

Aktif Bir Hâkimlik Pratiğinin Kapsamı ve Sınırları: *Hâkim Fiona Örneği*

Hakemli Makale

Nadire ÖZDEMİR

Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Prof. Dr. Dr. Mehmet YÜKSEL'in aziz hatırasına...

İÇİNDEKİLER

Giriş523
Ahlaken Sorumlu Hukuk Aktörleri.523
Hakimler Açısından Ahlakî Aktivizm524
Ahlakî Aktivist Bir Hakim Örneği Olarak Hakim Fiona526
Ahlakî Aktivist Hakimin Karar Sonrası Tutumu529
Sonuç531

ÖZET

David Luban, avukatların ahlaken aktivist olmalarını öngören bir avukatlık pratiğinden bahseder. Müvekkilinin ahlaka veya hukuka uygun olmayan amaçlarını gören avukatın, vekillik ilişkisini bitirmek yerine müvekkilini adalete uygun davranmak konusunda ikna etmesi gerektiğini belirtir. Yani avukatların, müvekkillerine taraf olmaktan önce adaletin tarafında yer alarak davranmaları gerektiğinin altını çizer. Acaba hakimler açısından ahlaki aktivist pratik söz konusu olabilir mi? Avukatlardan farklı olarak taraf değil; tarafsız konumda olmaları gereken hakimler ahlaki aktivist pratik için hangi araçlara sahiptir? Bu makalede Ioanna Kuçuradi, Gülriz Uygur ve Ronald Dworkin'in öngördüğü hakimlik pratiklerinin bir sentezi olarak ahlaki aktivizm teorisinin hakimler açısından mümkün olup olmayacağını Ian McEwan'ın Çocuk Yasası kitabındaki Hakim Fiona örneği üzerinden tartışacağım.

Anahtar Kelimeler

Ahlaki aktivizm, hakimlik ödevi, meslek etiği, Çocuk Yasası, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri.

ABSTRACT

The Scope and Limits of an Activist Judge Practice: The Story of *Judge Fiona*

David Luban emphasizes a lawyer practice that requires lawyers to become morally activists. A lawyer who sees her client's immoral or illegal purpose should aim to convince her client to act morally and legally. A lawyer should always be on the side of justice primarily. Could moral activism be a practice for judges also? Unlike lawyers, judges are impartial. What means do impartial judges have for moral activist practice? In this article, I will discuss whether the theory of moral activism is possible for judges. I will use Ioanna Kuçuradi, Gulriz Uygur and Ronald Dworkin's approaches in order to discuss the issue with the example of *Judge Fiona* in McEwan's *The Children Act* book.

Keywords

Moral activism, the role of the judge, legal ethics, The Children Act, Bangalore Principles of Judicial Conduct.

GİRİŞ

David Luban, avukatların ahlaken aktivist olmalarını öngören bir avukatlık pratiğinden bahseder. Müvekkilinin ahlaka veya hukuka uygun olmayan amaçlarını fark eden avukat, vekillik ilişkisini bitirmek yerine müvekkilini adalete uygun davranmak konusunda ikna etmesi gerektiğini söyler.¹ Yani avukatların, müvekkillerinin tarafı olmaktan öte, adaletin tarafında yer alarak davranmaları gerektiğinin altını çizerek. Acaba hâkimler açısından böyle bir ahlaki aktivist pratik söz konusu olabilir mi? Avukatlardan farklı olarak taraf değil tarafsız konumda olmaları gereken hâkimler ahlaki aktivist pratik için hangi araçlara sahiptir? Bu makalede **Ronald Dworkin**, **Ioanna Kuçuradi** ve **Gülriiz Uygur**'un öngördüğü hakimlik pratiklerinin bir sentezi olarak ahlaki aktivizm teorisinin hakimler açısından mümkün olup olmayacağını tartışacağım. Soyut bağlamda tartıştığım 'ahlaki aktivist hakim' rolünü somutlaştırmak için de Ian McEwan'ın *Çocuk Yasası*² kitabındaki *Hakim Fiona* örneğini kullanacağım.

Ahlaken Sorumlu Hukuk Aktörleri

Meslek etiği tartışmalarını temel olarak ahlak merkezli ve hukuk merkezli olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Hukuk merkezli yaklaşımlar, meslek etiğinin anlamını sadece yazılı meslek kurallarıyla sınırlı olarak ortaya koymayı amaçlarken ahlak merkezli yaklaşımlar, etik değerleri meslek etiği tanımı içine dahil etmeyi amaçlarlar.³ Ahlak merkezli meslek etiği yaklaşımlarına ilişkisel avukatlık ve ahlaki aktivizm yaklaşımları örnek verilebilir. Avukatlık pratiği üzerine temellendirilmiş olan bu yaklaşımların ikisinde de avukatın müvekkili dışındaki kişileri de hesaba katarak danışmanlık veya savunma yapması gerektiği öngörülür. Örneğin ihtimam etiğini temel alan ilişkisel avukatlıkta avukat, soyut haklardan ziyade ihtimam değerini merkeze alarak hareket etmektedir. Kimin davasını alacağından nasıl bir danışmanlık ve savunma hizmeti vereceğine kadar meslek pratiğinin her aşamasında olaya ilişkisel yaklaşarak müvekkili dışında davada yer alan kişilerin en az düzeyde zarar görmesi için çabalayacaktır.⁴

