

TOPLUM VİCDANININ YARGILAMADAKİ ROLÜ

NESLİHAN ÖZELER

TARAFINDAN

YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE

SUNULAN TEZ

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EYLÜL 2015

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Zeki Salih ZENGİN

Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans/Doktora derecesi için gereken tüm şartları sağladığımı tasdik ederim.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Anabilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Prof. Dr. Ali Şafak BALI

Danışman

Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Ali Şafak BALI (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İNTİHAL

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı :

İmza :

ÖZET

TOPLUM VİCDANININ YARGILAMADAKİ ROLÜ

Özeler, Neslihan

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Bölümü

Tez Yöneticisi: Prof. Dr. Ali Şafak Balı

Eylül 2015, 102 sayfa

Bu çalışmada temel alınan düşünce, toplum ve hukuk arasındaki ilişkinin, toplum vicdanı kavramı üzerinden incelenmesi ve hukukun, toplum vicdanı ile uyum içerisinde olma zorunluluğunun vurgulanmasıdır. Bunun için öncelikli olarak vicdan kavramının belirlenmesi gerekmektedir. Binlerce yıllık geçmişe ve birikime sahip olan vicdan kavramı değişik yaklaşımlarla ele alınmıştır. Bu yaklaşımlarda vicdan esas olarak bireysel boyutta açıklansa da, insanların bir arada yaşama zorunluluğu, toplum vicdanı olgusunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkarmıştır. Vicdan, hukuk ile yakından ilişkili bir kavram olma niteliği taşımaktadır. Ancak, tarihsel gelişim süreci içerisinde bu ilişkinin olumsuz yönde değiştiği, hukukun öncelikli amacının adaleti sağlama olduğu düşüncesinin göz ardı edilerek, hukukun "toplumu düzenleyen kurallar" tanımının içine hapsedildiği görülmektedir. Bunun sonucunda da toplum vicdanı ile hukuk arasında olması gereken uyumlu düzen bozulmuştur. Toplum vicdanı ile hukukun uyumu, adalet inancı kuvvetli ve sağlıklı bir toplum için mutlak bir öneme sahiptir. Bu önemi vurgulama amacı taşıyan çalışmamızda, hukuk ve toplum vicdanı arasındaki ilişkinin en belirgin şekilde mahkemelerin vermiş olduğu kararlar ve bu kararlara karşı toplumun gösterdiği tepkinin incelenmesi suretiyle anlaşılacağı düşüncesinden hareket edilmiştir. Bu sebeple konu, öncelikle teorik boyutlarıyla ele alınmış, sonrasında ise mahkeme kararları ve bu kararlara verilen tepkiler neticesinde yargılamada toplum vicdanının yeri ve önemi gösterilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vicdan, hukuk, toplum, toplum vicdanı.

ABSTRACT

THE ROLE OF PUBLIC CONSCIENCE ON JUDGMENT

Özeler, Neslihan

LL.M, Department of Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Ali Şafak Balı

September 2015, 102 pages

The main idea of this study is to emphasize the relation between society and law in the context of public conscience and the necessity of the harmony of law and public conscience. Therefore it is important to clarify the term of “conscience”. Conscience, which has thousands of years of history and accumulation, has been handled by various approaches. Within these approaches the term of conscience is handled using individualistic aspect. However the requirement of living together as a society has revealed the term of “public conscience”. Conscience has a close relation with law. However, in historical process this relation has been damaged and the purpose of ensuring justice, which is the primary purpose of law, has been neglected and law has been confined within the definition of “the rules regulating society”. The harmony of law and the public conscience is so important for a peaceful society. In this study this importance is clarified using precedents and the public reaction against these precedents.

Key Words: Conscience, law, society, public conscience

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

VİCDAN VE HUKUK

I. VİCDAN KAVRAMI	3
A. Kavram ve Tanım	3
B. Vicdan Kavramına Teolojik Yaklaşımlar	5
1. İslamiyet	5
2. Hıristiyanlık	7
C. Vicdan Kavramına Psikolojik Yaklaşımlar	9
D. Vicdan Kavramına Felsefi Yaklaşımlar	13
1. Joseph Butler: "En yüksek akli/ahlaki otorite" olarak vicdan	15
2. Immanuel Kant: "Ödev duygusu" olarak vicdan	17
3. Shaftesbury/Hutcheson/Hume: "Ahlaki duygu" olarak vicdan	21
II. TOPLUM VİCDANI KAVRAMI	24
A. Toplum	25
B. Durkheim'in Kolektif Bilinç Kavramı	25
C. Ortak Akıl (Common Sense) Kavramı	28
III. TOPLUM VİCDANI VE HUKUK	34
A. Hukukun Felsefi Gelişim ve Değişimi (Etik Değer Olarak Hukuk)	34
B. Hukukun Sosyolojik Gelişimi ve Değişimi (Sosyal Olgular Olarak Hukuk)	39

İKİNCİ BÖLÜM

YARGILAMA VE TOPLUM VİCDANI İLİŞKİSİ

I. YARGILAMANIN BİR ÖĞESİ OLARAK VİCDANI KANAAT	45
A. Genel Olarak	45
B. Vicdani Kanaatin Anayasalarımızdaki Anlamı	47

C. Vicdani Kanaatin Yargılamadaki Yeri	50
II. YARGI KARARLARINDA TOPLUM VİCDANI	54
A. AİHM Kararlarında Toplum Vicdanı.....	55
1. Lautsi ve Diğerleri v. İtalya Kararında Toplum Vicdanı	55
a. Davanın Konusu	55
b. Tarafların İddiaları	55
c. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar	56
d. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi.....	57
2. Bayatyan v. Ermenistan Kararında Toplum Vicdanı.....	58
a. Davanın Konusu	58
b. Tarafların İddiaları	59
c. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar	60
d. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi.....	61
B. Türkiye'deki Yargı Kararlarında Toplum Vicdanı	62
1. Yargıtay'ın Toplum Vicdanını Göz Önünde Bulundurduğu Karar Örnekleri	63
2. N.Ç. Kararında Toplum Vicdanı	66
a. Davanın Konusu	66
b. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar	67
ba. Mahkemenin Rızanın Varlığına İlişkin Tespitinin Değerlendirilmesi	69
bb. Mahkemenin İyi Hal İndirimine İlişkin Tespitinin Değerlendirilmesi	71
c. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi	72
3. Münevver Karabulut Kararında Toplum Vicdanı	75
a. Davanın Konusu	75
b. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar	77
c. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi	77
ca. Yargılama Sürecinde Yaşananlar.....	77
cb. Dava Sonucunda Verilen Kararın Değerlendirilmesi.....	81
SONUÇ	89
KAYNAKÇA.....	90
EK.....	99

KISALTMALAR

ACM	: Ağır Ceza Mahkemesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
DTCF	: Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi
E	: Esas Numarası
Ed	: Editör
ET	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
K	: Karar Numarası
KMÜ	: Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi
s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
ss.	: Sayfa Sayısı
T	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurul

GİRİŞ

İnsanların bir arada yaşama zorunluluğunun kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkan hukukun öncelikli amacının, toplumsal yaşamı düzenlenmek olduğu kabul edilmektedir. Ancak, esas gayesi adaleti sağlamak olan hukukun, toplumsal hayatı düzenleme fonksiyonu, adil bir düzene ulaşma amacının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Yani, hukukun varlık sebebi toplumun belirli bir düzen içerisinde değil, adaletli bir düzen içerisinde yaşamasını sağlamaktır. Bunun kabulü, toplumun adalet anlayışının hukukla ne denli iç içe olduğunun anlaşılması açısından son derece önemlidir. Bu çalışmada, toplumun adalet anlayışı ile hukukun ilişkisi, toplum vicdanı kavramı üzerinden ele alınacak ve bu ilişkinin önemi, hukukun uygulanması sürecinde toplum vicdanının göz önünde bulundurulması gerekliliği üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde esas olarak üzerinde duracağımız konu vicdan kavramıdır. Bu kavram tarihsel süreçte çok farklı yaklaşımlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yaklaşımların her biri kavramın tam olarak anlaşılabilmesi için önemli olmakla birlikte, felsefi açıklamalar üzerinde daha fazla durulacaktır. Çoğunlukla, vicdanın akıl ve ahlak ile olan ilişkisi üzerinde yoğunlaşan felsefi yaklaşımlarda vicdanı sırasıyla, en yüksek akli/ahlaki otorite, ödev duygusu ve ahlaki duygu olarak ele alan düşünürlerin görüşleri, diğer filozofların görüşleriyle de karşılaştırılarak açıklanacaktır. Felsefi yönüyle açıklanacak vicdan kavramından toplum vicdanı kavramına geçilerek, konunun sosyolojik olarak ele alınması sağlanacaktır. Birinci bölümün son kısmında ise hukuk, vicdan ve toplum vicdanı ilişkisi ile onun tarihsel süreçte geçirdiği değişim ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümüne, vicdan kavramının yazılı hukukumuzdaki görünüşü olan vicdani kanaat kavramı ile giriş yapılacaktır. Bu bölümde amaçlanan, hukuk ve toplum vicdanı ilişkisini, hukukun uygulanması sürecinde mahkeme kararlarının incelenmesi suretiyle açıklamaktır. Bu nedenle, AİHM ve Yargıtay tarafından verilmiş ve toplum vicdanının mahkeme kararlarına hangi şekilde yansımaları gerektiğinin anlaşılabilmesi için olumlu olarak nitelendirilebileceğimiz bazı kararlara değinilecektir. Sonrasında ise, hukuk ve toplum vicdanı ilişkisinin tarihsel süreç içerisinde olumsuz yönde değiştiği düşüncesine paralel olarak, ülkemizde gündemi uzun süre meşgul etmiş ve toplum vicdanına aykırılığından bahisle kişilerin adalet mekanizmasına olan güvenini zedelemiş iki önemli olay olan N.Ç ve Münevver Karabulut kararları incelenecektir.

Kararlar analiz edilirken, bilimsel çalışmalara olduğu kadar gazete haberleri ve köşe yazılarına da değinilecektir. Ayrıca, toplumun kararlara ilişkin kanaatinin gösterilmesi açısından, Münevver Karabulut davası ve dava sonucunda verilen kararla ilgili yapılan anket çalışmasının verilerine de başvurulacaktır. Bu şekilde, hukukun toplum vicdanıyla uyum içerisinde olması ve toplum vicdanının hukukun uygulanması sürecinde göz önünde bulundurulması gereken esaslı bir unsur olduğu hususu vurgulanmaya çalışılacaktır.

TOPLUM VİCDANININ YARGILAMADAKİ ROLÜ

BİRİNCİ BÖLÜM

VİCDAN VE HUKUK

I. VİCDAN KAVRAMI

A. Kavram ve Tanım

Vicdan kelimesi etimolojik kökeni itibariyle bakıldığında Arapça "vecede" fiil kökünden türemiş bir dil sembolüdür. Bu fiilin mastar kalıbı olan "el-vucud" beş duyu organı aracılığıyla bulma anlamına gelmektedir¹. Bir şeyin fiziksel özelliklerini algılama, bir isteğin ya da ihtiyacın giderilmesi, üzüntülü ya da öfkeli olma hali, bir kimseye duyulan aşırı sevgi ve ilgi durumlarının hepsi "vecede" fiilinden türetilen kelimelerle anlatılmaktadır. Bu fiilden türeyen vicdan kelimesi de Arapça'da, Türkçe'de olduğundan daha geniş bir anlama sahiptir².

Arapça kökenli olan, bulma, bir şeyi bir halde görme, duyma, duygu, kendinden geçme, dalma³ ya da çok güçlü duygu veya duyarlık, yoğun hissiyat, ekstaz⁴ olarak tanımlanan vicdan, felsefe sözlüklerinde ise, doğru ile yanlış ayırt etmeye yarayan bir yeti ya da duygu olarak ifade edilmiştir⁵. Kelimenin İngilizce ve Fransızcadaki karşılığı aynı kelime, *conscience* olmakla beraber, Arapçadaki anlamıyla eşleşen kelime, bilinç olarak çevrilen *conscious* kelimesidir. İngilizcedeki bilinç ve vicdan kelimeleri arasındaki bu benzerlik *Bewusstsein* (bilinç) ile *Gewissen* (vicdan) kelimeleri ile Almandada da

¹ **Kasapoğlu**, Abdurrahman, "Kuran'a göre Vicdanın Kaynağı ve İşlevleri", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 18, Yıl 2003, s.131; **İmamoğlu**, Abdulvahit, "Vicdan Kavramının Psiko-Sosyal Tahlili", *Akademik İncelemeler Dergisi*, Sayı 1, Cilt 5, Yıl 2010, s. 128.

² Kasapoğlu, s.131.

³ **Develioğlu**, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara, 1988, s.1383.

⁴ **Nişanyan**, Sevan, *Sözlerin Soyağacı Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, İstanbul, 2007, s. 508.

⁵ **Güçlü**, Abdülbaki/**Uzun**, Erkan/ **Uzun**, Serkan/ **Yolsal**, Ümit Hüsrev, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara, 2003, s.1536; **Cevzeci**, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul, 2000, s. 983.

mevcuttur⁶. Yani vicdanın Arapçadaki anlamının lâfzî karşılığı bilinçtir(bulunç). Dolayısıyla, kalbin sesi olarak düşünülen vicdanın kelime anlamının kalpten ziyade akılla daha yakın bir ilişki içerisinde olduğu savunulabilir.

Vicdan kelimesinin öz Türkçe karşılığı ise törel bilinç olarak belirlenmiştir⁷. Erich Fromm'un *Kendini Savunan İnsan* adlı eseri Türkçe'ye çevrilirken vicdan kelimesi yerine bu kavram tercih edilmiştir⁸. Bu eserde ayrıca törel bilinç, yetkeci (otoriter) ve insancı (hümanist) törel bilinç olarak ikiye ayrılmıştır. Otoriter törel bilinç, dışsal emir ya da kuralların içselleştirilmiş şeklidir. İnsancı törel bilinç ise her insanda var olan, dışsal faktörlerden bağımsız, "insanın içindeki kendisine ilişkin bilgi yani yaşama sanatındaki başarı ya da başarısızlığın bilgisi" olarak tanımlanmıştır⁹. Fromm'un yaptığı bu ayırım aynı zamanda vicdanı, sosyal kanunlarla bir tutan ve onun kişide yerleşmiş şeylerin doğurduğu inançlardan ibaret olduğunu söyleyen teori ile vicdanı mutlak, değişmez ve ebedi bir kanun olarak tanımlayan temel iki teoriye¹⁰ işaret etmektedir.

Etimolojik olarak yaygın biçimde kalbin ya da aklın sesi olarak tanımlanmakta olan vicdan kavramının epistemolojik açıdan ise, doğru ile yanlış yargılaması yapan bir kontrol mekanizması olduğu söylenebilir. Bu mekanizma tarih boyunca teolojik ve felsefi çeşitli yaklaşımlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Tahmin edilebileceği gibi ilk ve en önemli olanları teolojik yaklaşımlardır. Sonrasında ise özellikle sistematik Batı Felsefesi tarihi boyunca, rasyonalitenin de gelişmesiyle vicdana daha seküler bir nitelik kazandırılmaya çalışılmıştır. Vicdan konusundaki farklı yaklaşımlara değinmek, "toplum vicdanı" kavramının anlaşılması ve bir teorisinin oluşturulmasında atılması gereken ilk adımı oluşturmaktadır.

Çağımızda vicdan kavramıyla ilgili en önemli çalışma Amerikalı felsefe profesörü Thomas Hill tarafından yapılmıştır. Hill, *Human Welfare and Moral Worth: Kantian Perspective* adlı eserinin bir bölümünü vicdan kavramına ayırmış ve burada vicdanı dört farklı yaklaşımla incelemiştir¹¹. Bunlardan ilki vicdanı, ahlaki doğruya ulaştıran ilahi bir içgüdü olarak kabul eden teolojik yaklaşımdır. İkinci yaklaşım ise vicdanı toplum tarafından oluşturulan normların içselleştirilmiş hali olarak kabul eden ve vicdana aşırı rölatif ancak bir o kadar da seküler nitelik kazandıran yaklaşımdır. Hill üçüncü ve

⁶ **McHugh**, P.J, "Conscience", http://tere.org/assets/downloads/secondary/pdf_downloads/ALevel/... E.T: 26.12.2014, s.1.

⁷ **Akarsu**, Bedia, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 6. Baskı, s. 178. Akarsu, önsözde öncelikli amacın terimlere Türkçe karşılık bulmak olduğunu ifade etmiştir.

⁸ **Fromm**, Erich, *Kendini Savunan İnsan*, Çev. Necla Arat, İstanbul, 1994.

⁹ Fromm, s. 143 vd.

¹⁰ **Bertnard**, Alexis, *Ahlak Felsefesi*, Çev. Salih Zeki, Sadeleştiren Hayrani Altıntaş, Ankara, 2001, s. 27.

¹¹ **Hill**, Thomas, *Human Welfare and Moral Worth Kantian Perspectives*, Oxford, 2008.

dördüncü yaklaşım olarak İngiliz felsefeci ve din adamı Joseph Butler ve Kant'ın vicdan anlayışını işlemiştir.

Yine vicdan anlayışı üzerine yapılan bir başka çalışmada, vicdan kavramına ilişkin açıklamaların üç teoride sınıflandırılabilceği belirtilmiştir¹². Bunlar en genel şekliyle bilgi, motivasyon ve tefekkür (reflection) teorileridir. Yani vicdan ya bize bir şeylerin bilgisini verir (teolojik açıklamalar bu gruba dâhildir) ya bizi belirli bir davranışta bulunmaya yönlendirir ya da ahlaki meselelerde daha derin düşünmemizi sağlar. Bu üç teori birbirini dışlamaz aksine tamamlar sadece ehemmiyet verdikleri konu farklıdır¹³.

Bu çalışmada da genel kuraldan ayrılmayarak ilk önce vicdana teolojik olarak yaklaşılacak sonrasında ise kavram sosyolojik, psikolojik ve felsefi olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

B.Vicdan Kavramına Teolojik Yaklaşımlar

Bu yaklaşıma göre vicdan, yaratan tarafından her insana bahşedilmiş, ancak akıl aracılığıyla yapılan yargılamalardan farklı olarak içgüdüsel ya da sezgisel olarak yönetilen, yanılmaz bir rehberdir¹⁴. Teolojik yaklaşımda genellikle vicdanın yanılmaz olduğu kabul edilir, ancak insanlar onu yorumlarken yanılabilirler¹⁵. Dolayısıyla yanlış bir harekette bulunan kimse vicdanını tam olarak dinlememiş sayılır. Eğer vicdan dinlenilirse yanlış davranma olasılığı ortadan kalkar. Bu açıklamalar tüm semavi dinler için ortak olmakla birlikte bazı önemli ve ayırıcı hususlara değinilmesi açısından İslamiyet ve Hıristiyanlık ayrı olarak ele alınacaktır.

1. İslamiyet

Vicdan kelimesi terim olarak Kuran'da yer almamaktadır ancak, mefhum yani kavramsal olarak hem Kuran hem de hadislerde geçmektedir¹⁶. Örneğin Şems suresinde her nefse fucur ve takva yeteneğinin verildiği¹⁷ ve yine aynı surede "nefse fenalığı ve iyiliği ilham edene and olsun ki" ayetinin vicdanı kastettiği belirtilmiştir¹⁸. Bununla birlikte

¹² **Wood**, Allen, "Kant on Conscience", <http://web.stanford.edu/~allenw/webpapers/KantOnConscience.pdf>, E.T: 26.12. 2014.

¹³ **Wood**, s.1.

¹⁴ **Hill**, (2008), s. 283-284.

¹⁵ **Gaus**, Gerald, "Private and Public Conscience", <http://www.gaus.biz/Conscience.pdf>, E.T: 03.01.2015, s. 3.

¹⁶ **Bilgiz**, Musa, *Kuran Açısından Vicdan ve Değeri*, İstanbul, 2007, s. 13.

¹⁷ **Bilgiz**, s. 29.

¹⁸ **İmamoğlu**, s. 131.

Kuran ayetlerinin bazı çevirilerinde vicdan kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Tevbe suresinin 118. ayetinin Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yapılan çevirisinde, "Yeryüzü bütün genişliğine rağmen onlara dar gelmiş, vicdanları da kendilerini sıktıkça sıkılmış" denilmek suretiyle vicdan kavramına yer verilmiştir. Ancak ayette vicdan olarak çevrilen *enfusuhum* ifadesi yerine nefis, gönül, can, öz benlik gibi kavramların kullanıldığı da görülmektedir¹⁹. Kuran'da vicdan yerine sıklıkla kullanılan kavramlar nefis, kalp ve şuurdur. Bunlardan nefis; benmerkezci ve hazcı durumunu belirten nefis-i emmare, kendini sorgulama ve değerlendirme boyutuna nefis-i levvame, dini ve ahlaki değerlerle uyumlu en üst basamağına ise nefis-i mutmainne mertebelerine sahiptir²⁰.

Kuran'da vicdan yerine en çok kullanılan kavram nefis olmakla birlikte, her nefis kavramı vicdanı kastetmemektedir. Kuran'da geçen nefis kavramlarının hangilerinin vicdana karşılık geldiği ayetin anlamına bakılarak tespit edilmiştir. Buna göre, "Allah'ın ilham ettiği nefis" vicdan yerine kullanılmış kavramlardan biridir. Şems suresinde geçen, nefse isyan ve itaatin ilham edilmesi, insanda doğuştan gelen iyiyi ve kötüyü ayırt etme yeteneğini kastetmektedir. Bunun haricinde Kıyamet suresinde geçen nefis-i levvame yani, "kendisini kınayan nefis" de işlevlerini yerine getirirken ortaya koyduğu duygusal aktiviteye işaret edilerek vicdan anlamında kullanılmıştır. Yukarıda bahsi geçen Tevbe suresindeki "sıkılan, daralan nefis" kişinin ödev ve sorumluluğunu yerine getirmediğinde oluşan vicdan azabını anlatmak için kullanılmıştır²¹.

Kuran'da, nefis haricinde vicdan kavramını karşılayacak şekilde kullanılan bir diğer kelime de kalptir. Kalp kelimesinin, biyolojik olarak bir organdan ziyade akıl, ilim sahibi olma manasıyla kullanıldığı belirtilmektedir²². Zira vicdan kelimesinin hem doğu hem de batı dillerindeki sözlük anlamı da, onun kalpten ziyade akıl ile ilişkili olduğu yönündedir.

Sonuç olarak Kuran'ın vicdan anlayışına göre, her insan doğuştan iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırt edebilme yeteneği ile yaratılmıştır. Vicdan, Allah tarafından insana ilham edilmiş bir yetidir. Ancak Kuran'ın doğuştan gelen vicdan anlayışı, onun sonradan eğitim, terbiye, çevre gibi faktörlerle değişim ve ya gelişim gösterebileceği gerçeğini yadsımaz. Ayrıca, her ne kadar kalp kelimesiyle ifade edilse de, vicdanın akıldan bağımsız

¹⁹ Tevbe Suresi 118, Türkçe Kur'an Mealleri, <http://www.kuranmeali.com/ayetkarsilastirma.asp?sure=9...>, E.T: 21.07.2015.

²⁰ **Demir**, Osman, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 43, 2013, <http://www.islamansiklopedisi..> E.T: 06.08.2015, s. 101-102.

²¹ Kasapoğlu, s. 142-149.

²² Bilgiz, s. 56.

olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Örneğin, Allah'ın insana fücür ve takvayı ilham etmesi, insana iyi ve kötüyü ayırt edebilecek akıl yetisi olarak anlaşılmaktadır²³.

2. Hıristiyanlık

Vicdanın anlamı, oluşumu, fonksiyonları açısından İslamiyet ve Hıristiyanlık arasında çok büyük farklılıkların olduğu söylenemez. Ancak Batı Hıristiyan dünyasında vicdan tanımlanırken çoğunlukla, kavramın tarihsel olarak ilk defa ortaya çıkışı ve süreç içerisinde kimler tarafından nasıl kullanıldığına dair açıklamalar yapılmaktadır. Buna göre, vicdan kelimesinin karşılığı olarak ilk kez, Yunanca *synderesis* (ya da *suneidesis*) kavramı kullanılmıştır. Buradaki *sun* birlikte, *idesis* de bilme anlamına gelmektedir. Aynı şekilde kelimenin Latince karşılığı olan *conscientia* kelimesindeki *con* ve *scio* kelimeleri de "birlikte bilme" kavramının karşılığını oluşturmaktadır²⁴. *Synderesis* sözlük anlamı olarak, ahlaklılığın temel ilkelerini, müstakil düzeyler için geçerli olan doğru davranış kurallarını doğrudan ve aracısız olarak, yanılığa düşmeden idrak etme yatkınlığı, eğilim veya yeteneği şeklinde tanımlanmıştır²⁵. Eski Ahitte vicdan kavramı, Kuran'da olduğu gibi terimsel olarak yer almamış ancak, kavramın karşılığı olarak kalp kelimesi kullanılmıştır. Yeni Ahit'te ise *synderesis* kavramı özellikle ilk Hıristiyan misyoner olarak bilinen Aziz Paul tarafından kullanılmıştır²⁶. *Synderesis* ile vicdan arasındaki ayrımı ilk olarak Thomas Aquinas yapmıştır. Ona göre, *synderesis*in yanılmazlık özelliğine karşın, vicdan ahlaki ilgilendiren tek tek durumlar için neyin doğru neyin yanlış olduğu üzerinde kafa yormaya, düşünüp taşınmaya dayandığı için bir yanılma payı içerir²⁷. Sonuç olarak, "doğru olanı yap" gibi doğal ve doğrudan ilkeler koyan *synderesis* karşısında vicdani yargılama, sezgiyle kavranmış bilginin uygulanmasını ifade etmektedir²⁸.

Vicdan kavramı Hıristiyan literatüründe farklı bir şekilde işlenmiştir. Vicdanın, Tanrı'nın içimizdeki sesi olarak tanımlandığı skolâstik çağda²⁹ bazı çetrefilli durumlarda nasıl davranılacağına ilişkin kurallar bulmanın zorluğu ve zorunluluğu karşısında vicdan davaları (*cases of conscience*) denilen bir kavramla birlikte *kazuistri* bilimi geliştirilmiş ve

²³ Kasapoğlu, s. 154-155.

²⁴ **Hakh**, Samuel Benyamin, "The Conscience According to Paul", <http://www.biblicaltheology.com...>, E.T: 25.02.2015, s. 2.

²⁵ Cevizci, s. 893.

²⁶ **Meadors**, Gary T., "Conscience", <http://www.biblestudytools.com/dictionaries/bakers-evangelical...>, E.T: 21.07.2015.

²⁷ Güçlü/Uzun/Uzun/Yolsal, s. 1375.

²⁸ **Shytov**, Nikolaevich Alexander, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, The Netherlands, 2001, s. 34.

²⁹ İmamoğlu, s. 129.

vicdan çok uzun süre kilise tarafından hukukun uygulanmasında kullanılmıştır. Günümüzde, özellikle anayasa çeşitlerini sınıflandırılırken, uzun ve ayrıntılı anayasa metinleri için kullanılan bir terim olan *kazuistri* kelimesi, temelini skolâstik çağın kilise yargılamalarından alır³⁰. Latince *case* anlamına gelen *casus* kelimesinden türeyen *kazuistri*, Anglo Sakson hukukunun dava temelli olay çözümünü esas alan *case law* sisteminin de çıkış noktasını teşkil eder³¹. *Kazuistri* öncelikle, belirli davalar ile genel ahlaki ilkeler arasında ilişki kurmaya yarayan sanat ya da bilim, ikinci olarak ise sofistike, tartışmalı, yanıltıcı muhakeme anlamlarına gelmektedir³². Daha açık bir ifadeyle, belli durumlarda törebilimsel açıdan nasıl davranılacağını bütün ayrıntılarıyla saptayan Hıristiyan skolâstik törebilimi dalıdır³³. Böylece, karşılaşılması muhtemel vicdani sorunların nasıl çözüleceği tek tek kurallarla belirlenmeye çalışılmıştır.

Kazuistri yönteminin kökleri antik çağda, Yunan ve Roma toplumlarında aranmaktadır. Yunan felsefesinde başlangıç noktası olarak Aristoteles'in teorik ve pratik bilgi ayrımı gösterilmektedir. Aristoteles bilgiyi üçe ayırmaktadır. Bunlardan ilki *episteme*, bilimsel, evrensel ya da ilkesel, yani teorik bilgidir. İkincisi *phronesis*, pratik bilgelik anlamına gelir ve belirli durumlarda nasıl davranılması gerektiği ile ilgili bilgidir. Üçüncüsü ise *techne*, yani yaratıcılık ile ilgili bilgidir. *Episteme* ve *phronesis* arasında yapılan bu ayırım ilkesel hukuk ve dava temelli hukuk için bir başlangıç noktası oluşturmaktadır³⁴. Aslında ne Aristoteles ne de başka bir Yunan filozofu terimsel bir kazuistik yöntemden bahsetmemiştir. Hatta Aristoteles'in eserlerinde vicdan kavramına da rastlanmamıştır. Bunun yerine Aristoteles ve Platon'un ahlak felsefesinde merkeze, basiret (*prudence*) kavramı alınmıştır³⁵. Ancak, genel teorik ilkelerle spesifik olay ve durumların tam manasıyla aydınlatılamayacağını söyleyen Aristoteles dava temelli, olaycı *kazuistriye* girişin sinyallerini vermiştir³⁶. Nasafet ilkesi üzerinde durarak genel ve soyut nitelikli adalet ilkelerinin her duruma uygulanmasının haksızlıklara yol açacağını söylemiş, dağıtıcı

³⁰ Kanunların, ilkelere değil olabildiğince her çeşit olayın özelliklerine göre ayrıntılı olarak hazırlanış biçimidir. Ancak hem her somut olay için bir çözüm bulmanın imkânsızlığı hem de uygulayıcıyı fikir ve araştırma tembelliğine sevk etmesinden ötürü kullanılmaması gereken bir yöntem olarak kabul edilmektedir. **Şener**, Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2001, s. 438.

³¹ Casuistry, <http://en.wikipedia.org/wiki/Casuistry>, E.T: 20.01.2015.

³² **Sommerville**, P. Johann, "The New Art of Lying: Equivocation, Mental Reservation, and Casuistry", *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*' un içinde, Ed. Edmund Leites, Cambridge, 2002, s. 159.

³³ **Hançerlioğlu**, Orhan, *İnanç Sözlüğü*, İstanbul, 1975, s. 306.

³⁴ **Jonsen**, Albert R- **Toulmin**, Stefan, *The Abuse of Casuistry A History of Moral Reasoning*, California, 1989, s. 26.

³⁵ Shytov, s. 33.

³⁶ Jonsen/ Toulmin, s. 48.

ve denkleştirici adalet kavramlarını savunmuştur³⁷. Ona göre hukuk değişmeyen evrensel doğruyu bulmayı amaçlamaz, o özünde pratik bir faaliyettir, topluma göre belirlenmesi gerekir, bu yönüyle de yaratıcı ve değişken bir özellik arz eder³⁸.

14. ve 16. yüzyıl arasında uygulanan kazuistik yöntem 17. yüzyılda da en parlak dönemini yaşamış, ancak bu tarihten sonra önemini kaybetmiştir. 17. ve 18. yüzyılda da ahlak anlayışı değişmiş ve vicdan artık *kazuistri* içinde değerlendirilmemiş, akıl ve ahlaki duygu arasındaki yeni bir bağın varlığıyla da *kazuistri* metruk hale gelmiştir³⁹. Ancak, *The Abuse of Casuistry A History of Moral Reasoning* isimli kitabın 1988 yılında Amerika'da yayımlanmasından sonra *kazuistri* deyim yerindeyse yeniden doğmuş ve özellikle tıp etiği konusunda örneğin; kürtaj, Yehova Şahitlerinin kan transfüzyonunu ve genel olarak tedavinin reddi, vicdani ret ve ötenazi gibi konularda büyük önem kazanmıştır⁴⁰.

C. Vicdan Kavramına Psikolojik Yaklaşımlar

Vicdan kelimesi psikoloji sözlüğünde "yapılan ve düşünülen eylemlerin doğru veya yanlış olduğuna karar veren içselleştirilmiş ahlaki ilkeler toplamı" olarak tanımlanmıştır⁴¹. Salt tanımdan yola çıkıldığında içselleştirilmiş ahlaki ilke tabirindeki içselleştirmenin, dışarıdan gelen ilkelerin varlığına delalet edeceği aşikârdır. Dolayısıyla teolojik yaklaşımdaki bahsedilen bir yeti olan vicdan anlayışından ayrılmış bulunmaktayız. Buna göre bu yaklaşımda açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus vicdanın doğuştan var olan ya da sonradan kazanılan bir yeti olduğu sorunudur.

Teolojik yaklaşım vicdanın, doğuştan gelen bir yetenek olduğunu söylemektedir. Buna göre vicdan, her insanın sahip olduğu ilahi bir lütuftur. Yine, teolojik temele dayanmadan vicdanın doğuştan var olduğunu söyleyen ve felsefi yaklaşım başlığı altında inceleyeceğimiz görüşler de bulunmaktadır. Bunlar genel olarak, ahlak-akıl ilişkisini sorgulayarak insanın ahlak ilkelerine sahip olarak dünyaya geldiğini söyleyen, Descartes, Kant gibi düşünürlerce dile getirilmiştir⁴². Teolojik ve felsefi olarak vicdanın doğuştan geldiğini savunan görüşlerin dışında, sosyolojik ve psikolojik yaklaşımlar ise onun sonradan, toplum yaşamında ve eğitim aracılığıyla kazanıldığını söylemektedir. Durkheim,

³⁷ **Güriz**, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2014, s. 161.

³⁸ **Furtun**, Ayşen, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul, 2013, s.15.

³⁹ **Kittsteiner**, H.D, "Kant and Casuistry", *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*' un içinde, Ed. Edmund Leites, Cambridge, 2002, s.185-190.

⁴⁰ **Tomlinson**, Tom, "Casuistry in Medical Ethics: Rehabilitated or Repeat Offender", *Theoretical Medicine*, Vol. 15, Year 1994, www.msu.edu..., E.T: 06.08.2015, s. 5.

⁴¹ **Budak**, Selçuk, *Psikoloji Sözlüğü*, Ankara, 2005, s. 806.

⁴² **Topçu**, Nurettin, *Ahlak*, İstanbul, 2012, s. 142.

Spencer, Locke gibi filozofların yaklaşımları, vicdanı bireysel değil kolektif şuurun bir yansıması olarak görmeleri⁴³ bakımından, sosyolojik görüşlere örnek olarak gösterilebilir.

Vicdan kavramına psikolojik yaklaşımda öncelikle, sosyal psikoloji alanındaki çalışmalarıyla tanınan Erol Güngör'ün görüşlerine değinilecektir. Doğuştanlık savına karşı olan Güngör, ilk olarak, vicdanın oluşumunda kişinin belirli bir olgunluk seviyesine ulaşması gerektiğini söylemektedir. Ona göre, çocuklarda vicdan bulunmamaktadır. Çocukta, davranışlara karşı gösterilen olumlu ya da olumsuz tepkiler ve aldığı eğitim, vicdanın oluşumunu sağlamaktadır⁴⁴. Burada kişinin hayatı boyunca başkalarının vereceği tepkilere göre davranışta bulunacağı kastedilmemektir. Kişi zihinsel olarak olgunlaşmaya başladıkça -ki Güngör bunun 7 yaşından itibaren başlayacağını söyler- davranış kurallarını sistemsel olarak içselleştirir ve kendi iç kontrol mekanizmasını oluşturur. Ancak çocuğun gözlemlediği davranış kalıplarının iç dünyasındaki duygularla bir araya gelerek oluşturduğu iç denetim mekanizmasının nasıl meydana geleceğinin tam olarak bilinmesi mümkün değildir⁴⁵.

Güngör'e göre ahlak ile psikolojinin ortak alanı şuur ya da ahlaki şuurdur. İnsanı ahlaklı davranmaya iten güç işte bu ahlaki şuurun ahlaki vicdana dönüşmesidir⁴⁶. Ahlaki şuur iyiyi kötüden ayırt edebilecek ölçütlere sahip olma durumudur. Fakat bu ölçütler tek başına ahlaklı davranmayı gerektirmez. Bu ahlaki bilgi ve ölçütlere eklenen bir duygu, insanı ahlaklı davranmaya iten kuvveti yani, vicdanı oluşturur. Ayrıca, vicdanın çok büyük bir yaptırım gücüne sahip olduğunu ifade eden Güngör'e göre, onun yanlış değerlendirmeler yapabilme ihtimali her zaman mevcuttur. Hâkimin, kanunlara göre karar verme durumunda olması gibi kişi de kendi sahip olduğu ölçütlere göre karar verdiğinden, bu ölçütlerin yanlış olması ya da kişinin farklı ahlaki tutarsızlar göstermesi neticesinde vicdan yargılamasının hataya düşmesi mümkündür⁴⁷.

Vicdan konusuna değinen bir diğer önemli düşünür psikanalizimin kurucusu Freud'tur. Freud vicdanı, kurmuş olduğu şahsiyet teorisinde süper ego ile özdeşleştirmektedir. Buna göre insanın hayvani isteklerini temsil eden idin istekleri toplum, ahlak gibi etkenler tarafından dizginlenir. Bu dizginlemeyi yapan süper ego, yani vicdandır. Burada id ve süper ego sürekli bir çatışma halindedir. Bu çatışma ne kadar

⁴³ İmamoğlu, s. 132.

⁴⁴ **Güngör**, Erol, *Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak*, İstanbul, 1995, s. 59.

⁴⁵ **Türkben**, Yaşar, "Erol Güngör'ün Vicdan Anlayışı", *A.Ü. Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, Sayı 42, Yıl 2010, s. 329.

⁴⁶ Güngör, s. 65.

⁴⁷ Türkben, s. 330-331.

büyük olursa vicdan da o kadar kuvvetli olacaktır⁴⁸. Freud'un bu konuda ilginç bir savı bulunmaktadır. Ona göre suçluluk duygusu fazla olanların vicdanı kuvvetlidir. Yani "iyi davranışın sebebi kuvvetli bir vicdan değil, fakat kuvvetli bir vicdan iyi bir davranışın neticesidir"⁴⁹. Freud süper ego teorisiyle vicdanın kökenini açıklamaktadır ancak, süper egonun büyük bir kısmı bilinçaltı katmanında kaldığından⁵⁰ yukarıda tanım kısmında da üzerinde durulduğu üzere tamamen bilinçle alakalı olan vicdan ile bilinç dışı olan süper egonun aynı şey olmadığı iddia edilmektedir⁵¹.

20. yüzyıl Amerikan psikanalist ve sosyologu Erich Fromm da *Kendini Savunan İnsan* aldı eserinde vicdan konusunu suç, sorumluluk, korku duygularıyla birlikte analiz ederek ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. İnsanın "vicdanıma göre eylemde bulunacağım" demesinden daha gurur verici bir şey olmadığını söyleyen Fromm vicdanı, yetkeci törel bilinç yani, otoriter vicdan ve hümanist törel bilinç yani, insancıl vicdan olarak ikiye ayırmaktadır. Ona göre otoriter vicdan "içselleştirilmiş bir dış yetkenin, anne baba, devlet ya da içinde yaşanan kültürdeki başka bazı yetkelerin sesidir"⁵². Anlaşılacağı üzere Fromm, Freud' un süper ego olarak adlandırdığı şeye otoriter vicdan demektedir fakat süper egonun otoriter vicdanın ancak bir biçimi ya da başlangıç evresini oluşturduğunu söylemektedir. Bu tür vicdanın oluşmasında dış dünyadan gelen bir otorite ve bu otoriteye karşı oluşturulmuş bir korku bulunmaktadır. Ancak önemli olan her ne kadar dış kaynaklı olsa da, kuralın insanın bir parçası haline gelmesidir. Bu sebeple kurala uymak sadece yaptırım korkusundan değil kişinin kendisinin istemesi sonucu gerçekleşecektir. Dolayısıyla otoriter vicdan davranışları düzenleme konusunda otoriteye duyulan korkudan daha etkili bir hale gelmiş olacaktır. Çünkü insanın yetkeden kaçması söz konusu olabileceken kendisinden kaçması mümkün gözükmemektedir.

