

## HUKUK, AHLÂK VE MESLEK ETİĞİ ÜSTÜNE

ENGİN TOPUZKANAMIŞ\*

"Bazı âlimane kelimeler, uzun süre sözlüklere ve akademik metinlere hapsedildikten sonra, -kaderine çoktan razı olduğu hâlde birdenbire, nedenini anlamadan herkesin gözdesi hâline geliveren bir kızkurusu gibi- aniden parlak gün ışığına maruz kalma, halkın, avamın diline düşme, basında, televizyonda, hatta hükümet demeçlerinde zikredilme talihini ya da talihsizliğini yaşarlar. Fena hâlde felsefe dersi kokan ve Yunancadaki köküyle akla Aristoteles'i (ve daimi çok-satar kitabı *Nikomakhos'a Etik*!) getiren *etik* kelimesi, bugün bu şekilde sahnenin ortasına yerleşmiş vaziyette." (Badiou, 2006:17)

### **PROBLEMİ TEŞHİS ETMEK**

Son yıllarda her yanımızı *etik* sardı. Sürekli şikâyet konusu olan aksak hukuk sisteminin doğrultulması için ortaya konan önerilerin başında etik yahut meslek etiği eğitimi geliyor ve bu alanda (sadece hukuk değil başta tıp olmak üzere pek çok meslekte) bir nevi kodlaştırma faaliyeti göze çarpıyor. Bu bildiride çok basit bir iddia var: Modern hâkimden – hele de Türkiye'deki ortalama hâkimden!- beklediğimiz oldukça basittir; bilgelik, ahlâk ve hikmet değil, hukuku uygulamak<sup>1</sup>. Başka türlü söylersek, kendisine verilmiş kanun metnini, kendi bireysel ahlâk anlayışı ve kişisel değer yargıları ile değil, hukukun *ethos*unu esas alarak yorumlamak ve uygulamak<sup>2</sup>. Her hâkimi Dworkin'in Herkül'ü hâline getirecek bir toplumsal yapı ve eğitim sistemi kurana değin bu yaklaşım epeyce iş görür zannedirim.

---

\* Yrd. Doç. Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. etopuzkanamis@gmail.com

<sup>1</sup> Bu cümle doğal olarak benim "pozitivist" olarak anılmama yol açacaktır. Oysa modern hukuk benim aşağıda bir şemada etik kodlar olarak göstereceğim belli bir takım liberal ilkeler ya da meta-hukuk prensipler yoluyla temellenir. Hukukun Tanrıdan yahut doğadan gelmesi mânâsında bir doğal hukukçu değilim ama hukukun başladığı sınır noktada ideoloji, ahlâk ya da politik tercihler yoluyla ortaya çıkmış ve elbette toplumsal iktidar dengeleri çerçevesinde şekillenmiş ilkeler vardır. Bildiri metni boyunca *ethos* olarak anılacak öz. Bu ilkeler bugün büyük ölçüde liberal değerler ve insan hakları olarak karşımıza çıkar. Yani bu anlamda bütün pozitivistlerin tıkanıdığı bir nokta vardır. Mevzu hukuk, gündelik olanın çok çok büyük bir kısmını halleder. Zor davalar ve sistemin kendine yönelik eleştirilerde yani gündelik rutini şaşırta anlarda, öngörülü, belirli ve müdebbir hukuk afalları ve biz başka alanlara geçmek zorunda kalırız. Hem olguya baktığımda gözümün gördüğünü aklımda resmetmek hem de gönlümden geçen olması gerekenleri arzulamak... saçaklı mantık gereği aynı anda mümkün olsa gerek.

<sup>2</sup> Yani Montesquieu gibi hâkim kanunu yorumlamasın demiyorum. Yorumlarken *vicdanı* yerine metodolojiye bakması daha iyi olur diyorum. Zaten artık net biçimde biliyoruz ki yorum, sadece anlamın bulanık olduğu hâllerde değil, kaçınılmaz olarak her zaman vardır. (Uzun, 2014)

