrıntıları içeren bir senaryo sunmamakla beraber, Magnus ve Capito'nun suça karışmış oldukları konusunda açık bir konum almaktadır.

Baba Roscius'un öldürülmesini tâkîben Chrysogonus'u olaylar hakkında bilgilendirmek üzere Volaterrae kampına bir haberci gönderen kişinin Magnus olduğu bârizdi. Üstelik baba Roscius'u tanımayan Chrysogonus'u malların satışını sağlamaya yönlendirdiklerini Magnus ve Capito dahi inkâr edememekteydiler. Geçmişe dayanan bir arkadaşlıkları olan bu üçlünün evvelden gelen bağları uygun zemini sağlamıştı. Dahası Magnus ve Capito atalarından mîras kalan himâye ilişkilerini bir yana bırakarak Chrysogonus'un himâyesi altına girmişlerdi.

Chrysogonus'a Roscius mülklerini ele geçirmeyi teklif edenlerin bundan pay alan Magnus ve Capito olduklarından şüphe edilemezdi.

Cicero savunmasına fail olarak suçlanan oğulun cinayetten önce refah ve zengin bir yaşam sürerken cinayetten sonra mallarına el konulmak suretiyle fakirleştiğini, babasının sağlığında taşradaki çiftliklerin sadece idaresi değil bunlardan pay alma hakkı da bulunduğunu, kısaca babasını öldürmede hiçbir menfaati olmadığını belirtmiştir. Ayrıca oğulun yaşamı boyunca babasından nefret ettiğini gösteren ve onu öldürmeye kadar azmettiren bir olay yaşandığını gösteren hiçbir delil olmadığını da eklemiştir.

Davadaki Paradoks:

Davadaki en temel paradoks, öldürülen babanın yasaklama listesinde yer alıyor olmasıdır zira bu hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir. Zaten katli vaciptir denen ve öldüren kölelere özgürlük özgürlere de para ödülü verilmiş bir insanın öldürülmesinde hukuka uygunluk olduğu aşıkardır.

Bu bağlamda aslında suçlayan tarafın hedefinin paradoksal bir biçimde Sextus'un mahkûm edilmesi olmadığı yönünde bir görüş dile getirilmiştir. Davacılar, Sextus'un babasını öldürdüğünü ikrar etmekle birlikte, savunmanın katli meşrûlaştıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak maktulün yasaklanmış bir kimse olmasına istinat etmesini ummuşlardı. Bu savunma Sextus'u ceza almaktan kurtarsa bile baba Roscius'un yasaklanmasının geçerliliğinin kabulüne dayanması itibâriyle malların satışının yasallığının tanınmasını beraberinde getirecekti. Böylelikle suç ortakları haksız yolla elde ettikleri mallardan nizâsız sûrette yararlanabileceklerdi.

Cicero davanın açılma gayesinin Sextus'un bertaraf edilmesi olduğunu belirterek bu tezin tam aksi yönde bir açıklama getirmektedir. Chrysogonus elde ettiği malvarlığından yararlanmasının önünde bir engel olarak gördüğü Sextus'tan mahkûmiyet yoluyla kurtulmayı hedeflemişti. Suçlayan taraf Chrysogonus'un nüfuzu karşısında kimsenin Sextus'u savunmaya cesâret edemeyeceğini ve mülklerin satışı ile suç ortaklığı hakkında herhangi bir tartışma yapılmayacağını hesaplamıştı. Dahası isnat edilen suçun korkunçluğu mahkûmiyeti kolayca temin edecekti. O kadar ki Cicero'ya göre davacılar öldürmeyi başaramadıkları Sextus'u katletmeleri için jüri üyelerine teslim etmişlerdi.

Suçlayan tarafın stratejisi bir yana, Cicero'nun müvekkilini muhtemel bir îdamdan kurtarmak için yasaklanmış bir kimse olması itibâriyle baba Roscius'un öldürülmesinin hukuka aykırı olmadığı yönünde bir savunmayı benimsememesi îzaha muhtaçtır. Öncelikle, yasaklanmış kişilerin katli câiz olmakla beraber, babasını öldürdüğünü ikrar ettiği takdirde Sextus Roscius'un bu suçun vahâmeti karşısında mahkûm edilmesi ihtimal dışı değildi. Öte yandan öldürmenin hukuka aykırı olmadığı yönündeki bir savunma yasaklama işleminin yasallığının kabulü anlamına geleceğinden Sextus'un aile emvalinin iadesini talep etme imkânını yitirmesini sonuçlardı. Şu da bir gerçektir ki Cicero müvekkilinin mallarını geri almakla ilgilenmeyip yalnızca berâat etmeyi umduğu yönünde sarih beyanlarda bulunmaktadır. Ancak bu beyanlarla yasaklamaları fırsata çevirerek zenginleşmiş kişilerin edindikleri malları ileride iade etmek durumunda kalma endişesinden kurtarılması amaçlanmış görünmektedir. Roscius vakasının bir iade sürecini tetikleyebilecek bir emsal oluşturmayacağı yönünde bu kişilerin

temin edilmesiyle Sextus'un berâatını engellemeye yönelik girişimlerde bulunmamaları umulmuş durmaktadır. Cicero'nun Roscius'a ait mülklerin satışının kanuna aykırılığını ortaya koymak için uzun bir tahlile girişmesi bunların müvekkili tarafından tümüyle gözden çıkarılmadığına işâret etmektedir. Nihâyet böyle bir savunma Sextus'un ceza almamasını sağlasa bile, baba katili olarak damgalanarak toplumsal hayattan dışlanmasına yol açardı. Roma'daki ceza hukukunun işleyişi, cumhuriyet döneminin krizleri ve iç savaşın neden olduğu sosyal ve kültürel çöküntüye ışık tutan bu tarihi dava, sanık hakkında verilen beraat kararıyla Cicero'nun kariyerinde bir dönüm noktası olmuştur.

4 Ağustos 2022

HUKUKTA FELSEFİ OLARAK TARTIŞMAK İSTEDİKLERİMİZ: YASA, HUKUK VE ŞİDDET

Prof. Solmaz ZELYUT

Bu çalışmada, genel olarak *yasa ve şiddet* üzerinden bir anlatım gerçekleştirilmesi planlanmıştır. Yasa ve şiddet arasındaki bağ oldukça zor bir meseledir ki bu bağın anlaşılmasını kolaylaştırmak için edebiyattan yardım alınacaktır: Kafka'nın *Dava* adlı eseri. Bu yardımın, felsefenin görece zorluğu / karmaşıklığından aşığı kalır nitelikte olmayacağını söylemek gerek.

Yasa en genel ve basit tanımla, şiddetin önlenmesi için bir tedbirdir. Peki acaba gerçekten yasanın amacı şiddeti önlemek midir? Yasanın kendisinin de kendini saklayan bir şiddet olduğu ya da onu içerdiği söylenebilir mi? Kavramsal olarak ele alındığında, yasa ve şiddet ilişkisi oldukça zor bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bize yardımcı olacak şey bir meseldir. Fakat öncelikle *meselin* tanımını yapmak gerekir. Anekdot da denilebilir ama aslında anekdottan farklı özelliktedir zira anekdot rivayet demek olmasına karşın mesel bir meseleyi dile getirir. Ezcümle anlatılacak olanlar sadece bir anı, hatıra niteliğinde olmadığında ve aslında bir meseleyi dile getirdiğinde, buna mesel denmesi daha yerindedir. Mesel, misal, misil emsal, timsal, temsil vs hepsi aynı kökten gelir. (Kelimeler hem felsefe hem de hukuk açısından oldukça önemlidir zira her ikisinin işi temelde kelimelerledir.) Meseller kısadır ve kıssalar gibidir, Malum, kıssalardan biz hissemize düşeni almaya çalışırız. Mesel, kıssa gibi işlev görmesine rağmen ondan daha fazla bir şeydir çünkü bazen meseldeki mesele çözülmeyen kalabilir.

Mesela biraz anekdotu andırır bir mesel örneğini hatırlayalım; bir korsanı Büyük İskender'in karşısına getirirler. Büyük İskender çok kızgındır, korsana der ki: "sen ne hakla önüne gelen gemilere saldırıp duruyorsun!". Korsanın gözü epey karadır ve İskender'e der ki: "benim bir gemim var, bütün gücüm bundan ibaret, bir ordum olsaydı bütün dünyaya saldırırdım, aramızdaki fark bu, ben adı bir korsanım sense büyük bir kahraman."

Evet İskender'in yaptığı şey aslen korsanlıktan farklı değildir ama o gün de bugün de onun

yaptığı meşru görülmektedir ki ona Büyük İskender deniyor. Peki İskender'in yaptığı meşru görülmesinin sebebi nedir? İtiraf edelim ya da etmeyelim meşruluğun kaynağı güce dayanmaktadır. Güç için başımızın en büyük belası diyebiliriz. İnsanlığın, kendi varoluşunu keşfettiğinden beri üstesinden gelmeye çalıştığı mesele işte bu güç ve iktidar meselesidir. Evet yasayı da güç olarak, kendini gizleyen bir kudret olarak tanımlamak mümkündür.

Yani gücün, zorun veya kudretin kendini gizlediği bir form olarak yasa, Latincesiyle *lex* biraz yakından bakınca bunu gösterir. Kelimenin Latince, söylemek, seslenmek, buyurmak (*lego*) fiilinden geldiği görülmektedir ki bu da içinde en azından “söz”ün gücünü barındırır.

Emreden sözün gücü! Öyle ki emir demiri keser! Kelimenin Türkçe karşılığına bakıldığında ise, ilginç şekilde, başka bir kelimeyle bağlantılı bir bitişiklik içeren anlamla anılmaktadır: “Yasak”. İkisi de aynı köktendir ve 13. Yüzyıla kadar bu iki kelimenin beraberliği tespit edilebilmektedir. Moğolca bir kelime olan yasak, *g* harfiyle (*yasag*) yazılmaktadır ve “yasa” hem meneden hem de müsaade eden anlamlarının her ikisini de böylece barındırmaktadır.

Yasa neyi yasaklıyor, neye müsaade ediyor ve -bir kez daha yukarıdaki İskender anekdotunu hatırlayarak sorarsak- ne hakla? Ne münasebet? Münasebet sorusu, esasen, yasanın meşruiyetinin sorgulanmasına ilişkin bir sorudur. Burada tam da bununla bağlantılı biçimde meşruluğa dair kuşkulara değineceğim. Bildiğimiz gibi, bir şeyin yasal olması ile meşru olması aynı değildir. Meşruiyet “haklı çıkarılmış”, justifiye edilmiş olmakla ilgili bir kavram olarak “adalet” ile daha sıkı bağlantılıdır. Yasa her ne kadar adaleti yerine getirmenin aracı olarak kabul edilmişse de tamamen bu amaçla iş gördüğü söylenemez. Yasanın meşruiyeti dendiğinde, söz konusu yasa, her neyse ve tek tek yasalardan bahsediliyorsa, onun kökeni sorulmuş olmaktadır ve aslında bu bir köken, orijin, başlangıç sorusudur. Bu mesele yani yasanın başlangıcı meselesi en belalı sorulardan birisidir. En basitinden verilebilecek bir örnekle bu kavram çiftine, yasal /meşru çiftine bakacak olursak pekâlâ, %10 seçim barajını düşünebiliriz. Evet bu baraj hiç kuşkusuz yasaldir ancak %9,5'un bu baraj sebebiyle kendini temsil ettirememesi, bütün bir seçim yarasının meşruiyetinin sorgulanmasına zemin oluşturur, zira baraj yüzünden hak yerini bulmamış görünür. Demokrasinin bir *temsil rejimi* olduğu söyleniyorsa, temsil edilişin sınırlandırılması, her ne gerekçeyle olursa olsun, seçim sistemini, yasal olanı meşruiyet açısından sorgulanmaya açık hale getirir. Bu örnekte de görüldüğü üzere yasal olan hiç de meşru olmayabilir ve temelde ikisi arasındaki fark budur. Sorun ise bu ikisinin her örtüşmediği yerde günyüzüne çıkar.

Platon'un *Politeia* adlı eserinin başlangıcında söylediği üzere, asıl mesele önünde sonunda, güçlü olanın kendisini meşru kılması ve güçlü olduğu andan itibaren yasayı yapması, yasa koyucu olmasıdır ki bu da kurucu güce ve bu yüzden de şiddete işaret etmektedir. Bu noktada kurucunun aynı zamanda kurmuş olduğunun içinde olup olmadığı meselesi de karşımıza çıkar. Bu mesele son zamanlarda özellikle politik felsefe alanında çok tartışılan konulardan biridir. (örneğin bkz. Giorgio Agamben'in *Homo Sacer* adlı eseri)

Şiddet, yasa, meşruiyet ve iktidarın birbirleriyle ilişkisi içinde, “güç” kavramı ile ilgili olarak düşünebilmek için bir yol yordam uyarınca ilerlemek gerekir. Bu yüzden yöntemsel olarak

Cicero'nun da savunduğu *epokhe*³ bize yardım edebilir: Hükümü, yargıyı askıya alma yöntemi. Bu aynı zamanda çağdaş felsefenin büyük isimlerinden Husserl'in de *paranteze alma* diye ifade edip kullandığı bir yöntemdir. İçinde bulunduğumuz durumda, şimdiye kadar edinmiş olduğumuz kanaatleri askıya alarak düşünme yolu anlamına gelen bu yöntemin konumuza dair pek çok metinde kullanıldığını görürüz. Konuşmam boyunca dinleyenlerden bunu bekliyorum. Hukuk kampında “yasa”, “adalet” kavramı üzerine düşünürken aynı askıya alışı davet ediyorum. Şimdi Rousseau'dan bir alıntı okuyalım, bize ve aslında en çok da bana haddimi bildiren bir alıntı bu!

J.J. Rousseau şöyle diyor: “Hukuk ve etik üzerine kitapları açıyorum; profesörleri ve hukukçuları dinliyorum ve zihnim onların ayartıcı öğretileri ile doluyor; sivil düzenin tesis ettiği barış ve adalete hayran kalıyorum; siyasî kurumlarımızın bilgeliğini kutsuyorum ... [sonra] kitapları kapatıp dışarı çıkıyorum ve etrafıma bakıyorum. Demir bir boyunduruğa vurulmuş inleyip duran biçare insanları görüyorum, bir avuç zalimin tutup yere çaldığı insanlığı görüyorum....Gözlerimi kaldırıp ufka bakıyorum. Ateşi ve alevleri görüyorum; harap olmuş tarlaları, talan edilmiş şehirleri görüyorum. Canavarlar! Dehşet verici bir gürültü duyuyorum. Nasıl bir kargaşa bu! Ne çok haykırış var! Yaklaşıyorum; bir katliam sahnesiyle karşılaşıyorum...İşte sizin barışçıl kurumlarınızın meyveleri! Öfke ve merhamet, yüreğimin en derinlerinden gelip kabarıyor. Bre kalpsiz filozof! Hadi gel ve bize, muharebe meydanına dair kitabını oku bakalım şimdi.”⁴

Buradaki kalpsiz benim sanırım. Adaletin talebini sorguladığım bir sunumda konuşma başlığım şuydu: Adaletin talebi: *audi alteram partem*! Bu latince deyiş, Roma hukukunun iki temel ilkesinden biridir: “Dinle öteki tarafı (da)!” Buradaki “da”, sadece söyleyişi güzel olsun diye eklediğimiz bir “da” mı? Sanmam. Bu “da” ‘aynı zamanda’ anlamında mı yoksa ‘sonra’ anlamında mı? Bunun belirsizliği yüzünden ben onu paranteze alarak göstermek istedim. Benim bu ilkedен anladığım, dinlemenin esas olduğu, yani önce geldiği bir adil olma çağrısıdır. Beyanın esas olmasına sınımsız bağlı bir şeydir, dinleme. Düşünmenin sıkı dostudur, dinleme. O, iletişimseldir, diyalojiktir, tıpkı adaletin olduğu gibi.

Adalet talebini askıya alarak “yasa” meselesine dönüyorum tekrar. Kafka'ya ve belki de bir roman olduğu ya da Kafka'nın roman yazarı olduğu hakkındaki yargılarımızı askıya alarak, yayınlandığı günden bugüne kadar pek çok filozof ve hukukçunun analizleri ile aydınlatılmaya çalışılmış bir mesel olarak Kafka'nın *Dava*'sı üzerinden tekrar “yasa”ya dönüyorum. *Dava*'nın içindeki bir bölüm bu ve adı da problemin de adını koyan bir ad: *Vor dem Gesetz*.

İngilizcesi “*before the law*” olan bu adın çevirisi konusunda farklı görüşler mevcuttur. *Law* kelimesi İngilizce’de hem *yasa* hem *hukuk* anlamlarına gelmektedir ve bu sebeple kelimenin (law) hangi anlama geldiğini metin içinden anlamak gerekmektedir. *Before* kelimesi ise

³ Pyrrhon’un (i.Ö. 365-i.Ö. 275) şüpheciliğinin nişanesi olan *epokhe* için Cicero tek kelime ile karşılık bulamayacağını anlayınca *sustinere assensionem* veya *retentio assensionis* demeyi uygun bulur.

⁴ J. Rousseau, *A Lasting Peace through the Federation of Europe and The State of War*, trans. by C. E. Vaughan, Constable and Co., London, 1917, s.125-126.

zamansal tanımını karşılayan *önce* anlamına ek olarak mekânsal olarak *önünde olma, huzurda olma* gibi bir anlamda da, bekleme halinde olma, durma halinde olma⁵ gibi bir anlamda da sahiptir. “Huzur” kelimesi, bizim kullanım dilimizde, barışı, sakinliği, dinginliği bildirmenin yanısıra “varlık” da bildirir: hazır olma, huzurda hazır halde durma, mevcut olma. Mesel, daha başlangıcında ve adı koyulurken ikili bir anlamda akmaya başlamaktadır ve hem yasanın huzurunda, karşısında hazır olmayı, durmayı ve de beklemeyi hem de önünde, öncesinde, evvelinde olmayı ifade etmektedir. Şimdi dikkatle onu okuyup hatırlayalım.

