

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

11. KİTAP

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II"

Sempozyum

İstanbul Barosu - HFSA

(7-11 Eylül 2004, İstanbul)

Bildiriler / 1

Hazırlayan

Hayrettin Ökçesiz



İstanbul Barosu Yayınları
İstanbul - 2005

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Hayrettin Ökçesiz
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kampus, Antalya
Telefon: (0242) 227 69 75 - 76
Faks: (0242) 227 69 77
E-posta: hayret@akdeniz.edu.tr

İsteme Adresi: İstanbul Barosu - İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sk. Baro Han
Tel: (0212) 251 63 25 Belgegeçer (Faks): (0212) 293 89 60
Web: www.istanbulbarosu.org.tr
e-mail: info@istanbulbarosu.org.tr
Kapak karikatürü: Honoré Daumier

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

Kapak, İç Tasarım ve Baskı: Ufuk Matbaası (0212) 544 92 30 - 31
İstanbul, Nisan 2005 ISBN 975-6689-87-0

Hukuk ve Relativizm

Nebil Reyhani^(*)

Değişik şekillerde karşımıza çıkan bir hikayedir, bir tanesi şöyle: Adamlarının yakalayıp kendisine getirdikleri bir korsana Büyük İskender sorar: “Ne hakla denizlerde önüne gelene saldırıyorsun?” Korsanın gözü pek yanıtı şu olur: “Asıl sen ne hakla dünyanın tamamına saldırıyorsun? Benim sadece bir gemim olduğu için ancak tek tük gemilere gücüm yetiyor. Senin gibi bir ordum olsa bütün dünyaya saldırır, şimdi adi bir korsanken, o zaman büyük bir kahraman olurum”. Başka herkese şiddet kullanımını yasaklamak isteyen hükümdar kendi egemenliğinin dayandığı şiddeti nasıl haklı çıkarabilir? Bu hikaye başka bir tartışmayla da yakından ilgilidir: Anayasa hükümlerinin nasıl, ne şekilde değiştirilebileceği yine anayasaların kendileri tarafından belirlenir. Anayasayı burada belirtilen biçimlerin dışında, zor kullanarak değiştirmeye kalkışmanın anayasal suç sayılacak olması da eşyanın tabiatı gereğidir. Oysa ki anayasaların bir öncekinin yerine anayasal yollardan değil, tam da böyle bir şiddet kullanımı ile geçtiğine de tanık olmuşuzdur. Peki nasıl olur da, varlığını bir önceki anayasanın şiddet yoluyla ortadan kaldırılmasına borçlu olan bir anayasa kendisini aynı akibetten korumak için yasaklar koyabilir? Yanıt malum: Bir önceki anayasayı deviren şiddeti anayasaların da üstünde olduğuna inanılan bir mercieye dayandı-

rıp meşrulaştırarak. Ama sorun bununla bitmiyor, çünkü gücü ne kadar cılız görünürse görünsün, günümüzün hiçbir ‘korsan’ı böyle ‘yüce merciler’den mahrum değildir. Kimin mercisinin daha yüce olduğuna, kimin sözkonusu merciyi daha doğru yorumladığına karar verecek bir budünya mercisi bulunmadığı sürece de, güçlü ile güçsüz korsanı uyguladıkları şiddeti dayandırdıkları hak açısından ayırdedecek hiçbir ölçüt yoktur. Tek ölçüt gücün kendisidir: Gücü yeten kendini meşru kılar.

Bunun temelinde hakların tanınması ile ilgili şu kısır döngü vardır: Birşeyin ne şekilde hak konusu edilebileceği hukuk sistemleri tarafından belirlenir. Peki sözkonusu hukuk sistemi bunu neye dayanarak yapar? Eğer kendisi dışında hiçbirşeye dayanmıyorsa keyfidir. Eğer dayanıyorsa, kendisinin üstünde bir merci tanımış olur ve bir başkasının bu merciyi daha doğru yorumluyor olmak gibi bir iddiasına muhatap olur. Bu defa hukuk sisteminin bu merciyi en doğru kendi yorumladığını iddia etmesi gerekecektir ki, bu son iddianın dayanacağı çıplak güçten başka hiçbir şey bulunamaz. Bu durumda bu son dayatma ve bundan dolayı tartışmaya konu olan hak yine keyfidir.