İlişkisel avukatlık gibi ahlaki aktivizm de hukuk pratiğine etik ilkeleri dahil etme çabasıdır. Ahlaki aktivizm ve hukuki realizm arasında ilgi kuran **Luban**'a göre hukuku şekillendiren bir yandan da avukatların pratiğidir⁵ ve avukatlar hukuk normlarını adalet ve eşitliğe uygun olarak yorumlamalıdır. **Luban**, ahlaki aktivizm yaklaşımını genel geçer avukat pratiğinin eleştirileri üzerine geliştirir. Bu geleneksel pratikte, avukatlar müvekkillerine "taraf" konumunda olmaları dolayısıyla üstlendikleri rol modelde adil olmayan

1 LUBAN, David, **Lawyers and Justice: An Ethical Study**, Princeton University Press, New Jersey, 1988, s. 160.

2 MCEWAN, Ian, **Çocuk Yasası**, (çev. Roza Hakmen), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.

3 COHEN, Elliot D., DAVID, Michael, ELLISTON, Frederick A. (der.), **Ethics and the Legal Profession**, Prometheus Books, New York, 2009, s. 9; LUBAN, David, "Reason and Passion in Legal Ethics", **Stanford Law Review**, 1999, Vol. 51, s. 873-876.

4 ELLMANN, Stephen, "The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers", **The Georgetown Law Journal**, 1993, Vol. 81, s. 2665-2676.

5 LUBAN, 1988, s. 18-20.

şekilde davranabilmektedirler. Dolayısıyla adalet değerine uygun davranmak, müvekkilin adil olmayan talepleri doğrultusunda hareket ederek üçüncü kişiler açısından hukuk dışı sonuçlar yaratmayı dışlamaktadır. Avukatlar açısından buradaki aktivizm hem müvekkilleriyle girdikleri diyalog hem de hukuku en adil şekilde yorumlayarak savunma yapmayı kapsar. **Luban**'ın insan onuru ve hukuk devletinin koruyucuları olarak betimlediği ve taraf konumda olan avukatlara⁶ yönelik tasarladığı bu pratik acaba zaten tarafsız konumda olması gereken hakimlik mesleği açısından düşünülebilir mi? Bir başka deyişle, "ahlaki aktivist" hakim olur mu? Tarafsızlık ilkesiyle hareket eden ve kararlarını hukuka ve adalete uygun şekilde vermesi gerektiği söylenen hakimler açısından ahlaki aktivizm yaklaşımını düşüneceksek eğer adaletin tarafında olmanın başka araç ve pratikleri kapsadığımızı öngörmemiz gerekir. Ahlaki aktivizmi hakimler açısından düşünmek, öncelikle hakimlik ödevinden hareket etmeyi gerektirir. Ben bu makale kapsamında, doktrinde **Ioanna Kuçuradi**'nin esaslarını belirlediği ve Gülriz **Uygur**'un geliştirdiği hakimlik pratiğinin, **Ronald Dworkin**'in hukuk ve edebiyat benzetmesinden de yararlanarak ahlaki aktivist pratikle uyuştuğunu somut bir örnek üzerinden ileri süreceğim.

Hakimler Açısından Ahlaki Aktivizm

Kuçuradi, hakimlik mesleğinin doğası gereği etik ilişkiler kapsamında yürütüldüğünü söyler.⁷ Hakimlik pratiğinde bilgilenme-yargılama-karar verme aşamaları vardır ve bu sürecin ilk halkası olan bilgilenme aşamasında hakim, taraflarla etik ilişkiye girerek onların eylemlerinin sebeplerini araştırması söz konusudur.⁸ Daha sonraki aşamalarda da, somut olayın taraflarının her birinin her tek bir duruma özgü koşullarda nasıl davranması gerektiğine yönelik değerlendirmede bulunur ve kararını buna göre verir.⁹ **Uygur** da, benzer bir şekilde, hakim in verdiği her bir kararın insan yaşamını etkilemesi bağlamında mahkeme kararlarının etik karar olma özelliğine dikkat çeker.¹⁰ **Uygur, Kuçuradi**'nin temellerini attığı hakimlik pratiğine biraz daha açıklama getirir.