Çünkü bu tip toplantılarda, sürekli olarak adaleti sağlamaya ve bunun için de ahlâklı olmaya çağrılan ve hukuk felsefesinden ite kaka ile geçmiş hukukçunun bu çağrıdan anladığı, köyünde anne babasından, ilkokulda öğretmeninden, lisede arkadaşından öğrendiği *moral* değerlerdir; sözgelimi Bangolar Yargı Etiği İlkeleri değil. Kısacası hukuk uygulamalarında görüldüğü düşünülen uygulamacı kaynaklı aksamalar, yargı mensuplarının bireysel ahlâk eksikliklerinden yahut adaleti gözetmemelerinden değil ve fakat bireysel ahlâk anlayışlarını, (1) hukukun *ethosundan* ve (2) meslekî etikten üstün görmelerinden ve dahası bu ikisinin değeri ve anlamı konusunda bir inanca sahip bulunmamalarından kaynaklanmaktadır. Çok basit ve hatta dava konusu edilmemesi gereken özgürlük kapsamındaki hâllerde bile vatan-millet-ahlâk refleksiyle hareket eden uygulamacılar bugün kahhar ekseriyet konumundadır. Ayrıca yasa koyucu bakımından da aynı husus gözlenebilir. Siyaset, hukuka tâbi olmaktansa hukuku kendine tâbi kılmanın peşinde. Yasama faaliyetine katılan kimseler, hukukun *ethosu* yerine bireysel ahlâk anlayışlarına, toplumsal alışkanlık ve hazır kalıp bilgilere müracaat etmektedirler.

Ahlâkî problemlerin kaynağını ahlâksızlıkta aramak ve uygulamacıları etiğe yahut ahlâka (ki onlar açısından ikisi arasında bir fark olduğunu pek sanmıyorum) davet etmek bize bir çözüm sunmaz.

“Deliliğin kıyılarında dolaşan kişiler dışında hiç kimse, atmosferi kirletmenin, ozon tabakasını delmenin ya da savaş açmanın, aşırı nüfus artışının, insanları geçim kaynaklarından yoksun bırakmanın ya da onları evsiz serserilere dönüştürmenin iyi ve faydalı olduğunu ciddi biçimde söylemeyecektir. Yine de bütün bunlar, mutabakat hâlinde, neredeyse evrensel ve gürültülü biçimde mahkûm edilmelerine rağmen gerçekleşmektedirler. Küresel hasarın öğütücü ve sistemsel tutarlılığı etik öfkeye rağmen gerçekleşiyorsa, etik cehalet ya da filozofların etik ilkeler konusunda anlaşılamamalarından başka bazı etkenlerin faaliyet hâlinde olması gerekir. (Bauman, 2011: 229-230)

## ***ETHOS***

“Antik Yunan düşüncesinde bir kişinin karakteri ve alışkanlıkları, davranış tarzı. Buradan hareketle ve teşmil yoluyla, modern düşüncede, bir kültürün, cemaatin ya da grubun karakteri veya ruhu, tını.” (Cevizci, 2000) Bir şeyi, o şey kılan aslî özellik. Hukukçulardan sıkça duyduğumuz “kanun başka hukuk başka” sözünde, kanunu hukuk kılan şey onun *ethosudur*.

### ETİK, MORAL VE AHLÂK<sup>3</sup>

Etik, başlı başına bir problem. Çünkü *ethical*, *ethic* ve *ethics*<sup>4</sup> yani sıfat ve isim olan üç kelime de Türkçeye etik olarak çevriliyor<sup>5</sup>. Aslında *ethical* ve *ethics* arasındaki ilişki de *moral* ve *morals* arasındaki ilişkiye benziyor<sup>6</sup>. Veya *economy*, *economic* ve *economics* gibi. Nasıl *economy* üstüne çalışma, *economics*<sup>7</sup> ise *ethic* üstüne çalışma da *ethics* olarak karşımıza çıkıyor. Türkçede bu nüanslar tamamen kaybolmakta.

Burada *ahlâk*, *morals* ile eş anlamlı ve *pozitif ahlâkî*<sup>8</sup> anlamında kullanıldı. Bilindiği gibi *moral(s)* Latince *mores* kelimesinden gelir. *Mores*: uzlaşmalar, pratikler, davranış kodları. Buradaki anlamı ile kısaca kişinin içine doğduğu kültür ve toplumda halihazırda mevcut bulunan, çoğu kez bilinçli bir seçim ve değerlendirme olmaksızın alışkanlıkla edinilmiş, doğru ve yanlışla ilişkin ölçütler. Dolayısıyla belirli bir grubun ya da toplumun varlığını sürdürmesini sağlayan değerleri korumak için geliştirdiği davranış biçimlerini ahlâk/moral olarak anlıyorum. Bu anlamda, bilinen şey, ahlâktan değil ahlâklardan söz etmek gerekir. Bu da hukuk ve ahlâk ilişkisi yahut hukukçunun ahlâkî değerlere bağlı yorumu gibi konularda hemen “hangi ahlâk?” sorusunu gündeme getirir.

