

Etik'den Deontoloji'ye (Bağlayıcı Kuralların Oluşumu)

FROM ETHICS TO DEONTOLOGY: THE GENESIS OF BINDING-RULES

Prof.Dr.Fuat Aziz GÖKSEL*

*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Emekli Öğretim Üyesi, ANKARA

ÖZET

Bu makale deontolojik kuralların oluşumu ile ilgilidir.

Bir etik tartışmada bir kişisel görüş ya da bir sav, yavaş yavaş, bir "bağlayıcı-kural-önerisi" haline gelebilir, hatta bu yolda yasal girişimlerin öncüsü olabilir. Yazıda bu sürecin mantıki dayanakları tartışılmıştır.

Yazar, atf yaptığı, Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesinin bu konuda aydınlatıcı ve yol gösterici olabileceğini belirtmektedir.

Soz konusu yasa maddesi, herhangi bir mahkemeye ele aldığı bir davada sınırlı bir kura! koyma yetkisi vermektedir. Fakat bu yetki ancak ele alınan konuya değgin herhangi bir yasal yahut törel kuralın yokluğunda geçerlidir.

Bu olgu, etik kurulların ya da başka ekspertiz kuruluşlarının kural koyma etkinliklerine bir örnek oluşturabilir.

Bu durumlarda, yeni oluşturulmuş kuralın yaşama ve yerleşme şansı ancak onun kamuoyunca benimsenmesine, yahut bir mahkemenin kuralı doğrulayan bir emsal karar vermesine ve böylece bir ictihad oluşmasına bağlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Etik öneriler, Bağlayıcı kurallar, ictihad, Deontoloji

SUMMARY

This is an article considering the process of creating a rule.

In an ethical dispute a personal opinion or an argument about an ethical question gradually becomes a "proposal of a binding rule", or even an intiation for legislative precedures. The rationalae of this process is discussed in this paper.

The author refers to the first article of Turkish Civil Code as a guide in this respect.

The said article gives any court a restricted authority to set a rule about the case at hand. But this power is in action only in the condition of absence of any legal or moral rule in this matter.

This may be an example for setting rules in the ethical commitees or in other expert agencies.

The change of continuation of the newly settled rule would be dependent upon its acceptance by public opinion or by a court whereby becoming a case-law.

Key Words: Ethical arguments, Binding rules, Case-law, Deontology

"Etik" (Ahlâk) sözcüğü, geniş anlamda kullanıldığında, Toplum'un yaratmış olduğu ve savunmakta devam ettiği bağlayıcı kuralların hemen hemen tümünü içerir. Bir başka deyişle, "Etik" (Ahlâk) sözcüğü, geniş anlamda kullanılmışsa, hemen tüm yükümlülükler sistemini; yazılı olan ve olmayan, uyulması maddi ve manevi yaptırımlara bağlanmış kuralları; mevzuat'ı, töreleri, "Moral" denilen pratik ahlâk kaidelerini, hatta etiket kurallarını, özel ve genel sözleşme hükümlerinin özel ve tüzel kişileri uymakla yükümlü kıldığı bütün koşulları... kısacası Deontoloji'nin tamamını da içerir.

"Etik" (Ahlâk) sözcüğü böyle geniş anlamda kullanıldığında, her ne kadar yerleşik kuralların tümü akla

gelirse de, bu sözcükle asıl vurgulanan sistem: "Moral" denilen ve hukukçuların eskiden "gayn-mektup-kanunlar" (yazılı olmayan yasalar) dedikleri mevzuata girmemiş, fakat kamu vicdanında yaşayan ve çoğu manevi yaptırımlara bağlanmış kurallardır.

Bizim, hekimler ve eksperler olarak, kavram bulanıklığına yol açmamak için, yürürlükteki yükümlülüklerden söz ederken daima "DEONTOLOJİ" sözcüğünü kullanmamızı öneriyorum.

Çünkü "Etik" sözcüğüne başka bir etkinliğimizde; "kural önerme", "kural eleştirme", "kural savunma" ve "kural oluşturmaya katkı" sayılan etkinliklerimizde ihtiyacımız olacaktır. Kısacası biz "Etik" sözcüğünü açık uçlu

soruları ve sorunları irdelerken ve bazı sonuçlara varmaya çalışırken kullanmalıyız. Bu tür etkinlikler: yasa koyucuların, iclibad kararı alanların, çeşitli resmî ve özel kuruluşların normatif örgütlerinde (örneğin onur kurullarında, disiplin kurullarında, etik kurullarda) çalışan ve ilke kararı öneren görevlilerin yaptıkları türden çalışmalardır. Bu tür "etik çalışma" etkinliklerinin sonuçları son derece önemlidir, çünkü sonuçlar "Deontoloji'nin kaynağı"ni oluştururlar.

Ben bu yazımda söz konusu "oluşum süreci"nin mahiyeti üzerine meslektaşlarımın dikkatini çekmek istiyorum.

Bireyler, gruplar, zümreler ve toplumlar kendi açılarından yararlı süreçlerin kurallaşması doğrultusunda çaba gösterirler. Kuralların geçerlilik sınırları, pratikte dalma; söz konusu grup, zümre veya toplum içinde varılmış olan uzlaşım ve uyuşum'un (convention, consensus) sınırlarıdır. Çoğunluk bu sınırların aşılmasını istemediği sürece kurallar yürürlükte demektir.