Hatırlayalım *Dava*'da Joseph K tutuklanmaktadır ancak tutuklanma gerekçesini tutuklayanlar bile bilmemektedir. Tutuklandığı halde istediği yere gidebileceği kendisine söylenmiştir. Mesele gelince, meselin aktarımı öncesinde K'nın çalıştığı şirket bir İtalyan müşteriye katedrali gezdirme görevi vermiştir. K. katedrale gittiğinde bir rahiple karşılaşır. Rahibin evvela üstte, yukarıda durması ve sonrasında K'nın hizasına inmesi tesadüfi olmayan bir nüans olarak karşımıza çıkar. İyi edebî metinler ve felsefî metinler hiçbir şeyi rastgele, kazara, hatayla söylemez. Hatta hata varsa bile kastîdir, unutmayalım. Yani kutsal metinlerin okunduğu gibi okunmalıdır, bunlar. Burada K'nın ve rahibin dışında bir üçüncü kişi olarak karşımıza çıkan dışarıklı biri, taşralı diye anılan birinin başından geçenleri okuruz. Rahip anlatır o adamı K'ya. (Bu karakterlerin üçünün de aynı kişi olması hatta üçünün de Kafka olması muhtemeldir.)

Taşralı olmak -dışarıklı da deriz biz- ne demek? Merkezin dışına taşmış olan biri. Metni okurken taşralıyı bu anlam çerçevesinde merkezin hükümlerinden kaçmış olan olarak değerlendirmek gerekmektedir. Taşra'nın bu anlamda belki de bir *koruyan*, muhafaza eden tarafı olduğu söylenebilir. Neyden koruyan sorusuna da ‘merkezin, hakim, muktedir olanın, hükümlerinden, belki de zulmünden koruyan’ cevabı verilebilir. Yasanın önünde veya yasanın öncesinde anlamındaki *Vor dem Gesetz* meseli şöyledir;

“Yanılığa düşme,” dedi rahip. “Ne konuda yanılıyor olabilirim ki?” diye sordu K. “Adalet konusunda yanılıyorsun,” dedi rahip. Yasanın giriş kısmında bu yanılığın konusunda şöyle denir: “Kanun önünde nöbet tutan bir bekçi/kapıcı vardır. Bu kapıcıya taşradan bir adam gelir. Kanundan içeri girmek istediğini söyler. Kapıcı “olabilir” (*Es ist möglich*) der, “ama ama şimdi değil (*jetzt aber nicht*)”. Kapı her zamanki gibi açık durduğundan ve kapıcı o sırada kenara çekildiğinden adam eğilir ve kapıdan içeriye bakmak ister. Bunu fark eden kapıcı gülerek şöyle der: “Madem bu kadar istiyorsun olmaz dememe aldırma, dene bakalım. Ancak unutma ki ben güçlü bir kapıcıyım ve kapıcıların da yalnız en küçüğüyüm ama her salon başında bir başka kapıcı vardır ve biri ötekinden güçlüdür. Daha üçüncüsünü görmeye ben bile dayanamadım.” Taşralı adam (der Mann vom Lande) böylesi güçlüklerle karşılaşacağını hiç ummamıştır. Nihayetinde “kanun kapısıdır. Herkese her vakit açık bulunması gerekir” diye düşünür. Üzerindeki kürk paltoyla kapıcıyı daha bir dikkatle süzüp, onun iri ve sivri burnunu, uzun ve seyrek kara Tatar sakalını görünce en iyisinin giriş iznini koparana kadar beklemek olduğuna karar verir. Kapıcı bir tabure uzatır adama ve onu kapının yanı başında oturtur. Günler ve aylar boyu burada oturur adam. Pek çok kez kapıcı onu içeri koyuversin diye uğraşır, yalvarır. Kapıcıyı ikna etmek için elinden ne gelirse yapar. Kapıcı ise bu esnada adamı küçük çaplı sorgulamalardan geçirir. Nereli olduğu, yeri yurdu

⁵ bekleme, erteleme (*différance*, ama *différence* değil)

ve daha başka buna benzer sorular büyük kişilerinki gibi kayıtsızlıkla⁶ sorulan sorulardır bunlar. Her sorgulamanın sonunda kapıcı adamı içeri salamayacağını yeniden açıklar. Bu yolculuğa koyulurken yanına bir sürü şey alan adam, kapıcıyı rüşvetle kandıracağına diye pek değerli olmalarına bakmadan bunların tümünü elden çıkarır. Kapıcı ise bunları alır ama şunları da ekler: bunları alıyorum ki şu yola da başvuracaktım ama unuttum demeyesin diye. Taşralı adam yıllar yılı neredeyse aralıksız gazetler durur kapıcıyı. Öteki kapıcıları unuttur da bu ilk kapıcıyı kanundan içeri girmesi için tek engel gibi görür. Onu karşısına çıkaran talihsiz rastlantıya ilk yıllar lanetler ve küfürler eder. Derken giderek yaşlanır. Kendi kendisine homurdanıp durur. Zamanla çocuklaşır ve yıllar yılı kapıcıya bakıp dururken onun paltosunun kürk yakasındaki pireleri de keşfettiğinden onlara bile kendisine yardım etmeleri için yalvarmaya başlar.⁷ Kapıcının gönlünü yapmaları için pirelere bile yalvarır. Sonunda gözlerinin ferisi söner. Çevresinin gerçekten mi karanlığa gömüldüğünü yoksa gözlerinin mi kendisini yanılttığını bilemez olur. Yine de bir parıltı fark eder karanlıkta. Öylesine bir parıltıdır ki bu bütün görkemiyle kanun kapısından dışarıya vurmaktadır. Artık pek bir ömrü kalmamıştır adamın. Ölmeden önce kapı önünde geçen bütün yaşantıları kafasında toplayıp şimdiye kadar kapıcıya sormadığı bir soruyu sormayı akıl eder. Giderek taşlaşan vücuduyla doğrulup kalkamadığından kapıcıya el eder. Aralarındaki boy farkı zamanla taşralı aleyhine değiştiğinden adama doğru eğilmek zorunda kalır kapıcı onu duyabilmek için. "Hala nedir öğrenmek istediğin bakalım" diye sorar. "Amm da doymazmışsın." Adam bunun üzerine şöyle der: "benim bildiğim herkes kanuna varmak için çaba harcar. Peki nasıl oldu da bunca yıl benden başkası girmek istemedi bu kapıdan? Neden benden başka kimse buraya gelmedi?" Kapıcı artık adamın son anlarını yaşadığını görür. Onun gittikçe ağırlaşan kulaklarına sesini ıttirebilmek için ona var gücüyle haykırır: "çünkü yalnızca senin için bu kapı. Gideyim de kapatayım artık."

Mesel bundan ibaret. Joseph K ve rahip bu mesel ile ilgili tartışılar ve rahip, K'nın bütün argümanlarını çürütür. Kapıcı, adamı aldattı mı, burada bir aldatma var mı? Kapıcı sadece görevini mi yapıyordu? ⁸Bu ve benzeri konularda uzun ve hatta hukuki argümantasyonlar

⁶ Kafka "büyük kişilerinki gibi kayıtsızlıkla" diyor, dikkat!

⁷ Yani bir bakıma pireyi deve yapar!

⁸ K., "Demek ki sen, adamın aldatılmadığını düşünüyorsun, öyle mi?" diye sordu. "Söylediklerimi yanlış anlama," diye yanıtladı rahip. "Ben sadece çeşitli görüşleri sunmakla yetiniyorum. Yorumları çok fazla önemseme. Metin değişmez, yorumlar ise çoğunlukla yorumcuların hissettiği umutsuzluğun ifadesinden ibarettir.

Hatta bu vakada, aldatılanın bekçi olduğunu ileri sürenler bile var." "Bu kadarı da fazla," dedi K. "Peki bunu nasıl kanıtlıyorlar?" "Gerekçelerini, kapıcının saflığına dayandırıyorlar," dedi rahip. "Yasa'nın içeriğini değil de, yalnızca kapının önünde gidip geldiği yolu bildiğini söylüyorlar. İçerik hakkında edindiği fikri çocuksu buluyorlar ve adamı korkutmak istediği şeyden çekindiğini, hatta ondan çok daha fazla çekindiğini düşünüyorlar, çünkü korkunç bekçilerden söz edildiği halde adam yine de içeri girmek istiyor, kendisi ise istemiyor, en azından bunun sözü geçmiyor. Başkaları ise, onun Yasa'ya hizmet ettiğini ve anlaşma ancak içeride yapılabileceği için, içeri girmiş olması gerektiğini söylüyorlar. Ancak buna şu yanıtı verebiliriz: Kendisi girmeden, içerden göreve atanmış da olabilir, hem zaten üçüncü bekçinin görüntüsüne bile katlanamadığına göre pek fazla uzağa gitmiş olamaz. Üstelik, adam yıllar boyu beklerken, kapıcının bekçiler hakkında söyledikleri dışında içerisi hakkında herhangi bir şey anlattığına da hiçbir yerde değinilmiyor. Bundan söz etmesi yasaklanmış olabilir elbet, ama bu da bir şey ifade etmiyor. Bütün bunlardan gerek içerisinin görüntüsü gerekse önemi hakkında bilgisiz olduğu ve bu konularda yanıldığı sonucu çıkıyor."

öne sürülür ama sonunda hiçbir şey açıklığa kavuşmaz. Bütün bu konuşmalar içinde sözü edilmeyen bir şey vardır. Yani habire kanundan, yasadan söz edilmesine rağmen bir şeyden hiç söz edilmez: Adalet. O yüzden yasanın bu erişilmezliği muamması, yasanın kökeni sorunu ile yüzleşilmesini sağlar ve bu muamma edebi bir biçimde dile getirilir. *Dava*'nın *Vor dem Gesetz* kısmından sonra da bu kavramlar tartışılmaya devam eder. Yasanın hem yasaklayan hem de müsaade eden bir şey olduğu söylenmekte ancak bunun hangi gerekçe ile bu hale geldiği tartışılmamaktadır.

Burada bir diğer dikkat çekici unsur, yasanın kapısının olmasıdır. “Kapı” kelimesi Türkçede kapmak, kapamak, edilgin haliyle kapılmak fiilleri ile beraber tuzağa düşmek anlamını da içerir. Almanca *Gesetz* kelimesinin geldiği fiili “*setzen*”, dikmek, yerleştirmek, oturtmak, oturmak, koymak, *sınır koymak* gibi anlamlara geliyor. Evet “sınır” çıktı bakın, *Gesetz*'te.

Evet şu “kapı” meselesi hakkında biraz durup düşünmeliyiz. Bizde de “devlet kapısı” deyimi vardır, hatta şimdi “e-devlet kapısı” oldu, “mahkeme kapısı” da deriz. Dilde tesadüf yoktur. Evet gelin düşünelim biraz şu “kapı” meselesini. Ki bizden evvel zaten gayet güzel düşünmüşler var; biri de filozof sosyolog *G. Simmel Köprü ve Kapı* adlı metninde, ikisi de bir şeylerle başka bir şeyleri bağlayıp birleştirme ve de ayırma görevi olan kapı ile köprü arasındaki farkı açıklarken; kapının içeriye de dışarıya da açıldığını, geleni de gideni de işaretlediğini; hem içeri girenleri karşılayan hem de dışarı çıkanları uğurlayan ya da uğursuzlayan bir sınır olduğunu söylemektedir.⁹Bu bağlamda her kapının içeriye ve dışarıya doğru bir sınır olduğu söylenebilir. Ancak her sınır bir kapı mıdır? Örneğin ulus devletin sınırları akla gelebilir ki orada bir geçilmezlik söz konusudur. Bu nedenle kapıyı bir sınırdan ziyade belki de eşik olarak anlamak ve değerlendirmek daha doğru olabilir. Çünkü eşik sınırın aksine, kapının bir parçası hatta belki de kendisi olarak içeriye de dışarıya da taşıyabilme özelliğine sahiptir. Kanun kapısı da böyle bir şeydir. Onun içinde ve huzurunda mı olduğunuz ya da onun dışında ve öncesinde mi ona baktığınız sorusu bir paradoksa gebedir. Bu bir paradokstur çünkü öncesinde ona bakmak, onun öncesinde o orda olamayacağı için mümkün değildir. W. Benjamin, J. Butler, Derrida ve Agamben'in izinde *Dava*'nın bu bölümünü okurken Lacan'ın dil hakkında söylediklerini, “bilinçdışı bir dil gibi yapılanmıştır” ya da “bilinçdışına giden yol dilden geçer” sözlerini hatırlarız. En kestirmeden söylersem -kestirme olması yanılmasın tabii, önemli bir eşiktir, bu- dilin kökenine ve onun ne olduğuna bakmak ve onu anlayabilmek için bizim dilin öncesine gitmemiz, yani onun dışına çıkmamız gerekir. Yasa ve dil bir ve aynı şey gibi düşünülebilir.

⁹ Kapı, kapu; kapanmak, kapatmak, sertçe bitişmek, yakalamak, vb. anlam bağlamlarına sahiptir. Öyleyse kapıdan hareketle şu söylenebilir: Kapı kapar, hem yakalama anlamıyla hem kendini başkasına kapatma anlamıyla. Kapı, hem kendini kendine hem de geleni, gideni bitştirir, yani içeriye ve dışarıya. Bir üçüncü

olarak denebilir ki kapı ‘ara’ya, aralığa ve zorunlulukla eşığe, sınıra, huduta yol açar, yol verir. Kapı, eşik ve ara ve de sınır olur: “Kapının adeta insanların [var olduğu] alanda ve bu alan dışında kalan her şey ile arasında bir bağ oluşturmasından dolayı, kapı içerdeki ve dışardaki arasındaki ayrılığı aşar. Aynı zamanda, kesinlikle kapının açılabilmesinden dolayı, kapalı olması, hiç yapısı oluşturulmamış bir duvara nazaran, bu alanın dışında kalan her şeye karşı daha güçlü bir ayrılık duygusu ortaya koyar. Duvar sessizken kapı konuşur. Kapının kendisine özgürlükle birlikte bir sınır koymuş olması, yani bu sınırı aynı zamanda kaldıracak [ve] kendisini bu

sınırın dışına yerleştirebilir olması, insanlık için kesinlikle gereklidir.”(Simmel “Köprü ve kapı” (2013)(Çev., Ö. Ayvaz). *Felsefelogos Dergisi*, (50), 17-20

Bu bağlamda yasanın kökenini anlamak için de onun öncesine, yani kuruluş anına gitmemiz gerekir. Gelgelelim bu ne kadar mümkündür? Ama bu ana gidemediğimiz takdirde yasanın yasa olarak yasaklama ya da müsaade etme yetkisinin orijinini anlamamız mümkün olmaz. Şayet yasanın yetkisi öncelikle güç ile açıklanırsa -ki bu güçlü olanın sözü, söylemi, bizi adalet /doğruluk / *dikaosune* tartışmasıyla *Politeia*'ya yollar- yukarıda değinilen tüm meseleler, tartışmalar beyhude, anlamsız kalacaktır. Bizim de bu toplantımızdaki çabalarımız, guguş oyununa döner; hukuk veya guguka dair kafa yormalara döner. Ne yapıyoruz biz? Neyi konuşuyoruz? Bunca kurum ne işe yarıyor? Kim kimi kandıyor? Bu feci bir açmazdır. Kafka'nın, bu açmazı (Derrida'nın "double bind" dediği açmazı), bütün bu anlamsızlık ve antinomiye damarlarına kadar hissetmiş olmasından ötürü, *Dava* gibi *Şato* gibi kitaplar yazdığı da söylenebilir.

G. Simmel aynı zamanda kapı ile duvar arasındaki ilişkiyi yorumlar ve duvarın suskun, hareketsiz bir bütünlüğe sahipken kapının o duvarın içinde açılmış bir gedik olduğundan hareketle duvarın sessiz olduğunu ancak kapının konuştuğunu söylemektedir. Kapı duvar değildir, duvar gibi sağır ve dilsiz değildir. Evet kapı bizimle konuşmuş oldu netekim!

Bu noktada yasanın doğa ile karşıtlığını düşünmek lazım. Yasa, insanlara doğal olarak sahip olmadıkları, doğada bulunmayan bir düzeni, nizamı verme iddiasındadır. Aslında tam da bu sebepten doğa ile bir karşıtlık içindedir. Buradan Antik Yunan'ın *nomos X phûsis* dikotomisine geçiveririz.¹⁰ *Nomos* insanların doğal değil, yapay bir şekilde uzlaşarak oluşturdukları "normal"e götürür, normları verir. (Norm ve normal bağını görün). Bu sebeple yasa, doğada görünen türden bir zorunluluğa sahip değildir. Normalde ya da *nomosta* görülen ve uzlaşsallığa ve insanî olana dayanan, hatta hukuka, hakkaniyete dayanan şeyin, doğanın zorunluluğunun tersine, içerdiği keyfilikle nasıl başedeceğiz? Bu soru oldukça önemli bir soru ve aslında tüm meselenin düğüm noktasıdır. Keyfi olan, iradi olan, nasıl olur da bir standarta bağlanır? Bu keyfiliğin meşruluğunu nereye dayandırabiliriz? Politik ve sosyal hayatımız uzlaşsalsal bir şeyle, ama çok güçlü mü güçlü bir şey ile bağlantılı ise, buna karşı direnme gücünün meşru kaynağı nereden bulunacak?

Bu baş belası bir sorundur. Çözemediğimiz için görmezden gelip çözümsüz bıraktığımız bir sorun. Mesela, bir devrimi devrim yapan şey, onun başarıya ulaşmasıdır. Başarıya ulaşmamış bütün devrimler, bastırılmış ayaklanmalardır. Dolayısıyla bir devrimi haklı çıkaracak şey yine de devrimin kendini gerçekleştirme gücüdür. Devrimin gerçekleşemediği hali, *Dava*'daki taşralının kanunun kapısından içeriye girememesine ve kapının önünde ölmesine benzetmek mümkündür. Bu çok ciddi ve önemli bir sorundur, zira burada bir şiddetli güç vardır.