Etik ise *ethics* karşılığı ve daha çok mevcut *ahlâklar* üstüne betimleyici ve/veya eleştirel bir düşünme ve bundan hareketle bireysel *ahlâkî* tavır geliştirmeyi (yani normatif alana geçmeyi) ifade ediyor<sup>9</sup>. Etik tavır takınmak için ahlâk felsefecisi olmak gerekli değil. Ancak özellikle içine doğduğumuz ahlâk sistemini gözden geçirme ve en azından pratik olarak kullandığımız normları teemmül ederek doğruluğu ya da yanlışlığı hakkında bir fikir

---

<sup>3</sup> Kök anlamlar dikkate alındığında bu üç kavramı birbirinden ayırt etmek mümkün değil. Farklı yaklaşımlar olsa da ben genel kabul gördüğünü zannettiğim ayrıma göre bunları kullanmaya çalıştım.

<sup>4</sup> <http://www.thefreedictionary.com/ethic>

<sup>5</sup> Bir görüşmemiz sırasında Prof. Dr. Solmaz Zelyüt hocam buna dikkatimi çekmişti.

<sup>6</sup> <http://dictionary.reference.com/browse/morals>

<sup>7</sup> <http://jakubmarian.com/difference-between-economics-economy-economic-and-economical/>

<sup>8</sup> Hart da konvansiyonel yahut pozitif ahlâk ile eleştirel ahlâkı ayırır. (Hart, 2000)

<sup>9</sup> Üç tür etikten söz edilmektedir (Özlem, 2004a) (Feldman, 2013) (Cevizci, 2002):

1. Betimleyici: Ahlâk ve ahlâklar üstüne düşünme
2. Normatif: Davranışlarımıza rehberlik edebilecek ahlâkî normları bulma
3. Çözümleyici (meta-etik): Doğru ve yanlışla ilişkin önermelerin analitik çözümlemesi (Meta-etikçiler, tarafsız bir tutumla ve sadece betimleyici ve çözümleyici kalabileceklerini öne sürmüşlerdir. Ancak Doğan Özlem, bunun mümkün olmadığını ve ahlâk üstüne konuşan herkesin farkında olmasa da belli değerler üstünden değerlendirme yapmak durumunda olduğunu söylüyor. (Özlem, 2004b))

Etik, ahlâkî konu edinen felsefe dalı ya da kısaca ahlâk üstüne düşünme ise, meslek etiği de ilgili mesleği icra eden kimselerin, bu mesleği icra ederken uyması gerektiği düşünülen ahlâkî prensipleri ele alır. (Özlem, 2004b)

ürettikten sonra eyleme gerekçe kılmamız, etik anlayış için mutlak şarttır. "Bu nedenle 'ahlâk felsefesi (etik)', hem çeşitli ahlâkları inceleyen hem normatif olması dolayısıyla kendisi bir ahlâk olan veya ahlâk öneren, bu demektir ki aynı anda iki zemin üstünde hareket eden bir disiplindir." (Özlem, 2004b, s. 208)

## HUKUK DEVLETİ VE MESLEK *ETHOSU*

Konuya ilişkin olarak ulaşabildiğim en açıklayıcı ve makûl yaklaşım Friedrich Kübler'in, meseleyi hukuk devletinin gelişim aşamalarıyla birlikte ele alan kısa fakat önemli çalışması. Kübler, meslek etiğinin hukuk ideolojisi yahut mevzu hukukun içine sinen (ya da sinmiş olması lazım gelen) bazı etik kodlarla olan ilişkisini ortaya koymak için hukuk devletini üç aşamada ele alır (Kübler, 2009, s. 178):

- a) Liberallik öncesi, hukuk devletinde yasa, insanlar tarafından yapılmayan, onlara hazır verilen hukuka dayanır; bu doğal hukuk dönemidir.
- b) Liberal hukuk devletinde yasa "*volonté générale*"e, 'genel iradeye' dayanır, yani mülkiyet ve eğitimle donatılmış yurttaşların görüşlerine ve neyin geçerli olduğuna ilişkin kanılarına dayanır. Yasa, büyük yasa metinleri, kodifikasyon biçiminde ortaya çıkar.<sup>10</sup>
- c) Demokratik hukuk devletinde ise yasa, çatışmalar üzerine kurulan ve uzlaşmalarla yönlendirilen - çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu- bir siyasal sürecin ürünü haline gelir; yasalar kendileriyle belirli ekonomik veya sosyal sonuçların elde edilmesi söz konusu olan önlemler haline gelirler."