Hukuk alanında relativizm bu gordion düğümünün bir çözümü şeklinde ortaya çıkar. Çözüm herhangi bir hak talebinin mevcut hukuk sistemi dışında dayandırılabilceği bir son, mutlak mercinin olma-

(*) Yrd. Doç. Dr., Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü.

dıdır. Birşey herhangi bir hukuk sistemi içinde hak olarak tanımlanmakla hak olur, bu tanımlama olmadıkça da ondan hak olarak söz edilemez. Bunun bir anlamı da hakların görelî olduklarıdır. Bir hukuk sistemi içinde hak olan birşey bir diğesinde hak olmayabilir, hatta aynı hukuk sistemi içinde bugün hak olan birşey yarın hak olmayabilir.

Bu çözümün salt burada söylenenle tatmin edici olmaktan çok uzak olduğunu, hatta insanın kafasında öncekinden daha fazla soru uyandırdığını kabul etmek gerekir. Relativizmin hukuk alanında da pek çok yüzü vardır ve bunlar ayrıntıda birbirlerinden kısmen köklü bir biçimde ayrılırlar. Öyle ki, hukukta relativizmi, bunu göze almadan, sanki tek bir düşünce ekolüymüş gibi ele almak insanı bazı çelişkili sonuçlarla yüzyüze bırakabilir. Bunun ilginç bir örneğini geçtiğimiz yıl Muğla'da düzenlenen Adalet Sempozyumu'nda sunulan ve HFSA'nın dokuzuncu kitabını oluşturan bildirilerden ikisinin karşılaştırılması verebilir: Bu bildirilerden biri norm olarak adaletin mutlaklığını belirttik olarak savunup bu alandaki relativizmi tehlikeli bulurken, diğeri bildiri belirttik olarak relativizmi savunup mutlaklığı bir tehlike olarak görmektedir. Bu iki yazının birbirine taban tabana zit olacağını düşünmek şu halde bir zorunluluk. Oysa ki, biri Hüseyin Hatemi Hocamıza, diğeri Doğan Özlem Hocamıza ait olan bu iki yazıya, bu 'soyut' belirlenimlerin ötesinde, somut bir eleştiri ve somut bir talep hakimdir. Ve bu somut eleştiri ve talepte iki yazı arasında şaşılacak bir ahenk söz konusudur: Her iki yazı da liberalizmin hukuk anlayışına karşıdır. Gerçi liberalizmin bu yazılardan birinde 'relativist' olarak, diğesindeyse 'mutlakçı' olarak ele alın-

dığını görürüz, ama her iki yazının somut eleştirisi aynıdır: sosyal adaletin liberalizm tarafından dışlanması.

Ne tür bir relativizmden söz edildiği açıkça belirtilmeden, hukukta genel olarak bir relativizmden söz etmek, demek ki pek mümkün değildir. Şu halde hukukta relativizmin hangi şekillerinin olduğunu, hangi şekilleri olabileceğini hesaba katmak gerekecektir. Doğan Özlem söz konusu ettiğimiz yazısında hangi türden relativizmi savunduğunu yine belirttik olarak söyler. Onun savunduğu "tarihsel relativizm"dir.

Felsefe tarihinde belirli bir ekol olarak tarihsel relativizmin pek çok bakımdan eleştirilmesi mümkündür. Ancak, bu eleştiriler, haklı bile olsalar, tarihsel relativizmin temel eleştirilerini yok sayamazlar. Çünkü tarihsel relativizm bu temel eleştiriler bakımından insanın kendisiyle ilgili bir bilinçlenme, dahası insanın ne olduğu ve ne olmadığı konusunda bir aydınlanmadır. Hatta aydınlanma dönemine bir tepki olarak ortaya çıkmış olan tarihsel relativizmi bu nedenle bir ikinci aydınlanma olarak görmek bile, bana çok abartılı olmazmış gibi geliyor. Tarihsel relativizmde bu bilinçlenmenin birbirine bağlı iki yönü var. Birincisi, aydınlanma dönemine atfedilen, ama aslında kartezyen epistemolojiye dayanan insan anlayışının aşılmasıdır. Descartes epistemolojisinde insanı bilme yetisi bakımından, yani özne olarak, bu dünya içinde ortaya çıkan, belirli bir gelişim gösteren ve yokolan bir budünya varlığı olarak ele almaz. Dolayısıyla onun ne olduğu, içine doğduğu yer ve zamanın koşullarına bağımlı değildir. Bilme yetisi bakımından insanın mutlak bir özerkliği vardır. İnsan bilme yetisi bakımından her durumda aynıdır ve