İnsancıl vicdan, diğerinin aksine dış dünyaya ait yaptırım ve ödüllerden etkilenmeyen ve her insanda bulunan kendi sesimizdir. İnsanın içindeki kendisine ilişkin yani, yaşama sanatındaki başarı ya da başarısızlığın bilgisidir. İnsan olarak işlevlerimizi yerine getirip getirmediğimizi yargılar. İnsancıl vicdan yaşamdaki ahlaksal deneyimlerimizin özünü içerir. Bu deneyimlerin bilgisi kendi kendimize bulduğumuz

⁴⁸ Güngör, s. 66-67.

⁴⁹ Güngör, s. 66.

⁵⁰ Freud bilinci bir buzdağına benzeterek açıklamıştır. Buna göre ego buzdağının görünen kısmını yani bilinçli olmayı temsil etmektedir. İd buzdağının en alt kısmıdır, tam olarak bilinç dışıdır. Süper ego ise buzdağının su altındaki ama yüzeye en yakın olan kısmını temsil eder. İd, Ego, Süperego, https://tr.wikipedia.org/wiki/İd,_ego_ve_süperego, ET: 24.08.2015.

⁵¹ Budak, s. 806.

⁵² Fromm, s. 144.

ilkelerin yanında başkalarından öğrenerek doğru olduklarını anlamış olduğumuz ilkelerden oluşmaktadır⁵³.

Fromm, her insanın vicdanına göre hareket etmesi halinde insanlık tarihi boyunca yaşanan acıların ortadan kalkacağını söylemektedir. Fakat insan her zaman vicdanının sesine ulaşamamaktadır. Bunun sebebi de yine kendisidir. Kişi ya vicdanının sesini görmezden gelir ya da onu başka duygularla karıştırır. İnsan kendi kendini dinlemeyi bilmediği ya da ondan kaçındığı için de vicdanın uyarılarını bir kaygı olarak duyar, fakat bu kaygının kaynağını bilemez. Bu sebeple belirsiz bir suçluluk ya da huzursuzluk duygusu duymaları mümkündür⁵⁴.

Hill'in yukarıda bahsedilen ve vicdanı sosyal normların içselleştirilmiş hali olarak kabul eden ikinci yaklaşımı, Freud'un süper ego ve Fromm'un otoriter vicdan kavramları ile benzerlik göstermektedir. Buna yakın bir biçimde davranışçı ekol, vicdanın belirli toplumsal uyarılar karşısında geliştirilen bir dizi öğrenilmiş yanıt olduğunu iddia ederken deneyci ekol onu, geçmiş deneyimlerden kaynaklanıp gelecekteki davranışları belirleyen öznel bir süreç olarak kabul eder⁵⁵. Tüm bu farklı görüşler Hill tarafından kültürel rölâivist görüş olarak adlandırılmaktadır ve vicdanın kaynağı ile işlevi konusunda önemli bilgiler vermektedir. Buna göre vicdanın kaynağı, kişinin kendisini onaylamanın bir standardı olarak içselleştirdiği yerel kültürel normlardır. Ayrıca vicdan sosyal normlara uymanın ve dolayısıyla toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından dışsal ödül ve ceza mekanizmasına bağlılığı azaltan bir işleve sahip olmaktadır⁵⁶. Bu iddialar kısmen doğru olsa da kişinin davranışlarını değerlendirme ve doğruyu bulma çabasına kaynaklık eden vicdanın bu şekilde salt toplumla oluştuğunu kabul etmek eksik bir değerlendirme olarak kalacaktır. Vicdanın toplumun değer yargılarını da eleştirebilecek bir misyon üstelenmesi kaçınılmazdır ve ayrıca gereklidir. Burada toplum içinde yaşanan mekândan ziyade kişinin dini, dili, ailesi, gördüğü eğitim gibi daha geniş bir kapsamda anlaşılabilir sonuç değişmeyecektir. Bu faktörlere ek, hatta belki de bu faktörlerin kendisine ek olacağı başka bir unsura daha ihtiyacımız vardır. Vicdanın akıl ile birlikteliğinin açık bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere bu gereksinim kısmen Butler'ın ama özellikle Kant'ın vicdan teorileriyle giderilmeye çalışılmıştır.

⁵³ Fromm, s. 157-158.

⁵⁴ Fromm, s. 160.

⁵⁵ Altan, Mehmet, *Küresel Vicdan*, İstanbul, 2012, s. 40.

⁵⁶ Hill, Thomas, *Respect, Pluralism and Justice Kantian Perspectives*, Oxford, 2000, s. 266.

D. Vicdan Kavramına Felsefi Yaklaşımlar

Vicdan, felsefe tarihi boyunca özellikle etik, yani ahlak felsefesiyle ilgilenen filozoflar tarafından sıklıkla değinilen bir kavram olma özelliğini taşımaktadır. İleri sürülen görüşlerin bir kısmı yukarıda incelenen teolojik ve psikolojik yaklaşımlarla paralellik gösterirken, özellikle modern çağın başlangıcı yani aydınlanma dönemiyle birlikte vicdan teorileri daha da rasyonel temeller üzerine oturtulmaya başlamıştır. Akıl ile vicdan arasındaki en net bağın Kant tarafından kurulduğu bir gerçek olsa da fikri temellerinin daha eskilere dayandığı söylenebilir. Vicdan kelimesi direkt olarak kullanılsa da insan ve onun erdemi üzerine değinen birçok düşüncede vicdandan bahsedildiği görülmektedir. Sokrates'in erdem ve *daimonion* kavramları ile Platon ve Aristoteles'in ve hatta Aristoteles'in felsefesini kendi teolojik felsefesiyle özümseyen Aquinas'ın basiret (*prudence*) kavramlarına bu şekilde yaklaşmak gerekir.

Sokrates tüm hayatı boyunca erdem kavramının ne olduğu üzerinde durmuş ve gerek yaşantısı, gerek kişiliğiyle bu kavramın en önemli timsali olmuştur. Sokrates erdemi kısaca tek bir kelimeyle tanımlar: Bilgi. Kişi eylemlerinde erdemli davranarak yani, bilgiye uygun hareket ederek mutluluğa ulaşır. Çünkü insanın mutlu olması kendi kendisiyle uyum içerisinde yaşamasına bağlıdır. Bu uyum da insanın hareketlerinde her zaman akli hâkim kılması ve yapması gereken ile kaçınması gereken arasında doğru bilgiye ulaşmasıyla mümkün olabilmektedir⁵⁷. Sokrates bu bilgiye ulaşmak için içindeki Tanrı'nın sesi olarak adlandırdığı *daimonion*'un kendisine rehberlik ettiğini söyler. *Daimonion* Yunanca vicdan kelimesine karşılık olarak da kullanılmaktadır. Sokrates'in hakkında verilen mahkeme kararına göre, gençlerle konuşmamayı ve felsefe yapmayı bırakmayı reddederek ölmeyi tercih etmesinde işte bu *daimonion* etkili olmuştur. Akarsu, Sokrates'in *daimonion*'unun sadece vicdan olarak anlaşılması gerektiğini söyler. Buradaki *daimonion*, *eudaimonia* yani, mutluluk ile bağlantı içerisindedir. Bunun anlaşılabilmesi için Sokrates'in erdem ve mutluluk ilişkisine daha ayrıntılı olarak değinilmesi gerekmektedir.

Sokrates'e göre erdemli olan kişi bilgiye sahip olan kişidir. Bilgi sahibi olan kimse, kendisi için neyin iyi neyin kötü olduğunu ayırt edebilir. Aynı şekilde, diğer kişilerin eylemleri üzerinde de bu ayrımı yapabilir. İyi davranışın hangisi olduğunu bilerek kötü olandan uzak durur. Bilgili ve erdemli olmak, bilgisizliğin işe karışmasına engel olur. Bu

⁵⁷ Akarsu, Bedia, "Sokrates'te Erdem Düşüncesi", *İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi*, Sayı 13, Yıl 1962, s. 60; "Bilmek ve amel etmek, ilim ve fazilet sıfatı ile aynı şeydir" Vecchio, Del Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İstanbul, 1952, s. 38.

da erdemli olmanın faydasının gerçekleşmesini sağlar: Mutluluk. Tek cümleyle ifade etmek gerekirse; erdemli kişi, bilgi sahibi olan iyi ve kötüyü birbirinden ayırabilen, bu ayırım doğrultusunda iyiyi seçip, kötüden uzak duran ve sonuçta mutluluğa ulaşan kişidir. İşte, Sokrates'in uyarıcı ses olarak ifade ettiği *daimonion*, mutluluğunu yitirmek tehlikesi içinde olan insanı uyaran sestir. Mutluluğun tehlikede olduğuna işaret edilmesi, kişinin doğru davranmadığının göstergesidir. Bu ses esas olarak iyi yapmayı değil, yanlıştan kaçınmayı emreder⁵⁸.

Vicdan kavramına açıkça yer vermese de insan değerine ve doğal hukuka yapmış olduğu katkılarla Aquinas'ın fikirlerine de yer verilmesi gerekmektedir. Aristoteles'in felsefesinden etkilenen Skolastik felsefenin en önemli temsilcilerinden olan Aquinas'ın görüşlerinin temelde teolojik olduğu kabul edilmektedir. Aquinas, insanın erdem ve kötülüğü ayırt ederken tanrının rehberliğine ihtiyaç olduğu gerçeğini öncelikli olarak savunur. Bununla birlikte her insanın aklıyla ahlaki gerçekliğe ulaşabileceğini çünkü bu gerçeğin Tanrı tarafından insana verilmiş olduğunu söyler⁵⁹. Daha açık bir ifade ile iyi ve kötüyü ayırt edebilecek kabiliyeti haiz olan insanoğlunun kötünün karşısında iyiyi seçmesi Tanrı buyruklarına itaat etmesiyle gerçekleşir. Bu sebeple Aquinas her zaman vicdanımıza uygun hareket etmemiz gerektiğini öğütler. Çünkü vicdan iletişimsel bir kategoridir ve Tanrıyla olan iletişim vicdan sayesinde gerçekleşir⁶⁰.

Farklılıklar içerse de değinilen iki görüşten yola çıkarak felsefi anlamda vicdanın merkeze insanı, insan değerini ve insan aklını aldığını görürüz. Bu şekilde örnekleri çoğaltmak mümkündür ancak bu çalışmada vicdan konusuna derinlemesine değinen ve adeta kendi vicdan teorilerini oluşturan önemli filozofların görüşleri yeri geldiğinde başka düşünürlerin görüşleriyle karşılaştırılarak ele alınmakla yetinilecek bireysel vicdan kavramından toplum vicdanı kavramına geçiş yapılacaktır. Ele alacağımız filozoflardan ilki, vicdanı en yüksek akli ve ahlaki otorite olarak tanımlayan Joseph Butler, diğeri ise, vicdanı ödev duygusu ile açıklayan Batı felsefesinin en önemli ahlak filozoflarından Immanuel Kant'tır. Sonrasında ise İskoç Aydınlanması olarak adlandırılan akımın temsilcilerinden olan ve vicdanı, ahlaki bir duygu olarak açıklayan Shaftesbury, Hutcheson ve Hume'un görüşlerine yer verilecektir.

⁵⁸ Akarsu, Bedia, *Ahlak Öğretileri I: Mutluluk Ahlakı*, İstanbul, 1965, s. 24-29.

⁵⁹ Shytov, s. 23.

⁶⁰ Shytov, s. 25.

1. Joseph Butler: "En yüksek akli/ahlaki otorite" olarak vicdan

Butler, 18. yüzyıl İngiliz ahlak felsefecisidir. Aynı zamanda bir rahip olan Butler, *Fifteen Sermons* ve *Dissertation on Virtue* adlı eserlerinde vicdana ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Butler'ın vicdan teorisinin, bir filozof ve din adamı olmasına paralel olarak, teolojik yaklaşım ile rasyonel yaklaşımı arasında bir köprü görevi üstlendiği söylenebilir. Bu yönüyle Aquinas ile benzerlik gösterse de Aquinas'ın vicdan hakkındaki görüşlerine daha çok onun ahlak felsefesi ve doğal hukuk anlayışı aracılığıyla ulaşılrken Butler, doğrudan doğruya vicdan kavramı üzerinde durmuştur.

Butler'ın felsefesinin temelinde insan doğası (*human nature*) kavramı bulunmaktadır. Buna göre, insan doğası erdemden teşekkül etmiştir. Kötü davranışta bulunmak insan doğasına aykırı olan bir davranıştır ve bu doğallıktan sapmanın bir sonucu olarak gerçekleşir⁶¹.

İnsan doğası, çok farklı bileşenleri olan bir yapıdır. Bu bileşenleri fiziki olduğu kadar manevi olarak yani, birtakım yetenekler ve prensipler olarak da algılamak gereklidir. Ancak bunların bir araya gelmiş olması yeterli değildir, önemli olan aralarındaki ilişkidir. Bu doğanın en önemli unsurları, belirli istekler, kendini sevme (*self-love*), hayırseverlik (*benevolence*)⁶² ve vicdandır. İşte, vicdan bu ilişki içerisinde en yüksek otoriteye sahip olandır⁶³. Çünkü insan doğası hayvan doğasından farklı olarak sadece arzu ve isteklerine göre hareket etmez. Bu sebeple kendini sevme ve hayırseverlik insan arzularının, vicdan ise diğer ikisinin de üzerinde yer almaktadır⁶⁴. Hill, Butler 'ın vicdan teorisini akıl yoluyla sakin bir biçimde düşünme (*reason reflecting in a cool hour*) olarak tanımlar ve bu teoriyle ilgili şu sonuçlara varır:

Vicdan, teolojik olarak desteklenmeden de tanımlanabilen Tanrı vergisi bir otoritedir. O, sadece duyulabilen gizemli bir sesten ziyade, aktif bir biçimde akli esas alan yargılamalarımızla verdiğimiz kararlardan oluşmaktadır. Vicdan, sadece hangi durumlarda nasıl davranılması gerektiğinin aşikâr olduğu ilkelerden sonuçlar çıkararak hareket etmez,

⁶¹ Sturgeon L. Nicholas, "Nature and Conscience in Butler's Ethics", *The Philosophical Review*, Vol. 85/3, Year 1976, s. 318.

⁶² Butler'ın kendini sevme ve hayırseverlik olarak ifade ettiği bu ilkeler, ahlak felsefesinde duyguculuk akımı içerisinde değerlendirilen Shaftesbury ve Hutcheson tarafından da dile getirilmiştir. Ahlaklılığın temelini "uyum içerisinde olma" şeklinde gören bu düşünörlere göre, her ikisi de tabiata uygun olan, insanın kendi çıkarlarını güden "bencil eğilimler" ile toplumun iyiliğine yönelmiş "özgeci eğilimler" arasında uyum ve dengeyi bulması gerekmektedir. Bu uyum ve dengeyi sağlayan da ahlaki duygudur. Akarsu, (1965), s. 124-126.

⁶³ Hill, (2008), s. 293.

⁶⁴ Akhtar, Sahar, "Restoring Joseph Butler's Conscience", *British Journal for the History of Philosophy*, Vol. 14/4,2 Year 2006, s. 582.

müphem durumlarda da akıl, irade sahibi ve aynı zamanda kendini sevme ve hayırseverlik ilkelerini haiz bir insanın doğasına uygun olan kararı verir. Her vicdan mutlak surette olmasa da güvenilirdir. Her zaman objektif doğru ve yanlışı göstermese de insanın ahlaki sorumluluk duygusunun önemli bir parçasını oluşturmaktadır⁶⁵.

Butler'ın, bilinçli bir düşünme sürecine yani rasyonelliğe dayanan vicdan anlayışına sahip olduğu görüşlerine karşılık, Akhtar bunun tam tersini iddia etmektedir. Buna göre, Butler vicdanın, kendisine bilinçli olarak başvurulmasa dahi sesini duyurduğunu söyler. Kişi vicdana isteyerek danışmasa dahi onun sesini duyabilir. Ayrıca Butler'ın vicdan anlayışı, Hill'in tanımladığı gibi sakin, detaylı bir düşünme sürecinden oluşmamaktadır, aksine daha ani bir karar olarak tezahür etmektedir. Akhtar'a göre, Butler'ın yargılamayı hem akıl hem de kalbin ya da duyguların ortak bir ürünü olarak tanımlaması doğrudur. Ancak ona göre Butler bu tanımlamayı sadece vicdan yargılaması için değil tüm ahlaki yargılamalar için kullanmıştır. Dolayısıyla da vicdan dışında ahlaki hüküm vermemizi sağlayan başka yargılama mekanizmaları olduğunu savunur. Akhtar, bu yargılama mekanizmalarının ne olduğu sorusuna net bir biçimde cevap vermez. Ancak vicdanı, kişinin sadece kendi davranışlarını yargılayan bir mekanizma olarak kabul ederken, başka kişilerin davranışlarını yargılayan ayrı bir yargılama sürecinden bahseder⁶⁶.

Butler vicdanın üstün otoriteye sahip olduğunu savunmuştur diyen görüşler de hem Akhtar hem de Sturgeon tarafından eleştirilmektedir. Butler, insan doğasına uygun olan davranışın sadece vicdan değil, diğer ilkelere de riayet edilerek sağlanabileceğini söylemiştir. Bu düşünce ise vicdanın üstünlüğü tezini çelişkiye sokar. Burada vicdanı Hill'in savunduğu gibi diğer ilkelere üstün olan otorite yerine, diğer ilkeleri adeta bir hukuk kuralı gibi düzenleyen bir ilke olarak algılamak gerekir⁶⁷. Butler'ın önemle vurguladığı diğer iki ilke, kendini sevme ve hayırseverlik göz önünde bulundurulduğunda vicdanın otoriteden çok dengeleyici bir role sahip olduğu düşüncesi daha kabul edilebilir gözükmektedir. Zira kendini sevme ve hayırseverlik ilkeleri, bir kimsenin kendi menfaati ile başka kişilerin menfaatini yani, iki zıt durumu temsil eder. Vicdanın da bu zıt menfaatler karşısında dengeleyici bir misyon üstlendiği kabul edilmelidir.

Butler'ın vicdan anlayışı konusunda üzerinde görüş ayrılıkları olsa da onun bir konudaki önemi üzerinde ihtilaf bulunmamaktadır. Butler, bir din adamı olmasına karşın

⁶⁵ Hill, (2008), s. 294-295.

⁶⁶ Akhtar, s. 584, 586.

⁶⁷ Akhtar, s. 587; Sturgeon, s. 320 vd.

vicdanı salt teolojik görüşlerle açıklamamış, teorisinde akla da öncelik vermiştir. İnsan doğası ya da insan erdemi üzerine kurduğu vicdan teorisinin bu sebeple önemi büyüktür.

2. Immanuel Kant: "Ödev duygusu" olarak vicdan

Kant, aynı dönemde (18. yüzyıl) yaşayan Alman ahlak felsefecisidir. Kant'ın ahlak felsefesi ödev ahlakını temel almaktadır. Buna göre, ahlaklı eylemler ödevde dayanan eylemlerdir. Doğal gereksinim ve isteklerden kaynaklanan eylemler ise ödevden kaynaklanmayan ama ödevde uygun olan eylemlerdir. Örneğin, bir satıcı sadece öyle davranması gerektiği için değil ama ticari itibarını düşünerek dürüst davrandığı zaman ödevde uygun davranır ama eylemi ödevden kaynaklanan ahlaki bir eylem değildir. Ancak gerçekten iyi niyetle, dürüst davranması gerektiği için o şekilde davranırsa bu ödevde dayanan, ahlaki bir davranıştır⁶⁸. İşte, insanın içinde belirli davranışları yapmasını, belirli davranışlardan da kaçınmasını emreden bir ödev duygusu, yani vicdan bulunmaktadır⁶⁹.

Kant öncelikle, her ahlaki varlığın (*moral agent*) vicdana sahip olduğunu söylemektedir. Hatta vicdan sahibi olma, ahlaki bir varlık olmanın ön koşuludur⁷⁰. Kant vicdanı "insanın kendini ahlak yasalarına uydurmasını sağlayan bir içgüdü" olarak tanımlamaktadır⁷¹. Buradaki içgüdü kelimesi genel kullanımından farklı bir anlam içermektedir. Kant vicdanı, akıl yürütme ya da hüküm verme gibi yetilerden ayırmak için içgüdü kelimesini kullanmıştır⁷². İyi ya da kötü şekilde hüküm verme bir yetenektir ancak bu vicdan kavramından farklıdır. Bu şekilde hüküm verme vicdan olarak kabul edilirse onun kendini başkalarıyla karşılaştırma ve ya kendini övme gibi idrak etme yeteneklerinden bir farkı olmayacaktır. Her insan ahlak yasalarına göre hüküm vermek için bir yeteneğe sahiptir ancak vicdan kişinin bu uygunluğu sınaması için kendi içindeki mahkemede yargılanmasını sağlayan bir güçtür⁷³. Vicdan sahibi olmak için akıl sahibi olmamız bir ön koşuldur. Ancak Kant hem vicdanı salt akli yeteneklerden farklı olduğunu göstermek hem de vicdan yargılamasının sadece bireyin isteğine bağlı olarak gerçekleşen bir faaliyet olmadığını vurgulamak için içgüdü kelimesini kullanmıştır⁷⁴.

⁶⁸ Heimsoeth, Heinz, *Kant'ın Felsefesi*, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, 2012, s. 121-122.

⁶⁹ Öktem, Ülker, "Kant Ahlakı", *Araştırma AÜ DTCF Felsefe Bölümü Dergisi*, Sayı 18, Yıl 2007, s. 4.

⁷⁰ Hill, (2008), s. 301.

⁷¹ Kant, Immanuel, *Ethica Etik Üzerine Dersler*, Çev. Oğuz Özügül, İstanbul, 2003, s. 143.

⁷² Hill, (2008), s. 301.

⁷³ Kant, (2003), s. 143.

⁷⁴ Hill, (2000), s. 270.

Kant vicdan ile vicdan benzerlerinin de birbirine karıştırılmaması gerektiğini söyler. Ona göre, ahlaki olarak kötü olan bir eylemden, cezalandırma korkusundan değil salt kötü olduğu için kaçınan ve gerçek anlamda ahlaksal iyilikten hoşlanan kimse vicdan sahibidir, diğer durum yani başına gelebilecek kötü sonuçtan kaçınan kişi ise vicdan benzeri taşır⁷⁵.

Kant vicdanın doğuştan var olduğuna inanmaktadır. Ona göre, eğitim ve sanat onu geliştirilebilir fakat bunların olmaması bir kişinin vicdan sahibi olamayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁶.

Wood'a göre, Kant'ın vicdan teorisi, hem tefekkür hem de motivasyon teorisinin bir karmasıdır. Ancak bilgi teorisi buna dâhil değildir çünkü Kant vicdanı ahlaki ilkelere ve ahlaki yargılardan ayırır. Onun için vicdan kendini sorgulama eğilimidir ve bu kişinin kendine karşı bir ödevini teşkil eder⁷⁷.

Kant vicdanı, savcısı, avukatı ve hâkimi bulanan bir mahkemeye benzetir. Bu mahkemenin normal bir mahkemeden tek farkı kendi içimizde oluşu ve dolayısıyla da iddia, savunma ve karar verme organlarının kendi bünyemizde teşekkül edişidir. Yani kişi kendini suçlayarak iddia makamı, kendini savunmak için argümanlar ileri sürerek de savunma makamı gibi davranır. Bunlardan her biri işlevini eksiksiz şekilde yerine getirir. Samimi bir şekilde o mahkemenin huzuruna çıkılırsa ve mahkeme aldatılmaya çalışılmazsa vicdan yanılmaz, önemli olan o mahkemenin huzuruna çıkıp çıkmamaktır⁷⁸.

Kant'ın mahkeme benzetmesinin haricinde vicdanla ilgili bir diğer benzetme Sokrates'e atıfla Arendt tarafından gerçekleştirilmiştir⁷⁹. Buna göre vicdan, bizi evde bekleyen arkadaştır. İnsan dış dünyada tek kişi olarak gözükse de aslında yalnız kaldığında diyalog halindeki iki arkadaş gibidir. Bu iki kişinin tek kişi içerisinde uyum içinde yaşaması için birbirlerinin söylediklerini dikkate almaları gerekir⁸⁰. Arendt, vicdanın ahlaki ilkelere uygun yapılan bir yargılama olması özelliğinden ziyade onun, kişinin kendi ile uyumlu ve barış içerisinde yaşamasının bir şartı ve itaat edip etmemenin de yine kişiye bağlı olduğu içsel bir diyalog olarak kabul etmiştir⁸¹.

⁷⁵ Kant, (2003), s. 144.

⁷⁶ Kant, (2003), s. 147

⁷⁷ Wood, s. 2.

⁷⁸ Wood, s. 5, 13.

⁷⁹ Arendt, Hannah, *The Life of the Mind*, New York, 1978, s. 188.

⁸⁰ Arendt, s. 191.

⁸¹ Chapman, Nathan s, "Disentangling Conscience and Religion", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2013, s. 1497.

Kant vicdan yargılaması sonucunda varılan hükmün hatalı olabilme ihtimalinin bulunduğunu söyler, fakat ona göre bu vicdanın yanıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü Kant vicdan ile ahlaki yargıyı farklı şeyler olarak tanımlamaktadır. Vicdan daha ziyade yaptığımız ya da yapmayı planladığımız eylemlerle ilgili ahlaki düşünüm sürecidir⁸².

Kant'ın bir süreç olarak kabul ettiği vicdan yargılamasını biraz daha açmak gerekmektedir. Kant'a göre vicdanın başlıca görevi, benimsediğimiz ahlaki standartlara uygun olmayan davranışlarımız hakkında bize uyarıda bulunmaktır. Bu uyarı için, yapmamız gerekene ilişkin kabul ettiğimiz ahlaki ilkeler ile gerçekte ne yaptığımız arasında bir karşılaştırma yapılır. İşte esasında bu şekilde karşılaştırma yapma ödevi vicdanın ta kendisidir. Dolayısıyla da bu yargılama sonucunda yanlış bir davranışta bulunulduysa bu vicdandan kaynaklanmamaktadır. Çünkü yargılamanın yapılabilmesi için önceden benimsediğimiz ahlaki ilke pratik akıl aracılığıyla ulaşılmış olduğumuz ilkedir⁸³. Kişi kendini aldatmaya çalışmadan vicdan mahkemesinin huzuruna çıkmışsa kendi vicdanına uygun davranmıştır ve ahlaki olarak suçlanamaz durumdadır⁸⁴.

Kant'ın vicdan ile ilgili görüşlerinin önemini kavramak için onu, diğer görüşlerle karşılaştırmak faydalı olacaktır. Buna göre ilk olarak John Locke ele alınacaktır.

Locke, *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme* adlı eserinde ahlaki ilkelerin kaynağına değinmiştir⁸⁵. Ona göre, doğuştan gelen, herhangi bir yaşanmışlığa dayanmayan ve sadece akıl yoluyla ulaşılabilecek ahlaki ilke bulunmamaktadır. Evrensel ahlak yasalarının varlığı da aynı şekilde tartışmalıdır. Kişiler vicdan sayesinde bazı ahlaki değerlendirmelere sahip olabilirler. Ancak bu vicdanın temel ahlaki ilkelerin kaynağı olduğu anlamına gelmez⁸⁶. Pratikte akıl ve vicdan aynı anlama gelmektedir. Akıl, kanun koyan ya da kanunun kendisi değil, kanunları bulma ve yorumlama yeteneğidir. Aynı şekilde, vicdanı her türlü deneyden önce gelen (*apriori*) bir kanun olarak gören ve bu kanunun ahlak kavramlarımızı yöneten ve hareketlerimizi düzenleyen bir otorite olduğunu söyleyen görüşler reddedilmelidir. Bu şekildeki bir vicdan anlayışında vicdan, hem kanun koyucu hem yasa hem de yargıç rolünü üstlenmektedir. Bu da, insan karakterinde sürekli aynı kalan bir unsur bulunduğu anlamına gelmektedir. Ancak, ampirik olarak bakıldığında insanların değer yargıları değişmektedir ve bu değişim *apriori* bir yasa olmadığını

⁸² Wood, s. 13.

⁸³ Hill, (2000), s. 269, 270.

⁸⁴ Hill, (2008), s. 305.

⁸⁵ Locke, John, *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Meral Delikara Topçu, Ankara, 2000, s. 72 vd.

⁸⁶ Chapman, s. 1490.

göstermektedir. Locke'a göre vicdan sadece yargıç rolündedir. Kanunun olmadığı yerde vicdan da yoktur⁸⁷.

Locke da, tıpkı Kant gibi vicdan aracılığıyla, sahip olduğumuz ahlaki ilkelere dayanarak yapılan bir yargılamadan bahsetmektedir. Ancak Kant'tan farklı olarak vicdanın temel aldığı bu ilkelerin kaynağı farklı farklıdır. Öyle ki bu ilkeler Hıristiyan ve Yahudiler için vahiy yoluyla bildirilen ilkeler olabileceği gibi toplum tarafından dayatılan ilkeler de olabilir. Kant, ahlaki ilkelerin temelini pratik akla dayandırırken Locke salt akıl dışında herhangi bir şeye dayandırmaktır. Locke'ın görüşünde önemli diyebileceğimiz husus, onun vicdana dini temelden farklı bir varlık kazandırmasıdır. Ona göre, vicdan dini inançlara dayanabilir ama bu mutlak değildir. Bu da din ve vicdan özgürlüğü ifadesindeki vicdan özgürlüğünün ayrı bir kapsamda değerlendirilmesine olanak sağlayan bir başlangıç olarak değerlendirilmektedir⁸⁸.

Kant'ın vicdan teorisiyle, Kuçuradi'nin vicdan konusunda söylediklerinin karşılaştırması da mümkündür. Çağdaş bir felsefeci olan Kuçuradi, vicdan kavramını kişinin kendisi ile olan etik ilişki içinde, kendi davranışlarını değerlendirme yönüyle ele alır. Kuçuradi'nin vicdan kavramına yüklediği anlamın ne olduğunu çözümlenmeye girişmeden önce onun değerlendirme kavramına hangi anlamı yüklediği üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Ona göre değerlendirme üçe ayrılır: *Doğru değerlendirme, değer biçme ve değer atfetme*. Doğru değerlendirmenin ilk aşaması anlama ve bilinçlenme aşamasıdır. Yani, insan önce, o eylemin nedenleri ve belirleyicileri konusunda bilinçlenir. İkinci aşama, eyleminin değerini belirleme aşamasıdır. Yani, aynı durumda yapılabilecek diğer eylemler ve kendi eylemini karşılaştırarak kendi eyleminin değerinin bilgisine ulaşır. Son aşamada da eyleminin değerinin bilgisine göre kendisine hesap verir⁸⁹. Bu değerlendirme genelde kişi ile başka bir kişi arasındaki eylem değerlendirmesinin ve özelde de kişinin kendi eylemini değerlendirmesinin özellikleridir. Ancak Kuçuradi vicdan kavramına bu değerlendirme ilişkisi içerisinde yer vermez. Ona göre vicdan, başka bir değerlendirme türü olan değer biçme içerisinde yer alır. Değer biçme ise kısaca ifade etmek gerekirse içinde bulunan toplum aracılığıyla benimsenmiş olan değer yargılarına göre yapılan değerlendirmedir. Yani, Kuçuradi'ye göre vicdan değer yargılarıyla

⁸⁷ Akarsu, (1965), s. 121; Türkben, s. 328.

⁸⁸ Chapman, s. 1489.

⁸⁹ **Kuçuradi**, İoanna, *Etik*, Ankara, 2006, s. 150-151.

değerlendirme yapar. Bu sebeple de vicdanın, insana ilişkin felsefi bilgiye dayanmadan zaman ve mekâna göre sınırlı bir bilinç boyutu olarak karşımıza çıktığını söyler⁹⁰.

İlk bakışta Kant ve Kuçuradi'nin vicdan teorilerinin benzerlik gösterdiği söylenebilir. Zira her ikisi de vicdanın, yapılan eylem ile benimsenen ya da benimsenmesi gerektiği düşünülen kural arasında bir yargılama/değerlendirme yaptığını söyler. Ancak Kant'a göre vicdan yargılaması olumlu, hatta olması gereken bir şey iken Kuçuradi'nin vicdan kavramı olumsuzdur, hatta bu yargılama sonucunda doğru değerlendirmeye ulaşılması bir tesadüf sonucu mümkün olabilir. Bu farklılığın temeli Kuçuradi'nin vicdan kavramının Freud'un süper ego ya da Fromm'un otoriter vicdan kavramlarında olduğu gibi topluma göre benimsenen kurallarla şekillenen bir değerlendirme olarak görülmesidir. Oysa Kant'a göre benimsediğimiz bu ilkeler pratik akıl aracılığıyla ulaşılan ilkelere dir. Zira Kant'ın en temel kategorik buyruğu "Öyle davran ki, senin iradenin maksimi her zaman aynı zamanda genel bir kanunun ilkesi olarak kabul edilsin" şeklinde formüle edilir⁹¹.

3. Shaftesbury/Hutcheson/Hume: "Ahlaki duygu" olarak vicdan

Vicdan hakkındaki felsefi teorilerin önemli bir kısmını onu, akıl temeline dayandırmadan, salt bir duygu olarak niteleyen ahlaki duyguculuk akımının görüşleri oluşturmaktadır. Shaftesbury, Hutcheson ve Hume, 18. yüzyılda ortaya çıkan ve İskoç Aydınlanması olarak adlandırılan bu akımının en önemli temsilcileri olarak gösterilmektedir. Ahlak felsefesi "insan iradesinin kullanılması sanatı"⁹² olarak tanımlandığında bu akım, iradenin akıl mı yoksa duygu aracılığıyla mı kullanıldığı sorusunu, duygu yönü ağır basacak şekilde cevaplandırmaktadır. Bu üç düşünürün ortak tezi, insanı, akıl sahibi olduğu kadar duygularıyla hareket eden bir varlık olarak tanımlamasıdır. Bireysel ve toplumsal çözümlemelerinde akılcılıktan ziyade duygu, tecrübe, gelenek gibi faktörlerin etkili olduğunu savunmuşlardır⁹³.

Shaftesbury'e göre, ahlaki değerlendirmelerimizin kaynağı akıl değil, ahlaki duygudur. Bu duygu, doğuştan ve rasyonel olmayan bir yetenektir⁹⁴. Ahlaki olarak, doğru ve yanlışın ayırt edilmesi bu duygu sayesinde gerçekleşir. Ahlaki yargı da, bir eylem

⁹⁰ Kuçuradi, s. 155.

⁹¹ Öktem, s. 4.

⁹² Bertnard, s. 1.

⁹³ **Duman**, Fatih, "Akılcılık Bağlamında İki Aydınlanma Geleneği: Fransız Aydınlanması Versus İskoç Aydınlanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 61-1, Yıl 2006, s. 139.

⁹⁴ **Başdemir**, Hasan Yücel, "İskoç Aydınlanma Etiği, Hutcheson, Hume ve Smith", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 37, Yıl 2005, s. 32.

neticesinde ahlak duygusu sayesinde edindiğimiz ahlaki duygunun dile getirilmesidir⁹⁵. Shaftesbury ayrıca, ahlakiliğin insan doğasının bir parçası olduğunu söyler. Ona göre, evren güzel ve uyumlu bir bütündür ve insan da bu uyumlu bütünün bir parçasıdır. Bu uyumun gerçekleşmesi için birtakım duygular bulunmaktadır. Bunların bir kısmı toplumun ya da bir başkasının iyiliğine yönelmiş özgeci duygular iken, bir kısmı da kişinin kendi çıkarını güden bencil duygulardır. Bu duygular arasındaki uyumu sağlayacak ahlaki yargılama gücünü de ahlaki duygu oluşturmaktadır⁹⁶. Bu yönüyle Shaftesbury'nin görüşünün, Butler'ın vicdan hakkındaki görüşüyle benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Hutcheson da, Shaftesbury gibi ahlakiliğin temelini akıl değil, duyguda aramaktadır. Ona göre, akıl duygu olmadan eylemler arasında ayırım yapamaz⁹⁷. Örneğin, bize aynı şekilde yararı dokunan iki kişiden, ilkinin davranışının sebebinin sevgi, ikinci kişinkinin ise kendi çıkarı olduğu bir durumda, her iki kişi için farklı duygulara sahip oluruz. İşte, bu farklı algı şeklini elde etmemizi sağlayan güç, ahlak duygusu olarak adlandırılmaktadır⁹⁸.

Hume, ahlaki övgünün nedeninin akıl mı, duygu mu olduğu sorusuna cevap verirken, bu soruyu akıl yönünde cevaplayanların aslında eylemin niteliğinin ve farkındalığının kaynağının akıl olduğunu söylemektedir. Akıl, tamamen desteklendiğinde ve geliştirildiğinde, bir eylemin nitelikleri, yarar ve zararları konusunda mutlak belirleyicidir. Ancak bu durum ahlaki suçlama veya onaylama için tek başına yeterli değildir. Burada devreye ahlaki duygu girmektedir⁹⁹.

Görüleceği üzere, Hume için ahlaki karar vermede ne akıl ne de duygu tek başına yeterlidir. Bu iki yetinin birlikte ve uyum içerisinde çalışması gerekmektedir. Akıl değerlendirme yaparken, duygu hareket ettirici rol üstlenmektedir¹⁰⁰.

Vicdan hakkındaki görüşler içerisinde, onun akıldan ziyade duygu ile ilişkili olduğunu söyleyen görüşlerin yeri büyüktür. Yukarıda sayılanlar dışında, Rousseau'nun da vicdanı ahlaki duygu ile ilişkilendirdiğini söyleyebiliriz. Ona göre vicdan, yaratılıştaki bir

⁹⁵ **Ketenci**, Taşkır, "Kant'ın Etiğinde Duyguculuğun Eleştirisi", *FLSF Dergisi*, Sayı 5, Yıl 2008, s. 37-40.

⁹⁶ Akarsu, (1965), s. 124.

⁹⁷ **Kılıç**, Yavuz, "Hume'un Ahlak Görüşünde Duygunun Yeri", *Kaygı/Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi*, Sayı 4, Yıl 2005, s. 131.

⁹⁸ Ketenci, s. 41.

⁹⁹ **Hume**, David, *Ahlak*, Çev. Nil Şimşek, İstanbul, 2010, s. 122-123.

¹⁰⁰ Kılıç, (2005), s. 132.

duygudan gelir ve insanoğlunun gerçek kılavuzudur. Ayrıca vicdan "kontROLSÜZ bir akıl gücünün ya da yasadışı aklın insanı sürükleyebileceği kötülüklerden kurtaran şeydir"¹⁰¹.

Aral'ın vicdan kavramıyla ilgili görüşlerini de duyguculuk akımı içerisinde değerlendirmek mümkündür. Adalet konusundaki çalışmalarında vicdana çok önemli bir yer veren Aral'a göre, akıl ve duygu insanın tinsel yapısını oluşturmaktadır. Ancak, vicdan akıldan ziyade duygu ile ilişkilidir. Vicdan, bütün yüksek değerlerin biricik algılama organıdır¹⁰². Aklın vicdandaki rolü, dış duyu ve iç duyu ayırımındaki role benzer. Akıl, saptadığı değer özelliklerini duyguya sunar, duygu da bir değerlendirmede bulunur. Ona göre, yüksek bir değer algılanıp kavranması işleminde akıl kararlaştırıcı rol oynayamaz¹⁰³.

Aral, her ne kadar vicdan konusunda duygunun üstünlüğünü savunsa da aklın rolünü tamamen yok saydığı söylenemez. Çünkü insanın manevi varlığı akıl ve duygunun işbirliği içinde çalışmasıyla mümkün olur. Aynı şekilde, Aral'ın vicdanda akli değil duyguyu öne çıkarması onun ahlakiliği subjektif olarak algıladığı anlamına gelmez. Çünkü "bilinç ve vicdan tek tek bireylerde varlık kazansa da algılayıp kavradıkları değerler düşünsel varlıklar olarak insanın tin yanında yer alır. Tin ise, her insanda aynı içeriğe ve dolayısıyla aynı ide ve değerlere zemin oluşturur"¹⁰⁴.