Kübler'e göre liberallik öncesi hâkiminin çabası, "doğru düzenin önceden verilmiş olan ilkelerinin anlaşılması" yönündedir. Yani bu dönemin meslek *ethosu*, "hukukun saklı yapısını kavramak için" her türlü çabayı göstermek olarak karşımıza çıkar. Pozitif yasalar, büyük ölçüde güçsüzdür. Bu tam da geleneksel toplumun ahlâk, din, örf ve gelenekle çevrelenmiş hayat düzeninde, *Yasaya*<sup>11</sup> referansla iş gören hukukçusunu tarif eder.

---

<sup>10</sup> Kübler'in bu ilk iki aşaması İngiliz hukukçu Dicey'in liberal hukuk devleti tanımına uyar ve şu üç ilke ile ifade edilir:

- "1. Hiç kimse, olağan şekilde yapılmış hukuka göre, olağan mahkemeler karşısında, hukuk ihlallerinin yargılanması dışında cezalandırılmaz ve bedensel ve mülki kısıtlamalara tâbi tutulamaz.
2. Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun, herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tabidir.
3. Toplumsal düzende, hukukî ruhun önde gelmesidir." (Özcan, 2008, s. 201) (Dicey, 2008)

<sup>11</sup> Bizde hukuk, bilindiği gibi "hak"tan türemiştir ve onun çoğuludur. Bunu hukuk, Hak'tan gelir diye anlayabiliriz. Oysa *law*, *lex* yahut *ius* hak değildir, kanundur. Batı hukuku, hak değil *Yasa* fikri üstünden yükselir. Hatta belki de modern hukuk *lawun Yasa* niteliğini giderek kaybetmesi, hakkın *Yasaya* değil, mevzu hukuka tâbi kılınması sürecidir. "Aristoteles'in Yunancasında ne hukuk ne hak diye çevirebileceğimiz bir kelime

Liberal dönemde hukukun kaynağı değişmiştir: Sosyal sözleşme<sup>12</sup>. Hukuk, burjuva toplumunda özellikle basın, toplantılar ve bilimsel topluluklar eliyle yürütülen tartışmalardan ortaya çıkan uzlaşmanın ürünüdür. Bu uzlaşma, yurttaşların temsilcisi olan parlamentoda yasalaşır ve herkesi bağlayıcı hale gelir. Hâkim, genel iradenin ürünü ve rasyonel olan yasayı harfi harfine uygulamak ve kendi kanılarını bundan uzak tutmak zorundadır. Yorum yapması caiz değildir. Bu anlamda hâkimin mevzu hukuk dışında, meselâ doğal hukuk gibi bir referansı kalmaz: Mevzu olan doğal hukuktur zaten.

Demokratik hukuk devletinde, uzlaşmaya dayalı yasa yapma ve uygulama anlayışı sona ermiştir. Artık kapsamlı ve kalıcı yasalar yerine belli sonuçlara yönelik, tek tek önlemler şeklinde yasalar ortaya çıkmaktadır. Bunun sebebi siyasî partilerin çekişmesi ve kerhen kısa süreli amaç birlikteliklerinin yasa yapımında etkili olmasıdır. Çünkü toplumsal talepler siyasete yansımakta ve liberal devlet tavizler vermektedir: Sosyal devlet yahut maddî hukuk devleti (Özcan, 2008).

Kübler'e göre demokratik hukuk devleti öncesi liberal hukuk devletinde yasa koyma, hukukçunun da dâhil olduğu kolektif bir bilgi süreci idi. Dolayısıyla orada hukukçuların rolü daha farklı ve hatta daha bağımsızdı:

"En başta, kodifikasyonlardaki ince işçilik hukukçuların işidir; hukukçular bunu yaparken, ilke olarak, bir siyasal yönergeye göre değil de söz konusu problem alanlarına ilişkin yılların ürünü olan deneyimlerine ve bu alanların sistematik bir biçimde araştırılmasına dayanan kendi görüşlerine göre hareket etmek durumundadırlar; onların *ethosu*, oluşturduğunun sorumluluğunu kendisi taşıyan yetenekli bilginlerin *ethosudur*.

Demokratik yasa koyma sürecinde roller birbirinden ayrılır. Asıl itki, yani konulacak yeni kuralların oluşturması beklenen yönerge, seçmenlerin diktasına tâbî olan politikacılar tarafından konur; çünkü politikacılar, gelecek seçimde tekrar başarılı olmak gibi anlaşılabilir arzularca yönlendirilir. Yasa girişimleri en başta [parti içindeki] fraksiyonlar tarafından tartışılır; bunu koalisyon [partiler arasındaki] görüşmeler izler; ancak ondan sonra komisyonlarda hızlı çalışmalar başlar. Burada hukukçulara düşen sadece hizmet verme rolüdür." (Kübler, 2009, s. 186)

---

var. Hatta 'Roma Hukuku' bile demek o kadar doğru mu acaba? Roma'da haklar değil kanun vardı." (Zelyut Hünler, 2005, s. 40) *Yasa* kavramı için bkz. Topuzkanamış, 2014a.