Yasa ve şiddet meselesinde esas olarak, yasa ile düpedüz bir şiddete maruz kalındığı söylenebilir. Bu anlamda yasa şiddetin örtülü bir halidir. Yasa ve dil benzetmesinden hareketle dilde de benzer bir şiddet vardır; dil, olan ve olup biten her şeye bir şiddet uygular.

¹⁰ *Nomos*, yasa, kanun anlamının yanında uzlaş, adet, örf, görenek, töre gibi anlamlara da sahiptir, hatta namus'un atası sayıldığı oranda ahlaki olana da bağlanıverir; yani doğada olmayan ama icat edilip üzerine

uzlaşılan etik değerlere gönderim yapar; törel hale gelir. Zorunluluğun ta kendisi olan doğa ile kıyaslandığında o, zorunsuzdur, olumsuzdur.

Yasa ile dil arasında, özellikle *lex* kelimesinin fiilinin *demek, söylemek, buyurmak* olduğu düşünüldüğünde, sıkı ve tesadüfi olmayan bir ilişki olduğu görülmektedir. Egemenin buyruğunun, sözünün “yasa” oluşu¹¹ da buradan gelmektedir. Öte yandan eşya dünyası ile dilin ilişkisine baktığımızda, dil şeyler dünyasına bir baskı /şiddet uygulamakta olduğunu görebiliriz. Örneğin elimizde tuttuğumuz bardağa bardak dediğimizde onu, milyarlarcasından ayıran şeyi kaybeder ve dahası onun biricikliğine hanel getirmiş oluruz. Ağaç dediğimizde de şu yeşil dallı budaklı şeyi mimlemiş ama aynı zamanda biricikliği sayesinde onu varlayanı yok etmiş de oluruz; milyarlarca şeyi tek bir adın altına koyarak onu ezip büzeriz, kısaca şiddet uygulamış oluruz. Yasanın yaptığı şey de budur; her bir insanın insanla ilişkisini ya da insanın tabiatla, eşyayla ilişkisini, onun biricikliğini görmezden gelip onu genellerken uyguladığı şiddettir. Adların sıkıştırıp derdest ettiği, ezip büzdüğü eşyaya ihanetini yasa da benzer şekilde yineler. Yasa genelleme ile bizi baskılamakta, sınırlandırmakta, derdest etmektedir. Yasanın kökeninde duran şiddet hakkında böylece fikir sahibi oluruz.

Ama şiddetin kökeni, kaynağı nedir? Bu da oldukça önemli bir başka meseledir ve üzerine en iyi yazan kişinin Alman filozof Walter Benjamin olduğu söylenebilir. Şiddet, yasa/ hukuk ve adalet ilişkisini ve meşruiyet konusunu derinlemesine analiz eden Benjamin, hukukun adaletle bir ilişkisi olmadığını, yani yasanın adil olduğu için değil, bir şekilde kendini zamanında meşru kıldığı için şu an yasa olduğunu, yani yasanın yasa olma hakkını veya meşruiyetini yine yasadan almak dışında bir çaresi olmadığını söyler. Meselenin zor ve çetrefil haline dikkatimizi çeken Walter Benjamin, *Şiddetin Eleştirisi*'nde (*Zur Kritik der Gewalt*), şiddetten *mistik, gizemli, şeytanî ve ilahî* bir şey olarak bahseder. Adalet, ilke olarak hukuk alanında ulaşılamayacak bir amaçtır: Adalet, inanç alanına aittir ve hukuk veya akıl yoluyla kasıtlı olarak elde edebileceğimiz bir şey değildir: “Araçların meşruiyetine ve amaçların adaletine asla akıl karar vermez; bunlar hakkında kararı mukadder şiddet, onun hakkındaki kararı da Tanrı verir.” Şiddet, yasayı/hukuku kuran (yasa koyucu) ve sürdüren (yasa koruyucu) araçtır. Yasanın / hukukun amacı güç, iktidar, hatta daha doğrusu tahakkümdür. Hukuk kurmak, iktidar kurmaktır. Benjamin, hukuk / yasa koyucu şiddet (*rechtsetzend Gewalt*) ile hukuku / yasayı koruyan şiddet (*rechtserhaltende Gewalt*) arasında ayırım yaparak ilerlerken gerçekten muammalı ve kaygılıdır ancak son derece düşünmeye kışkırtıcıdır.

Şunu da kaydetmeliyiz ki yasanın şehirle olan ilişkisi de unutulmamalıdır. Köyde ya da taşrada yasa diye ifade edilebilecek ya da ona benzeyen bir şey yoktur, çünkü orası normun dışındadır. Normu büyük ölçüde şehir/ polis koymaktadır. Marjinde, üzerini kapattığı için şehirde görünemeyen o şeyi görme imkanı vardır. Ancak marjinde görünebilir ve bulunabilir olanlara, özellikle bu dönemde daha çok ihtiyaç duyduğumuz söylenebilir. Böylesi bir dağbaşı kampına kaçma nedenimiz de bu olsa gerek, sanırım.

Jacques Derrida'nın “*différance*” kavramına göre ayırım, bir ayırım ayırımının ayırına vardığımız bir ayırma işaret etmektedir. Derrida'nın söz konusu *différance*'nin kendini gösterdiği yer, dönüp kendini de gösterir; başka deyişle, kendine kıvrılan, refleksif bir

¹¹ XIV. Louis'nin “*l'État c'est moi*” sözü, yasadır: devlet benim sözüyle yasayı ve aksinin iddia edilmesini meenden yasağı dile getirir. Hobbes'ta da yasa, “egemenin sözü” olarak tarif edilir. (*Logos ve Nomos* ; latince *lex*, yunanca *logos*'un fiili ile ortak bir fiile sahip : *legein //lego*)

hareket gibi durup kendi kendine dönüp kendini de gösterir. (Mesela felsefenin de refleksif bir düşünce olduğunu söylerken de kasıt budur: Onun kendini düşünen düşünce olması.) Ayrımın kendisinin farkına o ayrım sayesinde varmak. Derrida için yasa ve Kafka'nın *Vor dem Gesetz* meseli böyle bir diferansa karşılık gelmektedir. *Différance* ve *différence* seste değil, yazıda ayrılır. Farkı gösteren “a”, bizdeki “n” harfine karşılık gelen bir kendine dönme ifadesine denk gelir. Yıkamak-yıkanmak, taramak-taranmak, boyamak-boyanmak vs gibi.¹²

Derrida'ya göre, Kafka'nın *vor dem Gesetz*'i, diferansın / *différance* kendini gösterdiği yerdir.

Ayrım meselesi, kurucu ana işaret etmekte ve bu anlamda yasanın öncesine denk gelmektedir. Dilin öncesine dönüp dil hakkında konuşmak mümkün değilse, üzerinde konuşulamayan konusunda susmalı mıyız¹³! Yasanın öncesini ve meşruiyetini anlamaya çalışmak aslında dile gelmeyi düşünme ve söyleme çabasıdır. Düşünce ölçülü olamaz, ya da Platon'un dediği gibi itidal bir düşünme erdemi değildir ve bu yüzden de düşünmek, delice bir cesaretle bir mania haldir. Filozof bu cüreti gösteren kişidir. Yasanın bizzat yasakladığı kendi şiddet kökenli öyküsünü anlatmaya çalışır, filozof. Dile gelmeyi dile getirmeye çalışır.

Montaigne, “yasalar güvenilirliklerini adil oldukları için değil yasa oldukları için korurlar. Her kim ki onlara adil oldukları için uyar, onlara uyması gerektiği gibi uymamaktadır” demektedir¹⁴. Yasa iddia ettiği gibi adil olma özünü barındırdığından dolayı değil, yalnızca ona güvenilirlik atfedildiğinden, ona öyle olduğu konusunda inanıldığından ötürü meşrudur. Kurucu yasayı meşru kılan güçten ve şiddetten başka bir şey değildir. Kurucu yasa gücünün/şiddet kullananın sözüdür. Bu şunu demektir: Hukukun temeli tam da temelsizliğinde saklıdır.

Önay Sözer Hoca bir makalesinde yasanın adalet ve şiddet ile ilişkisini Derrida'nın Mustafa Kemal Atatürk ile ilgili sözleriyle bağlayarak anlatır. Hocanın örneği ufuk açıcı, örneğin politik yanılla hiç ilgilenmeyeceğim ben. Başka bir şeyi vurgulamak için aktarıyorum bunu. Derrida'nın İstanbul'u ziyareti sırasında Paris'teki arkadaşına yazdığı bir mektuptan aktarılan şu sözleri ilginç: ¹⁵“Geldiğimden beri size başlarken söylediğim gibi şu güzel

¹² Önay Sözer, “Yasanın Şiddeti Ve Adaletin Belleği - Atatürk İle Derrida”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/696993>

¹³ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*.

¹⁴ Montaigne, *Denemeler*, Yasanın Adaletle İlişkisi Hakkında.

¹⁵ “Geldiğimden beri, size başlarken söylediğim gibi, şu güzel Kemal Atatürk'ün kafasından “uyruklar”ına yeni bir yazıyı kabul ettirmeye karar verebildiği sırada, neler geçmiş olabileceği konusu bende saplantı haline geldi: ‘Haydi, iş başına, yeni bir alfabe çıktı! Başka harfler için yola koyulun’ Disiplinli bir halk, modern kültür bahanesiyle, okuma yazma bilmez gibi oluyor, bugünden yarına yüzyılların belleğini okuyamaz hale geliyor. İşte, bilmem hangi macera adına, kendi memleketini dehşet verici bir terketme tarzı, en korkunç ve belki de tek olanı, unutuş! Başka türlü yazmayı öğrenmek, yakası açılmadık bir harfle (o değil ve bu değil, tümüyle biricik fakat henüz ödünç alınmış bir harf, kendi adresinin baştan aşağı yeni yeniliği içinde ödünç alınmış havasında).

Mustafa Kemal Atatürk'ün kafasından, uyruklarına yeni bir yazıyı kabul ettirmeye karar verebildiği sırada neler geçmiş olabileceği konusu bende saplantı haline geldi.”¹⁴. Derrida, disiplinli bir halkın modern kültür bahanesiyle okuma-yazma bilmez hale geldiği o kurucu anı merak ettiğini söyler. Eski harflerle okuma yazma bilen herkesin bir anda o kurucu güçle okuma yazma bilmez hale gelmesi, Derrida'nın ifadesiyle, eski harflerin unutulmasına ilişkin bir şiddettir. Derrida'ya göre, dünyanın en iyi gerekçelerini veren bir disiplin zoruyla, keyfi olarak, bugünden yarına yüzyılların belleğini okuyamaz hale getiren bir karar anı, “kendi memleketini dehşet verici bir terk etme tarzı” olarak ifade edilen bu kurucu an, belki de tek olanı müthiş bir unutuşu istemektedir, buyurmaktadır. Burada karar anına bir gönderme mevcuttur çünkü yasadan önce bir karar anı, bir hüküm olması gerekmektedir ki o an kurucu andır. O ana gitmek ya da o anı kendi yalınlığı içinde yakalayabilmek istiyor, aslında. Derrida bu örnek üzerinden bakılmayana yani yasa öncesine bakmaya ve onu anlamaya çalışmaktadır. Dolayısıyla bu alıntı da yasa öncesini anlamak açısından önemli bir örnek niteliğindedir. Derrida'nın bugünden yarına gerçekleştiğini söylediği olay, 30 Kasım-1 Aralık 1928 tarihlerinde olmuştur. 1 Aralık günü, Türkiye’de, Arap harflerini kullanmama yasağına¹⁶ uyularak, bütün gazeteler yeni harfler ile yayımlanmıştır. Bu yasağı getiren 3 Kasım 1928’de Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 1353 Sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun’dur. Bu yasa en az her yasa kadar ve fakat bir devrim yasası olduğu için her yasadan da daha fazla şiddet içermektedir. Burada şiddetin türüne de bir diferans /askıya alma / erteleme getirilmiştir çünkü bundan böyle Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkartılan bütün yasalar, “yeni Türk harfleri” ile yazılacağından burada şiddet bir uygulama biçimi olmaktan çıkıp doğrudan doğruya bütün yasal şiddetlerin şiddeti yani bir meta şiddet olarak yasa konusu olmaktadır. Böylece bundan sonra çıkartılacak tüm yasalar da bu yasağa uymak zorundadır.¹⁷ Burada sözü edilen, söz konusu kurucu anın salt politik tarafı değil bizzat kendisidir zira bir *politeia*, rejim tercihi olarak harf devriminin, ki bence olumludur, burada tartışılmasını gerektirecek bir çizgi yoktur, aktarımda.

Kafka'nın *Dava*'sına dönersek, Kafka ne yargı yerinden ne de adaletten söz etmektedir. Orada anlatılan şey yasanın önünde, *before the law*, olup bitmektedir. Adalet ve hukuk arasındaki ayrıma işaret edecek şekilde adaletin, yasanın zorlayıcı gücü, force'u karşısında yapacak çok fazla bir şeyi yoktur, hatta hiçbir şeyi yoktur. *Dava*'daki inatçı taşralı, diyor Önay Hoca, adaletin gerçekleşmesini yasanın kapısı önünde sonuna kadar bekler ama bu bekleyiş aslında olanaksızın beklenmesidir; çünkü *vor dem Gezest* yani durduğu yer, yasanın önüdür, öncesidir, hukukun evvelidir. Derrida'nın da ifade ettiği gibi “adalet olanaksızın beklenmesidir.” Devlet ne için var? Adaletin yasalarla temini için diyoruz. Ama biz kapının önündeyiz ve eşliğinde bile değiliz hatta, o yüzden adaleti kapamıyoruz. Burada bir paradoks var, yani sanki ne tarafa dönsek popumuz arkamızda kalıyor. İstendiği kadar "*vor dem Gesetz sind alle Menschen gleich*" / “kanun önünde tüm insanlar eşittir” densin, bunun anlamı hepimizin kapının önünde olduğudur.

iyi gerekçelerini veren bir disiplinin zoruyla. Bir şeyin olması için (pour que quelque chose arrive) kötücül bir koşul değil midir bu dolap? Bir çıkışın yer alması için, fakat bu dönüşü olmayan bir yol değil midir? Kim bilir?”

¹⁶ Yasak ve yasa

¹⁷ Bkz. Önay Sözer, “Yasanın Şiddeti Ve Adaletin Belleği - Atatürk İle Derrida”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/696993>

En temel mesele, taşralının kapıdan içeriye nasıl gireceği yani yasanın adalete nasıl denk düşeceği sorunudur. Hukukun kapısının herkese her daim açıkmiş gibi görünmesine rağmen aslında açık olmadığı, bu açıkmiş gibi görünmenin bir illüzyon olduğunun fark edilmesiyle başlangıç yapmak belki de en doğru yerden başlamak olacaktır. Adaletin kapısı, kanun önünde açık olabilir ama kapıcıyı geçip içeriye girip giremeyeceğimiz meselesi bizi taşralıdan farklı bir yerden tutmamaktadır. Kapının herkese açıkmiş gibi görünmesinin bir illüzyon olduğunu görmek yine de hiçbir şey görmemek değildir.

Son söz olarak, tüm buraya kadar anlatılanlardan hareketle, bir yargıç adaleti tesis etmek istiyorsa yasaların evveline gitmek zorunda başka bir ifadeyle her bir yasaı bizzat kendisi yaşamak zorundadır. Carl Schmitt'in istisna halini hatırlayalım. Her şeyin askıya alındığı anın karar anı olmasını: Olağanüstü halden farklı olarak yasanın, hukukun şiddetinin ertelendiği an olan karar anını... Bu da büyük bir açmaz olarak önümüzde durmaktadır. Üzerinde konuşulamayan konusunda susalım demek taşralıdan farklı bir akibete işaret etmemektedir ki taşralının ölümü aslında zihindeki ölüme, zihnin ölmesine denk düşmektedir. Kurucu anın şiddetsizliğini düşünmek ve bu anın nasıl olup da şiddetsiz olacağını tahayyül bile etmek oldukça zor bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasanın öncesindeki kurucu anı ve bu anın, yasanın meşruiyeti ile bağını rasyonel temelde kurabilmenin imkansızlığı, mitlere belki de kutsallara sığınmamıza neden olmaktadır¹⁸.

Dava örneğinde rahip, taşralı meseli ile ilgili Joseph K ile tartışmasında, kapıcının görevini yaptığını söylemektedir. Burada üzerine düşünülmesi gereken bir husus da kapıcının kanunun içinde mi yoksa önünde olması hasebiyle dışında mı olduğu sorunudur. Kapıcı kim sorusuna verilecek yanıt kapıcıyı, yasanın içindeyse bizzat yasa, dışındaysa yasanın dışında yasa olmayan şey olarak tanımlamayı mümkün kılabilecektir. Kapıcının kapıya arkasını döndüğü düşünülürse yasanın dışında tutmadaki ısrarı belki de kapıcının dahi yasadan habersiz olma varyasyonunu akla getirmektedir.

Kafka'nın bir edebiyatçı olmasının yanı sıra yukarıda anlatılan meselelere değinmesi hukukçu olmasından da ileri gelmektedir. Kafka bu eseriyle bizleri yasa ve hukuk hakkında derinlemesine düşünmeye sevk etmektedir. Akıl olmadan hukuku anlamak mümkün değildir ancak aklın da akıllığını sorgulamak gerekmektedir.¹⁹ Çünkü her türlü adalet konseptimiz belli bir rasyoneliteye dayanmak zorundadır. Adaletle ilgili tüm yargılama ki bu hukuku, politikayı ve etiği²⁰ de içine almaktadır, kendini belli bir rasyonelite türüne dayandırmak zorundadır.²¹

Karar anları ve kapılar insanlar için kaçınılmaz mıdır? Karar anının kapıyı inşa eden an

¹⁸ Yuval Noah Harari, *Homo Sapiens*- insanları, orduları bir güç olarak bir arada tutmak için onlara kutsallar verilmelidir. Bu kutsallara onların anti tezi olarak sözde düşmanlar yaratılması da bu düşmanlarla mücadele ediliyor illüzyonu arkasında hükmetme ve yönetmeye yani şiddete meşruiyet kazandırılmasını sağlayacaktır. (editörün notu).