Kant, ahlak duygusu kavramını eksikliklerle dolu ve yetersiz olarak eleştirmektedir. Ona göre; "ahlaki duygu olarak adlandırılmayı hak eden tek duygu, kişinin ahlak yasası tarafından belirlenme nedenine uygun davrandığında ortaya çıkan hoşnutluk duygusudur ve ahlaki duygu diye adlandırılmaya layık olan bu duyguyu yaratmak ve geliştirmek bir ödevdir ancak bu ödev de duygudan çıkarılamaz"¹⁰⁵.

Buraya kadar olan bölümde vicdan kavramıyla ilgili temel teoriler ele alınmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada kabul edilen vicdan anlayışı ise, hiçbir teoriyi dışlamayan tüm teorilerin sentezinden oluşan bir vicdan anlayışıdır. Buna göre vicdan, teolojik görüşte ifade edildiği gibi insanın yaradılıştan sahip olduğu bir yetidir. Psikolojik, duygusal ve sosyal şartların katkısıyla yapılan rasyonel bir muhakemedir. Vicdan tıpkı kelime anlamında olduğu gibi doğruyu "bulma" amacı taşır. Bunun için de Butler'ın ifade ettiği gibi, akıl yoluyla sakin bir biçimde düşünmeli, vardığı sonucu tüm boyutlarıyla

¹⁰¹ **Gül**, Fikri, "Vicdanın Neliği Üzerine: Rousseau-Kant Örneği", *Kaygı/Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi*, Sayı 11, Yıl 2008, s. 70.

¹⁰² **Aral**, Vecdi, *Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet*, İstanbul, 2014, s. 69.

¹⁰³ Aral, s. 96-97.

¹⁰⁴ Aral, s. 155.

¹⁰⁵ Ketenci, s. 46.

değerlendirmeli ve bu sonuca uygun hareket etmelidir. Bireysel boyuttan, toplumsal boyuta geçildiğinde ise incelenmesi ve değerlendirilmesi gereken konu toplum vicdanı olmaktadır. Bu sebeple çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde toplum vicdanı ve bunun hukukla olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

II. TOPLUM VİCDANI KAVRAMI

İlk bölümde farklı bakış açılarıyla değerlendirilen vicdan kavramı, onun bireysel ya da bireye ait olma ön kabulüyle hareket etmektedir. Bir başka deyişle bu yaklaşımlara göre toplum, vicdanın şekillenmesinde etkin rol oynayabilmektedir, ancak vicdanın süjesi bireydir. Fakat gerek günlük dilde gerek akademik metinlerde toplum vicdanı kavramı sıklıkla dile getirilmekte ve tam manasıyla bir meşruluk kriteri olarak kullanılmaktadır. Kavram, geniş kullanım alanına sahip olmakla beraber, tek başına bir çalışma konusu olarak aynı ilgiyi görememektedir. Dolayısıyla toplum vicdanı kavramının hukuk ve yargılama ile ilişkilendirmenin öncesinde tek başına değinilmesi ve üzerinde durulması gereken bir öneme sahip olduğu kanısındayız.

Güriz, vicdanın dış tesirlerden etkilendiği görüşü kabul edildiğinde aynı toplumda yaşayan insanların aynı görüşlere sahip olabileceğini, ancak bunun toplum vicdanı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Ona göre, dışsal faktörlerin etkisi bireyin dışında bir vicdan kavramının varlığı için yeterli değildir. Bu sebeple toplum vicdanı ya da milli vicdan gibi kavramlar sadece mecazi bir niteliğe sahiptir. Güriz bunun kanıtı olarak da insanın kendi vicdanının emirlerine uyararak toplumun koyduğu kaidelere karşı koymasını göstermektedir¹⁰⁶. Ancak bu doğrulama şekli, toplumun geneli tarafından yapılmaması gerektiği kabul edilmiş bir eylemde bulunan kişinin, salt toplumun genel kabulüne aykırı davrandığı bilgisi ile vicdanının olmadığı yargısında bulunmaya benzemektedir. Toplumun kişinin vicdan yargılamasını etkilediği tartışmasızdır, fakat toplum vicdanı kavramının sadece mecazi bir kavram olarak kabulü tartışılmalıdır. Bu tartışmanın da sosyoloji biliminde bir dönüm noktası olarak kabul edilen Durkheim' in kolektif bilinç kavramıyla başlatılması isabetli olacaktır. Bunun öncesinde ise toplum kavramının tanımı yapılmalıdır.

¹⁰⁶ Güriz, Adnan, "İrade Hürriyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22-23, Sayı 1-4, Yıl 1965-1966, s. 643.

A. Toplum

Toplum (*société*) kelimesinin 12. yüzyılda Fransızca bir sözcük olarak ortaya çıktığı söylenmektedir. İlk olarak, bütün bir toplum ve yığınlardan ziyade küçük grup anlamında kullanılmıştır ve bu anlamıyla Türkçedeki karşılığı ehl-i meclis, hey'et-i içtima ve cemiyet kelimeleri olmuştur. Sosyoloji biliminin bir problemi olan toplumun çeşitli tanımları mevcuttur. Her tanım, onu tanımlayanın esas aldığı görüşe göre belirli bir unsur ya da ölçütü ön plana çıkarmaktadır. Aynı zamanda toplumların sınıflandırmasında kullanılan bu ölçütler; fikri ölçüt, ekonomik ölçüt ve karşıt ilişkiler ölçütüdür. Örneğin, Auguste Comte'un fikri gelişim ölçütüne göre toplumlar; her şeyi dine göre açıklayan insanların oluşturduğu *teolojik toplum*, zihinsel faaliyetlerini metafizik güçlerin denetiminde yürüten insanların oluşturduğu *metafizik toplum* ve bilimin kılavuzluğunu seçmiş insanlardan oluşan *pozitif toplum* olarak sınıflandırılır¹⁰⁷. Aşağıda inceleyeceğimiz Durkheim'in, toplumu karşıtları ile ele alan mekanik dayanışmalı ve organik dayanışmalı toplum sınıflandırması da karşıt ilişkiler ölçütünün bir örneğidir. Son olarak bir tanım vermek gerekirse, toplumda üreticilik unsurunu ön plana çıkaran Hançerlioğlu toplumu şu şekilde ifade etmiştir: "Toplum, tarihsel gelişme içinde biçimlenmiş bulunan, belirli bir üretim biçimini temel alan ve insanın gelişmesinde bir aşama olarak ortaya çıkan bir toplumsal bağlantılar ve büyük insan kümeleri arasındaki ilişkiler dizgesidir(sistemidir)"¹⁰⁸. Burada bizim için önemli olan toplumun sadece belirli bir yerde yaşayan insanların toplamından farklı, salt fiziksel değil, manevi ya da rasyonel bağlarla bağlanmış ve birlikte yaşama bilincini haiz insan topluluğundan oluştuğudur.

B. Durkheim'in Kolektif Bilinç Kavramı

Durkheim sosyolojiyi, felsefe ve psikolojiden ayrı, müstakil bir bilim dalı olarak kurgulamış ve sosyoloji biliminin araştırma konusunu toplumsal olgu olarak belirlemiştir. Sosyolojinin konusunun toplumsal olgu olarak belirlenmesi onun, ampirik yönü ile felsefeden, dışsal ve zorlayıcı yönü ile de psikolojiden ayrılmasını sağlamıştır. Durkheim toplumsal olguları incelerken onları, maddi toplumsal olgular ve maddi olmayan toplumsal olgular olarak ikiye ayırmıştır. Nüfus büyüklüğü, nüfus yoğunluğu, iletişim kanalları, konut düzenlemeleri gibi morfolojik bileşenler ile maddi olmayan toplumsal olguların bir

¹⁰⁷ Doğan, İsmail, *Sosyoloji Kavram ve Sorunlar*, Ankara, 2007, s. 75-78.

¹⁰⁸ Hançerlioğlu, Orhan, *Toplumbilim Sözlüğü*, İstanbul, 1986, s. 375.

karışımı olan yapısal bileşenler maddi toplumsal olguları; ahlak, kolektif bilinç, kolektif temsiller ve toplumsal akımlar da maddi olmayan toplumsal olguları oluşturmaktadır¹⁰⁹.

Durkheim kolektif bilinç kavramını *Toplumsal İşbölümü* adlı eserinde ele almıştır¹¹⁰. Bu eserde toplum, dayanışma türlerine göre mekanik ve organik dayanışmalı toplum olarak ikiye ayrılmış ve kolektif bilincin bu iki toplum yapısındaki fonksiyonu ve geçirdiği aşamalar incelenmiştir. Buna göre, mekanik dayanışmalı toplumlarda tüm insanlar benzer nitelikte etkinlikler yerine getirmekte ve benzer sorumluluklara sahip olmaktadır. Bu tür toplumlarda kolektif bilinç daha güçlüdür. Organik dayanışmalı toplumlarda ise toplumu, üyeleri arasındaki farklılıklar, farklı görev ve sorumluluklar bir arada tutar. Bu tür toplumda yaşayan insanlar başkalarının sağladığı hizmetlere gereksinim duyar. Bir arada olmaları, insanların kendi sınırlı alanlarında uzmanlaşmaları ve başkalarının hizmetlerine ihtiyaç duymalarına bağlıdır. Buna bağlı olarak organik dayanışmalı toplumlarda kolektif bilinç, mekanik dayanışmalı toplumlara göre daha zayıftır¹¹¹.

Sahip oldukları kolektif bilincin yoğunluğuna paralel olarak, mekanik dayanışmalı toplum ile organik dayanışmalı toplumların hukuk anlayışları da farklılık göstermektedir. Buna göre, insanlar arasındaki benzerliğin oldukça fazla olduğu ve ortak ahlak anlayışına sahip insanların bulunduğu mekanik dayanışmalı toplumlarda, işlenen suç toplumun ortak değerler sistemine karşı işlenmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla bu toplumlarda hukuk baskıcı bir karakterdedir. Organik dayanışmalı toplumların hukuk anlayışı ise, suçun oluşturduğu zararı telafi etmeye yönelik onarıcı hukuk anlayışıdır. Bu tür toplumlarda suçların, ortak ahlak sisteminin kendisine karşı değil, belirli bir bireye veya toplum kesimine karşı işlendiği düşünülmektedir¹¹².

Kolektif bilincin zamanla uğradığı değişim, araştırmamızın sınırlarını oldukça genişleteceğinden, daha ziyade Durkheim'in onu nasıl tanımladığına ilişkin açıklamalara değinilecektir. Tanımında ve felsefi açıklamalarında ifade edildiği üzere vicdan kavramının akıl ve bilinç ile ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda kolektif bilincin, toplum vicdanı olarak algılanması doğru olacaktır. Ayrıca bu şekildeki bir algı kabul edilmese dahi, bireye atfedilebilecek bir nitelik olan bilinç sahibi olma yetisi, tıpkı bireysel bir yeti olan vicdanda olduğu gibi, toplumun sahip olduğu bir nitelik olarak ele alınmakla kıyasen de olsa toplum

¹⁰⁹ Ritzer, George, *Klasik Sosyoloji Kuramları*, Çev. Himmet Hülür, Ankara, 2014, s. 187-195.

¹¹⁰ Durkheim, Emile, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İstanbul, 2014.

¹¹¹ Ritzer, s.198.

¹¹² Ritzer, s. 200.

vicdanının varlığına dair bir delil teşkil edecektir. Ayrıca kolektif bilincin gerek Fansızca (*conscience collective*) gerek İngilizcesinin (*collective conscience*) aynı zamanda kolektif vicdan ya da toplum vicdanı olarak çevrilmesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

Durkheim kolektif bilinci şu şekilde tanımlamaktadır: "Bir toplumu oluşturan üyelerin ortalamasında yaşayan inanç ve duyguların tümü, kendine özgü yaşamı olan belli bir dizge oluşturur; buna ortak bilinç denilebilir. Kolektif bilinç bireylerde ortaya çıkmakla birlikte bireysel bilinçlerden apayrı bir şeydir, toplumun ruhsal tipidir"¹¹³.

Durkheim'e göre her insan iki bilince sahiptir. İlki her bireye özgü olan ve birey niteliğini belirleyen bilinç, ikincisi ise tüm toplum için ortak olan durumları içeren bilinçtir. Birey davranışlarını ikinci bilince göre belirlediğinde kişisel çıkarları için değil, ortak toplumsal çıkarları için hareket etmiş olur. Ancak bu iki bilinç birbirinden ayrı olsa da bağımsız değildir¹¹⁴. Kolektif bilincin algılanması bireysel bilinç sayesinde olmaktadır¹¹⁵. Ayrıca bireyler kolektif bilince sahip olmanın yanında onun yaratıcısı değildirler. Değerler ve ya suç ve ceza gibi kavramlar tek birey tarafından oluşturulmamıştır¹¹⁶. Kolektif bilinç sadece bireysel bilincin ifadesi ve sonucu değildir, o analitik olarak bireysel bilinçten farklıdır ve kendi yasalarına göre gelişir¹¹⁷.

Durkheim toplum ile hukuk ve ahlak ilişkisine de değinmiştir. Ona göre toplum, topluluğun bütün üyeleri arasında ortaklaşa olan az ya da çok örgütlenmiş inanç ve duyguların tümüdür¹¹⁸. Tek tek bireysel bilinçlerin, toplumun ruhsal tipinden başka bir şey olmayan ortak bir tipe belli ölçüde benzemesinin sonucu olan bir toplumsal uyum vardır¹¹⁹. Hukuk ve ahlak da bizi birbirimize ve topluma bağlayan ve bireyler yığını tek ve uyumlu bir topluluğu dönüştüren bağların toplamıdır¹²⁰. İster kolektif bilinç ister işbölümü olsun genel olarak toplumsal dayanışma en başta ahlaki bir olaydır ve maddi nitelikte olmayan bu dayanışma sadece soyut bir güç olarak kalmamakta, onu görünür kılacak simge görevini hukuk üstlenmektedir¹²¹.

Toplum vicdanı kavramının savunulduğu bir çalışmada kolektif bilincin uygar toplumlarda zayıflayarak yerini toplumsal işbölümüne bıraktığını öne süren Durkheim'in

¹¹³ Durkheim, s. 109, 110.

¹¹⁴ Durkheim, s. 137.

¹¹⁵ Ritzer, s. 194.

¹¹⁶ **Can**, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara, 2011, s. 146.

¹¹⁷ **Aron**, Raymond, *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri*, Çev. Korkmaz Alemdar, Ankara, 2000, s. 258.

¹¹⁸ Durkheim, s. 162.

¹¹⁹ Durkheim, s. 136.

¹²⁰ Durkheim, s. 453.

¹²¹ Durkheim, s. 91.

savı ilk başta çelişkili gelebilir. Ancak Durkheim'in sosyolojik analizindeki temel iddiası toplumun bireylerden değil, bireylerin toplumdaki doğmuş olduğudur. Durkheim, bütünü parçalara önceliğini savunmuştur. Zira kolektif bilincin çok kuvvetli olduğu mekanik dayanışmalı toplumların, işbölümü ve birey üzerinde odaklanmış organik dayanışmalı toplumlara göre zamansal önceliği bunun kanıtıdır¹²². Kolektif bilincin yerini işbölümüne bırakması toplumdaki manevi uyumun yok olduğu anlamına gelmemektir. Bu toplumsal farklılaşmanın sonucudur. Toplumun oylumunun maddi ve manevi yoğunluğu artmıştır. Yani, toplumdaki birey sayısı ve bu bireyler arasındaki iletişim ve değişim bir başka deyişle, bireylerin birlikte çalışmaları, birbirleriyle yarışmaları artmış, bunun sonucunda da toplumsal farklılaşma gerçekleşmiştir. Durkheim bunu Darwin'e atıfla açıklamıştır. Hayvanlar âlemindeki doğal seleksiyona benzer şekilde insanların yaşayabilmeleri için, bazılarını ortadan kaldırmak yerine, daha çok birey farklılaşma yoluyla yani toplumsal farklılaşma ya da işbölümü ile yaşamlarını sürdürebilmektedir. Bireyci toplum asgari ortak bilinci koruyacak ve toplumsal farklılaşma olgusuyla da bireysel özgürlüğün yaratıcı koşulunu gerçekleştirecektir¹²³.

C. Ortak Akıl (Common Sense) Kavramı

Bireysel düzeyden toplumsal düzeye geçtiğimizde tıpkı vicdan ve kolektif bilinçte olduğu gibi doğru ile yanlış ayırımını sağlayan bir diğer kavram olan ortak akıl kavramı ile karşılaşılacaktır. Bu kavram çoğunlukla doğru bilgiye ulaşmanın mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse bunun hangi şekillerde olabileceğini inceleyen, felsefenin bir alt dalı olan epistemolojinin konusunu teşkil etmektedir. Ancak konuyla ilgili ele alınması gereken öncelikli terimsel bir karışıklık bulunmaktadır. Latince *sensus communis*, Fransızca *sens commun* ya da Descartes'in kullanımı ile *bon sens* ve İngilizce *common sense* kelimeleri Türkçeye çevrilirken, sağduyu veya ortak akıl terimleri tercih edilmekte ve bu da başlı başına bir sorun teşkil etmektedir. Temel amacı hakikate (mutlak doğru bilgiye) ulaşmak olan felsefede birbirinden ayrı iki ana yöntemi temsil eden akıl ve sezgi ya da duyunun aynı kavrama karşılık kullanılmasında bir çelişki bulunmaktadır. Dolayısıyla açıklamalara geçmeden önce kavramın adının doğru olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Kılıç, söz konusu problemi ele alan yazısında Latince akıl, duyu, anlam kelimelerinin karşılığı olan *sensus* ile Cermen dilindeki yön anlamına gelen *sens*

¹²² Aron, s. 259.

¹²³ Aron, s. 263, 264.

kelimelerinin sesteşliğinden bahsetmektedir¹²⁴. Köken itibariyle kelimenin akıl ya da duyu şeklinde çevrilmesinde hata yoktur. Ancak doğru olan çeviri, kelimenin anlamından yola çıkılarak bulunmalıdır. Bu noktada Kılıç, *sens* (*sensus* ya da *sense*)' in modern öncesi akıl kavramını karşıladığını şu şekilde ifade etmektedir:

"Türkçe 'Aklın yolu birdir' deyimindeki aklın hep modern akıl, yani *reason/raison* olduğunu düşünürdüm, ama bu incelemeden bu yana düşünüyorum da bu olsa olsa *bon sens* olarak akıldır – Descartes'ın insanlar arasında en iyi paylaştırıldığını söylediği ve tam da bu nedenle 'yolu bir' olan akıl. Öte yandan *le bon sens* ile *raison* arasında ne fark olduğu sorulabilir. Bana öyle geliyor ki *le bon sens*, modern-öncesi'akıl'dır, kolektif düşünmenin (*communauté*'nin/ortaklığın) aklıdır, bilgedir, 'atasözlerinin' aklıdır, evrenseldir evrensel olmasına ama, 'evreni' içinden çıktığı *communauté*'den, cemaatten, ortaklıktan ibarettir; *raison* ise moderndir, deneyimlerden (tümevarımla) sudur etmez, tündengelimle ispat edilir, geometrinin aklıdır; *communauté*'nin değil, modernliğin 'İnsan' tasavvurunun aklıdır ve bu anlamda evrenseldir – evreni Foucault'nun bahsettiği İnsan'dır"¹²⁵.

Yukarıdaki ifadeden anlaşılan, kelimenin esas anlamının ve doğru çevirisinin ortak akıl olması gerektiğidir. Ancak modern çağın, doğru bilgiyi sadece ampirizme dayanan bilgi olarak kabulü, bir başka deyişle, bilgi anlayışının farklılaşması kelimenin daha sübjektif anlamıyla kullanılması sonucunu doğurmuştur.

Bilinçli bir tercih olduğu belirtilmeksizin *common sense* kelimesi bizde çoğunlukla sağduyu olarak çevrilmiştir. Hançerlioğlu sağduyuyu toplumsal bir olgu olarak tanımlamıştır. Ona göre, sağduyu toplumsal pratikle belirlenir, her insanda ortak değildir, bilgi düzeyine göre değişir ve mutlak surette doğru değildir¹²⁶.

Sağduyu felsefe sözlüğünde ise, "belirli bir alanda, özelleşme ve uzmanlık öncesinde ve gündelik yaşamla ilişki içerisinde gelişen ve ilgili her birey tarafından paylaşılan tutarlı inançlar ve yargılar sistemidir" şeklinde açıklanmıştır¹²⁷. Buna göre, biri sosyoloji diğeri felsefe sözlüğünden alınmış iki tanım neredeyse karşıt fikirler

¹²⁴ Kılıç, Savaş, "Akliselimden Uzak Bir Karşılık: Sağduyu Sens, bon sens ve sens commun", *Duvar*, Sayı 10, Yıl 2013, s. 32.

¹²⁵ Kılıç, s. 35.

¹²⁶ Hançerlioğlu, (1986), s. 339.

¹²⁷ Cevizci, s. 813.

içermektedir. Örneğin, felsefe sözlüğündeki tanım, bizim de tercih ettiğimiz çevirisiyle ortak akla daha yakın bir anlam taşımaktadır. Konuyla ilgili görüşler incelendiğinde iki anlamı da karşılayacak fikirlerin savunulduğu görülecektir. Bu sebeple kelimenin doğru anlam ve çevirisinin bulunması için bu görüşlere daha yakından bakmak gerekmektedir.

Ortak akıl kavramı ilk olarak Aristoteles'in eserlerinde göze çarpmaktadır. Ancak burada kavram tam olarak ortak duyu manasında kullanılmıştır. Aristoteles'e göre, öncelikle ortak duyuya özgü bir duyu organı yoktur. Hareket, durağanlık, birlik gibi ortak duyulurlar, ortak duyu sayesinde algılanır. Ortak duyu ikinci olarak, duyumsanan nesneye ilişkin değil, bizzat duyumsayana ilişkin bir algılamadır. Yani gören kişinin görmekte olduğunun ya da işiten kişinin işitmekte olduğunun algılanması bu şekildedir. Bunun haricinde örneğin, bir şekerin görülmesinde onun tatlı olduğunun ve tatlılığın da iyi veya hoş olduğunun algılanması ortak duyu ile mümkün olmaktadır. Çünkü iyi veya hoş olanı algılayan ile şeker nesnesini algılayan aynı duyu değildir. Ortak duyu hem bunları birlikte algılar, hem de aralarındaki farkı gösterir¹²⁸.

Aristoteles'in organı olmayan ve diğer duyular arasında birlikteliği sağlayan duyu olarak belirttiği ortak duyunun aslında tam olarak bilinç ve akıl olarak kullanıldığı görülmektedir. Görülen bir nesnenin hareketli ya da sabit olduğunun ya da büyüklük küçüklük gibi kavramlar ile yukarıdaki örnekte bahsedilen tatlı ile hoşluk ya da iyiliğin algılanması ancak akıl ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla *sens* ya da *sense* kelimelerinin çevirisinin dilimizde olduğu gibi duyu olarak çevrilmesi kelimenin ilk kullanımına da uygun düşmemektedir.

Common sense kavramındaki *sense* kelimesinin duyudan ziyade akıl ya da algı (duyu+anlama ve yorumlama) olarak anlaşılması gerektiği belirtildikten sonra, ortak kavramının üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir. Ortaklık, sadece ortak olduğu için bilenebilir olan mı, yoksa en tikel seviyede düşünüldüğünde de aynı bilenebilirliğe sahip olan mıdır? Bir başka deyişle ortak akıl, insanların ortaklığının sonucu oluşan akıl mıdır yoksa tüm insanlarda aynı olduğu için mi ortak olduğu söylenir? Sosyolojik ve felsefi anlamda yaklaşıldığında sorunun cevabının her ikisi de şeklinde cevaplanması olanaklıdır. Konuyla ilgili eserler incelendiğinde tıpkı vicdanda olduğu gibi, ortak aklın her iki anlamının da savunulduğu görülecektir. Örneğin Descartes, *Yöntem Üzerine Konuşma* adlı eserinin ilk cümlesinde değindiği ortak akıl, tüm insanlarda bulunan düşünme kabiliyeti ile eş anlamlı olarak kullanmıştır. Descartes'ta ortak akıl tam manasıyla, doğruyu yanlıştan,

¹²⁸ Özcan, Muttalip, *Aristoteles Felsefesi: Temel Kavram ve Görüşler*, Ankara, 2011, s. 332, 333.

iyiyi kötüden, güzeli çirkinden ayırt etme gücüdür¹²⁹. Kuşkuculuğun babası sayılan Descartes'a göre duyu organları ile algılanan hiçbir şeyin bilgisi kesin değildir, kesin olan ilk şey ise duyular aracılığıyla algılanan her şeyden şüphe duymayı sağlayan düşünme yeteneği yani, akıldır. Ortak akıl, her insanda bulunduğundan hakikate ulaşmak için yapılması gereken şey doğru yöntemin bulunmasıdır¹³⁰.

Amerika'daki ortak akıl felsefesi ise konu hakkındaki ikinci düşüncenin en temel örneğini oluşturur. Descartes'in öncülük ettiği aşırı şüpheci düşünceye tepki olarak, hukuku politika ve metafizikten kurtarma amacı doğrultusunda ortak akıllı, ortak yaşamışlıklara dayandırmaktadır. Burada ortak akıl, deney ve gözleme dayalı, yaşamışlıklardan çıkarılan ve induktif yani tümevarımcı ilkelere dayanan akıllı temsil etmektedir¹³¹.

Descartes'ta tereddüde yer vermeyecek şekilde, tüm insanlarda ortak olan akıl yetisi olarak kullanılan ortak akıl kavramı Kant'ta, ilk bakışta çelişkilidir. Bunun en temel sebebi ise kelimenin esasen ortak akıl değil, sağduyu terimine yakın anlamda kullanılmasıdır¹³². Kavramın Latincesini (*sensus communis*) kullanmayı tercih eden Kant, *Yargı Yetisinin Eleştirisi* adlı eserinde ona olumlu bir anlam yükler. Yargı yetisini, bilişsel yetilerden ayrı bir yeti olarak ele alır ve temelinde öznel olan estetik yargıların evrensel olarak da geçerli olabileceğini, bu şekilde de teorik bilgi ve ahlaka bağlanabileceğini söyler. İşte, estetik yargının evrenselliğini sağlayan şey de sağduyudur. O, hem tüm insanlar için ortak bir yeti hem de ortak tarihin ve eğitimin ürünüdür. Bu şekilde sağduyu sayesinde, bilişsel yeti ve duyular arasındaki uyum ile birey ve toplum arasındaki uyum sağlanmış olur¹³³.

Kant, kısaca *Prolegomena* olarak anılan eserinde ise sağduyuyu net bir şekilde eleştirir. Aslında Kant'ın asıl eleştirdiği, Thomas Reid öncülüğünde oluşturulmuş İskoç Okulu'nun sağduyu felsefesidir. Kant, bu eserinde metafiziği bir bilim olarak kurgulama amacını taşır. Hume tarafından ortaya atılan neden ve etki kavramlarının *apriori* düşünülüp düşünülemediği, böylece de tüm deneyden bağımsız bir iç hakikati, dolayısıyla daha yaygın, sadece deneyin nesnelere kısıtlı olmayan bir kullanılabilirliğinin olup olmadığı¹³⁴ sorusuna verilen cevabı eleştirir. Ona göre, bu filozoflar, saf düşünmeyle ilgili

¹²⁹ **Descartes**, *Yöntem Üzerine Konuşma*, Çev. Murat Erşen, İstanbul, 2013, s. 9 (1. dn).

¹³⁰ **Reyhani**, Nebil, "İki Akıl", *Baykuş Felsefe Yazıları Dergisi*, Eylül-Aralık 2008, s. 30.

¹³¹ **Barzun**, L. Charles, "Common Sense and Legal Science", *Virginia Law Review*, Vol.90, Year 2004, s. 1052-1055.

¹³² Reyhani, s. 31.

¹³³ **Bal**, Metin, "Yargı Yetisinin Eleştirisi'nin Kant'ın Felsefesindeki Yeri", *Araştırma AÜ DTCF Felsefe Bölümü Dergisi*, Sayı 19, Yıl 2008, s. 1-2.

¹³⁴ **Kant**, Immanuel, *Gelecekte Bir Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena*, Çev. İoanna Kuçuradi/Yusuf Örnek, Ankara, 2002, s. 7.

olan aklın doğal yapısının derinlerine inmek yerine, hiçbir kavrayışa dayanmayan, sıradan anlama yetisi olan sağduyuya başvurmuşlardır:

"Kavrayış ve bilim bitmek üzere iken, ancak ve ancak o zaman sağduyuya başvurmak, son zamanların ince buluşlarından biridir ve burada en yavan gevezenin bile en sağlam kafa ile boy ölçüşmesi, hatta başa çıkması olağandır. Ama en küçük kavrayış kırıntısı bulunduğu sürece, bu ilk yardım malzemesine başvurmaktan kaçınmak iyi olur. Ve gün ışığında bakıldığında bu başvuru, kitlenin yargısına başvurmaktan başka bir şey değildir; bir alkış ki, karşısında filozof kızarır, popüler şakacı ise mest olur ve böbürlenir durur"¹³⁵.

Görülebileceği gibi Kant'ın kullandığı sağduyu terimi, yukarıda açıklandığı üzere akıl ile olan ilişkisine zıt olarak, akla ve düşünmeye dayanmadığı için eleştirilmektedir. Sıradan anlama yetisi olan sağduyunun, metafizik bilgiye ulaşmanın yolu olan kurgusal anlama yetisi ile bir alakası yoktur. Yani, metafizikle sağduyu bir arada bulunmaz ki bu Kant için olumlu bir durum değildir. Çünkü sağduyu, eleştirel felsefeye karşıttır. Bu sebeple de sağduyuya başvurmayı, bir nevi kolaycılık olarak görmektedir.

Descartes'ın sağduyu olarak kullandığı kavramın Kant'taki karşılığını ise yukarıdaki açıklamalardan farklı olarak, onun en temel üç kritiğinin de konusunu teşkil eden akıl olarak algılamak gerekmektedir. Çünkü temelinde bir akıl yürütme ya da yargılamaya dayanan ortak akıl kavramı ile *Saf Aklın Eleştirisi*'nde doğruyu yanlıştan ayıran, *Pratik Aklın Eleştirisi*'nde iyiyi kötüden ve *Yargı Yetisinin Eleştirisi*'nde de güzeli çirkinden ayıran akıl ile aynı anlama gelmektedir¹³⁶. Bu da tam olarak Descartes'ın ortak akıl kavramıyla ifade ettiği şeydir.

Arendt de, *Lectures on Kant's Political Philosophy* adlı eserinde Kant'ın terimin Latinesini kullanarak, onun bilindik sağduyu anlamından farklı bir şeyi kastettiğini söyler. *Sensus communis*, topluma uymamızı sağlayan ekstra bir akli kapasitedir. İletişim ve konuşma ile ilgili yetenekler ona bağlıdır. Akıl kaybına uğrayan insanların gösterdikleri en genel belirti *sensus communis*'ten yoksun olmalarıdır¹³⁷.

¹³⁵ Kant, (2002), s. 7.

¹³⁶ Reyhani, s. 31-32.

¹³⁷ Arendt, Hannah, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Ed. Ronald Beiner, Chicago, 1992, s. 70.

Arendt, *sensus communis*'i tam olarak topluluk duygusu olarak algılamaktadır. Bu duyuyu bireyin yargı yetisinin bir unsurudur. Çünkü bireyin zihni *apriori* olarak diğer insanlara bağlıdır. Bu sebeple de yargılamaya geçerlilik kazandıran bu ortak zihin kavrayışıdır¹³⁸. Ancak bu açıklamalardan Arendt'in ortak akıl kavramının yukarıda değinilen Amerikan realistlerinin ortak akıl kavramıyla eş değer olarak algılamamak gerekir. Onda ortak akıl aynı zamanda refleksif bir nitelik de taşır. Bu durum en iyi şekilde devlet başkanının nitelikleri üzerinden yaptığı ortak akıl tanımı ile anlaşılabilir. Buna göre, devlet başkanının birçok danışmanı bulunmaktadır. Çözülmesi gereken bir problem söz konusu olduğunda bu alanında uzman fakat her zaman birbirlerine zıt tavsiyelerde bulunan kişilere danışır. Her makul devlet başkanı bu tavsiyeleri dinler, meseleyi her açıdan ele alır, onları yargılar ve bir karara varır. Onun bu şekilde karara varmasını sağlayan şey de ortak akıldan başkası değildir¹³⁹.

Gerek ortak akıl kavramı gerekse yukarıda incelenen kolektif bilinç kavramı bize şu gerçeği göstermektedir: Bireyselliğin ve bireyciliğin başat kavram olduğu günümüz dünyasında unutulmaması gereken, Arendt'in de ifade ettiği gibi, bireyin sadece belirli ihtiyaçları karşılamak için değil, öyle olmak zorunda olduğu için toplumla beraber yaşadığıdır. Durkheim'in bütünü parçaya önceliği ifadesi yani, toplumun bireyden değil, bireyin toplumdaki ileri geldiği savı da aynı doğrultudadır. Ayrıca toplum tıpkı bireyin olduğu gibi ayrı bir varlığa sahiptir. Bu iki varlık yani, birey ve toplum hem yan yana hem de iç içe durmaktadır. Birey toplumun içinde olduğu gibi toplum da bireyin içindedir. Dolayısıyla hukukun bilgisinin doğru olarak tespit edilebilmesi için hem bireyin hem de toplumun dikkate alınması gerekir. Hukukun bireysel akla olduğu kadar toplumsal akla ve yine bireysel vicdana olduğu kadar toplumsal vicdana da uygun olması gereklidir. Burada kullanılan birey aklı, toplum aklı ya da birey vicdanı, toplum vicdanı kavramı ki vicdanın da akıl ve ahlakın birlikteliği olduğu kabulüyle farklı şeyleri ifade edecek şekilde kullanılmadığı gibi aksi durumda da değişen bir şey olmayacaktır. Dekartçı söylem ile doğru yöntem ile kullanılan akıl hakikate (doğruya) ulaştırır. Bu bakış açısıyla bireysel akıl ile toplumsal akıl hali hazırda aynı şeyi ifade edecektir ya da ikisi aynı sonuca ulaşacaktır. Ancak bu görüşün kabul edilmediği durumda da benzer sonuca ulaşmak mümkündür. Bireysel boyutta çok büyük farklılıkların olması halinde toplumsal akıl uç noktaları törpüleyecek ve özü temsil edecektir. Bireyin özgür olması için toplum aklının özgür

¹³⁸ Ayas, Tuğba, "Arendtçi Politik Yargının Kantçı Kökleri", *FLSF Dergisi*, Sayı 14, Yıl 2012, s. 36.

¹³⁹ Borren, Marieke, "A Sense of the World: Hannah Arendt's Hermeneutic Phenomenology of Common Sense", *International Journal of Philosophical Studies*, Vol. 21, No. 2, Year 2013, s. 226-227.

olması şarttır. Bu da iddia edilenin aksine, tek tipleşmeyi engelleyecek ve çoğulculuğu sağlayacaktır. Bir sonraki başlıkta işte tam bu sorun ele alınacak ve hukuk ile toplumun neden ve nasıl uyum içerisinde olması gerektiği yine vicdan kavramı üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

III. TOPLUM VİCDANI VE HUKUK

"Hukukun toplum vicdanına uyması" ya da "toplum vicdanına uygun hukuk" söylemleri çok eski bir geçmişe sahip değildir. Çünkü hukuk ile toplum vicdanının çatışması problemi 17. yüzyıl ve sonrasındaki sürecin getirmiş olduğu anlayışın hukuka yansımalarının bir sonucudur. Tarihin ilk zamanlarında, hukuk toplumun etik ve sosyal değerlerinden ayrı bir normatif düzen olarak algılanmadığından toplum vicdanına aykırı hukuktan bahsedilmez. Hukukun başlıca unsurları olan etik değer ve sosyal olgunun aydınlanma çağı ve modern çağla yerini, bunların başkalaşmış şekli olan unsurlara bırakması bu çatışmanın fitilini ateşlenmiştir. Etik değer yerine hâkim kılınan, irade ya da doğrudan söyleyişle ideolojilerdir. Hukukun sosyal olgu boyutu ise, toplumun benimsediği ideal düzeni sağlama amacına değil, toplum mühendisliği ile onu dönüştürme amacına doğru evrilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde hukuk anlayışındaki bu değişimin yaratmış olduğu toplum vicdanı ile hukuk çatışması problemi teorik boyutuyla ele alınmaya çalışılacaktır.

A. Hukukun Felsefi Gelişim ve Değişimi (Etik Değer Olarak Hukuk)

Değer olarak hukuk, tabii hukuk anlayışı ile ele alınmaktadır. Tabii hukuk tarihi de tamamıyla adalet arayışının tarihi olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bu akımda öncelikle incelenmesi gereken Sokrates'in hukuk anlayışıdır. Kendisinden önceki felsefeciler olan Sofistlerden farklı olarak insan ve toplum sorunlarını ele alan Sokrates¹⁴¹, ahlak ve bilgi felsefesinin temeline adaleti ve erdemi yerleştirmiştir. Ona göre, gerçek bilgiye ulaşmanın yolu ise akıldır. Doğurtma yöntemi de denilen diyalektik yöntemle, kişilere sürekli sorular sorarak doğru cevabı bulmalarını sağlaması, *apriori* bilgi anlayışını ve tümünden gelim metodunu uygulamasının bir göstergesi olarak, insanın halihazırda sahip olduğu bilgiyi ortaya çıkarma amacını taşımaktadır. Ona göre, bilgili olmakla erdemli olmak eş

¹⁴⁰ Can, s. 23.

¹⁴¹ Güriz, (2014), s. 147.

anlamlıdır¹⁴². İyiyi kötüden ayırmaya yarayan erdem, bilgi olduğuna göre öğretilen ve dolayısıyla her insanın öğrenmesi gereken bir şeydir¹⁴³. Sokrates, akıl aracılığıyla evrensel ahlak ve hukuka ulaşılabileceğini savunur. Evrensel ahlak ve hukuk ile adalete uygunluğu sağlar. Bu sebeple de adalet, ahlak ve hukuk gibi kavramların kişiden kişiye değişebileceği fikrine karşı çıkmaktadır¹⁴⁴. Kişiden kişiye değişen bilgiler, çelişkilerin, bireysel keyfiliğin, istikrarsızlık ve subjektif tesadüflüğün egemen olduğu duygularımızın sağladığı bilgidir¹⁴⁵. Bu tür bilgiler ile akıl vasıtasıyla ulaşılan evrensel ilkeler birbirinden ayrı tutulmalı ve evrensel ilkelerin her daim egemen kılınması sağlanmalıdır.

İlkçağ tabii hukuk anlayışının diğer temsilcisi Platon'dur. Platon'un hukuk anlayışının anlaşılması için onun idealar öğretisine bakılması gerekmektedir. Platon, varlığı nesnelere ve idealar olmak üzere ikiye ayırmıştır. Nesnelere evreni duyu aracılığıyla kavranırken, idealar evreni akıl aracılığıyla kavranmaktadır. Gerçek evren, ideaların evrenidir. Nesnelere, gerçek evrendeki ideaların kötü bir kopyasını teşkil eder. Varlığı bu şekilde ikiye ayıran Platon için iki tür bilgi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi *episteme*dir. Yani, akıl aracılığıyla edinilen gerçek dünyanın bilgisidir. İkincisi ise *doksa*dır. Doksa, nesnelere evreninde duyularımızla edindiğimiz bilgidir. Bu bilgiler gerçek olmayan nesnelere evrenine ait bilgiler olduğundan doğru değildir. Bu sebeple, gerçek olmayan nesnelere evrenini olabildiğince idealar evrenine benzetmeye çalışma zorunluluğunun bulunmaktadır. Her şey idealar evrenine göre düzenlenmelidir. Örneğin, nesnelere evreninin hızla değişen kurumlarının yerine, olabildiğince değişmeyen kurumlar koyulmalıdır¹⁴⁶. Platon'un hukuk hakkındaki görüşü de bu ikili evren görüşüne paraleldir. Buna göre, hukukun özü idealar evreninde bulunmaktadır¹⁴⁷. Bu sebeple, nesnelere dünyasındaki hukuku idealar dünyasındaki hukuka yakınlaştırmak gerekmektedir.