<sup>12</sup> Sosyal sözleşme her ne kadar doğal hukuka dâhil bir kuram ise de (gerçek olmayan) bir toplumsal uzlaşmayı hukukun kaynağına koyarak pozitivizmin yolunu açar.

## ÜÇ ÖZGÜN MODEL (!)



Ayrıntısına girmeksizin ve çok kısaca (sonuncusu hariç!) bu sosyolojik ideal tipleri anımsatmak istiyorum<sup>13</sup>. Geleneksel toplum –diğer niteliklerini bir yana bırakırsak, doğal hukuk ilkelerinin ya da ahlâk, din, gelenek, âdet ve pozitif hukuk gibi pek çok sosyal düzen kuralının bir yumak halinde bir arada yürütüldüğü toplumlar olarak karşımıza çıkar. Yukarıdaki şemada gösterildiği üzere bu toplum yapısında beşerî hukuk, Aquinolu Thomas’ın tanımına uygun olarak sınırlı bir alanı kaplar ve ikincil niteliktedir. Modern toplum, beşerî hukuk alanının diğerlerini dışlayarak toplumun bütünü üstünde etkili olduğu bir toplumsal yaşama formudur. Geleneksel toplumun ahlâkî ve dinî kodları, modern toplumda sosyal sözleşmeye dayandırılan ve bu hukuk düzenin merkezine, çoğunlukla da fark edilmeyecek şekilde yerleştirilen bir takım etik kodlara dönüşmüş durumdadır. Fark edilmeyecek sözü ile kastım, ortalama meslek erbabı hukukçu ve yurttaşın, bu hukuk mekanizmasının kurucu ilkelerinden genellikle haberdar olmamasıdır (Topuzkanamış, 2014b). Ayrıca bu etik kodlar, bir kısmı pozitifleşmiş bir kısmı ise hâlihazırda pozitif hukukun dışında doktrin ve entelektüel çevre tarafında tartışılan insan hakları ile de yakında ilişkilidir.

Geleneksel toplumda hukukun *ethosu*, ahlâktır. Bu ahlâk, bütün evrenin tâbi olduğu Yasalarla (*lex*) korunur. Bu anlamda güneş sisteminin tâbi olduğu *Yasa (ius)* ile insanın tâbi olduğu yasa aynı kaynağa ve aynı anlayışa dayanır (Ebedî yasa, ilahî yasa, tabîî yasa ve beşerî yasa). Dolayısıyla hem tabiat hem de insan kanunları normatiftir. Bütünlükçü bir kozmolojik evren ve toplum anlayışının parçası olarak hukuk; Tanrının ve tabiatın ortak kurallarının bir

<sup>13</sup> Şemalarda merkezde yer alan kavramlar o toplumda hukukun yorumu ve meşruluğu için esas olan kriteri göstermektedir.

parçasıdır. Hukukun amacı, insanı bu kadîm ahlâk ve oluş biçimine tâbi kılmaktır. Hukuk, ahlâk sahibi olmanın bir aracıdır (Özcan, 2008). Başa dönersek, geleneksel toplumda ahlâk, hukuku bünyesinde barındırır, bireysel etik tutumları dışlayacak biçimde kendini dayatır. Buradaki ahlâk, bireyselliğin zayıflığı ölçüsünde güçlüdür. Zaten bireysel ahlâk fikri de (bireysel ahlâk olur mu tartışmasını görmezden gelirsek) modern bir fikirdir.

Burada hukukçular açısından meslek *ethosu* verili düzenin (tabîi hukuk) akıl tarafından bulunabilir olan ilkelerini bulmak ve onları doğru akla (*ratio recta*) uygun olarak yorumlamaktır. Yasama faaliyetinin modern topluma oranla oldukça düşük olduğunu ve hukukun yasa yapmaktan çok tabîi düzenin yasalarını uygulamak olduğunu hatırlayalım.