¹⁹ HÜNLER, Solmaz Zelyüt. İki Adalet Arasında. Ankara: Vadi Yayınları. 1997.

²⁰ "Adaletin olmadığı yerde ahlaktan bahsedilemez" Ömer Hayyam (editörün notu)

²¹ MACINTYRE, Alasdair. Whose Justice? Which Rationality? Indiana: University of Notre Dame Press. 4th Edition. 2003.

olduğunu söylemek mümkündür. Karar anları ve bu kararın doğruluğu ki meşruluğuna da işaret etmektedir bu, Descartes'ın *Meditasyonlar*'ında değindiği ve varlığa dair şüphecilik öğretisinde olduğu gibi mümkün değildir. Bu şüpheciliğin de var olmaya dair kartezyen kuşku momenti olduğu söylenebilir. Descartes'a göre bir sepetteki çürük elmaları sağlamlarından ayırabilmenin tek yolu sepetin tamamını boşaltmaktır. Bunu zihnimiz için yapmamız gerekmektedir. İşte karar anı da doğru karar vermek istiyorsak tam böyle bir anı gerektirmektedir. Bunun imkânsız olmasına rağmen imkansızı aradığımız da bir gerçektir.

Ancak burada politik olarak umutsuzluğa işaret edilmemektedir. Spinoza neşeli duygular ve kederli duygular olarak iki tip duygudan bahsetmektedir. Neşeli duygular bizi aktive etmekte ve eyleme sevk etmektedir. Kederli duygular ise bizi pasifize etmekte ve eylemsizliğe sevk etmektedir. Kederli duygular tıpkı tutku kelimesinde olduğu gibi bizi tutuklu, eylemsiz bırakmaktadır. Örneğin kıskançlık kederli bir duygu olarak kişiyi aksiyondan ayrı koymaktadır. Korku kederli bir duygudur ve kişiyi olduğu yere mıhlar niteliktedir. Ancak umut eyleme sevk etmektedir çünkü neşeli bir duygudur. Her iki çeşit duygunun da müsebbibi duyguyu hisseden kişi değilse başka bir ifadeyle kişi duygunun nedenini bilmiyorsa her iki duygu da kişiyi pasifize etmektedir. Dolayısıyla umut dışarıdan alındığında onun korkudan hiçbir farkı kalmamaktadır. Umudu bir erdem olarak literatüre sokan öğretisi Hristiyan teolojisidir. Aristoteles'in öğretisinde umut diye bir erdem yer almamaktadır.

Umut, iman, alçak gönüllülük, iyimserlik, karamsarlık gibi kavramlar teolojiktir. Öte yandan karamsar olmayalım iyimser olalım önerileri, sürekli pozitif olma tavsiyeleri bizden muhalefet etme, direnme gücümüzü alır.

HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN AVUKATLIĞIN AMACI

Dr.Başar YALTI / Avukat

Ben bugün sunumumu Avukatlık Kanununun 2. maddesi üzerinden yürüteceğim. Bu madde kapsamı (ilk fıkra) çok önemli. Ancak bu maddede gördüğüm bir çelişkiyi sizlerle de tartışmak arzusundayım.

Avukatlık Kanununun 2. Maddesine göre *Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.*

Madde metninde avukatın hakkaniyet ve adalete uygun olarak hukuki ilişkiyi çözme görevinden söz edilmektedir. Fakat avukat, yargılamada hem tez hem de antitez kısmında var olduğu için bunu nasıl gerçekleştireceği konusu biraz muallakta kalmaktadır.

Bilindiği üzere avukatın temelde iki görevi vardır, bunlardan biri süreç adaleti bir diğeri de sonuç adaletidir. Süreç adaleti yargılama hukukunun uygulanma sırasında tam ve eksiksiz bir

şekilde uygulanmasını sağlamak, sonuç adaleti ise adaletin dava çerçevesinde somut olarak yerine getirilmesini sağlamaktır.

İncelendiğinde görülecektir ki, hukukun pek fazla gelişmediği ülkelerde hukukun gerçek anlamıyla uygulanmasında ve sonuçta adaletin sağlanmasında bayraktarlığı hep avukatlar yapmıştır. Bu durumu Ülkemizde, Ergenekon yargılamalarında sonrasında FETÖ yargılamalarında gördük, görmekteyiz.

2nci madde ile “*her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını*” sağlama görevi avukatlara verildiğine göre bir avukat kendi müvekkilinin haklarını savunurken karşı tarafın da hakları olabileceğini gözetmekle mükelleftir. Çünkü avukatlık yasasına göre avukatın görevi, bir takım dolambaçlı yollara başvurarak müvekkiline haketmediği bir kazanımı bahsetmek değil yukarıda da bahsettiğimiz gibi somut adaleti sağlamaktır. Ama avukatların bu diyalektiği kavrayarak yargılamada tutum takındıkları pek söylenemez. Başlangıçta belirttiğim çelişkinin pratikte karşılaşılan çözümünün kolay olmadığını hepimiz biliyoruz.

Buradan itibaren biraz da karşılıklı ilerleyelim istiyorum.

Konu açılmışken yargıda bir takım alternatif uygulamalar geliştiriliyor, biliyorsunuz. Bunlardan biri de arabuluculuk müessesesidir. Bu sistemin adaletin gerçekleştirilmesinde, sonuç almada daha verimli olduğu iddia ediliyor. Ben bu görüşe katılmıyorum. Ayrıca bu kurumun yargının iş yükünü azaltmada bir hayli başarısız olduğunu söylemek isterim. Aşağıdan yukarı doğru ekonomik ve sosyal problemler üreten toplumsal ve siyasal bir yapımız / sisteminiz varsa böyle bir ortamda hiçbir yöntem kişiler arasındaki devletle kişiler arasındaki problemleri çözemez. Dolayısıyla öncelikle toplumsal barışın sağlanması gerekmektedir. Türkiye'de bu barış ortamının sağlanamamasından dolayı kimse kimseye güvenmemekte ve sorunlar çığ gibi büyümektedir. Hal böyle olunca da bu sorunların bir takım uydurma usul kuralları ile çözümü sağlanamamaktadır.

Tabii burada sadece avukatları da suçlamamak gerekiyor. FETÖ darbe girişiminden sonra ihraç edilen hakim ve savcılarının yerini doldurabilmek için sisteme alelacele çok fazla yeni hakim savcı alındı ve bunların staj süresi de bir hayli kısaltıldı. Bu durum yargılamadaki kaliteyi oldukça düşürdü. Yargıdaki kalitesizliğin düzelmesinin çok kısa sürede ortadan kalkacağı ufukta görünmüyor.

-Avukatın yasal sınırları zorlayarak müvekkilin haklarını korurken karşı tarafın uğrayacağı zarardan avukatın değil yasa koyucunun sorumlu olacağı zira ortada bir pozitif hukuk varsa avukatın da bunu kullanma hakkı ve külfeti olduğu ve bundan dolayı da yasa koyucunun kusurlardan arındırılmış bir düzenleme yapması gerektiği ileri sürüldü.

Başar Yaltı: Ben burada Türkiye Barolar Birliği 'nin kanun koyucuya bu tür boşlukları doldurması için teklifte bulunma yetkisi olduğunu düşünüyorum. Sonuç olarak Türkiye Barolar Birliği avukatların kurumudur, bir hukuk kurumudur ve bu tür ikilemleri adaletsizlikleri doğrudan siyasete iletebilecek bir meslek örgütü niteliğindedir. Ama önce değindiğim çelişkili durumun somutlaştırılması bunun üzerinde çalışma yapılması gerekmektedir.

Solmaz Zelyut: Şimdi biz şunu anladık ki adli kurumlarımızda feci bir çöküş var ve bu durum bu kurumlardaki her türlü erdem anlayışındaki çöküştür aslında. Burda buna çözüm olarak bu konu ile ilgili kanuni düzenlemeler getirilerek çözüm getirilmeye çalışılmaktadır fakat bu mantalitenin bizi götüreceği yer Auschwitz kampına Yahudileri bindiren SS subaylarının konumudur. Çünkü onlar da savunma olarak kanuni düzenlemelere uygun olarak işlerini yaptıklarını iddia etmişlerdir. Bu yüzden bizler kanuni düzenlemeler ile ahlak ya da erdem sahibi olmaya yönlendirilemeyiz çünkü yasanın böyle bir gücü yoktur. Tüm problem hala bundan medet ummakta yatıyor. Hukuku politikanın üzerine çıkarınca her şeyi hukuk ile düzenlemek zorunda kalıyoruz ama hukuk bu sınırsız alanı düzenlemeye yetişemez o yüzden hukukun üstünlüğü diyerek bu işten sıyrılamayız maalesef.

Engin Topuzkanamış: Ben burda Solmaz Hoca'ya katılmayacağım zira biz, işi insanların erdem ve insiyatifine bırakamayız. Karşımızdaki insan erdemsiz ise nasıl bir tutum takınacağız ya da erdem ve ahlak anlayışının kişiden kişiye ve toplumdan topluma değiştiği durumlarda yeknesaklığı nasıl sağlayacağız? Bu durumda yapılacak en iyi şey öngörülebilir olmasından mütevellit pozitif hukuku aynen uygulamaktır. Aksi taktirde birbirimizin insiyatifine kalmış oluruz. Zaten sorunların büyük bir çoğunluğu bu şekilde pozitif hukuku birebir uygulayarak çözebileceğimiz teknik uyuşmazlıklardan kaynaklanıyor.

Kanunun ruhunu yakalamada kanun koyucunun amacının ne olduğunun araştırılması gerekliliği üzerine yapılan bir tartışmadan sonra;

Başar YALTI: Bir hukukçuyu hukukçu yapan özellik onun yorum yapma yeteneğidir. Bu noktada avukat ile hakimin yapmış olduğu yorumlar arasında da bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Avukatın yorumu, doğru da olsa yanlış da olsa bağlayıcılığı olmayan bir yorumdur. Serbest yorum yapmaktadır, avukat. Ama mahkeme kararına konu edilen bağlayıcı yorumu ise hakim yapmaktadır. Avukatın görevi hakimi etkilemektir. Dolayısıyla avukatların bilgiye dayalı ufuk açıcı yorumu hakimin kararında etkili olacaktır. Başlangıçta da söylediğimiz gibi, avukatlar hukukun gelişmesinde hep öncü olmuşlardır. Çünkü avukatlar serbest düşünmeye alışmışlardır.

M.Zeki YILMAZ: Engin hocamızın az önce bahsetmiş olduğu hakimin yorum yapmasından ziyade pozitif hukuku moda mod uygulaması gerektiği hususunda bazı çıkmazlar bulunmaktadır. Misal Nazi Almanya'sında o dönemin kanunlarını uygulayan hakimler daha sonra yargılandıkları aşamada sadece o dönemin kanunlarını uyguladıklarını bu nedenle hukukun dışına çıkmadıklarını iddia ederek bu şekilde bir savunmada bulunmuşlardır. Jhon Rawls burada şöyle bir ayrım yapmaktadır; Eğer halihazırda uygulanmakta olan kanun, insan vicdanını isyan ettirecek bir seviyeye geliyorsa o kanun uygulanmamalıdır. Bu durumda sizin dediğiniz gibi pozitif hukuku moda mod uygulayacaksak eğer pozitif ve doğal hukuk ayrımını nasıl yapmalı ve problemi nasıl bir çözüme ulaştırmalıyız.

Engin TOPUZKANAMIŞ : Birincisi doğal hukuk diye bir şey yoktur çünkü doğada hukuk yoktur. Bu, bahsettiğin kriz dönemidir ve kriz dönemi, çatışmanın olduğu bir dönem olarak sıfır noktasıdır. Orası hukukun öncesidir ve orda hukuk yoktur zaten -çatışma varsa hukuk yoktur-. Hukukçunun yorumu da bu bakımdan pozitif hukukun çizdiği çerçeve içinde kalmak zorundadır ve kanunun koyduğu ilkelere aykırı yorum yapamaz. Bu nedenle bir kimse

benimsediği yerel örfüne göre hukuki yorum yapamaz. Yaparsa bu hiç bir şekilde hukuki yorum olarak kabul edilemez.

Başar YALTI : Burada bir örnek vermek gerekirse; Marmara Üniversite İngilizce Ekonomi bölümünde bir hoca öğrencilerine 20 tane soru soruyor ve hoşluk olsun diye seçeneklerin birisine 'Tayyibe sor' diğereine ise 'Tayyip her şeyi bilir' diye iki şık ekliyor. Tabii bu soru öğrencilerden birinin hoşuna gidiyor ve fotoğrafını çekip internete koyuyor, bu paylaşım biraz yayılınca hoca hakkında Cumhurbaşkanı'na hakaretten soruşturma başlatılıyor. Bu soruşturma dosyasını Danıştay'a götürdüm ve üst mahkeme yaptığı yorum ile bizi haksız buldu. Dava açılabilir dedi. Hocanın yaptığını Üniversitenin akademik özgürlüğü çerçevesinde görmedi. Şu anda yargılama sürüyor. Durum bu kadar vahim işte.

İbrahim AYCAN : Şimdi biz kanun devleti olalım dersek kanun devleti de olamıyoruz çünkü biz mesela küçük kira davalarını kanun ile çözebiliyoruz fakat konu büyük kira davaları oldu mu araya politika giriyor ya da toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi tutuklama davalarında devreye siyaset giriyor ve kanunu uygulamak zorlaşıyor. Böyle bir durumda tüm hukukçular olarak bir araya gelip bu kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı olduğunu dile getirirsek sorun ortadan kalkar fakat biz bunu yapamıyoruz. Hal böyle olunca politika ile hukuk arasında bu problemi nasıl çözebiliriz?

Engin TOPUZKANAMIŞ : Burada sizin söylediğiniz şey hukuktan ziyade güç ile ilgili bir mesele. Çünkü hukukun kendinden menkul bir gücü yoktur. Hukuka icrai fonksiyon kazandıran şey mevcut iktidardır. Bu yüzden eğer siz hukuku kendi lehinize çevirmek isterseniz bu ancak güç ile olur.

Başar YALTI : Son olarak bağlamak gerekir ise avukatın amacını, 'hakkaniyet ve adalete uygun olarak, hukuk kurallarını uygulayarak sorunları çözmek' olarak özetleyebiliriz. Bunu aklımızdan çıkarmayalım lütfen. Bu yüzden avukatın işi ciddi anlamda zor ve bu noktada teorik olarak anlatılan bu şeylerin pratiğe yansımaları sağlamak avukatın başlıca görevlerindedir. Kişisel olarak gücünün yetmediği noktada da avukat, meslek birliği olan baroyu ve siyaseti harekete geçirerek adaleti sağlamaya çalışmalıdır. Sonuç olarak her şey siyasal sistemle bağlantılıdır. Siyasete etki edilmediği sürece bu konuşulanlar, kağıt üzerinde kalmaya mahkum olacaktır.

HUKUK TANIMLARI, GERÇEK KİTLE- HAYALİ BİREY, HUKUK VE İKTİDAR **Dr.Engin TOPUZKANAMIŞ**

Bir “şey”i anlamak için o şeyin adına değil kendisine gitmek daha iyi bir seçenektir. Ad, bize bilgi vermez. Adların dünyasında kaldıkça, akıl oyunlarından *şeyler* görülmez olur. Ama bazen *şeyler* sadece addan ibaret de olabilir: Söyleye söyleye var olan şeyler. İnsanın fizikî gerçeklik üstüne inşa ettiği böyle bir ikincil, hayalî (*imaginary*) bir alan var; sosyal gerçeklik ya da kültür.

Adlarla inşa ettiğimiz bu farazî alan o kadar güçlü ve hatta o kadar "gerçek" ki, fizikî olan onun yanında gerçekliğini kaybedebiliyor: Hukuk, devlet, ahlâk ya da sevgi hepsi şeylerin değil, adların dünyasında. Söylemez ve inanmazsak kaybolurlar. Varlıkları inancımıza bağlıdır²².

Felsefe tarihinin en çok eleştirilen filozoflarından biri, Hobbes, şu veya bu ad'dan başlamak yerine çok daha basit ama somut bir şeyden anlatısına başlar: Hayatta kalma güdüsü ya da yaşama isteği. Vardığı yer tartışılardursun, çözümlene ve muhakemesini müthiş kılan basitliğidir. Bütün toplumsal ilişkilerimiz, kurumlar ve düşünceler esasen birkaç basit güdüye gelir dayanır: Yaşama, hayatta kalma. Yaşamak için lazım olan şey "güç"tür. Bize dışsal olan her şeye karşı varlığımızı sürdürebilecek gücümüz olmalı. Varlığını sürdürmek, diğerleri ile ilişki kurmak demektir. Bütün toplumsallıklar (hayvanları de) güç ilişkileridir ve karşılıklılıkla belirlenir.

Hobbes hakkı da güdüye ve güce bağlar: *Ius naturale* denen "doğal hak, kendi doğasını yani hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve muhakemesi ve aklı ile bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür"²³. Eğer tabii hukuk diye bir şey varsa o tam da budur: Hayatta kalmak için her şeyi yapabileme özgürlüğü²⁴. Onun dışında bütün toplumsallıklar doğamızın kontrol altına alınması ile dil oyunları, kapı arkaları ve *personalara* gizlenmesi ile mümkün olur.

Hayatta kalabilmek için her şeyi yapabilecek olmaya özgürlük denebilir mi? *Ser-best*²⁵ olma yani toplumsal özgürlük yahut toplumsala yani *ius*: *Yasa*'ya uyma, uyabilme anlamında denemez. Buna *libertas* ya da *ser-azad* denir. Edebî olarak güzel; toplumsal için tehlikeli.

Hobbes bir şey daha söyler: Sadece ölüm karşısında eşitiz. Tabii olan²⁶ eşitlik değil, eşitsizlik. Çünkü güçlerimiz farklı. Hukuku mümkün yahut zorunlu kılan da tam bu, eşitsizlik. Eşitsizlik olduğu için ve insan toplumsal bağlarından yahut süper-egodan uzaklaştığında hemen fabrika ayarlarına döndüğü için hukuka ihtiyaç duyuyoruz. Hukuk, eşitsizliği ortadan kaldıramaz ama ortalama insan için âdil görünümlü ve güvenli bir yaşam düzeni inşa eder.