Sokrates ve özellikle de Platon'da bilginin tek kaynağının soyut akıl olduğu düşüncesi Aristoteles'le birlikte daha somut bir nitelik kazanmıştır. Onun, *episteme* ve *phronesis* birbirinden ayırdığı ve ortak duyu kavramını incelediği bilgi teorisi yeni bir hukuk anlayışı için de temel teşkil etmektedir. Platon'da ancak zahiri bir gerçekliğin elde edebilen duyu organlarının faaliyeti, aklın yanında deney ve gözlemin de önemini

¹⁴² Akarsu, s. 60; Vecchio, s. 38.

¹⁴³ Şenel, Alaeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara, 2013, s. 144.

¹⁴⁴ Balı, Ali Şafak, *Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet*, Konya, 2001, s. 104; Güriz, (2014), s. 148.

¹⁴⁵ Vecchio, s. 38; Balı, Ali Şafak, *Hukuk, Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları*, Konya, 2005, s. 115.

¹⁴⁶ Şenel, s. 156,157.

¹⁴⁷ Balı, (2005), s. 118.

vurgulayan Aristoteles'te değer kazanmıştır. Dolayısıyla Aristoteles, doğuştan gelen bilgiden ziyade aklın deney ve gözlem yoluyla bilgi oluşturabildiğini savunmuştur¹⁴⁸.

Ortaçağ tabii hukukunun temsilcisi Aquinas'a göre de bilginin en önemli kaynakları inanç, akıl ve deneydir. İnsan akılı erdemi ve kötülüğü ayırt edebilecek kapasitededir. Ancak irade işin içine karıştığından, doğru olanı seçmesi inancının yardımıyla mümkün olabilecektir. Aquinas, genel felsefesinden hareketle hukuk felsefesinde dört türlü yasanın varlığını kabul eder. Bunlar hiyerarşik sırasıyla sonsuz yasa, doğal yasa, kutsal yasa ve insan yasasıdır. Sonsuz yasa, insan aklının üzerinde, evrensel tanrısal akıldır. Doğal yasa, akıllı yaratıkları doğal yeteneklerine uygun ve akıllı bir yaşama yönelten yasadır. Kutsal yasa, kişilerin imanları ile kavradıkları yasa, insan yasası da insanların doğal yasadaki akıl yoluyla ve yalnızca insanlar için çıkardıkları yasalardır. Görüleceği üzere insan yasasının ölçütü akıldır¹⁴⁹.

Tabii hukuk anlayışı, adaleti diğer tüm etik değerlerin üzerinde görmüş ve en iyi hukukun bu üstün değeri en iyi şekilde sağlayabilen hukuk olduğunu iddia etmişlerdir. Bu ise, kaynağını insan aklından alan adalet anlayışının, hem hukuku hem de toplumun temel yapısını belirleyebileceği görüşüne dayanan Aydınlanma felsefesinin de esasını teşkil etmektedir¹⁵⁰.

Tabii hukuk felsefesinin özü, akıl aracılığıyla ulaşılabilen evrensel etik değerlere dayanan hukuk anlayışıdır. Hukuka hâkim kılınması gereken akıl, özellikle Aristoteles ve onun felsefesinden etkilenen Aquinas'ın kastettiği olgusalda soyutlanmamış akıldır. İlkçağ tabii hukukçuları eşyanın doğasından kaynaklanan bir hukuk anlayışına sahiptirler. Buradaki doğadan anlaşılması gereken ise sadece maddesel nesnelere ve nedensellik ilişkilerinin ötesinde tinsel anlamın, değer ve amacın doğasıdır. Kısaca ifade edilebileceği gibi ilkçağ düşüncesi özü itibarıyla, hukukun, insan eylemlerinin sosyal tarihsel gelişimini yorumlayıp değerlendiren, akılcı bir yaklaşımın ürünü olduğunu savunmaktadır¹⁵¹. Bu şekildeki bir anlayışla da toplum gerçeklikleri ile uyumlu bir hukukun varlığı tartışmasız olacaktır. Olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki ayrım ise hukukun ideal olan en iyi uygulamaya ulaştırılması için yapılan bir uğraşa işaret etmektedir. Modern dönemin olan-olması gereken çözümsüzlüğünden ziyade olanın, olması gerekeni de içerdiğini ve

¹⁴⁸ Balı, (2005), s. 124.

¹⁴⁹ Şenel, s. 281.

¹⁵⁰ Balı, (2005), s. 120 (263. dn).

¹⁵¹ Can, s. 78-80.

olanın zaten olması gerekene yöneldiğini savunan Aristoteles'in anlayışı da bunun bir göstergesidir¹⁵².

Günümüzde ise hukuk, doğruluğa, adalete ve ortak iyiye ulaştıran ilkeler boyutundan uzaklaştırılarak bir değerler sistemi olma karakterinden sıyrılmış, daha somut ve pozitif bir bilim olarak algılanmaya başlamıştır. İlk zamanlarda ayrı kavramlar olarak dahi tahayyül edilmeyen hukuk ve ahlak birbirinden tamamen farklı iki sistem olarak şekillendirilmiştir. Bu durumu Touraine, Tanrı sevgisinin yerini dayanışma, vicdanın yerini yasalar, peygamberlerin yerlerini ise hukukçular ve idareciler almaya başlamıştır şeklinde ifade etmiştir¹⁵³. Taylor ise modernleşmenin hukuk ve ahlak açısından yarattığı sorunları bireycilik ve araçsal akılın gelişmesi ve siyasi faaliyetlere katılımın düşmesi şeklinde belirtmiştir¹⁵⁴. Burada bireyciliğin sorun olarak nitelendirilmesindeki kasıt, bireysel yaşam alanlarının yoğunlaşması, bununla birlikte geniş bakış açılarının kaybedilmesi ve kişilerin topluma karşı kayıtsız hale gelmesidir. Araçsal akıl ise, Sokrates ve sonrası dönemin erdemle eşit olan bilgiye ulaştıran araç olan akıldan ziyade, verimlilik, başarı, tüketim ve teknoloji gibi değerleri öne çıkararak, insani ve ahlaki boyut, toplumsal duyarlılık ve çevreye saygı gibi değerleri zayıflatan akıl anlamına gelmiştir¹⁵⁵. Hayek'e göre, bu şekilde biçimselleştirilen akıl yoluyla yapılan hukuk da aynı biçimsel ve araçsal niteliğe sahip olur. Hukuk, toplumu dizayn etme ve planlamanın bir aracına yani toplum mühendisliğine dönüşür. Bu niteliğiyle de hukuk toplumun dışında ve üstünde yer aldığı kabul edilen, topluma yön veren bir kurum olarak görülür¹⁵⁶.

Can, insanın mantıki duygu ve tinsel yapısından kaynaklandığından gerçekten "hukuk" oluşturan normların etkinlik kazanması için başka hiçbir yetki ya da otoriteye ihtiyaç olmadığını söylemektedir. Ancak hukuk oluşturma zamanla insan yapısından kaynaklanan bir olması gereken eğilime değil, iradesini başkaları karşısında geçerli kılmış olanın verdiği emir durumuna ya da kısaca iradeye dönüşmüştür. Dolayısıyla irade, akla tercih edilmektedir. Oysa toplumsal bilincin ya da toplum vicdanının içinde akışkan bir

¹⁵² Can, s. 18.

¹⁵³ **Touraine**, Alain, *Modernliğin Eleştirisi*, Çev. Hülya Tufan, 1995'ten aktaran, **Yüksel**, Mehmet, *Hukuk Sosyolojisi Yazıları*, Ankara, 2011, s. 18.

¹⁵⁴ **Taylor**, Charles, *Modernliğin Sıkıntıları*, Çev. Uğur Canbilen, İstanbul, 1995, s. 9-18; Yüksel, (2011), s. 20.

¹⁵⁵ Yüksel, (2011), s. 20-21. Bireycilik ve araçsal aklın siyasal yaşam üzerindeki etkisi ise siyasi faaliyetlere katılımın azalmasıdır. Kendi içine kapalı bireylere dönüşmüş bir toplumda çok az sayıda kişi özyönetim faaliyetine aktif olarak katılmak isteyecektir. Taylor, s. 15-16.

¹⁵⁶ **Hayek**, Friedrich A, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, Çev. Atilla Yayla, Ankara, 1994'ten aktaran, Yüksel,(2011), s. 43-44.

konumda bulunan olması gereken yönelimi, var olduğu biçimiyle tekil normlara dönüştürüldüğü takdirde, ortaklaşa bir ideal konumundaki adalete ulaşılmış olacaktır¹⁵⁷.

Modernleşme ile birlikte hukuk ve ahlak ilişkisi değişime uğramıştır. Pozitif bilimler çağının hukuk üzerindeki etkisiyle hukuki pozitivism ve hukuki realizm gibi akımlar, soyut ve metafizik olarak kabul edilen her unsuru hukuktan uzak tutulması gerektiğini söyleyerek hukukun salt yasa metinlerinden ya da yargı kararlarından ibaret olduğunu iddia etmişlerdir. Bu sebeple de hukuki kesinlik ve belirlilik ilkesi adaletin sağlanması için tek değer olarak görülmeye başlanmıştır. Benzer amaç ve düzenlemeler içerse de hukuk kuralı ile ahlak kuralının birbirinden tamamen ayrı olduğu bilgisi sürekli dile getirilmektedir. Yüksel, günümüzdeki hukuk anlayışının değişimi ile hukuk ve ahlakın ayrılığı konusunu şu şekilde özetlemiştir:

"Modernleşme sürecinde yasaların yapılması, yorumlanması, kanıtların yargı sürecinde değerlendirilmesi ve iddiaların dengelenerek hukuki sonuçlara varılması süreci, adalet, hakikat ve değer alanından uzaklaşmıştır. Böylece hukuk, bir yandan bireysel ön yargılara dayalı kişisel ahlak alanının kaygan zemininden uzak tutulurken; diğer yandan hukukun toplumun kolektif ahlak değerlerinin bir ifadesi olduğu varsayılmış oluyordu. Hukukun bu anlamdaki ahlakiliği ise, onun tutarlılığını korumak anlamına geliyordu"¹⁵⁸.

Aral, hukukun ahlaki ve kültürel boyutundan uzaklaştırılmasıyla ortada sadece çıplak bir buyruk ve anlamsız bir güç kalacağını ifade etmektedir¹⁵⁹. Vicdani bir öğeyi içermeyen hukuk kuralının varlığı halinde kişilerin hukuka uygun davranışları, onların akıl ve vicdanları ile benimsemelerinden değil, korku yüzünden ve sırf bir nedensellik bağı ile gerçekleşmiş olur. Ancak bu durumun aksine hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, bir toplumun kişilik sahibi bireylerinin akıl ve vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur¹⁶⁰.

Hukukun ideal değerlere ulaşma çabasından ayrılığı 20. yüzyılın ilk çeyreğinde başlayan ve 2. Dünya Savaşını takip eden yıllarda zirveye ulaşan Tabii Hukuk Rönesansı ve Değer Nitelikli Tabii Hukuk anlayışlarıyla giderilmeye çalışılmıştır. Bu akımlar, hukuki pozitivism akımının eksiklerini tamamlamak ve hukuktaki değer unsurunu ortaya çıkarmak

¹⁵⁷ Can, s. 28-29.

¹⁵⁸ Yüksel, (2011), s. 45.

¹⁵⁹ Aral, s. 7.

¹⁶⁰ Aral, s. 122,124.

üzere oluşturulmuşlardır¹⁶¹. Ahlakın ve rasyonalizmin hukukun özünü oluşturduğunu ve hukukun şekil, değer ve olgunun seçkin bir bileşimi olduğunu savunmuşlardır¹⁶². Post modern hukuk anlayışı denilen akımın da modern hukukun kesin, amaçlı ve belirlenmiş karakterine karşı çıktığı söylenebilir. Yine, pozitivistin toplumu doğa gibi edilgen bir nesne şeklinde ele almasını reddederek, bilgi edinme sürecinde kültürel ve insani eylem boyutunun daha fazla ele alınması gerektiğini söylerler¹⁶³.

Hukuk anlayışındaki değişimin eleştirisini yapan tüm bu akımlar, hukukun değer unsurundaki mevcut durumun sıkıntılarına işaret etmektedirler. Ancak, hukukun felsefi yönünde meydana gelen bu değişimin pratikteki yansımalarına geçmeden önce, konunun bütünlüğü açısından, hukukun sosyal boyutundaki değişimin de ele alınması gerekmektedir.

B. Hukukun Sosyolojik Gelişimi ve Değişimi (Sosyal Olgu Olarak Hukuk)

Hukukun sosyolojik gelişimi tarihsel ve antropolojik bakış açısıyla incelendiğinde, ilk çağlarda hukuk kurallarının günümüzdeki gibi yazılı ya da yazısız müstakil bir varlığa sahip olmadığı görülecektir. Bir başka deyişle, o dönemin sosyal hayatının düzenlenmesi günümüzdekinden farklı olarak din kuralı, ahlak kuralı, hukuk kuralı gibi farklı kategorize edilmiş kurallara dayanmamaktadır. Sosyal norm olarak ifade edilebilen ve aynı zamanda kutsal sayılan tek tip kurallar bulunmaktadır. Özellikle Antik Yunanda ahlak, hukuk ve siyaset ayrı sorunlar olarak gözetilmemektedir¹⁶⁴. Yüksel bu durumu, o dönemde siyasi, sosyal ve hukuki şeklinde yapılan ayırımın hiç bir anlam taşımaması ve hukukun toplumsal yaşamın ayrılmaz ve fark edilmez bir parçasını oluşturması şeklinde ifade etmektedir¹⁶⁵. Dolayısıyla ilk hukuk kuralları mevcut sosyal normlardan ayrı bir hukuk normu değil, sosyal normlara aykırı davranışları yargılayan ve cezalandıran uygulamalar olmuştur¹⁶⁶.

Günümüz toplumlarına göre oldukça küçük ve homojen bir yapıya sahip olan bu toplumlarda, doğru davranışın ve bu davranışa yön verecek kuralların ne olduğu konusunda fikir birliği olduğundan biçimsel kuralların yerine şekli olmayan kurallar ve yaptırımlar uygulanmaktadır¹⁶⁷. Bu anlamda hukuk, tarihsel süreçte geleneksel

¹⁶¹ Güriz, (2014), s. 349-374.

¹⁶² Güriz, (2014), s. 366-367.

¹⁶³ Yüksel, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara, 2002, s. 185,189.

¹⁶⁴ Balı, (2005), s. 73; Jonsen/Toulmin, s. 48.

¹⁶⁵ Yüksel, (2002), s. 74.

¹⁶⁶ Balı, (2005), s. 71.

¹⁶⁷ Yüksel, (2002), s. 41.

uygulamalar şeklinde oluşmuştur. Zamanla toplumda zaten mevcut bulunan sosyal normlara karşı gelenleri cezalandırmak üzere, özellikle ilk yargıçlar diyebileceğimiz din adamlarının verdiği kararların istikrarlı bir hukuk uygulamasına kaynaklık etmeye başlaması ile biçimsel nitelikli hukuksal normlar ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁶⁸. Dolayısıyla, tarih biliminin verileriyle hukukun ne olduğu sorusuna verilecek cevap şu şekilde olacaktır: "Hukuk geleneksel olarak, kamusal vicdanı inciten ve yaralayan eylemlerin doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmak, toplum üyelerinin mevcut inanç sistemleri ve daha genel olarak kültürel normlar çerçevesinde hak ve adalet duygularını tatmin etmek üzere varlık bulmuştur"¹⁶⁹.

İlkçağ dönemi hukukunun ikinci önemli özelliği ise kişinin sosyal norm denilen kurallarla ilişkisi bakımından göze çarpmaktadır. Malinowski, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek* adlı eserinde, ilkel insanların günümüzdeki durumdan farklı olarak, yasalara daha büyük bir gönül rızasıyla yani, kendiliğinden uyduğunu söylemektedir. Toplumun gerektiği biçimde işlemesi için yasaların "isteyerek" ve "kendiliğinden" kabullenilmesi gerekmektedir. Bu da iddia edilenin aksine ilkel insanların bu yasalara salt mistik bir güce dayandığını düşündüklerinden itaat ettikleri savıyla örtüşmemektedir. Çünkü Malinowski'ye göre, ilkel ya da uygar fark etmeksizin, sadece baskıyla karşılaşma ya da cezalandırma korkusu, ortalama insanı etkilemez¹⁷⁰. Bu anlayış, ilkçağ hukuk anlayışı ile günümüzdeki toplum ve hukuk ilişkisini değerlendirildiğinde, o dönemde toplumdaki soyutlanmış ya da toplum vicdanından ayrı kabul edilen bir hukuk yapısının olmadığını göstermektedir. Can da, ilkçağ ve modern dönemin bilgiye ulaşma ya da hukuk yaratma yöntemlerini karşılaştırırken benzer bir düşüncüyü savunmaktadır. Ona göre, herhangi bir toplumsal düzen kuralı matematiksel geçerlilikle kurulan analogiler ile oluşturulmamalıdır, çünkü hukuksal tanımların gücü toplumsal gerçeklikleri değiştirmeye yetmeyecektir¹⁷¹.

Modern döneme geçildiğinde ise tam manasıyla yeni bir hukuk anlayışı ile karşılaşılacaktır. Durkheim'in deyimiyle, mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya geçilen, kişisel bağılıkların zayıfladığı ve toplumsal ilişkilerin anonimleştiği modern toplumda hukuk, sosyal düzeni sağlayan yegâne kurallar sistemi olarak insan eliyle yaratılabilen bir sistem haline dönüşmüştür¹⁷². Hukuk; din, gelenek ve ahlak gibi normlardan bağımsız bir hale dönüştürülürken geleneksel değerlerinden kolayca

¹⁶⁸ Balı, (2005), s. 73, 74.

¹⁶⁹ Balı, (2011), s. 50.

¹⁷⁰ Malinowski, Bronislaw, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa Yeğin, İstanbul, 2003, s. 16-19.

¹⁷¹ Can, s. 121.

¹⁷² Yüksel, (2002), s. 70; Balı, (2005), s. 93.

vazgeçemeyen insanlara bu yeni hukuku benimsetmek için sosyal sözleşme kuramı, insan hakları söylemi, normlar hiyerarşisi gibi teoriler oluşturulmuştur¹⁷³. Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi hukuksal tanımlamaların gücü toplumsal gerçeklikleri değiştirmeye yetmemiş ve sosyal düzeni sağlayan yegâne kurallar sistemine dönüştürülmeye çalışılan hukuk, bu sefer kendi içerisinde pozitif hukuk ve yaşayan hukuk gibi bölümlere ayrılmıştır.

Yaşayan hukuk kavramı ilk olarak hukuk sosyolojisinin kurucusu sayılan Ehrlich tarafından kullanılmıştır. Ehrlich'e göre hukuk, devletin yurttaşlarına zorla kabul ettirdiği kurallar toplamı değildir. Yaptırım gücünü devlet otoritesinden alan dogmatik hukukun yanında, bireyin günlük eylem alanı içinde bulunan ve canlılığı nedeniyle hukukun gelişmesinin güvencesi sayılan yaşayan hukuk bulunmaktadır¹⁷⁴. Hukuk sosyolojisinin esas konusunu teşkil eden yaşayan hukuk, toplumun barışçı bir iç düzen halinde yaşamasını sağlamaktadır. Esas olan hukuk, yaşayan hukuktur. Bütün hukukun devlet kaynaklı ve onun tabiiyetinde olduğu fikri, önceden belirlenmiş önermelerle hâkimin tüm takdir hakkının engellenmesi ve hukuk birliğinin, kuralların sistematik tutarlığıyla eşdeğer sayıldığı dogmatik hukuk, fiili gerçekliğe geçirilen bir maskedir¹⁷⁵.

Yaşayan hukuk düşüncesi, fiili hukuk (*law in action*) ve kitaplardaki hukuk (*law in books*) ayrımı ile hukuki realizm akımı taraflarınca da incelenmiştir. Realistler, hukukun, kâğıt üzerinde kalan gerçeklik iddialarından ziyade, sosyal olayları incelemesi gerektiğini, çünkü onun toplumdaki tecrit edilmiş bir müessese olmayıp, bizzat sosyal örgütün bir parçası olduğunu savunmuşlardır. Bu görüşlerinde aşırıya kaçarak, pozitif bir bilim haline getirmek amacıyla hukuku, başta değerler olmak üzere tüm metafizik öğelerden arındırmışlar ve onu salt mahkeme kararlarına indirgedikleri için büyük ölçüde eleştirilmişlerdir. Ancak, özellikle hukuk teorisi ve pratiği arasındaki uçurum arttığı günümüzde, hukukun toplum gerçekliği ile arasındaki bağın kurulması açısından hukuki realizm akımının eleştirilerinden faydalanılması mümkündür¹⁷⁶.

Gelişim çizgisi göz önüne alındığında, meşruiyetini devletten alan ve özünde araçsal aklın egemen kılındığı irade ve ideolojik değerlerin bulunduğu yazılı hukukun yanında, tıpkı hukukun ilk kez ortaya çıktığı zamanlarda görüldüğü üzere, kişilerin din, ahlak ve gelenekleriyle oluşturulan bir yaşayan hukuk bulunmaktadır. Ancak, günümüzde yaşayan hukuk, Ehrlich'in tasvir ettiği gibi pozitif hukukun canlı tutulmasını ve

¹⁷³ Balı, (2011), s. 160.

¹⁷⁴ Can, s. 169-170.

¹⁷⁵ **Gurvitch**, Georges, "Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları ve Bugünkü Cereyanları", Çev. Hamide Topçuoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, Cilt 8, Yıl 1973, s. 631.

¹⁷⁶ **Gürkan**, Ülker, "Hukuki Realizm Akımı", *HFSA*, Sayı 1, İstanbul, 1997, s. 492-497.

geliştirilmesini sağlayan hukuk görünümünde değildir. Çünkü hukuk sosyal olgu boyutundan uzaklaştırılarak, pozitif hukukun yaşayan hukuktan beslenmesi anlayışı terk edilmiştir. Yaşayan hukuk, *pozitif hukuka rağmen* varlığını sürdürmektedir. Toplum, hukukunun pozitif hukukla birbirini besleyerek uyum içerisinde varlığını sürdürmesi yerine göz ardı edilen yaşayan hukuk, yozlaşmalara karşı da savunmasız bırakılmaktadır. Çünkü hukukun toplumla çatıştığı ve toplum vicdanını zedelediği yerlerde kişilerin hukuk kurumlarına olan güveni azalmakta, bu sebeple belki de adli makamlara başvurmaktan ziyade hakkını aramak için yeni çareler üretmektedir.

Hukukun toplum vicdanı ile çatışmasının bir diğer boyutu da suçluluk duygusunda göze çarpmaktadır. Malinowski'nin belirttiği üzere, yasaların istenerek ve kendiliğinden uygulandığı yani, içselleştirildiği toplumlarda birey suç işlediği zaman cezaya razı olmakta hatta cezalandırılmak istemekte çünkü bu şekilde günahlarından arınacağını, vicdanının rahatlayacağını düşünmektedir. Oysa günümüzde durum tam aksi yöndedir. Cezaevindeki mahkûmlar arasında yapılan bir çalışma, mahkemelerde işlediği suçtan pişmanlık duyduğunu dile getiren suçluların bir kısmının bunu sadece cezai indirimden faydalanmak için yaptığını göstermektedir. Aynı şekilde, ortaya çıkan bir başka sonuç da ankete katılanların %50,3'ünün suçlarını kabul etmediği, %40,2'sinin de haksız yere cezaevinde bulunduğunu ifade ettiğini göstermesidir¹⁷⁷. Bu durumda, kişilerin doğru söylediği ve adli sistemdeki hatalardan ötürü mahkûm oldukları itirazında bulunabilir. Ancak bu sefer de cezaevindeki insanların yarısından fazlasının haksız yere özgürlüğünden mahrum bırakıldığı kabul edilmiş ve hukuk- toplum çatışması daha vahim bir boyuta taşınmış olacaktır.

Toplumla hukukun çatışması halinde kişiler adaleti sağlama konusunda yetersiz kalan hukuki kurumlara karşı çeşitli savunma mekanizmaları geliştirmektedir. 1800'lü yıllarda Henry David Thoreau tarafından gündeme getirilen sivil itaatsizlik akımı bunun en güzel örneğidir. Thoreau, 1846 yılında, köleliği destekleyen yönetimin koymuş olduğu kelle vergisini ödemeyi reddetmiş ve “herhangi birini haksız yere hapisaneye tıkan bir yönetimde, doğru kişinin bulunması gereken yer de bir hapisanedir” diyerek ceza çekmeyi kabul etmiştir¹⁷⁸. Thoreau, bir kimsenin ülkesinin yasasından daha yüce bir yasa

¹⁷⁷ **Bilgiç**, Şükrü, "Mahkûmların Suç Algısı", *KMÜ Sosyal ve Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 16, Yıl 2014, <http://dergi.kmu.edu.tr/userfiles/file/Mayis2014/2m.pdf>, E.T: 25.06.2015, s. 12. Çalışmanın tamamı için bkz. **Bilgiç**, Şükrü, *Hapsedilme, İyileştirme ve Yeniden Suç İşleme*, Ankara, 2012.

¹⁷⁸ **Thoreau**, Henry D/**Gandhi**, Mohandas K, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, Çev. C. Hakan Arslan/Fatma Ünsal, Ankara, 2012, s. 63.

bulduğunu ve bu yasanın da vicdanın yasası olduğunu söylemiştir¹⁷⁹. Onun, sivil itaatsizlik düşüncesi aşağıda yer alan ifadeleriyle özetlenebilir:

“Bir yurttaş vicdanını bir an için olsun ya da bir parçacık bile olsun yasa koyucunun ellerine bırakmalı mıdır? Doğruysa bu, her insanın bir vicdanı olmasına ne gerek var? Bana kalırsa önce insan olmalıyız; kul olmak, uyruk olmak sonra gelir. Yasaya, doğruya beslediğimiz ölçüde saygı beslemek hiç mi hiç istenir bir şey değil. İstenir sayma hakkını gördüğüm tek zorunluluk ne olursa olsun doğru bildiğimi yapmaktır. Şimdiye dek yeterince söylendiği gibi, bir tüzelkişiliğin vicdanı yoktur; ama vicdanlı insanlardan oluşan bir tüzel kişilik, vicdanı olan bir tüzel kişiliktir. Yasa bir parçacık daha doğru, birazcık daha adalete düşkün kılmaz kişiyi; üstelik yasaya besledikleri saygı aracılığıyla, en iyi niyetliler bile her Allah’ın günü hukuksuzluğun, haksızlığın araçlarına dönüşüp dururlar.”¹⁸⁰

Vicdan, toplum vicdanı ve bunların hukuk ile ilişkisini teorik biçimde ele aldığımız bu bölümde ulaşmak istediğimiz asıl meseleyi şu şekilde özetleyebiliriz. Yüzylerce yıllık geçmişe sahip olan ve günümüzde gittikçe artan bir sıklıkla kullanılan vicdan kelimesi, doğru ile yanlışın ayırt edilmesine ilişkin bir kavram olarak teolojik ve psikolojik açıklamaların yanında hem ahlak hem de bilgi felsefesinin önemli bir konusunu teşkil etmektedir. Bu doğrultuda tarihsel süreçte vicdan, yukarıda ayrı ayrı incelendiği üzere Tanrı, duygu, akıl ya da toplumla ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi¹⁸¹ bunların birbirini dışlaması ya da yok sayması gerekmez. Vicdanın Tanrı’nın içimizdeki sesi olduğunu söyleyen Sokrates ve Aquinas, akıl ile ilişkisini açıklayan Kant, tamamen ahlak duygusu ile alakalı olduğunu söyleyen Hume veya toplumla ilişkilendiren Fromm’un temel sorular karşısında aynı sonuca ulaşacağı ya da en azından, onun doğrunun yanlıştan ayırt edilmesini sağlayan bir mekanizma olduğu konusunda hemfikir olacağı kabul edilmelidir. Vicdan, Kant’ın deyimiyle davranışlarımızın ya da düşüncelerimizin sahip olduğumuz ilkelere uygunluğunun denetlenmesidir. Ayrıca ahlaki bir duygu olarak kişinin kendi çıkarı ile başka kişilerin çıkarları arasında denge sağlayan bir yetidir. Bunun yanında, vicdan yargılamasının pasif bir *ıçe doğmadan* ziyade

¹⁷⁹ Thoreau/Gandhi, s. 36.

¹⁸⁰ Thoreau/Gandhi, s. 50.

¹⁸¹ Bkz. s. 4.

aktif bir faaliyet olduğu da kabul edilmelidir. Vicdan muhasebesi yapan kiři, mistik ya da gizemli bir süreç içerisinde değildir. Bilgiye ulaşmaya çalışan, edindiği bilgiler arasında ilişki kuran, sorular soran, bu sorulara cevap veren, verdiği cevapları gerekçelendiren bir dűřünsel ya da akli faaliyet içerisinde dir. Bu durum, Kant'ın dediği gibi bir mahkeme yargılamasına benzemektedir, diyalektik bir süreçtir. Bunun yanında ahlaki yönü itibariyle gerek toplumu besleyen, bütünleştiren gerekse toplumdan beslenen bir yapıya sahiptir. Bu yönüyle de toplumsal yaşamın vazgeçilmez bir öğesi olan hukukla yakın bir ilişki içerisinde dir. Hukuk, doğruyu yanlıştan ya da haklıyı haksızdan ayırarak adaletin gerçekteşmesini ve bu sayede toplumun birlik ve bütünlüğünün devamını sağlamaktadır. Hukuk, toplumun bir ürünüdür, toplum vicdanının bir tezahürüdür. Onunla birlikte var olur, onunla değişir ve gelişir. Dolayısıyla, toplum vicdanına *rağmen* hukuk dűřüncesi mümkün değildir. Hukuk, toplum vicdanını tatmin etmeli yani, onunla uyumlu olmalıdır. Hukukun uygulanması sürecinde bu uyumun varlığı, en güzel şekilde mahkeme kararlarının toplumla olan ilişkisi incelenerek değerlendirilebilecektir. Bu sebeple çalışmamızın ikinci bölümünde mahkeme kararları yani, yargılama ve toplum vicdanı ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGILAMA VE TOPLUM VİCDANI İLİŞKİSİ

I. YARGILAMANIN BİR ÖĞESİ OLARAK VİCDANI KANAAT

A. Genel Olarak

Bir hukuk terimi olarak vicdani kanaat kavramı çoğunlukla, ceza hukukunun ispat teorisi içerisinde değerlendirilmektedir. Geçmişte meydana gelmiş bir olayın en doğru bilgisine ulaşmayı hedefleyen ispat teorilerinin ise, epistemoloji ile yakın bir ilişkisi bulunduğu kuşkusuzdur. En gelişmiş ispat sistemi olarak kabul edilen¹⁸² ve mahkûmiyet kararı verilebilmesi için yetkili makamın sanığın suçlu olduğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekliliğini savunan vicdani ispat sistemi, ulaşılabilecek en yüksek doğruluk oranına sahip bilgi düzeyine işaret etmektedir¹⁸³. Aslında, modern dönemle birlikte, pozitivizm ve realizm gibi akımların etkisiyle mahkeme kararlarının uzmanlar tarafından, bilimsel yöntemler kullanılarak verilmesi gerektiği savunulmuş ve bu şekilde özellikle beyan ve tanık delillerinin kaldırılması ve mutlak gerçekliğe ulaşılması hedeflenmiştir. Ancak bu eleştiriler, günümüzde yine aynı şekilde eleştirilen bilirkişilik kurumunun doğmasına yol açmakla birlikte vicdani kanaatin önemini ve etkisini ortadan kaldırmamıştır¹⁸⁴.

¹⁸² **Feyzioğlu, Metin**, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, 2002. Buna göre, ispat sistemleri tarihsel gelişimleri itibarıyla dört ayrı safhadan oluşmaktadır. Şahsi sorumluluğun olmadığı ve kısas hukukunun geçerli olduğu ilkel ceza dönemi, ilk ispat dönemi olan etnik safhayı oluşturmaktadır. İkinci ispat dönemi dini safha denilen dönemdir ve bu dönemde akıldışı delillerle yapılan karakter denemelerine göre (örneğin sanığın suçlu ya da suçsuz olduğunun, yaralarının iyileşmesine bağlanması) ispata ulaşılmaktadır. Bir diğer ispat dönemi de kanuni safha olarak adlandırılır. Kanuni ispat yöntemi, hâkimin görevini delilleri toplamak ve kanunda yazılı ölçüye ulaşıp ulaşmadığını tespitten ibaret kılmış ve tanığın bulunmadığı hallerde ikrarı mutlak delil sayarak, bu delile ulaşılması için işkencenin sorgulama yöntemi haline gelmesine neden olmuştur. Bu üç ispat sisteminin yanında vicdani ispat sistemi, delillerin akılcılığını merkeze yerleştiren en gelişmiş ve en medeni sistem olarak kabul edilmektedir. Feyzioğlu, s. 41-51.

¹⁸³ Feyzioğlu, s. 82.

¹⁸⁴ Feyzioğlu, s. 51-52.

Vicdani kanaatin İngilizcedeki karşılığı için, tam olarak makul şüpheyeye işaret eden *reasonable doubt* kavramı kullanılmaktadır. Buna göre, bir kişinin suçlu bulunması için gerekli kanaatin, bu şüphenin ötesinde (*beyond a reasonable doubt*) oluşmuş olması gerekir¹⁸⁵. Kavram hakkındaki yabancı literatür oldukça zengin olmakla beraber, makul şüphenin kökenini araştıran ve ilk kullanımındaki anlamının günümüzden çok farklı olduğunu dile getiren dikkat çekici bir çalışma bulunmaktadır¹⁸⁶. Buna göre, makul şüphe kavramı günümüzdeki kullanımıyla orijinal amacındaki kullanımından bilinçli bir şekilde uzaklaştırılmıştır. Makalede oldukça uzun ve detaylı olarak açıklanan değişim şu şekilde özetlenebilir: Günümüzde özellikle kişinin haksız yere suçlanmasını önlemek amacıyla, suçluluğa kanaat getirmek için kullanılan makul şüphe kavramı, ilk kullanıldığı zamanlarda sanığa değil, suçlama kararını verecek olan kişiye koruma sağlamıştır. Yani, asıl amaç hâkim ya da jürinin haksız yere mahkûmiyet kararı vererek ruh ve beden bütünlüğünün zedelenmesi ve lanetlenmesinin önüne geçmektir. Makul şüphe, bir kişinin suçlanması için gerekeni değil, hâkimin bir kişiyi haksız yere suçlayarak günah işlemesini önlemek için kullanılmaktadır. Ancak, Batı Hıristiyan hukuk tarihi, hâkimi verdiği kararın ahlaki sorumluluğundan kurtarma amacına yönelik uzun bir mücadele vermiştir. Bu durumun, yazarın değimiyle ahlaki (vicdani) rahatlatma süreçleri (*moral comfort procedure*), birçok örneği bulunmaktadır. Hâkimin sadece kanunu uygulayan bir kişi ya da kanunun ağzı olarak görülmesi bunların en barizidir. Amerika’da idam kararlarının verilmesi esnasında uygulanan yöntem de bir diğer örneği teşkil etmektedir. Buna göre, idam konseyindeki kişilerin yazılı olarak kullandıkları oyların arasından bir tanesi, rastgele seçilerek silinmekte ve toplam oylamaya katılmamaktaydı. Bu şekilde oylamaya katılan her bir kişiye, kendi oyunun silindiğini düşünerek rahatlatma imkânı sunulmaktaydı. Bu ve bunun gibi verilen pek çok örnek, bizi zamanında kavramın ahlakla iç içe olduğu ancak git gide ondan ayrıştırılarak, salt teknik bir mesele haline getirildiğini göstermektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, Türk Hukukunda yazılı olarak düzenlenmiş olan vicdani kanaat kavramına atfedilen değer, onun tarihi süreçte geçirdiği değişimin "başarıya" ulaştığına işaret etmektedir.

¹⁸⁵ Black’s Law Dictionary, USA, 2007, s. 1293. Feyzioğlu *beyond a reasonable doubt* kavramının makul şüphe olarak çevirisini makul kavramının ayrıca açıklanması gerekliliğinden bahisle tercih etmemiş ve “gerekçeye dayanan şüphe” olarak çevrilmesi gerektiğini söylemiştir. Feyzioğlu, s. 107, (313.dn). Ancak, kavramın dilimize yerleşmiş ve kanunlarımızda da kullandığımız bir terim olması sebebiyle tarafımızca makul şüphe çevirisi kullanılmıştır.

¹⁸⁶ Whitman, James Q. "The Origins of Reasonable Doubt", *Faculty Scholarship Series*. Paper 1, Year 2005, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1, E.T: 06.06.2015.

B. Vicdani Kanaatin Anayasalarımızdaki Anlamı

Yazılı hukukumuzda vicdani kanaat ile ilgili en temel düzenleme 1982 Anayasasının 138. ve 1961 Anayasasının 132. maddesinde yer almıştır. Söz konusu maddeler şu şekildedir:

1982 Anayasası 138. madde: "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler".

1961 Anayasası 132. madde: "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler".

İki madde arasındaki fark oldukça açıktır. Buna göre 1961'deki düzenleme vicdani kanaati anayasa, kanun ve hukukla eşit düzeyde ele almıştır. Hatta maddenin lafzi yorumundan eşit önemde olan bu dört unsurun kümülatif bir niteliğe sahip olduğu sonucunu çıkarmak da mümkündür. 1982 Anayasasında düzenlenişi itibariyle de vicdani kanaat, anayasa, kanun ve hukuk ile sınırlandırılmış şekliyle bir anlam ifade etmektedir. Bu anlam farklılıklarının esas sebebi, anayasa, kanun, hukuk ve vicdan kavramları arasındaki ilişkinin net olarak belirlenmemesidir. Anayasa koyucunun anayasa ve kanunla birlikte hukuk kavramını da ayrıca belirtmesi bunun bir göstergesidir. Madde metinlerinde geçen hukuk kelimesi, anayasa ve kanun dışındaki pozitif düzenlemeleri, bağlayıcı niteliği bulunan yargı kararlarını, pozitif düzenleme olmadığı yerde hukukun genel ilkelerini ya da hâkimin hukuk yaratması durumlarından birini yahut hepsini yani, genel olarak tabii hukuk ilkelerini ifade ettiği söylenebilir. Söz konusu sıralamayla normlar hiyerarşisinin kastedildiği de savunulabilir. Ancak, bu durumda da anayasa ve kanundan sonra hukukun belirtilmesiyle bu hiyerarşiye uyulmadığı görülecektir. Bu kavramlara bir de vicdani kanaat kavramının eklenmesi ile durum daha da karmaşık bir vaziyet almıştır. Dolayısıyla, her iki Anayasada da yer alan maddelerin gerekçelerinin incelenmesi doğru anlamın belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, söz konusu hükümlerin asıl amacının mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığını garanti altına aldığıdır. 1961 Anayasasının 132. maddesinin temelini teşkil eden 1876 Anayasasının 86. maddesi "Mahkemeler her türlü müdahelattan azadedir" hükmü ile 1924 Anayasasının 54. maddesi "Hâkimler,

bilcümle davaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahaleden azade olup ancak kanun hükmüne tabidir” hükmü bunun bir göstergesidir. 1961 Anayasasının ön tasarısındaki düzenlenişi ise "Hâkimler, görevlerinde bağımsız ve her türlü müdahaleden masundurlar ve görevlerini yalnız vicdani kanaatlerine göre yerine getirirler" şeklindedir¹⁸⁷. Ön tasarıdaki bu maddenin gerekçesi ise “Hâkim, hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır ve delillerin takdirinde ve bunun sonunda hükme varışında vicdani kanaatine göre hareket edecektir”¹⁸⁸ demek suretiyle birçok kez kaleme alınmış düzenlemenin en ileri ve anlaşılır halini teşkil etmektedir. Bu madde 1982 Anayasasına alınırken, 1961 Anayasasındaki düzenlenişin aynen aktarılması için bir önerge sunulmuştur. Önergenin savunulması esnasında söylenen şu sözler dikkat çekicidir:

“Dünyada, vicdani kanaatin hukuka uygunluğu üzerinde tereddütler vardır. Hukuka uygunluk objektif ve sübjektif birtakım kıstasları da beraberinde getirir. Hâkim hukuka uygun olarak karar verecektir; ama bu kanuna uygunlukta yalnız kanunu uygulamanın daima adalet yönünden noksan bir tarafı olduğunu gözden kaçırmamak lazım... Bunu tamamlayan unsur, sübjektif bir yapıya sahip olan vicdani kanaattir. Bu, merhamet değildir... çünkü merhamet adalet değildir.”¹⁸⁹

Önergenin bu şekilde savunulmasının ardından, uygulamadaki kararlardan örnekler verilerek hükmün eski halinin kötüye kullanmaya açık olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, sınırların tespit edilememesi nedeniyle 1950-1951 yıllarında Tirebolu’da açılan davalarda, sınırdaşlar dinlenilmeden tescil kararları verilmiş ve bu şekilde alınan tapular kamuoyunda hâkimin adıyla anılacak düzeye erişmiştir. İkinci olarak, Türk Ceza Kanununun cezanın ertelenmesi ile ilgili hükmü hâkimlerce çok farklı şekilde uygulanmış bunun neticesinde de mahkeme kararlarının gerekçeli biçimde yazılması ve bu şekilde kararların yargı denetimine tabi tutulmasına ilişkin içtihadı birleştirme kararı alınması gerekmiştir. Bu sebeple maddenin yeni hali, hâkimlerin öncelikle anayasa, sonra sırasıyla kanun ve

¹⁸⁷ Aybay, Rona, *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, İstanbul, 1963, s. 223.