Şemanın sonunda yer alan model bize özgüdür. Bizim modelimizde geleneksel ve modern sentezlenmiş, geleneksel değer ve çevreden otomatik olarak tevarüs edilmiş inançlar, ithal ettiğimiz hukuk sisteminin merkezine yerleştirilmiştir. Bu, yazılı yahut resmî değil, *off the record* ve fakat yaygın kabul görmüş bir anlayıştır. Bir nevi yaşayan hukuk denebilir. Nasıl otomobili ithal ettik ve fakat kırmızı ışığın dur anlamına geldiği konvansiyonunu pek benimsemedi isek yahut Batının tekniğini alalım ancak kültürü kendilerine kalsın dedi isek, modern hukukun ethosunu da onlara bırakıp trafiğimizle aynı şekilde işleyen özgün bir model ürettik. Bu modelde hâkim belli bir kanun metnini yorumlamak için yüreğinin derûnundaki inançlarla iktifa etmekte ve gavur icadı yorum metotlarına zinhar itibar etmemektedir<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Kısa ve üstünkörü bir tarama bile medyaya konu olmuş pek çok haberle durumu ortaya koyabilir. Buraya 28 Mayıs 2015 tarihli bir haberi örnek kabilinden aktarmak istiyorum:

"Şiddet" ve "içki sorunu" nedeniyle eşinden boşanmak isteyen kadının açtığı davada mahkeme, "Hacca gitmiş koca içki içmez, sen de şiddet gördüğünde polise gitmemişsin" diyerek çifti boşamadı. Yargıtay karara karşı çıkarak, çiftin boşanması gerektiğine hükmetti.

*Hürriyet*'ten Mesut Hasan Benli'nin haberine göre, Şanlıurfa'da 1990'da evlenen A.G.B. ve S.B. çiftinin bu evlilikten 3 çocuğu oldu. 2 yıl önce A.G.B, kendisine şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, hastalığında "Numara yapıyor. Gebersin" dediği gerekçesiyle kocası S.B.'ye boşanma davası açtı.

Duruşmada çiftin çocuklarından B.B. de babasının sürekli içtiğini, annesine küfür ettiğini iddia etti. Ancak Şanlıurfa 2. Aile Mahkemesi, davayı reddetti. Mahkemenin kadının "Şiddet gördüm" iddiasıyla ilgili değerlendirmesi ise şöyle oldu:

"Eşinden her zaman şiddet gören, hakarete uğrayan bir kadının, karakola ya da savcılığa başvurmamış olması mümkün değil. Davacının başvurusu bulunmamaktadır. Tanıklardan Fatma, 6 yıl önceki bir olayı anlatmıştır. Fakat davacı, davalıyı bu olay nedeni ile affetmiş ve 6 yıl birlikte yaşamıştır."

Mahkeme, B.B.'nin, "babasının içtiği" iddiasıyla ilgili de "Şanlıurfa İl Müftülüğü'ne göre, davalının 2001'de hacca gittiği anlaşılmıştır. Günlük hayat tecrübelerine göre hac vazifesini yerine getiren bir kimsenin içki içmesi çok da mantığa uymamaktadır" dedi.

Trajediler ciddiyetle yazılabılsaydı, mevcut durumu izah için daha akademik bir dile başvurmak mümkün olurdu şüphesiz.

## **MODERN HUKUKUN *ETHOSU***

Modern toplumda hukukun ethosu, (bizim beğeni ya da onayımızdan bağımsız olarak) liberalizmin değerleridir. Bunlar da 17. yüzyıl tabîî hukukunun ortaya koyduğu *tabîî haklar* ve bunların bugüne gelen hâli yani insan haklarıdır. Modern hukukta adalet, büyük ölçüde formellik ama zihniyet dünyasında bu temel haklara uygunluktur. Başka türlü söylersek formel kurallardan yorum yoluyla norm çıkaran hukukçuyu, bu ilke ve değerler yönlendirir. Bu *ethos* ayrıca ve mutlak biçimde “rasyonelliği” içerir.

Modern hukukun *ethosunu*, (1) liberal değerler (özgürlük, mülkiyet, yaşam), (2) rasyonalite, (3) sekülerlik ve (4) hukuk devleti<sup>15</sup> olarak görebiliriz. Kısacası kanunu hukuk kılan, bu değerlerle olan uyumdur. Bu uyumu sağlamak büyük ölçüde yargıya ait bir görev olarak karşımıza çıkar. Tam da bu sebeple hukuk devletinin aslı kuvveti yargıdır. O sebeple de hukukçunun bu *ethosa* bağlılığı ya da o yönde iş görmesi, hukuk devletinin sürekliliği ve ona duyulan inanç açısından hayatî önemdedir.