Uygur, hakim in işinin adaletsizliği görmek olduğundan yola çıkarak bunu sağlamanın yolunun hakim in önündeki tek olayla ilgili olarak, değer ve değerler bilgisi ışığında "dertlenerek ilgilenmesi" olduğunu belirtir.¹¹ Tek durum hakkında adaletsizliğe yol açan koşulları görebilmek için bağlama bağlı olarak hareket etmek gerekmektedir.¹² Bu koşulları görebilmesi için de ilgilenmesi gerekir. **Uygur**, ilgilenmenin aktif ve pasif olarak gerçekleşebildiğinin altını çizer. Pasif ilgilenmek, hakim açısından dinlemeyi gerektirir. Hakim in tarafları gerçekten dinlemesi ve adaletsizlikleri ortaya koymak adına

6 LUBAN, 2007, s. 1-7.

7 KUÇURADI, Ioanna, **Etik**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2006, s. 127.

8 KUÇURADI, 2006, s. 128-129.

9 KUÇURADI, 2006, s. 129-136.

10 UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013, s. 143.

11 UYGUR, s. 150.

12 UYGUR, s. 156.

ilgilenmesi gerektiğinin altını çizer.¹³ **Uygur**, hakimın tarafların duygularını anlaması anlamında sempati duymasından da bahseder.¹⁴ Aktif ilgilenmek ise tarafları açık fikirlilikle dinlemiş olan bir hâkimin kararını verme sürecinde bağlama bağı hareket etmesinde ortaya çıkar. Kısacası, **Uygur**'un hâkimlik pratiğinde şu iki husus ön plandadır: 1- Adaletsizliğe yol açan koşulları görebilmek için hâkimin bağlama bağı hareket etmesi gerekir. 2- Bağlama bağı hareket edebilmek için de hâkimin taraflarla ilgilenmesi gerekir.

Ben bu çalışmada, **Uygur**'un üzerinde durduğu her iki koşulun ahlaki aktivizmle örtüştüğünü savunuyorum. Adaletsizliğin yol açtığı koşulları görmek adına taraflarla ilgilenmek ve bu anlamda bağlama bağı hareket etmek somut olay adaletini sağlamanın en temel gereğidir. Ahlaki aktivizm pratiğinde de avukatlar, somut olay adaletini sağlamak adına hukuki kurum ve kişileri dönüştürmeyi amaçlar. Bu anlamda hukuk sisteminin kendi kurallarıyla sağlamaya çalıştığı adalet anlayışıyla sınırlı olmayıp, daha adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar almak adına sistemi değiştirmeyi hedefler.¹⁵ Her iki hukuk pratiğinin de altında temel olarak somut olay adaletini sağlamak için çabalamak yer alır. Avukatın müvekkilini ikna süreci ve hukuki kurum ve kuruluşları adalete daha uygun bir biçimde dönüştürme hedefi karşısında hakimın taraflarla pasif ve aktif şekilde "ilgilenmesi" ve özellikle soyut olan hukuk kurallarını bireyin içinde bulunduğu koşulları dikkate alarak somut adalete uygun bir şekilde yorumlaması ahlaki aktivist pratiğin her iki hukuk aktörü için öngördüğü araçlar olarak yorumlanabilir.

Elbette akla şu soru gelebilir: Hâkimin yukarıda bahsettiğim anlamda ahlaki aktivist bir tavır geliştirmesi hâkimlerin tarafsızlık ilkesiyle hareket etmesi gerekliliğine aykırı mı düşer? Tarafsız davranmak demek, kişisel çıkarları bir kenara koymak ve açık fikirli olmak anlamına gelir.¹⁶ Bu tanım, hakimlerin tarafsızlığını da kapsar. Ancak hakimın tarafsızlığı, formalist hukuk anlayışının ortaya koyduğu gibi sadece kuralları uygulamak anlamında anlaşılabilir; zira yukarıda da belirttiğim üzere hakim taraflarla girdiği etik ilişki sonucu izleyici konumda değil; katılan konumda yer almaktadır.¹⁷ Kişisel çıkarlarını bir kenara koyması onun taraflarla ilgilenmesi ve bu anlamda adaletsizliğe yol açan koşulları görmesini gerektirir. Elbette tüm bunları yaparken de önyargılardan arınmış olarak açık fikirli davranması şarttır.¹⁸

Keza, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde hakimın görevini tarafsız, önyargısız ve iltimassız şekilde yerine getirmesinden bahsedilir. Yine, tarafsızlık bölümünde "*Hâkim, önündeki veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında, bilerek ve isteyerek, davanın sonucunu etkilemesi veya sürecin aşikâr adillik vasfını zayıflatması beklenebilecek hiçbir*

13 UYGUR, s. 157.

14 UYGUR, s. 163-165.

15 PARKER, Christine / EVANS, Adrian, **Inside Lawyer's Ethics**, Cambridge University Press, New York, **2007**, s. 28-29.

16 UYGUR, s. 170.

17 UYGUR, s. 185-186.

18 UYGUR, s. 197.

yorumda bulunmamalıdır. “der. Ahlaki aktivist pratiğe uygun hareket eden hakimim taraflarla ilgilenmesi ve somut olay adaletini sağlama yönündeki çabası, zaten sürecin adillik vasfını zayıflatması olarak yorumlanamaz.

Ahlaki aktivizm yaklaşımının hakimlik pratiğiyle uygun olduğunu ileri sürdükten sonra bu hususu somutlaştırmak için bir edebiyat eserindeki hakim örneğinden hareket edeceğim.