¹⁸⁸ Öztürk, Kazım, *Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa Karşılaştırmalı Gerekçeler ve İlgili Mevzuat*, Ankara, 1971, s. 264.

¹⁸⁹ Feyzioğlu, s. 120 (351. dn).

hukukun genel ilkeleri son olarak da bunlarla aykırı düşmeyecek şekilde vicdani kanaatine göre karar vermesini sağlayacaktır¹⁹⁰.

Vicdani kanaat kavramının anayasa, kanun ve hukuk ile sınırlandırılmadığı takdirde örnek verilen kararlardakine benzer uygulamaların olacağı yönündeki iddialar gerçeği yansıtmamaktadır. Zira vicdani kanaat, ne hâkimlerin tam olarak araştırmadan ve tanık dinlemeden ne de gerekçe göstermeksizin karar vermelerini gerektirmez. Aksine bu şekildeki uygulamalar vicdani kanaat kavramı ile de örtüşmez. Kaldı ki örnek verilen kararlardan ilki vicdani kanaat kavramının Anayasa tarafından öngörülmesinden önceki bir tarihte verilmiştir. Buradaki asıl sorun ancak, eksik inceleme neticesinde ve gereksiz olarak, neye binaen verildiği anlaşılmayan kararların vicdani kanaat adı altında verilmesi olabilir. Dolayısıyla vicdani kanaat kavramının, hâkimlerin vermiş oldukları yanlış kararların birçoğunun sebebi sayılabilecek torba bir kavram olarak değerlendirilmesi yanlıştır.

1982 Anayasasının 138. maddesinin gerekçesinde ise hâkimlerin bağımsızlığı hususu vurgulandıktan sonra “Hâkim, olayın ve delillerin takdirinde vicdani kanısına göre hareket etmek mevkiindedir”¹⁹¹ denilerek, vicdani kanaati Feyzioğlu’nun da belirttiği şekliyle, hukuki değil maddi olayın değerlendirilmesiyle sınırlamıştır. Buna göre bir davada öncelikle maddi olayın çözülmesi gerekmektedir. Burada hâkim, olayın tüm özelliklerini ve mevcut delilleri göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacak ve vicdani kanaatiyle bir sonuca ulaşacaktır. Sonrasında ise tespit ettiği maddi vakayı, ilgili hukuk kuralına göre hükme bağlayacaktır. Bu şekilde de hem vicdan ile hukuk, kanun ve anayasa arasında bir sıralama problemi olmayacak hem de vicdan Anayasa metninde belirtildiği gibi sınırlandırılmış olacaktır¹⁹². Ancak bu yorum, hem vicdani kanaati sadece mahkûmiyet kararlarıyla sınırlayacak hem de kanunun uygulanmasından çıkabilecek olumsuz uygulamalara karşı hâkimin pasif bir rol almasına neden olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere asıl sorun, vicdani kanaatin kişiden kişiye değişebilen, hukuki zemini olmayan, keyfi kararlar verilmesinin nedeni olarak algılanmasıdır. Bu sebeple vicdani kanaatin sürekli yasal ya da hukuki olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi mevcuttur. Zira Yargıtay’ın birçok kararında da görüleceği üzere "eylemlerin sanık tarafından işlendiğinin yasaya uygun biçimde saptandığı, *vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı*, eylemlerin

¹⁹⁰ Feyzioğlu, s. 121 (351. dn).

¹⁹¹ **Kuzu**, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve Seçilmiş Mevzuat*, İstanbul, 2012, s. 203-204.

¹⁹² Feyzioğlu, s. 119-123.

doğru olarak nitelendirildiği”¹⁹³ ifadesi de bunun bir göstergesidir. Oysa düşünmeden ziyade derin düşünme süreci olarak ifade edilen¹⁹⁴ ve akli bir faaliyeti belirten¹⁹⁵ vicdan kavramının, doğru bir şekilde anlaşıldığı ve kullanıldığı takdirde kendi içerisinde kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayanması gerektiği görülecektir. Başka bir ifadeyle, kesin ve tutarlı olmayan, eksik bilgi ve incelemelere dayanan kanaatin hâlihazırda vicdani kanaat olarak adlandırılması hatalıdır. İşte bu sebeple Anayasada düzenlenmiş olan hükmü, 1961 Anayasasının ön tasarısındaki gerekçeye uygun olarak hâkimin, hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alması ve delillerin takdirinde ve bunun sonunda hükme varışında vicdani kanaatine göre hareket etmesi olarak algılamak daha doğru olacaktır. Hukukun temel prensiplerinin işaret edildiği yerde ayrıca, anayasa, kanun ve hukukun belirtilmesine ihtiyaç kalmayacaktır. Ayrıca, hukukun en temel fonksiyonu olan toplumsal düzenin toplum vicdanına uygun olarak sağlanması prensibi de bu genel ilkelerin içerisinde değerlendirilebilecektir.

C. Vicdani Kanaatin Yargılamadaki Yeri

Bu başlık altında, Anayasamızda öngörülen vicdani kanaat kavramının medeni yargılama ve ceza yargılamasındaki yerinin nasıl anlaşılması gerektiği incelenmeye çalışılacaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi¹⁹⁶, vicdani kanaatin genel olarak ispat usulüyle ilişkisi kabul edilmekte ve sadece ceza hukukunda sanığın mahkûm edilmesine ilişkin nihai hükme varmayı sağlayan bir ölçüt olarak kullanılacağı düşünülmektedir. Bunun temel nedeni, şekil şartlarının son derece önemli olduğu ve çoğunlukla yazılı ispat kuralının geçerli olduğu medeni yargılama usulünde vicdani kanaatin yerinin tespit edilmesinin zorluğudur. Bu sorun, Anayasanın 138. maddesinin yorumlanmasıyla cevaplanmaya çalışılmıştır. Söz konusu madde herhangi bir yargı kolu ayrımı yapmaksızın hâkimlerin, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceğini hükme bağlamıştır. Madde gerekçesinde de bir ayırım yapılmamış, "delillerin takdirinde ve bunun sonunda hükme varışında vicdani kanaate göre harekete edecektir" ifadesiyle yetinilmiştir.

¹⁹³ Y4CD, E: 1992/6051, K:1992/6945, T:11.11.1992; E: 2002/26361, K:2003/8237, T:24.09.2003; E:2012/8349, K:2013/26554, T:30.10.2013.

¹⁹⁴ Wood'un, vicdani açıklayan tefekkür (*reflection*) teorisi ve Butler'ın akıl yoluyla sakin bir biçimde düşünme (*reason reflecting in a cool hour*) olarak adlandırdığı vicdan teorisi, Bkz. s. 4, 15.

¹⁹⁵ Vicdani açıklayan felsefi teorilerin çoğu, onun akli bir faaliyet olduğunu belirtmektedir. Butler ve Kant'ın görüşleri bunların en önemlisidir. Bkz. s. 14-20.

¹⁹⁶ Bkz. s. 44.

Konuyla ilgili tartışılması gereken ilk konu vicdani kanaati, bir ölçüt olarak görmekten ziyade Anayasadaki madde başlığı ve düzenleniş şekli itibarıyla, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını garanti altına alan, bu sebeple hâkimlerin hükümlerini, herhangi bir müdahaleye maruz kalmadan sadece kendi vicdani kanaatlerine göre vereceği şeklinde anlaşılması gerekliliğidir¹⁹⁷. Gerçekten de, yukarıda belirtildiği üzere, 1982 Anayasasının 138. maddesi ile 1961 Anayasasının 132. maddesine temel teşkil eden 1876 ve 1924 Anayasalarındaki hükümler esas olarak hâkimlerin bağımsızlığını düzenlemektedir. Ancak, 1961 ve 1982 Anayasalarında madde başlığı her ne kadar "Mahkemelerin Bağımsızlığı" şeklinde düzenlense de bu hükümler sadece hâkimlerin etki ve baskı altında kalmaması gerektiğini düzenleyen maddeler olarak anlaşılmalıdır¹⁹⁸. Çünkü 1982 Anayasasının 138. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında açık bir biçimde mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemeyeceğini düzenlemiştir¹⁹⁹. Oysa tartışma konusu cümle esasen hâkimlerin hükümlerini nasıl ve neye dayanarak vermeleri gerektiğini belirtmektedir.

Konuyla ilgili bir diğer görüş vicdani kanaatin hükme esas teşkil edebilecek bir ölçüt olduğunu kabul etmekte, ancak medeni yargılamada kesin ya da yazılı delille ispatın zorunlu olduğu davalarda kullanılmayacağını söylemektedir²⁰⁰. Buna göre, Medeni Kanun'un 184. maddesindeki, " tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağı" hükmü ile 166. maddesindeki, "iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi" hükmü ve yine kanunun açıkça takdir yetkisine cevaz verdiği hallerde vicdani kanaat ölçütünün kullanılmasıyla ilgili bir tartışma bulunmamaktadır²⁰¹. Ancak vicdani kanaat ölçütünün, *Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak* ifadesinde belirtildiği üzere, bu sayılanlarla sınırlandırıldığı düşüncesinden hareketle, kesin ya da yazılı delille ispatın zorunlu olduğu davalarda kullanılmaması gerektiği söylenmektedir. Bunun temelinde yatan, Anayasadaki

¹⁹⁷ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 1327.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, s. 90.

¹⁹⁹ 1982 Anayasasının 138. maddesinin tam metni şu şekildedir: A. Mahkemelerin bağımsızlığı
"(1)Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. (2)Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. (3)Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. (4)Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

²⁰⁰ Feyzioğlu, s. 95; **Tutumlu**, Mehmet Akif, "Hukuk Felsefesi ve Dogmatığı Bağlamında Hâkimin Vicdani Kanaatine göre Karar Verebilme Gücü", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 2006, Cilt 2, s. 616-648.

²⁰¹ "...deliller ne olursa olsun hâkim vicdanen kani olmadıkça boşanmaya karar veremez" YHGK, E: 2001/2-367, K: 2001/373, T: 18.04.2001.

sıralamanın hiyerarşik bir sıralama olduğu ve yazılı bir düzenlemenin bulunduğu yerde vicdani kanaat ölçütünün kullanılmasına gerek olmadığı -hatta kullanılmaması gerektiği düşüncesidir. Buna göre, " taraflarca iddia edilen maddi vakıaların gerçekliği konusunda kesin ve nesnel delillerle ispat faaliyeti tam olarak başarılmış ise, hâkimin karar vermesi için vicdani kanaate göre davranması gerekmeyecektir"²⁰². Görüleceği üzere burada vicdani kanaat tali bir unsur olarak değerlendirilmekte ve "tam kanaatin" bir alt derecesi olduğu fikrine dayanılmaktadır²⁰³. Bu düşünce daha önce ifade edildiği üzere²⁰⁴, modern dönemin getirdiği pozitif bilim anlayışının (hukuki pozitivism olarak) hukuka yansımalarının bir sonucudur. Bu durum, normal koşullarda 100 derece sıcaklığa ulaşan suyun kaynamasına benzer ampirik bir ilişkinin hukuk alanına uygulanmasına benzetilebilir. Ancak hukuk, Aristoteles'in deyimiyle, özünde pratik bir faaliyettir, topluma göre belirlenmesi gerekir, bu yönüyle de yaratıcı ve değişken bir özellik arz eder. Genel teorik ilkelerle spesifik olay ve durumlar tam manasıyla aydınlatılamaz²⁰⁵. Dolayısıyla olması gereken, hâkimin her hüküm verişinde Anayasa, kanun, hukuk ve vicdani kanaatinin tümüne birden uygun olan hükmü vermesidir. Ayrıca hukuku, "soyut adalet idealini belirli zaman-mekân koşullarında somutlaştırmayı hedefleyen pozitif düzenleme ve uygulamalar"²⁰⁶ olarak düşündüğümüzde, hâkimin yasa metnini uygulaması da vicdanen doğru olanı yapması anlamına gelecektir, yani bu durumda kanunun uygulanması da vicdanın bir gereği olarak kabul edilebilir. Bu şartlar altında kanun tarafından emredilen, ancak vicdanen verilmemesi gereken bir kararın oluşması durumunda sorunun vicdani kanaat ölçütünde değil, yasa metninde olacağı ifade edilebilir.

Feyzioğlu, vicdani kanaatin "isnat olunan fiilin ispatlandığı" anlamına geldiğini söylemektedir²⁰⁷. Kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasına neden olan mahkûmiyet kararlarının verilmesinde vicdani kanaat kavramının daha büyük bir öneme sahip olabileceği kabul edilmekle birlikte, hâkimin mahkûmiyet kararı dışında verdiği kararlarda vicdani kanaatin kullanılmayacağı iddiası, çalışmamızın en başından itibaren savunduğu temel tezle büyük bir çelişki içerisindedir. Öncelikle, vicdani kanaatin, ceza yargılamasında sadece mahkûmiyet kararlarında kullanılan bir ölçüt olduğu tartışmalıdır.

²⁰² Tutumlu, s. 623.

²⁰³ **Yıldırım**, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990' dan aktaran Tutumlu, s. 623.

²⁰⁴ Bkz. s. 44.

²⁰⁵ Bkz. s. 8.

²⁰⁶ Balı, (2005), s. 263.

²⁰⁷ Feyzioğlu, s. 215.

Yani, hâkim mahkûmiyet kararı verirken bir vicdani kanaate ulaştığı gibi, beraat kararı verirken de yine aynı şekilde suçun oluşmadığı ya da sanığın isnat edilen suçla işlemediğine dair bir vicdani kanaate ulaşabilir. Zira Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 217. maddesi "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir" demek suretiyle sadece mahkûmiyet kararlarında değil, hâkimin verdiği tüm kararlarda vicdani kanaatin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Vicdani kanaatin bu şekilde dar bir anlamda kullanılması vicdan kavramının binlerce yıldır sahip olduğu birikime olduğu kadar hukuk mantığına da aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen vicdani kanaat kavramının şu şekilde anlaşılması gerekir: Vicdani kanaat kavramı, sadece hâkimlerin bağımsızlığı hususunu işaret etmemekte, aynı zamanda karar verilirken kullanması gereken bir ölçüt olarak ele alınmalıdır. Vicdani kanaat kavramı, sadece ceza hukukunun ispat teorisinde isnat olunan fiilin ispatlandığı anlamına gelmemelidir. Hâkim verdiği tüm kararlarında, tıpkı 1961 Anayasasında düzenlendiği gibi, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatinin tümüne birden uygun olan kararı vermelidir. Yargıtay, 1978 yılında vermiş olduğu bir kararla²⁰⁸ hâkimin salt kanunun ağzı olarak kabul edilmesi fikrinin de ötesine geçmiş ve hâkimin gerektiğinde "vicdanının temiz sesine uyarak" ve "yasayı bile aşarak" adaleti gerçekleştirmekle görevli olduğunu söylemiştir. Aynı daire bir başka kararında²⁰⁹ da hükümün mükemmel sayılabilmesi için gerekli nitelikleri sıralamıştır. Buna göre mükemmel bir hüküm yasaya, taraflara ve olaya, yaşama ve gerçeğe, adalet duygusuna uygun olmalı; insancıl bir havaya sahip olmalı, anlaşılmasında ve yerine getirilmesinde kuşkuya yer vermeyecek kadar açık ve seçik olmalı; ayrıca ileride yeni uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde sağlam bir dayanak ve taban üzerine oturtulmuş olmalıdır²¹⁰.

Yazılı hukukumuzda yer alan vicdani kanaat kavramının anlamı belirlendikten sonra mahkeme kararlarındaki yansımaları neticesinde toplum vicdanının yargılamadaki rolünün incelenmesine geçmemiz isabetli olacaktır. Bunu yaparken öncelikle toplum vicdanının yargı kararlarına yansımada önemli bir örnek teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iki önemli kararı incelenecektir. Sonrasında, Türk Mahkemeleri'nin toplum vicdanına yaklaşımı genel olarak verilmeye çalışılacak ve son olarak ülkemizde

²⁰⁸ Y1HD, E: 1978/2980, K: 1978/3172, T: 23.03.1978. Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı 10, Yıl 1978, s. 1626; Tutumlu, s. 629.

²⁰⁹ Y1HD, E: 1978/7281, K: 1978/7379, T: 28.06.1978. Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı 11, Yıl 1978, s. 1792; Tutumlu, s. 632.

²¹⁰ Tutumlu, s. 629-631.

oldukça ses getiren, gerek yargılama süreci gerekse bu sürecin sonunda verilen hükümlerle beraber yargı organlarının yoğun bir biçimde eleştirildiği N.Ç ve Münevver Karabulut davası ve bunların toplum üzerindeki etkisi incelenmeye çalışılacaktır.

II. YARGI KARARLARINDA TOPLUM VİCDANI

Temel fonksiyonunun toplumun düzen ve huzur içinde yaşamasını sağlamak olduğu ifade edilen yargı organlarının karar verme sürecinde temsil ettikleri toplumun temel değerlerini göz önünde bulundurmasından daha doğal bir şey olmadığı ifade edilebilir. Mahkeme kararlarının en başında bulunması zorunlu olan "Türk Milleti Adına" ifadesi bu felsefenin vücut bulmuş hali olarak değerlendirilmelidir. Bu ifade mahkemelerin kararlarını, milleti ya da daha doğru bir ifadeyle toplumu adına, onu temsilen verdiğini göstermektedir²¹¹. Bu zorunluluk sadece ulusal mahkemeler için geçerli değildir. Toplumun değerlerini, ortak çıkarlarını her kararında gözeten ve yetkili kılındığı toplulukta asgari bir standart yakalama amacıyla olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında toplum vicdanının yargılamaya yansması oldukça açık bir biçimde gözükmektedir. Ayrıca AİHM diğer yargı alanlarına nazaran, vicdani yargılamaya göre karar vermenin en uygun olduğu yargı sistemi olarak belirtilmiştir²¹².

Shytov, hukuki karar alma sürecinde vicdan ve duygunun rolünü incelediği eserinde, tüm yargı kararlarının belirli ahlaki ilkelerle ilişkili olduğunu ve dolayısıyla açık ya da örtülü vicdani bir değerlendirme içerdiğini söylemektedir. Bu söylemine uygun olarak da AİHM kararlarını incelerken, mahkemenin kendi tarihi içerisinde çok duyulmamış, sıradan kararlarını ele almış ve her bir karardaki vicdani yargılama türlerine değinmiştir²¹³. Biz ise, toplum vicdanını konu alan bu çalışmamızda mahkemenin sıradan kararlarından ziyade oldukça ses getirmiş ve toplumun dikkatini çekmiş iki kararı üzerinde duracağız.

²¹¹ Bunun kanuni dayanağı öncelikle yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanıldığını söyleyen Anayasanın 9. maddesidir. 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. ve 2004 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 232. maddeleriyle de söz konusu ifadenin kararların başında yer alacağı açıkça düzenlenmiştir.

²¹² Shytov, s. 212.

²¹³ Shytov, s. 206-230.

A. AİHM Kararlarında Toplum Vicdanı

1. Lautsi ve Diğerleri v. İtalya Kararında²¹⁴ Toplum Vicdanı

a. Davanın Konusu

Dava, İtalya'ya karşı, bu ülkenin vatandaşı olan Bayan Soile Lautsi'nin 27 Temmuz 2006 tarihli başvurusu ile başlamıştır. Bayan Lautsi, başvurusunu kendisi ve o zaman reşit olmayan iki çocuğu adına yapmıştır. Başvuruda, Bayan Lautsi'nin çocuklarının eğitim gördüğü devlet okulunun sınıflarında çarmıha gerilmiş İsa figürlerinin bulunmasının, AİHS'in 9. maddesinde düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile 1 nolu Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkına aykırılığı konu edilmiştir.

b. Tarafların İddiaları

Başvuran öncelikle, devlet okullarında bulunan haç figürlerinin, çocukların düşünce ve vicdan özgürlüğüne gayri meşru bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Küçük çocukların eğitim gördüğü okullar, aynı zamanda onların vicdanlarının şekillendiği yerlerdir. Ancak haçların varlığı, belirli bir din için tercih belirtilmesine, bu durum da çoğulcu eğitim prensibinin ihlal edilmesine neden olmaktadır. Aynı zamanda devlet, çocukları her türlü propagandadan koruma yükümlülüğünü de ihlal etmiştir. Eğitim ortamı egemen dinin sembolüyle belirginleştirilerek, çocukların eleştirel bir muhakeme kabiliyetinin gelişimini sağlayan açık ve çoğulcu eğitim alma haklarını hiçe saymaktadır. Ayrıca bu durum, bir ebeveyn olarak çocuklarına kendi dini ve felsefi inançlarına göre eğitim vermesini de engellemektedir²¹⁵.

İtalya hükümeti savunmasını iki temel üzerine dayandırmıştır. Birincisi, haçın dini anlamının yanında tarihi ve hümanist çağrışımlarının bulunduğu, ikincisi ise, okullarda bu tip bir sembolün bulundurulmasının devletlerin takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğidir²¹⁶.

İtalya hükümetine göre, haç sadece dini bir sembol değil, batı demokrasisi ve medeniyetini kuran kültürel ve kimliksel bir semboldür. Bu sembol, birçok Avrupa ülkesinin bayrağında da bulunmakta, bu da onun dini sembolden ziyade milli bir sembol

²¹⁴ AİHM (Büyük Daire), Başvuru No: 30814/06, T: 18.03.2011.

²¹⁵ AİHM (Büyük Daire), 41 nolu paragraf.

²¹⁶ **McClellan**, David, "A Critical Reflection on the Lautsi Case" <https://www.ekd.de/download/2013-02-21...>, E.T: 23.05.2015, s. 4.

olduğunu göstermektedir. Sınıflarda, haçın muhafaza edilmesi, çok eski bir geleneğin korunması anlamına gelmektedir²¹⁷.

Hükümetin ikinci iddiasına göre AİHM, devlet ve dinler arasındaki ilişkiler konusunda bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yapmamıştır. Avrupa'da bu alanda ortak bir yaklaşım bulunmamaktadır. Bu sebeple Mahkeme, devletin takdir yetkisinin varlığını dikkate almayı ihmal etmiştir²¹⁸.

c. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar

Dava, ilk olarak 2009 yılında, AİHM 2. Dairesinde görüşülmüştür²¹⁹. Daire kararında, 9. maddeyle birlikte 1 nolu protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme değerlendirmesinde öncelikle konu ile ilgili genel ilkeleri ortaya koymuş, sonrasında bu ilkeleri başvuranın iddialarına uygulamıştır. Buna göre, okullar misyoner aktivitelerin sergilendiği bir alan değil, çeşitli dini inanç ve felsefi kanaate sahip kimselerin bir araya geldiği, aynı zamanda çocukların kendi düşünce ve geleneklerine ilişkin bilgi kazanabilecekleri bir yerdir. Bu sebeple devlet, özellikle eleştirel kapasiteden yoksun ve gelişimini tamamlamamış küçük yaşta çocukların bulunduğu okul gibi hassas olan yerlerde belirli bir inancı doğrudan ya da dolaylı olarak dayatmaktan kaçınmalıdır²²⁰.

Mahkeme, İtalya hükümetinin, haçın sadece dini bir sembol değil, aynı zamanda millî ve kültürel bir sembol olduğu yönündeki savunmasını da değerlendirmiştir. Buna göre, haçın millî ve kültürel bir nitelik taşıdığı doğrudur, ancak sahip olduğu dini nitelik diğer niteliklerine göre daha baskın bir karakterdedir²²¹.

Ayrıca Mahkeme, Dahlap v. İsviçre kararına²²² atıfta bulunarak haçın kuvvetli bir dışsal simge olduğunu ifade etmiştir²²³. Haçın sınıflardaki varlığı, küçük çocuklar tarafından kolaylıkla dini bir simge olarak yorumlanabilir. Bu yorumlama çocuklarda, belirli dinin egemen olduğu bir çevrede yaşadıkları algısının oluşmasına ve dini duyguları kuvvetli olan çocuklarla diğerleri arasında birtakım manevi tahribatların ortaya çıkmasına

²¹⁷ AİHM (Büyük Daire), 36 nolu paragraf.

²¹⁸ AİHM (Büyük Daire), 34 nolu paragraf.

²¹⁹ AİHM (İkinci Daire), Başvuru No: 30814/06, T: 03.11.2009.

²²⁰ AİHM (İkinci Daire), 47/c, 48 nolu paragraflar.

²²¹ AİHM (İkinci Daire), 51 nolu paragraf.

²²² AİHM, Başvuru No: 42393/98, T: 15.02.2001. Bu kararında Mahkeme, İslam dinini benimseyen ilköğretmeni olan başvuranın, başörtülü olarak mesleğini icra etmesinin engellenmesinin Sözleşmeye aykırı olduğu iddiasını kabul edilmez bulmuştur. Mahkeme gerekçesinde başörtüsünü güçlü bir dış işaret olarak kabul etmiş ve bunun küçük yaşta çocuklar üzerinde etkili olacağına karar vermiştir.

²²³ AİHM (İkinci Daire), 54 nolu paragraf.

neden olabilir²²⁴. Mahkeme son olarak, devlet denetimi altında zorunlu olarak bir dini sembolün gösterilmesinin, ebeveynlerin çocuklarını eğitime haklarını da zedelediğini ifade ederek oybirliği ile Protokolün 2. maddesiyle birlikte Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

d. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi

Mahkemenin 2009 yılında vermiş olduğu karar, laiklik ilkesini benimsemiş ve çoğunluğu Hıristiyan olan Avrupa toplumu için önemli bir yeri olan haçın, laiklik karşıtı bir simge olması nedeniyle okullardan kaldırılması gerektiği anlamına gelmektedir ve bu sebeple tahmin edileceği gibi büyük yankılar uyandırmıştır. Aralarında Ermenistan, Bulgaristan, Kıbrıs Rum Yönetimi, Rusya, Litvanya, Malta, San Marino, Monako ve Romanya'nın bulunduğu 9 devlet ile çok sayıda sivil toplum kuruluşu ve Avrupa Parlamentosu'nun 33 üyesi davaya müdahil olmuşlardır. Ayrıca dairenin vermiş olduğu karar Yunan Ortodoks Kilisesi tarafından eleştirilmiş²²⁵ ve Vatikan Kilisesi, bu yanlış ve körleşmiş kararlar şoka uğradıklarını söylemişlerdir²²⁶.

Tepkiler üzerine daire kararı AİHM'in Büyük Dairesi'ne başvurularak temyiz edilmiştir. Büyük Daire nihai kararında öncelikle 1 nolu Protokolün 2. maddesinin, devletlerin, doğrudan veya dolaylı olarak, dini ya da felsefi niteliği olan bilgileri yaymalarını engellemediğini söylemiştir. Ancak, bu bilgiler tarafsız, eleştirel ve çoğulcu şekilde verilmeli, böylece öğrencilerin, bir dinin yayılmasından uzak, eleştirel bir bakış edinmeleri sağlanmalıdır²²⁷.

Mahkeme söz konusu kararda, yukarıda bahsedilen Dahlab/İsviçre kararındaki argümanına tamamen zıt bir değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre, 2001 yılındaki kararda, başörtüsü gibi güçlü bir dış işaretin küçük çocukların üzerindeki etkiyi değerlendirmenin zor olduğunu ancak bu işaretin, demokrasilerde tüm öğretmenlerin, öğrencilerine vermesi gereken hoşgörü, başkalarına saygı, özellikle eşitlik ve ayırım yapmama mesajıyla uzlaştırmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. 2011 yılındaki kararda ise, haçın dini bir sembol olduğunu kabul etmekle beraber, bu sembolün sınıflarda

²²⁴ AİHM (İkinci Daire), 55 nolu paragraf.

²²⁵ Lautsi v. Italy, http://en.wikipedia.org/wiki/Lautsi_v._Italy, ET: 26.05.2015.

²²⁶ BBC NEWS, "Italy school crucifixes 'barred' " başlıklı ve 03.11.2009 tarihli haber, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8340411.stm>, ET: 26.05.2015.

²²⁷ AİHM (Büyük Daire), 62 nolu paragraf.

bulunmasının öğrenciler üzerindeki muhtemel etkisini kanıtlayan delillerin bulunmadığını ve başvurucunun iddialarının kendi sübjektif algısıyla oluştuğunu belirtmiştir²²⁸.

Mahkemenin konumuzla ilgili olan ve karardaki en önemli kısmı oluşturan gerekçesi ise, sınıflarda bulunan haçın, laik bir sembolik değer ifade etsin ya da etmesin, İtalya'nın tarihsel gelişiminin meyvesi olması, kültürel ve kimliksel bir anlamı ifade etmesi sebebiyle önemli bir gelenek olduğunu söylemesidir. Mahkeme son olarak, bu geleneğin korunup korunmamasına ilişkin kararın devletin takdir yetkisine bırakılması gerektiğini ifade ederek önceki kararından farklı sözleşmeye aykırı bir durumun olmadığına hükmetmiştir²²⁹.

Bu karar mahkemenin bağlı olduğu sözleşme ve daha önceki içtihatları bakımından doğru olarak kabul edilsin ya da edilmesin, bizi çok net bir sonuca ulaştırmaktadır. AİHM, temsil ettiği toplumun tepkisini göz önünde bulundurmıştır. Vicdanı, sosyolojik yaklaşım çerçevesinde kişinin kendisini onaylamanın bir standardı olarak içselleştirdiği yerel kültürel normlar olarak kabul ettiğimizde²³⁰ AİHM'in toplum vicdanına uygun olarak hareket ettiği görülmektedir. Yani, mahkeme kendisini onaylamanın bir standardı olarak toplumun içselleştirdiği yerel kültürel normlara uygun hareket etmiştir. Laikliliğin doğru geliştiği ve çok önemli bir ilke olarak kabul edildiği coğrafyada dini bir sembol, toplumun tarihsel geleneği olarak görülerek Avrupa toplumunun vicdanına uygun olan kararı verilmiştir. Bu onun toplum nezdinde meşruiyetini sağlamlaştırmasında da etkili olmuştur. Zira karar sonrasında Vatikan sözcüsünün "Bu tarihi bir karardır, Avrupalıların büyük bölümünün, AİHM'e yeniden güvenmesini sağladı" beyanı da bunu bir göstergesidir²³¹.

2. Bayatyan v. Ermenistan Kararında²³² Toplum Vicdanı

a. Davanın Konusu

İnceleme konusu yapılacak diğer karar, hem başlı başına vicdan meselesinin dava konusunu oluşturduğu hem de Lautsi kararında olduğu gibi, AİHM'in toplumsal verileri dikkate aldığı, zorunlu askerlik hizmetinin vicdani reddi benimseyenler tarafından sözleşmenin 9. maddesinin ihlali anlamına geldiğinin kabul edildiği karardır. Bu olayda da

²²⁸ AİHM (Büyük Daire), 66 nolu paragraf.

²²⁹ AİHM (Büyük Daire), 67,68 nolu paragraflar.

²³⁰ Bkz. s. 11.

²³¹ Doğan Haber Ajansı, "İtalya'ya haç yasağında AİHM geri adım attı" başlıklı ve 19.03.2011 tarihli haber, http://www.dha.com.tr/italyaya-hac-yasaginda-aihm-geri-adim-atti_149207.html, ET: 26.05.2015.

²³² AİHM (Büyük Daire), Başvuru No:23459/03, T:07.07.2011.

Daire kararına Büyük Daire'de incelenmek üzere itiraz edilmiş ve ilk karardan farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Aynı şekilde daire kararı, özellikle sivil toplum kuruluşları tarafından eleştirilmiş ve bu kuruluşlar davaya müdahil sıfatıyla dâhil edilmişlerdir. Ancak bu olayda Büyük Daire sadece dış baskıdan değil, Sözleşmenin "yaşayan belge" vasfından dolayı yıllardır uygulaya geldikleri içtihatlarında değişikliğe gitmiştir.

Dava, Ermenistan'a karşı, bu ülkenin vatandaşı olan Vahan Bayatyan'ın 22 Temmuz 2003 tarihli başvurusu ile başlamıştır. Başvuran, Yehova Şahitliği inancına mensuptur. Yehova Şahitliği, sağlam derin ahlaki değerlere bağlı bir Hıristiyan inancı olarak tanımlanmaktadır. Bu inanca mensup olanlar, diğer insanlara karşı silah kullanmayı reddetmektedir. Başvuran da, inancı gereği zorunlu askerlik hizmetinde bulunmayı reddetmiş ve askerlik hizmeti yerine geçecek sivil bir hizmette bulunmaya razı olduğunu bildirmiştir. Ancak buna rağmen yargılanarak hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Davada bu durumun, AİHS'in 9. maddesine aykırılık teşkil ettiğinin tespiti talep edilmektedir.

b. Tarafların İddiaları

Başvuran, vicdani kanaatine aykırı zorunlu bir hizmetin, AİHS'in 9. maddesine aykırılık teşkil ettiğini iddia etmekle beraber temel argümanını, vicdani ret hakkının tanınmamasına ilişkin AİHM'in yerleşik içtihadının değiştirilmesi yönünde oluşturmuştur. Buna göre, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin neredeyse tamamı vicdani ret hakkını tanımıştır. Bu nedenle vicdani ret hakkının, AİHS'in 9. maddesi kapsamında güvenceye alınması gerekmektedir²³³.

Başvuranın diğer iddiası da, din ve vicdan özgürlüğüne yapılmış olan müdahalenin geçerli bir yasal düzenlemeye dayanmadığına ilişkindir. Mahkûm edildiği dönemde askerlik hizmetini yapmayanlar için yasalarla öngörülen hapis cezası Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne üye olmaktan doğan uluslararası yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir²³⁴.

Ermenistan hükümetinin başvuranın iddialarına karşı ilk itirazı, Anayasalarındaki kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, zorunlu askerlik hizmetinin hiçbir inanç farkı gözetmeksizin, herkes için geçerli olduğu yönündedir. Ayrıca, Sözleşmenin olayın gerçekleştiği dönemin şartları ışığında yorumlanması gerekir. Başvurucunun 2001-2002

²³³ AİHM (Büyük Daire), 74 nolu paragraf.

²³⁴ AİHM (Büyük Daire), 75, 76 nolu paragraflar.

yıllarında mahkûm edilmesi uluslararası toplumun o dönemlerdeki yaklaşımına uygundur²³⁵.

c. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar

Mahkeme, değerlendirmesine öncelikle o güne kadar vicdani retçiler için uyguladıkları içtihadı özetleyerek başlamıştır. Buna göre, konuyla ilgili ilk içtihadını 12.12.1966 tarihinde oluşturmuştur. Bu içtihat vicdani ret konusunu, AİHS'in kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen hükmüne atıfla karara bağlamıştır. AİHS 4/3-b'ye göre, "Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet" zorla çalıştırma olarak kabul edilmeyecektir. Buradan hareketle Mahkeme, Sözleşmenin vicdani ret konusunda olumlu ya da olumsuz bir belirlemede bulunmadığı ancak, kabul edilen ülkelerdeki askerlik hizmeti yerine geçecek çalıştırmaların hukuki olacağı ve Sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyeceğini düzenlediğini ifade ederek ihlal iddiasıyla gelen başvuruları reddetmiştir²³⁶.

Dava, öncelikle AİHM'in 3. Dairesinde görüşülmüş ve yukarıda değinilen içtihadı uygun olarak 9. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir²³⁷. Bu karara iki hâkim muhalefet şerhi düşmüştür. Üstelik bu hâkimlerden ilki, oylamada çoğunluk lehine fikir beyan etmiştir. Açıklamasında, her ne kadar ihlal olmadığı yönünde oy kullanmış olsa da, dosyanın Büyük Daire'ye gönderilerek ilgili içtihadın gözden geçirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Muhalef olan ikinci hâkim de açıklamasında, Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu hususuna özellikle dikkat çekmiştir. Bu sebeple asıl amacına ulaşması için Sözleşme hükümlerine dinamik ve değerlendirici bir anlayışla yaklaşılmalı, yeni gelişmeler ve yaygın olarak kabul edilen standartlar doğrultusunda Mahkeme içtihatlarını sürekli olarak gözden geçirmelidir.

Büyük Daire kendisine intikal eden kararda, muhalefet şerhlerinde işaret edilen hususlara uygun olarak içtihat değişikliğine gitmiştir. Sözleşme günün yaşam koşullarına uygun ve demokratik devletlerde baskın olan anlayış ışığında yorumlanmalıdır. Taraf devletlerdeki durumun gelişimi ve ortak kabuller ile Sözleşme dışındaki uluslararası hukukun unsurları ve bu unsurların yetkili organlarca yorumu dikkate alınmalıdır²³⁸.

²³⁵ AİHM (Büyük Daire), 78, 79 nolu paragraflar.

²³⁶ AİHM (Büyük Daire), 93-96 nolu paragraflar.

²³⁷ AİHM (Üçüncü Daire), Başvuru No:23459/03, T: 27.10.2009.

²³⁸ AİHM (Büyük Daire), 102 nolu paragraf.

Mahkemeye göre, Sözleşmenin 9. maddesinde vicdani ret hakkı açıkça belirtilmese de, bir kişinin vicdani veya güvenilir, derin inançları ile askerlik yapması arasında ağır bir çatışma olması, Sözleşmedeki güvencelerin uygulanmasını sağlayacak öneme, uyuma, ciddiyette ve güce ulaşan bir inancın varlığını göstermektedir. Bu sebeple, başvuranın askerliğe gitme çağrısına cevap vermemesi dini inancını açığa çıkarması olarak görülmeli, askere gitmemesinden dolayı mahkûm edilmesi de 9. maddede güvence altına alınan dinini açığa çıkarma özgürlüğünün kullanımına bir müdahale olarak kabul edilmelidir²³⁹. Müdahalenin varlığını tespit eden mahkeme, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ifade etmiş ve 16'ya karşı 1 oyla AİHS'in 9. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiş ve 10.000'i manevi olmak üzere 20.000 Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir²⁴⁰.

d. Kararın Toplum Vicdani Açısından Değerlendirilmesi

AİHM bu kararında, Lautsi kararında olduğu gibi temsil ettiği toplumun genel kabulüne uygun olan değerlendirmeyi yapmıştır. Davanın, demokratik toplumun yaşaması için gerekli olan dini çoğulculuğu korunma zorunluluğu açısından oldukça önemli olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarından çıkan ortak değerleri dikkate almıştır²⁴¹.