Fabrika ayarlarımız, bunun üstüne kuruludur. Gündelik hayat ve toplumsal olan bunu lisanın perdesi ile örtmüş olsa da olağanüstü hallerde süper-egosu kavi birkaç kişi dışında herkes buraya döner: Hayatta kalmak ve hayatta kalmak için her tür gücün peşine düşmek. Mümkünse güç sahibi olmak değilse sahiplere yakın durmak. Tam da bu sebeple insanların çoğu bunu yapar. Aksi için özel olarak bir eğitim almak (formel ya da değil) ya da bireysel ahlâk kaygısına sahip olmak gerekir. İnsanların çoğu ortalamaya uyar.

Tabiat durumu varsayımı için tarih öncesi bir zaman gitmeye gerek yok. Tabiat durumu - Freud'u da hatırlayarak- belli bir gruptaki güç ilişkilerindeki istikrar kaybının, gücün belli bir merkezde aşırı yoğunlaşmasının ya da dağılmasıyla her an yeniden ortaya çıkabilir. Böyle

²² Alain Supiot, *Homo Juridicus- Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Bilge Açımız Ünal, Dost, İstanbul, 2008, s. 17; Yuval Hoah Harari, *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens*, Çev. Ertuğrul Genç, 7. Baskı, Kolektif, İstanbul, 2015, s. 112 vd.

²³ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 6. Baskı, YKY, İstanbul, 2007, s. 96.

²⁴ "İnsan, kendine kötülük gelmemesi için her türlü kötülüğü yapar." (Dedem)

²⁵ Nişanyan Sözlük, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=serbest>

²⁶ Tabii olan, olması gereken değildir; olandır. Eşitsizlik tabiidir, demek, eşitsizlik doğrudur, iyidir, güzeldir ya da tersinden kötüdür, yanlıştır demek değildir. Tabii olan, değerden ve duygudan muaftır.

düşündüğümüzde tabiat hali bir varsayım olmaktan da çıkar. Tabii olan şeylerin ortaya çıkması için bir şey yapmaya gerek yoktur. Her şeyi kendi haline bırakmak yeterli olur. Oysa toplumsallık da, hukuk da, ahlâk da tabii değildir.

Kısacası güç, eğer çıkarı o yönde korunuyorsa hukuka hayat verir. Hukukun devamlılığı için siyasî iktidarın dışında, hukuku destekleyecek toplumsal iktidarların varlığı zorunludur. İçimizde mide, bağırsak ve kan var; ahlâk ya da hak ya da adalet yok.

Hemen bütün hukuk tanımları, sonu -dır, -dir ile biten hüküm cümleleri gibi görünür: "Hukuk ...dır" gibi. Hâlbuki hukuk tanımlarını kazıdığımızda bunların bir durumu ya da olguyu tespit etmediğini görürüz. Hukuk tanımları normatif yani temenni cümleleridir. "Hukuk ...dır" dendiğinde söylenen, "hukukun ... olmasını istiyorum", "hukuk ... olmalı" "... olsa ne güzel olurdu" gibi şeylerdir. Akademisyen yahut düşünürün bu temennileri, ciddi bir gücün desteğine mazhar olursa hukuk gerçekten de öyle kılınabilir. Kısacası nesnesi olmayan adların tanımları temennidir ama güce bağlı olarak temenniler tanıma dönüşebilir.

Güçsüzler, sürekli dua ve temenni ile adalet isterler. Adalet, zayıfın sızıltısı yahut bazen de bir slogandır. Duaya ihtiyacı olmayan güç sahipleri ise hukuka hayat verirler. Güçsüzler adaletten, güçlüler düzenden bahseder. Adliyedeki hukuk, adaletle değil düzen ile ilişkilidir ve tam da o yüzden -kürsü konuşmalarını bir yana koyarsak- adaletten ziyade istikrar ile ilişkisinin hatırlanmasında fayda vardır: "Öncel güç ilişkisinin yasalarla istikrar kazanması."²⁷

Modernlik, *Yasa*'dan sözleşmeye geçiş gibi algılandı. Hukukun kaynağı değişti. "Yasa, bize irademiz dışında hükmeden, sözleşme ise başkalarıyla yapılan özgür bir anlaşmadan kaynaklanan metinlerden ve sözlerden oluşur."²⁸ Akıl bakımından eşit ve artık hukuk vaz eden bir kutsal merci olmadığı için de kendi aralarındaki sözleşmeyi hukuk kılan bireyler toplumu. Bu toplumun *herkesten* değil mülk sahiplerinden oluştuğunu ancak herkesi harekete geçiren bir gücü temerküz ettiğini biliyoruz.

Artık söylemeye gerek var mı bilmiyorum ama modern hukukun eşit sözleşmeci bireyler tarafından değil belli bir güç, adıyla söylersek sermaye tarafında inşa edildiğini ve siyasî iktidarın hukuka tâbi olmayı kabul ederken, arkasındaki bu güçten çekindiğini biliyoruz. En azından Batıda böyle olduğunu okuduk. İyi işleyen bir hukuk sistemi, ardındaki bu güçleri görünmez kılıp sanki keramet kendindeymiş havası yaratabilir. Weber'in rasyonel hukukî otorite dediği budur. Ve tuhaf olan şu ki hukukta keramet varmış gibi yapmak ona bir güç de verir. Ama gerçekte hukukun gücü zatında değildir. Ancak ondan medet ve çıkar uman ve aynı zamanda siyasî iktidarı zorlayabilecek bir gücün desteği ile var olabilir. Modern anlamıyla insan haklarına daha doğrusu "birey"e dayanan bir hukukun varlığı için o hukuktan çıkar sağlayacak başka güçlerin varlığı gereklidir. Hukuk ve siyasî iktidar birbirini sevmez. Hukuk ve demokrasi de birbirini sevmez. *Modus vivendi*: "Eh, ne yapalım madem başka çare yok!" Hukukun meşruluğu halka değil prensiplere dayanır. Halkın insafına bırakılan hukuk, bizzat halk tarafından paçavra edilir. Siyasî iktidarın da iktisadî iktidarın da orantısız güçlenip obezleşmesi, hukukun çökmesine yol açar.

²⁷ Cemal Bâli AKAL, *Hukuk Nedir?*, Dost, İstanbul, 2017, s. 204.

²⁸ Supiot, s. 11.

Bir yerde hukukun ortadan kalktığı yahut işlemediği iddiası varsa ya dengelenemeyen bir güçler çatışması sürmektedir yahut güç orantısız şekilde belli bir yerde yoğunlaşmış, temerküz etmiş demektir. Hukukun varlığı ve devamı için gücün dağılmış, dengelenmiş ve istikrar kazanmış olması gerekir. Hukuk, çatışmanın sonrasındır. Güçler dengelendiğinde hukuk ortaya çıkar. En azından başlangıçta hukuk düzenin sonucudur, sebebi değil. Ama sonrasında, hukuka vücut veren güç varlığını koruduğu müddetçe, hukuk düzeni sağlar, korur ve sürdürür.

Bizim toplumumuz da (ya da devasa cemaatimiz mi demeli!), bu toplumun dâhil olduğu koskocaman Ortadoğu dünyası da binlerce yıldır kutsanmış devletlerle yönetiliyor. Siyasî iktidarın dışında herhangi bir iktisadî ya da toplumsal iktidar yahut bir sivil toplum, bu coğrafyada hiç olmadı. İktisat da insan da devlete aittir. Dolayısıyla modern anlamda hukuka vücut verebilecek en küçük bir sivil güç ihtimali bile devlet tarafından her zaman anında ezildi.

Bu toplumlar belki kısa birkaç zaman hariç her zaman ya geleneksel yahut da karizmatik otoritelerle yönetildi. Güce perestiş etmek ve itaat her zaman erdem sayıldı. Toplumun büyük kısmı, komutan gidince arazi olan askerler gibi yalnızca zor tehdidi karşısında itaat etti ve imkân bulduğu her zaman yükümlükten kaçtı. Zulmün olağan olduğu bu mekânlardan ve insanlardan çok yüksek seviyede müzikler ve şiirler çıktı. Çünkü müzik ve şiir, sızıltıdan çıkar. Ama hukuk çıkmadı. Burada hukuk, her zaman edebiyat olarak kaldı: Söylevlerde ve yazılarda... Devletin gücü, hiçbir zaman hukukla mukayyet olmadı aksine hukuk, devletin gücüne payanda oldu. Dua edip türkü söyleyen ve hukuk hakkında hiçbir zaman düşünmemiş kocaman bir toplum olarak kaldık.

Hukuk bizde ilk kez 1451de bir metinde geçmiş ve 1945 tarihli TDK Türkçe Sözlüğe kadar sadece hakkın çoğulu olarak tanımlanmış²⁹. Sadece bu bile bizde hukukun olmadığına yeterli kanıttır çünkü adı olmayanın kendi olmaz.

İktidarsız hukuka edebiyat denir. Siyasî iktidarı elinde tutan egemeni durdurup kısıtlayabilmek, modern hukukun temel varlık sebebidir. Ama kitaplarda yazan efsanelerin aksine bu kısıtlama, özgürlük ve eşitlik ve kardeşlik sevdası ya da edebiyatın gücü ile olmadı. Ama iktidar edebiyatı ihmal etmedi. Çünkü edebiyatsız iktidar, güç olmakla kalır. Güce istikrar kazandıran, edebiyattır. Ona da hukuk denir!

HUKUK VE KADIN / HUKUKUN KADINLA İMTİHANI / MAHKEMENİN GÖRMEDİĞİNİ SANAT GÖRÜR MÜ?

Bu oturumda aşağıdaki üç hocamız belli bir çerçeve konu etrafında sırasıyla kendi tebliğlerini sunmuştur.

²⁹ "haklar (çoğul)" [anon., Ferec ba'd eş-şidde, <1451]: "*atamuş üzerünüzde hakları vardır, ol hukuk yerine getirün.*" 1945 öncesi tüm sözlüklerde sadece hak sözcüğünün çoğulu olarak gösterilmiştir. <http://www.nisanyansozluk.com/?k=hukuk>

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ / ŞİİRLER ÜZERİNDEN BİR ANLATI

İnsan haklarına ve kadın haklarına ilişkin toplantılarda benzer konulara değindiğimiz için “Hukukun Kadınla İmtihani” isimli kitabımızda farklı bir okumaya girişmeye çalıştık filmler ve şiirler üzerinden. Benim de payıma şiirler düştü: İsmet Özel'in söylediği gibi "(...) İnsan kendi doğrularını dış dünyanın somutluğu içinde bulursa şiire yüz vermez. Kendini bir başkasına yansıtarak görmek istiyorsa, kendini bir başkasına söyleyerek işitmek, başkasına öğreterek kendini öğrenmek istiyorsa şiire başvurur. Böyle bir isteğin insanın içinde kabarması için insanın kendi doğruları ile dış dünyanın somutluğu arasında bir uyumsuzluk, bir basınç farkı olması gerekir³⁰.” Basınç farkı arttıkça bu dizeler yan yana düştü:

“Canım yandı/Bu şiiri ben bir yangın vaziyetinde yazdım³¹”

“Zırhımı kuşanıp yatıyorum/Sabah yine bir zıpkın yüreğimde³²”

Siyasi iktidarlar, çoğunlukla erkeklere ait. O yüzden "kurucu" babalardan bahsederiz genellikle asli kurucu iktidar dediğimizde. Akal'ın da belirttiği gibi siyasi iktidarı kavramanın yolu, kadınlar üzerindeki “keyfi-siyasi üstünlüğü” sorgulamaktan geçmektedir³³:

“Belirleyiciler ya da yöneticiler zaman ve mekana göre değişik adlar taşıyabilirler, ama sonuçta hepsinin her dönemde ortak bir adı daha vardır: Erkekler. Bölünmemiş toplum tiplerinden başlamak üzere, tüm toplum tiplerinde genel olarak görülen bir yöneten/yönetilen ilişkisi, yöneten cins/yönetilen cins arasındaki iktidar ilişkisidir: Erkekler/kadınlar³⁴”

Bir şekilde kendini ispat eden, rekabeti başaran mikro iktidar sahibi erkekler, makro iktidarı yani modern devleti inşa etti. Tesadüf değil 16. yüzyılın ortalarından 17. yüzyıl ortalarına kadar erkeklik; zümre, mal mülk, toprak mülkiyeti karşılığında "estate" olarak ifade edilmekteydi³⁵. Ayrıca kadınların kamusal alana çıkışı da olabildiğince sancılı bir süreci gerektirdi. Kadınların özel alana hapsedilmesi tamamen mekansal bir hapsedme değildi. Örneğin 16. ve 17. yüzyıllarda kadınlar bazı kamu alanlarında (neyse ki) örneğin pazar yerlerinde görünmekteydi. Ancak bu mekanlar da ev işleriyle bağlantılı kamu alanlarıydı³⁶. Kaldı ki kadının özel alanı bile olamadı çoğu kez. Çocuktan, eşten, aile büyüklerinden oluşan yerde özelin ve mahremin ayrılamadığı anlarla yol alındı. Akın'ın “Evdeki Kadının Şiiri” ve “Bölünen Kadınlar Şiiri” sanki bu nefessizlik halini anlatıyor:

³⁰ **Özel** İsmet, Şiir Okuma Kılavuzu, 8. Baskı, Şule Yayınları, İstanbul 2004, s. 22.

³¹ **Madak**, “Ağrı”, Pulbiber Mahallesi, Metis Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 100.

³² **Müldür** Lale, “Uzak Fırtına”, Uzak Fırtına, Anemon Toplu Şiirler (1988-1998), Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 31.

³³ **Akal** Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 362.

³⁴ **Akal**, s. 360.

³⁵ **Rose** Sonya O., Toplumsal Cinsiyet Tarihçiliği Nedir?, (Çev. Ferit Burak Aydar), Can Yayınları, İstanbul 2018, s. 85.

³⁶ **Pelizzon** Sheila Margaret, Kadının Konumu Nasıl Değişti? Feodalizmden Kapitalizme, (Çev. İhsan Ercan Sadi/Cem Somel), İmge Kitabevi, Ankara 2009, s. 355.

“Mutfak oda yatak arasında

Yatakla beşik

Nice nice yol döşendi³⁷”

*

"dünya, nedir onlardaki yansın

demir mi, ateş mi, belki cehennem

pervaneler işte, renkli camlara

çarpa çarpa hayal kanatlarını

tükenen kadınlar³⁸"

Kadının "fedakar doğası" onu özel alana mı itmiştir? Ya da bu fedakârlığın ekonomiyle ilgisi var mıdır? Marçal, siyasal iktisadın babası sayılan Adam Smith'in hiç evlenmediğinden ve hayatının büyük bir bölümünde annesiyle yaşadığından hareketle bir değerlendirme yapar. Adam Smith'in hayatında ev işleri annesinde, mali işleri de kuzenindedir. Annesi tüm hayatı boyunca oğluna bakmıştır, buna rağmen akşam yemeğimiz soframıza nasıl gelir sorusunun cevabı, Adam Smith'in dışarıda bıraktığı bir konudur³⁹. Yuvayı dışı kuş yaparken, emek teorileri erkekler tarafından yazılıyordu...

Toparlamak gerekirse...Keşke..

“Şehri avucumun içine alsam, elimde bir bez, her yanını ovalayıp parlatsam... Şehir tehditten arınır mı? Bin bir çeşit kadınlık hali yepyeni bir kadere kavuşur mu?⁴⁰”

Dr. Öğr. Üyesi Pınar BACAKSIZ

Ben daha çok Yeşilçam ve oradaki kadın hakimlerin nasıl tasfir edildiği üzerinden gideceğim. Aslına bakarsanız olaya cinsiyet eksenli yaklaşmak biraz yanlış bir durum çünkü hakimlik gibi nötr bir meslekte dahi bu cinsiyet ön plana çıkmakta halbuki kamusal bir meslek olmasından mütevellit cinsiyet kavramının her zaman geri planda kalması gerekmektedir. Öğrenciliğimzin ilk yıllarında Avrupa'da hakimlerin taktıkları perukla biz de alay ederdik halbuki bu nõtürlüğü çok iyi simgeleyen bir şeymiş aslında çünkü o perukla siz o kürsüye subjektif ve ya karakteristik tüm sıfatlardan arı bir şekilde sıfır olarak çıkıyorsunuz.

Yeşilçam'dan örnek verecek olursak kadın daha çok süstür yani bir aşk hikayesinin içinde var olur, ailesinin kendisine çizdiği sınırların dışına çıkıp da çalışırsa amiyane tabir ile kötü yola

³⁷ Akın, "Evdeki Kadının Şiiri", Sessiz Arka Bahçeler, Uzak Bir Kıyıda, s. 101.

³⁸ Akın, "Bölünen Kadınlar Şiiri", Sessiz Arka Bahçeler, Uzak Bir Kıyıda", s. 103.

³⁹ Marçal Katrine, Adam Smith'in Yemeğini Pişiren Kimdi?: Ekonomide Kadının Görünmez Eli, (Çev. Ali Arda), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s. 17.

⁴⁰ Söğüt Mine, Deli Kadın Hikayeleri, Yapı Kredi Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2017, s. 171.

düŒer sonrasında da hayatları yokuŒ aŒađı gider. 90'lara gelindiğinde ise kadın imgesinin güçlendiğini görürüz. Aslında bu filmlerde gösterilenler toplumun bir yansımasıdır aynı zamanda.

Öncelikle Bodrum Hakimi filmi ile başlamak istiyorum.