hangi yer ve zamanda doğmuş olursa olsun, bilme yetisi aracılığıyla olduğu kişi olabilir. Pek naiv olduğu bugün su götürmez olan bu insan anlayışı buna rağmen tüm aydınlanma dönemi boyunca örtük olarak varlığını sürdürebildi ve ilkin tarihsel relativizmin eleştirileriyle aşıldı. İnsanın ne olduğunun içine doğduğu kültür hesaba katılmaksızın yanıtlanmaya çalışılmasının anlamı yoktur, çünkü insan ne ise onu en başta içine doğduğu kültüre borçludur. Bu naiv insan anlayışının aşılması o zaman için pek yeni olan bir tarihsellik bilincini beraberinde getirmiştir. Bu bilincin bir yönü şudur: Tarihte ortaya çıkan şeyleri anlayabilmemiz için onlara ortaya çıktıkları zamanın kendine özgü koşulları içinde bakmamız gerekir. Çünkü bu şeyin zamandan bağımsız bir anlamı varsa bile, bu gerçekten bu şeyin kendi anlamı değildir. Bir diğeri ise şöyle özetlenebilir: İnsanların hayatındaki herşey belirli bir tarihin içinden geçerek o şey olmuştur. Bu nedenle, bu şeyleri dilediğiniz gibi değiştiremez, birinin yerine bir yenisini koyamazsınız (Bunu daha açık şöyle dile getirmek de mümkün: Tarihi değiştiren hiçbir şey gökten zembille inmez, gökten zembille inerek tarihe yön veremezsiniz.)

Tarihsel relativizmin sağladığı bilinçlenmenin ikinci yönü mutlak egemenlik iddiasıyla ortaya çıkanların egemenliklerini dayandırdıkları meşruiyet zemininin de nihayetinde tarihsel koşullara bağımlı olduğu, dolayısıyla mutlak olamayacağı bilincidir. Aydınlanma düşüncesinin siyasi ürünü olan Fransız Devriminin Robespierre ve Marat'ların elinde nasıl bir terör makinesi haline geldiği düşünülürse bu bilinçlenme herşeyden önce insanı özgürleştiricidir – 'ikinci aydınlanma' ile kastettiğim de büyük ölçü-

de budur. İnsan artık politik aktörlerin istedikleri gibi şekillendirebilecekleri, kendisinden mutlak itaat talep edebilecekleri bir unsur olarak görülemez. Çünkü ne bu kişilerin bekledikleri mutlak itaat karşılığı gerçekleştirmek istedikleri değerler gerçekten kalıcı, hep sürüp gidecek olan değerlerdir, ne de bu itaat talebini dayandırabilecekleri Tanrı, Ulus, Akıl gibi mutlak bir merci vardır.

Şimdi tarihsel relativizmi bir kenara bırakıp hukuk alanında karşımıza çıkacak bir reativizmin ne gibi şekiller alacağına bakmak istiyorum. Hukusal relativizmin her durumda bir adaletten feragat olacağını söylemek mümkündür. Ama bu feragat iki biçimde karşımıza çıkabilir: Relativizmin radikal olduğu durumda, yani herhangi bir hakkın mevcut hukuk sistemi dışında dayandırılabilmesi hiçbir mercinin olamayacağına ödünsüz savunulması durumunda, bu feragatin adaletten toptan feragat anlamına geleceği pek açık. Çünkü bu durumda yasakoyucunun birşeyi hak olarak tanımlamış olup olmaması – yasakoyucuyu da bağlayan bir merci bulunmadığına göre – ancak keyfi olabilir. Bu ise yasakoyucunun bu belirlemesinin adil olmadığını söylemekle aynı anlama gelir, çünkü insanlar neyin adil olduğu konusunda çok nadir anlaşsalar bile, keyfi bir yargının adil olamayacağına genelde anlaşılır. Bu anlayışa göre adalet olsa olsa keyfi oluşturulmuş olan mevcut hukuk sisteminin işletilmesinin keyfi olmaması olabilir. Bu sistemdeki en tuhaf norm dahi, bir defa ortaya atıldıktan sonra herkes için uygulanıyorsa bu sistem adildir. Böyle bir adalet anlayışının insanın adalet duygusunu tatmin etmeyeceği çok açık olduğu gibi, Hüseyin Hatemi'nin söylediği gibi, vahim sonuçlar doğuracağı da beklenebilir. "Hukuk sisteminin kendisi