Bu kararın Lautsi kararından farkı, Lautsi davasında Mahkemenin vermiş olduğu kararın Avrupa toplumunda büyük tepkiye neden olmasıdır. Daire kararı açıklandıktan sonra pek çok Avrupa ülkesi davaya müdahil olmuştur. Bayatyan davasında ise kararın gözden geçirilmesi gerekliliği bu şekildeki bir tepkiden değil, Mahkemenin kendi takdiri neticesinde gerçekleşmiştir. Mahkeme, ilk kez 1966 yılında verdiği kararı yaklaşık 45 yıl boyunca devam ettirmiş, nihayetinde Avrupa toplumunda oluşmuş olan ortak yargı doğrultusunda bu içtihadını terk etme zorunluluğu hissetmiştir.

Mahkemenin aksi yönde davranıp var olan içtihadını değiştirmediyi düşündüğümüzde, daha önce belirttiğimiz pozitif hukuk-yaşayan hukuk farklılaşması gibi

²³⁹ AİHM (Büyük Daire), 110, 112 nolu paragraflar.

²⁴⁰ Çoğunluk kararına katılmayan hâkim karşı oy yazısında, vicdani ret hakkının sözleşmede öngörülmemiş bir hak olduğunu ve Mahkemenin bu hakkın varlığını tanıyarak Sözleşmede olmayan yeni bir hak ihdas ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme bu kararında içtihat değişikliği yaptığından tazminata hükmetmesi adil değildir. Çünkü tazminat yükümlülüğü hükümet açısından öngörülebilir olmalıdır, ancak içtihat değişikliğiyle bu öngörülebilirlik ortadan kaldırılmıştır.

²⁴¹ AİHM (Büyük Daire), 122 nolu paragraf.

bir durumun ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır²⁴². Kararda belirtildiği üzere, müdahalenin yapıldığı dönem Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerden 4'ü hariç tamamı vicdani retle ilgili düzenlemelerini iç hukuklarında yapmışlardır. Kararın verildiği sırada ise bu düzenlemeyi yapmayan sadece 2 devlet bulunmaktadır²⁴³. Böyle bir durumda Mahkemenin önceki kararında direnmesi, Avrupa toplumunda geçerli olan fiili duruma ya da topluluğun bütün üyeleri arasında ortaklaşa olan örgütlenmiş inanç ve duyguların tümüne yani, kolektif bilince²⁴⁴ aykırılık teşkil edecektir. Toplum vicdanına uygun karar verilmesinin önemi de tam bu noktada açığa çıkacaktır. Bu aykırılık öncelikle, amacı yeknesak bir hukuk düzeni sağlamak olan AİHM'in kuruluş felsefesiyle uyuşmayan bir durum yaratacaktır. İkinci ve daha önemli olan husus ise, vatandaşlar özgürlüklerinin korunmayacağı düşüncesiyle Mahkemeye başvurmaktan vazgeçecektir. Ayrıca, AİHM'e duyulan güvenin zedelenmesi ve Mahkemenin meşruluğunun tartışılması da söz konusu olabilecektir.

AİHM, toplum vicdanının yargılamadaki rolü incelenirken değerlendirdiğimiz bu iki kararda, toplum vicdanı kavramını tali ya da tamamlayıcı unsur olarak değil, karar verirken gözetilen esaslı unsurlardan biri olarak ele almıştır.

B. Türkiye'deki Yargı Kararlarında Toplum Vicdanı

Ülkemizde yargı kararlarının toplum vicdanında nasıl yansıma bulduğunun tespit edilmesi için çeşitli çalışma ve araştırma yöntemlerinin tercih edilmesi mümkündür. Öncelikle konunun teorik yönünü ele alarak vicdan kavramının anlamına, onun toplum ve hukuk ile olan ilişkisine değindiğimiz bu çalışmada, toplum vicdanının mahkeme kararlarına yansıması veya kararın toplum vicdanında doğurduğu etkiyi değerlendirmek için ülkenin gündemini meşgul eden, toplumda büyük tepkilere yol açan davaları incelemeyi tercih etmekteyiz. Zira bu şekildeki kritik davalarda verilen kararlar, toplum bilincinde yer edinmekte ve kişilerin adalet mekanizmasının işleyişine ilişkin fikirlerinin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ayrıca toplumsal huzur ve güvenliğin korunmasında bu nitelikteki olaylara verilen tepkiler hayati önem taşımaktadır. Ancak, toplumda büyük yankı uyandıran kararları incelemeye geçmeden önce, yargılamada

²⁴² Bkz. s. 40.

²⁴³ AİHM (Büyük Daire), 103 nolu paragraf. Kararda bahsedilen bu 2 ülke Türkiye ve Azerbaycan'dır.

²⁴⁴ Bkz. s. 26.

toplum vicdanı kavramının kullanımına ilişkin fikir vermesi açısından, yararlı olarak nitelendirebileceğimiz bazı Yargıtay kararlarına değinilecektir.

1. Yargıtay'ın Toplum Vicdanını Göz Önünde Bulundurduğu Karar Örnekleri

İlk karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 1984 yılında incelemiş olduğu bir davaya ilişkindir. Dava bir evlat edinme davasıdır ve kişi on üç yıl evli kaldıktan sonra boşandığı eski karısını evlat edinmek istemektedir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş ve dosya temyiz edilmiştir. Davacıya göre, kanun tarafından her ne kadar evlatlık ve evlat edinmenin evlenmesi yasaklanmışsa da aynı yasak eski eşin evlat edinilmesi bakımından geçerli olmadığından taleplerinin kabul edilmesi gerekir. Dosyanın temyiz incelemesinde Yargıtay, doğası itibariyle evlatlık ve evlilik ilişkisinin birinden birine dönüşmesinin mümkün olmadığını belirttikten sonra şu ifadelere yer vermiş ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır: "Medeni Kanun düzenlenirken, toplumun ahlak anlayışına ve kamu vicdanına ağırlık verilmiştir. Hal böyle olunca, boşanan eşlerden birinin ötekini evlat edinmesini mümkün görmek, gerçeklere ve toplumun değer yargılarına ters düşer. Esasen bir sözleşme veya ilişkinin kural olarak, kamu vicdanında tepkiyle karşılanmaması, ahlaki düşünüş ve inanışlarla bağdaşmazlık içinde bulunmaması asıldır. Sözleşme serbestliği ve özgürlüğünün kanunlarla sınırlanmasının sebep ve felsefesi de budur"²⁴⁵.

İkinci karar, Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından 1996 yılında verilmiştir. Dava, ruhsatsız silah bulundurularak Ateşli Silahlar Kanuna muhalefet etme suçunun işlenmesi sebebiyle açılmıştır. Mersin ilinde gerçekleşen olayda sanık, babasının ölümünden sonra, babadan kalma ruhsatsız silahı 15 yıl boyunca muhafaza etmiştir. Sonrasında emniyet güçlerini arayarak silahı karakola teslim etmek istediğini bildirmiş ve evine gelen polis ekibini karşılayarak silahı teslim etmiştir. Ancak sanık hakkında ceza davası açılmış ve mahkûmiyet hükmü verilmiştir. Sanık tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay'ca bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemeye göre, olayda salt biçimsel ve dar yorumla suçun oluştuğu düşünülebilirse de sanık, suç konusu silahı her zaman değişik şekillerde elden çıkarma olanağı bulunmasına rağmen bu yolları denememiş, devletine güvenerek hakkında hiçbir ihbar ve araştırma konusu olmadan, kendiliğinden teslim etmiştir. Sanığın yasaya saygılı olma irade ve hareketinde illegal biçimsellik saptamasının, vatandaşlık görevi yaptığı inancında huzur arayan kişiye hak ve adalet kavramlarıyla bağdaşmayan yasal bir darbe olacağı değerlendirilmelidir. Sanığa cezai müeyyide uygulanmasıyla, hukukun dışına

²⁴⁵ Y2HD, E: 1984/2840, K:1984/4942, T: 27.03.1984.

çıkılacak, kamu vicdanında olumsuz bir yansıma yaratılacak, adalet duyguları incitilecek ve kanunun dürüst davranışlara prim vermediği yargısı oluşacaktır. Bu sebeple, suçun manevi ögesi olan kastın varlığı geniş yorumla tartışılıp değerlendirilmeden yetersiz gerekçe kurulan mahkûmiyet hükmünün bozulması gerekmektedir²⁴⁶.

İncelenecek diğer karar, adam öldürmeye teşebbüs suçundan verilen bir mahkûmiyet kararına ilişkindir. Olayda evli olan sanık, gayrimeşru ilişki yaşadığı kadının oğlunu öldürmeye teşebbüsten yargılanmıştır. İlişki yaşadığı kadın tarafından terk edilmesini kabullenmeyen sanık, kadını uzun süre tehdit etmiştir. Sanık, olay gecesi kadının oğlunun bulunduğu odaya gizlice girerek uyuyan çocuğa birçok kez ateş etmiş ve silah seslerini telefonla çocuğun annesine dinletmiştir. Aldığı yaralar mağdurun iki bacağına da kesilmesine neden olmuştur. Olay sonucunda sanık, herhangi bir ceza indirimi almadan adam öldürmeye tam teşebbüs suçundan mahkûm edilmiştir. Dosyayı inceleyen Yargıtay, suç vasfının yanlış değerlendirildiğinden bahisle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay'a göre olayda, canavarca his şevkiyle adam öldürmeye tam teşebbüs suçu işlenmiştir. Gerekçesinde suçun, "toplumun ortak bilincinin, duygusunun ve vicdanının hiçbir zaman onaylamayacağı, alçakça bir güdü/içtepi ve amaç itibarıyla tehlikeli ve vahşi kötülük eğilimi sergileyerek" işlenmesi sebebiyle, suçun daha ağır şeklinde hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir²⁴⁷.

Bu kararlarda mahkeme toplum vicdanını, genellikle iddia edildiği gibi, sadece takdir hakkını kullanırken ya da kanun boşluğu doldururken göz önünde bulundurmamıştır. Mahkeme ilk davada, eski eş ile evlatlık ilişkisini açıkça yasaklayan bir kural bulunmamasına rağmen söz konusu ilişkinin kurulmasına izin vermemiştir. İkinci davada ise tüm unsurlarıyla tamamlanmış bir suç bulunmasına rağmen ceza verilmemesi yönünde hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme vardığı sonuçlara, yaptığı ahlaki akıl yürütme sayesinde ulaşmıştır. Her iki davada da aksi yönde karar vermenin, Durkheim'in topluluğun üyeleri arasındaki örgütlenmiş inanç ve duygu olarak tanımladığı kolektif bilince²⁴⁸ ya da kısaca toplum vicdanına aykırı olacağını söylemiştir. Bu kararlarda vicdan hâkim için yardımcı unsur değil, esas unsur niteliğindedir. Üçüncü davada ise toplum vicdanı cezanın belirlenmesinde başvuru bir kıstas olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında da belirttiği üzere "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup

²⁴⁶ Y8CD, E: 1996/12263, K: 1996/13369, T: 31.10.1996.

²⁴⁷ Y1CD, E: 2004/2994, K: 2004/4402, T: 29.12.2004.

²⁴⁸ Bkz. s. 26

bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu bulunmaktadır"²⁴⁹.

Yargıtay'ın 2013 yılında vermiş olduğu bir karar, mahkemenin kamu vicdanını gözeterek hükme varışında izlediği akıl yürütme yönteminin gösterilmesi açısından başka bir örnektir. Dava bir belediyenin, ödemediği borcuna karşılık olarak makam aracının haczedilmesi üzerine yaptığı şikâyete ilişkindir. Olayda alacaklı vatandaş borçlu belediyenin makam aracı için haciz işlemi uygulamış ancak belediye, makam aracının kamu hizmetine özgü mal olduğundan haczedilmemesi gerektiği iddiasıyla şikâyet davası açmıştır. İlk derece mahkemesi talep doğrultusunda karar vererek makam aracının haczedilemeyeceğini söylemiştir. Karar alacaklı tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay incelemesinde genel ilkeleri tespit ettikten sonra kamu vicdanını da gözeterek yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir²⁵⁰.

Yargıtay, Belediye Kanununun fiilen kamu hizmetinde kullanılan malların haczedilemeyeceğini düzenlediğini, bu sebeple de öncelikle fiilen kamu hizmetinde kullanılmanın belirlenmesi gerektiğini söylemiştir. Belediye başkanları, makam aracı kullanılacak kişiler arasında düzenlenmemiştir. Ayrıca makam aracı, bir belediyenin kamu hizmetini yürütebilmesinde zorunlu bir unsur değildir. Mahkeme bu saptamalarından sonra, nihai olarak vereceği kararın kamu vicdanı açısından yaratacağı etkiyi değerlendirme yoluna gitmiştir. Buna göre, vatandaşların mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olan belediyenin borcu var iken belediye başkanının makam aracı kullanması kamu vicdanıyla uyumsuz. Görüleceği üzere, davada olaya uygulanacak bir yasa maddesi bulunmakla beraber bu maddenin anlamının tespit edilmesi için hâkim, yorumlama olarak nitelendirilen akıl yürütme yöntemini kullanmış, son olarak da varılan sonucun toplum vicdanıyla olan uyumunu teyit etmiştir. Burada yapılan, yani hâkimin kendi vicdani kanaatini oluştururken toplum vicdanını da göz önünde bulundurması, hâkimin önüne gelen her davada açık veya zımni şekilde yaptığı ya da yapması gereken bir değerlendirmedir.

Yukarıdaki örnekler toplum vicdanının karar alma sürecinde bu kararlara nasıl yansıdığına ilişkin olumlu bir tablo çizmektedir. Ancak yüzlercesi arasından seçilmiş bu az sayıdaki karar, genel değerlendirme yapmamız için yeterli değildir. Fakat bu kararlar,

²⁴⁹ AYM, E:1992/46, K: 1992/52, T: 03.12.1992.

²⁵⁰ Y12HD, E: 2012/31297, K: 2013/7236, T: 05.03.2013.

mahkemelerin vicdanen kani olmadıkları zamanlarda, toplum vicdanını da göz önünde bulundurarak hukuki, ahlaki ya da rasyonel bir sonuca ulaşabilmelerinin mümkün olabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Şimdi de, mahkeme kararları ile toplum vicdanı arasındaki ilişkiye daha yakından bakmak üzere, son yıllarda kamuoyunun çok yakından takip ettiği iki önemli davayı münferiden ve ayrıntılı olarak ele alacağız.

2. N.Ç. Kararında Toplum Vicdanı

a. Davanın Konusu

Çeşitli sebeplerle toplumun ilgisini çekmiş ve kamuoyu tarafından yakından takip edilen birçok dava, olayın en belirgin özelliğiyle ilişkilendirilen isimlerle anılmaktadır. İşte, bu tür kararların belki de ilk sırasına yerleşebilecek olan N.Ç kararı da toplum tarafından "utanç davası" olarak adlandırılmıştır. Davanın utanç davası olarak adlandırılmasının birçok sebebi bulunmaktadır. Mahkemenin karara esaslı surette etki eden 12 yaşındaki mağdurun rızasının varlığına ilişkin tespiti ve bu tespit sonucunda verilen ceza hukukunun hiçbir işlevine ve amacına uymayan kısa süreli mahkûmiyet kararları, Adli Tıp Kurumu'nun skandal olarak nitelendirilen raporları, tutuklu sanıkların kısa süre içerisinde tahliye edilmeleri, bu sebeplerden bazılarıdır²⁵¹. Üstelik davaya ilişkin ilk karar 35. duruşmada ve yaklaşık 7,5 yıl sonra verilmiş bu da bazı suçların zamanaşımı sebebiyle düşmesine neden olmuştur.

Dava, Mardin'de yaşayan 12 yaşındaki bir kız çocuğunun, en küçüğü kendisinden 15 yaş büyük olan ve aralarında yüzbaşı, banka memuru ve okul müdürünün bulunduğu 26 kişinin cinsel istismarına uğramasına ilişkindir. 8 kardeş olan ve ailesinin maddi durumu kötü olan N.Ç, 5.sınıftayken okulu terk etmiş ve konfeksiyonculuk, gazete dağıtıcılığı gibi çeşitli işlerde çalışmıştır. İşsiz kaldığı ve yeniden iş aradığı bir dönemde, biri kız arkadaşının annesi olan iki kadınla tanışmıştır. Bu iki kadın, N.Ç.'nin 7 ay boyunca birçok erkekle fuhuş yapmasına aracılık etmiştir. Olay ortaya çıktığı dönemde büyük yankı uyandırmıştır. Bu tepkinin sebebi, çok küçük yaşta bir kızın fuhşa sürüklenmesinin yanında, davanın erkek sanıklarının birçoğunun toplumsal statüleridir. Bu sanıklar arasında muhtar, banka memuru, jandarma yüzbaşısı, okul müdürü başyardımcılığı gibi görevleri

²⁵¹ **Demir Gürsel**, Esra, "N.Ç. Davası: Tecavüze Razi Olmak ve Kadın Ahlakı", *Sınır Bilgisi: Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet*, Der. Elif Çelebi/Didem Havlioğlu/Ebru Kayaalp, Ankara, 2014, s. 137.

yürütmekte olan kişiler bulunmaktadır. Ancak, davanın toplum vicdanını zedeleyerek utanç davası olarak anılmasının asıl sebebi dava süreci ve bu süreç sonunda verilen karardır. Aşağıda ayrıntısı ile inceleneceği üzere kararda, erkek sanıklar 1 yıl ile 4 yıl arasında değişen cezalara çarptırılmış ve bu cezaların her birine takdiri "iyi hal" indirimi uygulanmıştır²⁵².

b. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar

Dava ilk önce; 12 yaşındaki kıza para karşılığında fiili livata yolu ile ırza geçmek, şehvet hissi ile alıkoymak, fuhşa tahrik ve teşvik ile alıkoymak suçuna iştirakten açılmıştır. Dava devam ederken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş fakat bu kanun sanıkların aleyhine olduğundan, hüküm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre verilmiştir. Ancak mahkemenin en çok tartışma yaratan kararı, mağdurun rızasının varlığından bahisle öncelikle suç vasfının, buna paralel olarak da verilen ceza miktarlarının değişmesine neden olmasıdır. Rızanın var sayılmasıyla ilk olarak zorla alıkoyma suçundan açılan dava rıza ile alıkoyma davasına dönüştürülmüştür. Yani, ilk haliyle kanunun 430. maddesine göre 5 seneden 10 seneye kadar ağır hapis cezası gerektiren bir suç iken, 6 aydan 3 seneye kadar cezalandırılacak bir suç vasfını kazanmıştır²⁵³. Bu sebeple de suça uygulanacak zamanaşımı süresi değişmiş ve 5 yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden bahisle alıkoymaya ilişkin davanın ortadan kalktığına hükmedilmiştir. Aynı şekilde 3 sanık hakkında açılan fuhşa tahrik suçu yönünden de zamanaşımı sebebiyle dava ortadan kalkmıştır²⁵⁴. Rıza varsayımı bunun dışında, verilen cezanın tespitinde etkili olmuştur. 765 sayılı yasanın 414. maddesini²⁵⁵ uygulayan mahkeme, "Sanıkların mağdura karşı kullandıkları maddi veya manevi bir cebir unsurunun bulunmaması, mağdurun yaşının da kanunun suç olarak kabul ettiği 15 sınırında olması nedeniyle (...) cezaların alt sınırdan tayin edilmesi gerektiği kanısına ulaşılmıştır"²⁵⁶ şeklinde hüküm kurmuştur.

²⁵² Mardin 1. ACM, E: 2003/137, K: 2010/160, T: 28.09.2010.

²⁵³ 765 sayılı kanunun 430. maddesi şu şekildedir: (1)Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmıyan bir kimseyi kaçırrır veya bir yerde alıkorsa beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Eğer reşit olmıyan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kaçıırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir.

²⁵⁴ Mardin 1. ACM, s. 34.

²⁵⁵ 765 sayılı kanunun 414. maddesi şu şekildedir: (1)Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur. (2) Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.

²⁵⁶ Mardin 1. ACM, s. 33.

Mahkeme, rızanın varlığının tespitinde Adli Tıp Kurumu'nun 28.03.2003 tarihli raporunu gerekçe göstermiştir. Buna göre raporda, "mağdurun 2002 yılı Temmuz ayında 15 yaşı içerisinde olup, 15 yaşını bitirmediği ve 2002 yılı Temmuz ayı ve sonrasında mağduru olduğu olayın ahlaki redactini müdrük olduğu, olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olduğu, beyanlarına itibar edilmemesi için bir neden olmadığı" belirtilmektedir²⁵⁷. Yani, kurum tarafından 02.01.1990 doğumlu ve 2002 yılının Temmuz ayında tam olarak 12,5 yaşında olması gereken N.Ç. 15 yaşı içerisinde değerlendirilmiştir. Ayrıca 12 yaşında, ilkokul 5. sınıftan terk ve yoksul bir ailede yaşam mücadelesi veren çocuğun yeterli ahlaki bilinçte ve olaya ruhsal yönden karşı çıkabilecek kapasitede olduğu kanaatinde bulunulmuştur. Bu rapordan yola çıkan mahkeme mağdurun, sanıklardan biri ile ilişkiye girmek istemediği için ilişkinin gerçekleşmediği ve yine başka bir sanıkla gündüz ilişkiye girmek istemediğinden başka bir tarihte evine gittiği beyanlarından, olaya karşı çıkma imkânı bulunmasına rağmen gerçekleşmesinde çocuğun rızası olduğunu ifade etmiştir²⁵⁸. Görüldüğü gibi mahkeme, mağdurun gerçek yaşı ve özellikle sosyal durumu gibi konulara hiç değinmeden tüm kanaatini son derece tartışmalı olan Adli Tıp raporuna dayandırmıştır.

Son dönemlerde oldukça tartışmalı bir hale gelen bilirkişilik müessesisiyle ilgili tartışmalara değinmek çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Ancak, uygulamada mahkemelerin aksine karar verdiği vakaların neredeyse bulunmadığı adli tıp kurumuyla ilgili bir sivil toplum kuruluşunca hazırlanan rapor, olayın vahametini gözler önüne sermektedir. *Adli Tıp Raporlarının Dava Dosyasına Etkisi* ismini taşıyan çalışma, 10 adet dava dosyası üzerinden söz konusu raporların mahkeme tarafından yapılması gereken değerlendirmelere ne surette tesir ettiğini göstermektedir. Rapor mağdurun gerçek yaşını 14'e yükseltmiş, bu durum da mahkeme tarafından, Ceza Kanunu'nun olgunluk yaşını 15 olarak belirlediğinden bahisle mağdurun rıza göstermeye ehil olduğu şeklinde yorumlanmıştır²⁵⁹. Ayrıca kanunda özel bir önem atfedilmemiş olmasına rağmen kızlık zarının yırtılmadığı şeklindeki rapor karşısında da sanıklardan biri hakkında, ırza geçme suçuna teşebbüs ettiği doğrultusunda hükme varılmıştır. Uygulanan yasaya göre de ırza

²⁵⁷ Mardin 1. ACM, s. 25.

²⁵⁸ Mardin 1. ACM, s. 33.

²⁵⁹ Ancak aşağıda inceleneceği üzere, aynı kurum tarafından, 29.10.1991 doğumlu olan Cem Garipoğlu'nun 03.03.2009 tarihinde 17 yaşında olup 18 yaşını doldurmadığı ehemmiyetle vurgulanmıştır.

geçme suçuna tam teşebbüs hali düzenlenmediğinden sanık eksik teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmıştır²⁶⁰.

ba. Mahkemenin Rızanın Varlığına İlişkin Tespitinin Değerlendirilmesi

Kararla ilgili en çok eleştirilen ve toplumda infiale yol açan konu mahkemenin rızanın varlığına ilişkin tespitidir. Bu sebeple yeri gelmişken rıza kavramına değinilmesi gerekmektedir. Mahkeme kararında, hem suçun vasıflandırılmasında hem de cezanın tayininde esas ölçüt olarak kullanılan rızanın varlığı kanaatine nasıl ulaşıldığına ilişkin yeterli ve gerekli gerekçelendirme yapılmamıştır. Öncelikle bakılması gereken rızanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesine göre; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Dolayısıyla öncelikle kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının olup olmadığına daha sonra da asıl tartışma konusu olan, 12 yaşında bir çocuğun para karşılığı cinsel ilişkiye rıza gösterme ehliyetinin olup olmadığına bakılması gerekmektedir.

Söz konusu olayda rıza gösterildiği varsayılan hak, kişinin cinsel özgürlüğüdür ve genel olarak kabul edilen, kişilik hakkı olan cinsel özgürlüğün mutlak bir hak olduğudur²⁶¹. Ancak, özellikle feminist hareketin hukuk alanına tesiriyle cinsel konularda rıza kavramıyla ilgili farklı tartışmalar başlamıştır. Bu görüşlerin birinde cinsel konulardaki rıza kavramı ekonomi alanındaki rıza kavramı üzerinden anlatılmıştır. Bir kişinin evine hırsız girmesi ya da yolda yürürken gasp edilmesi ile eşitliksizliğin egemen olduğu kapitalist bir sistemde çok düşük bir ücretle çalışarak ekonomik olarak sömürülmesi karşılaştırılmıştır. Burada hırsızlığa maruz kalma durumundan farklı olarak, düşük ücretli bir işte çalışmanın rızaya dayandığı sonucuna varılabilir. Emek sömürüsü hırsızlığa göre uzun vadeye yayılmıştır ve daha az görünür niteliktedir. Ancak her durumda, hırsızlığın emeğin sömürüsü karşısında daha yıkıcı etkilere sahip olduğunu söylemek doğru değildir. Bu karşılaştırmayı cinsel özgürlük alanına uyguladığımızda da aynı sonuca ulaşılır. Yani, bazı durumlarda rızaya dayalıymış gibi görünen cinsel birliktelikler, rızaya dayanmayanlar

²⁶⁰ Adli Tıp Dosyalarının Davalara Etkisi, Gözaltında Cinsel Taciz ve Tecavüze Karşı Hukuki Yardım Bürosu, Yayına Hazırlayan: Eren Keskin, Leman Yurtsever, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/adliyardim-12042013.pdf>, E.T: 02.06.2015.

²⁶¹ **Ekici Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, 2012, s. 112; **Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s. 302; **Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2007, s. 297.

ile aynı yıkıcı etkiye sahiptir²⁶². Burada bakılması gereken, kişinin tüm şartlarıyla tamamen özgür iradesiyle rıza gösterip göstermediğidir.

İkinci olarak incelenmesi gereken husus ise 12 yaşındaki bir çocuğun bu şekilde bir ilişkiye rıza göstermeye ehil olup olmadığıdır. Kanuni düzenlemeye baktığımızda hem 765 hem de 5237 sayılı yasa, 15 yaşından küçük çocukların cinsel özgürlüklerine ilişkin rıza ehliyetlerinin olmadığını kabul etmiştir²⁶³. Dolayısıyla mağdurun küçük olduğu durumlarda rıza şartının araştırılmasına gerek yoktur. Mahkemenin yapması gereken şey, suçun normal ya da nitelikli halinin belirlenmesi açısından, mağdurun akli bir rahatsızlığının olup olmadığını araştırmaktır. Mağdurun herhangi bir akli rahatsızlığın olmaması, onun suça razı olduğu hatta olayın ahlaki redetine sahip olduğu anlamına gelmemektedir.

Kişinin rıza ehliyeti onun rıza gösterdiği fiilin anlamını, sonuçlarını, kendisi için taşıdığı riskleri anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olup olmadığına göre değerlendirilmelidir²⁶⁴. Rıza ehliyetinin üç unsuru olduğu belirtilmektedir. Bunlar algılama yeteneği, değerlendirme yapabilme yeteneği ve algılayıp değerlendirdiği şeyi isteyebilme yeteneğidir. Buna göre algılamak zihinsel bir süreçtir. Bilgilerin beyne ulaşmasının yanında, beynin bunlar arasında neden sonuç bağlantısı kurabilmesi, yani edindiklerini akıl mantık süzgecinden geçirmesi beklenir. Değerlendirme ise kişinin sahip olduğu değerlerle bağlantılı olarak sübjektif bir yargıya ulaşabilmesidir. "Değerlendirme yapabilme yeteneği kişinin verdiği kararların objektif olarak mantıklı görünmemesi halinde rıza ehliyetinin kabulü açısından önemlidir"²⁶⁵. Rıza ehliyetinin son unsuru da, algılama ve değerlendirmeden sonra ortaya çıkan sonucu irade edebilme yeteneğine sahip olmadır²⁶⁶. Bu bilgiler ışığında N.Ç davası incelendiğinde mağdurun kendisine yapılanlara rıza gösterdiği sonucuna ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, Demirbaş'ın rıza ehliyetini açıklarken verdiği, "13 yaşındaki bir çocuğun arkadaşı tarafından topunun alınmasına rıza göstermesi makul görülebilir ise de, çok kıymetli bisikletinin yeni tanıştığı birisince alınmasına gösterdiği rıza kabul edilemez"²⁶⁷ örneği karşısında, mahkemenin 12

²⁶² West, Robin, "Sex, Law and Consent", *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Year 2008/July, <http://scholarship.law.georgetown.edu/>, E.T: 02.06.2015, s. 7-9.

²⁶³ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s. 252; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2009, s. 272. Hakeri, s. 302, Ekici Şahin, s.142.

²⁶⁴ Ekici Şahin, s. 150; Koca/Üzülmez, s. 273.

²⁶⁵ Ekici Şahin, s. 151-153.

²⁶⁶ Ekici Şahin, s. 155.

²⁶⁷ Demirbaş, s. 295.

yaşındaki bir çocuğun para karşılığı cinsel ilişkiye rıza gösterdiği yönündeki değerlendirmesi makul olma sınırlarının oldukça dışında kalmaktadır.

Mahkemenin rızanın varlığına ilişkin kararındaki tutarsızlık, farklı davalardaki kararların karşılaştırılması suretiyle daha iyi görülecektir. Olayda, Kahramanmaraş ilinde yaşayan lise öğrencisi bir kız çocuğu, kendisi gibi lise öğrencisi olan arkadaşıyla 1 sene süren arkadaşlığın ardından kaçmış ve cinsel ilişki yaşamıştır. Olay tarihinde kız 14 yıl, 11 ay, 8 günlüktür. (Yani, kanuni olarak rıza açıklama yaşı olan 15 yaşını doldurmasına sadece 22 gün kalmıştır.) Sonrasında kaçtığı çocukla evlenmiş ve iki çocuk sahibi olmuştur. Evlilik devam ederken koca hakkında, nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarından dava açılmıştır. Bu dava sonucunda koca, toplam 9 yıl 2 ay hapis cezasına çarptırılmış ve bu ceza Yargıtay tarafından onanmıştır²⁶⁸. Üstelik bu ceza verilirken, kızın gerçek yaşının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmamıştır. Davada mağdur olarak kabul edilen eşin sarih rızası, çocuklarının babası olan eşinin hapse düşmesine ve evlilik birliğinin bozulmamasına engel olamamıştır. Bu olayda kızın gerçek yaşına ve rızasına hiçbir şekilde değer vermeyen mahkeme, çok farklı koşullara sahip olan N.Ç davasında ise tam tersi bir tutum izlemiştir.

12 yaşındaki çocuğun fuhşa sürüklenmesindeki rızasını araştıran mahkeme, çocuğun ruhsal ve bedensel sağlığının bozulup bozulmadığının araştırılması talebinin ise davayı uzatma haricinde bir işe yaramayacağından bahisle gerek olmadığına karar vermiştir²⁶⁹. Bunun yanında, mağdurun sanıklardan biri tarafından, yaptıklarının ailesine söylenmesi ile korkutulmasını, 1983 tarihli bir Yargıtay kararını emsal göstererek, tehdit unsurunun mağdurun eyleminden kaynaklanmaması gerekliliğinden değerlendirmeye dahi almamıştır²⁷⁰.

bb. Mahkemenin İyi Hal İndirimine İlişkin Tespitinin Değerlendirilmesi

Davada, rıza unsuru dışında toplum vicdanını rahatsız eden diğer önemli konu, ırza geçme suçunu işleyen tüm sanıkların alt sınırdan ceza yanında takdiri *iyi hal* indirimi almış olmalarıdır. Duruşmalarda hiçbir suçlamayı kabul etmeyen, fuhuş için verdikleri parayı hayır amacıyla verdiklerini söyleyen kısaca, mahkemeyi aldatmaya yönelik beyanda bulunan tüm sanıklar iyi hal indirimi almışlardır. Ancak, bunun yanında mağdurun suçla

²⁶⁸ YCGK, E: 2013/14-790, K: 2014/518, T: 25.11.2014; Benzer bir karar için bkz. YCGK, E: 2013/14-478, K: 2014/34, T: 04.02.2014.

²⁶⁹ Mardin 1. ACM, s. 25.

²⁷⁰ Mardin 1. ACM, s. 27.

sürüklenmesinde aracılık yapan iki kadın sanık hakkında "duruşmadaki olumsuz tavırları, kendi yaşadıkları iffetsiz hayatı, 13 yaşında bir çocuğu da yaşatmak şeklinde gözükten olumsuz tutum ve davranışları göz önüne alınarak"²⁷¹ takdiri indirim uygulanmamıştır. Bir başka deyişle, ırza geçme suçunu işleyen erkek sanıklar iyi hal indirimi alırken, aynı suça iştirak eden kadın sanıklara bu indirim uygulanmamıştır.

Görüldüğü gibi N.Ç. davasının gerekçeli kararında eleştiri konusu yapılmayacak neredeyse hiçbir unsur bulunmamaktadır. Mağduru 13 yaşında iken başlayan yargılamanın 21 yaşındayken karara bağlanması da başka bir mağduriyet konusudur. Bu uzun yargılama süreci basın tarafından da yakından takip edilmiş ve verilen karara kamuoyu tarafından şiddetle karşı çıkmıştır. Karar toplum vicdanında ciddi yaralanmalara yol açmıştır. İlk derece mahkemesinin hükmünden sonra kararın Yargıtay tarafından bozulacağı ümidi doğmuş ancak, bu beklenti boşa çıkmıştır. Yargıtay kararında, hükmün tartışmalı kısımlarını onanmış, sadece bazı sanıklara teselsül hükümlerinin uygulanması gerektiğinden bahisle bozulmasına karar vermiştir²⁷².

c. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi

Kararın toplum nezdinde yarattığı tepkinin gösterilmesi açısından bazı gazete haberlerine ve köşe yazılarına bakılması isabetli olacaktır.

Dava birçok gazetede, "*Utanç Davası Utançla Bitti*"²⁷³, "*N.Ç. davası: Hangi kitapta yazar bu?*"²⁷⁴, "*Neresinden Çeksen Elinde Kalıyor*"²⁷⁵, "*T.C. büyük, N.Ç küçük*"²⁷⁶ gibi çarpıcı başlıklarla haber ya da köşe konusu yapılmıştır. Süleyman Özışık, "*N.Ç.'ye tecavüz eden 27'inci kişi!...*" başlıklı yazısında yargıyı çok ağır bir dille eleştirmiştir. Söz konusu yazısında; "Adaletle adaletsizlik tarihin hiç bir döneminde bu kadar yan yana anılmamıştı. Ve belli ki, bu utançtan, yüzümüzü yıkayarak arınamayacağız. Bu namus lekesi 7'den 70'e hepimizin altında artık!" ifadelerini kullandığı yazısını, "N.Ç.'ye tecavüz edenlerin sayısı

²⁷¹ Mardin 1. ACM, s. 35.

²⁷² Y14CD, E: 2011/12479, K: 2011/1056, T: 19.10.2011.

²⁷³ Vatan Gazetesi, "N.Ç davası utançla bitti" başlıklı ve 25.11.2011 tarihli haber, <http://www.gazetevatan.com/n-c--davasi-utancla-bitti-413279-gundem/> E.T: 03.06.2015.

²⁷⁴ Özlem Albayrak, 18.11.2013 tarihli köşe yazısı, <http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/ozlemalbayrak/nc-davasi-hangi-kitapta-yazar-bu-35906>, E.T: 03.06.2015.

²⁷⁵ Mutlu Tönbekçi, 02.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.gazetevatan.com/mutlu-tonbekici-408756-yazar-yazisi-n-eresinden-c-eksen-elinde-kaliyor-davasi/>, E.T: 03.06.2015.

²⁷⁶ Umur Talu, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/umur-talu/685185-tc-buyuk-nc-kucuk>, E.T: 03.06.2015.

düne kadar 26 idi. 'Devlet', 27'nci olarak sıralamaya girmiş oldu" ifadelerine yer vermiştir²⁷⁷.

Davayla ilgili ilginç haberlerden biri de davadaki sanıkların isimlerinin tek tek ifşa edildiği köşe yazısıdır. Fatih Altaylı, üst üste iki gün değindiği N.Ç davasıyla ilgili yazısının ilkinde "İşte çocuk tecavüzcüsü 'iyi halli' 28 kişi" başlıklı bir yazı yazmış ve sanıkların isimlerini ve mesleklerini toplumun bilgisine sunmuştur²⁷⁸. Altaylı, ertesi gün yayınladığı "İçinizdeki o ses hiç susmayacak" başlıklı yazısında, "N.Ç. davası kadar tepki toplayan pek az dava, bu davanın kararı kadar halk vicdanını yaralayan pek az karar vardır herhalde." ifadelerine yer vermiş ve bu kez kararı veren mahkeme üyelerinin isimlerini de açıklamıştır²⁷⁹. Altaylı'nın ifşa ettiği bu isimler birçok gazete ve haber sitesi tarafından da paylaşılmıştır. Sanıkların isimlerinin bu şekilde açıklanması, toplum vicdanı ve hukuk arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından oldukça önemlidir. İsimlerin açıklanmasının altında yatan düşünce, mahkemece işlediği suçun karşılığını almadığına inanılan suçlunun en azından toplum tarafından dışlanması ya da kınanmasının sağlanmasıdır. Adaletin sağlanamadığı düşüncesinin kolektif bilinçte yarattığı tepki, tıpkı ilkçağlarda suçlunun suçunun toplum önünde açıklanmasında olduğu gibi, suçluların topluma ifşasını zorunlu kılmıştır.

Köşe yazılarının incelenmesi karara verilen tepkinin anlaşılması açısından oldukça önemlidir. Ancak, bu tepki bir vatandaş tarafından çok çarpıcı bir şekilde dile getirilmiştir. Adana'da yaşayan bir öğretmen, başta Cumhurbaşkanı olmak üzere, Başbakan ve Adalet Bakanlığı'na dilekçeyle başvurmuştur. Kişi bu dilekçelerde davaya müdahil olup karar düzeltmeye gidilmesinin yanında, karardaki "Türk Milleti Adına" ibaresinin kaldırılmasını istemektedir. İlgili haberde vatandaşın bu talebinin gerekçesi şu ifadelerle belirtmiştir:

"İğrenç ve çirkin bir olay beni ve ailemi derinden etkilemiştir. Kamuoyunu da derinden etkileyerek infiale sebebiyet vermiştir. Böyle çirkin bir olayın Türk mahkemelerinde 'Türk milletini adına' ibaresinin yazılması beni rahatsız

²⁷⁷ Süleyman Özışık, 18.01.2013 tarihli köşe yazısı, <http://www.internethaber.com/n.c.ye-tecavuz-eden-27inci-kisi...-13883y.htm>, E.T: 03.06.2015.

²⁷⁸ Fatih Altaylı, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yasam/haber/685295-iste-cocuk-tecavuzcusu-iyi-halli-28-kisi>, E.T: 03.06.2015. Davada, ırza geçme suçundan 26 erkek mahkûm edilmiştir. Yazıda 28 kişi olarak ifade edilmesinin sebebi, fuhşa aracılık eden ve ırza geçme suçuna iştiraktan hüküm giyen iki kadının da hesaba katılmasıdır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, bu iki kadın iyi hal indiriminden faydalanmamıştır.

²⁷⁹ Fatih Altaylı, 04.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/fatih-altayli/685392-icinindeki-o-ses-hic-susmayacak>, E.T: 03.06.2015.

etmiştir. Adalet Bakanlığının girişimiyle mahkeme kararındaki bu söz kaldırılarak yerel ve yüksek mahkemelerin ismiyle yazılmasını talep ediyorum. Ben bir vatandaş olarak benim adıma böyle bir ifade kullanılması için mahkemelere yetki vermiş değilim"²⁸⁰.