Ahlaki Aktivist Bir Hakim Örneği Olarak *Hakim Fiona*

Ian McEwan'ın *Çocuk Yasası* kitabındaki *Fiona Maye*, Londra'da, Aile Mahkemesi Yüksek Yargısında hâkimlik görevini yürütmektedir. *Hâkim Fiona*'nın önüne özellikle çocukları ilgilendiren çetrefilli davalar gelmektedir ve kitap boyunca *Fiona*'nın bu davalara gerçekten kafa yorduğuna, kimi zaman da önceden vermiş olduğu davalara yönelik hesaplaşmalarına şahit oluruz. Bu anlamda *Fiona* “dertlenerek ilgilenen” bir hakimdir. Zira karar verirken taraflara ve olayın koşullarına titizlikle yaklaşır ve karar verdikten sonra dahi verdiği kararın sonuçlarını aklından silip atamaz. Örneğin yapışık ikizler kararını verdikten sonra dahi yazdığı gerekçeyi farklı biçimlerde tahayyül edişini okumaktayız kitapta. Öyle ki kendisinin çocuk sahibi olmamasını dahi bu davadaki tutumunu etkileyip etkilemediğini dert etmektedir. *Fiona*'nın, hakimlik ödevini sadece bir “iş” olarak değil; bir “erdem” olarak görüp adil karar verme süreçlerinde sancılar yaşadığına şahit oluyoruz. Kitaba konu olan ve *Fiona*'yı kişisel ve mesleki anlamda yoran Yehova Şahitleri davasında da *Fiona* benzer bir süreci biraz savrulularak yaşar. Kitapta kararın verilmiş süreci ve sonrası detaylı bir şekilde anlatılmaktadır. Ben, *Fiona*'nın karar verme sürecindeki tutumunu ahlaki aktivist bir hakim pratiği olarak, ancak karar sonrası süreci ise bu pratikten uzaklaşan bir hakimlik örneği olarak yorumlayacağım.

Olay, *Fiona*'nın nöbetçi hakimken, asistanından gece vakti acil bir telefon almasıyla başlar. 17 yaşında bir kanser hastası olan *Adam Henry*'ye acilen kan nakli yapılması gerektiği, ancak ailenin ve çocuğun Yehova Şahidi olduğu için nakle karşı çıktıklarını, hastanenin ise onların karşı çıkışlarına rağmen nakli gerçekleştirmek için bir mahkeme kararı (izin) istediklerini söyler. Kan nakli en geç Çarşamba günü yapılmalıdır. Bunun üzerine *Fiona* Salı sabahına acil duruşma ayarlar, davalılara tebligat gönderir, çocuğa vasi tayin eder, hastaneden (onkologtan) ve anne-babadan yazılı ifade ister.

Duruşmada *Fiona* tarafları (en azından kitaptan okuduğumuz kadarıyla) önyargısız dinler. Anne-baba, dinlerinin gereğini yaptıklarını belirtirler, hastane tedavinin neden gerekli olduğunu açıklar, Aile Mahkemesi uzmanları ise çocuk hakkındaki görüşlerini belirtirler. Çocuğun akli başında ve yetenekli olduğunu herkes söyler. 18 yaşını doldurmasına üç aydan az bir süre kalan bu oğlanı tedavi için mahkemenin izni talep edilir, çünkü ne oğlanın ne de ebeveynin tedavi için onayı vardır. Duruşmadaki tarafları dinledikten sonra *Fiona*, vakanın kendine has koşulları sebebiyle hasta çocuk olan *Adam*'la bizzat görüşmenin yararlı olacağını belirtir. Çocuğun, vermiş olduğu kararının olası sonuçlarını gerçekten anlayıp anlamadığını kendi gözleriyle görmek ister. Kararı onun menfaatine uygun olarak hâkimin vereceğini bilmesini ister. Ayrıca o yaşta ve o hislere sahip bir çocuğun, “*duygusuz bir bürokrasi*” elinde olmadığını da hissetmesini ister. Bu sözlerle

Fiona, hukukun kâğıt üzerindeki soyut haklarla değil; yaşamın akışındaki “insan”la ilgili olduğunu taraflara hissettirmek ister. Bu anlamda buradaki hukuki problemin aynı zamanda etik bir problem arz ettiğinin farkındadır.

Fiona duruşmaya ara verip, hastaneye 18 yaşını doldurmasına birkaç ay kalmış olan kanser hastası *Adam*’ı görmeye gider. Ziyaret sebebini ona “ne yaptığını bildiğinden emin olmak istemesi” olarak açıklar. Birlikte geçirdikleri süre boyunca *Fiona*, *Adam*’ın ona şiir okumasına, keman çalmasına izin verir. Hastanedeki bu kısa ziyaret ve o süre boyunca paylaştıkları hem *Fiona*’yı hem de *Adam*’ı çok etkiler. *Fiona*, şiirler yazan ve keman öğrenmeye çalışan *Adam*’ın geleceğe yönelik heves ve tutkularının olduğunu fark eder. Bir anlamda onun ölüme ne kadar uzak durduğunu görür. *Adam* ise kendi sınırlı çevresi dışından biriyle yaptığı paylaşım sonucu *Fiona*’ya ve muhabbetine hayran kalır ve bu ilişkinin sürmesine yönelik bir iştahla ondan ayrılmak istemez. *Fiona* bu görüşme sonrası kararını netleştirir: *Adam*’a gereken kan nakli yapılmalıdır.