açısından herşey mübahsa benim açım-
dan da herşey mübah olabilir” şeklinde
bir akılyürütmeye dayanarak kanunları
çığnemiş, suçlar işlemiş kimseler olmuş
mudur, bilemem; ama bu relativizmin
bu akıl yürütmeye götüreceğini söyle-
mek de gerekir. “Yasakoyucu benim,
benim için herşey mübah” şeklinde bir
akılyürütmeye dayanarak egemenlik
sürmüş kimselerin olduğunu ise, ilkinde
karşıt olarak, tarih bize yeterince açık
göstüyor. Bunun en açık örneği Nasyo-
nal Sosyalizmin Almanya’da işlediği in-
sanlık suçlarıdır. Bu dönemin aktörleri
kendilerini bağlayan kendileri dışında
hiçbir merci tanımadıklarını hem resmi
ideolojileriyle, hem de yapıp ettikleriyle
yeterince açık göstermişlerdir. Burada
ele aldığımız biçimiyle relativizmi yu-
muşatmadan ne kanun dışı adama karşı
bir argümanımız olabilir, ne de Nazilere
karşı. Çünkü, Nazilerin insanlık suçu iş-
lediklerini söylemek, bunu örnek olarak
almak gerekirse, ancak ‘insanlık’ denen
şeyi mevcut hukukun üstüne yerleştir-
mekle mümkündür. Buysa bu anlayışın
karşı çıktığı şeyin ta kendisi.

Bu ilk örnekte relativizmin kendisi-
nin mutlak anlamda alındığı, dolayısı-
yla mutlaklaştırıldığı açıktır. Oysa bu-
nun yanında relativizmin kendisinin de
relative edildiği, yani kısmen geçerli
olduğu başka relativizm türlerinin ola-
cağını önceden tahmin edebiliriz. Bu
türden relativizmler, ilkinden farklı ola-
rak adaletin tamamından değil, yalnız
mutlak adaletten feragat edeceklerdir.
Böyle relativ geçerli relativizmin bir
örneği insanlığın mutlak adalet idealin-
den feragat eder. Tüm insanlar arasında
tam bir adaletin sağlanacağı bir insanlık
durumu, bir tarihsel dönem, bu anlayışa
göre mümkün değildir, çünkü böyle bir
tam adaletten ne anlaşıldığı yer ve za-
mana göre değişiklik göstereceği gibi,

kişiden kişiye göre bile değişir. Bu ne-
denle böyle bir adalet idealinin savunu-
cusu olan kimse insanları bu adalet ide-
aline göre şekillendirmeye, onlara neyi
adil olarak görmelerinden başlayarak,
gitgide, mutluluklarını nede aramaları
gerektiğine kadar bir dizi keyfi tercihi
dikte etmeye meyleder. Oysa bu türden
idealler hep ortaya çıktıkları tarihsel
koşullara bağımlı, dolayısıyla keyfi
olacaklarından, insanları böyle bir ide-
ale göre şekillendirmeye kalkmanın
kendisi asıl adaletsizliğin kaynağı ola-
caktır. Bu türden relativizmin adalet
anlayışı da büyük ölçüde bu adaletsizli-
ğin engellenmesinde, dolayısıyla mut-
lak adalet ideallerinin değillenmesinde
ortaya çıkar. İnsan nasıl istenirse öyle
şekillenecek, ona istediğiniz değerleri
dayatabileceğiniz bir varlık değildir, bu
dayatmalar da asıl adaletsizlik kaynağı-
dır, şeklindeki bir saptamanın kendisi
adalet ölçütü haline gelir. Buna göre
yaşayan bireyin bütünlüğü ve dokunul-
mazlığı her türlü hak talebinin ölçüle-
ceği nihai mihenk taşıdır.

Liberalizmin nüvesini oluşturan bu
adalet anlayışının, tüm yetersizliğine
rağmen, büyük bir kazanım olduğunu
kabul etmek gerekir. İnsanlara hayatla-
rıyla ne yapmaları, mutluluklarını nede
aramaları gerektiğinin söylenemeyece-
ği, bunun olsa olsa despotizme götüre-
ceği uyarısını daha aydınlanma döne-
minde Kant’tan pek sık duyarız. Ama
ondan günümüze kadar ortaya çıkan
ideolojilerden hiçbirinin bu uyarıya ku-
lak asmamış olduğunu da rahatça söy-
leyebiliriz. Liberalizmin dayandığı bu
relativizm bireyin bütünlüğüne kaste-
den herşeyi relative etmiş, bireyin bü-
tünlüğünün dokunulmazlığı hariç tüm
tabuları yıkmıştır. Bu dokunulmazlık
dışında başka hiçbirşeyin tabulaştırıla-
mayacağını herkes tarafından kabul