Yukarıdaki ifadeler, kararlarını "millet adına" veren mahkemelerin bu konuda ne kadar başarılı olduklarını en iyi biçimde göstermektedir. Mahkemenin sanıklar hakkında verdiği cezalar Avrupa İnsan Hakları Komiserinin Türkiye ziyaretine ilişkin hazırlamış olduğu raporda da yer almıştır:

"Komiser, güvenlik güçlerinin eylemlerinin dışında, üst mahkemeler de dahil olmak üzere mahkemelerin emsal teşkil eden kararlarının ciddi insan hakları ihlallerinde bulunan faillere orantısızca hafif cezalar verilmesine yol açtığına dair haberlerden de endişe duymaktadır.(...)Komiser N.Ç. davası hakkında da rahatsız edici bilgiler almıştır. Bu davada 2011'de Yargıtay dâhil, mahkemeler, 20'den fazla kişinin tecavüzüne uğrayan 13 yaşındaki bir mağdurun "rıza"sını hafifletici neden olarak kabul etmiştir. Komiser Türk mahkemelerinin kararlarının eski TCK çerçevesinde verildiğini anlamakla birlikte, bu kararların *Türk toplumunun adalet yönetimine olan güvenini ciddi bir şekilde sarstığını kaygıyla gözlemlemektedir*"²⁸¹.

Sonuç olarak, söz konusu davada mahkeme, uyguladığı kanunun maddelerini yorumlama şekliyle toplumda infial yaratan bir karara imza atmış ve kişilerin adalete olan inancının derinden sarsılmasına neden olmuştur. Mahkemenin mağdurun rızasının varlığı ile iyi hal indirimine ilişkin tespiti, ilk bölümde incelediğimiz doğruyu yanlıştan ayırma yeteneği olarak ifade ettiğimiz hiçbir vicdan teorisiyle uyuşmamaktadır. Bu davada bir vicdani kanaatin varlığından bahsedilecek ise bu kanaat ancak, vicdanın rasyonel ya da refleksif boyutunu göz ardı etmiş, Freud'un bilinçaltında kalan süper ego ile

²⁸⁰ Habertürk Gazetesi, "N.Ç kararına vatandaştan ilginç tepki" başlıklı ve 05.11.2011 tarihli haber, <http://www.haberturk.com/yasam/haber/685847-nc-kararina-vatandastan-iliginc-tepki>, E.T: 03.06.2015.

²⁸¹ Thomas Hammerberg, (Avrupa İnsan Hakları Komiseri), 10-14 Ekim 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Strazburg, 10.01.2012, <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/r/a/rapor-2.pdf>, E.T: 03.06.2015, s. 15-16.

özdeşleştirdiği²⁸² bir kabullenme²⁸³ ile yaptığı muhakeme sonucunda oluşmuş bir kanaat olma özelliğini taşıyabilir.

N.Ç. davası gibi toplum tarafından takip edilen davalarda, yargılama sonucunda verilen karar, olayın meydana geliş şeklinden daha büyük bir ilgiyle karşılanmaktadır. İnsanlık tarihi bu şekilde işlenen suçlarla doludur ancak, asıl infial yaratan durum, bu tip suçları işleyenlerin hak ettikleri müeyyidelerle karşılaşmamları durumudur. Toplumu güvende tutan, hiçbir zaman suç işlenmeyeceğine dair düşünce değil, suç işleyenlerin mutlak surette cezalandırılacaklarına dair inançtır. İşte, bu inançtaki zayıflığın yarattığı tepkinin gösterilmesi açısından 2009 yılında işlenen bir cinayet ve cinayetin işlendiği günden, yargılamanın son bulunduğu güne kadar yakından takip edilen Münevver Karabulut davasının incelenmesi isabetli olacaktır. Davada, N.Ç davasında olduğu gibi köşe yazıları ve gazete haberlerine değinilecek ayrıca yeri geldikçe, Münevver Karabulut cinayeti ve sonrasında verilen karara ilişkin toplumda oluşan kanaatin belirlenmesi açısından yaptığımız anket verilerine de başvurulacaktır.

3. Münevver Karabulut Kararında Toplum Vicdanı

a. Davanın Konusu

Kamuoyunda "kesik baş cinayeti" olarak adlandırılan dava, 03.03.2009 tarihinde Münevver Karabulut'a ait başı gövdesinden ayrılmış cesedin, bir kâğıt toplayıcısı tarafından Etiler'deki çöp konteynırına atılmış halde bulunması ile başlamıştır. Cinayet, gerek işleniş şekli, gerekse sonrasında yaşananlarla kamuoyunun oldukça ilgisini çekmiştir. Ancak bu ilginin en önemli sebeplerinden biri de kuşkusuz cinayetin firar eden şüphelinin, medyanın yakından takip ettiği davalarda sanık sıfatıyla adı geçen, varlıklı bir ailenin oğlu, maktulün ise orta halli bir ailenin kızı olmasıdır.

Olayın gelişimi kısaca şu şekilde özetlenebilir²⁸⁴: Münevver Karabulut, 07.03.1991 doğumlu olup, İstanbul ili Beşiktaş ilçesinde bir lisenin son sınıf öğrencisidir. Babası aşçı, annesi ev hanımıdır. Cem Garipoğlu ise 20.10.1991 doğumludur ve yine İstanbul ili Bebek

²⁸² Bkz. s. 10.

²⁸³ Burada bahsedilen kabullenme, yetiştirilme tarzı ya da çevresel diğer faktörlerle meydana getirilmiş, kadın-erkek ilişkilerine ilişkin bir kabullenme olabilir. Kant vicdan yargılamasını pratik akıl sonucu ulaşılan ilkelere uygunluğun denetlenmesi şeklinde tanımlamıştır (bkz. s.21). Ancak mahkemenin değerlendirmesine esas teşkil ettiğini varsaydığımız durumun ilke olarak değerlendirilmesi doğru olmayacağından kabullenme kelimesi tercih edilmiştir.

²⁸⁴ Bakırköy 4. ACM, E: 2010/4, K: 2011/320, T: 18.11.2011. Olaylar gerekçeli karardan özetlenerek aktarılmıştır.

ilçesindeki bir lisede eğitim görmektedir. Garipoğlu, medyanın da tanıdığı zengin bir ailenin oğlu olup, 12 yaşından itibaren dil öğrenmek amacıyla farklı ülkelerde eğitim görmüştür. Münevver ve Cem bir kafede tesadüfen tanışmış, 5 aylık bir sürenin ardından sevgili olmuşlardır. İlişkileri her iki tarafın ailelerince de bilinmektedir. Olay günü, Cem Garipoğlu'nun ailesi saat 11.00 civarında kendisi ise 12.48'de evden ayrılmış, yaklaşık 20 dakika sonra oldukça kısa bir süreliğine eve dönüp (bu kısa süre içerisinde cinayette kullanılan testerenin alındığı ifade edilmiştir), Münevver Karabulut ile buluşmak üzere okuduğu okula gitmiştir. Saat 15.20'de Garipoğlu ailesinin yaşadığı villaya gelmişler, ancak Münevver eve güvenlik kameralarının kayıt yapmadığı arka kapıdan girmiştir. Cinayetin, eve giriş saati ile Cem Garipoğlu'nun cesedin taşınması için taksici çağırıldığı saat olan 19.00 civarında işlendiği belirtilmektedir. Cem, tanık taksicinin beyanı ve kamera kayıtlarına göre, cesedi koyduğu valiz ve gitar kutusunu, Etiler'de dedesinin oturduğu sitenin bulunduğu yerdeki çöp konteynırına atmıştır. Saat 19.50 sıralarında bir alışveriş merkezine gitmiş, burada bir tanıdığıyla karşılaşmış ve sohbet etmiştir. Saat 21.40 civarında cinayetin işlendiği eve dönmüş, babası, amcası ve çalışanları tarafından şirketlerine ait lojmanda bir süre bekletilmiş, sonrasında ise kaçması sağlanmıştır. Çöp konteynırındaki ceset tesadüf eseri çok kısa bir süre içerisinde fark edilmiş ve olay saat 19.45'te güvenlik güçlerine bildirmiştir. Güvenlik güçleri de saat 20.00' de cesedin bulunduğu yere intikal etmişlerdir.

Olayla ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus cinayetin işleniş şeklidir. 18.05.2009 tarihli Morg İhtisas Dairesi' ne ait rapora göre, Münevver Karabulut'un cesedinin üzerinde çeşitli boy, şekil(birbirine paralel şekilde ve ters V oluşturan çeşitli çizgiler) ve derinlikte 30'un üzerinde kesik vasıfta yaralar bulunmaktadır. Ayrıca yine rapora göre, ölüm bu yaralar ile başın kesilmesinin müşterek etkisi ile gerçekleşmiştir. Bir başka deyişle, mağdurun boğazı ölmeden önce kesilmiştir²⁸⁵.

Olay yeri inceleme raporuna göre, 3 katlı villanın her katında ve her odasında apaçık görünür kan lekesine rastlanmış, mutfak çöpünde buruşturulmuş kanlı gazete kâğıtları, banyo kirli sepeti içerisinde de bir kısmı baba Nida Garipoğlu'na ait, çok miktarda kanlı elbise bulunmuştur. Evde bulunan anne Tülay Garipoğlu bu lekeleri, kusma lekesi zannettiğini söylemiştir²⁸⁶.

²⁸⁵ Bakırköy 4. ACM, s. 57-58.

²⁸⁶ Bakırköy 4. ACM, s. 31-32.

b. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Karar

Olayla ilgili olarak, Cem Garipoğlu ve baba Nida Garipoğlu hakkında, tasarlayarak, canavarca hisle veya eziyet çektirerek çocuk öldürme suçu; anne Tülay Makbule Garipoğlu hakkında suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu; amca Hayyam Garipoğlu ve üç şirket çalışanı hakkında da suçluyu kayırma suçu işlediklerinden bahisle 17.11.2009 ve 18.11.2009 tarihli iddianamelerle dava açılmıştır. Dava, 18.11.2011 tarihinde sonuçlanmıştır. Buna göre Cem Garipoğlu, tasarlayarak canavarca hisle çocuğa karşı nitelikli kasten öldürme suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmış ancak fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmadığından cezası 24 yıla düşürülmüştür. Tülay Garipoğlu, suç delillerini yok etme, gizleme veya yok etme suçundan, 3 şirket çalışanı ve Hayyam Garipoğlu da suçluyu kayırma suçundan 3'er yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Nida Garipoğlu ise beraat etmiştir. Sanıklar hakkında takdiri indirim hükümleri uygulanmamıştır. Yargıtay'a intikal eden davada Nida Garipoğlu için verilen beraat kararı suçluyu kayırma suçunun işlendiği yönünde hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozulmuş, diğer sanıklar hakkında verilen kararlar ise onanmıştır²⁸⁷. Yargılama bitmiş ancak dava, gerek yargılama süreci gerekse sonrasında yaşananlar ile toplum vicdanında unutulmaz bir yer edinmiştir.

c. Kararın Toplum Vicdanı Açısından Değerlendirilmesi

ca. Yargılama Sürecinde Yaşananlar

Yukarıda incelenen N.Ç kararından farklı olarak Münevver Karabulut davasında oluşan ortak kanı, oldukça zengin bir ailenin oğlu olan Cem Garipoğlu'nun bir şekilde bu cinayetten yargılanmayacağı, dolayısıyla adalet mekanizmasının varlıklı ve güçlü tarafın yanında olacağına dair endişedir. Bu endişe, cinayetin asıl failinin aylarca bulunamaması, Garipoğlu ailesinden gelen dikkat çekici açıklamalar ve Adli Tıp Kurumu'nun denetleme geçirmesine neden olacak hatalı raporları ile dönemin emniyet müdürünün açıklamalarıyla daha da pekiştirilmiştir. İşte, suçlunun cezasız kalacağı yönünde oluşan bu toplumsal kanaat sonucunda, olay işlendiği günden itibaren, kararlılıkla gündemin önemli meselelerinden biri olma niteliğini muhafaza etmiştir²⁸⁸.

²⁸⁷ Y1CD, E: 2012/537, K: 2012/2258, T: 28.03.2012.

²⁸⁸ Münevver Karabulut cinayetinin basındaki yansımalarının incelendiği bir eserde, cinayetin işlendiği tarih ile mahkemenin karar verdiği tarih arasındaki dönemde altı farklı gazetede(Habertürk, Hürriyet, Birgün,

Cem Garipoğlu, 6 aydan fazla bir süre boyunca kaçmış ve yakalanamamıştır. Bu durum kamuoyu nezdinde emniyet güçlerinin ihmali davranışlarıyla bilinçli bir şekilde yapıldığına dair bir kanı oluşturmuştur. Yapılan anket çalışmasında²⁸⁹, "Cem Garipoğlu'nun uzun süre bulunamamasında emniyet güçlerinin ihmali olduğunu düşünüyor musunuz?" sorusuna katılımcıların %60'ı evet, %21,4'ü ise kısmen cevabını vermiştir. Emniyet güçlerinin herhangi bir ihmali olmadığını düşünen kişi sayısı ise katılımcıların sadece %9,5'lik kesimini oluşturmaktadır. %7,1'lik kesim ise soruyla ilgili fikirleri olmadığını beyan etmişlerdir. Ayrıca bu ihmalde Garipoğlu ailesinin zengin ve nüfuslu bir aile olmasının etkisi olduğunu düşünenlerin sayısı katılımcıların %71'ini oluşturmaktadır. Toplumda oluşan bu kanaat sebebiyle, sosyal medya üzerinden kampanyalar başlatılmış birçok yerde failin bulunamayışının protesto edilmesi için gösteriler düzenlenmiştir²⁹⁰. Konu, meclis gündemine taşınmış, milletvekilleri failin yakalanması için soru önergesi vermiştir²⁹¹. Dava ayrıca, TBMM İnsan Hakları Komisyonu tarafından da incelemeye alınmıştır²⁹².

Münevver Karabulut cinayeti gazetelere sıradan bir cinayet haberinden çok farklı bir şekilde yansımıştır. Türkiye'nin o zamanki gündeminde yer alan Ergenekon davası, PKK saldırıları, Muhsin Yazıcıoğlu'nun kaybolması gibi önemli olayların yanında birçok gazetede birinci sayfada manşet haberi olarak verilmiştir. Bir köşe yazarı 2 ay boyunca,

Cumhuriyet, Ortadoğu, Yenişafak) çıkan haberlerin çözümlemesi yapılmıştır. Buna göre, cinayetin işlendiği tarihin ertesi gününden başlayarak çözümlenen on beş günlük süreçte(04-18 Mart 2009) çıkan haber sayısı toplam 36'dır. Bu sayı, Cem Garipoğlu'nun yargıya teslim oluşunun ertesi gününden başlayan 15 günlük süreçte (18 Eylül-2 Ekim 2009) 166'ya çıkmıştır. **Dağtaş**, Erdal, *Kamusal Alan ve Medya Münevver Karabulut Cinayetinin Basındaki Yansımaları*, Ankara, 2014, s. 184-187. Yine, medyanın, toplumun önem verdiği ceza davalarına yaklaşımının incelendiği başka bir eserde de Münevver Karabulut davasıyla ilgili, dört farklı gazetede (Cumhuriyet, Hürriyet, Sabah, Zaman) 04 Mart 2009 - 18 Eylül 2009 tarihleri arasında toplam 338 haber yapıldığı belirtilmiştir. **Tunç**, Aslı, "Mediated Justice: Turkish Newspapers' Coverage of Controversial Criminal Cases", *Turkish Studies*, Vol.11, No. 4, Year 2010, s. 649,651.

²⁸⁹ Anket çalışması toplam 210 kişiye uygulanmıştır. Bu kişilerin %47'si (99 kişi) kadın, %53'ü (111 kişi) ise erkektir. Kadınların %77'si, erkeklerin %85'i lisans ve lisansüstü eğitim görmüştür. Toplam kişi sayısının %61'ü 20-29, %44'ü 30-49 yaş aralığındadır. Katılımcıların toplumun orta yaşlı ve eğitilmiş kesimini temsil ettiği söylenebilir. Katılımcıların %99'u cinayeti hatırladıklarını ve olayla ilgili dava ve haberleri takip ettiklerini söylemişlerdir.

²⁹⁰ Radikal Gazetesi, "Münevver'in katilini bulun mitingi" başlıklı ve 04.04.2009 tarihli haber, http://www.radikal.com.tr/turkiye/muneverin_katilini_bulun_mitingi-929434, E.T: 09.06.2015; NTV İnternet Sitesi, "Münevver cinayeti olay yerinde protesto edildi" başlıklı ve 03.05.2009 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/24963098/>, E.T: 09.06.2015; CNNTÜRK İnternet Sitesi, "Münevver Karabulut cinayetine bir protesto daha" başlıklı ve 06.07.2009 tarihli haber, <http://www.cnnturk.com/...>, E.T: 09.06.2015.

²⁹¹ Nevingaye Erbatur (CHP Adana milletvekili), 30.04.2009 tarihli soru önergesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-7786s.pdf>, E.T: 12.06.2015.

²⁹² TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Faaliyet Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr>, E.T: 11.06.2015, s. 53-54.

toplam 7 kez konuyla ilgili yazı yazmış ve bu yazıların birçoğunda Karabulut ailesinin o dönemki avukatı ile yaptığı röportajları yayımlamıştır²⁹³. Avukat, bu röportajlarda emniyet güçlerinin ihmali davranışlarda bulunduğunu iddia etmiştir. Buna göre, olayla ilgili kamera kayıtları kendi araştırmaları sonucu bulunup dosyaya sunulmuştur. Jandarmanın, suçun işlendiği yere ilk gidişinde, bu yer çok yakın bir mesafede olmasına rağmen 20-25 dakika boyunca oyalanıp, aileye zaman kazandırdığını iddia etmiştir. Bu sebeple Jandarma hakkında suç duyurusunda bulunduğunu söylemiştir. Ayrıca, olay yerinde kanlı gömleği bulunmasına rağmen baba Nida Garipoğlu ile suçun gizlenmesi ve suçlunun kaçırılmasında birinci dereceden şüpheli durumda bulunan anne ve şirket çalışanlarının tutuklanmadığını söylemiştir. Bu iddialar, kamuoyundaki varlıklı ailenin korunduğuna dair oluşmuş kanaatin daha da güçlenmesine sebep olmuştur.

Yargılama sürecindeki en büyük skandal ise Adli Tıp Raporu sebebiyle yaşanmıştır. Verilen rapora göre ceset üzerinde Garipoğlu ailesi dışında birden fazla kişiye ait sperm örnekleri bulunmuş ve kime ait olduğunun tespit edilebilmesi için birçok kişiden sperm örneği alınmıştır. Ancak, alınan örneklerin ceset üzerindeki bulgularla uyumadığına dair düzenlenen rapor üzerine, oldukça tepki çeken bir açıklama yapılmış ve spermin aynı yerde otopsi yapılan bir başka cesetten bulaştığı söylenmiştir. Bu olay üzerine ayrı bir soruşturma başlatılmıştır²⁹⁴. Dönemin Cumhurbaşkanı Abdullah Gül de toplumun tepkisini çeken bu olaydan rahatsızlık duymuş, Devlet Denetleme Kurumu'nun, Adli Tıp Kurumu ile ilgili inceleme başlatması talimatını vermiştir. DDK tarafından hazırlanan raporda kurum ve bilirkişilik müessesesi ile ilgili pek çok soruna da yer verilmiştir²⁹⁵.

Yargılama süresince yaşanan ilginç olaylardan biri de davanın hâkiminin, davadan çekilme kararı almasıdır. Karabulut ailesinin avukatı, Hayyam Garipoğlu'nun uzun süre önce Adana Ceyhan'da, hileli iflas davasından yargılanırken davaya aynı hâkimin baktığını ve beraat kararı verdiğini iddia etmiş ve bu sebeple hâkimin reddi talebinde bulunmuştur.

²⁹³ Ayşe Arman, 26.04.2009, 01.05.2009, 02.05.2009, 29.05.2009, 17.06.2009, 19.06.2009, 29.06.2009 tarihli köşe yazıları, <http://www.hurriyet.com.tr/index/munevver-karabulut-cinayeti&p=4&r=tarih>, E.T: 02.06.2015.

²⁹⁴ NTV İnternet Sitesi, "10 adımda Münevver Karabulut Cinayeti" başlıklı ve 17.09.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015; Milliyet Gazetesi, "Masadaki Sperm Adli Tıp'ı Sarstı" başlıklı ve 08.07.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015; Hürriyet Gazetesi, "Beş Soruda Adli Tıp Skandalı" başlıklı ve 10.07.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015.

²⁹⁵ İnsan Hakları için Yasama, Yürütme ve Yargıyı İzleme Bülteni, 20.07.2010, http://www.ihop.org.tr/dosya/izlem_8.pdf, E.T: 09.06.2015.

Bu talep üzerine mahkeme başkanının davadan çekilme talebi kabul edilmiş ve açıldıktan yaklaşık iki yıl sonra davanın başka bir hâkim tarafından görülmesine karar verilmiştir²⁹⁶.

Skandal olarak nitelenen bir diğer haber de, dönemin Emniyet Müdürü Celalettin Cerrah'ın "Kızlarına sahip çıksalarmış" şeklinde yaptığı açıklamadır. Herkesin kaçak sanığın bulunarak cezasını çekmesini istediği bir dönemde, görevini yerine getirmesi beklenen emniyet müdürünün bu açıklaması oldukça tepki çekmiştir²⁹⁷.

Yargılaması süren davanın bu şekilde gündemde bulunması, farklı ve çoğu kanıtlanamayan ya da yalanlanan iddiaların ortaya atılmasına neden olmuştur. Bununla ilgili bir örnek, Garipoğlu ailesinin Münevver Karabulut'un babasıyla görüştüğü ve yüklü miktarda para karşılığında, pazarlık yaptıklarıdır²⁹⁸. Bir diğer ilginç iddia da ailenin etnik kökeni ve cinayetin işleniş şekillerinin bağdaştırılarak olayın bir "ayın" cinayeti olduğu yönündeki söylemlerdir. Bu iddialar mahkeme ve savcılık tutanaklarında da geçmektedir. Savcı tarafından bu konuda sorulan sorular, Cem Garipoğlu tarafından reddedilmiştir²⁹⁹. Ayrıca Garipoğlu ailesi avukatının, Hayyam Garipoğlu aleyhine verdiği ifadeyi değiştirmesi için tutuklu şirket çalışanlarından birini hapisanede ziyaret ettiği öne sürülmüştür³⁰⁰.

Tüm bu yaşananlar Garipoğlu davasının yargılama sürecinin adilliği konusunda ciddi şüphelere yol açmıştır. Bu şüphe anket verilerine de yansımıştır. Anket çalışmasındaki "Yargılama sürecini adil buluyor musunuz?" sorusuna katılımcıların sadece %11'lik kısmı evet cevabı vermiştir. Hayır cevabı verenlerin oranı, %40, kısmen cevabını verenlerin oranı %29, fikrim yok cevabını verenlerin oranı ise %16'dır.

Bu cinayet ve sonrasında yaşananların ülke gündeminde bu denli yoğun bir şekilde yer almasının en önemli nedeni failin sahip olduğu statü sayesinde uzun bir süre kaçması ve bulunamamasıdır³⁰¹. Bu sebeple, toplumun olaya gösterdiği ilgi, Cem Garipoğlu'nun

²⁹⁶ NTV İnternet Sitesi, "Karabulut Davasında Reddi Hakim" başlıklı ve 16.04.2011 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/25203573#storyContinued>, E.T: 09.06.2015; Vatan Gazetesi, "Münevver Davasında Flaş Gelişme!" başlıklı ve 16.04.2011 tarihli haber, <http://www.gazetevatan.com/munevver-davasinda-flas-gelisme--371517-gundem/>, E.T: 09.06.2015.

²⁹⁷ Can Dündar, "Azıcık Vicdan Lütfen!" başlıklı yazısında bu durumu eleştirmiştir, Milliyet Gazetesi, 27.04.2009 tarihli köşe yazısı, <http://www.milliyet.com.tr/azicik-vicdan-lutfen-/candundar/guncel/gundem...>, E.T: 12.06.2015.

²⁹⁸ Hürriyet Gazetesi, "O parayı ödemezlerse hakkımı helal etmiyorum" başlıklı ve 01.09.2009 tarihli haber, <http://www.hurriyet.com.tr/index/ArsivNews.aspx?id=12392413>, E.T: 09.06.2015; NTV İnternet Sitesi, "Münevver'in babası: Çok yanlış anlaşıldım" başlıklı ve 03.09.2009 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/24997179/>, E.T: 09.06.2015.

²⁹⁹ Bakırköy 4. ACM, s. 12.

³⁰⁰ Söz konusu iddia gerekçeli kararda Ahmet Batur tarafından ifade edilmiştir, Bakırköy 4. ACM, s. 17.

³⁰¹ Bu durum benzer derecede elim bir olay olan Özgecan Aslan cinayetiyle karşılaştırıldığında daha açık bir şekilde görülecektir. Özgecan Aslan cinayetinin, işleniş şekliyle toplumu Münevver Karabulut

teslim olmasında da etkili olmuştur. Çıkan haberlerin, bir kısmının asılsız ya da kanıtlanmamış olmasına rağmen, toplumun ilgisini canlı tutması hem emniyet güçleri hem de Cem'in kaçmasına yardım ettiği düşünülen ailesinin üzerinde baskı oluşturmuştur. Dolayısıyla, suçlunun cezalandırılmayacağına ilişkin oluşan toplumsal kanaatin oluşturduğu baskı, failin adalete teslim edilmesinde büyük rol oynamıştır. Ankette bu hususa da değinilmiştir. Ankete katılanların %49,5'i medyanın olayı takip etmesinin failin bulunmasında ve yargılanmasında etkili olduğunu beyan etmişlerdir.

Yargılama süreci kararın verilmesi ve Yargıtay tarafından onaylanması ile bitmiş gibi gözükse de olayla ilgili belki de en çok üzerinde durulması gereken konulardan biri cezanın infazı sırasında yaşanmıştır. Cem Garipoğlu, 10.10.2014 tarihinde koğuşunda ölü olarak bulunmuştur. Resmi makamlardan ve Karabulut ailesi tarafından yapılan açıklamalarda ölüm sebebi intihar olarak belirtilse de konuyla ilgili değişik iddialar ortaya atılmıştır. Toplumun bir kısmı Cem'in öldüğüne inanmamış, ölümüne inananlar ise bunun bir cinayet olabileceğini söylemişlerdir. Ankette "Cem Garipoğlu'nun intihar ettiğine inanıyor musunuz?" sorusuna katılımcıların %21'i evet, %42'si hayır cevabını vermişlerdir. Ayrıca, %26'lık bir başka kesim Cem'in kaçırıldığını düşündüklerini beyan etmişlerdir. İntihar etmediğini ama öldürüldüğünü düşünenlerin oranı ise %10'dur.

cb. Dava Sonucunda Verilen Kararın Değerlendirilmesi

Mahkeme Cem Garipoğlu'na, yargılama sonunda yasada öngörülen en yüksek ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası vermiş ve bu cezaya herhangi bir indirim uygulamamıştır. Ancak fiili işlediği sırada tam olarak 17 yıl 4 ay 4 günlük olan Cem Garipoğlu yasalara göre çocuk olarak kabul edildiğinden, cezası 24 yıl olarak belirlenmiştir. Bu şekilde de koşullu salıverme koşullarını yerine getirdiği takdirde, karar verildikten 13 yıl 9 ay sonra tahliye edilmesi mümkün olacaktır. İşte burada da, cezanın miktarı ve caydırıcılığı hususu tartışılması gereken diğer bir husus olarak ortaya

cinayetinden de fazla üzdüğü ve rahatsız ettiği söylenebilir. Öyle ki, olaydan sonra suçun işlendiği yer olan Mersin' de, baro başkanı hiçbir avukatın faileri savunmayacağı açıklamasını yapmış ve meclise "Özgecan Yasası" olarak bilinen kadına şiddete yönelik suçların cezasını ağırlaştırılan yasa teklifi sunulmuştur. Ancak, bu davada Münevver Karabulut davasından farklı olarak emniyet güçlerine ya da yargı organlarına karşı yapılan bir tepki bulunmamaktadır. Hatta failerin kısa sürede bulunması emniyet güçlerine duyulan güvenin pekiştirilmesini sağlamış, olayı aydınlatan jandarma personellerine takdirname verilmiştir. Bunun aksine, Münevver Karabulut olayında ise toplumun tepkisi emniyet güçlerine ve yargı organlarına karşı gösterilmiştir.

çıkılmaktadır. Bunun içinde kısaca cezalandırmanın amacı teorilerine değinilmesi isabetli olacaktır.

Farklı alt kategorileri olmakla birlikte cezalandırmanın amacını belirten temel bazı teoriler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, aydınlanma çağının bir ürünü olan, öncesi dönem ceza anlayışının getirdiği keyfi, gayri şahsi ve bedensel acıya dayanan cezaların sona erdirilmesi amacını güden ve özellikle kanunilik ilkesinin önemini vurgulayan klasik ceza hukuku anlayışıdır. Klasik ceza hukukuna göre, cezalar ancak yasalar tarafından, bunların çizdiği sınırlar içinde ve yalnızca suçu işleyen kişiye karşı uygulanabilir³⁰². Klasik ceza hukuku özellikle, Beccaria ve Bentham gibi düşünürlerin etkisiyle faydacı ceza hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Bu anlayışa göre, cezanın en önemli amacı suçların önlenmesinin sağlanması yani, caydırıcılığıdır. Burada ceza suçun bir karşılığı olarak değil, yeniden suç işlenmesini önleyen bir araç olarak kullanılmaktadır³⁰³.

Cezayı bir araç olarak gören ve fayda kriterine göre belirleyen anlayışın karşısında, onu suçun karşılığında verilen bir kefarete olarak gören anlayış ise ödetici ceza hukuku anlayışıdır. Kant tarafından savunulan bu anlayışa göre, asıl amaç, cezalandırmanın kendisidir. Ceza, gelecekteki bir fayda için değil, geçmişte işlenen suçun meydana getirdiği haksız durum nedeniyle uygulanmalıdır. Başkalarını suç işlemesini önleme amacıyla bir kimsenin cezalandırılması, bir insanın başka bir insan için araç olarak kullanılması anlamına gelir ve bu durumun kabul edilmesi mümkün değildir³⁰⁴.

Bahsedilen bu iki teorinin birlikte uygulandığı karma hukuk sistemleri de olmakla birlikte, Durkheim'in, organik toplumların hukuku olarak ifade ettiği onarıcı hukuk anlayışının³⁰⁵ ceza hukukundaki yansıması olarak onarıcı adalet kavramı da son zamanlarda üzerinde önemle durulan bir ceza hukuku anlayışı olmuştur. Onarıcı adalet kavramının önceliği sadece failin cezalandırılması değil, suç sonucu meydana gelen zarar ile fail ve mağdur arasında bozulan ilişkinin onarılması amacını gözetir. Suç ile bozulan toplumsal ilişkinin yeniden tesisinde toplumsal barış, uzlaşma, affetme ve merhamet gösterme gibi kavramları da içine alarak fail, mağdur ve hatta bunların ailelerinin hepsine birden sorumluluk yükler. Devlet de suçu yaratan koşulları önlemede sorumluluk üstlenmelidir. Ayrıca hukuk sistemi, her davanın kendi özel durumuna ve gerekliliklerine uygun olan eylem olasılıklarını uygulamaya izin veren bir esneklikte olmalıdır. Kısaca

³⁰² **Ancel**, Marc, "Klasik Hukukta ve Toplumsal Korunma Doktrininde Ceza Anlayışı", Çev. Hasan İsmet Bıyıklı, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, Yıl 1974, s. 895.

³⁰³ **Aktaş**, Sururi, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, Sayı 1-2, Cilt 13, Yıl 2009, s. 1-6.

³⁰⁴ Aktaş, s. 15-20.

³⁰⁵ Bkz. s. 26.

onarıcı adalet anlayışı hem failin toplumla bozulan ilişkisinin yeniden kurulmasını hem de mağdurun suçtan gördüğü zararın onarılmasını hedeflemektedir³⁰⁶.

Belli başlı ceza teorileri genel hatlarıyla belirtilikten sonra, incelediğimiz dava sonucunda verilen kararın bu teoriler ışığında değerlendirilmesine geçilecektir. Bu değerlendirme yapılırken, yaptığımız anket çalışmasının verilerine de başvurulacaktır.

Yukarıda ifade edilen cezalandırmanın amacı teorilerine göre, ceza verilmesinin sebeplerini kısaca üç maddede sıralayabiliriz. Bu sebepler; işlenen suçun bir karşılığı olarak yani kısaca, zarar verici bir eylemde bulunan kişinin kendisinin de zarar görmesinin sağlanması ve böylece bozulan adaletin düzeltilmesi, suç işlenmesinin önüne geçilmesi, suçtan zarar görenin mağduriyetinin giderilmesi ve bu sayede bozulan suçlu, mağdur ve toplum ilişkisinin yeniden kurulması şeklinde sıralanabilir. Mahkemenin verdiği kararların olumlu olarak değerlendirilebilmesi için en azından bu amaçlardan birine hizmet etmiş olması gerekmektedir. Ancak, Münevver Karabulut davası sonucunda verilen kararın bu amaçlardan herhangi birine uygun olduğunun söylenmesi oldukça güçtür.

İncelenen olaydaki gibi bir cinayeti işleyen kişinin, koşullu salıverme koşulları gerçekleştiği takdirde 13 yıl gibi bir süre hapis yatacak olması, işlediği suçun karşılığı olarak değerlendirilemez. Bununla ilgili Cem Garipoğlu'nun teslim oluşunun ertesi günü bir köşe yazısında şu ifadelere yer verilmiştir:

"Nasıl saklandı, nerede saklandı, kim sakladı, nasıl öldürdü, akli dengesi yerinde miydi, kaç yıl ceza alır, müebbet cezası alır mı, alırsa ağırlaştırılmış mı alır?.. Cem G.'nin yakalanmasıyla son yılların en popüler davası başlıyor. Bu konuda artık söz yargının, ancak ömrü olanlar görecektir; bu çocuk çok değil 10 yıl içinde aramızda dolaşmaya başlayacak... En ağır cezaya çarptırılabilir bile 18 yaşın altında olduğundan yatacağı süre incek. Kamuoyunun, böyle vahşi bir cinayeti işlemiş kişinin çocuk olmasını kabulleneceğini sanmıyorum. Belki bu vesileyle çocukluğun kaç yaşında bittiğini hukuken tekrar tartışırız"³⁰⁷.

³⁰⁶ **Gökulu**, Gökhan, "Onarıcı Adalet Kavramı ve Uygulamaları", *Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi Temel Kavramlar ve Tartışmalar*, Ed. Güncel Önkal/Özgür Sarı, Ankara, 2013, s. 79-97.

³⁰⁷ Yavuz Semerci, 18.09.2009 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/yavuz-semerci/>, E.T: 31.07.2015.

Aynı konu başka bir gazeteci tarafından ise bir önceki başlıkta incelediğimiz N.Ç kararı ile karşılaştırılarak kaleme alınmıştır:

"Ne yaptığının bilincinde olan ve benim diyen yetişkinin yapamayacağı şeyleri, mesela canlı bir insanın boğazını kesme eylemini ruhani bir sakinlikle yapabilen insan çocuk sayılıyor. Ama 13 yaşında ve kendisi hiçbir suç işlemeyen, etrafındaki 26 adama pazarlanan N.Ç. kendisi dışında kimsenin mağdur olmadığı davadan, kendine bu fenalıkları yapan adamların modern tıbbın imkân verdiği en az cezayla ayrıldıklarına tanık oldu"³⁰⁸.

Bu yazılara yansıyan düşünce, toplumun mahkeme kararına ilişkin bilgi, kanaat ve tutumunun ölçülmesi açısından yaptığımız anket çalışmamızda da görülmektedir. Ankete katılanlara öncelikle cinayet hakkındaki görüşleri sorulmuş ve "sıradan", "üzücü", "ilginç", "rahatsız edici", "kamuoyunca abartılmış", "vahşice" ve "sıradan" şıklarından bir veya birkaçının işaretlenilmesi istenmiştir. Cinayeti, kişilerin %84'ü vahşice, %55'i canavarca, %40'ı rahatsız edici ve üzücü, %2,3'ü sıradan, %4,2'si ise kamuoyunca abartılmış bulmuştur. Sonrasında, ankete katılanların çoğu tarafından vahşice ve canavarca olduğu düşünülen bir cinayeti işleyen kişinin yargılanmasının sonucunda hükmedilen 24 yıllık cezanın adalete uygun olup olmadığı sorulmuştur. Ancak soru sorulurken infaz yasasına göre cezanın 3'te 2'sinin infaz edilmesinden sonra koşullu salıverme hükümlerinden yararlanılabileceği hususu belirtilmemiştir. Buna rağmen, katılımcıların sadece %17'lik kısmı cezanın adalete uygun olduğunu belirtmiş, %54,7'si adalete uygun olmadığını %20'si ise kısmen uygun olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla ankete katılanların %75'lik kısmının verilen cezadan memnun olmadıkları sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca infaz yasası sebebiyle koşullu salıverme hükmünden yararlanma ihtimalinin belirtilmesi halinde bu oranın daha da yükselmesi ihtimal dâhilindedir. Bu verileri toplum vicdanı ile ilişkilendirdiğimizde şu sonuca ulaşmamız mümkündür: İlk bölümde incelediğimiz vicdan teorilerinden Butler ile Shaftesbury ve Hutcheson'un görüşlerine göre, vicdan diğer özelliklerinin yanında kişinin kendi çıkarı ile başkalarının çıkarı arasında denge kuran bir işleve sahiptir³⁰⁹. Karşılıklı iki menfaat arasında denge kuran vicdanın hukuk alanında da, davanın tarafları (davacı-davalı ya da sanık-mağdur) arasında oluşacak dengeli bir sonuca

³⁰⁸ Rahşan Gülşan, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/rahsan-gulsan/685140-garipoglunu-cocuk-say-ncyi-harca>, E.T: 04.08.2015.

³⁰⁹ Bkz, s. 16, 21.

ulaştırma amacı taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla sanığın suç işleyerek bozduğu dengenin, cezalandırma ile yeniden kurulması gerekliliği hukuk ve vicdani yargılamanın ortak amacıdır. Ancak, incelediğimiz mahkeme hükmü bu dengenin oluşmadığı yönünde bir kanaat oluşturarak hukuka ve toplum vicdanına aykırı bir sonucun oluşmasına sebep olmuştur. Ayrıca bu söylenenler ışığında, verilen cezanın kefarete teorisine göre cezalandırmanın amacına uygun olmadığı sonucuna da ulaşılmaktadır.

Verilen cezanın, işlenen suçun karşılığı olarak değerlendirilmesinin zorluğu yanında cezalandırmanın caydırıcılık fonksiyonuna uygun olduğu da söylenemez. Kanaatimizce, cezalandırmanın öncelikli amacı, Kant'ın teorisine de uygun olarak, işlenen suçun karşılığında bedel ödenmesi olsa da caydırıcılık hususunun, cezalandırmanın amacı değil ama onun bir sonucu ya da fonksiyonu olarak düşünülmesi mümkündür. İşlenen suçun karşılığı olarak görülmeyen bir cezanın ise caydırıcılık fonksiyonuna uygun olduğu söylenemez. Anketimizde bu hususu doğrudan değerlendirmeye yönelik bir soru yer almamış ancak, dava ve ceza ile ilgili diğer görüşlerin belirtilmesinin istendiği bölümde katılımcılar, cezaların caydırıcı olması gerektiğini ve verilen cezanın bu gerekliliğe uygun olmadığını ifade etmişlerdir.