Adam ve ebeveyni hastanenin kan nakli istemine karşı itirazlarını şu noktalardan yapmıştır: *Adam*’ın 18 yaşını doldurmasına 3 aydan az bir süre kalmıştır, *Adam* son derece zekidir, kararın sonuçlarının farkındadır ve bir yetişkin gibi karar verebilmektedir. Dini inancı samimidir ve rıza dışı tıbbi müdahale en temel insan hakkı olduğu için hastaneye onay verilmemelidir. Ancak *Fiona*’ya göre *Adam*, maruz kalacağı acının farkında değildir ve ölüm hakkında romantik bir fikre sahiptir. Öte yandan *Fiona*’nın kararını belirleyen şey, tam olarak çocuğun ölümü kavrayıp kavramaması değildir. *Fiona*, kararında benzer bir davada verilmiş önceki gerekçeleri esas alır. Kararını belirleyen husus çocuğun “refah”ıdır. Ve *Fiona*, *Adam* açısından refahı, onun şiir ve müzik sevgisinden yola çıkarak görür. Eğer *Adam*’ın iyileşeceğini varsayarsak onun şiir sevgisi ve yeni keşfettiği keman hevesi ona sevgi dolu bir hayat sunacaktır ve bu hayat onun refahı açısından önemlidir. Dolayısıyla ailesinin ve cemaatinin verdiği karar *Adam*’ın refahını korumaktadır. *Fiona*’ya göre *Adam*’ı böyle bir karardan, “dininden ve kendinden korumak gerekmektedir”. Ayrıca *Adam*’ın şu ana kadar başka fikirlerle pek teması da olmamıştır. İçinde bulunduğu cemaat farklı fikir ve muhalif görüşlere yer vermediği için *Adam*’ın başka olasılıklardan pek haberi yok gibidir. Dolayısıyla sahip olduğu fikirlerin tamamen kendisine ait olduğundan *Fiona* şüphe eder. Sadece tek bir dünya görüşüne çocukluktan beri güçlü şekilde maruz kaldığı için bu dünya görüşünün onu şartlamaması olanaksızdır, der ve kan nakline izin verir.

Buraya kadar, *Fiona*’nın ahlaki aktivist bir yaklaşımla hâkimlik ödevini gerçekleştirdiğini söylebiliriz. Şöyle ki, *Fiona*, *Adam*’ın kararının onun içinde bulunduğu şartlar kapsamında alındığını görmek adına başlama uygun hareket etmiştir. *Adam*’ın “duyumsuz bir bürokrasi” eline düştüğünü hissetmemesi için onunla ilgilenmek adına hastaneye onu ziyarete gitmesi ve onunla diyaloga girmesi hakimlinin etik ilişkide olmasından kaynaklanmaktadır. **Uygun**’un belirttiği üzere tek duruma ilişkin adaletsiz sonuçlara yol açmamak adına başlamayı bilmek ve ona göre hareket etmek istemektedir *Fiona*. Gerek pasif gerek aktif ilgilenmenin koşullarını yerine getirmiştir. Bu anlamda *Fiona* burada seyirci konumda değildir. Girdiği etik ilişkinin mesleki anlamda sorumluluğunu pozitif