gören bir ilke olması son derece arzu edilir bir şeydir. Ne var ki, liberalizmin temelindeki bu relativizmin her türlü idealle tüm ipleri koparmış olmasının yol açtığı bir dizi sorun mevcuttur. Birey gerçi özgürdür, hayatına istediği gibi yön verebilir, ama hayatına yön verecek ideallerden de mahrumdur. Kendisine sunulan tek seçenek, bu nedenle, kitle içindeki sayısız özdeş noktadan biri olmaktır. Herkes gibi kişisel tatmin peşinde koşar, yine herkesin tatmin olduğu şeyle tatmin olur; eğlence, boş zaman aktiviteleri kitleselleşir ve bu kitlesellenen aktiviteler kişinin yaşamının tamamını doldurur. Bir başka sorun da, bu görüşün, bireyin bütünlüğü dışında herşey relative edildiğinden, insanın adalet duygusu bakımından olmazsa olmaz diyebileceğimiz bazı değerlere kör kalmak zorunda olmasıdır. Bu değerlere iyi bir örnek dayanışmadır. Gerçi en az düzeyde bir dayanışma olmadan ne toplum varolabilir, ne de bireyin özgürlüğü. Ama bu minimumdan fazlası kendi başına bir değer olarak görülmez, çünkü dayanışma bireyden özgürlüğünü kısıtlamasını talep eder. Liberalizm bu nedenle "sosyal adalet" denen kavrama da kördür. Çeşitli hak taleplerinin dayandırıldığı her türlü adalet ideali relative edildiğinden ve bir hak talebi ancak bireyin bütünlüğünün dokunulmazlığıyla temellendirilebiliyorsa geçerli olabileceğinden, liberalizmin sosyal adaleti bir adalet türü olarak neden tanıyamayacağını kestirebiliriz. Liberalizmin her türlü adalet idealini relative etmesi ilk bakışta özgürleştiricidir – ve bu nedenle bu relativizmin yine kısmen geçerli olması gerektiğini düşünmek mümkündür. Ne var ki, bu relativizm idealleri büsbütün ortadan kaldırdığından, elde edilen özgürlüğün anlamı sorunlu hale gelmiştir. Herkesin özgürlü-

ğü kendisi için değerlidir, ama birinin kendi özgürlüğünü kullanarak eğlence endüstrisinin bir ürünü haline gelmesi, tüm iyiniyetime ve bu kişiye başka bir hayat tarzının dayatılmasını kesinlikle onaylamayacak olmama rağmen, bana pek övülecek bir şeymiş, pek büyük bir değermiş gibi gelmiyor.

Son olarak, bu iki relativizm yanında bir üçüncüsünün de mümkün olduğuna işaret etmek istiyorum. Bu üçüncüsü ne her türlü hak talebini, ne de her türlü adalet idealini relative eder. Onun relative ettiği, hak taleplerinin ya da adalet ideallerinin mutlaklaştırılmasına; bu talep ve idealler üzerinde mevcut olan düşünsel mücadeleye son vererek kendi görüşünü vazetmeye meşruiyet sağlayan, ancak şiddete dayalı olarak varolabilecek olan zemindir. Kendilerini yalnızca karşılıklı tartışma ile kabul ettirmek isteyen görüşler, bu görüşlerin dayandıkları idealle, bunlar çok çeşitli olduklarına göre, zaten görelidirler. Ama eğer bu görüşleri ileri sürenlerle bir tartışmaya giriyorsak, görelî olmayan, bizi de onları da bağlayan ortak bir zemin kabul ediyoruz demektir. Bu zeminin ne olduğunu bilmek, hatta ona bir ad koymak bile gerekmez. Önemli olan insanların tartışma yoluyla doğruyu beraber bulabileceklerine olan ortak inançtır. Bu inancı insanın insanlığından şüphe etmeden yok saymak mümkün değildir. Şu halde görünüş olarak tüm çelişen hak talepleri, adalet idealleri relativittir. Ama bu çelişen idealler insanlar arasında düşünsel bir tartışmaya konu olabildikleri sürece ortak bir zeminde kök salarlar.

Klasik "mutlakçı – relativist" ayrımına sığmayan filozofların bu son grup altında toplanmaları bana daha uygun gibi görünüyör.