Son olarak, verilen karar onarıcı adalet anlayışına da uygun değildir. Suçlu mağdur ve toplumun bozulan ilişkisinin yeniden tesisini amaçlayan onarıcı adalet anlayışına göre öncelikle mağdur ve suçlu arasında bir denge oluşturmalı sonrasında suçlunun yeniden suç işlenmesini de önleyecek şekilde topluma kazandırılması sağlanmalıdır. Ancak verilen karar (her ne kadar üst sınırdan verildiği ve indirime gidilmediği için bazı açılardan olumlu olarak değerlendirilebilecek olsa da) mağduriyetin giderilmesini sağlamamıştır. Ayrıca toplum tarafından işlediği suçun karşılığını almayan bir kişi olarak görüldüğünden fail ile toplum arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulması da mümkün olmamıştır. Anket sonucunda ulaşılan toplumun, Cem Garipoğlu'nun intiharına inanmadığı ya da kaçırıldığına ilişkin görüşleri de bunun bir göstergesidir.

Cem Garipoğlu, dava sonucunda yazılı hukukumuzda göre mümkün olan en ağır cezaya çarptırılmıştır. Buna rağmen kararın eleştirilmesinin ve toplum vicdanına uygun olmadığına yönelik değerlendirilmesinin en önemli sebebi toplumun büyük bir kesimi tarafından vahşice olarak değerlendirilen cinayeti işleyen kişinin, üstelik 18 yaşını doldurmasına çok kısa bir süre kalmasına rağmen çocuk olarak kabul edilmesidir. Bir an için Cem'in bu cinayeti 17 yıl 4 ay 4 günlükken değil de, 18 yaşını doldurmasına 1 gün kala işlediği düşünüldüğünde durumun vahameti daha açık bir biçimde görülecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, bir köşe yazısında bu olay vesilesiyle çocukluğun tam olarak kaç yaşında bittiğinin hukukten tartışılabileceği tahmininde bulunmuştur. Ancak bu tartışmanın en azından hukukçular tarafından gerçekleştirilmediği görülmektedir. Yaptığımız anket çalışmasında Cem'in, 18 yaşından küçük olduğu için çocuk sıfatıyla yargılanmasını normal olarak değerlendiren kişilerin oranı %23'tür. 18 yaşından küçük olsa bile işlediği suç nedeniyle çocuk olarak yargılanmaması gerektiğini düşünenlerin oranı %40, bu şekilde suçları işleyen kişiler için çocukluk yaşının farklı şekilde belirlenmesi gerektiğini söyleyen kişilerin oranı %41, çocukluğun sadece yaş kriterine göre belirlenmemesi gerektiğini söyleyen kişilerin oranı ise yine %41'dir.

İncelediğimiz davada da görüleceği üzere yaş tespiti, 1 günlük farkın dahi önemli sonuçlar doğurabileceği son derece önemli bir husustur. Ülkemizde yaş belirlemeleri, Adli Tıp Kurumunun ilgili dairesinden alınan raporlar ile gerçekleştirilmektedir. Bu raporlar çoğunlukla, kişinin kemik grafiklerinin, değişik yöntemlerle belirlenmiş kemik atlasları ile karşılaştırılması yöntemiyle (kemiklerdeki epifiz hatlarının kapanma derecelerine göre) yapılmaktadır. Ancak bu testlerde yüzde yüz oranında bir kesinlik bulunmadığı, ayrıca ırk, beslenme ya da yaşanan coğrafi bölgeye göre ufak da olsa yanılma payı içerebileceği belirtilmiştir³¹⁰. Kaldı ki, yaş tespitinin kesin olarak belirlendiği bir durumda bile bir kişinin hukuki sorumluluğunun sadece kemik haritalarının karşılaştırması suretiyle belirlenmesinin uygulamada kolaylık ve yeknesaklık sağlaması haricinde, hukuki ve ahlaki bir açıklaması bulunmamaktadır. Bir kişinin işlediği bir suçtan sorumlu olması-üstelik bu suç normal bir yetişkin tarafından gerçekleştirilemeyecek bir nitelikte ise- tam olarak yaşadığı gün sayısından daha farklı kriterlere göre değerlendirilmelidir. Bir kimsenin çocuk olarak değerlendirilmesi için akli ve duygusal gelişimine yönelik değerlendirmelerin de yapılması gerekmektedir. Yasalarımızdaki ergin olma için gerekli olan ayırtım gücüne sahip olma şartı, sadece "akıl hastası olunmaması" şeklinde anlaşılmalıdır. Kişinin yaşadığı yer, gördüğü eğitim, duygusal yönü ya da kişiliği de işlediği fiilin sonucundan ne şekilde etkileneceğinin belirlenmesi açısından önemli olmalıdır. 5 dil bilen, senelerce yurtdışında tek başına yaşamış, oldukça varlıklı bir ailenin şirketlerinin gelecekteki yöneticisi olarak yetiştirilmiş ve en önemlisi de pek çok yetişkinin düşünmeye dahi tahammül edemediği bir fiili gerçekleştiren kişiyi çocuk olarak değerlendirmenin akla,

³¹⁰ Demirkıran, D. Süreyya/Çelikel, Adnan/Zeren, Cem/Arslan, M. Mustafa, "Yaş Tespitinde Kullanılan Yöntemler", Dicle Tıp Dergisi, Sayı 41(1), Yıl 2014, s. 239, 241.

mantığa, vicdana ve en önemlisi de hukuka uygun olduğunun iddia edilmesi oldukça güçtür.

Bir davanın bu denli toplumun gündeminde olması her zaman, tüm boyutlarıyla olumlu sonuçlar doğurmayabilir. Örneğin, mahkemenin etki altında kalarak bağımsız karar vermesine engel olduğu düşünülebilir(Ankette medyanın olayı yoğun bir şekilde takip etmesinin yargılamanın tarafsızlığını zedelediğini düşünenlerin oranı %8'tür). Ancak bu durumda yanlışlığın nereden kaynaklandığının doğru tespit edilmesi gereklidir. Münevver Karabulut davasında, toplumun davayı bu denli takip etmesinin yargılamanın tarafsızlığına gölge düşürdüğü iddia edildiği takdirde öncelikle, toplumun bu davayla neden bu kadar ilgilendiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Cem Garipoğlu, Türkiye'nin en çok insan öldüren zanlısı değildir, ancak onu Türkiye'de toplum vicdanını en çok rahatsız eden ve en çabuk harekete geçiren zanlısı olarak nitelendirmek mümkündür³¹¹. Bunun sebebini ise medyanın konuya olan ilgisiyle açıklamak kesin surette yanlış olmasa da, temelde yatan gerçekliğin saklı kalmasına neden olacaktır. Toplumun bir dava ve mahkemenin vereceği ceza ile bu denli ilgilenmesinin esas sebebi adaletin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair sahip olduğu kuşkudur. Ankete katılanların %48'inin cinayet hakkındaki görüşlerinin temel sebeplerini failin kaçıışı, ailesinden yardım görüşü ve uzun süre bulanamamış olması şeklinde belirtmeleri bunun bir göstergesidir. Bu kuşku insanların davaya olan ilgilerinin artmasına sebep olmuştur. Bu noktada asıl sorunun da, toplumun adaletin sağlanması konusundaki güvensizliği olduğunu söylenebilir. Bunun sorunun giderilmesi için de en başa yani, çalışmamızın tezi olan yargılamanın toplum vicdanına uygun olması gerekliliği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu kararda toplum vicdanına uygun hareket edildiğinin söylenmesi oldukça güçtür. Yapılan ankete göre, katılımcıların sadece % 10'u, suçlunun toplumun adalet duygusunu tatmin edebilecek nitelikte bir cezaya çarptırıldığını düşünmektedir. Bu durumun tam tersini düşünenlerin oranı ise %66'tır.

Toplum vicdanı, toplumun öfkesi ya da toplumun merhameti olarak değil, toplumsal akıl ve toplumsal adalet anlayışı şeklinde anlaşılmalıdır. Son olarak, vicdanın ve toplum vicdanının mahkemelerin verdikleri kararlarda ne denli önemli bir unsur olduğunu göstermesi açısından tarihi bir karar olan Pierre Riviere kararına değinilecektir. Olay 1835 yılında Fransa'da yaşanmıştır. 20 yaşında olan Pierre, annesi ve iki kardeşini vahşi bir şekilde öldürmüş ve idam cezasına mahkûm edilmiştir. Ancak dava sonunda verilen

³¹¹ Dağtaş, s. 210.

kararla ilgili en büyük sorun, Pierre'in küçük yaştan itibaren sergilediği tuhaf davranış ve sahip olduğu ilginç düşünceler nedeniyle akıl hastası olup olmadığı hususunda net bir karara varılamamasıdır. İlk başlarda Pierre'in akıl hastası olmadığı kabul edilmiş ve işlediği fiilin anlam ve sonucunu idrak edebilecek yeterliliğe sahip olduğu belirtilerek idam cezasına mahkûm edilmiştir. Ancak dava sürecinde de toplumun yakından takip ettiği bu dava, karar verilmesinde sonra daha önemli bir hale gelmiştir. Aralarında psikologların da bulunduğu birçok kişi, ciddi şekilde akıl hastalığı belirtilerine sahip olan Pierre'in normal insanlar gibi cezalandırılmasının adil olmayacağı ve bu sebeple kralın kullanacağı af yetkisiyle idam cezasının müebbet hapis cezasına dönüştürülmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Konuyla ilgili gazetelerde pek çok haber, makale ve köşe yazısı yer almıştır. Ayrıca bizzat adalet bakanı tarafından krala mektup yazılarak idam cezasının affedilmesi talep edilmiştir. Sonuç olarak, Pierre Riviere'ni cezası, idam cezasından müebbet hapis cezasına çevrilmiştir³¹². Toplum bu davada, Münevver Karabulut davasından farklı olarak, cezanın ağırlığının adalete uygun olmayacağı şeklindeki vicdani kanaatiyle yargılamaya yön vermiş ve adil bir karara varılmasını sağlamıştır.

³¹² Foucault, Michel (Der.), 19. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti, İstanbul, 2012.

SONUÇ

Çalışmamızın başında hukukun amacı, toplumun düzen içerisinde yaşanmasını sağlamaktan ziyade, adil bir düzen içerisinde yaşamasını sağlamak ya da kısaca adaleti sağlamak şeklinde ifade edilmiştir. İşte, amacı adil bir düzen yaratmak olan hukukun bunu gerçekleştirebilmesi için toplumsal adalet anlayışına yani, toplum vicdanına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bu sebeple eleştirdiğimiz kararlardaki esas problem, bu amaca aykırı olunması şeklinde anlaşılmalıdır. İlk bölümde ayrıntılı olarak işlendiği üzere vicdanın akıl, ahlak ve hakikat ile olan ilişkisi düşünüldüğünde, toplum vicdanına aykırı olan bu kararların esasında hukukun adaleti sağlama amacına hizmet etmeyen kararlar olduğu görülecektir. Hukukun ve hukukun uygulanması süreçlerinin (yargılamanın) toplum vicdanına uygun olması gerektiği söylemi, esasında hukukun adalete uygun olması söyleminden ayrı bir durumu ifade etmemektedir. Amacı adaleti sağlamak olan hukukun ona aykırı olacağını düşünmek ne kadar anlamsız ise, yargılamanın toplum vicdanına aykırı olacağını düşünmek de o kadar anlamsızdır. Ancak yukarıda incelendiği üzere³¹³, ilk çağlarda ahlak, din, siyaset gibi sosyal normlardan ayrı bir varlığa sahip olmayan hukukun, tarihsel süreç içerisinde geçirdiği değişim ve bugün sahip olduğu pragmatik ve ideolojik işlev sebebiyle, toplum vicdanıyla uyumunun sağlanması üzerinde hassasiyetle durulması gereken önemli bir problem alanı haline gelmiştir.

Vicdan, genel olarak doğru ile yanlışın ayırt edilmesini sağlayan yeti olmakla birlikte, kişinin düşünce ya da davranışlarının sahip olunan (Kant'a göre pratik akıl aracılığıyla ulaşılan) ilkelere uygunluğunu denetleyen, ayrıca kişinin kendi çıkarı ile başkalarının çıkarları arasında denge kurulmasını sağlayan bir yeti olarak kabul edilmektedir. Bunu, toplum vicdanı ve hukuka uyarladığımızda, hâkimin kişilerin eylemlerini, toplumun bir ürünü olan hukuk kurallarına uygunluğunu denetleyen ve dava süjeleri arasında bozulan çıkar dengesinin yeniden kurulmasını sağlayan bir görevi üstlendiği görülecektir. İşte bu görev, temel olarak toplum vicdanına uygun karar verme göreviyle aynı durumu ifade etmektedir.

³¹³ Bkz. s. 38-42.

KAYNAKÇA

Akarsu, Bedia, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 6. Baskı.

Akarsu, Bedia, *Ahlak Öğretileri I: Mutluluk Ahlakı*, İstanbul, 1965.

Akarsu, Bedia, "Sokrates'te Erdem Düşüncesi", *İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi*, Sayı 13, Yıl 1962, ss. 57-73.

Akhtar, Sahar, "Restoring Joseph Butler's Conscience", *British Journal for the History of Philosophy*, Vol. 14/4, Year 2006, ss. 581-600.

Aktaş, Sururi, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, Sayı 1-2, Cilt 13, Yıl 2009, ss. 1-25.

Altan, Mehmet, *Küresel Vicdan*, İstanbul, 2012.

Ancel, Marc, "Klasik Hukukta ve Toplumsal Korunma Doktrininde Ceza Anlayışı", Çeviren Hasan İsmet Bıyıklı, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, Yıl 1974, ss. 895-901.

Aral, Vecdi, *Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet*, İstanbul, 2014.

Arendt, Hannah, *The Life of the Mind*, New York, 1978.

Arendt, Hannah, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Ed. Ronald Beiner, Chicago, 1992.

Aron, Raymond, *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri*, Çev. Korkmaz Alemdar, Ankara, 2000.

Ayas, Tuğba, "Arendtçi Politik Yargının Kantçı Kökleri", *FLSF Dergisi*, Sayı 14, Yıl 2012, ss. 27-41.

Aybay, Rona, *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, İstanbul, 1963.

Bal, Metin, "Yargı Yetisinin Eleştirisi'nin Kant'ın Felsefesindeki Yeri", *Araştırma AÜ DTCF Felsefe Bölümü Dergisi*, Sayı 19, Yıl 2008, ss. 1-19.

Balı, Ali Şafak, *Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet*, Konya, 2001.

Balı, Ali Şafak, *Hukuk, Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları*, Konya, 2005

Barzun, L. Charles, "Common Sense and Legal Science", *Virginia Law Review*, Vol. 90, Year 2004, ss. 1052-1092.

Başdemir, Hasan Yücel, "İskoç Aydınlanma Etiği, Hutcheson, Hume ve Smith", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 37, Yıl 2005, ss. 27-44.

Bertnard, Alexis, *Ahlak Felsefesi*, Çev. Salih Zeki, Sad. Hayrani Altıntaş, Ankara, 2001.

Bilgiç, Şükrü, "Mahkûmların Suç Algısı", *KMÜ Sosyal ve Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 16, Yıl 2014, <http://dergi.kmu.edu.tr/userfiles/file/Mayis20141/2m.pdf>, E.T: 25.06.2015, ss. 8-17.

Bilgiz, Musa, *Kuran Açısından Vicdan ve Değeri*, İstanbul, 2007.

Black's Law Dictionary, USA, 2007,

Borren, Marieke, "A Sense of the World: Hannah Arendt's Hermeneutic Phenomenology of Common Sense", *International Journal of Philosophical Studies*, Vol. 21, No. 2, Year 2013, ss. 225-255.

Budak, Selçuk, *Psikoloji Sözlüğü*, Ankara, 2005.

Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara, 2011.

Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul, 2000.

Chapman, Nathan s, "Disentangling Conscience and Religion", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2013, ss. 1457-1502,

Dağtaş, Erdal, *Kamusal Alan ve Medya Münevver Karabulut Cinayetinin Basındaki Yansımaları*, Ankara, 2014.

Descartes, *Yöntem Üzerine Konuşma*, Çev. Murat Erşen, İstanbul, 2013.

Demir, Osman, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 43, 2013, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c43/c430056.pdf>, E.T: 06.08.2015.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2007,

Demir Gürsel, Esra, "N.Ç. Davası: Tecavüze Razı Olmak ve Kadın Ahlakı", *Sınır Bilgisi: Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet*, Derleyen: Elif Çelebi, Didem Havlioğlu, Ebru Kayaalp, Ankara, 2014, ss. 137-161.

Demirkıran, D. Süreyya/**Çelikel**, Adnan/**Zeren**, Cem/**Arslan**, M. Mustafa, "Yaş Tespitinde Kullanılan Yöntemler", *Dicle Tıp Dergisi*, Sayı 41(1), Yıl 2014, ss. 238-243.

Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara, 1988.

Doğan, İsmail, *Sosyoloji Kavram ve Sorunlar*, Ankara, 2007.

Duman, Fatih, "Akılcılık Bağlamında İki Aydınlanma Geleneği: Fransız Aydınlanması Versus İskoç Aydınlanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 61-1, Yıl 2006, ss. 117-151.

Durkheim, Emile, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İstanbul, 2014.

- Ekici Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, 2012.
- Feyzioğlu**, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, 2002.
- Foucault**, Michel (Der.), 19. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti, İstanbul, 2012.
- Fromm**, Erich, *Kendini Savunan İnsan*, Çev. Necla Arat, İstanbul, 1994.
- Furtun**, Ayşen, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul, 2013.
- Gökulu**, Gökhan, "Onarıcı Adalet Kavramı ve Uygulamaları", *Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi Temel Kavramlar ve Tartışmalar*, Ed. Güncel Önkal/Özgür Sarı, Ankara, 2013, ss. 79-97.
- Gurvitch**, Georges, "Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları ve Bugünkü Cereyanları", Çev. Hamide Topçuoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, Cilt 8, Yıl 1973, ss. 629-642.
- Güçlü**, Abdülbaki/**Uzun**, Erkan/ **Uzun**, Serkan/ **Yolsal**, Ümit Hüsrev, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara, 2003.
- Güngör**, Erol, *Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak*, İstanbul, 1995.
- Gül**, Fikri, "Vicdanın Neliği Üzerine: Rousseau-Kant Örneği", *Kaygı/Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi*, Sayı 11, Yıl 2008, ss. 69-76.
- Güriz**, Adnan, "İrade Hürriyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22-23, Sayı 1-4, Yıl 1965-1966, ss. 635-673.
- Güriz**, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2014.
- Gürkan**, Ülker, "Hukuki Realizm Akımı", *HFSA*, Sayı 1, İstanbul, 1997, ss. 492-497.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010.
- Hançerlioğlu**, Orhan, *İnanç Sözlüğü*, İstanbul, 1975.
- Hançerlioğlu**, Orhan, *Toplumbilim Sözlüğü*, İstanbul, 1986.
- Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011.
- Heimsoeth**, Heinz, *Kant'ın Felsefesi*, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, 2012.
- Hill**, Thomas, *Respect, Pluralism and Justice Kantian Perspectives*, Oxford, 2000.
- Hill**, Thomas, *Human Welfare and Moral Worth Kantian Perspectives*, Oxford, 2008.
- Hume**, David, *Ahlak*, Çev. Nil Şimşek, İstanbul, 2010.

Hayek, Friedrich A, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, Çev. Atilla Yayla, Ankara, 1994.

İmamoğlu, Abdulvahit, "Vicdan Kavramının Psiko-Sosyal Tahlili", *Akademik İncelemeler Dergisi*, Sayı 1, Cilt 5, Yıl 2010, ss. 127-144.

Jonsen, Albert R- **Toulmin**, Stefan, *The Abuse of Casuistry A History of Moral Reasoning*, California, 1989.

Kant, Immanuel, *Ethica Etik Üzerine Dersler*, Çev. Oğuz Özgül, İstanbul, 2003.

Kant, Immanuel, *Gelecekte Bir Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena*, Çev. İoanna Kuçuradi/Yusuf Örneç, Ankara, 2002.

Kasapoğlu, Abdurrahman, "Kuran'a göre Vicdanın Kaynağı ve İşlevleri", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı 18, Yıl 2003, ss.131-162.

Ketenci, Taşkın, "Kant'ın Etiğinde Duyguculuğun Eleştirisi", *FLSF Dergisi*, Sayı 5, Yıl 2008, ss. 35-55.

Kuçuradi, İoanna, *Etik*, Ankara, 2006.

Kılıç, Savaş, "Akliselimden Uzak Bir Karşılık: Sağduyu Sens, bon sens ve sens commun" *Duvar*, Sayı 10, Yıl 2013, ss. 32-35.

Kılıç, Yavuz, "Hume'un Ahlak Görüşünde Duygunun Yeri", *Kaygı/Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi*, Sayı 4, Yıl 2005, ss. 126-138.

Kittsteiner, H.D, "Kant and Casuistry", *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe* un içinde, Ed. Edmund Leites, Cambridge, 2002, ss. 185-213.

Kuçuradi, İoanna, *Etik*, Ankara, 2006, sf. 150-151.

Kunter, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2010.

Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve Seçilmiş Mevzuat*, İstanbul, 2012.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2009.

Locke, John, *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Meral Delikara Topçu, Ankara, 2000.

Malinowski, Bronislaw, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa Yeğın, İstanbul, 2003.

Nişanyan, Sevan, *Sözlerin Soyağacı Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, İstanbul, 2007.

Öktem, Ülker, "Kant Ahlakı", *Araştırma AÜ DTCF Felsefe Bölümü Dergisi*, Sayı 18, Yıl 2007, ss. 11-22.

Öztürk, Kazım, *Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa Karşılaştırmalı Gerekçeler ve İlgili Mevzuat*, Ankara, 1971.

Özcan, Muttalip, *Aristoteles Felsefesi: Temel Kavram ve Görüşler*, Ankara, 2011.

Reyhani, Nebil, "İki Akıl", *Baykuş Felsefe Yazıları Dergisi*, Eylül-Aralık 2008, ss. 29-42.

Ritzer, George, *Klasik Sosyoloji Kuramları*, Çev. Himmet Hülür, Ankara, 2014.

Shytov, Nikolaevich Alexander, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, The Netherlands, 2001.

Sommerville, P. Johann, "The New Art of Lying: Equivocation, Mental Reservation, and Casuistry", *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*' un içinde, Ed. Edmund Leites, Cambridge, 2002, ss. 159-184.

Sturgeon L. Nicholas, "Nature and Conscience in Butler's Ethics", *The Philosophical Review*, Vol. 85/3, Year 1976, ss. 316-356

Şenel, Alaeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara, 2013.

Şener, Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2001.

Taylor, Charles, *Modernliğin Sıkıntıları*, Çev. Uğur Canbilen, İstanbul, 1995.

Thoreau, Henry D, **Gandhi**, Mohandas K, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, Çev. C. Hakan Arslan/Fatma Ünsal, Ankara, 2012, s. 63.

Tomlinson, Tom, "Casuistry in Medical Ethics: Rehabilitated or Repeat Offender", *Theoretical Medicine*, Vol. 15, Year 1994, ss. 5-20, [http:// www.msu.edu/user/tomlins4/Articles/Casuistry%20in%20Medical%20Ethics.PDF](http://www.msu.edu/user/tomlins4/Articles/Casuistry%20in%20Medical%20Ethics.PDF), E.T: 06.08.2015.

Topçu, Nurettin, *Ahlak*, İstanbul, 2012, s. 142.

Touraine, Alain, *Modernliğin Eleştirisi*, Çev. Hülya Tufan, 1995.

Tunç, Aslı, "Mediated Justice: Turkish Newspapers' Coverage of Controversial Criminal Cases", *Turkish Studies*, Vol.11, No. 4, December 2010, ss.643-661.

Tutumlu, Mehmet Akif, "Hukuk Felsefesi ve Dogmatığı Bağlamında Hâkimin Vicdani Kanaatine göre Karar Verebilme Gücü", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 2006, Cilt 2, ss. 616-648.

Türkben, Yaşar, "Erol Güngör'ün Vicdan Anlayışı", *A.Ü. Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, Erzurum, 2010, ss. 327-332.

Vecchio, Del Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İstanbul, 1952.

West, Robin, "Sex, Law and Consent", *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Yera 2008/July, <http://scholarship.law.georgetown.edu/>, E.T: 02.06.2015,

Whitman, James Q. "The Origins of Reasonable Doubt", *Faculty Scholarship Series*. Paper 1, Year 2005, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1, E.T: 06.06.2015.

Wood, Allen, "Kant on Conscience", <http://web.stanford.edu/~allenw/webpapers/KantOnConscience.pdf>, E.T: 26.12.2014.

Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.

Yüksel, Mehmet, *Hukuk Sosyolojisi Yazıları*, Ankara, 2011.

Yüksel, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara, 2002.

İnternet Kaynakları

Açık Toplum Vakfı, *Adli Tıp Dosyalarının Davalara Etkisi, Gözaltında Cinsel Taciz ve Tecavüze Karşı Hukuki Yardım Bürosu*, Yayına Hazırlayan: Eren Keskin, Leman Yurtsever, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/adliyardim-12042013.pdf>, E.T: 02.06.2015.

Casuistry, <http://en.wikipedia.org/wiki/Casuistry>, E.T: 20.01.2015.

Gaus, Gerald, "Private and Public Conscience", <http://www.gaus.biz/Conscience.pdf>, E.T: 03.01.2015.

Hakh, Samuel Benyamin, "The Conscience According to Paul", <http://www.biblicaltheology.com/Research/HakhSB01.pdf>, E.T: 25.02.2015.

İd, Ego, Süperego, https://tr.wikipedia.org/wiki/İd,_ego_ve_süperego, ET: 24.08.2015.

İnsan Hakları için Yasama, Yürütme ve Yargıyı İzleme Bülteni, 20.07.2010, http://www.ihop.org.tr/dosya/izlem_8.pdf, E.T: 09.06.2015.

Lautsi v. Italy, http://en.wikipedia.org/wiki/Lautsi_v._Italy, ET: 26.05.2015.

Meadors, Gary T., "Conscience", <http://www.biblestudytools.com/dictionaries/bakers-evangelical-dictionary/conscience.html> E.T: 21.07.2015.

McClellan, David, "A Critical Reflection on the Lautsi Case" https://www.ekd.de/download/2013-02_21_McClellan_A_critical_reflection_on_the_Lautsi_case.pdf, E.T: 23.05.2015.

McHugh, P.J, "Conscience", http://www.tere.org/assets/downloads/secondary/pdf_

downloads/ALevel/ConscienceNotes.pdf, E.T:26.12.2014.

Nevingaye Erbatur, (CHP Adana milletvekili), 30.04.2009 tarihli soru önergesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-7786s.pdf>, E.T: 12.06.2015.

Tevbe Suresi 118, Türkçe Kur'an Mealleri, <http://www.kuranmeali.com/ayetkarsilastirma.asp?sure=9&ayet=118>, E.T: 21.07.2015.

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Faaliyet Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr>, E.T: 11.06.2015.

Thomas Hammerberg, (Avrupa İnsan Hakları Komiseri), 10-14 Ekim 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Strazburg, 10.01.2012, <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/r/a/rapor-2.pdf>, E.T: 03.06.2015.

Gazete Haberleri

BBC NEWS, "Italy school crucifixes 'barred' " başlıklı ve 03.11.2009 tarihli haber, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8340411.stm>, ET: 26.05.2015.

Doğan Haber Ajansı, "İtalya'ya haç yasağında AIHM geri adım attı" başlıklı ve 19.03.2011 tarihli haber, http://www.dha.com.tr/italyaya-hac-yasaginda-aihm-geri-adim-atti_149207.html, ET: 26.05.2015.

Vatan Gazetesi, "N.Ç davası utançla bitti" başlıklı ve 25.11.2011 tarihli haber, <http://www.gazetevatan.com/n-c--davasi-utancla-bitti-413279-gundem/> E.T: 03.06.2015.

Özlem Albayrak, 18.11.2013 tarihli köşe yazısı, <http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/ozlemalbayrak/nc-davasi-hangi-kitapta-yazar-bu-35906>, E.T: 03.06.2015.

Mutlu Tönbekçi, 02.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.gazetevatan.com/mutlu-tonbekici-408756-yazar-yazisi-n-eresinden-c-eksen-elinde-kaliyor-davasi/>, E.T: 03.06.2015.

Umur Talu, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/umur-talu/685185-tc-buyuk-nc-kucuk>, E.T: 03.06.2015.

Süleyman Özışık, 18.01.2013 tarihli köşe yazısı, <http://www.internethaber.com/n.c.ye-tecavuz-eden-27inci-kisi...-13883y.htm>, E.T: 03.06.2015.

Fatih Altaylı, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yasam/haber/685295-iste-cocuk-tecavuzcusu-iyi-halli-28-kisi>, E.T: 03.06.2015.

Fatih Altaylı, 04.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/fatih-altayli/685392-icinizdeki-o-ses-hic-susmayacak>, E.T: 03.06.2015.

Habertürk Gazetesi, "N.Ç kararına vatandaşın ilginç tepki" başlıklı ve 05.11.2011 tarihli haber, <http://www.haberturk.com/yasam/haber/685847-nc-kararina-vatandastan-iliginc-tepki>, E.T: 03.06.2015.

Radikal Gazetesi, "Münevver'in katilini bulun mitingi" başlıklı ve 04.04.2009 tarihli haber, http://www.radikal.com.tr/turkiye/munevverin_katilini_bulun_mitingi-929434, E.T: 09.06.2015.

NTV İnternet Sitesi, "Münevver cinayeti olay yerinde protesto edildi" başlıklı ve 03.05.2009 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/24963098/>, E.T: 09.06.2015.

CNNTÜRK İnternet Sitesi, "Münevver Karabulut cinayetine bir protesto daha" başlıklı ve 06.07.2009 tarihli haber, <http://www.cnnturk.com/...>, E.T: 09.06.2015.

Ayşe Arman, 26.04.2009, 01.05.2009, 02.05.2009, 29.05.2009, 17.06.2009, 19.06.2009, 29.06.2009 tarihli köşe yazıları, <http://www.hurriyet.com.tr/index/munevver-karabulut-cinayeti&p=4&r=tarih>, E.T: 02.06.2015.

NTV İnternet Sitesi, "10 adımda Münevver Karabulut Cinayeti" başlıklı ve 17.09.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015

Milliyet Gazetesi, "Masadaki Sperm Adli Tıp'ı Sarstı" başlıklı ve 08.07.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015.

Hürriyet Gazetesi, "Beş Soruda Adli Tıp Skandalı" başlıklı ve 10.07.2009 tarihli haber, E.T: 09.06.2015.

NTV İnternet Sitesi, "Karabulut Davasında Reddi Hakim" başlıklı ve 16.04.2011 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/25203573#storyContinued>, E.T: 09.06.2015.

Vatan Gazetesi, "Münevver Davasında Flaş Gelişme!" başlıklı ve 16.04.2011 tarihli haber, <http://www.gazetevatan.com/munevver-davasinda-flas-gelisme--371517-gundem/>, E.T: 09.06.2015.

Can Dündar, 27.04.2009 tarihli köşe yazısı, <http://www.milliyet.com.tr/azicik-vidan-lutfen-/can-dundar/guncel/gundem...>, E.T: 12.06.2015

Hürriyet Gazetesi, "O parayı ödemezlerse hakkımı helal etmiyorum" başlıklı ve 01.09.2009 tarihli haber, <http://www.hurriyet.com.tr/index/ArsivNews.aspx?id=12392413>, E.T: 09.06.2015.

NTV İnternet sitesi, "Münevver'in babası: Çok yanlış anlaşıldım" başlıklı ve 03.09.2009 tarihli haber, <http://www.ntv.com.tr/arsiv/id/24997179/>, E.T: 09.06.2015.

Yavuz Semerci, 18.09.2009 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/yavuz-semerci/>, E.T: 31.07.2015.

Rahşan Gülşan, 03.11.2011 tarihli köşe yazısı, <http://www.haberturk.com/yazarlar/rahsan-gulsan/685140-garipoglunu-cocuk-say-ncyi-harca>, E.T: 04.08.2015.

Karar İndeksi

AİHM(Büyük Daire), Başvuru No: 30814/06, T: 18.03.2011.

AİHM(İkinci Daire), Başvuru No: 30814/06, T: 03.11.2009.

AİHM, Başvuru No: 42393/98, T: 15.02.2001.

AİHM(Büyük Daire), Başvuru No:23459/03, T:07.07.2011.

AİHM(Üçüncü Daire), Başvuru No:23459/03, T: 27.10.2009.

AYM, E:1992/46, K: 1992/52, T: 03.12.1992.

YHGK, E: 2001/2-367, K: 2001/373, T: 18.04.2001.

YCGK, E: 2013/14-790, K: 2014/518, T: 25.11.2014.

YCGK, E: 2013/14-478, K: 2014/34, T: 04.02.2014.

Y1CD, E: 2004/2994, K: 2004/4402, T: 29.12.2004.

Y1CD, E: 2012/537, K: 2012/2258, T: 28.03.2012.

Y4CD, E: 1992/6051, K:1992/6945, T:11.11.1992; E: 2002/26361, K:2003/8237, T:24.09.2003; E:2012/8349, K:2013/26554, T:30.10.2013.

Y8CD, E: 1996/12263, K: 1996/13369, T: 31.10.1996.

Y14CD, E: 2011/12479, K: 2011/1056, T: 19.10.2011.

Y1HD, E: 1978/2980, K: 1978/3172, T: 23.03.1978.

Y1HD, E: 1978/7281, K: 1978/7379, T: 28.06.1978.

Y2HD, E: 1984/2840, K:1984/4942, T: 27.03.1984.

Y12HD, E: 2012/31297, K: 2013/7236, T: 05.03.2013.

Bakırköy 4. ACM, E: 2010/4, K: 2011/320, T: 18.11.2011.

Mardin 1. ACM, E: 2003/137, K: 2010/160, T: 28.09.2010.

EK

YÜKSEK LİSANS TEZİ ANKETİ

Açıklama:

Bu anket formu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümünde yürütülmekte olan "Toplum Vicdanının Yargılamadaki Rolü" adlı yüksek lisans tez çalışmasında kullanılmak üzere hazırlanmıştır. Anketin amacı, toplumun, Münevver Karabulut'u öldüren Cem Garipoğlu hakkında verilen mahkeme kararına ilişkin tutumunun değerlendirilmesidir. Anket iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, gerçek kimliğiniz dışında demografik nitelikli bilgiler sorulmakta, ikinci kısımda ise, doğrudan doğruya cinayete ilişkin bilgi, kanaat ve tutum ölçmeye yönelik sorular yer almaktadır. Soruları dikkatle okuyarak, samimiyetle cevaplamanız, yapılan bilimsel araştırmanın değeri açısından büyük önem taşımaktadır. İlgi ve katılımınıza şimdiden teşekkür ederim.

Arş. Gör. Neslihan ÖZELER

Olayın Özeti:

03.03.2009 tarihinde, İstanbul'da bir çöp konteynırında 17 yaşındaki Münevver Karabulut'un cesedi, başı gövdesinden ayrılmış şekilde bulunmuş, cinayetin Münevver'in erkek arkadaşı olan ünlü Garipoğlu ailesinin 17 yaşındaki oğlu Cem Garipoğlu tarafından işlendiği anlaşılmıştır. Cem Garipoğlu, 197 gün boyunca firar etmiş, hakkında İnterpol tarafından kırmızı bültenle arama kararı çıkarılmasına rağmen bulunamamış, 17.09.2009 tarihinde ise avukatı aracılığıyla emniyet güçlerine teslim olmuştur. Cem'in firar ettiği 6 aylık süre boyunca nerede olduğu ve kim tarafından saklandığı ortaya çıkarılamamış, ayrıca cinayetin hangi sebeple işlendiği de netlik kazanmamıştır. Açılan davada, Cem Garipoğlu cinayeti işlediği sırada 18 yaşından küçük olduğundan, 24 yıl hapis cezasına çarptırılmış, cezasının infaz edildiği sırada kendini asarak intihar etmiştir.

Birinci Bölüm: Demografik Bilgiler

1. Yaşınız

- 15-19
 20-29
 30-49
 50 ve üzeri

:

2. Cinsiyetiniz :

- Kadın
 Erkek
 Belirtmek istemiyorum

3. Eğitim düzeyiniz :

- Okula gitmedim.
 İlkokul
 Ortaokul
 Lise

- Üniversite
 Lisansüstü

İkinci Bölüm: Cinayete İlişkin Bilgi, Kanaat ve Tepkiler

4. Münevver Karabulut cinayetini hatırlıyor musunuz?

- Evet, hatırlıyorum.
 Hayır, hatırlamıyorum.
 Yukarıdaki özeti okuyunca hatırladım.

5. Olayın yaşandığı sırada davayla ilgili haberler ilginizi çekti mi?

- Evet, olay ya da dava ile ilgili haberleri takip ettim.
 Hayır, olay ya da dava ile ilgili haberleri takip etmedim.
 Diğer(Açıklayınız):

6. İşlenen cinayet hakkında ne düşünüyorsunuz (Birden fazla seçenek işaretlenebilir)?

- Sıradan
 Üzücü
 İlginç
 Rahatsız edici
 Kamuoyunca abartılmış
 Vahşice
 Canavarca
 Diğer(Açıklayınız):

7. Eğer bu cinyeti sıradan bulmuyorsanız, sizi bu şekilde düşünmeye sevk eden neden ya da nedenler nelerdir? (Birden fazla seçenek işaretlenebilir).

- Cinayet faili ve mağdurunun birlikteliğinin / yaşadığı ilişkinin niteliği
 Cinayet faili ve mağdurunun kimlikleri ve toplumsal statüleri
 Cinayetin tasarlanarak işlenmiş olması
 Cinayetin işleniş şekli (kullanılan aletler, cesedin parçalanması, çöp konteynırına atılmış olması vs.)
 Failin firar etmesi, kaçarken yardım görmesi, uzun süre bulunamayışı
 Failin ailesinin de cinayetin işleniş ve gizlenmesine yardım etmiş olması
 Olayla ilgili medyada yer alan haberler
 Diğer (Açıklayınız):

8. Cinayetin medyada yoğun bir şekilde ele alınması hakkında ne düşünüyorsunuz? (Birden fazla seçenek işaretlenebilir).

- Olayın meydana gelişi (cinayetin işleniş şekli) itibariyle yoğun bir şekilde haber yapılması doğaldır.
 Cinayet failinin varlıklı bir ailenin oğlu olması sebebiyle yoğun bir şekilde haber yapılması doğaldır.
 Medya olayı abartmıştır.

- Medyanın olayı takip etmesi, failin bulunmasında ve yargılanmasında etkili olmuştur.
- Medyanın olayı bu şekilde takip etmesi yargılamanın tarafsızlığını zedelemiştir.
- Medyanın olayın üzerine düşmesi, katilin cezalandırılması açısından olumlu olmuştur.
- Diğer (Açıklayınız):

9. Cem Garipoğlu 18 yaşından küçük olduğu için çocuk sıfatıyla yargılanmıştır. Bu konu hakkında ne düşünüyorsunuz (Birden fazla seçenek işaretlenebilir)?

- 18 yaşından küçük herkes çocuk sayıldığından Cem'in de çocuk sıfatıyla yargılanması doğaldır.
- 18 yaşından küçük olsa bile işlediği suç nedeniyle çocuk sıfatıyla yargılanmaması gerekir.
- Böyle bir suç işleyen kimse için, çocukluk yaşı farklı bir şekilde belirlenmelidir.
- Çocukluk, sadece yaş kriterine göre belirlenmemelidir.
- Diğer (Açıklayınız)

10. Yargılama sürecini adil buluyor musunuz?

- Evet
- Hayır
- Kısmen
- Fikrim yok

11. Dava sonunda verilen 24 yıllık cezaı adalete uygun buluyor musunuz?

- Evet, verilen ceza adalete uygundur.
- Hayır, verilen ceza adalete uygun değildir.
- Verilen ceza kısmen uygundur
- Fikrim yok
- Diğer(Açıklayınız):

12. Cem Garipoğlu'nun uzun süre bulunamamasında emniyet güçlerinin ihmali olduğunu düşünüyor musunuz? .

- Evet
- Hayır
- Kısmen
- Fikrim yok

13. Emniyet güçlerinin ihmali olduğunu düşünüyorsanız, sizce bu ihmalde Garipoğlu ailesinin zengin ve nüfuzlu bir aile olmasının etkisi var mıdır?

- Evet
- Hayır
- Kısmen
- Fikrim Yok