hukuk içerisinde kalarak yerine getirmiştir. **Kuçuradi**'nin kullanılacak olan etik kriteri ve hukuk normunu bağdaştırmak olarak nitelendirdiği hâkimin sorumluluğunu¹⁹ *Fiona* hukuk bilgisi ve mesleki tecrübesi sayesinde layıkıyla sonuçlandırmıştır. Değer harca-yıcı bir eylemi (*Adam*'ın tedaviyi reddetmesi sonucu ölmesi) engellemek adına etik kri-terini insanın değeri olarak belirlemiş ve buna uygun hukuki norm ve araçları bulup kullanmıştır. *Fiona* bunu yaparken de, **Dworkin**'in *Herkül* örneğindeki gibi bir yaklaşım sergilemiştir. **Dworkin**'in *Herkül* hâkimi, tüm *common law* emsalleri için tutarlı ve bütün-lüklü bir haklılaştırma sağlayan soyut ve somut ilkeler şeması oluşturmalıdır.²⁰ *Fiona* bu şemayı oluştururken yine **Dworkin**'in hukuk ve edebiyat arasında kurduğu bağa benzer bir şekilde gerekçelendirir kararını. **Dworkin**, özellikle *common law* hakimlerinin hukuki olaya ilişkin belirli bir düzenleme olmadığı ve hangi ilke veya kuralın daha önce verilmiş ilgili kararların temelini oluşturduğunu bulmak durumunda kalmalarını tıpkı farklı ya-zarlar tarafından kaleme alınmakta olan bir romanı yazmaya benzetir.²¹ Buradaki her bir hakim, bu zincirin halkasını oluşturan bir yazardır. Her hakim, önüne gelen somut olaya ilişkin karar verirken kendisini, önceden verilmiş olan kararların, uygulamaların, geleneklerin ve pratiklerin oluşturduğu tarihsel bir çerçevenin içinde görecektir ve bu çerçeveyi geleceğe ilişkin geliştirerek davrandığı bilincinde olacaktır.²² Yani tıpkı bir romanın devamını yazar gibi, kendinden önceki hakimlerin ortaya koydukları fikirlerle uyuşarak, fakat romanın tutarlılığını ve bütünlüğünü bozmadan hikayeyi biraz daha ge-liştirerek hukuki meseleyi çözer kağıt üzerinde. *Hâkim Fiona*'nın da böyle bir pratik içe-risinde karar metnini yazdığını okuruz *Çocuk Yasası*'nda. Örneğin refahı (*welfare*) *Hakim Lord Hailsham*'ı izleyerek iyilikli olma (*well being*) haliyle açıklar. Ve bir çocuğun refahını, onun bir birey olarak gelişmesini sağlayan şeyleri kapsadığının altını çizer. Refahı sade-ce parayla veya maddi konforla ölçülemeyeceğini ve felsefi anlamda "iyi hayat" anlamı-nı da orta ve uzun vadeli bir bakış açısıyla kapsaması gerektiğini belirtir (yine kendinden önceki hâkimlere atıfla). Ekonomik ve manevi özgürlük, erdem, tatmin edici bir iş, tatmin edici ilişkiler, başkalarının nezdinde saygınlık, varoluşu anlamlı kılma çabası ve hayatının merkezinde sevgiyle tanımlanmış özel ilişkilerin tümü refah kavramının içeriğini doldurmak için kullanılabilir, der ve tüm bu tanımları aslında *Adam*'da gördüğü ışıktan yola çıkarak yapar. En önemlisi refah sosyaldir. Bir çocuğun ailesi ve arkadaşlarıyla ilişkilerinin oluşturduğu karmaşık ağ önemli bir husustur. Hiçbir çocuk "ada" değildir. Ayrıca refah, makul bir insanın tanımlayabildiği ölçüde "değişken" de bir kavramdır. Geçen yüzyılın refahı için gerekli olan koşulların şu an yetersiz kalabileceğini belirtir *Hakim Fiona*.

Fiona, (gerek aktif gerekse pasif) ilgilenen bir hâkim örneği sergileyerek *Adam*'ın içinde bulunduğu koşulları doğru okumak ve değer harca-yıcı eylemi önlemek adına etik ilişkideki bir hâkim gibi davranmıştır. Ancak hikâyenin beklenmeyen bir şekilde geliş-mesi aklımıza farklı bir soruyu da getirmektedir: Etik ilişkideki hakim, kararı verdikten

19 KUÇURADI, s. 144-145.

20 DWORIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Massachusetts, 1978, s. 116-117.

21 DWORIN, Ronald, **A Matter of Principles**, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, s. 158-159.

22 DWORIN, 2000, s. 159.

sonra nasıl hareket etmelidir? Bu kapsamda *Fiona*'nın kararı verdikten sonra *Adam*'la ilişkisi acaba ahlaki aktivizm kapsamında nasıl yorumlanabilir? Bu sorunun cevabı, *Hakim Fiona*'ya karşı tutumumuzu da etkiliyor, zira McEwan romanın gidişatını şaşırtıcı bir olay örgüsü içerisinde sürdürüyor.

Ahlaki Aktivist Hakimin Karar Sonrası Tutumu

Sonraki süreçte *Adam* kan nakli olur ve hızla iyileşmeye başlar. *Fiona*'ya gönderdiği mektupta ona ne kadar minnet duyduğundan ve aslında anne-babasının da onun ölmemesinden (tutkuyla bağlı oldukları dinlerine rağmen) ne kadar sevinç duyduğundan bahseder. *Fiona*'nın ziyaretinden ne kadar hoşlandığını ve tekrar görüşmek için can attığını da belirtir. *Fiona* cevap verip vermemek hususunda kararsız kalır, ama bir şey yazmaz. Ancak *Adam* başka mektuplar da atar. *Fiona* bu mektupların hiçbirine cevap yazmaz. Bazen yazacaklarını kafasında toplayamaz, bazense iş ve özel hayatının yoğunluğundan sıra gelmez. Ancak *Adam*, *Hakim Fiona*'yla iletişimi koparmak istemez. Bir gün, iş gezisinde olan *Fiona*'yı uzun bir yol boyunca takip eder ve onunla görüşmekte ısrarcı olur. *Adam* o esnada artık 18 yaşında bir yetişkindir, ancak *Fiona* yine de tedirgin olur, anne babasına haber vermesini ister. *Adam* sadece konuşmak ve asında yakınlaşmak istemektedir. Ölmeyi istemenin ne büyük hata olduğundan, *Fiona*'nın iyi ki karşısına çıktığından ve onu ziyaret ettiğinden bahseder. Gelip *Fiona* ve eşiyile birlikte yaşamak gibi masum bir teklifte bile bulunur. *Fiona* bu teklifleri geri çevirir ve *Adam*'ı o gece bir yakınına göndermek için hizmetlileri ayarlar. Ancak ayrılırken tuhaf bir an yaşanır. *Adam*'ı yanağından öpmeye çalışırken *Adam* onu dudağından öper ve *Fiona* geri çekmez kendini.