“Hukuk ne Tanrı tarafından bildirilmiştir ne de bilim tarafından keşfedilmiştir.” (Supiot, 2008, s. 21) Hukuk, belli tarihsel ve toplumsal şartlar altında, egemen kültürel ve ideolojik unsurlar (modernleşme) ve iktidar düzeneklerinin (genellikle iktisadî iktidar), belli bir toplum tasavvurunu gerçekleştirmek üzere, ikna (ideoloji) ve zor (meşru şiddet tekeli) yoluyla kurmaya çalıştıkları “rasyonel düzen tasavvuru”dur.

Modern toplum, ekonominin ahlâk tarafından denetlendiği ya da denetlenmek istediği (meselâ faiz yasağı) geleneksel yapıların aksine, ahlâk dışı faktörler ya da bizatihi ekonomik işleyişin kendisi tarafından kontrol edilir. (Özcan, 2008) Liberal demokrasiler, bu anlamda teşebbüs hürriyeti üzerinden ekonomiyi, ahlâk ve diğer toplumcu yaklaşımlar karşısında korumak ister. Başka deyişle toplumsal üretimin bölüşülmesi, modern öncesi dönemde ahlâk

---

Davaya bakan Yargıtay 2’nci Hukuk Dairesi, 8 Nisan’da verdiği kararında erkeğin, eşine ve çocuklarına şiddet uygulayıp hakaret ettiği belirtilerek mahkeme kararını bozdu ve çiftin boşanmasını istedi.

<http://www.hurriyet.com.tr/haci-icmez-karisini-dovmez-29126537> (Erişim: 15.09.2015)

<sup>15</sup> Dicey’in üçüncü ilkesi olan "toplumsal düzende hukukî ruhun önde gelmesi" bunun ifadesidir.



modern dönemde ise iktisat yoluyla yapılır. Dolayısıyla bölüşümü kral (*ethica*) değil piyasa (*economica*) yapacaktır.

“Bütün toplumların ilk kaygısı, nasıl olursa olsun, herhangi bir şekilde meydana gelen toplumsal hasılayı bölüşmektir. Bu bölüştürme çoğu zaman, toplumun büyük bir bölümünün geçimlik düzeyde kalması ve artığın siyaseten paylaşılması anlamına gelmektedir. Bölüşümün biçimi, toplumun temel yapısını belirler ve diğer bütün toplumsallıklar (siyaset de dahil) bunun üzerine oturur. Üretim insanlıkla yaşıt olmasına ve bölüşümün de her zaman toplumun ana sorununu oluşturmasına rağmen, iktisat yenidir. İktisadın belirmesine kadarki sürede, bu görevi ahlâk üstlenmiştir, yani bu açıdan *ethica*, *economica*’nın tarih öncesidir.” (Kılıçbay, 1998, s. 82)

### **SONUÇ: AHLÂKLI DEĞİL ETİKLİ!**

Etik problemler “ahlakçılık” ile aşılamaz. Bir arada yaşamaya yönelik gerçekçi bir toplumsal etik yerine, bireysel ahlâk anlayışlarını dayatma yoluna gidiyoruz. Karmaşık toplum, geleneksel ahlâkî kodlarla işleyemez. Küresel sıkıştırma, bireyleri cemaat ve kimlik arayışına geri götürmektedir. Cemaat kötü bir şey değildir; ne var ki kendi varoluşunu kendi üyelerinin üstüne kapanarak ve kendi ahlâkî doğrularını evrenselleştirmeye çalışarak modernliğin açtığı yaralar onarılamaz; aksine büyür.

Verili ahlâkî (*moral*) kodlar, bireyi değil cemaati esas almaktadır. Zihniyet dünyamız, törellik/gelenek/din tarafından çevrelenmiş ancak belli bir refleksiyonla eleştiriden geçirilerek *etik* haline dönüşmemiş bireysel ahlâklarla çevrelenmiş durumda. Yargı mensupları da bu edinilmiş bireysel ahlâkları, modern hukukun *ethosuna* üstün tutmaktadırlar.

Hukuk nedir sorusu önemlidir. Ancak bu soru, hukuk ne olmalıdır sorusundan hassasiyetle ayrılmalıdır. Hukukun ne olduğunu anlamadıkça ve tartışmaları olması gerekenler üstünden sürdürdükçe ortaya çıkan problemleri doğru teşhis etmemiz mümkün değildir. Olan üstüne yapılacak araştırmanın verileri, olması gereken için daha sağlıklı düşünmeye zemin hazırlar.