Hikaye Nevin Hanım'ın köye geliŒi ile başlıyor. Nevin Hanım gölün kullanım hakkından doğan bir davaya bakmaktadır ve davanın taraflarından biri de köyün ileri gelen ailelerinden birinin oğlunu canlandıran Kadir İnanırdır (filmdeki ismi Ömer). Bir akŒam yemeğinde Nevin Hanımın olduğu masaya gidip ondan hesap sorar bir üslupla konuŒmak ister ve Nevin Hanımın verdiği cevap 'daha bir kadınla konuŒmaya bile tek başına gelemiyorsun' minvalinde bir Œey olur. Aslında Nevin Hanım orada bir kamu görevlisi sıfatıyla bulunan bir hakimdir ama olaya cinsiyetçi bir yaklaŒımla yaklaŒmaktadır. Halbuki onun hakim sıfatı kadın sıfatından önce gelmeliydi. Filmin ilerleyen kısımlarında da Nevin Hanımın kadın kimliği hep hakimlik kimliğinin önünde durmuŒtur. Bu profilin tam karŒısında ise Reis Bey filmi vardır. Orda hakim rolünü erkek bir karakter canlandırmaktadır ve oradaki hakim imgesi ile çok daha katı, duygulardan arındırılmıŒ ve daha çok 'ulaŒılmaz' bir karaktersitik özellik sergilenmektedir. Halbuki diğer filmlerde bu kadar güçlü bir kadın hakim imgesi görememekteyiz.

Bu gün bile hukuk fakültelerinde kadın öğrencilere ceza hukuku ile ilgilenmeleri pek tavsiye edilmez ve daha çok ofiste ifa edilecek alanlara yönlendirilmeye çalıŒılır bu yüzden kadın konusundaki çoğu yaklaŒım, eskiye nazaran pek de deđiŒmiŒ sayılmaz.

Dr. Öğr. Üyesi TUĞBA BAYZİT

2005 yılına kadar cinsel dokunulmazlığa karŒı suçlar konusunda TCK'da bugün olduğundan oldukça farklı bir anlayıŒ vardı. 765 sayılı kanun bu suçları "*genel adap ve aile düzenine karŒı suçlar*" başlığı altında inceliyordu. Burada cinsel saldırıya uğrayan kadının hukuki yararından çok genel ahlakın nasıl korunabileceği düşüncesi hakim olmuŒtur. Yeni kanun bakımından hala tartışmalar -ispat ve rıza vb. konularda- olmakla birlikte durum iyileŒtirilmiŒ, örneğin evlilik içi cinsel saldırı bir suç tipi -yine eksikliklere rağmen- olarak belirlenebilmiŒtir. İmzalanan uluslararası sözleşmeler, kadın sivil toplum kuruluşlarının çalıŒmalarının da vb. etkisiyle, 5237 sayılı TCK'da korunan hukuki değerlere göre ilgili suçlar "*kiŒilere karŒı suçlar*" kısmında "*cinsel dokunulmazlığa karŒı suçlar*" bölümünde düzenlenmiŒtir. Bu anlayıŒ deđiŒikliđinin son derece önemli olduğunu kabul etmekle birlikte çok boyutlu bir sorun olan *cinsel Œiddet* hususunda "*son çare*" olan ceza hukukundan tek başına bir çözümlenmenin olanaklı olmadığını da belirtmeliyim.

Ceza hukuku uygulamamıza baktığımızda, 765 sayılı Kanun'un cinsel suçlar hususunda uzunca bir süre toplumda var olan yanlıŒ değerlendirmeleri adeta meŒrulaŒtırdıđını söyleyebiliriz. Burada "*Fatmagül'ün Suçu Ne?*" filmi⁴¹ vesilesiyle bu durumun en bariz örneklerinden olan ve "*tecavüzcüyle evlenme*" olarak değerlendirilen hükümlere değinmek istiyorum. Romanlara

⁴¹ Yönetmenliğini ve yapımcılığını Süreyya Duru'nun (Murat Film) üstlendiği, senaryosu Vedat Türkali'ye ait olan 1986 yapımı filmin baŒrollerinde Hülya AvŒar ve Aytaç Arman yer almaktadır. Filmde ayrıca Ayberk Çölok, Cengiz Sezici, İhsan Yüce, Menderes Samancılar, Güzin Özipek, Sevim ÇalıŒgır, Gülsen Tuncer, Nurtekin OdabaŒı, Burhan Gökan, Hakan Ökten, İsmail Aytek ve Murat Ersan rol almaktadır.

ve filmlere konu olmuş 765 sayılı TCK m. 434'te “*kaçırma, ırza geçme, ırza tasaddi ve rızasıyla küçüklerle cinsi münasebette bulunma*”yı suç sayan hükümler bakımından uygulanabilecek ortak bir hüküm olarak, fail ile mağdurun evlenmesi suç ortakları açısından da olmak üzere bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da ise, fail ya da şeriklerden biri ile mağdurun evlenmesine, kamu davasının veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir sonuç bağlanmamış olduğunu görüyoruz. Buna rağmen bilindiği üzere evlenmenin ceza ilişkisini ortadan kaldırmasına ilişkin düzenlemenin yeniden TCK'ya alınması zaman zaman gündeme getirilmekte ve gerekçe olarak da eşi hapse giren küçük yaştaki kız çocuklarının mağduriyeti gösterilmektedir. Böyle bir düzenlemenin yasalaşmasının doğuracağı sakıncalar açıktır. Küçük yaşta evliliğe zorlanan kız çocuklarının ve onların çocuklarının mağduriyetinin ceza hukuku ile değil devletin sosyal yardım mekanizmalarıyla giderilmesinin en doğrusu olacağı düşüncesindeyim. Kazanımlardan geriye dönüş anlamına gelecek böyle bir tartışmanın bir daha gündeme gelmemesini de kişisel olarak temenni ediyorum.

Bahsetmek istediğim bir başka film ise Madde 438 filmi⁴². Kamuoyunda “*N.T. Olayı*” olarak bilinen ve sonrasında çeşitli toplumsal ve hukuksal değişimlerin bir anlamda önünü açacak olan olay, 80'lerin sonlarına ve 90'ların başlarına doğru ülke gündemini oldukça meşgul ediyor. Türk sinemasında en çok yankı uyandıran ve kamuoyunu meşgul eden filmler esasen hakkını arayan mağdur kadın imgesi üzerinden adaleti tartışan filmler. Toplumda kadının yerinin, kendini ifade biçiminin ciddi biçimde sorgulanmasına neden olan bu filmlerden biri de Madde 438. Türkiye sinemasında esaslı yargılama filmlerine pek rastlanmamakla birlikte, bu anlamda bir -istisna- olarak gerçek bir olaya dayandığı ifade edilen Madde 438'den bahsedilebilmesi filmin önemini yeterince ortaya koyuyor. “*Madde 438*” filminde, filmin baş karakterinin baştan sona olayı anlatan ve basında çıktığında etki yaratan yazı dizisi ile kadın sivil toplum kuruluşlarının kampanyaları ve kamuoyunun söz konusu yasa maddesine karşı gösterdiği yoğun tepkiler neticesinde, madde 438 (fuhşu meslek edinen kişiye karşı girişilen eylemler bakımından yapılan ceza indirimlerini düzenleyen madde) TBMM tarafından 3679 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Örneğin bu netice, kadın hareketinin “*ilk*” ve “*en önemli*” kazanımlarından olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten de, o dönem TCK m. 438'in Anayasa Mahkemesi tarafından (somut norm denetimi yolu ile Mahkemenin önüne gelmiştir) yürürlükten kaldırılabilme tarihi şansı kaçırılınca (AYM ilgili maddeyi Anayasaya uygun bulmuştur. AYM, kısaca fuhşu meslek edinen (iffetsiz) bir kadının kaçırılması ya da böyle bir kadının cinsel saldırıya uğraması halinde verilecek ceza ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması halinde verilecek ceza kıyaslandığında, fiil ile ceza arasında hukukun genel ilkelerine ve adalet duygusuna aykırılık olmadığı yönünde bir karar vermiştir); toplumsal tepkiler çığ gibi büyümüş, konuyla ilgili kampanyalar yürütülmüş, basın açıklamaları yapılmış, köşe yazıları yazılmıştır. Bu büyük toplumsal tepki sonucu kanun koyucu tarafından madde 438 yürürlükten kaldırılmıştır. “*Fuhşu meslek edinen*” kadınlara karşı işlenen fiiller bakımından 765 sayılı Kanun'da öngörülen ceza indiriminin 5237 sayılı TCK'ya alınmamış olması da kanaatimce son derece isabetli olmuştur.

⁴² Yönetmenliğini Ümit Efehan'ın yaptığı, yapımcılığını Türker İnanoğlu'nun (Erler Film) üstlendiği, senaryosu Ümit Efehan ve Erdoğan Tünaş'a ait olan 1990 yapımı filmin başrollerinde Gülşen Bubikoğlu ve Berhan Şimşek yer almaktadır. Filmde ayrıca Selahattin Fırat, Nedim Doğan, Mehtap Anıl, Hakan Ural, Güzin Çırağan, Işık Aras ve Ekrem Dümer'de rol almaktadır.

5 Ağustos Cuma

HUKUK-POLİTİKA BAĞLAMINDA YAŞAYAN HUKUKUN AÇMAZLARI

Av.Haydar AKSOY

IMF başkanının yakın zamanda yaptığı açıklamaya göre 'küresel durum karamsar ve olağanüstü bir şekilde belirsizdir.' Burada akademisyenlere bir eleştiri getirmek gerekirse bir yanda küresel bir kriz yaşanmakta fakat akademisyenler hala öğrencilere antik felsefe dersleri vermektedir, hatta bu durumu çok fazla dile getirdiğim ve içinde ekseriyetle akademisyenlerin olduğu bir gruptan zamanında dışlanmışlığım da vardır.

Başka bir görevliden alıntı yapmak gerekirse ABD Merkez Bankası Başkanı şöyle demektedir; 'Küreselleşme sadece duraklama ile kalmadı geri dönmeye de başladı.' Şu anda canavarlaşan bir sistem var buna karşı temkinli olmadığımız taktirde bu canavar daha da otoriterleşecek ve hukuku da neredeyse ortadan kaldıracaktır.

Değinmek istediğim diğer bir nokta ise bugünün hukukunda (bazı coğrafyalarda) zaman zaman geçmişte olmadığı kadar teokratik öğeler bulunabilmektedir. Medine vesikası incelenecek olursa onda dahi bugün görülen yoğunlukta teokratik öğeler bulunamaz. Bana göre bu teokratik yönetim modelleri bugün Emperyalizmin icat ettiği ve Ortadoğu'ya dayattığı bir sistemdir. Tabii tüm bu sorunlar karşısında çok teorik olmak sağlıklı değildir.Goethe'nin de dediği gibi 'tüm teorilerin rengi gridir asıl yeşil olan yaşamın altın ağacıdır.'

Hukukun kökenine gelirsek Antik Mısırdaki hukukun kökeni kültür olarak ifade edilmiştir, Sümerlerde buna ahlak demişlerdir, Roma'da hukukun kökeni olarak filozofların fikirleri ve mahkemelerin kararları olduğu ifade edilmiştir. Tabii bunları genel özet olarak bilmeniz yeterli olur diye düşünüyorum. Hukukun kaynaklarını açıklayan farklı okullar da bulunmaktadır. Mesela Dayanışmacı Okul hukukun kaynağını toplumsal dayanışma olarak görmekte Yaratıcı Hukuk Okulu hukukun kaynağında yaşamın somut olguları olduğunu düşünür, Marksist hukuk okulu da hukukun kaynağına daha çok altyapı üstyapı ilişkisi bağlamında bakar yani altyapı kurumu olan ekonominin bir üstyapı kurumu olan hukuku şekillendirdiğini iddia eder.İslam Hukukunda ikili bir görüş bulunmakta; ilk görüş hukukun kaynağını vahiy olarak kabul etmekte sonradan ortaya çıkan Mütezile dediğimiz ikinci görüş ise iyi ve kötüyü eyleme için olarak kabul etmekte ve hukukun kaynağını burada aramakta. Bu görüşlerin sadece birine doğrudur diyemem fakat hepsinin toplamından bir bir sonuca ulaşabiliriz diye düşünmekteyim.

Hukukun siyasetle ilişkisine baktığımız zaman onu siyasetten ayrı olarak ele almak pek mümkün görünmemektedir. İdare Hukukunun kaynağı olarak kabul edilen Amerika Bağımsızlık Bildirgesi de hukuki bir metinden ziyade politik bir metindir. Zamanında özelleştirmelerin ülkeyi refaha kavuşturacağı yazılıp çiziliyordu fakat bugün birçok kamu işletmesinin özelleştirildiği günümüzde refaha kavuşmak bir yana daha da kötü durumda olduğumuzu açık bir şekilde görmekteyiz maalesef. En demokratik ülkede bile bu konular sansüre uğramakta. Bu yüzden hukukun üstünlüğü söylemi bana biraz bugün yaşanan gerçeklikten kopuk bir söylem olarak geliyor.

Bu duruma örnek teşkil edecek tarihi bir olaydan örnek vermek gerekirse burada Yassıada yargılamalarından bahsetmek istiyorum. Menderes, bu sırada eski TCK m.146'ya göre yargılanıyor ve şahsına isnat edilen suçlar arasında, mecliste Anayasa'ya aykırı olan kanunları onaylayarak Anayasa'yı ihlal ettiği gibi ithamlar da vardır. Halbuki o dönemin Anayasa'sına baktığımız zaman yasama dokunulmazlığı olduğu görülecektir fakat buna rağmen Menderes idama mahkum edilmiştir. Hatta aynı kanuna evet oyu verip daha sonradan CHP'ye geçen milletvekili bu sırada yargılanmamıştır. Bu konun mahkemede dile gelmesi üzerine mahkeme başkanı 'sizi buraya tıkan irade' bu şekilde istiyor demiştir.

Velhasıl; hukuk-siyaset ilişkisi bağlamında konuşursak eğer benim burada önerebileceğim sistem karma ekonomik sistemdir. Bunun aynı zamanda şöyle bir yararı da bulunmakta; katılımcı demokrasinin olduğu bir ortamda yeni gelen hükümetin sermaye temsilcileri ile yaptığı görüşmelerde kamu gücünü sermaye karşısında dengeleyici bir güç unsuru olarak kullanabilecektir. Bunun örneğini 1979'da görebiliriz mesela; Ecevit hükümeti bazı işverenler tarafından önerilen ekonomik modeli uygulamayı kabul etmiyor. TÜSİAD o dönem bir kampanya başlatıp tüm ulusal basında ilanlar yayımlıyor ve böylece Ecevit istifa etmek zorunda kalıyor. Bir hükümet istediği kadar iyi idealler ve projelere sahip olsun eğer halkını ekonomik olarak refaha ulaştırıyorsa ve halkını sefaletten kurtarıyorsa iktidarda kalmaz. Ecevit bu durumu değiştirmeye çalıştı fakat o da başaramadı ve bazı sermaye grupları karşısında pes etmek zorunda kaldı.

Bu nedenlerden dolayı ben karma ekonomi taraftarıyım. Elbette sermaye özel teşebbüsleri ile faaliyetlerde bulunsun fakat devletin de elinde bir takım ekonomik araçlar bulunsun. Böylece hukukun üstünlüğü de sağlanmış olur çünkü devlet, halkın faydasına olarak sermayeye rağmen bir takım düzenlemeler getirip bunları uygulayabilir..

Sunumumu bitirmeden önce sizlerden gelen soru ve eleştirileri alabilirim;

Solmaz ZELYUT: Az önce bahsettiğinize göre hukuk sanattır diye bir kampanya başlatılmış ve siz de buna kızmışsınız, bana göre politika da bir sanattır çünkü insan yapımı olan üretilmiş bir şeydir ve yaratıcı olan da buradan kaynaklanır. Ben bunu çok yaratıcı buldum manifesto gibi bir söylem bu aslında. Siz hukukun sanat olmasına neden kızdınız?

Haydar AKSOY: O dönemler sanat çevrelerince sanat, politikadan ayrıksı bir alan olarak ele alınırdı çünkü sanat sanat içindir diyen çok fazla insan da var bu yüzden buna karşı çıkmıştım fakat siz de haklı olabilirsiniz.

Senih ÖZAY: Az önce alt yapı üst yapı ilişkisinden bahsettiniz ve hukuku üst yapı kurumu olarak ele aldınız. Bu durum bence biraz daha farklıdır; hukuk, üst yapı olmayı kabul etmeyerek 'alt yapı kurumu olup üst yapıyı şekillendirmek' iddiası ile alt yapı kurumu olmaya çalışmıştır. Bu nedenle hukukun bu ilişkide biraz arada kalmıştır diye düşünüyorum.

Hüseyin VAROL: Biz, sivil toplum olarak örgütlenemiyoruz ve bir çok şeyi devletten bekliyoruz bu şekilde sivil toplum olarak örgütlenemememizin nedeni sizce nedir?

Haydar AKSOY: Bunun ilk nedeni 1980 ihtilali sonrası dönemdir çünkü o dönem işkenceden geçen o kadar çok insan olmuş ki artık insanlar apolitik olma yönünde bir eğilim sergilemeye başlamışlardır. İkinci nedeni ise bizim kodlarımızda Osmanlıdan beri tebaa olmak vardır bu yüzden sivil olarak örgütlenemiyoruz.

Eda KURT: Sorunun ne olduğuna dair benim düşüncem, söylem ile eylem arasındaki kopukluk ve uçurumdur bence çünkü insanların söylemleri ne kadar idealist de olsa eylemleri bunun tam aksini gösterebiliyor.

Merve İŞBİLİROĞLU: Aslına bakarsanız bizde demokrasi kültürü dahi pek iyi yerleşmiş değil. Bırakın parti içi demokrasiyi biz avukatlar arasında bile demokrasi kültürü yoz bir durumdadır. Baro seçim genel kurullarında cidden de demokrasi ile bağdaşmayan pek çok örnek görüyoruz. Bunlara bizzat şahit olmuşluğum da vardır.

Mehmet Can SEYHAN: Ben burada üslubunuza dair bir eleştiride bulunacağım; dersin başından beri akademisyenleri teorik ve yaşamdan kopuk olmakla itham ettiniz fakat zaten doğru olan onlar aslında biz avukatlar olarak pratik yaşama çok fazla dalıp kitabi olandan uzaklaşmış oluyoruz. Bir de sunumuz boyunca sürekli halk dili ile (ben burada halk değiminizden daha çok okumamış veya aydınlanamamış kitleyi anladım) daha pratik şeylerden bahsettiniz. Biz burada zaten felsefe ve sosyoloji topluluğu olarak pratik olandan fazlasını tartışmaya geldik bu yüzden böyle bir ortamda felsefe ve teoriye bu kadar üstenci ve indirgemeci olan yaklaşımınızı pek de doğru bulmadım.