Sonraki günlerde bu olay aklına geldiğinde *Fiona* kendi kendini yer bitirir... Mesleki ve sosyal delilik olarak nitelendirdiği öpücük meselesini kafasından atamaz, ancak bir yandan da kendini yoğun iş temposuna kaptırır. *Adam*'dan bir mektup daha alır, şiir içeren bir mektup. Şiiri kırgınlık ve kızgınlık doludur. *Fiona* yine cevap vermez ve hatta şiirdeki mesaja bile kafa yormaz. Ancak haftalar sonra, duygusal bir anında mahkemedeki sosyal uzman aracılığıyla *Adam*'ı sormak gelir aklına ve öğrenir ki *Adam* tekrar lösemi oluştur ancak bu sefer bir yetişkin olarak kan naklini reddettiği için ölmüştür.

Fiona büyük bir pişmanlık duyar. Bu pişmanlık esnasında *Adam* hakkında verdiği kararın gerekçesi gelir bulur kendini: Hiçbir çocuk ada değildir, refah ilişkisel ve sosyaldır. O noktada, *Adam*'la kurduğu özel ilişkinin ve bu ilişkiyi beceremediğinin farkına varır. Hem bir hâkim olarak hem de *Fiona* olarak başarısızlık hisseder. *Fiona*'nın verdiği kararın korumayı amaçladığı değer (insan değerinin) romanın sonunda *Adam*'ın ölümü tercih etmesiyle harcanması, akla etik ilişkideki hâkimin dava sonrası sorumluluklarını getirmekte. Acaba *Fiona*, bir hâkim olarak karar sonrası *Adam*'la olan ilişkisini nasıl sürdürmeliydi? Aktif olarak ilgilenmenin sınırı bir hâkim açısından nerede ve nasıl çizilmeliydi?

Yukarıda etik ilişkideki yargıcın, **Uygur**'un yaklaşımı kapsamında taraflarla ilgilenmesinin koşullarını belirtmiştim. Hâkimin girdiği etik ilişki ve verdiği kararın etik karar

olması gereği, hâkimin mesleki sorumluluğunun uzantısı olarak karar sonrasında da taraflarla ilgilenmesi bir nebze olsun gerekmektedir. Bu gerekliliği iki şekilde temellendirebiliriz. Öncelikle, hâkim verdiği kararlar bir değer korumayı amaçlamaktadır. Verdiği karar sonucu bu değerlerin gerçekten korunup korunmadığını elindeki kurumsal araçlarla (mahkemedeki sosyal uzmanlar veya avukatlar) kontrol etmelidir. İkinci olarak, hâkimin özellikle aktif ilgilenmesini gerekli kılan husus somut olaydaki adaletsizlikleri görüp buna yol açan koşulları ortadan kaldıran şekilde bir karar vermesidir. Verdiği kararın, adaletsiz koşullarda ne dereceye kadar filizlenip adil sonuçlar yarattığını takip etmekle yükümlüdür. Bu anlamda en azından bir süreliğine, hukuk eliyle açmış olduğu kapıların gerçekten amacına ulaşmış olup olmadığını görmek adına aktif ilgilenmesini sürdürmelidir.

Oysaki *Fiona* karar sonrasında ahlaki aktivist bir hâkimden beklenen tutumu göstermez. Kararını *Adam*'ın refahını merkeze alarak ve refahı ilişkisel olarak tanımlayarak vermişti. Ancak *Fiona* dava dosyası kapandıktan sonra *Adam*'ın refahıyla "dertlenerek ilgilenmek"ten ziyade deyim yerindeyse "kararı verdim bitti" şeklinde davranmaktadır. *Fiona*, *Adam*'ın, karar sürecinde kendisine bir şekilde bağlandığını bilmektedir. Kendisine bağlanmış, çünkü hem belki de ilk kez kapalı ve tekdüze çevresinden farklı bir insanla ilişki kurduğu için bu hoşuna gitmiştir hem de *Fiona* sayesinde ölümden kurtulmuştur ve onu bu anlamda kahramanı olarak görmektedir. *Fiona* ise *Adam*'ın bu zaaflarının ve kırılğanlığının farkında olmasına rağmen süreci iyi yönetememiştir. En önemlisi, *Fiona* karar gerekçesinde bir çocuğun refahını, onun bir birey olarak gelişmesini sağlayıcı şeyleri de kapsayacak şekilde tanımlamıştı ve bu anlamda *Adam*'la kurduğu ilişkinin onun refahını ne şekilde etkilediğini hesaba katmalıydı. 3 ay dolmuş ve *Adam* 18 yaşına basıp hukuk karşısında bir "yetişkin" statüsüne kavuşmuştu. Ancak kâğıt üzerinde bir "yetişkin" olarak görülse dahi gerek içinde bulunduğu çevreden kopamayışı gerekse mustarip olduğu rahatsızlığının yeniden nüksetmesi ihtimali dolayısıyla hukuken korunma gereksinimi ortadan kalkmamıştır.