Genel olarak, özellikle hâkimin “hukuk teknisyeni” olmasından şikâyet edilerek, onun “hukukçu” mertebesine yükselebilmesi için ayrıca bir niteliğe sahip olması gerektiği söylenmektedir. Problemin kaynağı olarak da kanunun *mot a mot* uygulanması yani pozitivist yaklaşım ileri sürülmektedir. Hukuk teknisyeni, hukukun *ethosundan* habersiz kişidir. Bana göre bu yaklaşım belli ölçüde doğru olmakla birlikte, gerçeği kuşatmaktan uzaktır. Aksine

yargı, kanunu *mot a mot* uygulasa, bunca sıkıntımız olmayacak düşüncesindeyim. Uç ve istisna örnekler bir yana bırakıldığında, hakimin adalet peşine düşmek yerine uygulamakla yükümlü olduğu kanunu, uymakla yükümlü olduğu prosedürlere göre uygulaması, mevcut hukuk hayatımızdaki pek çok problemi, problem olmaktan çıkaracaktır.

Demek istediğim, sahip çıkılması gereken şey bizatihi hukukun kendisidir. Hâkimlere “adalet dağıtma” görevinin yüklenmesi biraz fazla ağır bir yaklaşım. Biz nasıl devlet yönetimini hükümdarın kişisel niteliklerinin yüksekliği gibi bir şansa bırakamıyorsak, hukuku da hâkimin etiği gibi bir şansa bırakamayız.

Bu dediklerim, hâkimin sahip olması gerektiği düşünülen niteliklerin gereksiz ya da anlamsız olduklarını düşündüğüm anlamına gelmiyor. Ne var bana göre adlî yapının neden bir türlü düzelmediğine ilişkin olarak etiğe ve felsefeye değil, yine adliyeye bakmak gereklidir. Bunun için de özellikle sosyoloji ve sosyal psikolojinin, ortaya koyduğu davranış psikolojisi, uyma ve itaat mekanizmalarına bakmak daha çok pratik fayda sağlar. Çünkü ahlâkî kodları belirleyen şey, sosyal etki ve bu etki sonucu ortaya çıkan uyma/itaat (ya da gerekçeleri ortaya çıktığı ölçüde tersi) davranışlarıdır. Bu alanlarda yapılan deneyler, bireylerin çok kısa sürelerde grup davranışını ve grupça belirlenen rolleri benimsediklerini gösteriyor. Zannedirim hakim-savcı profili ve etik meselesinin anlaşılmasında anahtar veriler, Adalet Akademisi ve staj eğitimi süreçlerinde gizlidir.

Şüphesiz biri de çıkıp akademide Dworkin'ler vardı da biz mi Herkül olamadık derse, bir sessizlik...

## KAYNAKÇA

Badiou, A. (2006). *Etik- Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme*. İstanbul: Metis.

Cevizci, A. (2002). *Etiğe Giriş*. İstanbul: Paradigma.

Cevizci, A. (2000). *Felsefe Sözlüğü*. İstanbul: Paradigma.

Dicey, A. V. (2008). Hukuk Devleti: Doğası ve Genel uygulamalar. A. R. Çoban, B. Canatan, & A. Küçük içinde, *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (s. 25-38). Ankara: Adres.

Feldman, F. (2013). *Etik Nedir?* (2. b.). İstanbul: Boğaziçi.

- Hart, H. (2000). *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*. İstanbul: Dost.
- Kılıçbay, M. A. (1998). *Economica'nın Dublörü Ethica. Doğu Batı* (4).
- Kübler, F. (2009). *Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği*. H. Tepe içinde, *Etik ve Meslek Etikleri* (s. 177-191). İstanbul: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Özcan, M. T. (2008). *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*. İstanbul: XII Levha.
- Özlem, D. (2004b). *Ahlâk Hukuku Önceler*. D. Özlem içinde, *Etik - Ahlâk Felsefesi* (s. 201-224). İstanbul: İnkılap.
- Özlem, D. (2004a). *Etik- Ahlâk Felsefesi*. İstanbul: İnkılap.
- Supiot, A. (2008). *Homo Juridicus*. Ankara: Dost.
- Topuzkanamış, E. (2014b). *Hukuk ve Bireyi Anlamak Üzere Notlar. DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağam)*, 14 (Özel Sayı), 4903-4915.
- Topuzkanamış, E. (2014a). *Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanı Dayanakları* (2. b.). İstanbul: XII Levha.
- Topuzkanamış, E. (2012). *Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite. DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 253-274.
- Uzun, E. (2014). *Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi.
- Yüksel, M. (2011). *Hukuk Sosyolojisi Yazıları*. Ankara: Siyasal.
- Zelyut Hünler, S. (2005). 'Hukuk Nedir?' Sorusu. *HFSA* (11), s. 39-41.