Yeni durumlar yeni kurallar gerektirir. En despotik toplum düzeninden en demokratik olanına kadar bütün sosyal yapılarda, çoğunluk genel ihtiyaçlarını kural koyucuya hissettirir. Kural koyma etkinliğinin "akılcı" sayılması için, normatif sistemlerin yapıları ve işlevleri hakkında akla uygun ve gerçeğe uygun bilgilere sahip olmak gerekir. Böyle verilere dayanan bir kural önerme etkinliğinin kıyas yetisine, hukuk mantığına ve sosyal dinamiklerin işleyişine uyan bir "prosedür"ü vardır ki buna "içtihad koyma" denir. "Tıbbi Deontoloji'nin kaynağını oluşturan "Tıbbi Etik" çalışmaları sırasında yapılan ve yapılacak olan iş de zaten budur.

Etik kurullarda, bilirkişilik görevlerinde, eksper kurullarda, disiplin kurullarında çalışan ve çalışacak meslektaşlarımın dikkatlerini bu konuya çekmeyi amaçlarken, bazı önemli noktaları tekrar hatırlatmak istiyorum:

1. Kural varsa, ona uymak yükümlülüktür. Kuralı eleştirmek, değişmesini önermek, aksini savunmak, propagandasını yapmak, yasa koyucuyu ikna etmeye çalışmak demokratik haklardır. Ancak kurala uymamak yaptırıma göğüs germeyi gerektirir ("Hamama giren terler!" ilkesi).

2. Kural yoksa, önerilecek kuralın yarar-zarar dengesi ("Hukuk"u temsil eden terazi) yani adalet ve nasafet ilkesi dikkate alınmalıdır. Bunu daha açık şekilde ifade etmek gerekirse:

Açık uçlu soruya verilen yanıtın mevcut hakları ihlâl edip etmediği; önerilen yanıtın hem varlığında hem yokluğunda kimlerin hangi haklarının (kamu hakları dahil) ihlâl riski altında olduğu; daha da önemlisi yanıt önerisinin ilerideki sonuçlarının mevcut kurullarla çelişip

çelişmediği... dikkate alınmalı, bütün bunlar yapılırken kıyas yöntemi uygulanmalıdır. Burada yol gösterici ilke "Primus nil nocere", ("ekall zarar" yahut "minimax") ilkesidir.

3. Yukarıdaki iki maddede özetlenen "İçtihad" etkinliği için Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesi hepimize yol gösterici olmalıdır. Bu madde, verilecek hükümlerde yargıcın uymakla yükümlü olduğu kuralları içerir. Yasal kural varsa, yargıç ona uymak zorundadır. Yazılı kural yoksa, yargıç "örfe" yani töreye uymak zorundadır. Bunlardan her ikisi de yoksa, yasa yargıca içtihat koyma yetkisi vermiştir. Bu durumda yargıç, kendisi yasa koyucu olsa idi nasıl bir hüküm koyacak idi ise, o şekilde hükmeder.

Etik çalışma yapan ve "etik yargı"ya varacak olan kişinin veya kurulun durumu da aynen böyledir; yani içtihad koymak durumundan başka bir şey değildir.

4. Unutmamak gerekir ki, "İçtihad"ın yeterli ve geçerli olabilmesi için: "Benim yargım etiğe uygundur" demek yetmez. Yasa içtihad yetkisini ve "takdir hakkı"ni herhangi bir vatandaşa değil de, hukuk öğrenimi görmüş, hakimlik stajını tamamlamış, belki de yıllardır yasanın lafzına ve ruhuna uygun kararlar almış bir yargıca vermiştir. Ayrıca bu içtihad yetkisi de kesin değildir, itiraz sonucu, kararın yeniden ele alındığı mahkeme (Yargıtay'ın ilgili dairesi) kararı iptal edebilir ve sonuçta da yeni bir "İçtihad karar"na varabilir. Dahası, yıllar içinde çıkmış farklı ve birbiri ile çelişen bazı içtihad kararları, başvuru üzerine, Yargıtay Genel Kurulunda yeniden incelenip, "İçtihadı Birleştirme Kararı" alınabilir.

5. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, hangi merci tarafından verilmiş olursa olsun, "etik yargı"ların yasa! kesinliği yoktur. Bunlar "kaza mercileri'nin takdir haklarını ve karar yetkilerini sınırlamaz. Söz konusu "etik yargılar" ancak "kural önerisi" karakterindedir ve bunların yargı kademeleri karşısında ancak bir "bilirkişi mütaleesi" yahut "ekspert raporu" kadar ağırlığı olabilir ya da hiç olmayabilir.

"Etik mülâhazalar" ancak mahkeme kararlarına dayanarak olduklarında güç kazanırlar ve o mahkeme kararları benzer davalarda verilecek hükümler için "emsal" oluşturabilir.

Özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemi, hemen tümü ile, emsal kararlarına dayanır ve çoğunlukla verilen hükümlerde örnek davaların adı anılır.

Bizde ise, Medeni Kanun'un birinci maddesi en sağlıklı yol göstericidir.

Sayın meslektaşlarım, unutmayalım ki:

Etik Deontolojiyi zorlar, fakat Deontoloji Etiği tıkayabilir.