HUKUK KAVRAMINA PRİM VERMEM, ADALETE BELKİ... / YILMADAN BIKMADAN HUKUK ATRAKSİYONLARI DİYORUM BEN!

Av.Senih ÖZAY

Bu çalışmada öncelikle uygulamada birkaç dosya üzerinden somut örneklerle belli kavramlar tartışmaya açılacaktır.

Monsanto adlı bir Amerika menşeli firma vardır. Bu firmayı Alman menşeli başka bir firma 64 (altmış dört) milyar dolara satın almış idi. Bu firma tüm dünyadaki çiftçilere zararlı otların öldürülmesinde kullanılan bir tarım ilacı satmaktadır. Ancak tarımda zarralı otları temizlemede oldukça etkili olan ve yaygın şekilde kullanılan bu ilacın içerdiği bir etken maddenin kansere yol açmasından dolayı, ilacı kullanan Amerikalı bir okul bahçivanının kansere yakalanmasına neden olduğu tespit ediliyor ve bu firma bahçivana 86 (seksen altı) milyar dolar tazminat ödemek zorunda kalıyor⁴³. Bu ilacın Türkiye’de de yaygın şekilde kullanıldığı bilinmektedir.

Amerikan Mahkemesi’nin verdiği yukarıdaki karar akabinde Türkiye’de de yaygın şekilde kullanılan bu ilacın toplatılması için bakanlığa müracaat edilmiş, yasal süreler içerisinde cevap alınmadığında zımnın toplatma talebi reddedilmiş sayıldığından Ankara İdare Mahkemesi’nde dava açılmıştır⁴⁴. Akabinde yürütmeyi durdurma kararı ve nihayetinde iptal kararı verilmiştir⁴⁵. Ancak istinaf mahkemesi, hiçbir şekilde bilirkişi incelemesi yapmadan yerel mahkemenin kararını bozmuş ve yürütmeyi durdurma kararını da kaldırmıştır. Bu esnada yargılamanın başında heyette yer alan üç hakimden ikisi değiştirilmiştir. Dosya başkanı aynı değişen iki yeni hakimden oluşan yeni heyetin önüne gelmiş ve dava ikiye bir oyla kaybedilmiştir. Bu somut olayda istinaf mahkemesinin bilirkişi incelemesi yapmaksızın kararı

⁴³ Detaylı bilgi için bkz. <https://tr.euronews.com/2018/08/11/monsanto-sirketi-kanser-hastasina-289-milyon-dolar-tazminat-odeyecek>

⁴⁴ Başvuruda bulunan ve davayı açan Senih ÖZAY’dır.

⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. <https://www.gazeteduvar.com.tr/saglik/2020/07/09/roundup-turkiyede-mahkemelik-oldu-sebzeyle-meyveyle-maruz-kaliyoruz>

bozması, emsal yargılama olan Amerikan Mahkemesi süreci ve kararının dikkate alınmaması ve yargılama devam ediyorken mahkeme heyetinin üyelerinin değiştirilmesi Türk yargısının kötü işleyişini anlamak açısından aklımızda tutmamız gereken ilk anekdottur.

İkinci olarak, Çeşme’de Cumhurbaşkanı tarafından turizm alanı ilan edilen yerlere ilişkin dava incelendiğinde⁴⁶, Orta Doğu Teknik Üniversitesi’nden hocalarca mahkeme başkanı eşliğinde keşifler yapılmış, bilirkişi heyetinde bulunan beş profesör 175 sayfalık ilgili yerlerin turizm alanı ilan edilmesinin uygun olmadığına ve zararları olacağına dair bir rapor dosyaya sunmuşlardır. Buna rağmen dosya başkaca bir bilirkişi incelemesine gitmeden reddedilmiştir.

Üçüncü örnek olarak Tahsin Şahinkaya ve Kenan Evren davasında, iki sanıklı davada sanıklar hayatlarını kaybetmiş ve bu sebeple mahkemece dava düşürülmüştür⁴⁷. Her ne kadar dava sanıkların ölmesi sebebiyle düşürülmüş olsa da davanın ceza hukuku kavramı olan müsadere⁴⁸ bölümünün devam edilmesi konusunda avukatlarca talepte bulunulmuştur⁴⁹. Yargıtay Başsavcılığı ve Cumhurbaşkanı’nın avukatı da bu talebe katılmıştır. Ancak mahkeme tüm itirazlara ve bu taleplere rağmen davayı reddedip kapatmıştır.

Yukarıda anlatılan yargılamalardan sonra şunu sormak gerekmektedir: yargı derin devlet gibi mi çalışmaktadır ya da Türkiye’de yargıçlar mı kötüdür ve neden kötüdür?

Yargıç şüphesiz yargının işleyişinde büyük öneme sahiptir ancak yargılamaya yön verme konusunda avukatın rolü nedir ve avukatlar da işlerini hakkını vererek yapabiliyorlar mı ve yargıdaki kötü işleyişte avukatların da rolü var mıdır?

“Türk yargısındaki kötü gidişatın nedeni hiç şüphesiz başta yargıçlar ve verdikleri kararlardır ancak tüm sorumluluğu tek başına yargıçların omuzlarına yüklemek de doğru olmayacaktır. Toplumdaki çürüme her mesleğe ve her kesime sirayet ettiğinden bugün yargıdaki çürümeyi konuşmaktayız ki bu sadece yargıda meydana gelen bir çürüme değildir. Yargıda verilen kararların, çoğu zaman toplumun vicdanında yer bulmaması bu çürümüşlüğün ispatı niteliğindedir. Yargıdaki kötü gidişin durdurulmasında avukatların büyük bir rolü olduğu bir gerçektir. Özellikle sürekli kendini yenilemek ve bu yenileme ile hakim ve savcı nezdinde etki yaratmak büyük önem taşımaktadır. Ancak bu belki de geriye doğru, daha hukuk fakültesi sıralarından başlaması gereken bir yenilenmeye denk düşmelidir. Özellikle öğrencilerin vizyonunu artırmak, adalet duygusunun aşılması ve adaletin gerçekte nasıl sağlanabileceği üzerine düşünülmesinin sağlanması, hukuk kuralarının, yasa metninin kutsanmaması gerektiği, hukukun adalete erişmek için kurgulanmış bir düzenek olduğunun kabul edilip, onun üzerinden adalete ulaşmak için sürekli bir yenilenme ve kendini ileriye taşıma vizyonunun aşılması gerekmektedir. Maalesef çürüme toplumun her kesimindedir ve bununla mücadele edip önüne geçebilecek de yine aydın kesimdir.”⁵⁰.

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. <http://senihozay.av.tr/ekitap/21.%20Cilt%20-%20URLA%20ZEYT%20BONEL%20B0%20%20VE%20%20C3%87E%20C5%9EME%20ALA%20C3%87ATI%20TUR%20C4%20ZM%20ALANI%20D%20C4%B0LEK%20C3%87ES%20C4%B0.pdf>

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. <https://tr.euronews.com/2022/05/31/12-eylul-davas-kapand-yarg-tay-kenan-evren-ve-tahsin-sahinkaya-hakk-ndaki-karar-n-verdi>

⁴⁸ TCK. Madde 54-55 vd.

⁴⁹ Akrabalarının orduya girememesi, apoletlerinin sökülmesi, emekli ikramiyelerinin geri alınması vesair konularda.

⁵⁰ Katılımcı Yargıçlar Sendikası Başkanı yargıç Ayşe SANSU PEHLİVAN

“Yargıçların gerek avukatlara gerekse vatandaşa karşı, üstten bakan, nezaket ve hukuk kuralları ile bağdaşmayan tavırları müeyyidesiz kaldıkça, onların bu tavırlarını denetleyen bir kurum olmadıkça, yargıçların neden kötü olduğu üzerine düşünmeye devam edip duracağız.”⁵¹.

“Yargıçların özgürce karar verebilmeleri için koşullarının iyileştirilmesi gerekmektedir. Herhangi bir nedenle maddi ya da manevi hiçbir kimseye ay da kuruma bağımlı olmamalarının sağlanması gerekmektedir. Hakim ve savcıların Adalet Bakanlığı’ndan ayrılması da önemli bir adım olacaktır.”⁵².

“Belki de sorun daha yargıçlık kapısının açılmasında başlamaktadır. Mesleğe girişte yazılı sınavlardan sonra mülakat için referanslar aranıyor olması, ezcümle likayattan ziyade nepotizm ile mesleğin kapısının aralanması devam ettikçe yenilenme sağlanması mümkün görünmemektedir.”⁵³.

“Salt maddi iyileştirmeler tek başına yeterli olamaz burada birtakım etik değerlerin de devreye girmesi gerekmektedir. Toplumdaki çürümenin, *benim memurum işini bilir* ile başladığını düşünürsek toplumdaki her kesimden meslek erbabının bu *işini bilenler* kervanına katılması olağandır. Bizim zamanımızdaki öğretmenler bugüne göre daha az ücret almalarına rağmen öğretilenler, vefakardılar ancak şimdi bunu görebilmek oldukça güç.”⁵⁴.

“Her şeyin birbirine bağlı olması mevhumundan yola çıktığımızda yargı için şu örneği vermek gerekmektedir; Homeros’a göre Jüpiter, bir zinciri çektiğinde tüm tanrıları kendine çekebilmesiyle övünmektedir. Yargının buna benzer bir zincir ile herhangi bir yere bağlı olmaması, siyasete ve bir erk olarak yürütmeye bu zinciri çekebilme gücü verilmemesi gerekmektedir. Daha en başta sağlanması gereken ilk iyileştirmenin bu olması gerekmektedir.”⁵⁵.

“Yargıçlar da dahil olmak üzere toplumun her kesiminden insan, güçten yana tavır alma eğiliminde. Avukatlık mesleğinin en az yargıçlık yapmak kadar değerli ve aslında ona eşdeğer olduğunun farkında değil insanlar. Çünkü hakim karar veriyor, emrinde kolluk var vesair. Güçten yana tavır ve pozisyon alma içgüdüğü kötü olma halinin maalesef ana nedeni gibi görünüyor.”.

“Yargılamanın konusu siyasi olmadığında çok iyi kararlar çıkabiliyor, ancak siyasi bir davada yargıç yargılamayla ilgilenmiyor ve siyaseten vermesi gereken şablon kararlar çıkıyor. Yukarıda da ifade edildiği üzere yargıç olma kapısının anahtarı tanıdık siyasi büyük bulmadan geçtiği için yazılı sınavdan 75 puan alan kişinin ataması yapılırken 94 puan alan kişinin ataması yapılmıyor. Bunlar münferit örnekler olmasına rağmen maalesef çok fazla bu durumda ve mağdur insan mevcut.”.

Uygulamadan davalara bir örnek de Gebze-İstanbul, Gebze-İzmir yoluna ilişkin Gebze davasında Danıştay yürütmeyi durdurma kararı, yolun yapılıp bitmiş olduğu gerekçesiyle

⁵¹ Katılımcı avukat Sahir BAFRA

⁵² Katılımcı avukat Merve İŞBİLİROĞLU

⁵³ Katılımcı avukat Hanefi KALKAN

⁵⁴ Katılımcı avukat Ali Haydar AKSOY

⁵⁵ Katılımcı avukat Eda KURT

vermemiştir. Oysa İstanbul Park Otel'i davasında mahkemece otelin üst katlarının yıkılmasına karar verilmiş idi ⁵⁶.

Bu örneklerden yola çıkarak yargının keyfiyetinin öne geçebilmek için ne yapılması gerektiği sorusu üzerine tekrar düşünmek gerekmektedir. Türkiye Barolar Birliği nasıl bir yol haritası çizerse yargıçlar en az iktidar kadar denetimi hisseder?

“ bilerek, bilgiyle diye cevaplanabilir soru. Yargıda adli ve idari yargı dahil yaklaşık olarak 22.000-25.000 arası yargı mensubu yargıç bulunmaktadır. 2016'dan itibaren yargı mensuplarının gençleşmiş ancak yukarıda da değinildiği gibi mesleğe alımda liyakat usulüne uyulmaması sebebiyle çok yetersiz bir kitleye maalesef denk düşmeye başladılar. Bu yetersizlik hem bilgiye hem de pratiğe ilişkin bir yetersizlik maalesef ki büyük merkezlere kura ile atanmaları da bu pratikteki yetersizliğin en büyük nedenidir. Bizim dönemimizde mesleğe ilk başlangıçta küçük yerlerden görev alırdık. Damşabileceğimiz çok donanımlı üstatlarımız vardı bunlar telefonlarımıza çıkarlardı. Biz yanlış yapmaktan korkar keyfi hareket etmezdik. Karar verirken üstatlarla yapılan telefon görüşmeleri ile edindiğimiz bilgilerden bir yol çizmeye çalışırdık. Şimdiki yargıçların maalesef liyakat esaslarına göre göreve gelmemeleri ve tek tipleşmeleri oldukça büyük bir sorundur. Bunlara ek olarak yargı bağımsızlığının durumu itibarıyla, HSYK'nın oluşumu çok önemli. Üyelerin cumhurbaşkanı ve TBMM tarafından seçilmesinde tek siyasi görüşün etkili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yargıda tektipçilik hakim. Herkes aynı düşünüyor. Karşınızdaki insanın sürekli tekrarlayan bir insan olması hem işimizi zevksiz hale getiriyor hem de en iyiyi bulma noktasında yetersizliğe neden oluyor. Özellikle 2016'dan sonra mesleğe alınanlar bu tek tipleşme sorununu yaşıyorlar. Bu sorun hukukun kendini tazeleyememesi, geliştirememesine neden olması sebebiyle çok büyük bir sorundur. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na şikayetlerin artması yargıçların denetlendiklerini hissetmeleri açısından rol oynayabilir ancak HSYK'nın sürekli yargıçların arakasında duracağına ve tek bir siyasetin yönlendirdiği üye yapısının kalıcı olacağına dair inanç sebebiyle bunun çok etkisi olacağını sanmıyorum. Hatta şikayetlere rağmen sonuç alınmaması aynı hataların bu kez şiddetini artırarak tekrarlanmasına dahi sebep olabilir. Bu süreçte maalesef yargıçlar ne kadar kötüyse avukatlar da yetersiz ve kötü. Maalesef herkes sayıya oynamaktadır. Bir günde kaç tane dosyanın incelendiği hesabı yapılmaktadır ama po yargılamalarda ne yapıldığı sorgulanmamaktadır. O geldi, bu gelmedi, eksik şu hususun giderilmesi sürecini tekrarlayan duruşmalarda yapılan yargılama mıdır? Bu yargılama değil kalem işidir. Yargıçları hukuka aykırı şekilde keyfi kararlar vermekten men etmek için avukatın medyayı kullanması, sivil itaatsizlik eylemlerini yönlendirmesi önemli bir yarar sağlayacağı da düşünülebilir. Biz Yargıçlar Sendikası olarak uluslararası bir yargıçlar kuruluna üyelik başvurusunda bulunduk ancak olumlu ya da olumsuz herhangi bir cevap verilmedi. Darbeden sonra başvurumuzu yineledik ve bunun üzerine bir ülkeden tek bir yargı örgütü üyesi alınabileceği ve Türkiye'de de YARSAV'ın üye olduğu ve Yarsav'ın kapatılmış olmasının hukuka aykırı bir işlem olması hasebiyle değersiz olduğu bildirilmiştir. Ayrıca bir ülkeden birden fazla yargı örgütü üyesi alınabileceğini ancak faaliyetlerin gözlemlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Bu uluslararası örgütün bir toplantısına 2018 yılında katıldık ve Yargıçlar Sendikası'nın Türkiye'de ne yaptığı ve yaacağına ve Türkiye'nin özellikle darbe sonrası koşullarına ilişkin bilgiler verdik. Bizden çok büyük bir kahramanlık beklediklerini gördük. YARSAV' ı kapatanlar sizi neden kapatmadı, acaba siz de hükümet yanlısı mısınız? Gibi

⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. <https://m.bianet.org/bianet/kent/161151-kentin-direnisi-park-otel-in-17-kati-yikildi>

sorular soruldu. Bunun üzerine gerçek anlamda bağımsız bir dernek olduğumuzu ifade ettik. Üye sayısı bu kadar az olan bir derneğin yapabileceklerinin basın açıklaması, hukuki olanla ilgili görüş bildirilmesi ya da onun dışında paneller düzenlemek, görüş sorulduğunda cevaplamak olduğu belirtilmiştir. Bizden Polonya’da olduğu gibi sokak eylemleri beklenemeyeceği ifade edilmiştir. Uluslararası yargı örgütlerinin desteğini almanın, hem başka ülkelerdeki sorunların nasıl ele alındığı ve çözümleri görme konusunda bize ışık tutması açısından hem de etkinlik bakımından bize bir saygınlık sağlayacağını düşünmemizden çok önemli olması sebebiyle yeniden bir başvuru yapmayı düşünüyoruz ”⁵⁷.

İstanbul Barosu avukatlarından Alp Tekin OCAK adlı bir avukat Danıştay’daki yargıçların muhalefet oylarını toplayıp bir dosya haline getirmiş idi. Bunun nasıl bir fayda sağlayacağı da üzerinde tartışılması gereken bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Muhalefet eden yargıçların oylarının diğerlerine ders çıkması açısından değerli olduğu söylenebilir. Ek olarak karşı oy kullananlarla diğerleri arasındaki tersliği incelemek de olan bu çalışma yargıçların renklerinin ortaya çıkması açısından büyük önem taşımaktadır.