Peki, nasıl davranabilirdi *Fiona*? *Adam*'ın kendisiyle görüşmede ısrarcı olmasını geçiştirmek yerine ona daha ılımlı yaklaşarak durumu açıklayabilirdi. Her ne kadar *Adam*'ın öpücüğünü engelleyememiş olsa da bu utancın, sonraki aşamalarda onun mesleki anlamda atması gereken adımlarına engel olmasına izin vermemeliydi. Yine Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nden dürüstlük değeri de hakimlere benzer bir sorumluluk yükler: "*Hakim; ailesinin, sosyal ilişkilerinin veya diğer ilişkilerinin, hakim olarak meslekî davranışlarını veya kararlarını uygunsuz bir şekilde etkilemesine izin vermemelidir*". *Adam* her ne kadar 18 yaşına henüz basmış olsa da hukukun çocuk olarak korumakta yarar gördüğü kırılğan sıfatını üzerinden birden bire atacak değildir. *Adam*'ın ona bağlanmasını *Fiona* gerek mesleki tecrübesi gerekse yaşı gereği olgunlukla karşılayıp onu kendisine daha bağımlı kılmadan ilişkisini resmi düzeyde bir süreliğine götürebilirdi. Örneğin mektuplarına cevap yazmamak yerine, bir tanesini hâkim sıfatıyla yanıtlayabilirdi ya da mahkeme uzmanları aracılığıyla *Adam*'la ilgilendiğini ve onun kendisini geliştirmesinden hoşnut olduğunu iletebilirdi. Bunların hepsi, *Fiona*'nın bağlama bağlı hareket ederek *Adam* kırılğanlığındaki birinin iyilikli olma halini (tam da mahkeme kararıyla amaçladığı

şeyi!) sürdürmedeki araçların ne olduğu üzerine kafa yormasını kapsar. Bunu başarabilmenin yolu ise, yukarıda **Kuçuradi**'den alıntıladığım etik ilişkideki yargıcın mesleki bilgi ve tecrübesiyle bulabileceği bir şeydir. Bu husus, hâkimin ehil olmasıyla da ilgilidir, zira Bangalor Yargı İlkeleri'nin belirttiği üzere "*ehliyet ve liyakat, yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşullarıdır*".

Sonuç

Kuçuradi'nin etik ilişkide hakim ve **Uygur**'un adaletsizlikleri görmenin koşulu olarak dertlenerek ilgilenen hakim pratikleri, avukatlar için öngörölmüş olan ahlaki aktivizm teorisıyla pek çok açıdan denk düşmekte. Yukarıda temellendirdiğim bu bağlantı noktaları, ahlaki aktivist hakim pratiğinden bahsetmeyi de mümkün kılmakta. Bu makalede, teorik düzlemde kurduğum bu ilgiyi Ian McEwan'ın *Çocuk Yasası* kitabındaki *Hâkim Fiona* örneğini üzerinden somut olarak aktarmaya çalıştım. Bu roman, hakimin karar verdikten sonra taraflardan biriyle olan ilişkisine odaklandığı için, ahlaki aktivist hakimlik pratiğini daha önce pek sorulmamış bir soru üzerinden düşünmemize de olanak sağladı: Hakimin etik sorumluluğu, dava dosyası kapandıktan sonra dahi, ahlaki aktivist bir hakimlik pratiğinde devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- COHEN, Elliot D. / DAVID, Michael / ELLISTON, Frederick A. (der.), **Ethics and the Legal Profession**, Prometheus Books, New York, 2009.
- DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Massachusetts, 1978.
- DWORKIN, Ronald, **A Matter of Principles**, Harvard University Press, Massachusetts, 2000.
- ELLMANN, Stephen, "The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers", **The Georgetown Law Journal**, Vol. 81, 1993 (s. 2665-2726).
- KUÇURADI, Ioanna, **Etik**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2006.
- LUBAN, David, **Lawyers and Justice: An Ethical Study**, Princeton University Press, New Jersey, 1988.
- LUBAN, David, "Reason and Passion in Legal Ethics", **Stanford Law Review**, Vol. 51, 1999, (s. 873-901).
- MCEWAN, Ian, **Çocuk Yasası**, (çev. Roza Hakmen), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.
- UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013.
- PARKER, Christine / EVANS, Adrian, **Inside Lawyer's Ethics**, Cambridge University Press, New York, 2007.