“Yargıdaki sorunların en temel nedeninin hekesin hiçbir şey yapmadan kendisi dışında herkesi suçlaması ve devlet erki dediğimiz o mekanizmanın Türkiye’de rasyosunun kalmayışı olarak görünmektedir. Türkiye’deki eğitim sistemini yetersiz bulanların kendilerinin de o eğitim sisteminden geldiklerini göz ardı etmesi çok önemli ve üzerine düşünülmesi gereken bir konudur. Yetersiz bir eğitimle kendi yeterli bulan meslektaşlarla dolu baroların varlığı da avukatların yeterliliği tahtında konuşulması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğitimin nasıl iyi olacağını açmak gerekirse, alınması gereken eğitimin, en başta felsefe, sosyoloji, sanat, sinema gibi başlıklarda, daha çok kültürlü olma ve özgür düşünebilme yeteneğini geliştirebilmeye katkı sunan bir eğitime denk düşeceği söylenebilir. Ya da örneğin avukatlık mesleğinde staj eğitim merkezinde verilen eğitimin daha uygulamaya yönelik ve daha uzun süreli bir eğitim olması üzerinde öneriler de dikkate alınabilir. ”⁵⁸.

“Bütün bu konuşulanların aklıma getirdiği iki şeyi ifade etmek isterim; ilki, Özdemir Asaf’ın şu dizeleri: *bütün renkler aynı hızla kirleniyordu, birinciliği beyaza verdiler*. Buradaki beyaz kim? Kirlenen hepimiziz. İkinci husus da şu ki, kimse içgörü sahibi değil ve içgörü noksanı bir toplumuz.”⁵⁹.

“Benim bazı tespitlerim var ve izninizle onları paylaşmak istiyorum. Avukatlık mesleğinde dördüncü senemdeyim. Meslektaşlarımdan, fakülte arkadaşlarımdan gördüğüm bazı şeyler var. Bizim şöyle bir problemimiz var; kim bizimle ne konuşabilir ne konuşamaz kendi sınırlarımızı bilmiyoruz. Örneğin bir mahkeme salonuna girdiğiniz zaman özellikle bizim yaşattığımız olan avukatlar hakimle konuşurken *efendim* şeklinde bir hitap kullanıyorlar. Bu belki saygıdan yapılan bir şey ama sonuçta efendim diyor. Burada bence bir hata var. Yine aynı şekilde mahkemede beyanda bulunurken ayağa kalkma kalkmama meselesiyle ilgili ki bu yükümlülük sadece karar verilirken vardır, hakimle münakaşa yaşayan pek çok arkadaşım var. Bazı avukatlar maalesef bilmedikleri için boyun eğme şeklinde her beyanda ayağa kalkmak zorunda kalıyorlar. Barolar staj eğitimi verirken bu problemi çözmeleri gerekmektedir. Hakim, savcı ya

⁵⁷ Katılımcı Yargıçlar Sendikası Başkanı yargıç Ayşe SANSU PEHLİVAN

⁵⁸ Katılımcı Dr. Serhat ARSLAN

⁵⁹ Katılımcı avukat Mehmet Coşkun KARAKAŞ

da avukat biz hepimiz hukukçuyuz ve aramızda sırf hakim, savcı ya da avukat olma halinden dolayı bir ast-üst ilişkisi yoktur, olmamalı ve yaratılmaya da çalışılmamalıdır.”⁶⁰.

“Bizde yargı, devletin bir erki olarak maalesef siyasi iktidarın hegemonyası altında. Bir kere öncelikle bunu koparmak gerektiğini düşünüyorum. Deneme-yanılma yöntemini seven bir toplum olarak acaba yargıyı siyasi iktidarın hegemonyasından alıp özel sektöre mi versek Tahsin Yücel’in *Gökdele*n adlı eserinde olduğu gibi? Bu günahı devletin sırtından alıp özel sektöre versek ne olacak görsek mi!”⁶¹.

“Eğitimin düzeltilmesi neticesinde sorunların çözülebileceğinden bahsedildi ancak ben bu görüşe katılmıyorum çünkü bu en nihayetinde bir zihniyet bir algı meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır diye düşünüyorum. Örnek olarak fakülteadaki arkadaşlarımla çoğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ile Roma Hukuku derslerini, onları vermek ve onlardan alınabilecek en iyi puanları almaktan ibaret görüyorlardı. O yüzden bu bakış açısını değiştirmek gerektiğini düşünüyorum.”

Bu çalışmayı iki tane anekdotla bitirmek gerekmektedir. Sivil itaatsizlik konulu bir seminer gerçekleştirmek üzere Bursa Uludağ’da bir yere gidildi. Türkiye’nin bütün solcu profesörleri orada idi. Sivil itaatsizliğin Almanca, İngilizce karşılıklarının ne olduğu uzun uzun anlatıldı. *Hukuka uygun kanunlara aykırı* tanımları yapıyordu. Toplantının bitiminde manifesto yayınlanması planlanıyordu. Ancak kanuna aykırı sözcüğünün kullanılmasının ters etki yaratacağını, örneğin Bergama altın madeninin açılması karşısında sivil itaatsizlik eylemi yapan köylülerin bu, *kanuna aykırı* söylemi yüzünden bir daha toplantı ya da yürüyüşe katılmama refleksi gösterme ihtimali oldukça yüksektir. O sebeple bazen eğitimin öğrettiğini toplum sosyolojisi ve kültür ile harmanlamak gerekmektedir.

“Ben felsefeciyim ve işimi çok seviyorum. Meseleye bakacağımız yerin *işini yapmak* üzerinde yükselmesi gerektiğini düşünüyorum. Hukuk fakültesinden mezun olmanın insanı hukukçu yapacağını düşünmek oldukça hatalı bir durumdur diye düşünüyorum. Avukat, hakim ya da savcı olur işini yaparsın ama bu kişiyi hukukçu yapmaz. Hukukçu olmak teori ile ilgili bir şeydir. Teorinin bu denli ihmal edilmesi, yapılan pratiğin zaten o teoriyi içine aldığı düşünülürse büyük bir yanılma içine düşülmüş olacaktır. Teori Yunanca bir kelime ve *teoriyen* fiilinden gelmektedir ki anlamı da *seyretmek, temaşa etmek* demektir. Arapça’da aynı anlama kelime *nazar, nazariye*’dir. Seyretmek, temaşa etmek için de okumak ve bilgi sahibi olmak gerekmektedir. Sivil itaatsizlik meselesine gelince, bu konudaki en iyi argümantasyonu *John Rawls* vermektedir. Rawls’un yazdığı *oyun teorisi* ile ekonomistler Nobel ödülü almıştır. Rawls sivil itaatsizlikten anayasa evresinde bahsetmektedir. Sivil itaatsizlikte, kesinlikle şiddete başvurmama gibi bir koşul bulunmaktadır. Peki hedefi nedir? Sivil itaatsizliğin bir tek hedefi vardır o da kamuoyu oluşturmak, nicelik oluşturmak, sayıyı artırmaktır. Sivil itaatsizliğin de protestonun da nitelikle ilgisi yoktur. Tam da bu sebepten hedefe isabet etmeyebilir. Bunun nedeni de Platon’un söylediği gibi çoğunluğun her zaman doğruyu söylememesidir. Bu doğrudan demokrasi ile ilgilidir. J.K. Rousseau bile çoğunluğun cahil çoğunluk olmaktan nasıl çıkartılıp, sonrasında bu çoğunluğun hükümlerine maruz bırakılmaktan kurtulma meselesinin çözümüne ilişkin çok ciddi eğitim politikaları geliştirmiş

⁶⁰ Katılımcı avukat Elif TOPÇU

⁶¹ Katılımcı avukat Eda KURT

ve tarihte ilk eğitim felsefecisi olma özelliğini göstermiştir. Bazı şeyler şiddetsiz olmaz, şiddetsiz olup nicelik getirirse bile o çoğu zaman nitelikli bir şey olmaz. Hukuk fakültelerindeki mesele de aslında üniversitenin meselesidir. İddia ediyorum ki 13. Yy.dan beri çok bir değişiklik göstermeyen üniversiteler miadını doldurmuştur. Gençler artık kendilerini üniversite dışında ilgilendirdikleri şeyler ile donatıyorlar. Üzerine konuşulan sorunlar sadece bizim ülkemize ait sorunlar olmayıp tüm dünyanın yaşadığı sorunlardır. Olayları tek tek tikel örneklerle değil tümel boyutu ile kavramak gerekmektedir. Tek başına bir kişinin yapacağı bir şeyle sorunları çözmek mümkün değildir zira hukuk kahramanlar olmasın diye vardır. Hukuk, politika hatta felsefe, hiçkimse haksızlığa, şiddete maruz kalmadan yaşayıp gitsin diye insan uydurması kavramlardır. Bunların hedeflerini kaçırmamak lazımdır. Bunlardan kurtuluşu vaat eden ideolojiler çıkartılması günün sonunda işe yaramayan meselelerle zaman kaybetmeye neden olacağı gibi bu kavramların yarattığı ayrı bir diktatoryal yapıya maruz kalınma riskini de taşımaktadır.”⁶².

“Sokrates’in *İnsan bilirse doğruyu yapar, bilmiyorsa yanlış yapar* sözünün aksine insan bilir ve bile bile yanlış yapar diye düşünüyorum. Çünkü insan iyi ve kötü tüm davranış biçimlerini sergileme eğilimindedir. Örnek olarak Sedat Peker’in geçen seneden beri çektiği vidoları düşünelim. Ülkede bir tane savcı soruşturma başlatmadı. Savcılar Sedat Peker’in iddiaları üzerinden soruşturma başlatmaları gerektiğini bilmiyorlar mıydı? Bunun nedeni bilmemek değil korkudur. İkinci olarak bağımsızlığı sadece siyasetten bağımsızlık olarak ele alıyoruz. Bizler kendi cemaatlerinin içine çekilip orada yaşama derdinde olan, toplum olma, ulus olmanın derdinde olan bir ülke değiliz ve bu yönüyle hukuka ihtiyacımız yok zira modern toplum olmayı başaramamış bir toplumuz.”.

YASALAR MI YASALARI UYGULAYANLAR MI SUÇLU? / ADALETE ERİŞİMİN ÖNÜNDEKİ ENGELLERİ NASIL YOK EDEBİLİRİZ?

Ayşe SARISU PEHLİVAN / Yargıçlar Sendikası Başkanı

YARSAV yargıç ve Cumhuriyet Savcılarının kurduğu ilk dernekler. ben de 501 kurucu üyesindenim.Kurulduğu ilk andan itibaren çok güzel işler yaptık. Bağımsız yargının sesi olan derneğimiz siyasi iktidar tarafından siyasi parti gibi davrandığı iddia edilerek yaptığımız işler önemsizleştirildi ve daha önce yasa çıkartarak kapatmak istenilen YARSAV için 2016 darbe girişimi fırsat olarak değerlendirildi.Darbe girişimi sonrası ilk kapatılan dernek oldu.Açılması için hukuk mücadelemiz devam ediyor. Yargı bağımsızlığının sağlanması,yargıç teminatı, hukukun üstünlüğü ve evrensel hukuk kurallarının işler kılınması için 2011 yılında Derneğin bir adım önünde olan sendikalaşma sürecine girdik. Yargısen kısa adıyla ilk sendikamızı kurduk. Fakat Ankara Valiliği hemen bir kapatma davası açtı ve Ankara iş mahkemesince bu dernek kapatıldı. Dosyayı inceleyen mahkeme öncesinde, sendikalaşma bir iş kolunda olur, meslek eksenli sendika kurulamaz diye bir görüşten yola çıkarak tüzüğü düzeltmemiz için tarafımıza süre verdi. Genel Kurulumuzu topladık.Genel Kurulumuz tartışmalar sonucu tüzük değişikliği yapmamaya yargıçlar ve Cumhuriyet Savcıları ile Büro iş kolunda çalışanların sorunlarının aynı olmadığı bu nedenle meslek sendikacılığı olması gerektiği yönünde iradeortaya çirade.Mahkeme de tüzük değişikliği yapılmaması nedeniyle ilk yargı Sendikasını

⁶² Katılımcı Prof. Dr. Solmaz ZELYUT

kapatma kararı verdi. Temyiz incelemesinde bazı Yargıtay üyelerinin muhalefet şerhiyle karar onandı

Daha sonra yargıdaki sendika boşluğunun sarı sendika kurularak doldurulma ihtimaline binaen mahkemenin daha önce istediği minvalde bir tüzük hazırladık .2012 yılında YARSAV ve YARGISEN kuruluşundaki aynı kurucu irade Yargıçlar sendikasını kurmuş oldu. Yargıçlar Sendikası inançla dirençle faaliyetine devam etmektedir. 2017 yılından beri iki dönemdir sendikanın başkanlığını yürütmekteyim.

Sendikanın üye sayısı biraz düşük şu an, zaten genç meslektaşlar yargıda birlik diye bir oluşuma üye yapılarak mesleğe almıyor bu yüzden de mesleğe yeni başlayanlar tarafından pek üye talebi alamıyoruz.

Bazı uluslararası yargı örgütleri ile de dirsek teması halindeyiz şu anda görebildiğimiz kadarıyla bize en yakın örnek olarak Polonya örneği var. Polonya'da da bir dönem yüksek mahkeme üyelerinin bir kısmı görevden alınmıştı bunun üzerine Polonya'daki yargıçlar bu durumu protesto etmek için sokağa çıkıp yürüyüş yapmışlar. Tabii onların yapabilecekleri ile bizim yapabileceklerimiz aynı şeyler olamıyor maalesef.

YARSAV'ın kapatılmasından sonra başlayan yargılamalarda adil bir yargılama yapılıp yapılmadığını görmek ve ya gerçekten suçlu olup olmadıkları hakkında bir yargıya varabilmek için meslektaşların yargılamasına katılıyordum fakat ortada içler acısı bir durum vardı.

Aslında benim asıl konum 'yasama yasa uygulayıcıları mıdır' gibi bir konuydu yüzden biraz daha bu problem üzerinden gitmeyi düşünüyorum sadece bu bi giriş kısmı olsun istedim.

Aslına bakarsanız hukuk, adaletin sağlanması için kurgulanmış bir düzenektir. Ben bir yargıç olarak karar verirken kanun koyucunun bu kanunu koyarken ki amacını görmeye çalışırım ve bu kanunun özünün bizi adalete nasıl götüreceğine bakarım. Tabii burada Yargıtay uygulamaları da bize yol gösterici oluyor fakat 2010'dan sonra Yargıtay'a farklı saiklerle alınan liyakatsiz üyelerden sonra artık eskisi gibi iyi kararlar çıkmıyor. Bu yüzden ben artık Yargıtay kararlarına da pek bakmıyorum ve '*hukuk yaşamdır*' diyerek hukuku daha çok yaşamın içinden çıkarmaya çalışıyorum.

Bu arada ben Pınar Gültekin davasında uygulanan haksız tahrik indirimini yanlış buldum çünkü bence o kararı veren hakimler hukukun adalete ulaşmak için kurgulanan bir şey olduğunu unutmuşlardır çünkü her olayın kendine özgü dinamikleri vardır ve hakimın görevi de hukuku, bu dinamiklere göre tatbik etmektir. Bu durumlar beni hukuk kavramını düşünmeye daha da itti ve acaba biz '*hukukun üstünlüğü*' diye diye onu ulaşılmaz bir yere mi koyduk diye düşünmeye başladım? Çünkü herhangi bir şey kutsallaştırıldığı an o şey artık dokunulmaz bir hal alır. Böyle bir durumda 'kutsal hukuk' yanında adalet unutulmaya başlar. Aynı şekilde bu olayda da hakimlerin, kamu vicdanının bu olaydan nasıl etkileneceğine bakarak karar vermeleri gerektiğini düşünüyorum.

Senih Özay'ın bilirkişilik ile hakimler arasındaki ilişkiyi sorması üzerine;

- Yargıçların dosya yükü çok fazla olduğu için biraz da zaman kazanabilmek açısından genelde dosyaları bilirkişiye gönderildiği kabulüyle bilirkişi dosyayı okuyup bir rapor

etsin. Böylece dosya daha muntazam bir şekilde raporlanmış bir halde önümüze gelebilir diyebiliriz.

(Bu kısımlarda karşılıklı konuşmalar şeklinde avukat ve hakimlerden kaynaklanan bir takım sorunlara değinildi;

- Hakimlerin mazeretli olduğu durumlarda avukatların mazeret vermesi her iki taraf için de gereksiz bir iş yükü yaratmaktadır.

-Ekonomik sebepler ile yetki belgesiyle duruşmalara giren avukatların dosyaya hazırlıksız girmeleri yargılama sürecini de uzatmaktadır ve bu sorunu avukatların kendi meslek örgütlerinin de desteğini alarak çözmesi gerekmektedir.

-Yargılama sistemimizde davaların çokluğu da önemli bir mesele. Norveç'li bir hakim yıllık dosya sayılarının çok az olduğundan bahsetmişti(bizdeki dosya yoğunluğu katbekat daha fazla) ayrıca ön bir komisyon dosyaları belli kriterlere göre mahkemelere dağıtıyor ve böylece tüm mahkemelerin iş yoğunluğu neredeyse eşitlenmiş oluyor. Bizde böyle bir güven ortamı olmadığı için bu şekil bir sistem kurmak da haliyle zorlaşıyor.

-Bir de kısa kararı yazdıktan sonra gerekçeli kararı oluştururken bazı kararları yanlış oluşturduğumuzu farkedebiliyoruz bunu düzeltmek mümkün de olmadığı için bu gerekçeli kararı yazmak bir hayli zorlaşabiliyor. En baştan kısa karar olmadan direkt gerekçeli karar yazılıp taraflara tebliğ edilse böyle bir sorun da kalmayacaktır.

-Bir diğer problem HSK'nın hakimler üzerindeki geniş yetkisi. Yani HSK yıllarca cezada çalışan bir hakimi hukuk alanında görevlendirebilmektedir. Tabii böyle olunca belli bir alanda kendini yetiştirmiş bir hakim bir anda başka bir mahkemede görevlendirilince bu durum kararların niteliğine de yansımaktadır.

SON

İş bu raporu hazırlanan kamp, İstanbul Barosu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Komisyonu bünyesinde 3-6 ağustos tarihleri arasında Şirince'de düzenlemiştir.